

INTERVENTION DE DAVID RENDERS ET DE BENOIT GORS

L'un Professeur à l'UCL, avocat et l'autre assistant à l'UCL, avocat

1. Les organisateurs nous ont demandé d'intervenir sur deux thèmes : le thème de la boucle administrative et le thème du maintien des effets d'un acte annulé.
2. La boucle administrative, comme on l'a déjà indiqué, c'est la faculté donnée au Conseil d'Etat de proposer à l'auteur de l'acte attaqué — la partie adverse — de corriger son acte. La correction convenablement effectuée du vice met fin au litige. À l'inverse, la correction non effectuée ou non convenablement effectuée, ou la proposition de correction refusée entraînent l'annulation de l'acte.

La correction, dont il est ici question, doit être correctement appréhendée.

Soit, la boucle administrative correspond à la régularisation de l'acte attaqué. Soit, la boucle correspond à la réfection de l'acte attaqué ou, plus exactement, à une réfection de cet acte.

Dans la première hypothèse, celle régularisation, il s'agit de corriger l'irrégularité, qui affecte l'acte, objet du recours, et ce obligatoirement avec effet rétroactif. Cet effet rétroactif serait ainsi autorisé par la disposition législative, qui institue la boucle ; ce qui n'est, pour l'heure, — il faut le constater — pas explicitement dit.

Dans la seconde hypothèse, celle d'une réfection, il s'agit de créer, en cours de procès, un nouvel acte, en principe régulier, avec ou sans effet rétroactif.

Dans les deux hypothèses, nous pensons — David RENDERS et moi-même — que le procédé n'est juridiquement pas acceptable, et, à tout le moins, pose de sérieuses difficultés.

3. L'opération de régularisation de l'acte attaqué, qui correspond à la première hypothèse, n'est pas praticable, en raison de la nature même des vices susceptibles d'affecter l'acte administratif unilatéral.
4. Le vice d'incompétence n'est pas régularisable. Une autorité administrative ne saurait couvrir *a posteriori* ce qu'une autre a préalablement décidé et ce, en vertu du principe de l'attribution des compétences.
5. Le vice de forme ou de procédure n'est pas davantage régularisable. La motivation formelle de l'acte et la consultation d'une autorité sont autant de formes qui, si elles devaient être accomplies après que l'acte ait été pris, videraient de sa substance même l'obligation qui pèse sur l'administration.

Inviter, comme dans le mécanisme de la boucle, l'administration à accomplir *a posteriori* une formalité substantielle, c'est démontrer, dans le même temps, que cette formalité n'a, en rien, rempli son office. En effet, la formalité omise n'a par définition pas pu peser sur le dispositif de l'acte administratif attaqué.

6. À cet égard, il se murmure qu'un exemple, qui pourrait donner lieu à l'application de la boucle, serait celui d'une motivation par référence à un document qui n'aurait pas été joint à l'acte attaqué. Même dans cette hypothèse, l'illégalité ne saurait être corrigée *a posteriori*, puisque agraffer le document auquel on se réfère dans l'acte, objet du recours, ne permet pas au destinataire de l'acte de prendre connaissance de la motivation de l'acte le jour de sa notification, comme le requiert pourtant l'enseignement jurisprudentiel sur la question. Sans compter que le document à agraffer pourrait être, lui-même, sujet à critique.

7. Le *vice des motifs* n'est pas plus régularisable que les vices d'incompétence, de forme et de procédure. Le principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs de droit et de fait, signifie que la décision doit se justifier par une situation de fait et de droit existant au moment où elle est prise. Pour le dire simplement, les motifs doivent nécessairement préexister au dispositif.
8. Tout au plus la substitution des motifs, en cas de compétence liée, pourrait, le cas échéant, être envisagée. Mais, dans cette situation, la boucle ne serait pas d'application, puisque le Conseil d'État admet déjà que cette situation ne doit pas conduire à l'annulation.⁸ Enfin, les *vices de l'objet et du but* ne sont évidemment pas régularisables. La régularisation est une opération, qui cherche à voir un acte être maintenu en vie. L'objet et le but de cet acte sont, dans cette perspective, inaltérables, sous peine de se trouver face à un acte différent, ce qui ne revient plus alors à le régulariser, mais à le refaire.
9. Au terme de ce petit tour de vices, David RENDERS et moi-même constatons donc que la boucle, en tant que mécanisme de régularisation, n'est pas juridiquement praticable. La nature même d'un acte administratif unilatéral ne s'accommode pas de sa régularisation, à moins de créer des A.G.M. : des actes génétiquement modifiés.
10. Arrive la seconde hypothèse, celle où la boucle constituerait une réfection de l'acte attaqué. La lecture du projet en discussion laisse, en effet, apparaître que la volonté du législateur pourrait être de permettre à l'administration de refaire un « acte nouveau ». Le texte en projet évoque également un « acte refait ».

Cette hypothèse ne manque pas, elle non plus, de soulever des difficultés.

11. Il faut d'emblée observer que l'acte administratif, susceptible d'être corrigé, n'est pas clairement identifié. Le projet parle, dans le texte français, tantôt de l'acte, tantôt de la décision, comme si seuls les actes individuels étaient susceptibles d'être concernés par le mécanisme de la boucle.
12. L'objet de la correction n'est pas non plus clairement identifié.

Le projet évoque tour à tour, un vice, les vices, le vice. Pour évoquer un seul problème, quid des vices non décelés par le requérant et des vices d'ordre public ?

13. L'auteur de la correction pose encore question. Le projet laisse entendre qu'il ne s'agirait pas nécessairement de l'auteur de l'acte attaqué. Cette faculté de faire corriger le vice par un tiers ne semble pas compatible avec l'une des conditions d'application du mécanisme qui veut que la correction relève du pouvoir d'appréciation propre de l'auteur de l'acte attaqué.
14. Le délai imparti pour corriger pose aussi question. Le vice doit être corrigé dans un délai de trois mois, ou selon le cas dans un délai raisonnable.

Certains vices ne sont-ils pas alors d'office auto-exclus, comme la réalisation d'une étude d'incidences sur l'environnement qui aurait fait défaut ?

15. Les difficultés d'identifier l'objet de la correction mettent en évidence une contradiction inhérente au mécanisme même de la boucle, tel qu'il est actuellement pensé.

Le commentaire des articles précise, mais ce n'est pas repris dans le projet de texte, que « le recours à la boucle ne peut avoir pour effet de modifier la portée de la décision après sa correction ». Ce faisant, les jeux ne sont-ils pas d'emblée faussés ? Toute correction d'un vice affectant un acte administratif peut, en effet, conduire son auteur à modifier le sens de sa décision. Autrement dit, le dispositif de l'acte est nécessairement susceptible d'évoluer en raison même de la correction réalisée.

16. Une difficulté, enfin, qui touche tant à l'hypothèse — première — d'une régularisation qu'à celle — seconde — d'une réfection. C'est la question de la prise en compte des tiers.

Dans la matrice hollandaise, il est prévu que la mise en œuvre de la boucle ne peut porter atteinte aux tiers. Cette condition n'est pas prévue dans le projet en discussion. Se pose, dans ces conditions, une question simple : celle de savoir si les tiers disposent d'un nouveau recours contre la décision corrigée ou selon le cas la nouvelle décision ?

17. Avec l'impossibilité de régulariser un acte administratif et les problèmes importants qui parsèment la réfection opérée au travers du mécanisme envisagé, la boucle paraît bien constituer un mécanisme impraticable. Un autre mécanisme déjà existant devrait être privilégié qui permet la réfection : c'est le retrait.

18. Le sujet du maintien des effets d'un acte annulé mérite, lui aussi, quelques mots qui — je vous rassure, Monsieur le Président — me conduiront à la boucler rapidement.

Le Professeur RENDERS, qui est malheureusement absent pour l'explicitier, avec force et conviction, est particulièrement inquiet de voir ce mécanisme gagner du terrain. Non pas au nom des principes, mais au nom des valeurs.

Les valeurs qui sous-tendent l'Etat démocratique — dont celle de la Justice — impliquent, estime-t-il, que soit consacré le meilleur équilibre possible entre l'administration, aménagée pour les besoins de l'action, et le citoyen qui doit, quant à lui, pouvoir se défendre contre l'irrégularité de cette action.

Face à une administration qui, sauf à la marge, dispose du pouvoir du dernier mot, et se voit reconnaître le privilège du préalable, le droit du citoyen d'en appeler au juge pour contrôler cette action est un droit essentiel, qui doit pouvoir être exercé sans entrave.

Le maintien des effets d'un acte annulé, dont l'introduction dans l'arsenal juridique est somme toute récente, modifie, à n'en pas douter, l'équilibre des forces en présence au détriment de celui qui est, le plus souvent, le plus faible. Cette tendance, juge le Professeur RENDERS, le droit ne devrait pas avoir vocation à l'épouser.

C'est au nom de la sécurité juridique de l'administration et, parfois, de tiers que le maintien des effets d'un acte annulé est justifié.

Si, vraiment, il devait apparaître que le maintien des effets d'un acte administratif était la seule manière d'échapper à des situations inextricables, il conviendrait, *a minima*, d'encadrer le mécanisme de balises telles qu'il ne puisse être appliqué qu'à dose homéopathique.

Ce serait :

- au terme d'un débat contradictoire entre les parties, devant conduire l'autorité à démontrer l'existence de conséquences graves, qui ne s'accommoderaient pas d'une annulation pure et simple, ce que le texte en projet semble consacrer ;
- puis, au terme d'une mise en balance des intérêts entre l'annulation et lesdites conséquences graves, le Conseil d'Etat aurait à motiver les raisons pour lesquelles l'absolue nécessité commande le maintien des effets de l'acte annulé, ce que le texte en projet semble aussi consacrer ;
- au-delà, si les conséquences graves justifiant le maintien des effets de l'acte annulé venaient à disparaître, le Conseil d'Etat devrait lever, en tout ou en partie, ce mécanisme après un nouveau débat contradictoire.

Le tout gagnerait à valoir pour le maintien des effets d'un acte tant individuel que réglementaire.

En outre le mécanisme du maintien des effets ne pourrait s'appliquer que pour autant que :

- d'une part, ce mécanisme ne puisse être opposé ni à la partie requérante, ni à toute autre personne qui aurait formulé une réclamation à l'encontre de l'acte en cause ;
- d'autre part, ce mécanisme ne puisse valoir, à l'égard des autres destinataires de l'acte que pour le passé et un avenir strictement limité au temps nécessaire à la réfection de l'acte. Car le maintien des effets ne pourrait suppléer une réfection.

19. De la boucle administrative au maintien des effets, l'idée est celle de rendre l'administration plus efficace. Rien n'est plus important, en droit administratif, sinon l'efficacité des procédures.

Mais l'efficacité des procédures ne va pas sans légalité, donc sans efficacité des contrôles. C'est la contrepartie du pouvoir placé entre les mains de celles et ceux qui gouvernent. C'est la garantie de l'Etat de droit, comme le rappelait, en 1980 déjà, André Molitor.

C'est donc à travers le prisme de la légalité que doivent être examinés et pesés les mécanismes impactant le contrôle de l'action administrative.

LES ATTENTES ET LA REFORME, REFLEXIONS SUR LES EQUILIBRES

Jean Bourtembourg, Avocat au barreau de Bruxelles, Maître de conférences à l'UCL-Mons

Nous autres, bons sauvages, nous sommes des esprits simples : nous pensons que la justice est faite pour le justiciable (J. Rivero, Le Huron au Palais-Royal, D. 1962, chron. 39, p.7)

1. Le rapport public 2013 du Conseil d'Etat vient d'être publié ce 21 mai.

Il nous apprend que le délai prévisible moyen de jugement au Conseil d'Etat est de 8 mois et 26 jours, que l'année 2012 marquait un important rajeunissement du stock et que les affaires anciennes, c'est à dire introduites depuis plus de deux ans ne représentent plus que 5,7 % du stock du Conseil d'Etat.

Un ange passe.