

RECHTSPRAAK | JURISPRUDENCE

COUR DE CASSATION, 20 décembre 2007 (Druez)

— CONSEIL D'ÉTAT – CONFLIT D'ATTRIBUTION – OBJET VÉRITABLE ET DIRECT DU RECOURS – COMPÉTENCE LIÉE – MISE EN DISPONIBILITÉ POUR CAUSE DE MALADIE OU D'INFIRMITÉ

La compétence de la section d'administration du Conseil d'État, lorsqu'elle statue sur une demande d'annulation, est déterminée par l'objet véritable et direct du recours.

L'agent absent pour cause de maladie ou d'infirmité qui a épuisé le maximum des jours de congé qui pouvaient lui être accordés pour cette raison est mis de plein droit en disponibilité. En plaçant en disponibilité l'agent qui se trouve dans cette situation, l'administration exerce une compétence liée dès lors que seule est correcte la qualification des absences du membre du personnel qui est conforme aux dispositions légales et réglementaires qui en définissent le caractère.

En se fondant sur le caractère discrétionnaire de cette compétence de l'administration pour écarter le déclinatoire de compétence, le Conseil d'État n'a pas justifié légalement sa décision.

— RAAD VAN STATE – CONFLICT VAN ATTRIBUTIE – WERKELIJK EN DIRECT ONDERWERP VAN HET BEROEP – GEBONDEN BEVOEGDHEID – OP NON- ACTIEFSTELLING WEGENS ZIEKTE OF INVALIDITEIT

De bevoegdheid van de afdeling administratie van de Raad van State, wanneer ze een uitspraak doet over een aanvraag tot nietigverklaring, wordt bepaald door het werkelijke en directe onderwerp van het beroep.

De beambte die afwezig is door ziekte of invaliditeit en het maximum aantal om die reden toegestane verlofdagen heeft opgebruikt, wordt van rechtswege op non-actief gesteld. Door de beambte die zich in deze situatie bevindt op non-actief te stellen, oefent de administratie een gebonden bevoegdheid uit zodra de kwalificatie van de afwezigheden van het personeelslid correct is. Die kwalificatie is conform aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die er het karakter van bepalen.

Door zich te baseren op het discretionaire karakter van deze bevoegdheid van de administratie om de exceptie van bevoegdheid af te wijzen, heeft de Raad van State haar beslissing niet wettelijk aangetoond.

Siège: C Storck
Av.: P. Van Ommeslaghe, L. Simont
Av. Gén.: T. Werquin
(C. FR. DE B. c/ D. A.-M.)
(...)

II. Le moyen de cassation

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées

- articles 13, 144, 145, 158 et 159 de la Constitution ;
- articles 7, 14 et 28 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973 ;
- article 33 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 réglant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat ;
- articles 159 et 164 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, artistique et normal de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements ;
- article 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 pris en application de l'article 164 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, artistique et normal de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements, avant sa modification par l'article 12 du décret de la Communauté française du 4 février 1997 fixant le régime des congés et de disponibilité pour maladie ou infirmité de certains membres du personnel de l'enseignement, et avant sa modification résultant de l'article 13 du décret de la Communauté française du 5 juillet 2000 fixant le régime des congés et de disponibilité pour maladie ou infirmité de certains membres du personnel de l'enseignement, applicable à partir du 1er septembre 2000 ;
- article 10 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 précité, avant sa modification par l'article 13 dudit décret de la Communauté française du 4 février 1997, et avant sa modification résultant de l'article 14 du décret de la Communauté française du 5 juillet 2000 précité, applicable à partir du 1er septembre 2000 ;
- pour autant que de besoin, articles 12 et 13 du décret de la Communauté française du 4 février 1997 fixant le régime des congés et de disponibilité pour maladie ou infirmité de certains membres du personnel de l'enseignement, et 13 et 14 du décret de la Communauté française du 5 juillet 2000 fixant le régime des congés et de disponibilité pour maladie ou infirmité de certains

membres du personnel de l'enseignement, applicable à partir du 1er septembre 2000 ;

- articles 14 et 15 de l'arrêté royal du 15 janvier 1974 pris en application de l'article 160 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, artistique et normal de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements, ainsi que cet article 160.

Décision et motifs critiqués

L'arrêt attaqué rejette le déclinatoire de compétence opposé par la demanderesse par les considérations suivantes :

«Considérant que [la demanderesse], dans son mémoire en réponse introduit le 20 mars 1998, excipe de l'irrecevabilité [du recours] à défaut d'objet' ; qu'elle soutient que, compte tenu des termes 'de plein droit' utilisés par l'article 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 pris en application de l'article 164 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, artistique et normal de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements, 'l'arrêt attaqué ne comporte aucune décision administrative' ; 'l'article 9 précité ne requiert aucune décision dès lors que l'agent concerné «se trouve de plein droit» en disponibilité à la fin du délai fixé, sans devoir y «être placé»' ; 'une décision administrative ne doit plus être prise' ; 'aucune décision n'est requise en cas de disponibilité pour cause de maladie ou d'infirmité, laquelle s'opère de plein droit' ; 'l'expression «de plein droit» caractérise un résultat qui découle automatiquement de la législation, sans qu'il soit nécessaire de le décider' ; 'l'article 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974, qui prévoit que l'agent «se trouve de plein droit» en disponibilité après une certaine période d'absence, crée par lui-même cette position de disponibilité sans qu'aucune décision administrative ne soit requise à cet effet' ; que la [demanderesse] conclut l'exposé très fouillé de son exception en écrivant qu'il convient de constater qu'aucune décision administrative ne doit être prise en cas de disponibilité pour cause de maladie ou d'infirmité' et que, 'si cette situation administrative qui résulte de plein droit de la réglementation fait l'objet d'un constat, le cas échéant sous la forme d'un arrêté tel que l'arrêt attaqué, il s'agit d'un acte purement déclat-

ratif ou réognitif qui n'est donc pas susceptible d'annulation'.

Considérant que la position administrative de disponibilité est substantiellement différente de la position d'activité de service ; que le passage de l'une à l'autre ne pourrait se faire implicitement, sous peine de mettre gravement en péril la sécurité juridique des intéressés ; qu'une décision administrative expresse est requise ; que, du reste, la [demanderesse] l'a clairement admis en reprenant une décision après l'arrêt d'annulation n° 65.658 du 23 mars 1997.

Considérant, quant à savoir s'il faut qualifier cette décision de déclarative ou de constitutive de droit, qu'aux termes de l'article 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 pris en application de l'article 164 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 qui est relatif au statut des membres du personnel des établissements d'enseignement de l'Etat (aujourd'hui des communautés), le 'membre du personnel [...] se trouve de plein droit en disponibilité lorsqu'il est absent pour cause de maladie [...] après avoir atteint la durée maximum des congés qui peuvent lui être accordés pour cette raison' ; que l'expression 'de plein droit' qui figure dans cette disposition ne confère pas un caractère déclaratif à l'acte qui place un agent en disponibilité ; qu'elle signifie seulement que l'administration ne dispose en la matière d'aucun pouvoir discrétionnaire pour décider la mise en disponibilité quand les conditions prévues par cet article sont réunies ; que, toutefois, l'autorité est appelée à procéder, avant de décider cette mise en disponibilité, à une analyse de la situation de l'agent concerné et à une qualification des absences qui ont marqué sa carrière ; qu'en raison de la complexité de cette opération, et de la part d'appréciation qu'elle comporte quand des doutes ou, comme en l'espèce, des contestations surgissent sur la cause de certaines absences, une telle décision est soumise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir ; que la mise en disponibilité pour maladie est une décision constitutive de droit qui crée dans le chef de l'agent une situation juridique nouvelle ; que le recours a un objet et qu'il est recevable à cet égard».

Griefs

En vertu des articles 13 et 144 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire.

En vertu des articles 7 et 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître d'un recours en

annulation d'un acte individuel consistant dans la constatation par une autorité administrative de l'existence d'une situation créant un droit subjectif du requérant, lorsque le moyen d'annulation invoqué est pris de la violation de la règle de droit qui établit les conditions de la reconnaissance d'une telle situation.

Pour déterminer si le Conseil d'Etat est ou non compétent, il convient de rechercher si, dans la relation juridique concernée existant entre l'autorité administrative et l'administré, il existe une règle de droit attribuant directement à l'administré le pouvoir d'exiger de l'autorité un comportement déterminé.

Un tel pouvoir existe lorsque la compétence de l'autorité administrative est entièrement liée, ce qui suppose que les conditions à la réunion desquelles est subordonné l'exercice de la compétence soient définies de manière objective par la règle de droit, de sorte que l'autorité ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation.

Aux termes de l'article 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 pris en application de l'article 164 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, artistique et normal de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements, avant sa modification par l'article 12 du décret de la Communauté française du 4 février 1997 fixant le régime des congés et de disponibilité pour maladie ou infirmité de certains membres du personnel de l'enseignement et, ensuite, par l'article 13 du décret de la Communauté française du 5 juillet 2000 fixant le régime des congés et de disponibilité pour maladie ou infirmité de certains membres du personnel de l'enseignement, «Le membre du personnel visé à l'article premier, définitif ou stagiaire, se trouve de plein droit en disponibilité lorsqu'il est absent pour cause de maladie ou d'infirmité après avoir atteint une durée maximum des congés qui peuvent lui être accordés pour cette raison».

Aux termes de l'article 10 du même arrêté, avant sa modification par l'article 13 du décret précité de la Communauté française du 4 février 1997 et, ensuite, par l'article 14 du décret précité de la Communauté française du 5 juillet 2000, «Le membre du personnel en disponibilité pour cause de maladie ou d'infirmité reçoit un traitement d'attente dont le montant est fixé par année de services effectifs, sur la base du traitement d'activité, à raison de :

- 5 p. c. pour chacune des cinq premières années ;
- 4 p. c. pour chacune des cinq années suivantes ;

- 2 p. c. pour chacune des autres.

Le montant de ces traitements ne peut être inférieur à la moitié du traitement d'activité ni supérieur aux trois quarts du même traitement ».

Si l'article 14 de l'arrêté royal du 15 janvier 1974 pris en application de l'article 160 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 visé au moyen définit le nombre de jours de congé maximum auxquels le membre du personnel peut prétendre pour cause de maladie ou d'infirmité, l'article 15 du même arrêté précise que,

«Par dérogation à l'article 14, le congé pour cause de maladie ou d'infirmité est accordé sans limite de temps lorsqu'il est provoqué par :

- un accident du travail ;
- un accident survenu sur le chemin du travail ;
- une maladie professionnelle».

L'état de disponibilité intervient donc de plein droit lorsque les conditions prévues par l'article 9 précité sont remplies, sous réserve notamment de l'application des articles 14 et 15 de l'arrêté royal du 15 janvier 1974 pris en application de l'article 160 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 visé au moyen et ce, indépendamment de toute intervention de l'administration, qui ne peut que constater la réunion ou non des conditions, sans disposer d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de ce chef.

Conformément à l'article 159 de l'arrêté royal du 22 mars 1969, «le membre du personnel est toujours censé être en activité de service, sauf disposition formelle le plaçant dans une autre position administrative».

En application de cette disposition, la nouvelle situation d'un membre du personnel intervient de plein droit lorsque les conditions fixées par l'article 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 sont remplies.

Le membre du personnel est en disponibilité et n'est plus en activité dès le moment où les conditions d'application de cette disposition sont remplies. Et l'administration n'a pas le choix.

La compétence de l'administration en cette matière est donc complètement liée et celle-ci a une incidence directe sur les droits de la personne en cause.

Ces droits sont définis par l'article 10 de l'arrêté royal précité du 18 janvier 1974, qui précise la manière dont est calculé le traitement d'attente du membre du personnel en disponibilité, de plein droit.

L'administration ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation en cette matière et les droits résultant de l'application de ces dispositions sont des droits civils dont seuls les tribunaux de l'ordre judiciaire peuvent connaître en cas de contestation.

Certes, une discussion peut intervenir sur les éléments de fait à l'origine des absences du membre du

personnel afin de vérifier leur cause, et notamment s'il s'agit, suivant l'article 15 de l'arrêté royal du 15 janvier 1974, d'absences dues à un accident du travail, à un accident survenu sur le chemin du travail ou à une maladie professionnelle.

Cette discussion porte cependant sur l'appréciation de conditions objectives qui ne laissent aucune place à un quelconque pouvoir d'appréciation de l'administration.

La naissance du droit subjectif ne dépend nullement d'une décision préalable de l'autorité administrative relevant de son pouvoir discrétionnaire.

En effet, la vérification de la question de savoir si «la durée maximum des congés qui peuvent lui être accordés» pour maladie ou infirmité est atteinte intervient sur la base des articles 14 et 15 de l'arrêté royal du 15 janvier 1974, qui ne comportent aucune marge d'appréciation de l'administration.

Le fait que l'autorité soit appelée à procéder à l'analyse de la situation de l'agent concerné et à une qualification des absences qui ont marqué sa carrière pour vérifier si les conditions prévues par l'article 9 sont remplies n'exclut pas l'existence d'une compétence liée dans le chef de l'administration, ni le fait que le changement de statut intervient de plein droit.

Les discussions qui en résultent sont de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire.

Dans ses mémoires déposés devant le Conseil d'Etat, et spécialement dans son dernier mémoire du 21 février 2002, la demanderesse a longuement développé les raisons justifiant l'incompétence du Conseil d'Etat, notamment en raison de l'utilisation des termes «de plein droit» dans la disposition de l'article 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974, excluant tout pouvoir d'appréciation dans le chef de l'administration.

En rejetant le déclinatoire de compétence par les considérations reprises au moyen, le Conseil d'Etat s'est déclaré à tort compétent pour connaître de contestations concernant des droits civils et a, partant, violé les articles 13 et 144 de la Constitution, 7 et 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ainsi que les autres dispositions visées au moyen.

III. La décision de la Cour

Sur la première fin de non-recevoir opposée au moyen par la défenderesse dans la mesure où il est pris de la violation des articles 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 pris en application de l'article 164 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire

d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, artistique et normal de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements, 14 et 15 de l'arrêté royal du 15 janvier 1974 pris en application de l'article 160 dudit arrêté royal du 22 mars 1969, et déduite de ce que ces dispositions sont étrangères au seul grief que ce moyen formule et qui concerne la compétence du Conseil d'Etat et la répartition des compétences entre ce dernier et les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire :

Le moyen, qui soutient que l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision de rejeter le déclinatoire de compétence opposé par la demanderesse au recours de la défenderesse, se fonde sur les dispositions précitées pour contester le caractère discrétionnaire de la compétence de l'auteur de l'acte attaqué que l'arrêt retient à l'appui de sa décision.

Sur la deuxième fin de non-recevoir opposée au moyen par la défenderesse dans la mesure où il est pris de la violation des articles 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 et 15 de l'arrêté royal du 15 janvier 1974, et déduite de ce que ces dispositions ont été abrogées par le décret de la Communauté française du 4 février 1997 fixant le régime des congés et de disponibilité pour maladie et infirmité de certains membres du personnel de l'enseignement :

Si elles ont depuis lors été abrogées, les dispositions précitées étaient en vigueur au moment où le moyen soutient que la défenderesse devait être mise en disponibilité en vertu d'une compétence liée.

Sur la troisième fin de non-recevoir opposée au moyen par la défenderesse et déduite du défaut d'intérêt :

La circonstance que l'arrêt écarte une seconde exception d'irrecevabilité opposée par la demanderesse au recours de la défenderesse mais étrangère à la compétence du Conseil d'Etat et à la répartition des compétences entre celui-ci et les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et, statuant sur le fondement de ce recours, retient un excès de pouvoir faisant obstacle à la réfection de l'acte attaqué n'affecte pas l'intérêt de la demanderesse à critiquer la décision rendue sur son déclinatoire de compétence.

Les fins de non-recevoir ne peuvent être accueillies.

Sur le fondement du moyen :

1. Aux termes de l'article 144 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.

En vertu de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973, la section

d'administration du Conseil d'Etat statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives.

Cette compétence est déterminée par l'objet véritable et direct du recours en annulation.

2. Les cours et tribunaux connaissent de la demande d'une partie fondée sur un droit subjectif.

L'existence de pareil droit suppose que la partie demanderesse fasse état d'une obligation juridique déterminée qu'une règle du droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie a un intérêt.

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.

3. L'arrêt constate que l'acte attaqué est l'arrêté du gouvernement de la demanderesse qui dispose que la défenderesse, « institutrice primaire [...], est mise en disponibilité pour cause de maladie du 31 août 1989 au 30 septembre 1996 » et « bénéficiera d'un traitement d'attente fixé conformément à l'article 10 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 ».

Après avoir décidé « que la position administrative de disponibilité est substantiellement différente de la position d'activité de service ; que le passage de l'une à l'autre ne pourrait se faire implicitement [...] [et] qu'une décision administrative expresse est requise », l'arrêt, pour rejeter le déclinatoire de compétence de la demanderesse, qualifie cette décision de « constitutive de droit » aux motifs que, si « l'expression 'de plein droit' qui figure [à l'article 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974] [...] signifie seulement que l'administration ne dispose en la matière d'aucun pouvoir discrétionnaire pour décider la mise en disponibilité quand les conditions prévues à cet article sont réunies », l'autorité est toutefois appelée à procéder, « avant de décider cette mise en disponibilité, à une analyse de la situation de l'agent concerné et à une qualification des absences qui ont marqué sa carrière » et « qu'en raison de la complexité de cette opération, et de la part d'appréciation qu'elle comporte quand des doutes ou, comme en l'espèce, des contestations surgissent sur la cause de certaines absences, une telle décision est soumise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir ».

4. Suivant l'article 158, a), b) et c), de l'arrêté royal du 22 mars 1969, le membre du personnel auquel cet article s'applique est dans une des positions suivantes : en activité de service, en non-activité, ou en disponibilité.

L'article 159 dispose que le membre du personnel est toujours censé être en activité de service sauf disposition formelle contraire le plaçant dans une autre position administrative.

En vertu de l'article 9 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974, le membre du personnel, définitif ou stagiaire, se trouve de plein droit en disponibilité lorsqu'il est absent pour cause de maladie ou d'infirmité après avoir atteint la durée maximum des congés qui peuvent lui être accordés pour cette raison.

L'article 14, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 15 janvier 1974 prévoit que le membre du personnel qui est empêché d'exercer normalement ses fonctions, par suite de maladie ou d'infirmité, peut obtenir, pour l'ensemble de sa carrière, des congés pour cause de maladie ou d'infirmité à concurrence de trente jours par douze mois d'ancienneté sociale.

En vertu de l'article 15, alinéa 1er, a), b) et c), du même arrêté, par dérogation à l'article 14, le congé pour cause de maladie ou d'infirmité est accordé sans limite de temps lorsqu'il est provoqué par un accident du travail, un accident survenu sur le chemin du travail ou une maladie professionnelle.

En ses trois derniers alinéas, cet article dispose que, par accident du travail, il faut entendre l'accident survenu au membre du personnel dans le cours et par le fait de l'exercice des fonctions qui lui sont confiées ; par accident survenu sur le chemin du travail, l'accident qui réunit ce caractère au sens de la législation sur la réparation des dommages résultant des accidents survenus sur le chemin du travail, et, par maladies professionnelles, les maladies reconnues comme telles par le Roi.

5. Il suit de ces dispositions, d'une part, que, comme le décide l'arrêt, si la réunion des conditions prévues à l'article 9 de l'arrêté royal entraîne de plein droit la mise en disponibilité du membre du personnel, la modification de sa situation administrative requiert une décision administrative mais, d'autre part, que la compétence de l'administration de statuer sur la réunion de ces conditions est liée dès lors que seule est correcte la qualification des absences du membre du personnel qui est conforme aux dispositions légales et réglementaires qui en définissent le caractère.

6. En se fondant sur le caractère discrétionnaire de cette compétence de l'administration pour écarter le déclinaire de compétence, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision.

Dans cette mesure, le moyen est fondé.

Par ces motifs,

La Cour, chambres réunies,

Casse l'arrêt attaqué ;

Ordonne que le présent arrêt sera transcrit dans les registres du Conseil d'Etat et qu'il en sera fait mention en marge de l'arrêt cassé ;

Condamne la défenderesse aux dépens ;

Renvoie la cause devant le Conseil d'Etat, section d'administration, autrement composé, qui se conformera à la décision de la Cour sur le point de droit jugé par elle.

Les dépens taxés à la somme de huit cent quatre-vingt neuf euros quarante- cinq centimes envers la partie demanderesse et à la somme de deux cent quarante-trois euros trente-trois centimes envers la partie défenderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, chambres réunies, à Bruxelles,

COUR DE CASSATION, 20 décembre 2007 (Noir)**— CONSEIL D'ÉTAT – CONFLIT D'ATTRIBUTION – OBJET VÉRITABLE ET DIRECT DU RECOURS –
COMPÉTENCE LIÉE – CONTRÔLE D'UN AGENT EN CONGÉ POUR CAUSE DE MALADIE**

La compétence de la section d'administration du Conseil d'État, lorsqu'elle statue sur une demande d'annulation, est déterminée par l'objet véritable et direct du recours.

Les examens de contrôle d'un agent absent pour cause de maladie se font à son domicile et l'inobservance de cette règle entraîne le caractère irrégulier de l'absence et la perte du droit au traitement pour la période correspondante. En retirant son droit au traitement à l'agent qui a méconnu cette règle, l'administration exerce une compétence liée dès lors que seule est correcte la qualification d'absence irrégulière qui est conforme aux dispositions légales et réglementaires qui en définissent le caractère.

En se fondant sur le caractère discrétionnaire de cette compétence de l'administration pour écarter le déclinatoire de compétence, le Conseil d'État n'a pas justifié légalement sa décision.

**— RAAD VAN STATE – CONFLICT VAN ATTRIBUTIE – WERKELIJK EN DIRECT ONDERWERP VAN
HET BEROEP – GEBONDEN BEVOEGDHEID – CONTROLE VAN EEN BEAMBTE OP VERLOF DOOR
ZIEKTE**

De bevoegdheid van de afdeling administratie van de Raad van State, wanneer ze een uitspraak doet over een aanvraag tot nietigverklaring, wordt bepaald door het werkelijke en directe onderwerp van het beroep.

De controleonderzoeken van een beambte die afwezig is door ziekte gebeuren op zijn verblijfplaats. Het niet-nakomen van deze regel heeft het onregelmatige karakter van de afwezigheid en het verlies van het recht op behandeling tijdens de corresponderende periode als gevolgen. Door de beambte die deze regel niet erkend heeft te ontzeggen van zijn recht op behandeling, oefent de administratie een compétence liée uit zodra de kwalificatie van onregelmatige afwezigheid correct is. Die kwalificatie is conform aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die er het karakter van bepalen.

Door zich te baseren op het discretionaire karakter van deze bevoegdheid van de administratie om de exceptie van bevoegdheid af te wijzen, heeft de Raad van State haar beslissing niet wettelijk aangetoond.

Siège: C Storck
Av.: P. Van Ommeslaghe
Av. Gén.: T. Werquin
(C. FR. DE B. c/ N.L.)
(...)

II. Le moyen de cassation

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées

- articles 13, 144, 145, 158 et 159 de la Constitution ;
- articles 7, 14 et 28 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées par l'arrêté royal du 12 janvier 1973 ;
- article 33 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 réglant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat ;
- articles 9 et 20 du décret du 22 décembre 1994 portant des mesures urgentes en matière d'enseignement.

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt rejette le déclinatoire de compétence invoqué par [la demanderesse] par les considérations suivantes :

«La [demanderesse] soutient que le recours a pour objet véritable la reconnaissance d'un droit subjectif, en l'occurrence le droit au traitement pendant une période déterminée, et que le Conseil d'Etat n'est par conséquent pas compétent pour en connaître.

Le [défendeur] réplique que la question qui se pose en l'espèce n'est pas celle de l'existence dans son chef d'un droit à une rémunération mais celle de savoir si, lors de l'adoption de la décision attaquée, l'autorité a ou non correctement usé du pouvoir d'appréciation dont elle disposait à propos de la régularité de l'absence pour maladie dont il s'est prévalu.

Dans son [dernier] mémoire, la [demanderesse] déduit des termes de l'article 20 du décret du 22 décembre 1994 portant des mesures urgentes en matière d'enseignement, et spécialement de l'utilisation au présent du verbe entraîner, qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation en la matière mais exerce une compétence liée ; elle affirme que la circonstance qu'avant d'appliquer cette disposition, l'autorité doit examiner l'attitude de l'enseignant et que des contestations peuvent surgir à ce sujet est sans incidence sur la compétence liée telle qu'elle résulte clairement de l'article 20 ; elle ajoute que l'acte attaqué ne modifie pas la situation juridique du [défendeur], de sorte que le recours ne peut être considéré comme visant à obtenir l'anéantissement ab initio d'un acte administratif mais tend à assurer de manière déguisée la protection ou la reconnaissance d'un droit subjectif ; elle établit encore un parallèle avec les articles 55 et 57 de l'arrêté royal du 17 juillet 1991 portant coordination des lois sur la comptabilité de l'Etat et cite à l'appui de sa thèse l'arrêt n° 108.302 du 21 juin 2002.

L'article 20 du décret du 22 décembre 1994 portant

des mesures urgentes en matière d'enseignement dispose comme suit : 'L'inobservance des articles 2 à 19 du présent décret entraîne le caractère irrégulier de l'absence et la perte du droit au traitement ou à la subvention- traitement pour cette période'.

En vertu de cette disposition, la compétence de la [demanderesse] n'est liée que lorsque l'inobservance des articles 2 à 19 du décret du 22 décembre 1994 est établie ; pour établir cette inobservance, la [demanderesse] dispose de son plein pouvoir d'appréciation ; elle ignore purement et simplement cet aspect de sa compétence lorsqu'elle affirme, sans d'ailleurs s'en expliquer, que le fait qu'avant d'appliquer cette disposition l'autorité doive examiner l'attitude de l'enseignant et que des contestations puissent surgir à ce sujet est sans incidence sur la compétence liée telle qu'elle résulte clairement de l'article 20 ; en l'espèce, une seule et même décision constate une contravention à l'article 9 du décret précité et applique son article 20 ; le Conseil d'Etat est compétent pour vérifier si la [demanderesse] a régulièrement pu constater cette contravention et en conséquence décider qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 20 ; c'est également à tort que la [demanderesse] soutient que l'acte attaqué

n'a pas modifié la situation juridique du [défendeur] ; la situation administrative d'un agent irrégulièrement absent n'est pas la même que celle d'un agent dont l'absence est justifiée et partant régulière ; le déclinatoire de compétence n'est pas accueilli».

Griefs

En vertu des articles 13 et 144 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire.

En vertu des articles 7 et 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées par l'arrêté royal du 12 janvier 1973, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître d'un recours en annulation d'un acte individuel consistant dans la constatation par une autorité administrative de l'existence d'une situation créant un droit subjectif du requérant, lorsque le moyen d'annulation invoqué est pris de la violation de la règle de droit qui établit les conditions de la reconnaissance d'une telle situation.

Pour déterminer si le Conseil d'Etat est ou non compétent, il convient de rechercher si, dans la relation juridique existant entre l'autorité administrative et l'administré, il existe une règle de droit attribuant directement à l'administré le pouvoir d'exiger de l'autorité un comportement déterminé.

Un tel pouvoir existe lorsque la compétence de l'autorité administrative est entièrement liée, ce qui suppose que les conditions à la réunion desquelles est subordonné l'exercice de la compétence soient définies de manière objective par la règle de droit, de sorte que l'autorité ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation.

L'article 20 du décret portant des mesures urgentes en matière d'enseignement du 22 décembre 1994 dispose que

«L'inobservance des dispositions des articles 2 à 19 du présent décret entraîne le caractère irrégulier de l'absence et la perte du droit au traitement ou à la subvention-traitement pour cette période d'absence».

L'article 9 du même décret prévoit que

«Les examens de contrôle se font au domicile ou au lieu de résidence du membre du personnel malade. L'organisme de contrôle ne doit pas annoncer l'examen de contrôle.

Les membres du personnel autorisés à quitter leur domicile ou résidence peuvent être appelés par l'organisme de contrôle à se présenter pour un examen de contrôle».

L'arrêt admet que la compétence de la demanderesse résultant de l'article 20 du décret est une compétence liée mais décide que cette compétence n'est liée que lorsque l'inobservance des articles 2 à 19 du décret est établie.

Et, selon l'arrêt, pour établir l'inobservance de ces articles, la demanderesse disposerait d'un plein pouvoir d'appréciation.

Ayant relevé que, pour prendre la décision critiquée par le défendeur en application de l'article 20, la demanderesse a visé aussi l'article 9 dudit décret, le Conseil d'Etat s'est dès lors déclaré compétent pour vérifier si la demanderesse avait régulièrement pu constater cette contravention.

Or, ainsi qu'il résulte du texte de l'article 9 reproduit ci-avant, cette disposition ne comporte aucune marge d'appréciation.

Il s'agit en effet uniquement de vérifier si le membre du personnel malade a refusé l'accès à son domicile ou à sa résidence pour permettre à l'organisme de contrôle de procéder à son examen de contrôle ou encore si, appelé par l'organisme de contrôle à se présenter pour un examen de contrôle, il ne s'est pas présenté.

Cette vérification purement matérielle ne laisse aucune marge d'appréciation à l'administration.

Il en résulte que les droits résultant de l'application de ces dispositions sont des droits civils dont seuls les tribunaux de l'ordre judiciaire peuvent connaître en cas de contestation.

La naissance du droit subjectif ne dépend nullement

d'une décision préalable de l'autorité administrative relevant de son pouvoir discrétionnaire.

En rejetant le déclinatoire de compétence par les considérations reprises au moyen, le Conseil d'Etat s'est dès lors déclaré à tort compétent pour connaître de contestations concernant des droits civils et a, partant, violé

les articles 13 et 144 de la Constitution, 7 et 14 des lois sur le Conseil d'Etat, ainsi que les autres dispositions visées au moyen.

III. La décision de la Cour

1. Aux termes de l'article 144 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.

En vertu de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973, la section d'administration du Conseil d'Etat statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives.

Cette compétence est déterminée par l'objet véritable et direct du recours en annulation.

2. Les cours et tribunaux connaissent de la demande d'une partie fondée sur un droit subjectif.

L'existence de pareil droit suppose que la partie demanderesse fasse état d'une obligation juridique déterminée qu'une règle du droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie a un intérêt.

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.

3. L'arrêt constate que l'acte attaqué est une lettre du 23 novembre 2000, adressée au défendeur par une directrice au service général de la gestion des personnels de l'enseignement de la Communauté française dans les termes suivants : « Vous avez contrevenu à l'article 9 du décret du 22 décembre 1994, portant des mesures urgentes en matière d'enseignement, ainsi qu'à l'article 5, dernier alinéa, de ce même décret qui stipule que 'les membres du personnel qui se font soigner hors de leur résidence habituelle sont tenus de mentionner leur adresse temporaire sur le certificat médical'. L'article 20 du décret du 22 décembre 1994 est d'application. Je transmets la demande de remboursement au comptable centralisateur du ministère pour suite utile ».

L'arrêt relève que la décision litigieuse sanctionne les

circonstances suivantes : alors que le défendeur, en incapacité de travail mais autorisé par son médecin traitant à quitter son domicile, séjournait à la mer, le médecin contrôleur s'est présenté à ce domicile et a déposé dans la boîte aux lettres une convocation pour le lendemain. Le défendeur ne s'y est pas rendu mais a téléphoné au médecin contrôleur aux fins de le rencontrer ultérieurement, proposition qui a été refusée.

4. En vertu de l'article 9 du décret, les examens de contrôle se font au domicile ou au lieu de résidence du membre du personnel malade. L'article 20 dispose que l'inobservance de cette disposition précitée entraîne le caractère irrégulier de l'absence et la perte du droit au traitement pour la période correspondante.

Il ressort de ces dispositions que la compétence de l'administration de statuer sur la perte du droit au traitement est liée, dès lors que seule est correcte la qualification d'absence irrégulière conforme aux dispositions décretales lui attribuant ce caractère.

En considérant qu'en vertu de l'article 20 précité, « la compétence de la [demanderesse] n'est liée que lorsque l'inobservance des articles 2 à 19 [...] est établie » et que « pour établir cette inobservance, la partie adverse dispose de son plein pouvoir d'appréciation », l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision de rejeter le déclinaire de compétence de la demanderesse.

Le moyen est fondé.

Par ces motifs,

La Cour, chambres réunies,

Casse l'arrêt attaqué ;

Ordonne que le présent arrêt sera transcrit dans les registres du Conseil d'Etat et qu'il en sera fait mention en marge de l'arrêt cassé ;

Condamne le défendeur aux dépens ;

Renvoie la cause au Conseil d'Etat, section d'administration, autrement composé, qui se conformera à la décision de la Cour sur le point de droit jugé par elle.

Les dépens taxés à la somme de neuf cent sept euros septante-cinq centimes envers la partie demanderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, chambres réunies, à Bruxelles.

Note :

Résumé du commentaire

Il convient d'être spécialement attentif à l'affaire *Druez*, dans laquelle une décision de mise en disponibilité avait

été critiquée devant le Conseil d'Etat en ce qu'elle avait vocation à s'appliquer à Madame Druez *avec effet rétroactif*.

Dans une première section, nous rappellerons les règles qui régissent l'application des actes administratifs dans le temps. Nous évoquerons le concept de « droit acquis », qui fait obstacle à l'entrée en vigueur rétroactive, voire parfois à l'application immédiate des actes administratifs. Nous montrerons que l'effet rétroactif attaché à certaines décisions de mise en disponibilité peut être jugé, dans des circonstances particulières, régulier et respectueux des droits acquis.

Dans une seconde section, nous retracerons les règles qui régissent de manière classique la répartition des attributions entre le Conseil d'Etat et les Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Nous soutiendrons ensuite que l'usage du critère du caractère discrétionnaire ou lié de la compétence exercée, *dans le contexte de la problématique de l'application des actes administratifs dans le temps*, aura pour conséquence de retirer au Conseil d'Etat une grande partie des pouvoirs de contrôle qu'il exerçait jusqu'ici. Nous nous demanderons enfin si les recours ouverts devant les Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, toujours dans le même contexte, sont susceptibles d'apporter aux justiciables des satisfactions équivalentes à celles qu'ils trouvent devant le Conseil d'Etat.

Le principe de non-rétroactivité, les droits acquis et les attributions du Conseil d'Etat

« Certains auteurs semblent impatients de voir surgir entre le Conseil d'Etat et nous des conflits et même des « hostilités », qui fourniraient matière à d'intéressants développements doctrinaux. Tel n'est point notre désir, tel n'est point le désir du Conseil d'Etat : de part et d'autre, règne la préoccupation de tracer de manière claire et précise les limites séparatives des attributions des autorités judiciaires et de celles de la haute juridiction administrative, afin que l'avantage des garanties qu'a values aux citoyens l'institution d'un Conseil d'Etat, ne soit pas compensé par la prolifération de conflits dans lesquels les justiciables iraient s'enliser et dont ils seraient, en dernière analyse, les innocentes victimes. »

P. Cornil

I. Par les deux arrêts annotés, la Cour de cassation casse des arrêts par lesquels le Conseil d'Etat s'est reconnu

compétent pour connaître de recours en annulation¹. Il s'agit d'affaires qui ont pour cadre le droit de l'enseignement. Le Conseil d'État s'était vu soumettre des décisions par lesquelles la Communauté française se limitait à tirer les conséquences que le statut attachait de plein droit à la survenance d'un événement. Ces décisions avaient des effets essentiellement pécuniaires. La Communauté française avait soulevé devant le Conseil d'État des déclinatoires de juridiction², que le Conseil d'État avait repoussés.

2. La première affaire est simple. Monsieur Noir est enseignant du réseau organisé par la Communauté française. Alors qu'il vient de subir une opération médicale sérieuse, et qu'il se trouve en congé pour maladie, il va passer quelques jours à la mer, apparemment sur les conseils de son médecin. Le médecin contrôleur se présente à son domicile à ce moment et constate son absence. Or, l'article 9 du décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 impose alors au membre du personnel en congé pour maladie des obligations de résidence, et l'article 20 du même décret ajoute que la méconnaissance des autres dispositions entraîne le caractère irrégulier de l'absence et la perte du droit au traitement. La Communauté française décide dès lors d'appliquer ces dispositions à l'enseignant. Ce dernier saisit le Conseil d'État. La décision pose un problème de compétence de l'auteur de l'acte, que le Conseil d'État soulève d'office³.

La seconde affaire est à la fois plus complexe et plus

intéressante. Madame Druez est institutrice également au sein du réseau organisé par la Communauté française. Elle est victime d'un accident sur le chemin du travail le 23 février 1987. Les conséquences de cet accident donnent lieu à divers litiges avec la Communauté, portant, d'une part, sur la date de consolidation et le taux d'incapacité à retenir et, d'autre part, sur l'éventuelle mise à la pension de l'intéressée. Les péripéties de ces deux procédures ne doivent pas retenir notre attention. Il suffit de mentionner qu'elles se terminent, pour la première, par une décision du tribunal du travail du 24 janvier 1997, et pour la seconde, par la mise à la pension de Madame Druez, avec son accord, au 1^{er} octobre 1996. Entre-temps, sans attendre l'issue des conflits en cours, mais avec tout de même près de six années de retard, la Communauté a mis l'enseignante en disponibilité pour maladie par une décision du 17 février 1995, avec effet au 31 août 1989. Madame Druez sollicite l'annulation de cette décision devant le Conseil d'État⁴. Le Conseil d'État prononce un premier arrêt d'annulation pour incompétence de l'auteur de l'acte⁵, puis, l'acte ayant été refait, un second arrêt pour violation du principe général de non-rétroactivité des actes administratifs⁶.

3. Dans ces différentes procédures, la Communauté française conteste la compétence du Conseil d'État pour connaître des recours introduits respectivement par Monsieur Noir et Madame Druez. Son déclinatoire de juridiction est exprimé dans des termes particulièrement

¹ L'article 158 de la Constitution prévoit que la Cour de cassation se prononce sur les conflits d'attributions ; cette dernière est dès lors érigée en juge de la répartition des attributions entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État, par les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État (articles 33 et suivants) et par le Code judiciaire (article 608, 2°).

² On parle de déclinatoire de juridiction dès lors qu'il s'agit de contester la compétence de l'ensemble d'un ordre de juridiction. Un déclinatoire de juridiction revêt un caractère d'ordre public quand il met en jeu les structures fondamentales de l'État, comme dans le cas des conflits d'attributions entre le juge judiciaire et les juridictions administratives (C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, Bruxelles, Larcier, Précis de la faculté de droit de l'UCL, 1981, p. 139 ; A. FETTWEIS, *Précis de droit judiciaire. Tome II. La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 37 et suivants).

³ C.E., n° 163.215 du 5 octobre 2006, *Noir*.

⁴ L'enseignant mis en disponibilité pour maladie ou invalidité ne bénéficie plus que d'un traitement décroissant, sauf cas de maladie grave ou de longue durée (voyez à l'époque les articles 9 à 12 de l'arrêté royal du 18 janvier 1974 pris en application de l'article 164 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécialisé, moyen, technique, artistique et normal de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements, et les régimes similaires prévus ensuite à l'article 13 du décret du 4 février 1997 fixant le régime des congés et de disponibilité pour maladie et infirmité de certains membres du personnel de l'enseignement, puis à l'article 14 du décret du 5 juillet 2000 fixant le régime des congés et de disponibilité pour maladie ou infirmité de certains membres du personnel de l'enseignement). Le grief causé par l'acte attaqué était dès lors évident.

⁵ C.E., n° 65.658 du 26 mars 1997, *Druez*.

⁶ C.E., n° 106.968 du 24 mai 2002, *Druez*.

nets dans le premier cas⁷ : « *considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse déduit des termes de l'article 20 du décret du 22 décembre 1994 portant des mesures urgentes en matière d'enseignement, et spécialement de l'utilisation au présent du verbe "entraîner", qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation en la matière mais exerce une compétence liée; (...) qu'elle ajoute que l'acte attaqué ne modifie pas la situation juridique du requérant, de sorte que le recours ne peut être considéré comme visant à obtenir l'anéantissement ab initio d'un acte administratif mais tend à assurer de manière déguisée la protection ou la reconnaissance d'un droit subjectif* ». Cette exception est rejetée par le Conseil d'État.

Dans le cas de Madame Druetz en revanche, il est moins évident qu'il s'agissait d'un déclinatoire de juridiction. Cette affaire donne lieu à une série d'arrêts. Lors de la première procédure, la Communauté française invoque certes le fait que sa compétence était liée et le caractère purement déclaratif de sa décision, mais dans ce cas pour soutenir que le recours est dépourvu d'objet et d'intérêt⁸. Le Conseil d'État rejette l'exception et prononce une première annulation⁹. La Communauté n'introduit pas de pourvoi en cassation. Elle reprend une décision de mise en disponibilité avec effet rétroactif. Lors de l'examen du nouveau recours, la Communauté soulève à nouveau sa double exception d'irrecevabilité. Le Conseil d'État la rejette à nouveau, en se limitant à renvoyer à son précédent arrêt¹⁰ : « *Considérant qu'une telle exception a été rejetée par ledit arrêt et par d'autres qui l'ont suivie; que la partie adverse n'avance aucun argument de nature à faire revenir le Conseil d'Etat sur sa jurisprudence; que l'exception ne peut qu'être rejetée* ». La Communauté introduit alors un premier pourvoi en cassation. Dans le cadre de ce pourvoi, elle présente évidemment son exception comme un déclinatoire de juridiction. La Cour de cassation constate que la manière dont le Conseil d'État a motivé son rejet du déclinatoire ne lui permet pas d'exercer son contrôle, elle casse l'arrêt et renvoie la cause au Conseil d'État¹¹. Le Conseil d'État examine

une troisième fois la situation de Madame Druetz, et il commence par rejeter encore le déclinatoire de la Communauté en reproduisant cette fois-ci les considérants de son premier arrêt du 26 mars 1997¹².

4. Dans tous les cas, le Conseil d'État juge qu'il est compétent, aux termes de raisonnements similaires. Il estime que les normes en cause ne laissaient aucun pouvoir discrétionnaire à l'autorité une fois qu'il était constaté que leurs conditions d'application étaient réunies, mais que l'autorité devait effectuer au préalable un travail de *qualification* qui peut être soumis au contrôle de l'excès de pouvoir. Des doutes peuvent surgir quant à la cause ou à la régularité d'une absence. Le Conseil d'État considère donc que le retrait de traitement ou la mise en disponibilité pour maladie sont des décisions constitutives de droit, qui créent dans le chef de l'agent une situation juridique nouvelle.

C'est cette motivation qui a été soumise à la Cour de cassation par les pourvois de la Communauté française qui font l'objet des arrêts commentés¹³. Dans les deux cas, la Cour de cassation juge qu'il n'y avait qu'une seule qualification régulière possible. Le statut imposait les conséquences de cette qualification. La Cour conclut dès lors qu'en se fondant sur le caractère discrétionnaire de la compétence de l'autorité, le Conseil d'État n'a pas justifié légalement sa compétence.

5. Ces affaires appellent deux observations. La première observation concerne les moyens invoqués devant le Conseil d'État. Le moyen qui retiendra notre attention sera celui qui était pris de la violation du principe de non-rétroactivité, dans l'affaire *Druetz* (A). Il ne s'agira évidemment pas de faire un exposé complet des subtilités du droit transitoire¹⁴. Nous verrons que ce principe donne lieu à de grandes difficultés pratiques. La seconde observation concerne le moyen de cassation, pris de la violation des règles répartitrices d'attributions entre le Conseil d'État et les juridictions de l'ordre judiciaire (B). Ainsi que nous nous en apercevrons, cette question se révélera liée à la première. En effet, nous verrons que

⁷ C.E., n° 163.215 du 5 octobre 2006, *Noir*.

⁸ C'est en tout cas de cette manière que le Conseil d'État résume l'exception.

⁹ C.E., n° 65.658 du 26 mars 1997, *Druetz*.

¹⁰ C.E., n° 106.968 du 24 mai 2002, *Druetz*.

¹¹ Cass. (ch. réunies), 24 juin 2004, n° C.02.0361.F.

¹² C.E., n° 162.544 du 19 septembre 2006, *Druetz*.

¹³ Cass., 20 décembre 2007, n° C.06.0596.F et C.06.0574.F, *reproduits ci-avant*.

¹⁴ Nous laisserons notamment de côté le problème essentiel de la distinction entre actes réguliers et actes irréguliers, qui ne présente aucune pertinence pour notre propos.

la Cour de cassation a fait une application somme toute attendue des règles répartitrices d'attributions, au regard des clarifications déjà intervenues ces dernières années. Il nous semble toutefois que les difficultés d'usage du principe de non-rétroactivité rejaillissent sur la question de la répartition des compétences, en lui imprimant une incertitude plus grande qu'il n'apparaissait *a priori*. En effet, ces deux questions sont liées par le rôle central qu'y joue à chaque fois le concept de droit sub-jectif.

I. Le principe de non-rétroactivité

6. La règle de la non-rétroactivité des lois fait l'objet d'une série de dispositions légales et conventionnelles¹⁵. Enracinant leur jurisprudence dans ces dispositions, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont consacré presque en même temps un principe général du droit de la non-rétroactivité des actes administratifs. Il s'agit d'un

des premiers principes généraux du droit reconnus par le Conseil¹⁶. L'article 2 du Code civil ne paraissait en effet pas constituer un fondement suffisant devant la Haute juridiction administrative, dès lors qu'il ne s'agissait pour l'essentiel que d'un principe d'interprétation des lois, et surtout qu'il n'était pas possible d'en étendre l'application aux actes administratifs à portée individuelle¹⁷. Le Conseil d'État relie ce principe le plus souvent à la sécurité juridique - c'est-à-dire le principe selon lequel le législateur ne peut porter atteinte sans justification raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes¹⁸ - et parfois aussi aux principes d'égalité et de non-discrimination¹⁹.

7. Le contenu de cette règle ne paraît à première vue guère difficile à établir. Mais elle recouvre en réalité deux significations. Sur le plan formel, la disposition rétroactive est celle dont l'entrée en vigueur est reportée à un moment du passé²⁰. Cette présentation formelle

¹⁵ L'article 2 du Code civil énonce : « *La loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif* ». L'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme prévoit dans le domaine pénal : « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ». On peut aussi citer l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou l'article 2 du Code pénal.

¹⁶ J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 617 ; Cass., 22 octobre 1970 ; C.E., 9 juin 1977.

¹⁷ P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, Faculté de droit et La Haye, Martinus Nijhof, 1975, p. 141 et ss ; C. MOLITOR, « Le contrôle par le Conseil d'État de la rétroactivité de l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut de la fonction publique », observations sous C.E. (6^e ch.), n° 62.922 du 5 nov. 1996, *Orfinger, A.P.T.*, n° 21 ; O. DAURMONT, « Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs », rapport avant C.E. (6^e ch.), n° 62.922 du 5 nov. 1996, *Orfinger, C.D.P.K.*, 1997, p. 94 ; Conclusions de Monsieur l'avocat général Leclercq avant Cass. (3^e ch.), 22 janvier 1996, *A.P.T.*, 1996, p. 32 et suivantes.

¹⁸ La sécurité juridique recouvre ainsi notamment les protections contre les changements du droit, c'est-à-dire la prohibition de la rétroactivité et la consolidation des situations juridiques acquises (B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A.*, 20 juin 1995, n° spécial, p. 151 et suivantes).

¹⁹ R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Le Conseil d'État – chronique de jurisprudence 1999 », *R.B.D.C.*, 2000, n° 3-4, p. 414-415 ; R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Le Conseil d'État – chronique de jurisprudence 2000 », *R.B.D.C.*, 2002, n° 1, p. 86-87 ; P. NIHOUL et M. JOASSART, « Le Conseil d'État – chronique de jurisprudence 2003 », *R.B.D.C.*, 2005, n° 1, p. 117-118 ; P. NIHOUL, M. JOASSART et V. FRANCK, « Le Conseil d'État – chronique de jurisprudence 2005 », *R.B.D.C.*, 2006, n° 4, p. 466-467 ; P. NIHOUL, M. JOASSART et V. FRANCK, « Le Conseil d'État – chronique de jurisprudence 2006 », *R.B.D.C.*, 2007, n° 3, p. 328-329.

²⁰ Christine HOREVOETS estime qu'il y a rétroactivité chaque fois que l'entrée en vigueur est fixée à une date antérieure à la *publication*, laquelle détermine l'opposabilité de l'acte (et non seulement lorsque l'entrée en vigueur est fixée à une date antérieure à la *promulgation* – qui ne permet que des mesures d'exécution internes à l'administration) – C. HOREVOETS, « Les principes qui régissent la promulgation et la publication des lois, arrêtés et règlements, et leurs effets », *C.D.P.K.*, 1998, p. 407-423.

permet le cas échéant d'évacuer tout doute sur l'intention de faire rétroagir la disposition²¹. Sur le plan matériel, l'idée de rétroactivité des textes de droit est traditionnellement opposée à celle d'application immédiate. Ainsi que l'énonce la Cour de cassation, en règle, une loi nouvelle s'applique non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits irrévocablement fixés²². *A contrario*, serait rétroactif, sur le plan matériel, le texte de droit que l'autorité rendrait applicable à des situations définitivement cristallisées dans des droits irrévocablement acquis, au moment où ce texte deviendrait opposable par publication ou par notification²³. Cette distinction entre rétroactivité et application immédiate serait parallèle, au regard des droits subjectifs en cause, à la résistance de la norme à la volonté de changement de l'autorité, soit pour le passé, soit pour l'avenir²⁴.

La signification formelle et la signification matérielle de la rétroactivité ne coïncident pas nécessairement en pratique. Ainsi, un arrêté du Gouvernement wallon du 15 janvier 2004 prévoyant des mesures de réduction de

capacité des maisons de repos n'entrait en vigueur qu'après sa publication, mais se fondait comme première année de référence sur une année antérieure. Formellement, cette réglementation n'était pas rétroactive. Elle a toutefois été critiquée par le Conseil d'État pour le motif qu'« *en règle, si une réglementation nouvelle est immédiatement applicable à tous les effets futurs de situations nées sous l'empire de la réglementation antérieure, elle ne peut être rendue applicable aux situations antérieures définitivement accomplies. En attachant des conséquences nouvelles, imprévisibles et difficilement réversibles, à des décisions de gestion de lits prises par des maisons de repos avant l'adoption de la nouvelle réglementation, le Gouvernement a méconnu l'impératif de sécurité juridique inhérent au principe de non-rétroactivité* »²⁵.

À la lumière de cet exemple, il apparaît que si, dans certains cas, l'atteinte à des droits constituera manifestement un effet rétroactif de l'acte (des traitements ont été payés, une maison a été construite, un contrat a été attribué), dans beaucoup de cas en revanche il sera délicat de déterminer si la modification du droit doit être réputée rétroactive ou simplement d'application immédiate²⁶.

²¹ Lorsque l'entrée en vigueur est fixée à une date postérieure à la promulgation, mais antérieure à la publication, il n'y a pas lieu de présumer une intention de rétroagir en l'absence de l'expression d'une volonté claire, par souci des droits particuliers en cause. Il convient donc de condamner toutes les mesures d'exécution qui interviendraient avant la publication - C. HOREVOETS, « Les principes qui régissent la promulgation et la publication des lois, arrêtés et règlements, et leurs effets », *C.D.P.K.*, 1998, p. 407-423.

²² Cass., 2 mai 1994, M940003F ; Cass., 3 octobre 1994, S940011F ; Cass. 24 avril 1995, S940015F. Pour la genèse de cette expression, voyez les conclusions de Monsieur l'Avocat général Henkes avant Cass., 14 mars 2008, F.07.0067.F, notes 7 et suivantes. Le magistrat relève différentes expressions de la même idée, qui évoquent « *la situation accomplie, c'est-à-dire juridiquement épuisée* » (Conclusions de Monsieur le Procureur général Ganshof van der Meersch avant Cass., 22 octobre 1970, Pas., 1971, I, 144), « *la situation définitivement accomplie* » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 1er, n° 231, 231bis, 231quinquies et 232), ou encore « *les rapports juridiques nés et définitivement accomplis avant l'entrée en vigueur de la norme* » (C.A., n° 36/90 du 22 novembre 1990).

²³ C. HOREVOETS, « Les principes qui régissent la promulgation et la publication des lois, arrêtés et règlements, et leurs effets », *C.D.P.K.*, 1998, p. 421.

²⁴ M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-scientia, 1991, p. 213 et suivantes.

²⁵ C.E., n° 154.027 et n° 154.028 du 20 janvier 2006 (suspension) ; n° 165.534 à 165.543 du 5 décembre 2006 (annulation), cités par P. NIHOUL, M. JOASSART et V. FRANCK, « Le Conseil d'État – chronique de jurisprudence 2006 », *R.B.D.C.*, 2007, n° 3, p. 328-329.

²⁶ Dans le cadre de notre commentaire, nous nous limitons au problème de l'application des actes administratifs dans le temps. On peut toutefois mentionner que le problème se présente d'une façon similaire pour l'acte législatif et pour l'acte administratif unilatéral (C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droit acquis en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 38 et suivantes). Il est parfois délicat de déterminer si une loi est matériellement rétroactive ou d'application immédiate (J. THEUNIS, « Le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2008, n° 1, p. 5 ; voyez aussi les exemples récents de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des frais et honoraires d'avocat, avec l'arrêt C.C., n° 182/2008 du 18 décembre 2008, considérant B.20.4, et de la loi du 25 juillet 2008 modifiant le Code civil et les lois coordonnées du 17 juillet 1991 sur la comptabilité de l'État en vue d'interrompre la prescription de l'action en dommages et

8. Comme il ressort déjà de l'exemple cité plus haut, nos juridictions ont opté pour une conception matérielle de la rétroactivité. Ce à quoi le Conseil d'État accorde de l'importance, et qui peut justifier le cas échéant un arrêt d'annulation, c'est la stabilité des droits. Ce qui peut être le plus problématique au regard de la règle de la non-rétroactivité, ce n'est pas qu'il soit prévu qu'un acte administratif s'appliquera dans le passé²⁷, c'est le fait que cet acte modifie des droits irrévocablement fixés. Ce n'est que dans des cas rares, nous semble-t-il, que le Conseil d'État a admis des effets rétroactifs qui y portaient atteinte. Telle semble être également la position de principe de la Cour de cassation²⁸.

Monsieur Lewalle a consacré des développements approfondis à ce problème de la rétroactivité déduite de l'économie générale d'un texte de droit²⁹. Il énonce comme une évidence qu'une loi peut être rétroactive

tout en ne disposant que pour la période postérieure à son entrée en vigueur. En droit comme ailleurs, « *une relation irréductible unit le passé au présent et à l'avenir* », et ce qui a été institué hier ne saurait être défait comme si rien n'avait été antérieurement décidé. Le principe de la non-rétroactivité déjoue ce que François Ost a appelé la conception syncopée du droit : une succession d'expressions de volonté instantanées, sans lien apparent et intelligible³⁰. La doctrine a proposé diverses tentatives de conceptualisation de ce lien entre le passé et l'avenir³¹ : suivant les auteurs, serait rétroactive la loi qui supprime ou qui modifie pour l'avenir un de nos droits à raison d'un fait passé, la loi qui porte atteinte à une situation juridique subjective par opposition à celle qui ne porte atteinte qu'à une situation juridique objective, la loi qui interviendrait dans une situation juridique en cours de constitution, d'extinction

intérêts à la suite d'un recours en annulation devant le Conseil d'État). Le principe de non-rétroactivité ne revêt qu'une valeur législative, mais la loi rétroactive dérogera le plus souvent à d'autres normes qui lui sont supérieures (D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles – Bruylant / Paris – L.G.D.J., 2003, p. 19-20, 78-80 et 344 et suivantes) : la prohibition de la rétroactivité en matière pénale, consacrée par des instruments internationaux cités plus haut ; le droit de propriété, consacré à l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne (C.E.D.H., *Prespos Compania Naviera s.a. et autres c/ Belgique*, 20 novembre 1995 ; voyez aussi à propos de l'exemple cité de la loi du 21 avril 2007 : J.-F. VAN DROOGHENBROECK et B. DE CONINCK, « La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d'avocat », *J.T.*, 2008, p. 37 *contra* J. VAN COMPERNOLLE et F. GLANSDORFF, « La répétibilité des frais et honoraires d'avocat », *in L'accès à la justice*, Commission Université - Palais, Liège, Anthemis, 2007, pp. 229 et s) ; l'exigence de sécurité juridique qui veut que les sujets de droit puissent prévoir les effets juridiques de leurs actes (C.A., n° 28/96, 49/96, 7/97 et 76/97, cités par J. SAROT e.a., *Recueil de jurisprudence de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 434) ;... La loi d'application immédiate sera quant à elle en principe jugée valide, sauf dans des cas exceptionnels où elle violera le principe de sécurité juridique (J. THEUNIS, *op.cit.*).

²⁷ On pense évidemment au principe général du retrait, qui autorise en tout temps le retrait d'un acte administratif non créateur de droits (*cf.* ci-dessous).

On peut aussi citer une espèce dans laquelle la Ville de Liège avait décidé, par une délibération du 28 février 2000, d'augmenter les échelles pécuniaires de ses agents, avec effet au 1^{er} janvier 1996. Cette délibération a fait l'objet d'un arrêté de tutelle de refus d'approbation, motivé par une prétendue violation du principe de non-rétroactivité. L'arrêté de tutelle a été annulé par le Conseil d'État pour le motif suivant : « *Considérant que la rétroactivité d'un acte réglementaire est tolérée notamment lorsqu'elle ne porte pas atteinte à des droits acquis, lorsqu'elle s'appuie sur des situations constituées dans le passé, lorsqu'elle est nécessaire à l'exécution de la loi, lorsqu'elle vise à assurer la continuité d'un service public, lorsqu'elle répond à un impératif de régularisation et enfin lorsqu'elle ne fait pas grief* » (C.E., n° 112.296 du 6 novembre 2002, *Foret*).

La section de législation adopte la même attitude. À propos d'inscriptions à un concours de recrutement dans la fonction publique, elle a admis la rétroactivité d'un arrêté qui consolidait ce qui avait été fait sous l'empire d'un précédent arrêté abrogé pour le motif que « *loin de porter atteinte à des droits acquis, (cette disposition) garantit la sécurité juridique et maintient aux candidats le bénéfice de leur concours* » (R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Le Conseil d'État – chronique de jurisprudence 2000 », *R.B.D.C.*, 2002, n° 1, p. 91).

²⁸ Conclusions de Monsieur l'avocat général Leclercq avant Cass. (3^e ch.), 22 janvier 1996, *A.P.T.*, 1996, p. 32.

²⁹ P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, 1975, notamment p. 171 et suivantes et 184 et suivantes. Voyez également F. TULKENS, « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison ? », *in L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 2000, p. 469-488.

³⁰ F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 185 et suivantes ; C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 145 et suivantes.

³¹ P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, 1975, p. 172 à 175.

ou d'application par opposition à celle qui appréhende une situation juridique déjà constituée ou éteinte... Mais aucune de ces systématisations ne permet de rendre réellement compte de la jurisprudence.

Le principe de non-rétroactivité connaît par ailleurs un certain nombre de tempéraments, comme l'autorisation du législateur, la nécessité d'assurer à la loi l'exécution voulue, la nécessité d'assurer un bon fonctionnement aux services publics³², la possibilité du retrait, certains cas de réfection d'un acte administratif retiré ou annulé, la régularisation des situations de fait qui s'imposent à l'autorité, l'application d'un règlement fiscal au 1^{er} janvier de l'exercice en cours, ...³³ Mais même dans de tels cas, la rétroactivité ne saurait en tout état de cause être admise qu'« à la condition qu'elle n'ait pas pour effet de porter atteinte, même pour l'avenir, à des situations de droits acquis »³⁴.

Cette dernière condition ressort en effet d'un certain nombre d'arrêts du Conseil d'État. Elle n'en laissera pas moins l'observateur perplexe. En premier lieu, on n'aperçoit pas d'emblée la portée de la précision « même pour l'avenir ». En réalité, dès lors que, suivant la définition de la rétroactivité reprise plus haut, il y a rétroactivité lorsqu'on touche à des droits fixés, le texte rétroactif sera celui qui a pour effet de modifier les effets juridiques qu'on croyait définitivement attachés à certains faits ou à certains actes depuis un certain temps, remettant ainsi en cause le passé. S'agissant d'un texte de droit, cette remise en cause du passé ne peut jamais avoir lieu qu'« à la date de son entrée en vigueur et pour l'avenir ». Peu importe encore une fois qu'il soit affirmé de manière expresse que l'acte est censé s'appliquer au passé. En second lieu, le fait d'utiliser l'expression « droits ac-

quis » dans ces différents contextes, éventuellement à la place de « droit subjectif », tend à rapprocher le contrôle de la rétroactivité, qui porte le plus souvent atteinte à des droits acquis, et le contrôle de l'application immédiate, qui peut parfois porter atteinte à des droits acquis.

9. Le problème suivant sera donc, au regard de la conception matérielle du principe de la non-rétroactivité, d'identifier ce qui doit être considéré comme des droits irrévocablement acquis, qui s'opposent soit à la rétroactivité et au retrait, lorsqu'il s'agit du passé, soit au changement, lorsqu'il ne s'agit que de l'avenir³⁵.

Ici encore, l'analyse formelle des actes administratifs se révèle insuffisante. Cette analyse formelle réduit le plus souvent l'identification des droits acquis à la distinction entre acte individuel créateur de droit et acte non créateur de droit, à portée individuelle ou réglementaire. Sur cette distinction repose en effet le principe général du retrait. Cette façon de procéder présente pourtant de nombreuses faiblesses. En premier lieu, les tentatives de conceptualisation de la notion d'acte créateur de droit semblent vouées à échouer³⁶. La distinction entre actes créateurs et actes non créateurs de droit se ramène souvent en pratique à une énumération des seconds, qui sont identifiés par la jurisprudence mais qui présentent un caractère très hétérogène³⁷. À cela s'ajoute qu'il est tout aussi problématique de retenir la notion d'acte créateur de droit comme une notion non conceptuelle, fonctionnelle, dont l'intérêt résiderait dans la latitude qu'elle laisse au juge : il faudrait en effet encore identifier la finalité de cette notion³⁸. En deuxième lieu, les tentatives de conceptualisation du rapport entre acte créateur de droit et droit acquis se heurtent elles-mêmes

³² Par exemple, lorsqu'il s'agit de refaire des règlements annulés ou retirés, et que cette réfection rétroactive est imposée par un impératif de fonctionnement des pouvoirs publics (C.E., n° 62.921 ; C.E., n° 62.924 ; C.E., n° 108.601 ; C.E., n° 115.351).

³³ J. JAUMOTTE, *op. cit.*, p. 643.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Il serait absurde de prétendre exposer cette notion, extrêmement complexe, en quelques lignes. Nous nous limitons à ce qui nous paraît indispensable pour la suite de notre commentaire et nous renvoyons le lecteur désireux d'en savoir davantage à l'ouvrage fondamental de Monsieur YANNAKOPOULOS, *La notion de droit acquis en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1997.

³⁶ C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 70 et suivantes.

³⁷ C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 83 ; P. AUVRET, *op. cit.* On y classe généralement les actes individuels créateurs de droits précaires (actes sous condition, autorisations,...), même si ce classement est discutable (ces actes s'imposent également à l'autorité qui les adopte). On y classe aussi les actes confirmatifs, qui ne font que reprendre un acte original, les actes reconnaissifs, qui sont subordonnés à une décision initiale mais qui modifient l'ordonnancement juridique (pourtant il ne devrait pas être possible de les retirer ou de les abroger sans condition), et les actes négatifs ou disciplinaires (pourtant ils constituent eux aussi un droit pour leur destinataire : celui de ne pas être sanctionné pour des griefs qui ont été abandonnés et de ne pas être sanctionné plus sévèrement pour la même faute). On y classe enfin les actes inexistants ou obtenus en fraude.

³⁸ C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 80.

à de nombreuses impasses³⁹ : le droit acquis est expliqué par la théorie du retrait et les obstacles au retrait par la théorie des droits acquis, ce qui revient à une pétition de principe ; le droit acquis est un droit au maintien de l'acte qui crée la situation juridique, ce qui revient à confondre cause et conséquence ; le droit acquis est une conséquence du principe d'intangibilité, qui signifie lui-même l'interdiction de porter atteinte aux droits acquis ;... En troisième lieu, cette façon de procéder exclut *a priori* les règlements⁴⁰. Un règlement pourrait créer des droits, mais non des droits acquis. L'autorité n'a pas épuisé sa compétence en adoptant un acte réglementaire, et elle pourrait toujours modifier un règlement sans que le particulier ne puisse lui opposer les droits qu'il en tirait. On ne saurait manifestement pas s'en tenir là. Un règlement, comme une loi, peut porter atteinte à des situations acquises⁴¹.

En réalité, si on s'en tient à l'analyse formelle, le principe est bien celui de la mutabilité des actes administratifs, qui ne laisse aucune place à la stabilité de droits acquis⁴². Monsieur Pâques conteste ainsi la prétendue intangibilité des actes individuels créateurs de droits, en critiquant lui aussi le flou de la notion d'acte « créateur de droit ». Il adopte un point de vue objectif, et il arrive à la conclusion qu'un acte administratif individuel ne peut donner naissance qu'à une *situation juridique acquise, dans un contexte réglementaire et sous réserve de la modification de ce contexte*. C'est à l'analyse de ce contexte réglementaire que l'on saura si l'autorité a le pouvoir de revenir sur l'acte initial par la voie de l'acte contraire ou si elle a épuisé sa compétence. La conception formelle des droits acquis les réduira dès lors à quelques garanties formelles contre le changement du droit, garanties formelles qui peinent à rendre compte de l'ampleur des droits acquis⁴³.

En revanche, si on déplace son attention de l'acte lui-même à la situation qu'il crée, on constate que cette situation acquiert peu à peu une certaine stabilité pour

laquelle les administrés doivent bénéficier d'une protection. Ainsi, les droits acquis sont des droits subjectifs liés à cette situation, mais des droits subjectifs qui ont reçu un degré de concrétisation et de matérialisation tel qu'ils peuvent être opposés à la volonté de changement de l'autorité – selon les cas, pour le passé ou pour l'avenir⁴⁴. Cette matérialisation dépend en partie de l'analyse formelle de l'acte. Certains actes réglementaires sont suffisamment concrets tandis que d'autres doivent encore faire l'objet de mesures d'exécution générales ou individuelles. Certains actes constituent l'expression d'une compétence discrétionnaire et doivent dès lors se voir reconnaître une portée créative⁴⁵. Cette matérialisation dépend aussi des effets de l'acte administratif dans le temps⁴⁶. Par rapport au passé, le droit acquis fait référence au principe de la non-rétroactivité et à l'exception limitée qu'y porte la théorie du retrait. Par rapport à l'avenir, le droit acquis exprime la résistance au changement. Cette stabilité doit être modulée en fonction des effets des actes administratifs dans la durée⁴⁷ : certains actes administratifs constituent des opérations uniques (une indemnité globale, une décoration, ...) et il ne saurait être porté atteinte aux droits qu'ils créent que par un retrait ; d'autres actes constituent des situations continues (une autorisation, ...) et il ne saurait être porté atteinte aux droits qu'ils créent que par une abrogation ; d'autres actes encore constituent des opérations uniques qui donnent naissance à une situation continue (une nomination, une rente, ...) et il peut être envisagé d'y porter atteinte soit par un acte contraire, soit plus difficilement par un retrait. Cette matérialisation dépend enfin de toute une série d'éléments extérieurs à l'acte⁴⁸ : la mise en œuvre concrète et matérielle des droits en cause, l'écoulement du temps, le comportement de l'administré, qui doit parfois agir pour que les effets de l'acte administratif reçoivent leur pleine matérialisation, sa bonne foi...

La jurisprudence sera davantage guidée par l'instinct

³⁹ P. AUVRET, *op. cit.*, p. 67-68.

⁴⁰ P. AUVRET, « La notion de droit acquis en droit administratif français », *R.D.P.*, 1985, p. 53 ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-scientia, 1991, p. 215 et suivantes..

⁴¹ « *Le règlement crée des droits pendant toute la période de son application ; ces droits sont maintenus après son abrogation* ». (P. DELVOLVÉ, cité par C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 73.)

⁴² C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 68.

⁴³ *Ibid.*, p. 168.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 181 et suivantes.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 120 et 132.

⁴⁶ M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-scientia, 1991, p. 215 et suivantes.

⁴⁷ P. AUVRET, *op. cit.*, p. 79 et suivantes ; C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 194 et suivantes.

⁴⁸ C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 93 et surtout p. 257 et suivantes.

du juge que par l'une ou l'autre systématisation⁴⁹. Il y a des situations créatrices de droit quand le juge le déclare. Cette situation était sans doute inévitable au regard du flou de la notion de « droit acquis », qui laisse au juge une grande liberté. Ce dernier se voit toutefois assigner un objectif précis. Il doit trouver un équilibre entre la mutabilité formelle de principe des actes administratifs, justifiée par l'intérêt général, et l'intérêt des particuliers à bénéficier d'une certaine stabilité dans les situations qui ont reçu une certaine concrétisation⁵⁰.

10. On trouve de nombreux exemples de ces problèmes dans le cadre du droit social ou du droit fiscal, qui comprennent à la fois un contexte réglementaire et des décisions individuelles d'exécution. La question est à chaque fois de savoir si un droit naît du contexte réglementaire, ou repose sur une décision individuelle. Nous ne saurions traiter en profondeur ce sujet qui appellerait de longs développements à lui seul. Tout ce qui nous intéresse est de relever le caractère extrêmement divers de la jurisprudence.

En matière fiscale, il est certain que la loi n'est pas rétroactive lorsqu'elle ne s'applique qu'aux dettes d'impôts nées après son entrée en vigueur⁵¹. Le problème est de savoir si le droit de ne pas payer davantage d'impôts naît au moment du fait imposable, considéré au regard de la loi fiscale, ou au moment de la décision individuelle d'imposition. Dans la rigueur des principes

évoqués plus haut, il nous semble qu'il aurait fallu retenir la décision d'imposition. Suivant la jurisprudence pourtant, il semble que la dette d'impôt naisse directement de la loi budgétaire ou de la loi de finances, et que l'obligation fiscale se cristallise à chaque fait imposable⁵². Cette attitude revient sans doute à appréhender le principe de non-rétroactivité davantage comme une expression des exigences de sécurité juridique et de respect des croyances légitimes que comme une règle d'application des actes juridiques dans le temps⁵³. Encore ne résout-elle pas toutes les difficultés⁵⁴. Certes, le fait imposable peut être facilement identifié dans le cas d'un impôt indirect ou d'une redevance. Mais dans le cas des impôts direct en revanche, le moment pris en considération pourra être le terme de l'exercice d'imposition, suivant la Cour de cassation ou le Conseil d'État, le terme de l'année imposable, suivant la Cour constitutionnelle, voire chaque étape de l'exercice de l'activité, suivant une partie de la doctrine fiscaliste. On considérera alors que la modification de la loi fiscale intervenue selon le cas après la fin de l'année imposable ou après la fin de l'exercice d'imposition, mais avant que ne soit adoptée la décision d'imposition, doit être regardée comme rétroactive. À cela s'ajoute que la distinction entre impôts directs et impôts indirects elle-même est souvent problématique⁵⁵.

De même, en droit de la sécurité sociale, il est tantôt jugé que le fait peut déjà donner naissance à un droit

263

⁴⁹ P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, 1975, p. 176 ; P. AUVRET, *op. cit.*, p. 62 et suivantes ; J.-M. FAVRESSE, « La théorie du retrait des actes administratifs n'est-elle pas sujette à critique ? », *R.J.D.A.*, 1971, p. 161 ; P.J. DELAHAUT, « Réflexions sur la théorie du retrait des décisions administratives », *A.P.T.*, 1978-1979, p. 40 ; P. BRINGUIER, « Le pouvoir de retrait des actes administratifs », *A.J.D.A.*, juin 1978, p. 305 ; J.-Y. VINCENT, « Acte administratif. Application dans le temps », *J.C.A.*, 11-1995, Fasc. 108-30 ; G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF, Themis Droit Public, 1992, 12^e éd., p. 306 ; F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, L'harmattan, 2003, p. 147-149.

⁵⁰ C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, notamment p. 25, 93, 200.

⁵¹ Cass., 20 février 2007, P061377N.

⁵² Mons, 16 février 2007, 2004/RG/1116 ; Cass., 14 mars 2008, F.07.0067.F avec les conclusions conformes très approfondies de Monsieur l'Avocat général Henkes.

⁵³ N. GEELHAND, « Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal », observations sous Cass., 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 54.

⁵⁴ O. BERTIN, « Les lois rétroactives en matière d'impôt sur les revenus », *J.D.F.*, 2001, p. 193 et suivantes ; R. ERGEC, « La rétroactivité en droit fiscal », *R.G.F.*, janvier 1997, n° 1, p. 4 et suivantes ; M.-T. BOURQUIN, « La non-rétroactivité d'un règlement communal », avis sous C.E., n° 18.308 du 9 juin 1977, *S.P.R.L. Ferromneries Alexandre et consorts*, *A.P.T.*, 1977-1978, 2^e, p. 73 ; Cass. 26 avril 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 123 ; Cass., 5 mai 1970, *Pas.*, I, 766, avec les conclusions de Monsieur le Premier avocat général Mahaux ; C.E., n° 19.853 du 18 octobre 1979 ; C.E., n° 135.708 du 5 octobre 2004.

⁵⁵ On peut citer l'exemple d'une taxe sur les jeux et paris, analysée comme un impôt direct parce qu'il s'agit d'une taxe assimilée aux impôts sur le revenu (C.A., n° 115/2000) ou de la taxe sur la distribution gratuite d'écrits publicitaires non adressés, analysée comme l'imposition d'un service de distribution (C.E., n° 132.983 du 24 juin 2004, *S.A. Publi Hebdo*).

acquis au regard des lois⁵⁶, tantôt pas⁵⁷. Tantôt il est considéré qu'un droit acquis se cristallise au moment où la situation de l'assuré social fait l'objet d'une décision individuelle⁵⁸, tantôt pas⁵⁹.

11. La même incertitude prévaut en droit administratif, et notamment en droit de la fonction publique, aux termes de la jurisprudence du Conseil d'État. L'origine de la notion de droit acquis se trouve dans le droit de la fonction publique : il s'agissait que le fonctionnaire soit protégé, et que l'administration qui veut le révoquer ne puisse se contenter de rapporter sa nomination⁶⁰. En revanche, le membre en tout cas statutaire de la fonction publique n'a pas de droit acquis au maintien du statut qui est en vigueur à un moment donné⁶¹.

Cette règle du changement est généralement reliée au caractère réglementaire de la relation qui unit un agent à son administration (notamment pour opposer cette situation à celle d'un agent contractuel). Il nous semble toutefois que sous cet angle, la situation d'un agent, fût-il statutaire, ne diffère pas de la situation de tout qui est confronté à une modification de la règle-

mentation : il ne peut jamais y opposer qu'un droit subjectif irrévocablement fixé. Madame le Conseiller Daurmont relevait ainsi que l'agent bénéficie malgré tout d'un droit irrévocable « *lorsqu'un droit subjectif est reconnu, l'exemple classique étant le droit civil aux termes échus de son traitement* »⁶². Cette règle est également reliée, de manière plus convaincante nous semble-t-il, au principe de mutabilité des services publics, qui signifie que toute autorité administrative peut et doit toujours adapter le droit du service public aux variations de l'intérêt général⁶³. Même avec ce fondement, il n'est pas certain que cette règle diffère radicalement du principe de l'application immédiate tel que nous l'avons rappelé. Tout au plus pourrait-on supposer que le champ des droits irrévocables serait plus réduit en droit de la fonction publique qu'ailleurs.

12. Nous venons d'écrire qu'un agent peut parfois invoquer des droits subjectifs qu'il tire directement du contexte réglementaire, même en dehors de l'hypothèse très particulière du droit au traitement⁶⁴. Inversement, le Conseil d'État admet qu'une décision administrative

⁵⁶ Par exemple, la Cour de cassation a jugé que le droit aux allocations pour une incapacité temporaire de travail se cristallisait au début de la période d'ITT, et ne pouvait être remis en cause par une modification législative intervenue avant la fin de la période d'ITT (Cass., 10 mai 1999).

⁵⁷ Par exemple, pour l'application d'une loi nouvelle prévoyant la suspension du bénéfice des allocations de chômage pour des chômeurs qui en auraient bénéficié trop longtemps, il peut être tenu compte des jours de chômage antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi (Cass., 9 janvier 1995 ; Cass., 10 février 1997).

⁵⁸ Si des dispositions en matière de calcul de pension doivent s'appliquer aux pensions qui prennent cours après leur entrée en vigueur, et si la prise de cours d'une pension s'entend à cette date du calcul de la pension, les pensions calculées avant cette date resteront régies par les anciennes dispositions, même si elles ne sont payées que plus tard et qu'entre-temps la prise de cours a été redéfinie comme le moment où les pensions étaient payées (Cass., 12 janvier 1998).

⁵⁹ Le droit aux allocations de remplacement de revenus pour un handicapé n'est pas irrévocable et peut être revu en fonction de nouvelles dispositions, notamment parce que la législation en cause le prévoit expressément (Cass., 27 septembre 1999 ; Cass. 3 mars 1997).

⁶⁰ F. BATAILLER, « Les « *beati possidentes* » du droit administratif », *R.D.P.*, 1965, p. 1072.

⁶¹ O. DAURMONT, « Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs », rapport avant C.E. (6^e ch.), n° 62.922 du 5 nov. 1996, *Orfinger, C.D.P.K.*, 1997, p. 100 ; B. LOMBAERT, I. MATHY et V. RIGODANZO, *Éléments du droit de la fonction publique*, Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 44 et suivantes ; A. DE BECKER et B. LOMBAERT, « La nature juridique de la relation de travail entre l'administration et ses agents », in *La réforme de la fonction publique - Actes du colloque organisé par l'U.C.L. et la V.U.B. le 25 avril 2002*, Bruges, La Charte, 2002, pp. 77 à 117 ; E. GILLET, « La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent », in *Précis de fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 11 et suivantes.

⁶² O. DAURMONT, « Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs », rapport avant C.E. (6^e ch.), n° 62.922 du 5 nov. 1996, *Orfinger, C.D.P.K.*, 1997, p. 100.

⁶³ J. JAUMOTTE, *op. cit.*, p. 635.

⁶⁴ On peut citer à cet égard l'exemple de la carrière plane. La carrière plane se définit comme une carrière faite d'avancements de grade automatiques, à intervalles déterminés. L'agent qui est recruté dans une carrière plane sait donc exactement, à la date de son recrutement, quel sera son grade à chaque moment de sa carrière. Il arrive cependant que l'autorité décide de supprimer le principe de l'avancement automatique, pour une carrière donnée, et de le remplacer par des concours. Le Conseil d'État juge parfaitement conforme au principe de l'application immédiate d'appliquer ces nouvelles règles de carrière aux agents en fonction.

individuelle se voit donner une portée formellement rétroactive, pour mettre le droit en concordance avec le fait⁶⁵ : « *considérant que le principe général de non-rétroactivité des actes administratifs connaît des tempéraments; que la rétroactivité qui correspond à une situation ayant réellement existé dans le passé est tolérée;* »⁶⁶. On observe là un rapport direct du fait au droit subjectif, dans le cadre du contexte réglementaire.

Cette jurisprudence intervient souvent dans un sens défavorable à l'agent : on citera les décisions de démission d'office pour inaptitude physique⁶⁷ ou pour absence non justifiée⁶⁸, avec effet à la date de l'événement qui justifie la décision. Le Conseil d'État explique cette tolérance de la manière suivante⁶⁹ : « *Considérant que la démission d'office est une décision administrative constatant unilatéralement les effets juridiques qui résultent de ce qu'un agent a omis, pendant plus de dix jours, et sans motif valable, d'assumer son service, effets qui consistent dans la rupture immédiate du lien juridique que la nomination a établi entre l'administration et lui; qu'il s'ensuit que l'autorité administrative peut, sans violer le principe visé au moyen, constater qu'un agent a abandonné, à une date déterminée, le poste qui lui avait été assigné et, partant, fixer à cette date les effets de sa décision; que, certes, une telle décision implique la mise en oeuvre d'un pouvoir d'appréciation quant au caractère justifié ou non de l'absence et que c'est le motif pour lequel l'agent doit avoir l'occasion de faire valoir son point de vue avant la prise de décision; que cette seule circonstance ne modifie pas la nature du constat qui est fait* ». Il est permis de penser qu'une telle rétroactivité, cohérente avec la portée reconnue aux normes générales et abstrai-

tes, fait bon marché des droits acquis des agents.

Cette tolérance connaît toutefois une limite, dont le Conseil d'État contrôle le respect. Dès lors qu'il s'agit malgré tout de décisions qui modifient la situation juridique des agents, la rétroactivité ne sera admise qu'à la condition que l'autorité ait fait toute diligence⁷⁰ : « *Considérant qu'aux termes (des dispositions statutaires), «le membre du personnel (...) se trouve de plein droit en disponibilité lorsqu'il est absent pour cause de maladie (...) après avoir atteint la durée maximum des congés qui peuvent lui être accordés pour cette raison»; que l'expression «de plein droit» qui figure dans cette disposition ne confère pas un caractère déclaratif à l'acte qui place l'agent en disponibilité; que la décision plaçant un agent en disponibilité modifie la position administrative de celui-ci et est constitutive de droit, étant donné qu'elle crée dans le chef de l'intéressé une situation juridique nouvelle; qu'une telle décision, qui est inévitablement prise à un moment où la situation de fait est accomplie, peut rétroagir; que, toutefois, parce qu'elle modifie avec effet rétroactif la situation juridique d'un enseignant, elle ne peut être différée au-delà du délai nécessaire pour instruire le dossier de l'intéressé avec une diligence normale* ». Le Conseil d'État évoque ici encore le principe de sécurité juridique. Il a sanctionné à de nombreuses reprises des rétroactivités qui avaient des effets disproportionnés au regard de la sécurité juridique⁷¹. On peut y voir une illustration du difficile équilibre entre mutabilité des actes administratifs et respect des droits acquis.

L'arrêt n° 106.968 du Conseil d'État dans l'affaire *Druez*, qui a donné lieu à l'un des deux arrêts de la Cour de cassation commentés, se situe donc dans une parfaite

265

Autrement dit, ceux-ci n'ont pas de droit à un avancement à des dates déterminées dès le début de leur carrière (C.E., n° 69.598 ; C.E., n° 80.512). En revanche, l'agent qui remplit toutes les conditions d'ancienneté pour bénéficier d'un avancement de grade en carrière plane peut bien revendiquer, nous semble-t-il, un droit subjectif à cette promotion.

⁶⁵ C.E., n° 113.544 du 12 décembre 2002.

⁶⁶ Le Conseil d'État a de même jugé en dehors du droit de la fonction publique que l'inscription au registre de la population d'une commune pouvait remonter au moment où le particulier y avait transporté sa résidence (C.E., n° 160.103).

⁶⁷ C.E., n° 160.101 ; C.E., n° 107.200 ; C.E., n° 72.215 ; C.E., n° 56.572 ; C.E., n° 66.857.

⁶⁸ C.E., n° 113.544 du 12 décembre 2002 ; C.E., n° 71.215 du 27 janvier 1998 ; C.E., 162.624 du 22 septembre 2006 ; C.E., n° 80.833 du 10 juin 1999 ; C.E., n° 54.014 du 23 juin 1995.

⁶⁹ C.E., n° 162.264 du 22 septembre 2006 ; voyez également P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, 1975, p. 314.

⁷⁰ C.E., n° 57.130 du 20 décembre 1995.

⁷¹ À propos de décisions de mise en disponibilité pour maladie (C.E., n° 94.176 du 21 mars 2001), de réduction de charge d'un enseignant (C.E., n° 111.810 du 23 octobre 2002), de mise en disponibilité par défaut d'emploi (C.E., n° 121.202 du 2 juillet 2003 ; C.E., n° 101.141 du 23 novembre 2001 ; C.E., n° 49.729 du 18 octobre 1994) ou de mise à la retraite (C.E., n° 111.716 du 18 octobre 2002). La jurisprudence paraît hésiter sur le point de savoir si des circonstances particulières, par exemple la réfection d'un acte annulé ou retiré, peuvent justifier une décision rétroactive après plusieurs années (C.E., n° 107.200 ; C.E., n° 106.905 *contra* C.E., n° 120.707 du 18 juin 2003).

continuité avec la jurisprudence antérieure du Conseil. Sur le moyen pris de la violation de la règle de la non-rétroactivité, le Conseil d'État admet que certaines décisions individuelles, telles qu'une mise en disponibilité pour maladie, entrent en vigueur à un moment du passé, pour mettre le droit en concordance avec le fait, mais il vérifie que l'autorité a bien fait preuve de la diligence requise, pour éviter une atteinte disproportionnée à la sécurité juridique des agents. Non seulement donc l'arrêt n° 106.968 est donc conforme à la jurisprudence antérieure, mais encore il est l'expression d'un contrôle que le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion d'exercer régulièrement.

13. Enfin, en conclusion de cette première section, si la distinction classique entre l'application immédiate et la rétroactivité – prohibée ou non – peut sans doute être ramenée à un examen du respect des droits, on ne se heurtera pas moins à de grandes difficultés pratiques. En premier lieu, la notion de droit subjectif est délicate à mettre en œuvre. En deuxième lieu, la frontière entre rétroactivité et application immédiate est délicate à tracer. Il n'est d'ailleurs pas certain que ce soit indispensable. « *Entre la rétroactivité coupable et l'application immédiate légitime, il est des situations et hypothèses pas toujours parfaitement tranchées où il y a lieu de faire preuve non pas tant d'ailleurs de mansuétude que de réalisme.* »⁷² Enfin, en troisième lieu, si l'application immédiate des normes aux effets futurs des situations nées avant leur entrée en vigueur porte toujours peu ou prou atteinte à des intérêts plus ou moins garantis, on ne saurait, à peine de paralyser l'action publique, exclure tout effet d'une norme sur les intérêts existants. Les juges sont dès lors conduits à évaluer au cas par cas l'importance des intérêts en cause, l'étendue de la consécration juridique qu'ils avaient reçue et l'intensité de l'atteinte qui y est portée.

II. La compétence du Conseil d'État

14. On sait que les articles 144 et 145 de la Constitution réservent au pouvoir judiciaire la compétence exclu-

sive de connaître des contestations qui ont pour objet des droits subjectifs de nature civile, et la compétence de principe de connaître des contestations qui ont pour objet des droits subjectifs de nature politique. La compétence d'annulation des actes administratifs, attribuée au Conseil d'État lors de sa création en 1946 et aujourd'hui contenue dans l'article 14, § 1^{er} des lois sur le Conseil, coordonnées le 12 janvier 1973, devait donc être entendue dès l'origine sous réserve des compétences attribuées au pouvoir judiciaire par la Constitution. On en a déduit que cette compétence d'annulation devait être considérée comme supplétive⁷³. La limite paraissait évidente sur le plan formel : le Conseil d'État ne pouvait pas se reconnaître compétent pour consacrer et sanctionner des droits subjectifs. Mais la Cour de cassation allait rapidement juger que la signification de cette limite était beaucoup plus profonde : pour elle, le Conseil d'État devait avoir égard à l'objet réel des demandes d'annulation qui lui étaient soumises, et il devait se déclarer incompétent lorsque ces recours le conduisaient à statuer sur l'existence d'un droit subjectif, même lorsqu'ils ne tendaient formellement qu'à l'annulation d'une décision administrative et ne comprenaient pas d'action en paiement⁷⁴.

15. Une fois ce principe affirmé, on se heurtait toutefois à la difficulté de définir concrètement l'objet réel d'un recours adressé au Conseil d'État. Il s'agissait de concilier deux règles de compétence générales et le problème n'avait pas été aperçu au cours des travaux préparatoires à la loi créant le Conseil d'État⁷⁵. L'identification de l'objet réel peut répondre à de multiples critères. Monsieur Leroy, alors auditeur au Conseil d'État, en a identifié cinq⁷⁶ : la nature du pouvoir exercé par l'autorité (discrétionnaire ou lié), l'objectif véritable du recours (l'objectif poursuivi par le requérant, éventuellement le paiement d'une somme d'argent, fût-ce comme un simple corollaire de l'annulation), la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, la nature de la règle de droit invoquée à l'appui du recours, et enfin la nature de l'acte attaqué (déclaratif ou constitutif de droit).

16. La doctrine se réfère le plus souvent à la théorie

⁷² B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A.*, 20 juin 1995, n° spécial, p. 154.

⁷³ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Louvain, Larcier, 1968, p. 509 ; M. PÂQUES, « Le recours en annulation », *A.P.T.*, 2006, n° 4, p. 203.

⁷⁴ Cass., 27 novembre 1952, *Verstele et Vrindts, Pas.*, 1953, I, p. 184, concl. P. Cornil.

⁷⁵ C. HUBERLANT, « Le Conseil d'État et la compétence générale du pouvoir judiciaire établie par les articles 92 et 93 de la Constitution », *J.T.*, 1960, p. 74.

⁷⁶ M. LEROY, « Aux confins des compétences administratives et judiciaires », *A.P.T.*, 1988, p. 141 et suivantes.

systématisée par Monsieur Charles Huberlant au cours de la décennie 50⁷⁷, qui combine l'existence d'un droit subjectif et la nature de la règle de droit invoquée à l'appui du recours. À suivre cette théorie, le Conseil d'État doit se déclarer incompétent lorsque le recours répond aux *deux* critères. Il faut en premier lieu que l'acte attaqué devant lui consiste à méconnaître ou à refuser d'exécuter l'obligation corrélative à un droit subjectif que le requérant détient à l'encontre de l'administration. Et il faut en second lieu que le moyen soit pris de la violation de la règle de droit objectif qui consacre ce droit subjectif. Autrement dit, le droit subjectif doit fonder à la fois le *petitum* et la *causa petendi*.

Monsieur Huberlant insistait sur le caractère nécessaire de la seconde condition⁷⁸. En effet, certains auteurs avaient défendu avant lui que le recours devant le Conseil d'État devait être exclu dans tous les cas où le requérant aurait pu invoquer un droit subjectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire⁷⁹. Monsieur Huberlant soutenait quant à lui que la compétence du Conseil d'État ne pouvait être exclue que dans les seuls cas où le Conseil d'État ne peut pas statuer sur la légalité de l'acte attaqué devant lui sans nécessairement statuer sur l'existence d'un droit civil. Et cela dépend du moyen invoqué. Le Conseil peut se prononcer sur un moyen pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte ou de la méconnaissance des formes, sans se prononcer sur l'existence d'un droit subjectif. En revanche, lorsque le

moyen est pris de la violation de la règle qui impose à l'autorité une obligation corrélative à un droit subjectif, le Conseil d'État ne peut pas apprécier la légalité de l'acte sans répondre à la même question que celle qui pourrait être posée au pouvoir judiciaire. Huberlant estimait que telle était bien la théorie retenue par la Cour de cassation⁸⁰.

Il y a débat sur la question de savoir si cette théorie, et en particulier l'exigence de la seconde condition, rend bien compte de la jurisprudence. Encore récemment, Monsieur Lewalle estimait que c'était bien le cas⁸¹ et, dans ses conclusions préalables à l'arrêt *Druetz*, Monsieur l'avocat général Werquin commence par rappeler cette seconde condition⁸². En revanche, Monsieur Leroy écrivait en 1988 que l'insistance de Huberlant sur la seconde exigence ne correspondait pas à la réalité de la jurisprudence⁸³. D'après lui, Huberlant l'avait construite à partir d'arrêts isolés. Par l'un de ces arrêts, le Conseil d'État avait examiné les moyens d'un recours dirigé par un agent contre la décision qui revoyait son traitement et s'était déclaré incompétent pour connaître d'un moyen pris de la violation des droits acquis⁸⁴. Et plus récemment, d'autres auteurs écrivaient que ni le Conseil d'État ni la Cour de cassation ne s'attachaient plus trop à cette distinction⁸⁵. Huberlant lui-même admettait que le Conseil d'État avait tendance à se déclarer incompétent même dans les cas où le requérant n'invoquait qu'un vice de légalité externe⁸⁶. En l'espèce, force est de

⁷⁷ C. HUBERLANT, « Les compétences respectives des cours et tribunaux et du Conseil d'État », *J.T.*, 1953, pp. 269 à 274 ; « Le Conseil d'État et les compétences spéciales attribuées au pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1953, pp. 577 à 583 ; « Le Conseil d'État et la compétence générale du pouvoir judiciaire établie par les articles 92 et 93 de la Constitution », *J.T.*, 1960, pp. 73-79, 94-100, 109-114, 133-138 et 151-155.

⁷⁸ C. HUBERLANT, *op. cit.*, p. 78-79.

⁷⁹ Il s'agissait d'une tentative de transposition en droit belge de la théorie de l'exception de recours parallèle alors en vigueur dans le contentieux administratif français : saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision se rapportant à une élection, une imposition ou un contrat, le Conseil d'État de France le déclarait irrecevable, au motif que cette décision pouvait être contestée à l'occasion d'un recours de plein contentieux devant le juge de l'élection, de l'impôt ou du contrat (R. CHAPUS, *Contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 11^e éd., 2004, p. 668).

⁸⁰ C. HUBERLANT, *op. cit.*, p. 94.

⁸¹ P. LEWALLE, « La place de la justice administrative dans la Constitution : la répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État », in *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 179.

⁸² Conclusions de Monsieur l'avocat général Werquin avant Cass, 20 décembre 2007, *Druetz*, n° 4.3.

⁸³ M. LEROY, *op. cit.*, p. 147.

⁸⁴ C.E., n° 2.799 du 9 octobre 1953, *Simons*.

⁸⁵ B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. van der HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La charte, p. 28.

⁸⁶ C. HUBERLANT, *op. cit.*, p. 98. Il n'est pas sans intérêt de relever à cet égard que C. HUBERLANT relativisait l'importance de la seconde condition de sa théorie, au motif qu'elle ne pouvait rendre le Conseil d'État compétent que pour des moyens de pure légalité externe, qui n'auraient pas présenté grand intérêt pour les requérants, et qui ne justifiaient pas de maintenir une voie de droit parallèle au recours devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

constater que les arrêts commentés n'y font aucune allusion. Mais il est vrai qu'ils se limitent à examiner le motif pour lequel le Conseil d'État s'était déclaré compétent.

17. Cette théorie était exposée, déjà par Charles Huberlant, en parallèle avec le critère de la nature du pouvoir exercé, discrétionnaire ou lié⁸⁷. On sait que le pouvoir discrétionnaire d'une autorité administrative est le pouvoir de choisir entre deux ou plusieurs attitudes *également conformes à la légalité*. Au sein de cet espace de choix légaux, l'administration tranche en opportunité. Au contraire, en situation de compétence liée, l'administration doit se conformer à une seule attitude légale⁸⁸. Cette situation de compétence liée a été assimilée à l'existence d'un droit subjectif, et considérée comme un critère décisif d'incompétence du Conseil d'État. Comme l'écrivait Huberlant, l'administration se limite dans un tel cas à constater l'existence ou l'inexistence d'une obligation qui pèse déjà sur elle⁸⁹. À cela s'ajoute que, dans un tel cas, le recours de l'excès de pouvoir ne présenterait aucun intérêt : à quoi bon invoquer un vice de légalité externe d'une décision administrative si l'autorité n'aura de toutes manières pas d'autre choix que de reprendre la même décision ?⁹⁰

Ce critère de la nature du pouvoir exercé appelle deux observations. En premier lieu, ainsi que Monsieur l'Avocat général Werquin présente les choses dans ses conclusions préalables à l'arrêt *Druez*, un droit subjectif ne peut exister que là où il y a compétence liée : en exposant la théorie de Charles Huberlant, après en avoir

présenté le premier critère, il ajoute que « *cette condition n'est remplie que dans la seule hypothèse où la compétence de l'administration est complètement liée. Si elle jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire, l'administré ne pourrait, par l'exercice d'une action juridictionnelle, exiger de l'administration un comportement déterminé que le droit objectif mettrait à sa charge ; il n'est titulaire que d'un simple intérêt et le Conseil d'État est toujours compétent pour en connaître* »⁹¹. Réduire le critère de la compétence du pouvoir judiciaire à l'existence d'une compétence liée exige toutefois de renverser l'implication, et de considérer que toute compétence liée implique un droit subjectif. Ce saut logique, qui n'a rien d'évident, paraît se déduire de la jurisprudence de la Cour de cassation⁹². À partir du moment où compétence liée et droit subjectif ont été ainsi identifiés l'un à l'autre, il n'y a plus de place pour s'interroger sur l'irrégularité invoquée, et donc pour la compétence du Conseil d'État. Autrement dit, on voit bien qu'en considérant que la compétence de l'administration est liée, la Cour de cassation s'arrête au premier critère proposé par Charles Huberlant (l'acte attaqué consiste en un refus d'exécuter une obligation correspondant à un droit subjectif), sans prendre en considération le critère du moyen invoqué.

En second lieu, le choix de ce critère – la nature du pouvoir exercé par l'administration – fait reposer la frontière des attributions entre le Conseil d'État et les juridictions de l'ordre judiciaire sur une distinction qui est elle-même sujette à discussions. Il est rare qu'une com-

⁸⁷ C. HUBERLANT, *op. cit.*, p. 109 et suivantes et p. 153 et suivantes.

⁸⁸ B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. van der HAEGEN, *op.cit.*, p. 31 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 13^e éd., 1999, n° 1248 et suivants.

⁸⁹ B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. van der HAEGEN, *op.cit.*, p. 28 ; M. LEROY, *op. cit.*, p. 148.

⁹⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 13^e éd., 1999, n° 1251.

⁹¹ Il arrive certes que l'exercice d'une compétence discrétionnaire mette en jeu un droit subjectif, soit que la décision soit préalable à la reconnaissance d'un droit subjectif, soit que la décision intervienne pour limiter un droit subjectif ; dans tous ces cas toutefois, suivant l'opinion majoritaire, l'influence de la décision sur le droit subjectif ne doit être tenue que pour indirecte et accessoire ; la compétence du Conseil d'État doit donc être préservée (C. HUBERLANT, *op. cit.*, p. 109 et suivantes ; C.E., n° 26.943 du 30 septembre 1986 et Cass. (ch. réunies), 10 avril 1987, avec les conclusions de Monsieur l'Avocat Général Velu, *A.P.T.*, 1987, p. 280 et suivantes). Mais même cette opinion a été critiquée de manière très convaincante par Bernard Blero, qui a tenté de démontrer que beaucoup de litiges qui portaient sur l'exercice d'une compétence discrétionnaire n'en concernaient pas moins directement des droits subjectifs aux termes de la Constitution (B. BLERO, « Les droits subjectifs, les droits civils et les droits politiques dans la Constitution », *A.P.T.*, 1997, n° 4, p. 233 et suivantes, spéc. p. 255 et suivantes ; B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 202).

⁹² Voyez l'inscription dans les registres de la population, qui relève d'une compétence liée : la Cour de cassation a jugé que cette exigence d'efficacité administrative ne constituait pas seulement une obligation pour l'administration, mais également un droit subjectif des administrés (Cass. (ch. réunies), 17 novembre 2004, commenté in B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. van der HAEGEN, *op.cit.*, p. 33 et suivantes).

pétence soit entièrement discrétionnaire ; le pouvoir de l'administration est le plus souvent lié d'une manière ou d'une autre⁹³. Mais il est tout aussi rare qu'une compétence soit entièrement liée, sans que l'administration n'ait aucune marge de manœuvre. Entre les deux pôles se trouvent la plupart des décisions que l'administration peut être conduite à prendre, avec des contraintes plus ou moins lourdes et une marge d'appréciation plus ou moins étendue. Il n'y a donc jamais que des compétences *plus ou moins liées* ou *plus ou moins discrétionnaires*⁹⁴. La frontière entre compétence discrétionnaire et compétence liée, qui doit aussi être la frontière entre droit subjectif et intérêt, est donc problématique⁹⁵. À cela s'ajoute que cette distinction n'existe pas *a priori*, mais dépend du contrôle même que le juge s'autorise à exercer⁹⁶.

Deux exemples récents peuvent mettre en évidence cette incertitude quant à la frontière entre compétence liée et compétence discrétionnaire, et donc entre contentieux des droits subjectifs et contentieux de la légalité objective. Par un arrêt du 18 décembre 2008⁹⁷, la Cour de cassation juge que le conjoint étranger d'un étranger admis ou autorisé à séjourner dans le Royaume ou autorisé à s'y établir, qui sollicite son admission *de plein droit* à séjourner avec lui sur pied de l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980, ne justifie pas d'un droit subjectif, parce que le Ministre peut toujours prendre une décision de refus, notamment s'il estime que le demandeur peut compromettre la tranquillité publique, l'ordre public ou la sécurité nationale. En revanche, par un arrêt

du 26 mars 2009⁹⁸, la Cour juge au contraire que la circonstance que l'État belge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier s'il existe des circonstances exceptionnelles qui justifient qu'un étranger bénéficie d'une autorisation de séjour délivrée sur pied de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980, n'empêche pas que l'État puisse porter atteinte à un droit subjectif dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire et, partant, qu'il statue sous le contrôle du pouvoir judiciaire.

18. Deux évolutions supplémentaires ont contribué à restreindre progressivement, en Belgique, le champ des compétences discrétionnaires et donc de la compétence du Conseil d'État. À l'occasion de son contrôle de la répartition des attributions, la Cour de cassation a eu l'occasion de rendre le pouvoir judiciaire davantage conscient de ses pouvoirs⁹⁹. D'une part, si le pouvoir judiciaire hésitait, à l'époque de la création du Conseil d'État, à contrôler la légalité interne des décisions administratives et les appréciations portées par les autorités administratives, cette jurisprudence a évolué à partir des années 70 sous l'autorité de plusieurs arrêts importants de la Cour de cassation. La Cour a alors jugé que le juge auquel était soumise une demande d'indemnisation pour une décision de mise en disponibilité ou pour une décision de démission d'office prétendument illégale, pouvait et devait même exercer son contrôle sur les motifs de cette décision, sur base de l'article 159 de la Constitution¹⁰⁰. D'autre part, la Cour de cassation considère aujourd'hui que la compétence est entièrement liée dès

⁹³ D. LAGASSE, « Le contrôle du pouvoir disciplinaire de l'administration par le juge », in *L'administration face à ses juges*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1987, p. 111 ; P.J. DELAHAUT, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁴ P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v^o « compétence liée et compétence discrétionnaire », Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 63.

⁹⁵ B. BLERO, *op. cit.*, p. 208 et suivantes, spécialement p. 214-215.

⁹⁶ R. CHAPUS en donne un exemple assez parlant (*Droit administratif général*, p. 1012 et 1013) : « Dans un premier état du droit, il peut résulter de la loi ou de la jurisprudence que l'autorité compétente est libre de choisir entre les dix sanctions légalement prononçables celle qui lui paraît la plus adéquate. Sa décision, prise « en opportunité » (selon le langage jurisprudentiel), sera insusceptible de censure quant au choix qu'elle traduit.

Mais, dans un second état du droit, il peut résulter de la loi ou de la jurisprudence qu'une sanction n'est légale que s'il existe un certain rapport raisonnable entre sa sévérité et la gravité de la faute. La liberté de détermination de la sanction est alors moins étendue : s'il n'y a que deux ou trois sanctions dont on puisse considérer qu'elles sont en rapport raisonnable avec la gravité de la faute, l'autorité administrative ne sera libre de choisir qu'entre ces deux ou trois sanctions. En en choisissant une autre, elle ferait un choix illégal. Ce qui était question d'opportunité dans le premier état du droit est devenu dans le second une question de légalité. (...)

Le problème du contrôle de l'opportunité apparaît donc comme un faux problème. En d'autres termes : « Il disparaît au fur et à mesure qu'il se pose ». « Au fur et à mesure que s'accroît le contrôle du juge, l'opportunité s'échappe. » »

⁹⁷ Cass., 18 décembre 2008, R.G. n° C.05.0238.F.

⁹⁸ Cass (1^{ère}), 26 mars 2009, J.T., 25 avril 2009, p. 289.

⁹⁹ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, *op. cit.*, p. 731 et suivantes.

¹⁰⁰ Cass., 7 novembre 1975, Pas., I, p. 306-308 et Cass., 20 septembre 1982, n° 20.201.

que son objet est défini. Que l'autorité soit amenée à interpréter des règles de droit, qualifier des faits ou apprécier une éventuelle force majeure ou circonstance exceptionnelle ne suffit pas à démontrer une compétence discrétionnaire¹⁰¹. Les droits subjectifs se sont multipliés¹⁰².

Cette évolution porte en outre en germe une interrogation radicale sur la compétence du Conseil d'État, puisqu'il a été créé précisément pour répondre à des situations où l'autorité était soumise à des obligations objectives sans qu'il n'en découle de droit subjectif dans le chef des particuliers¹⁰³. Non seulement le critère de la répartition des attributions entre le Conseil d'État et le pouvoir judiciaire semble ramené par la Cour de cassation à la distinction entre compétence liée et compétence discrétionnaire, mais encore la frontière entre compétence liée et compétence discrétionnaire est floue et le champ des compétences liées tend à s'accroître.

19. Au regard de ces quelques éléments, les deux arrêts commentés de la Cour de cassation n'ont rien d'inattendu. Ainsi que nous l'avons déjà dit, le Conseil d'État avait jugé dans les deux affaires *Noir* et *Druetz* que les actes qui lui étaient soumis pouvaient être considérés comme l'expression d'une compétence discrétionnaire, par cela seul que l'autorité avait dû effectuer au préalable un travail de qualification. On peut certes regretter que la Cour de cassation ne se soit pas attardée à examiner « *si une qualification, qui, certes, ne pouvait être que correcte, ne laissait pas place à l'exercice d'un*

pouvoir d'appréciation, excluant tout droit subjectif dans le chef de l'agent »¹⁰⁴. Dans le même esprit, on peut rappeler à quel point il est difficile de distinguer les questions de droit et les questions de fait¹⁰⁵. Mais il ne faisait aucun doute que cette justification de la compétence de la section d'administration était problématique au regard de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

On peut même ajouter que la section d'administration elle-même a créé les données du problème par sa jurisprudence. Ainsi que nous l'avons déjà rappelé, c'est elle qui juge que des décisions de mise en disponibilité peuvent être adoptées avec effet rétroactif, sans que les agents ne puissent y opposer aucun droit acquis, comme si la mise en disponibilité rétroactive n'était rien d'autre que l'acte reconnaissant d'une situation qui se déduit immédiatement du statut. D'autre part, la section d'administration tend à se déclarer incompétente pour connaître des décisions de retrait de décisions originaires dont elle était déjà incompétente pour connaître¹⁰⁶ ; il paraît logique dès lors que la rétroactivité de décisions non créatrices de droit soit soumise au même régime que le retrait de décisions non créatrices de droit.

Il nous semble cependant que la réflexion ne saurait s'arrêter aux arrêts commentés. Ces arrêts ne répondent qu'à la motivation des arrêts du Conseil d'État déferés au contrôle de la Cour de cassation. En tenant la compétence exercée pour une compétence liée, il convient de réexaminer la question de principe, en ayant notamment à l'esprit le problème de l'application des actes

¹⁰¹ B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. van der HAEGEN, *op.cit.*, p. 31-32. Le Conseil d'État lui-même avait préparé cette évolution en exerçant à partir des années 70 un contrôle entier de la qualification des faits (D. LAGASSE, « L'évolution du contrôle exercé par le Conseil d'État au contentieux de l'annulation (spécialement pendant la période 1987-1996) », in *Le Conseil d'État de Belgique. Cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 439 et suivantes ; D. LAGASSE, *op. cit.*, p. 127). Cette évolution elle-même n'est pas sans nuances. La Cour de cassation juge en effet qu'une divergence d'interprétations ou une divergence de qualifications entre l'autorité administrative et les juridictions chargées de la contrôler ne doit pas *ipso facto* se traduire par la reconnaissance, dans le chef de la première, d'un comportement fautif lorsque cette divergence aboutit à un constat d'illégalité ; selon la Cour en effet, l'autorité administrative qui se trompe de qualification ne viole pas de norme qui lui impose de s'abstenir ou d'agir dans un sens déterminé, même si des régimes juridiques différents doivent être appliqués de plein droit suivant les qualifications retenues (D. DE ROY, « La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute ? », in dir. H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La charte, 2007, p. 67 et suivantes, spécialement p. 83 et 84).

¹⁰² M. PÂQUES, *op.cit.*, p. 204.

¹⁰³ B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 202.

¹⁰⁴ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, Larcier, 3^e éd., 2008.

¹⁰⁵ S. KOVAL, « Après le temps de l'apparence : considérations sur la confiance légitime du citoyen et la responsabilité de l'administration dans la jurisprudence de la Cour de cassation », note après Cass., 22 mai 2006, *C.D.P.K.*, 2008, n° 2, p. 467.

¹⁰⁶ M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 263-264 ; P. BRINGUIER, *op. cit.*, p. 303 ; C.E., n° 21.619 du 1^{er} décembre 1981 *De Raedt* ; C.E., n° 92.176 du 12 janvier 2001, *Fourgon*.

administratifs unilatéraux dans le temps, que nous avons évoqué dans la première partie de notre note. Il nous semble que le problème soumis au Conseil d'État, la demande d'annulation d'un acte rétroactif pour violation du principe de non-rétroactivité, relevait bien de sa compétence, tant sous l'angle du *petitum* que sous l'angle de la *causa petendi* d'ailleurs.

20. Pour ce qui est du *petitum*, nous avons déjà écrit que Charles Huberlant estimait que ce critère ne pouvait être pris en considération de manière isolée. Il expose à ce sujet que la thèse qui voudrait s'arrêter au seul examen du *petitum*, en excluant un recours devant le Conseil d'État dès qu'il aurait le même objectif qu'un recours auprès des tribunaux, reviendrait à exclure le recours en annulation chaque fois qu'un autre recours contentieux permet d'espérer une *satisfaction équivalente*¹⁰⁷. Il ajoute que cela constituerait une exclusion trop importante du recours devant le Conseil d'État : celui-ci ne s'est vu interdire que de statuer sur un droit civil ; un requérant peut attaquer un refus de satisfaire un de ses droits en invoquant un moyen étranger à l'existence du droit civil, tel un problème de compétence ; il y a donc lieu de prendre en considération le moyen invoqué. Si l'on s'en tient à la seule première condition, on peut d'ailleurs se demander pourquoi elle a chez nous un effet tellement restrictif sur la compétence du Conseil d'État, alors que l'exception de recours parallèle en contentieux administratif français, dont le sens était très proche, a accompagné une expansion continue du recours de l'excès de pouvoir tout au long du XX^e s. En l'espèce en tout cas, l'exercice d'une compétence liée ne suffit pas à démontrer l'existence d'un recours équivalent devant le juge judiciaire.

Il nous semble à cet égard, en premier lieu, que les circonstances de la cause, et en particulier le problème du rapport à une situation acquise, sont tout à fait déterminantes : Madame Druet ne cherchait pas réellement à satisfaire des droits supplémentaires par ses recours, mais plutôt à éviter que lui soient retirés des droits dont elle avait joui dans le passé. On peut admettre que

l'administré dispose d'un recours équivalent lorsqu'il réclame un avantage que l'administration est tenue de lui accorder en vertu d'une compétence liée, et que le juge judiciaire pourrait lui octroyer sur base de cette compétence liée. Dans ce cas, il est naturel que le justiciable doive saisir le juge judiciaire plutôt que le Conseil d'État. En revanche, on ne voit pas comment l'administré pourrait disposer d'un recours équivalent lorsqu'il cherche à s'opposer à une décision de l'administration qui lui retire un avantage en application d'une compétence liée. L'absence de prise en considération de la *causa petendi* dans cette hypothèse revient à faire prévaloir la norme qui lie la compétence sur toutes les autres – par exemple le principe de non-rétroactivité. Mais surtout, il apparaît clairement que l'administré ne dispose dans cette hypothèse d'aucun recours devant le juge judiciaire qui lui apporte des effets équivalents à un arrêt du Conseil d'État.

En deuxième lieu, il nous semble que l'analyse de la mise en disponibilité comme un acte que l'administration pourrait, voire devrait, toujours prendre avec effet rétroactif fait écho à la théorie du retrait, suivant laquelle un acte reconnaissant irrégulier pourrait toujours être retiré sans limite de temps : il s'agirait dans les deux cas de restaurer la légalité en respectant les droits subjectifs dès leur constitution. Or, le retrait sans limite de temps des actes reconnaissant irréguliers constitue un des aspects les plus critiquables de cette théorie¹⁰⁸. Nous nous limiterons aux critiques les plus fréquentes. La plupart des actes individuels analysés comme reconnaissant, même s'ils sont assimilés à des situations de compétence liée¹⁰⁹, modifient bien l'ordonnancement juridique – sauf des actes qui confinent à l'inexistence, telle la fixation du traitement, qui ne saurait même pas servir de titre de paiement si une erreur est commise. Les décisions de mise en disponibilité modifient l'ordonnancement juridique¹¹⁰. Même si ces actes reconnaissant ne créent pas de droit, l'administré est le plus souvent dans la nécessité de les obtenir pour mettre son droit en œuvre, et l'on n'aperçoit aucune raison pour laquelle ils seraient moins protecteurs que les autres

¹⁰⁷ C. HUBERLANT, *op. cit.*, p. 78-79.

¹⁰⁸ P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 239 et suivantes ; P.J. DELAHAUT, *op. cit.*, p. 46 et 51 ; P. AUVRET, *op. cit.* ; J.- M. FAVRESSE, *op. cit.*

¹⁰⁹ R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1116-1118.

¹¹⁰ C.E., n° 75.569 du 10 août 1998, *Graindorge* et C.E., n° 57.130 du 20 décembre 1995. Il faut admettre que Monsieur Lewalle cite aussi bien des cas dans lesquels le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour connaître d'une mise en disponibilité (C.E., n° 70.605 du 9 janvier 1998, *Kesteloot* ; C.E., n° 153.703 du 12 janvier 2006, *Van De Velde*) que des cas dans lesquels il s'est reconnu incompétent (C.E., n° 85.638 du 28 février 2000) selon que l'objectif poursuivi est plutôt la différence de traitement ou la position administrative – P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Larcier, Liège, 3^e éd., 2008, pp. 728-739.

actes individuels. Enfin, on n'aperçoit aucune raison pour laquelle l'administration aurait davantage de pouvoirs que le juge à leur égard (le recours en annulation doit toujours être introduit dans un délai de soixante jours). On voit ainsi que l'administré peut parfaitement avoir intérêt à critiquer le retrait d'un acte reconnaissant ou au contraire l'adoption d'un acte reconnaissant avec effet rétroactif, même si cet acte est qualifié d'"acte non créateur de droit".

Enfin, en troisième lieu, il n'est pas certain qu'on puisse raisonner comme si le respect de la légalité, dans cette situation de compétence liée, *obligeait* l'administration à restaurer les droits subjectifs tels qu'ils auraient dû être dès l'origine. Sans doute la question est-elle controversée. Nous pensons toutefois qu'il est difficile de voir jamais dans la rétroactivité autre chose qu'une faculté pour l'administration¹¹¹. Sous cet angle, sa compétence ne saurait dès lors jamais être considérée comme entièrement liée.

Pour les trois raisons que nous venons d'exposer, il nous semble donc qu'il serait un peu rapide de déduire de l'existence d'une compétence liée que l'objet du recours était uniquement et directement de faire respecter un droit subjectif corrélatif à une obligation qui pèserait sur l'administration.

21. Nous pouvons ensuite nous arrêter au problème de la *causa petendi*, même s'il ne constitue en réalité, dans les affaires en cause, que l'autre facette de la même question, tenant au respect des situations acquises. Nous avons vu dans la première section de notre note que le problème de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps faisait intervenir à de multiples reprises des droits subjectifs, à travers les concepts de droit acquis ou d'acte créateur de droit. On peut dès lors se demander si, si elle avait dû prendre en considération la *causa petendi*, c'est-à-dire la violation du principe de non-rétroactivité, la Cour de cassation n'aurait pas de toute manière considéré que c'était sur l'existence d'un droit subjectif que le Conseil d'État s'était reconnu compétent pour statuer. D'autres auteurs ont d'ailleurs déjà écrit que le Conseil d'État, en statuant sur un

moyen tel que celui qui est pris de la violation du principe de non-rétroactivité, est amené à connaître de l'existence d'un droit subjectif¹¹².

Une telle analyse est discutable, à tout le moins tant qu'on maintient une différence entre contentieux des droits subjectifs et contentieux de la légalité objective. La Cour de cassation pourrait accepter, comme le Conseil d'État l'a déjà fait, de considérer que ce dernier est compétent pour connaître d'un moyen pris de la méconnaissance d'un droit acquis lorsque cette référence à un droit acquis n'est rien de plus qu'un argument à l'appui d'un moyen de droit purement objectif¹¹³ : « *considérant que si, à un certain moment, le requérant fait allusion à une méconnaissance de ses droits acquis, il n'y a pas lieu d'interpréter le moyen comme étant pris de la violation d'une règle de droit qui établit une obligation, correspondant à un droit subjectif, de payer une indemnité supplémentaire ; que la référence à un droit acquis, prise dans le contexte global du moyen, n'est rien de plus qu'un argument à l'appui de la thèse selon laquelle il ne peut être revenu purement et simplement sur un acte générateur de droit ; que ce que le requérant invoque devant le Conseil d'État, non pas comme argument mais comme moyen, c'est que la commune n'avait pas de motif valable pour revenir sur la décision par laquelle elle avait accordé au requérant le droit à une indemnité supplémentaire ; qu'ainsi qu'il appert également du considérant au point 2.2, le Conseil d'État est compétent pour examiner le bien-fondé d'un moyen de cette nature* ».

À défaut, un moyen de droit objectif tel que celui qui est pris de la violation de la règle de la non-rétroactivité, non seulement ne suffirait plus à justifier de la compétence du Conseil d'État, mais même risquerait d'exclure cette compétence de manière péremptoire. En effet, les règles de procédure devant le Conseil d'État exigent que le requérant démontre son intérêt particulier au moyen pris de la violation du principe de non-rétroactivité, dès lors que le Conseil se limitera le cas échéant à annuler la rétroactivité elle-même¹¹⁴. Par ailleurs, ainsi que nous l'avons vu, la démonstration de la rétroactivité exigera de démontrer que des droits acquis sont en cause. En justifiant son intérêt au moyen, le

¹¹¹ P.J. DELAHAUT, *op. cit.*, p. 46-47 et spécialement note n° 47 ; J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, 16^e éd., Dalloz, 1996, p. 97 ; P. AUVRET, *op. cit.*, p. 75 ; N. GEELHAND, *op. cit.*, p. 305.

¹¹² 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 ? », Observations sous C.E., 18 octobre 2000, n° 90.287, *Dechamp, J.T.*, 2001, p. 236.

¹¹³ C.E., n° 26.115 du 28 janvier 1986, *Poskin*. Voyez également C.E., n° 193.418 du 19 mai 2009, *Goslar*, cette revue, avec le commentaire de M. NIHOUL.

¹¹⁴ J. JAUMOTTE, *op. cit.*

requérant risque donc d'établir également l'irrecevabilité de sa requête ou en tous cas de son moyen.

C'est ainsi une part importante du contentieux administratif qui échapperait à la compétence du Conseil d'État, et une des plus dynamiques, c'est-à-dire le contrôle du respect d'un grand nombre de principes généraux du droit administratif, tels que, outre le principe de non-rétroactivité, le principe du retrait, le principe de légitime confiance, le principe de la sécurité juridique, la loi de la mutabilité des services publics, éventuellement le principe d'égalité,...

22. Les deux sujets que nous venons d'évoquer, application des actes administratifs dans le temps et délimitation des attributions du Conseil d'État, nous ont tous les deux ramenés au concept de droit subjectif. Les arrêts commentés reprennent la définition retenue par la Cour de cassation : « l'existence de pareil droit suppose que la partie demanderesse fasse état d'une obligation juridique déterminée qu'une règle du droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie a intérêt ». Cependant, l'identification d'un droit subjectif n'est pas une chose aisée en pratique. Et les problèmes que nous venons d'examiner font ressortir la souplesse de ce concept. À cet égard, François Ost a rappelé que le droit subjectif était un concept marqué par une très grande polysémie¹¹⁵. Il a montré que les droits subjectifs ne pouvaient pas être opposés aux intérêts qui n'étaient pas protégés par le droit, mais qu'il existait au contraire un *continuum* entre les deux¹¹⁶. Il a émis l'idée que c'était le juge qui traçait une séparation au sein de ce *continuum*, en reconnaissant une légitimité particulière à certains intérêts. Dans le même esprit, on peut se demander si ce concept de droit subjectif doit se voir reconnaître la même signification en droit public qu'en droit privé¹¹⁷. Le contexte est très différent. En droit public, les droits subjectifs des particuliers identifient des intérêts qui leur sont reconnus à l'égard de l'autorité, par des normes que l'autorité a en principe toujours le pouvoir de modifier. Enfin, les problèmes juridiques sont le plus souvent susceptibles d'une dou-

ble lecture, à la fois objective et subjective¹¹⁸. Autrement dit, les attributions du Conseil d'État reposent sur un fondement plus incertain que jamais¹¹⁹.

23. On peut évidemment se demander s'il est bien raisonnable de laisser des problèmes aussi importants que la répartition des attributions entre le Conseil d'État et le pouvoir judiciaire en proie à une telle incertitude. Mais la marge de manœuvre qui subsiste présente un avantage. Par son rapport déjà cité, Monsieur Leroy, après avoir constaté que la répartition des compétences juridictionnelles pouvait être ordonnée d'après plusieurs critères, proposait de reconnaître la compétence du Conseil d'État pour les motifs suivants¹²⁰ : « Dans un tel raisonnement, des considérations peuvent intervenir, qui ne sont pas strictement juridiques, mais relèvent d'une certaine forme d'opportunité, qui sont tirées de la conception que le juge se fait de sa mission, des droits et des parties qui comparaissent devant lui. Et de ce point de vue-là, l'intérêt des justiciables est certainement de ne pas être privé du recours qui leur permet de porter leur litige devant un juge qui, non seulement est coutumier de ce genre de problèmes, mais surtout, qui statue sur base du dossier administratif ». Autrement dit, après avoir admis que le problème pouvait recevoir plusieurs solutions, il conviendrait de le trancher d'après l'intérêt du justiciable. S'il est certain que le Conseil d'État ne peut empiéter sur les attributions du pouvoir judiciaire, on peut admettre que la compétence du Conseil d'État lui-même doit être préservée, dans la mesure où les lois le permettent, partout où il présente des avantages.

Du point de vue des justiciables, il serait dommage de s'arrêter aux deux cassations qui ont été prononcées. Nous ne nous étendrons pas sur le sort des parties requérantes dans les deux causes, et notamment de Madame Druez, qui sera arrivée à une impasse après treize années de procédure devant le Conseil d'État et la Cour de cassation. Pour elle, la citation de Monsieur Cornil placée en exergue de notre note résonne certes de manière ironique.

Nous pensons surtout à l'ensemble du contentieux

¹¹⁵ F. OST, *Droit et intérêt. II. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1990 ; voyez également B. BLERO, *op. cit.*, p. 208 et suivantes.

¹¹⁶ F. OST, *Droit et intérêt. II. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1990.

¹¹⁷ Voyez à cet égard C. YANNAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 232 et suivantes.

¹¹⁸ F. TULKENS, « Les arrêts du 17 novembre 1994 de la Cour de cassation, ou les difficultés des articles 144 et 145 de la Constitution », observations sous Cass (ch. réunies), 17 novembre 1994 (deux arrêts), *Journ. Proc.*, 20 janvier 1995, n° 275, p. 25 et suivantes.

¹¹⁹ F. OST, *Droit et intérêt. II. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1990.

¹²⁰ M. LEROY, *op. cit.*, p. 155.

qui menace d'échapper au Conseil d'État. Cyr Cambier, après avoir exposé la théorie de l'objet réel, ajoutait¹²¹ : « *Il faut se garder d'étendre cet enseignement. Ce n'est qu'exceptionnellement que la censure de l'annulation pour excès de pouvoir qui relève de la compétence du Conseil d'État, pourra être tenue, de la sorte, en échec* ». Il nous semble au contraire que les cas d'irrecevabilité de recours de l'excès de pouvoir, en raison de la théorie de l'objet réel telle qu'elle est interprétée et appliquée aujourd'hui, ne sont plus exceptionnels. En abandonnant la condition relative au moyen invoqué, on ne retire pas seulement au Conseil d'État, comme le pensait Huberlant, des problèmes de forme sans intérêt pratique pour le requérant. En écartant la compétence du Conseil d'État dès qu'un droit subjectif est en jeu, on réduit de manière importante le champ du recours de l'excès de pouvoir.

Or, non seulement le Conseil d'État est coutumier des problèmes en cause, non seulement le dossier administratif doit être produit devant lui, comme l'écrivait Monsieur Leroy, mais nous savons que l'agent qui réclame, devant les juridictions de l'ordre judiciaire, une indemnisation pour une décision de mise en disponibilité ou de démission d'office fautive, ne peut espérer une protection comparable à la perspective d'une annulation par le Conseil d'État. Après avoir démontré que la décision administrative est fautive, le demandeur devra en effet démontrer le dommage qu'elle lui aura causé. Ce dommage ne réside jamais que dans une chance de percevoir des traitements, chance dont l'évaluation est très hasardeuse, même pour un emploi stable¹²². Autrement dit, il serait léger de réduire le champ des attributions du Conseil d'État sans que le justiciable puisse *réellement* trouver ailleurs un recours aux *effets équivalents*.

Epilogue

24. Nous avons tenté d'exposer les questions fondamentales qui se sont nouées dans les deux arrêts commentés. Il nous reste à évoquer quelques événements postérieurs à cette action principale. En premier lieu, Madame Druetz et Monsieur Noir ont vu leur demande d'annulation définitivement rejetée.

Par les deux arrêts commentés, la Cour de cassation juge que le Conseil d'État, en analysant les deux décisions querellées comme l'expression d'un pouvoir discrétionnaire, ne justifie pas légalement sa compétence. La Cour casse donc les arrêts du Conseil d'État. Elle renvoie ensuite les causes devant le Conseil d'État, autrement composé.

Le Conseil d'État constate alors que les lois coordonnées sur le Conseil d'État ont été modifiées par une loi du 25 mai 1999¹²³. L'article 33, alinéa 3 indique depuis lors : « *lorsque la Cour casse l'arrêt ou l'ordonnance visée à l'article 20, § 3 par lequel la section du contentieux administratif décide de ne pas pouvoir connaître de la demande pour le motif que la connaissance de celle-ci relève des attributions des autorités judiciaires, elle renvoie la cause devant la section du contentieux administratif autrement composée, qui doit se conformer à la décision de la Cour sur le point de droit jugé par celle-ci* » (c'est nous qui soulignons). Aux termes des travaux préparatoires, cités par le Conseil d'État, le législateur avait en effet estimé qu'il n'y a pas lieu à renvoyer la cause devant le Conseil d'État lorsque la Cour de cassation juge que ce dernier s'est déclaré à tort *compétent*, dès lors que cette cause relèverait nécessairement des attributions du pouvoir judiciaire. Au contraire de ce qu'il avait fait précédemment dans l'affaire

¹²¹ C. CAMBIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 511.

¹²² La description détaillée de ces difficultés dépasse largement le cadre de ce commentaire. Nous nous limiterons à évoquer un exemple récent, tiré de la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles. Après avoir tenté par deux fois de démettre un agent pour inaptitude physique, sans parvenir à une décision régulière, l'autorité l'avait démis d'office pour motifs disciplinaires. La Cour d'appel a reconnu par un premier arrêt que la procédure disciplinaire était irrégulière. Mais elle a ensuite jugé par un second arrêt que l'agent était de toutes manières malade, et que même si la procédure disciplinaire avait été utilisée à tort pour contourner la procédure de démission d'office pour inaptitude physique, l'autorité aurait de toutes manières fini par démettre l'agent. Ce dernier ne prouvait donc pas que la décision irrégulière l'ait fautivelement privé de rémunérations ou de pension et par voie de conséquence, il n'avait droit qu'à une indemnisation morale limitée (Bruxelles (21^e), 25 septembre 2008, 2003/AR/318).

¹²³ Loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'Etat, ainsi que le Code judiciaire, M.B., 22 juin 1999.

*Druez*¹²⁴, le Conseil d'État renonce donc à justifier légalement sa compétence. Il constate que c'est à tort que la Cour de cassation lui a renvoyé les deux affaires. Il juge qu'il n'y a pas lieu à statuer. Et eu égard au fait qu'avant de contester sa compétence, la partie adverse avait notifié au particulier la possibilité d'introduire une requête en annulation, le Conseil met les dépens à charge de la partie adverse¹²⁵.

On ne peut que déplorer les effets de la modification législative intervenue en 1999. Les suites du deuxième arrêt *Druez* du Conseil d'État avaient montré que la Cour de cassation peut casser un arrêt par lequel le Conseil d'État s'est déclaré compétent, non pour le motif qu'il serait incompétent, mais simplement parce qu'il aurait mal motivé sa compétence¹²⁶. Dans un tel cas, la loi du 25 mai 1999 peut avoir pour effet que le justiciable sera privé de tout recours. En l'espèce, on aurait pu souhaiter que le Conseil d'État entreprenne une fois de plus de justifier légalement sa compétence. Il aurait pu se déclarer compétent, non en raison du caractère prétendument discrétionnaire de la décision en cause, mais pour le motif que c'était un moyen de droit purement objectif qui était invoqué devant lui. De probables nouvelles procédures en cassation auraient permis de lever les interrogations que nous avons exprimées plus haut.

25. En second lieu, le Conseil d'État a eu récemment l'occasion de revenir sur certains problèmes que nous venons d'examiner, et de répondre aux interrogations qu'avaient pu faire naître les deux arrêts commentés de la Cour de cassation¹²⁷. Le Conseil avait à connaître d'un refus de la Poste de nommer le requérant, jusque-là contractuel, en qualité d'agent des postes. Il était acquis que la Poste avait l'obligation de nommer le requérant s'il avait fait l'objet d'un rapport favorable, et il se dégageait du dossier que la Poste était en tout cas satisfaite des prestations du requérant. La Poste avait donc soulevé un déclinatoire de juridiction, en soutenant que le requérant cherchait à faire reconnaître un droit subjectif, et en invoquant notamment l'enseignement des deux arrêts de la Cour de cassation du 20 décembre 2007.

Le Conseil d'État rappelle d'abord que ses arrêts peuvent être cassés non seulement parce qu'il aurait mal

apprécié sa compétence au regard de celle de l'ordre judiciaire, mais encore parce qu'il se serait prononcé sur un déclinatoire de compétence par un « *motif ambigu* », qui empêcherait la Cour de cassation de juger s'il a correctement statué sur sa compétence. Il rappelle ensuite qu'en raison de la modification de l'article 33 des lois coordonnées par la loi du 25 mai 1999 évoquée plus haut, les arrêts de la Cour de cassation censurant un arrêt par lequel la section d'administration a estimé pouvoir connaître d'une demande ne donnent plus lieu à renvoi, sans qu'on puisse en déduire que cette dernière aurait été nécessairement incompétente pour connaître du recours. Toujours à suivre le Conseil, il ne se déduit donc pas des arrêts du 20 décembre 2007 qu'il soit nécessairement incompétent chaque fois que la décision querellée devant lui a été prise dans l'exercice d'une compétence liée.

Le Conseil d'État énonce ensuite que la règle fondamentale pour la solution du problème de répartition des compétences, lorsque aucune disposition légale spéciale n'a organisé devant les juridictions judiciaires un recours contentieux de nature à aboutir à un résultat équivalent à celui du recours en annulation, est que la section d'administration est incompétente lorsque le recours en annulation a pour objet véritable et direct une contestation qui porte sur un droit subjectif.

Or, interrogé sur son intérêt, le requérant avait confirmé que son objectif était d'être nommé en qualité d'agent des postes. Les juridictions judiciaires ne sont quant à elles pas compétentes pour exercer le pouvoir de nomination attribué au Roi par l'article 107 de la Constitution ni pour contraindre le Roi à exercer ce pouvoir qui lui est attribué en propre ; tout au plus auraient-elles pu octroyer des dommages et intérêts au requérant. Au contraire, un arrêt d'annulation du Conseil d'État, s'il n'avait pas pour effet automatique la nomination du requérant, devait faire disparaître la décision querellée, contraindre la Poste à statuer à nouveau, établir en droit qu'elle avait l'obligation de le nommer, et finalement l'inciter à le faire.

Le Conseil d'État expose enfin pour quels motifs il doit se reconnaître compétent alors même qu'il s'agit de juger de l'exercice d'une compétence liée. À cette com-

¹²⁴ La loi du 25 mai 1999, publiée le 22 juin 1999, était entrée en vigueur le 2 juillet 1999. Autrement dit, elle était déjà en vigueur lorsque la Cour de cassation cassait, par son arrêt du 24 juin 2004, l'arrêt *Druez* n° 106.968 du 24 mai 2002.

¹²⁵ C.E., n° 182.573 du 29 avril 2008, *Druez* ; C.E., n° 182.574 du 29 avril 2008, *Noir*.

¹²⁶ Le législateur semble avoir perdu de vue que la Cour de cassation est compétente pour contrôler les formes d'une décision du Conseil d'État sur la compétence ou les conditions dans lesquelles cette décision est intervenue (Concl. de M. l'Avocat Général Velu après Cass. (ch. réunies), 10 avril 1987, *op. cit.*, p. 299).

¹²⁷ C.E., n° 190.776 du 25 février 2009, *Calbert*.

pétence liée ne correspondrait pas de droit subjectif, puisque le droit subjectif est la faculté de contraindre le débiteur à s'acquitter d'une obligation, et que le requérant ne disposait pas de moyen pour forcer la Poste à le nommer. À cela s'ajoute que le Conseil d'État devrait se reconnaître compétent même si cette compétence liée correspondait à un droit subjectif. En effet, le droit subjectif serait le droit de nature politique d'accéder à un emploi public et le Conseil d'État serait compétent en raison même de cette compétence liée en vertu de l'article 14, § 3 des lois coordonnées qui lui attribue une compétence dans les hypothèses où l'autorité « est tenue de statuer »¹²⁸.

Certes, le problème qui était en cause dans cette affaire n'était pas exactement celui que nous avons traité : les règles d'application des actes administratifs

dans le temps n'étaient pas en cause ; le requérant cherchait à obtenir un avantage neuf ; il prenait un moyen de la violation de la règle de droit objectif qui lui garantissait cet avantage. Il nous a pourtant semblé intéressant de clore notre propos avec cet arrêt récent et soigneusement motivé. Loin de se contenter d'une application automatique de la distinction entre compétence liée et compétence discrétionnaire, le Conseil examine de manière concrète si le requérant aurait pu espérer une satisfaction équivalente devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Cet arrêt apparaît ainsi comme une réponse aux arrêts de la Cour de cassation que nous avons commentés. Il montre que le débat est loin d'être clos.

François Belleflamme¹²⁹

¹²⁸ Le raisonnement suivi par le Conseil d'État laisse cependant subsister des difficultés importantes. Le Conseil d'État pose comme certain que l'agent n'aurait pas pu saisir le juge judiciaire et il déduit de l'absence de pouvoir de contrainte que l'agent n'était pas titulaire d'un droit subjectif à l'égard de l'autorité. Pourtant, l'autorité avait bien l'obligation de nommer l'agent - et cette obligation était sanctionnée au moins par des dommages et intérêts. Dès lors qu'il existe une telle obligation, il faut admettre qu'existe aussi un droit subjectif qui en constitue le « réflexe » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Bruylant - L.G.D.J., 1999, p. 134). La jurisprudence de la Cour de cassation, et notamment son arrêt du 17 novembre 2004 déjà cité, paraît bien consacrer cette analyse.

Et si l'agent est titulaire d'un droit subjectif, on n'aperçoit pas en quoi l'article 107 de la Constitution l'empêche de saisir un juge judiciaire, éventuellement en référé, afin qu'il soit enjoint à l'autorité de le nommer, sous peine d'astreinte (voyez les exemples cités par B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, *op. cit.*, p. 51 et suivantes). Le pouvoir judiciaire est bien compétent pour prévenir ou pour réparer toute atteinte portée fautivement à un droit subjectif. En outre, le Conseil d'État fait allusion à l'idée selon laquelle ses attributions constitueraient une exception aux attributions du pouvoir judiciaire en matière de droits subjectifs, fondée sur l'article 145 de la Constitution. Pourtant cette idée, défendue en son temps par Monsieur Blero, avait alors été rejetée par le Conseil (C.E.(VII^c), 14 février 2002, *Umicore*, n° 103.560).

¹²⁹ François Belleflamme est assistant aux Facultés Universitaires Saint-Louis et avocat au Barreau de Bruxelles. L'auteur remercie vivement Ronald Fontaine, Bruno Lombaert et Sébastien Van Drooghenbroeck pour leur relecture attentive et pour leurs observations.