

Jurisprudence – Droit administratif

Conseil d'État (assemblée générale) (deux arrêts) 21 juin 2018

Conseil d'État - Intérêt – Perte d'intérêt en cours d'instance – Indemnité réparatrice. Observations.

La circonstance que la partie requérante a perdu, en cours d'instance, son intérêt à l'annulation n'empêche pas le Conseil d'État, lorsqu'une illégalité est constatée, d'examiner la demande d'indemnité réparatrice, pour autant que les conditions de recevabilité du recours en annulation soient rencontrées au jour de son introduction.

(Commune de Saint-Gilles / Communauté française)

Premier arrêt

N° 241.865

Cet arrêt a été publié dans *cette revue*, 2018, p. 1305.

Second arrêt

N° 241.866

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 juillet 2014, la commune de Saint-Gilles demande l'annulation de « l'avis contraignant de la Chambre de recours de l'enseignement officiel subventionné du niveau secondaire et spécialisé, rendu le 5 mai 2014 (...) ».

(...)

IV. Examen de l'intérêt

IV.1. Exposé du problème

L'assemblée générale est appelée à statuer, en vue d'assurer l'unité de la jurisprudence, sur la question de savoir si une partie requérante, qui a perdu son intérêt à obtenir l'annulation de l'acte attaqué en cours d'instance mais a introduit une demande d'indemnité réparatrice avant l'arrêt constatant cette irrecevabilité, garde un intérêt à obtenir le constat de l'illégalité de cet acte aux fins d'entendre statuer ensuite sur sa demande d'indemnité réparatrice.

IV.2. Point de vue des parties

La partie requérante estime avoir subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte administratif dont elle poursuit l'annulation en ce qu'il est fondé sur une norme législative potentiellement contraire à la Constitution et demande au Conseil d'État, dans le cadre de l'examen de ses moyens, de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 25, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidiaire de l'enseignement officiel subventionné, dans la mesure où il prévoit que l'avis de la Chambre de recours lie le pouvoir organisateur lorsqu'il est relatif au licenciement d'un enseignant temporaire prioritaire au sens de l'article 24, paragraphe 1^{er}, du même décret, viole-t-il les articles 10, 11 et 24 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 41 et 162 de la Constitution, ainsi qu'avec l'article 6, paragraphe 1^{er}, VIII, 1°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, en ce qu'il ferait ainsi peser sur un pouvoir organisateur de l'enseignement officiel subventionné une contrainte inappropriée et excessive, en lui imposant de retirer sa décision de licencier un

enseignant temporaire prioritaire, alors que les pouvoirs organisateurs des autres réseaux ne sont pas soumis à un tel avis contraignant et alors que, dans l'hypothèse, par exemple, d'une sanction disciplinaire infligée à un enseignant nommé à titre définitif, en vertu des articles 64 et suivants du même décret, l'avis de la Chambre de recours peut être écarté ? ».

Elle relève ensuite que l'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, permet à toute partie requérante ou intervenante qui « poursuit » l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, paragraphe 1^{er}, ou paragraphe 3, des mêmes lois coordonnées, de demander une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle subit un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence. Elle en déduit que le droit de demander une indemnité réparatrice n'est donc pas réservé par la loi à la partie requérante ou intervenante qui aurait « obtenu » l'annulation qu'elle poursuivait et que le constat d'illégalité suffit. Elle estime que ceci découle de la volonté expresse du législateur (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 8) :

« Il faut également prendre en considération le fait que lorsqu'une partie perd en cours de procédure l'intérêt à ce qu'un acte disparaisse de l'ordre juridique, notamment en raison d'une évolution de sa situation personnelle, cela ne signifie pas qu'elle n'a pas subi un préjudice du fait de l'illégalité de cet acte et qu'elle ne conserve pas un intérêt légitime à poursuivre son action. Dès lors que le Conseil d'État se voit investi de la compétence d'indemniser le préjudice subi du fait d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite illégal, il lui reviendra donc en toute hypothèse de statuer sur sa légalité s'il est soutenu que le rejet [lire : l'illégalité] alléguée aurait causé un préjudice susceptible de donner lieu à une telle indemnisation ».

Elle relève qu'à la suite d'une remarque de la section de législation qui considérerait que l'intention de permettre au Conseil d'État d'allouer une indemnité réparatrice dans ce cas n'était pas adéquatement exprimée dans le texte de loi proposé, le législateur a réaffirmé clairement sa volonté que la possibilité d'introduire une demande d'indemnité réparatrice pallie, le cas échéant, l'éventuelle perte d'intérêt à l'annulation d'un requérant en cours d'instance.

Elle déduit de ce qui précède que l'argument selon lequel l'intérêt est une condition de recevabilité de la demande d'indemnité réparatrice et que sa perte en cours d'instance empêche tout examen au fond et, en conséquence, le constat d'une illégalité, est contraire à l'intention claire du législateur.

Elle estime que si le Conseil d'État devait, dans la présente affaire, considérer que l'existence certaine de cette demande d'indemnité ne lui impose pas pour autant de constater l'illégalité de l'acte attaqué, ceci au motif que la partie requérante aurait perdu intérêt à obtenir l'annulation de l'acte attaqué, il y aurait lieu de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 26, paragraphe 2, 1°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, l'article 11*bis* et l'article 19 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et 13 de la Constitution, s'ils sont interprétés en ce sens que le Conseil d'État qui constaterait qu'un requérant n'a plus intérêt à obtenir l'annulation d'un acte administratif pourrait refuser de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle concernant la constitutionnalité de la norme législative fondant l'acte administratif attaqué, alors même que ce requérant, à la différence d'autres requérants placés dans une situation comparable, aurait déjà saisi la haute juridiction administrative d'une demande d'indemnité réparatrice au motif qu'il estime avoir subi un préjudice du fait de l'illégalité de cet acte administratif fondé sur une norme potentiellement contraire à la Constitution ? ».

La partie adverse se réfère, quant à l'absence d'effet de la demande d'indemnité réparatrice sur la recevabilité du recours, à l'avis de la section de législation du Conseil d'État, précité, en soutenant qu'en l'état, l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne permet pas de statuer sur la demande d'indemnité réparatrice formulée dans le cadre d'un recours en annulation qui doit être déclaré irrecevable. Elle rappelle que le requérant, qui poursuit l'annulation d'un acte administratif, doit rem-

plir la condition de l'intérêt jusqu'au prononcé de l'arrêt et qu'il n'est pas contesté que le contentieux de l'indemnité réparatrice est l'accessoire du contentieux de l'annulation. Elle en déduit que l'irrecevabilité du recours en annulation doit nécessairement engendrer l'irrecevabilité de la demande d'indemnité réparatrice et que cette demande, formulée par la partie requérante dans son mémoire en réplique, n'a pas pour conséquence de maintenir l'intérêt nécessaire à ce que le Conseil d'État opère le constat d'illégalité qu'elle sollicite. Elle estime que la partie requérante n'ayant plus intérêt à son recours, les questions préjudicielles qu'elle propose de poser à la Cour constitutionnelle ne revêtent pas la moindre utilité pour la résolution du présent litige puisqu'il a été démontré que le Conseil d'État n'a pas vocation à se prononcer sur le fond de l'affaire, l'irrecevabilité du recours emportant l'irrecevabilité de la demande d'indemnité réparatrice formulée par la partie requérante.

IV.3. Appréciation

Il ressort des arrêts n^{os} 238.273 et 240.682 précités que la partie requérante ne justifie plus d'aucun intérêt à obtenir l'annulation de l'acte attaqué.

Reste que celle-ci fait valoir que, quand bien même elle aurait perdu un intérêt à obtenir l'annulation de l'acte attaqué, elle garde un intérêt à obtenir le constat de son illégalité aux fins d'entendre statuer ensuite sur la demande d'indemnité réparatrice qu'elle a introduite, dans son mémoire en réplique, sur la base de l'article 11bis des lois coordonnées précitées.

Cette disposition, prise en vertu de l'article 144, alinéa 2, de la Constitution, est ainsi rédigée :

« Article 11bis. Toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, paragraphe 1^{er}, ou paragraphe 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence.

La demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité.

En cas d'application de l'article 38, la demande d'indemnité doit être introduite au plus tard soixante jours après la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours.

La partie qui a introduit la demande d'indemnité ne peut plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice.

Toute partie qui intente ou a intenté une action en responsabilité civile ne peut plus demander à la section du contentieux administratif une indemnité pour le même préjudice ».

L'article 11bis prévoit, comme condition à l'obtention d'une indemnité réparatrice, un « arrêt ayant constaté l'illégalité » de l'acte attaqué.

La section de législation du Conseil d'État (avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 7) relève que cette formulation couvre notamment « l'hypothèse où plusieurs recours tendent à l'annulation du même acte et où, une fois l'annulation prononcée au terme de celui qui a été examiné en premier lieu, les autres arrêts jugent qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les recours, ceux-ci ayant perdu leur objet » et qu'elle s'applique également « au cas où l'illégalité d'un règlement est constatée par voie incidente en application de l'article 159 de la Constitution » et n'aperçoit « pas de raison de priver les requérants qui ont introduit les recours aboutissant à un de ces résultats de la possibilité de demander l'indemnité réparatrice au Conseil d'État ».

Elle a cependant considéré que, tel qu'il était rédigé, l'article 11bis, précité, ne permettait pas d'allouer une indemnité à un requérant qui, en cours de procédure, perdait son intérêt à agir en annulation.

En réponse à cette observation, le secrétaire d'État chargé des Réformes institutionnelles a indiqué, dans le cadre des discussions à la commission de l'Intérieur (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2232/5, rapport, pp. 358-359) que :

« le Conseil d'État (...) est effectivement en mesure d'apprécier la légalité d'un acte administratif contesté, même si une évolution s'est produite dans la situation personnelle concrète du requérant. Les termes "lésion" et "intérêt" peuvent être interprétés de telle sorte que, compte tenu du dommage subi pouvant donner lieu à une indemnité réparatrice en application de l'article 11*bis*, le Conseil pourra aussi apprécier effectivement la légalité de l'acte attaqué, même si l'annulation de cet acte ne procure aucun avantage direct au requérant. Il n'y a dès lors pas lieu de procéder à une adaptation législative supplémentaire ».

Eu égard à cette *ratio legis*, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État juge, au vu du cas d'espèce qui lui a été soumis, que la circonstance que la partie requérante a perdu, en cours d'instance, son intérêt à l'annulation n'empêche pas le Conseil d'État, lorsqu'une illégalité est constatée, d'examiner la demande d'indemnité réparatrice, pour autant que les conditions de recevabilité du recours en annulation soient rencontrées au jour de son introduction.

Par ces motifs,

Le Conseil d'État décide :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2

L'affaire est renvoyée à la huitième chambre.

(...)

Siég. : MM. R. Stevens (prés.), D. Verbiest, J. Vanhaeverbeek (rapp.), J. Lust, G. Van Haegendoren, G. Debersaques, Mmes C. Debroux, S. Guffens, M. I. Kovalovszky, Mme P. Vandernacht, MM. J. Bovin, C. Adams, B. Seutin, P. Lefranc, J. Clément, M. Pâques, S. De Taeye, L. Cambier, B. Thys, Mme D. Déom, MM. Y. Houyet, D. De Roy, Mme A.-Fr. Bolly et M. Fr. Gosselin. Greffier : M. G. Delannay.

Aud. : Mme Cl. Mertens

Plaid. : M^{es} J. Sautois, E. Rombaux (*loco* M. Nihoul) et M. Detry.

J.L.M.B. 19/210

Observations

Perte de l'intérêt à agir en annulation et maintien de l'intérêt à obtenir une indemnité réparatrice devant le Conseil d'État

1. Depuis 2014, le Conseil d'État est investi de la compétence de « statuer sur les effets civils » des arrêts qu'il prononce et peut, dans ce cadre, octroyer une indemnité réparatrice au profit de la partie requérante, ou de la partie intervenant à ses côtés, pour autant qu'elles en formulent la demande¹. L'octroi d'une telle indemnité est subor-

¹ Article 144, alinéa 2, de la Constitution et article 11*bis* des lois coordonnées « sur le Conseil d'État » (ci-après « L.C.C.E. »). Sur l'article 11*bis* L.C.C.E., voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », in D. RENDERS (sous la direction de), *La réforme du Conseil d'État, An 2014, A.P.T.*, 2016, numéro spécial, pp. 355-390 et les références citées ; FR. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, pp. 474-479 ; L. DONNAY et M. PÂQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », in D. Renders (sous la coordination de), *La responsabilité des pouvoirs publics*, actes des XXII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 127-164 ; *Id.*, « L'indemnité réparatrice à l'épreuve de la pratique, entre avancées raisonnables et questions résiduelles », *Rev. Fac. dr. Liège*, 2018, pp. 381-395 ; F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », in Fr. Tulkens et J. Sautois (sous la coordination de), *La responsabilité des pouvoirs publics – Actualités en droit public et administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 39-91 ; A. PIRSON et M. VRANCKEN, « La réparation du dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : à quel saint se vouer ? », in A.L. Durvieux et M. Pâques

donné à la réunion de trois conditions : un fait générateur – en l’occurrence un arrêt constatant une illégalité –, un dommage et un lien causal entre le fait générateur et le dommage.

Lorsqu’un acte administratif est déclaré illégal par le Conseil d’État, le justiciable n’est, dès lors, plus contraint d’introduire une nouvelle demande devant le juge judiciaire, s’il entend obtenir la réparation du dommage découlant de cette illégalité. Il dispose, désormais, d’un choix : soit il demande la réparation intégrale du préjudice subi aux cours et tribunaux de l’ordre judiciaire, sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil ; soit il demande l’obtention d’une indemnité réparatrice au Conseil d’État sur le fondement de l’article 11bis des lois coordonnées « sur le Conseil d’État » (en abrégé : L.C.C.E.). Parce que le choix d’une voie exclut, en principe, l’autre voie, il y va d’une application de l’adage *electa una via non datur ad alteram*².

2. L’arrêt qui constate une illégalité, au sens de l’article 11bis – qui constitue le fait générateur sur la base duquel une demande en indemnité réparatrice peut être régulièrement sollicitée – ne doit pas nécessairement correspondre à un arrêt d’annulation. Le recours à la formule d’un « arrêt qui constate une illégalité » est plus large. Cette formule avait, à l’origine, été retenue pour viser, outre les arrêts d’annulation – qui, par hypothèse, contiennent un constat d’illégalité –, les arrêts faisant usage du mécanisme de la boucle administrative, un mécanisme aux termes duquel une illégalité était, là aussi, constatée, mais qui, on le sait, a depuis lors été annulé par la Cour constitutionnelle^{3 4}.

(sous la direction de), *Droit administratif et contentieux*, Coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 27-75 ; S. VERSTRAELEN, « De burgerrechtelijke gevolgen van de uitspraken van administratieve rechtscolleges : wanneer het doel niet alle mid-delen heiligt », in J. Velaers, J. Vanpraet, Y. Peeters, W. Vandenbruwaene, (ed.), *De zesde staats-hervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 215-239 ; I. CLAEYS, « Schadevergoeding wegens een onwettige bestuurshandeling voor de hoven en rechtbanken of voor de Raad van State: een moeilijke keuze ? », in M. Van Damme (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 2014, pp. 185-226 ; I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l’indemnité réparatrice : le juge administratif à l’assaut du droit civil ? », in F. Viseur et J. Philippart (sous la direction de), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 189-231 ; S. LUST et A. VANDAELE, « Slagkracht van de Raad van State vergroot: (ver)nieuw(d) sanctiearsenaal in handen van de Raad van State », in J. Vande Lanotte e.a. (eds.), *Rechtsbescherming in het publiekrecht: kan er nog gebouwd worden in Vlaanderen ?*, Mechelen, Kluwer, 2016, pp. 295-379 ; L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l’exécution des arrêts du Conseil d’État*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 467-488 ; M. PÂQUES, *Principes du contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 494-507 ; A. WIRTGEN, « De schadevergoeding tot herstel door de Raad van State », *T.B.P.*, 2017, pp. 459-488 ; I. OPDE-BEEK et S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 600-615 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 21^e édition, Mechelen, Kluwer, 2017, pp. 1395-1399 ; M. NIHOUL et F. XAVIER, « Trois années d’indemnité réparatrice devant le Conseil d’État », *C.D.P.K.*, 2017, pp. 679-704 ; J. SOHIER, « L’indemnité réparatrice devant le Conseil : premiers bilans », in Fr. Tulkens (sous la coordination de), *Le droit administratif répressif, fiscal et indemnitaire*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 149-180 ; M. QUINTIN, « Contentieux de l’indemnité en droit administratif belge », *A.P.T.*, 2018, pp. 157-169 ; R. STEVENS et K. DIDDEN, *Raad van State. I. Afdeling bestuursrechtspraak*, Bruges, Die Keure, 2018, pp. 569-580 ; P. LEJEUNE, « L’indemnité réparatrice devant le Conseil d’État : une procédure en devenir », *J.T.*, 2019, pp. 237-246.

² À ce sujet, voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L’indemnité réparatrice », *op. cit.*, pp. 382-385 et les références citées ; *Id.* « Cour de cassation, indemnité réparatrice et partage des eaux », obs. sous Cass. (ch. réunies), 15 septembre 2017, *J.T.*, 2018, p. 13.

³ L’arrêt interlocutoire rendu en application de l’article 38 L.C.C.E., instaurant la boucle administrative, n’était pas un arrêt d’annulation. Les auteurs de la réforme ont estimé que ce type d’arrêt devait également ouvrir le droit à demander une indemnité réparatrice, et ont opté pour la notion d’« arrêt ayant constaté une illégalité » dans l’article 11bis L.C.C.E. Sur le mécanisme de la boucle administrative et les critiques y afférentes, voy. notamment D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, « Variations sur la réforme du Conseil d’État : du mandat *ad litem* aux dépens, en passant par quelques accessoires autour du pouvoir d’annuler », in A. L. DURVIAUX et M. PÂQUES (sous la direction de), *Droit administratif et contentieux*, *op. cit.*, pp. 103-260.

⁴ La notion d’« arrêt constatant une illégalité » a déjà donné lieu à des débats en jurisprudence. S’est notamment posée la question de savoir si l’arrêt qui constate la perte d’objet du recours en annulation à la suite du retrait par la partie adverse de l’acte attaqué peut être tenu pour un arrêt constatant une illégalité (voy. Cass. (ch. réunies), 15 septembre 2017, *J.T.*, 2018, p. 10, et note D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « Cour de cassation, indemnité réparatrice et partage des eaux »). L’assemblée générale du Conseil d’État a, par ailleurs, dû se prononcer sur la portée de l’arrêt d’annulation rendu selon la procédure accélérée, lorsque la partie adverse s’abstient de demander la poursuite de la procédure dans un délai de trente jours à compter de la notification du rapport de l’auditeur dans lequel l’annulation est proposée (article 30, paragraphe 3, L.C.C.E. et

1. Une difficulté : l'articulation entre la demande d'indemnité réparatrice et l'exigence tenant à l'intérêt actuel au recours en annulation

3. Puisque la demande en indemnité réparatrice s'inscrit, par nature, dans le sillage du recours en annulation, la question se pose de savoir ce qu'il advient de cette demande si le requérant perd, en cours d'instance, son intérêt au recours en annulation : la perte d'intérêt s'étend-elle à cette demande ou l'intérêt lié à la demande en indemnité réparatrice peut-il survivre à la perte d'intérêt au recours en annulation ?

4. Pour être recevable à agir en annulation devant le Conseil d'État, l'on sait que le requérant doit justifier d'un intérêt⁵. L'intérêt est établi lorsque l'acte attaqué cause au requérant un inconvénient personnel, direct, certain, actuel, légitime et que l'annulation lui procure un avantage personnel et direct, même minime⁶.

5. La démonstration d'un intérêt actuel est appréciée de manière stricte par le Conseil d'État.

Il est, en effet, exigé que l'intérêt existe au moment de l'introduction de la requête en annulation et persiste jusqu'au prononcé de l'arrêt. En d'autres termes, le requérant doit, jusqu'au prononcé de l'arrêt, pouvoir démontrer que l'annulation de l'acte lui procure encore un avantage⁷.

Le Conseil d'État juge, au surplus, que l'intérêt qui réside uniquement dans l'octroi ultérieur de dommages et intérêts auprès des cours et tribunaux est insuffisant à justifier la recevabilité du recours en annulation devant le Conseil d'État⁸. Autrement dit, l'intérêt ayant une visée purement indemnitaire ne suffit pas.

6. La sévérité de la jurisprudence du Conseil d'État quant au caractère actuel de l'intérêt à agir dont le requérant doit faire montre a été remise en cause tant par la Cour constitutionnelle que, plus récemment, par la Cour européenne des droits de l'homme.

Au sujet du caractère automatique de la perte d'intérêt actuel d'un agent admis à la pension qui avait postulé l'annulation d'une promotion à laquelle il était candidat, la

article 14quinquies du Règlement général de procédure). Jusqu'ici, la jurisprudence considérait que l'annulation de l'acte était automatique si le rapport de l'auditeur concluait à l'annulation de l'acte et que la partie adverse ne sollicitait pas la poursuite de la procédure. D'aucuns ont soutenu que, l'annulation étant automatique, le Conseil d'État ne procédait pas à l'examen de la légalité de l'acte entrepris, et l'arrêt ne contenait pas de « constat d'illégalité ». Eu égard à la compétence du Conseil d'État en matière d'indemnité réparatrice, l'assemblée générale estime que l'annulation n'est pas automatique. En d'autres termes, même en cas d'application des articles 30, paragraphe 3, L.C.C.E. et 14quinquies du Règlement général de procédure, le Conseil d'État exerce un véritable contrôle de légalité. Ces articles doivent uniquement être lus comme permettant de prononcer l'annulation suivant une procédure accélérée. La chambre saisie du recours doit apprécier le fondement du ou des moyens examinés par l'auditeur, et établir ainsi clairement l'illégalité de l'acte (C.E. (ass. gén.), arrêt *Piron*, n° 243.249 du 14 décembre 2018). Il découle de ceci que l'arrêt contient bel et bien un « constat d'illégalité », et peut donner lieu à une indemnité réparatrice.

⁵ Article 19 L.C.C.E. Sur cette exigence, voy. notamment D. RENDERS, Th. BOMBOIS, B. GORS, Ch. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, tome III, *Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 221-234 ; P. LEWALLE, avec la collaboration de L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e édition, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 778-809 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e édition, Limal, Anthemis, 2011, pp. 460-479 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIEBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 628-690 ; M. KAISER et E. GOURDIN, « La qualité du requérant et son intérêt au recours et au moyen », in F. Viseur et J. Philippart (sous la direction de), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 44-58 ; *Id.*, « Questions communes au contentieux de l'annulation et de la suspension suscitée par la réforme du Conseil d'État », in D. Renders (sous la direction de), *La réforme du Conseil d'État, An 2014, A.P.T.*, 2016, numéro spécial, pp. 332-336 ; M. PÂQUES, *Principes du contentieux administratif*, op. cit., pp. 323-340 ; I. OPDEBEEK et S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, op. cit., pp. 564-568.

⁶ Voy. notamment C.E., arrêt *de Spa*, n° 242.586 du 10 octobre 2018.

⁷ Voy. notamment C.E., arrêt *S.P.R.L. Philippe Samyn and Partners*, n° 241.023 du 15 mars 2018. Voy. également A. WIRTGEN, « Het behoud/verlies van het belang bij het beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State », in M. Van Damme (ed.), *Het belang in het publiekrechtelijk procesrecht*, Brugges, Die Keure, 2011, pp. 77-120.

⁸ Voy. notamment C.E., arrêt *Bastenier*, n° 194.256 du 16 juin 2009.

Cour constitutionnelle a, par un arrêt du 10 novembre 1999, jugé que cet enseignement du Conseil d'État était disproportionné. La Cour considère, en effet, que déclarer un tel recours irrecevable sans que soit examiné s'il subsiste, en réalité, un intérêt à ce recours et sans tenir aucun compte des événements qui ont pu en retarder l'examen, ne satisfait pas les règles constitutionnelles dont la violation était invoquée⁹. Dans cet arrêt, la Cour va jusqu'à préciser, en termes exprès, que le requérant conserve un intérêt à obtenir un arrêt d'annulation en vue d'établir la faute dans le cadre de la demande en réparation qu'il viendrait à introduire devant les juridictions judiciaires¹⁰.

Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a, elle aussi, dénoncé la sévérité avec laquelle le Conseil d'État pouvait évaluer le caractère actuel de l'intérêt du requérant. Elle a jugé que la jurisprudence de la haute juridiction administrative belge relative à l'intérêt actuel portait atteinte au droit d'accès à un tribunal dans sa substance, et n'était pas proportionnée au principe de bonne administration de la justice. Cette condamnation découle notamment du fait que le Conseil d'État n'avait, dans l'affaire en cause, pas pris en compte l'influence de la durée de la procédure – pour laquelle le requérant ne pouvait rien – sur la perte d'intérêt à agir¹¹.

7. Les difficultés liées à l'articulation entre la demande d'indemnité réparatrice et l'intérêt actuel au recours en annulation n'avaient échappé ni à la section de législation du Conseil d'État dans le cadre de l'avis rendu à propos du texte ayant conduit à l'adoption de la loi instituant l'indemnité réparatrice, ni aux auteurs de ce texte.

La section de législation du Conseil d'État avait relevé que le législateur présentait l'indemnité réparatrice comme un accessoire du recours en annulation¹². Il en avait, dès lors, été inféré que la demande d'indemnité réparatrice devait suivre le sort du recours en annulation¹³ et, donc, que si le recours en annulation était jugé irrece-

⁹ C.C., arrêt n° 117/99 du 10 novembre 1999, B.6. Par la suite, la Cour a rappelé, en s'appuyant sur des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, que « Le Conseil d'État doit toutefois veiller à ce que la condition de l'intérêt ne soit pas appliquée de manière restrictive ou formaliste » (C.C., arrêt n° 109/2010 du 30 septembre 2010, B.4.3.).

¹⁰ B.7. À la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, observe M. LEROY, « le Conseil d'État ne rejette plus automatiquement les requêtes des agents pensionnés en cours d'instance qui attaquent une promotion dont ils ont été évincés ; il examine à chaque fois si l'annulation éventuelle pourrait leur apporter une satisfaction tangible... et conclut par la négative » (*Contentieux administratif, op. cit.*, p. 475, et les références citées). Ce constat gagne, toutefois, semble-t-il, dans une certaine mesure, à être nuancé. Le juge administratif a, en effet, déjà pu admettre que la mise à la pension du requérant « ne lui fait pas perdre son intérêt au (...) recours puisque l'annulation de l'acte attaqué, lequel porte sur sa position administrative, est de nature à lui permettre d'obtenir une reconstitution de sa carrière sur le plan pécuniaire » (C.E., arrêt *Brouckaert*, n° 229.407 du 2 décembre 2014). De même, le Conseil d'État a considéré que « le requérant conserve toutefois, après sa mise à la retraite, un intérêt à tout le moins moral, à obtenir l'annulation d'une sanction disciplinaire qui l'a frappé et qui a eu un début d'exécution » (C.E., arrêt *Leloutre*, n° 230.693 du 31 mars 2015 ; voy. également M. PÂQUES, *Principes du contentieux administratif, op. cit.*, pp. 336-337).

¹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Vermeulen c. Belgique* du 17 juillet 2018, J.T., 2018, p. 775, note D. LAGASSE ; *Juristenkrant*, 2018, liv. 373, p. 11, refl. A.-S. VANDAELE ; A.-S. VANDAELE, « Het actuele belang bij de Raad van State. De Algemene Vergadering mildert, het EHRM schiet met scherp... », R.W., 2018-2019, pp. 762-777.

¹² Dans son avis, la section de législation avait relevé que : « Tel que le texte est rédigé, il ne permet pas d'allouer une indemnité à un requérant qui, en cours de procédure, perd son intérêt à agir en annulation, comme un agent irrégulièrement écarté d'une promotion qui est admis à la retraite en cours de procédure : son recours est rejeté pour défaut d'intérêt sans que l'arrêt établisse l'éventuelle illégalité de l'acte attaqué. L'intention de permettre au Conseil d'État d'allouer une indemnité dans ce cas, affirmée dans les développements de la proposition, n'est pas adéquatement exprimée dans le texte de loi proposé » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 7). Voy. également la proposition de loi relative à la sixième réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, Développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6, et le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 avril 2014 « relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 », M.B. du 16 juin 2014, p. 45.130.

¹³ Voy. l'arrêt *Stevens* du 26 mai 2015, qui énonce ce qui suit : « Het verzoek tot schadevergoeding tot herstel, dat een accessorium vormt van het annulatieberoep, komt blijkens deze teksten maar aan de orde indien in het arrest dat uitspraak doet over de gevorderde nietigverklaring een onwettigheid werd vastgesteld. Dat het verzoek ook reeds mag worden ingediend samen met het annulatieberoep of in de loop van de procedure doet aan die

vable pour défaut d'intérêt actuel, la demande d'indemnité réparatrice devait l'être également¹⁴. Selon la section de législation, il devait en aller puisqu'il n'y avait point, dans cette hypothèse, d'arrêt qui constatait une illégalité, en sorte que la condition de base en vue de l'obtention d'une indemnité réparatrice faisait défaut¹⁵.

Les auteurs du texte – qui avaient eux aussi anticipé la question – étaient, pour leur part, d'un point de vue différent. Dans l'exposé des motifs, l'on peut ainsi lire que si une partie perd son intérêt au recours en annulation en cours d'instance, « cela ne signifie pas qu'elle n'a pas subi un préjudice du fait de l'illégalité de cet acte et qu'elle ne conserve pas un intérêt légitime à poursuivre son action »¹⁶. Par ailleurs, on peut lire qu'en réponse à l'observation soulevée par la section de législation du Conseil d'État dans son avis, le secrétaire d'État chargé des réformes institutionnelles a précisé qu'en vertu du nouvel article 11bis L.C.C.E., le Conseil d'État était :

« (...) effectivement en mesure d'apprécier la légalité d'un acte administratif contesté, même si une évolution s'est produite dans la situation personnelle concrète du requérant. Les termes "lésion" et "intérêt" peuvent être interprétés de telle sorte que, compte tenu du dommage subi pouvant donner lieu à une indemnité réparatrice en application de l'article 11bis, le Conseil pourra aussi apprécier effectivement la légalité de l'acte attaqué, même si l'annulation de cet acte ne procure aucun avantage direct au requérant »¹⁷.

À la faveur des deux arrêts commentés, rendus le 21 juin 2018, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État fait droit à la volonté exprimée, à deux reprises, par les auteurs du texte, dans le cadre des travaux préparatoires.

II. La solution retenue par les arrêts du 21 juin 2018

8. L'enseignement principal formulé dans les deux arrêts commentés est identique. L'assemblée générale juge, « au vu [des] cas d'espèce qui lui [ont] été soumis », que :

« la circonstance que la partie requérante a perdu, en cours d'instance, son intérêt à l'annulation n'empêche pas le Conseil d'État, lorsqu'une illégalité est constatée, d'examiner la demande d'indemnité réparatrice, pour autant que les conditions de recevabilité du recours en annulation soient rencontrées au jour de son introduction ».

Aussi simple qu'elle puisse paraître, l'affirmation ainsi formulée ne manque pas de susciter différentes observations¹⁸.

vaststelling geen afbreuk. Tot een vaststelling van onwettigheid is de Raad in dit arrest, dat de procedure tot nietigverklaring afsluit, niet gekomen. Het verzoek tot schadevergoeding dient te worden afgewezen » (C.E., arrêt *Stevens*, n° 231.330 du 26 mai 2015) ; ou l'arrêt *Zeeuws*, du 26 mai 2015, qui énonce ce qui suit : « Ten slotte kan verzoekers beweerde intentie om een verzoek tot schadevergoeding tot herstel in te dienen evenmin zijn belang bij een vernietiging van de bestreden beslissingen vrijwaren. Een dergelijk verzoek is immers geen autonome vordering maar vormt een accessorium van het annulatieberoep. Het komt hoe dan ook niet aan bod als het beroep tot nietigverklaring om redenen die er eigen aan zijn verworpen wordt, zonder dat de Raad van State zich heeft uitgesproken over de onwettigheid van de bestreden akte » (C.E., arrêt *Zeeuws*, n° 231.332 du 26 mai 2015). Voy. également C.E., arrêt *Acrostichon Ventures*, n° 233.381 du 5 janvier 2016. Dans cette espèce, le requérant contestait la décision de ne pas le sélectionner pour un marché public, et s'est abstenu de contester la décision d'attribution de ce marché. Le Conseil d'État a jugé que la demande d'indemnité de procédure ne pouvait faire renaître l'intérêt au recours. Dans le même sens, voy. C.E., arrêt *N.V. Sagevas e.a.*, n° 234.103 du 10 mars 2016 ; C.E., arrêt *bvba Nicodent e.a.*, n° 240.957 du 8 mars 2018.

¹⁴ Voy. l'article 25/3, paragraphe 3, du Règlement général de procédure prévoit, en ce sens, que « Si aucune illégalité n'est constatée, l'arrêt qui clôt la procédure en annulation rejette aussi la demande d'indemnité réparatrice ».

¹⁵ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 7.

¹⁶ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 8.

¹⁷ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2232/5, p. 359.

¹⁸ Pour d'autres commentaires de ces arrêts, voy. E. LONCKE et A. WIRTGEN, « Schadevergoeding tot herstel : een ommekeer in de rechtspraak van de Raad van State », *R.A.G.B.*, 2018, pp. 1136-1344 ; F. EGGERMONT, « De

A. Le maintien de l'intérêt à la demande d'indemnité réparatrice... et non au recours en annulation

9. Il faut, d'emblée, observer que la solution retenue par l'assemblée générale du Conseil d'État – qui n'allait pas nécessairement de soi – est relative au contentieux de l'indemnité réparatrice, non au contentieux de l'annulation. Le requérant conserve un intérêt à voir sa demande d'indemnité réparatrice examinée par le Conseil d'État, mais la demande d'indemnité réparatrice ne fait pas renaître l'intérêt à obtenir l'annulation de l'acte.

Au moins en théorie, une solution combinatoire était pourtant concevable.

Tout comme d'autres commentateurs, nous avons, en effet, posé la question de savoir si l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice ne pouvait précisément pas permettre au requérant – et/ou à l'intervenant – de conserver son intérêt au recours en annulation alors que cette partie l'eût perdu si la demande en indemnité n'avait pas été formulée¹⁹.

Une telle solution présentait l'avantage de respecter une autre partie de la volonté du législateur, à savoir que l'indemnité réparatrice est un contentieux accessoire à celui de l'annulation.

Cette solution, qui avait le don de la lisibilité – et d'une certaine simplicité –, n'est, semble-t-il, pas celle qui est retenue dans les arrêts commentés.

L'on restera prudent pour l'heure. Car, dans les cas d'espèce qui lui ont été soumis, la perte d'intérêt de la partie requérante avait, au préalable, été constatée par la chambre saisie du recours en annulation, et ce avant même que les affaires ne soient renvoyées à l'assemblée générale²⁰. En conséquence, la voie que l'on jugeait être la plus respectueuse de la volonté du législateur prise dans son ensemble n'était plus, comme telle, praticable *in casu*.

La prudence est d'autant plus de mise que les conditions dans lesquelles le Conseil d'État admet encore que le requérant dispose d'un intérêt à la demande en indemnité réparatrice dépendent précisément de l'examen au fond du recours en annulation.

B. Le maintien de l'intérêt à l'indemnité réparatrice, sous certaines conditions

10. L'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État n'a, précisément, pas manqué d'assortir à l'enseignement qu'elle prodigue, un certain nombre de balises. La demande en indemnité réparatrice ne sera examinée, malgré la perte d'intérêt au recours en annulation, que :

- si cette demande a été introduite préalablement ;
- si le recours en annulation était en tout point recevable au jour de son introduction ;
- et si l'examen du fond du litige amène le Conseil d'État à constater l'illégalité de l'acte entrepris.

gevolgen van het verlies van het actuele belang gedurende het annulatieberoep bij de Raad van State voor de vordering tot schadevergoeding tot herstel », *T.B.P.*, 2018, pp. 523-532 ; D. LAGASSE, « L'excès de formalisme du Conseil d'État à nouveau sanctionné à Strasbourg », *op. cit.*, p. 780 ; A.-S. VANDAELE, « Tumultueuze zomer voor procesbelang bij de Raad van State », *Juristenkrant*, 2018, liv. 373, p. 11.

¹⁹ D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, pp. 384-385 ; M. PÂQUES, *Principes du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 498 ; également A.-S. VANDAELE, « Schadevergoeding tot herstel voor de Raad van State en de interpretatie van het actueel belang », *op. cit.*, pp. 803-814.

²⁰ Voy. C.E., arrêt *Lenglez*, n° 240.681 du 8 février 2018 ; C.E., arrêts *Commune de Saint-Gilles*, n° 238.273 du 15 octobre 2015 et n° 240.682 du 8 février 2018.

11. Si l'on revient sur ces conditions l'une après l'autre, il faut, d'abord, que la demande en indemnité réparatrice ait été introduite avant que ne soit prononcé l'arrêt qui constaterait la perte d'intérêt du requérant en annulation et qui rejetterait, en conséquence, le recours en annulation.

La solution, bien qu'implicite, est certaine. Si elle n'est pas introduite au préalable, et donc, à notre estime, — pour pouvoir utilement être prise en considération — avant la clôture des débats, le juge administratif devra rejeter la demande d'indemnité réparatrice, au motif qu'elle aurait été introduite à la suite d'un arrêt portant rejet du recours, et non d'un arrêt ayant constaté l'illégalité de l'acte.

En outre, la demande d'indemnité doit avoir été effectivement introduite. La simple possibilité d'introduire une demande d'indemnité réparatrice ne paraît pas suffire à maintenir l'intérêt à l'examen d'une telle demande, comme semble en attester la jurisprudence intervenue à la suite des arrêts commentés²¹.

12. Par ailleurs, pour pouvoir traiter la demande d'indemnité réparatrice, le juge administratif doit, au préalable, vérifier que « les conditions de recevabilité du recours en annulation [sont] rencontrées au jour de son introduction ». Il s'agit non seulement de la condition relative à l'intérêt du requérant — et singulièrement au caractère actuel de l'intérêt —, mais aussi de toutes les autres conditions de recevabilité du recours.

Dans le cadre de l'examen de la recevabilité du recours en annulation, le juge administratif doit — précise l'assemblée générale — se placer au jour de l'introduction de la requête. Il faut, mais il suffit, qu'à cette date le recours soit recevable, peu importe les circonstances postérieures qui influent sur la persistance ou non de l'intérêt à agir du requérant et/ou de la partie intervenante.

13. S'il est satisfait aux conditions de recevabilité du recours en annulation au jour de l'introduction de celui-ci, le juge administratif est, ensuite, amené à se pencher sur la légalité de l'acte objet du recours en annulation.

Cette exigence suppose de vérifier, au regard du ou des moyens développés à l'appui de la requête en annulation, si l'acte attaqué est entaché d'illégalité.

L'octroi d'une indemnité réparatrice est, en effet, subordonné au constat préalable d'une illégalité entachant l'acte, objet du recours. C'est ce que rappellent, du reste, les deux arrêts d'assemblée générale, en relevant que ce n'est que « lorsqu'une illégalité est constatée » que le juge administratif peut « (...) examiner la demande d'indemnité réparatrice ».

14. À ce sujet, c'est bien la requête en annulation qui balise le débat sur la question de l'illégalité de l'acte. Le Conseil d'État est invité à examiner les illégalités dénoncées dans les moyens de la requête.

La partie requérante ne retrouve, dès lors, pas une nouvelle chance de critiquer la légalité de l'acte attaqué, au-delà des critiques élevées à l'appui de sa requête en annulation. Elle ne peut donc pas, en vue d'obtenir une indemnité réparatrice, soulever de nouveaux griefs d'illégalité par rapport à ceux formulés dans la requête, sous la double réserve classique, nous paraît-il : celle du moyen nouveau développé après avoir consulté le dossier administratif déposé par la partie adverse et celle d'un moyen d'ordre public — pour autant qu'en le soulevant la partie requérante ne porte pas « une atteinte avérée à la loyauté procédurale »²².

²¹ C.E., arrêt *B.V.B.A. Belgaze*, n° 242.264 du 28 septembre 2018. Voy. également C.E., arrêt *Mair*, n° 242.525 du 4 octobre 2018. La condition de l'introduction préalable de la demande d'indemnité réparatrice est, désormais, posée explicitement par le Conseil d'État (voy. C.E. (ass. gén.), arrêt *Moors*, n° 244.015 du 22 mars 2019).

²² C.E., arrêt *s.a. European Air Transport*, n° 238.588 du 20 juin 2017.

15. Le Conseil d'État va donc être amené à examiner, à l'instar de l'examen qu'il mène au contentieux de l'annulation, tant la recevabilité que le fondement du ou des moyens invoqués à l'appui de la requête²³.

S'il tient un ou plusieurs moyens pour fondés, il sera amené à constater l'illégalité de l'acte attaqué. Il prononcera alors une déclaration d'illégalité de cet acte – qui s'apparente à une déclaration de culpabilité en droit pénal –.

C. La portée de l'arrêt opérant le constat d'illégalité

16. Le constat d'illégalité ainsi opéré – d'un genre un peu particulier, puisqu'il n'est pas, à proprement parler, opéré dans le cadre de l'examen du fondement d'un recours en annulation – n'est pas sans poser question.

17. De manière liminaire, il importe de constater que, dans la présente hypothèse, le Conseil d'État n'annule pas l'acte administratif unilatéral dont il constate l'illégalité. Il ne rend pas un arrêt prononçant l'annulation. Il rend un arrêt statuant sur une demande d'indemnité réparatrice.

Il en résulte que l'acte reconnu illégal, car affecté d'un vice dénoncé à l'appui de la requête en annulation ou d'ordre public, demeure intact dans l'ordonnancement juridique. La situation est similaire à un constat d'illégalité opéré par le juge, administratif ou judiciaire, sur la base de l'article 159 de la Constitution. L'acte existe, mais est entaché d'une illégalité, qui a été constatée par le seul juge administratif dans ce cas-ci.

18. C'est la formulation de l'article 11bis L.C.C.E., elle-même, qui ouvre une brèche au juge administratif pour rendre des arrêts d'un nouveau genre, ce que confirme explicitement un arrêt d'assemblée générale tout récent²⁴.

Cette disposition ne requiert, en effet, pas – comme on l'a relevé – un arrêt d'annulation, mais uniquement un « arrêt ayant constaté une illégalité ». Il reste que cette formulation avait originairement été retenue pour prendre en considération le mécanisme de la boucle administrative, annulé depuis lors par la Cour constitutionnelle.

Certes, l'arrêt ayant constaté une illégalité sur la base de l'article 159 de la Constitution peut également donner lieu à une indemnité réparatrice²⁵. Il n'en demeure pas moins que, dans ce cas, la procédure se clôturera par un arrêt d'annulation, en l'occurrence, l'annulation de l'acte pris sur la base de, ou en lien avec, l'acte frappé du constat d'illégalité opéré sur la base de l'article 159 précité.

19. L'arrêt constatant une illégalité est le fait générateur du dommage. L'octroi d'une indemnité réparatrice n'est, suite à cet arrêt, pas automatique. Il peut ainsi advenir que le Conseil d'État constate l'illégalité de l'acte objet du recours et que, dans la foulée, il n'accorde pas d'indemnité réparatrice, soit parce que la demande d'indemnité réparatrice n'est pas recevable, soit parce que cette demande n'est pas fondée – à défaut de lien causal entre l'illégalité et le dommage vanté ou à défaut de démonstration d'un dommage réparable –.

Dans l'hypothèse où la demande d'indemnité réparatrice est déclarée irrecevable, la porte du juge judiciaire ne serait, à notre estime, pas nécessairement fermée. Si, en application de l'adage *electa una via non datur ad alteram* – consacré par les aliénas

²³ Sur la question de l'incidence de la solution retenue par les deux arrêts d'assemblée générale du Conseil d'État sur l'exigence de l'intérêt au moyen, voy. notamment F. EGGERMONT, « De gevolgen van het verlies van het actuele belang gedurende het annulatieberoep bij de Raad van State voor de vordering tot schadevergoeding tot herstel », *op. cit.*, pp. 530-532.

²⁴ Dans cet arrêt, le Conseil d'État juge qu'une partie requérante, qui a perdu son intérêt actuel au recours en annulation en cours de procédure et dont « la perte (...) ne peut lui être imputée », conserve, à la faveur de la demande d'indemnité réparatrice qu'elle a introduite, un intérêt à « entendre déclarer illégale la décision attaquée », afin qu'il soit statué sur ladite demande (voy. C.E. (ass. gén.), arrêt *Moors*, n° 244.015 du 22 mars 2019).

²⁵ À ce sujet, voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, p. 364.

4 et 5 de l'article 11bis L.C.C.E. –, la partie qui a introduit une demande d'indemnité réparatrice ne peut, en principe, plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir la réparation du même préjudice que celui allégué devant le Conseil d'État²⁶, une application souple de cette règle semble prévaloir. Le Conseil d'État a, en effet, déjà laissé entendre que la règle *electa una via* ne devait pas être appliquée avec trop de rigueur²⁷.

20. Une autre incertitude tient à l'autorité dont est revêtu l'arrêt qui examine la légalité de l'acte, sans en prononcer l'annulation. La portée de l'arrêt sera différente selon qu'il constate une illégalité et alloue une indemnité réparatrice à la suite de ce constat, ou qu'il rejette la demande d'indemnité.

L'on a pu écrire que l'arrêt qui accorde une indemnité réparatrice était revêtu de l'autorité absolue de chose jugée²⁸.

À l'instar de ce qui vaut pour l'arrêt d'annulation, l'autorité absolue de chose jugée doit, à notre estime, s'attacher non seulement au dispositif de l'arrêt allouant l'indemnité réparatrice, mais aussi aux motifs qui y sont indissociablement liés, autrement dit à ceux qui en constituent le soutien ou le fondement nécessaire²⁹.

Il devrait logiquement en aller de même pour un arrêt qui constate une illégalité, malgré la perte de l'intérêt à agir en annulation du requérant, et qui lui alloue une indemnité réparatrice³⁰. L'autorité absolue de chose jugée porterait également sur la déclaration d'illégalité de l'acte administratif, puisqu'il s'agit d'un motif qui est indissociablement lié au dispositif, et plus encore qui en constitue l'indispensable préalable.

Si l'arrêt qui alloue une indemnité réparatrice est revêtu de l'autorité absolue de chose jugée, cela signifie qu'il s'impose également au juge judiciaire, et qu'il ne saurait pas être remis en cause, de quelque manière que ce soit, devant lui ou par la décision qu'il rendrait. Le juge judiciaire ne pourrait pas non plus, dans ce cadre, remettre en cause le constat d'illégalité posé préalablement à l'octroi de cette indemnité.

L'autorité de la chose jugée d'un arrêt portant, cette fois, rejet d'une demande d'indemnité réparatrice dépend, à notre estime, du motif qui conduit à ce rejet³¹.

Dès lors, en effet, que la demande est déclarée recevable, mais jugée non fondée, elle empêche le juge judiciaire de pouvoir en connaître, au nom du principe *electa una via*. Aussi, l'on est enclin à considérer qu'un tel arrêt est revêtu de l'autorité

²⁶ À ce sujet, voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, pp. 382-385 et les références citées.

²⁷ Le Conseil d'État a, par exemple, jugé que la porte du juge judiciaire devait rester ouverte lorsqu'une demande d'indemnité réparatrice a été introduite, mais est rejetée à défaut de constat d'illégalité. Voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, p. 383 ; également L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 472.). Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 2017, l'Avocat général Thierry WERQUIN semble partager cette approche. Il précise, en effet, que, « Si une demande d'indemnité réparatrice devait être déclarée irrecevable par le Conseil d'État, notamment à la suite d'un arrêt rendu au contentieux de l'annulation, constatant la perte d'objet du recours ou d'intérêt, cela ne devrait pas avoir pour effet d'empêcher l'introduction d'une action en réparation devant le juge judiciaire. La règle *electa una via* ne trouve à s'appliquer que pour autant que le Conseil d'État constate une illégalité ».

²⁸ D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, p. 388.

²⁹ À ce sujet, pour les arrêts d'annulation, voy. notamment C.E., arrêt *Thunus*, n° 98.711 du 6 septembre 2001 ; C.E., arrêt *Louardani*, n° 182.090 du 15 avril 2008. Voy. également D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 331-332.

³⁰ Dans le même sens, voy. E. LONCKE et A. WIRTGEN, « Schadevergoeding tot herstel : een ommekeer in de rechtspraak van de Raad van State », *op. cit.*, p. 1143.

³¹ D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, p. 388. Voy. également D. RENDERS, « Conflits d'attributions au sens de l'article 158 de la Constitution : quand et dans quelle mesure le pouvoir de contrôle du juge judiciaire sur l'action du juge administratif a-t-il été altéré ? », note sous Cass., 25 avril 2013, *R.C.J.B.*, 2015, p. 127, note 72.

absolue de chose jugée. Ici également, le juge judiciaire ne pourrait pas remettre en cause le constat préalable d'illégalité qu'aurait posé le juge administratif.

En revanche, nous avons écrit qu'il n'en irait pas de même d'un arrêt qui se bornerait à déclarer irrecevable la demande d'indemnité réparatrice. Dans ce cas, nous semble-t-il, la logique du système institué devrait conduire le demandeur à pouvoir encore introduire une action en responsabilité civile devant le juge judiciaire, pour autant que le délai de prescription de l'action en cause ne soit pas échu³². Il reste que, le constat d'illégalité devant être le préalable à l'examen de la demande d'indemnité réparatrice, le juge judiciaire devrait être, sur ce point, tenu par l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du Conseil d'État, ... qui laissera place au débat relatif à l'unicité de l'illégalité et de la faute³³.

D. L'incidence possible sur le lien causal et le dommage

21. L'enseignement des arrêts commentés n'est pas non plus sans incidence sur le lien causal et le dommage, conditions qui, avec l'arrêt constatant une illégalité, doivent être réunies pour l'obtention d'une indemnité réparatrice.

À cet égard, l'on sait qu'en principe – et à tout le moins selon nous –, le lien de causalité doit s'apprécier au regard de la théorie de l'équivalence des conditions. L'on sait également que la démonstration du dommage vanté incombe au demandeur en indemnité.

L'on ne peut toutefois manquer de s'interroger sur l'incidence des circonstances justifiant le constat de la perte de l'intérêt à agir en annulation sur l'appréciation tant du lien de causalité requis que du dommage au contentieux de l'indemnité réparatrice.

Si, pour ne prendre qu'un simple exemple, le requérant perd son intérêt au cours d'une procédure dirigée contre un permis, parce qu'il a déménagé ou a vendu l'immeuble jouxtant la propriété litigieuse, cette circonstance est susceptible d'influer sur le dommage qu'il prétend subir des suites de l'illégalité du permis attaqué.

La difficulté tient au fait que, dans la solution actuellement retenue par l'assemblée générale, seul l'intérêt au constat d'illégalité survit, et non l'intérêt à l'annulation de l'acte. Au-delà d'être davantage conforme à l'intention du législateur, la survivance de l'intérêt à obtenir l'annulation – par l'introduction d'une indemnité réparatrice – amènerait, à notre estime, une plus grande cohérence, notamment à l'heure d'apprécier le lien causal et le dommage.

22. Par ailleurs, s'agissant de l'étendue du dommage, l'on sait que le dommage susceptible d'être réparé par une indemnité réparatrice est limité au dommage résiduel, c'est-à-dire au dommage non encore autrement réparé au moment de statuer sur la demande d'indemnité réparatrice³⁴. Telle que conçue, l'indemnité réparatrice doit faire suite à un arrêt constatant l'illégalité de l'acte objet du recours en annulation, qui peut contribuer, en tout ou en partie, à la réparation du dommage. Or, en l'espèce, il n'y a pas d'annulation prononcée. Si le constat d'illégalité peut offrir une forme de réparation – l'on songe au dommage moral –, la réparation sera vraisemblablement moins étendue que celle qu'offre un arrêt d'annulation.

³² D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « Cour de cassation, indemnité réparatrice et partage des eaux », *op. cit.*, p. 13.

³³ Pour un point sur les derniers développements relatifs à l'affirmation selon laquelle « toute illégalité est une faute », voy. D. RENDERS, *Droit administratif général*, 3^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 623-624. Voy. également D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer, vue d'ensemble », in D. Renders (sous la coordination de), *La responsabilité des pouvoirs publics* – actes des XXII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 31-92.

³⁴ En ce sens, voy. notamment L. DONNAY et M. PÂQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », *op. cit.*, pp. 150 et s. ; P. VAN OMMESELAGHE, « Le droit des obligations s'invite au Conseil d'État – Quelques réflexions », in *Liber amicorum Jacques Steenbergen*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 180. Le Conseil d'État souligne, en ce sens, que « L'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11bis (L.C.C.E.) ne trouve ainsi à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement *ab initio* de l'ordre juridique, engendré un préjudice que l'annulation ne peut réparer » (C.E., arrêt s.a. X-DIM, n° 242.594 du 10 octobre 2018).

Plus encore, dans l'appréciation du dommage, il est admis que, le cas échéant, puisse être prise en considération la réfection – effective, s'entend – de l'acte annulé³⁵. Suite à un arrêt constatant une illégalité, l'opération paraît délicate – pour ne pas écrire impossible – à défaut d'annulation de l'acte objet du recours, sauf pour l'autorité à retirer l'acte d'initiative et à procéder, dans la foulée, à la réfection de celui-ci.

E. Les conséquences à tirer par la partie adverse

23. L'on s'interroge encore sur l'incidence de l'arrêt constatant l'illégalité de l'acte objet du recours à l'égard de la partie adverse – qui avait adopté l'acte –.

24. L'on sait que le retrait d'un acte destiné à assurer l'exécution d'une annulation contentieuse est fréquemment retenu parmi les exceptions aux délais impartis à l'autorité pour retirer un acte illégal créateur d'effets avantageux³⁶ – bien que cette exception soit, également parfois, contestée³⁷.

Or, en l'espèce, aucune annulation n'est prononcée.

La question se pose, dès lors, de savoir si la partie adverse – ou, selon le cas, l'autorité compétente pour ce faire – peut – voire même, aurait l'obligation – de retirer l'acte dont le Conseil d'État aurait constaté l'illégalité.

La réponse à réserver à cette question peut s'avérer délicate au regard de la jurisprudence *Tommelein*³⁸. Suivant cette jurisprudence, l'autorité pourrait se fonder sur une illégalité pour opérer, dans les conditions du retrait, une opération d'abrogation dont les effets sont, donc, limités au futur.

Il reste que, saisie d'une demande de retrait d'un tel acte par un tiers intéressé – en l'espèce, la partie requérante ou la partie intervenant à ses côtés –, l'autorité qui refuserait d'y donner suite ou, à tout le moins, d'abroger l'acte tenu pour illégal, engagerait, nous semble-t-il, sa responsabilité civile extracontractuelle.

25. Est-il, pour le surplus, envisageable que la partie requérante puisse solliciter du Conseil d'État qu'il fasse injonction à la partie adverse de retirer l'acte dont il a constaté l'illégalité ?

La réponse est douteuse. Ce n'est, en effet, que si l'arrêt prononcé, au contentieux de l'annulation, implique une obligation d'abstention dans le chef de la partie adverse et que cette dernière méconnaît cette obligation en adoptant un acte, qui serait, par hypothèse, nécessairement illégal – puisqu'il serait pris en méconnaissance de l'autorité de chose jugée de l'arrêt du Conseil d'État – que ce dernier pourrait lui enjoindre de retirer ce – second – acte, et lui seul, à l'exclusion donc de l'acte initial dont l'illégalité a été constatée³⁹.

³⁵ À ce sujet, voy. not. D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, p. 367 et les références citées.

³⁶ Voy. notamment C.E., arrêt *S.A. Mobistar*, n° 123.480 du 25 septembre 2003 ; également R. BORN, D. DE VALKENEEER et A. PERCY, « Le retrait de l'acte administratif irrégulier créateur d'effets avantageux ou le périple sinieux entre équilibre, précarité et complexité », in D. Renders (sous la direction de), *La théorie du retrait d'acte administratif*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 162-230.

³⁷ À ce sujet, voy. notamment B. GORS, K. POLET et L. VANSNICK, « Les catégories résiduelles. Le retrait des actes non créateurs de droit et des actes légaux créateurs de droit », in D. Renders (sous la direction de), *La théorie du retrait d'acte administratif*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 231-332.

³⁸ C.E., arrêt *Tommelein*, n° 23.281 du 24 mai 1983 ; également C.E., arrêt *Luyckx*, n° 175.648 du 11 octobre 2007 ; C.E., arrêt *Bruggeman*, n° 188.581 du 8 décembre 2008. À ce sujet, voy. également la contribution de M. PÂQUES, « Le retrait : notion, fondement et champ d'application, distinction avec d'autres révisions de l'acte administratif par son auteur », in D. Renders (sous la direction de), *La théorie du retrait d'acte administratif*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 3-64.

³⁹ Article 36, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, L.C.C.E. À ce sujet, voy. notamment D. RENDERS, B. GORS, A. TRYBULOWSKI et L. VANSNICK, « Variations sur la réforme du Conseil d'État : du mandat *ad litem* aux dépens, en passant par quelques accessoires autour du pouvoir d'annuler », in A.-L. Durviaux et M. Pâques (sous la direction de), *Droit administratif et contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 168 et s.

F. Le contrôle possible de la Cour de cassation

26. L'on sait qu'à la faveur de son arrêt du 15 septembre 2017, la Cour de cassation s'est estimée compétente, au titre de juge des conflits d'attributions, pour connaître du pourvoi formé contre un arrêt rendu par le Conseil d'État au contentieux de l'indemnité réparatrice.

Si la Cour de cassation s'était, dans cet arrêt, déclarée compétente au titre de juge des conflits d'attributions, c'est parce que la question litigieuse portait sur la notion d'arrêt constatant une illégalité, fait générateur d'une possible indemnité au sens de l'article 11bis L.C.C.E.

Les arrêts d'assemblée générale commentés touchent, ici aussi, au fait générateur, en ce qu'un arrêt constatant une illégalité d'un genre nouveau apparaît. Dans ces conditions, l'on ne peut exclure que la Cour de cassation soit amenée à trancher la question de savoir si le Conseil d'État peut régulièrement examiner une demande d'indemnité réparatrice, malgré la perte de l'intérêt en annulation de la partie requérante en cours d'instance, et pour autant que les conditions de recevabilité de ce recours étaient réunies dans son chef au jour de l'introduction du recours et qu'il ait constaté une illégalité.

*

27. Les contours du contentieux de l'indemnité réparatrice se dessinent à la faveur de la jurisprudence du Conseil d'État. De toute évidence, les deux arrêts commentés participent à cette œuvre. Ils tracent, en effet, un sillage clair en faveur de la possibilité pour le requérant, dont l'intérêt au recours en annulation disparaît en cours d'instance, à voir, quand même, la demande d'indemnité réparatrice qu'il a introduite, être examinée par le Conseil d'État.

L'on se demande toutefois si, compte tenu de tous les écueils auxquels l'enseignement commenté se heurte, le Conseil d'État ne gagnerait pas à reconnaître, purement et simplement, le maintien de l'intérêt au recours en annulation au-delà du maintien de l'intérêt lié à la demande d'indemnité réparatrice. Cette solution présenterait le double avantage de replacer le contentieux de l'indemnité réparatrice dans le sillage du contentieux de l'annulation et d'éviter d'ouvrir une brèche sur l'interprétation à réserver à la notion d'arrêt constatant une illégalité. Une telle solution aurait également la vertu d'une meilleure lisibilité et donc praticabilité, puisque l'arrêt d'annulation fait disparaître l'acte irrégulier de l'ordonnancement. Il en va de même pour le dommage et le lien causal, dont l'appréciation est souvent liée au sort de l'acte entrepris.

C'est, du reste, ce que laissent entendre des arrêts récents⁴⁰, mais pas d'autres, plus récents encore⁴¹.

⁴⁰ Dans un récent arrêt, la neuvième chambre du Conseil d'État s'interroge sur une possible réévaluation de la notion d'intérêt actuel au recours, compte tenu de l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice, d'une part, et de l'arrêt *Vermeulen* de la Cour européenne des droits de l'homme, de l'autre. L'affaire a été renvoyée au premier président du Conseil d'État, pour assurer l'unité de la jurisprudence (C.E., arrêt *Van Dooren*, n° 242.566 du 9 octobre 2018). L'assemblée générale du Conseil d'État a répondu à cette interrogation à la faveur d'un arrêt rendu le 15 janvier 2019. Elle relève que la perte d'intérêt n'est pas imputable au requérant, mais résulte de la décision qui fait l'objet du recours en annulation. Dans ces circonstances, dénier tout intérêt au recours porte une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un juge, tel que garanti par l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la C.E.D.H. (C.E. (ass. gén.), arrêt *Van Dooren*, n° 243.406 du 15 janvier 2019). Dans le même sens, voy. C.E., arrêt *Moors*, n° 241.905 du 26 juin 2018. Dans le même sens, voy. C.E., arrêt *Moors*, n° 241.905 du 26 juin 2018.

⁴¹ L'on relève que, dans un arrêt du 16 novembre 2018, la huitième chambre du Conseil d'État ne s'engage pas dans la voie que nous préconisons. Dans cet arrêt, la chambre va tout à la fois constater la perte d'intérêt au recours en annulation et décider, en citant et en appliquant l'enseignement des arrêts d'assemblée générale commentés, que « Les conditions de recevabilité du recours étant, en l'espèce, bien rencontrées au jour de son introduction, il y a lieu de poursuivre l'examen de la requête en vue de constater l'éventuelle illégalité des actes attaqués » (C.E., arrêt *Vatelli*, n° 242.955 du 16 novembre 2018). Elle ne remet, donc, pas en question la jurisprudence relative à l'intérêt actuel au recours. De même, dans l'arrêt rendu en assemblée générale le 22 mars 2019 – déjà évoqué –, le Conseil d'État juge que l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice n'empêchera pas le rejet de

Il reste à voir si cette vague en faveur de l'indemnité réparatrice ne viendra pas se heurter au brise-lame de la Cour de cassation...

Aurore PERCY
Assistante à l'U.C.L.
Juriste à la Province du
Brabant wallon

Benoît GORS
Maître de conférences
invité à l'U.C.L.
Avocat au barreau de
Bruxelles

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

Conseil d'État (assemblée générale)

15 janvier 2019

Conseil d'État - Intérêt – Durée de la procédure – Perte d'intérêt en cours de procédure.

Lorsque la perte par le requérant de son intérêt à agir au cours de la procédure ne découle pas d'un acte qu'il aurait accompli ou négligé d'accomplir ou qui lui serait personnellement imputable, lui dénier tout intérêt au recours introduit porterait atteinte de façon disproportionnée à son droit d'accès au juge tel qu'il est garanti par l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme.

(K.V. / Ville de Turnhout)

N° 243.406

I. Objet du recours

1. Le recours, introduit le 31 mai 2016, poursuit l'annulation de la décision du conseil communal de la ville de Turnhout prise le 11 avril 2016 et concernant la restructuration de l'école fondamentale de la ville par la fermeture de l'implantation « *De Paddenstoel* ».

(...)

III Faits

3.1. L'école fondamentale de la ville de Turnhout, dont la partie adverse est le pouvoir organisateur, se compose, à la veille de la décision attaquée, de trois implantations : « *Parkwijk* » (école maternelle et primaire), « *Stadspark* » (école maternelle) et « *Paddenstoel* » (école maternelle).

Le requérant est – à l'époque – le père d'un élève de maternelle dans l'implantation « *Paddenstoel* » et il est – à l'époque – membre du conseil scolaire.

3.2. Le 11 avril 2016, le conseil communal de la ville de Turnhout décide de procéder à la restructuration de l'école fondamentale de la ville en supprimant l'établissement « *De Paddenstoel* » au 1^{er} septembre 2016. Il s'agit de la décision présentement attaquée.

IV. Recevabilité du recours

Faits antécédents

4. Le requérant a initialement introduit le recours en annulation actuellement examiné, à double titre : en qualité de père d'un élève de maternelle inscrit dans l'implantation dont la fermeture est décidée par l'acte attaqué et en qualité de membre du conseil scolaire concerné.

l'annulation en cas de perte d'intérêt, mais entraînera, le cas échéant, l'obligation d'examiner les moyens et d'éventuellement constater l'illégalité (C.E. (ass. gén.), arrêt *Moors*, n° 244.015 du 22 mars 2019).