

LA SANCTION JURIDICTIONNELLE DE L'ILLÉGALITÉ EN DROIT PUBLIC⁽¹⁾

PAR

NICOLAS BONBLED

PROFESSEUR INVITÉ À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

HEIDI BORTELS

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

THOMAS DREIER

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

VINCENT OST

ASSISTANT AUX F.U.S.L.,
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

FRANÇOIS TULKENS

CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT AUX F.U.S.L.,
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

La notion de « sanction » en droit public peut, à l'instar de son acception dans les autres branches du droit, renvoyer à la répression d'un comportement individuel « a-normal », contrevenant aux règles en vigueur. Le succès croissant que connaissent les mécanismes de sanctions administratives, depuis la fin du siècle dernier, peut, à cet égard, difficilement être ignoré⁽²⁾. Toutefois, si l'on se place du point de vue des autorités publiques, la notion de sanction peut être appréhendée dans un sens différent. La principale sanction encourue lorsqu'une illégalité est commise est, dans le cadre

(1) La présente contribution est arrêtée à la date du 1^{er} septembre 2012.

(2) R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS e.a. (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, *adde* E. WILLEMONT, « Les sanctions administratives “pénales”. Chronique 2007-2010 », in M. LEROY (coord.) *Actualités en droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 99-183.

BRUYLANT

du contentieux objectif, l'annihilation de la norme, de l'acte ou du comportement critiqué.

La sanction juridictionnelle de l'illégalité (au sens large de contradiction avec des normes juridiques hiérarchiquement supérieures) a historiquement été conçue comme unique, quel que soit le degré de gravité ou d'innocuité de celle-ci : l'annulation de l'acte ou de la norme entreprise.

Les principes classiques relatifs aux conséquences de l'annulation d'un acte ou d'une norme sont à cet égard bien connus⁽³⁾. La première conséquence est celle de la disparition rétroactive de la norme ou de l'acte annulé de l'ordonnement juridique. La fiction juridique emporte que cet acte ou cette norme est censé n'avoir jamais existé ou n'avoir jamais été accompli et le régime juridique antérieur revient à la vie⁽⁴⁾. Une sanction *ex tunc* plus radicale donc – parfois dévastatrice – que n'importe quelle abrogation qui opère *ex nunc*. Un arrêt d'annulation prive donc également rétroactivement les actes pris en exécution de la loi ou du règlement de leur fondement juridique. La seconde conséquence est celle de l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache à un arrêt d'annulation. Cette annulation a un effet *erga omnes*, comme le confirme par exemple l'article 9, § 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

On observe toutefois depuis déjà un certain temps l'émergence du recours à des approches plus flexibles de la sanction de l'illégalité d'une norme ou d'un acte par le Conseil d'État et la Cour

(3) Concernant les arrêts rendus par le Conseil d'État au contentieux de l'annulation, voy. P. LEWALLE e.a., *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 1105 et s. ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 762 et s. ; D. RENDERS, *Droit administratif*, tome III, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 286 et s. ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 18^e éd., Mechelen, Kluwer, 2009, pp. 1061 et s. Concernant les effets des arrêts d'annulation de la Cour constitutionnelle, voy. P. POPELIER e.a., *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 353 et s. ; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 227 et s.

(4) C.E. e.a., arrêt n° 175.725, 12 octobre 2007, *Globus* : « un arrêt d'annulation a, par lui-même et sans que le constat doive en être plus amplement fait, pour effet de rétablir la situation existant à la veille de l'acte annulé ».

constitutionnelle. À tout le moins, sa rigueur se voit-elle tempérée lorsque ses conséquences potentielles s'avèrent déraisonnables.

La présente contribution commence dès lors par examiner les possibilités de modalisation de la sanction de l'illégalité dont disposent le juge administratif et le juge constitutionnel, depuis les années 1980-1990, dans le cadre des procédures sur recours en annulation et sur lesquels ils semblent s'appuyer s'appuient plus fréquemment, sans toutefois que cet usage n'ait jusqu'à présent été réellement théorisé (Section I.1).

On sait que les juges ont également le pouvoir de constater l'existence d'une illégalité de manière incidente. À l'instar du pouvoir judiciaire, le Conseil d'État peut écarter en pareil cas l'application d'un acte administratif réglementaire sur la base de l'article 159 de la Constitution. De son côté, la Cour constitutionnelle peut être saisie sur question préjudicielle. Dans ces cas de figure, le caractère parfois très ancien de la norme écartée ou faisant l'objet d'un constat d'inconstitutionnalité peut avoir des effets importants, parfois désastreux, sur les droits et obligations qu'elle a fait naître depuis son adoption. Cette « sanction » étant parfois tout à fait disproportionnée, on voit également ces juridictions tenter – en dehors de toute habilitation textuelle – d'en modaliser les effets ou, à tout le moins, être ponctuellement plus sensibles aux demandes formulées en ce sens par les parties (Section I.2).

Si le recours à ce type de sanctions plus « flexibles » de l'illégalité semble se faire plus fréquent ou plus visible, le nombre d'affaires dans lesquelles il y est fait appel demeure toutefois quantitativement marginal au regard du volume du contentieux traité par les juridictions précitées. La jurisprudence des deux dernières décennies permet néanmoins d'étayer l'hypothèse d'un estompement progressif du caractère classiquement binaire de la sanction de l'illégalité en droit public (légal/illégal ou constitutionnel/inconstitutionnel). Ce type de raisonnement « rigide » n'est cependant pas en voie d'extinction, comme en témoignent des réactions à quelques décisions récentes⁽⁵⁾. Il est donc permis de s'interroger sur la nécessité d'une

(5) On songe ici à l'émotion et à certaines critiques virulentes suscitées – à tort ou à raison – par l'annulation récente par le Conseil d'État du permis relatif à la ligne de tram Deurne-Wijnegem (C.E., arrêt n° 212.825, 28 avril 2011, *Lauwers*)

intervention du législateur fédéral, à court ou moyen terme, pour introduire d'autres formes de collaboration constructives entre les pouvoirs publics et leurs juges et conférer à ces derniers un éventail plus large de décisions possibles, à la lumière, par exemple, de certaines réformes récentes en droit néerlandais (Section II).

SECTION I. – L'ÉMERGENCE DE NOUVEAUX MÉCANISMES DE MODULATION DE LA SANCTION ET DE SES EFFETS

Un arrêt d'annulation peut, dans nombre de situations, emporter des conséquences lourdes et parfois imprévisibles, encourageant une série de reproches en termes de sécurité juridique. Ce constat est d'autant plus prégnant dans le cadre de contrôles incidents de la légalité, puisque tant dans le cas d'un arrêt de la Cour constitutionnelle rendu sur question préjudicielle concluant à l'existence d'une inconstitutionnalité que dans celui du refus, fondé sur l'article 159 de la Constitution, d'appliquer un acte réglementaire illégal, les situations acquises sous l'empire de la norme sanctionnée peuvent parfois l'avoir été depuis des décennies.

On observe depuis un certain temps l'augmentation du recours à des approches plus « flexibles » de la sanction de l'illégalité par les deux hautes juridictions. Des mécanismes d'accompagnement de la sanction ont ainsi été mis en place par le législateur fédéral (§ 1). D'autres sont le résultat de « coups jurisprudentiels » réalisés par étapes progressives, mais qui ne semblent pas avoir ému outre mesure celui-ci au point d'intervenir pour les remettre en cause (§ 2).

§ 1. *Les interventions du législateur fédéral*

Trois réalisations législatives peuvent être mentionnées comme participant d'une forme de « flexibilisation » de la sanction juridictionnelle de l'illégalité en droit public, qu'il s'agisse d'assouplir la rigueur des conséquences de cette sanction ou de menacer

ou encore à celle de la décision par laquelle la ville d'Anvers avait démis d'office de ses fonctions un agent qu'elle n'avait pas contacté pendant cinq ans et qui était resté chez lui en continuant à percevoir son traitement (arrêt n° 213.776, 9 juin 2011, *Martens*).

de l'alourdir en vue d'en assurer l'effectivité. Dans une optique « conséquentialiste », le législateur a ainsi conféré à la Cour constitutionnelle (§1.A) et au Conseil d'État (§1.B) le pouvoir de moduler dans le temps les effets de leurs arrêts d'annulation. Dans un souci pragmatique, il a également organisé une forme de pouvoir d'injonction du Conseil d'État sur les autorités administratives, en prévoyant la possibilité de prononcer une astreinte afin d'assurer le respect de ses décisions (§1.C).

A. Le maintien des effets de la norme législative annulée

Dès sa création en 1983, la Cour constitutionnelle – alors Cour d'arbitrage – reçoit le pouvoir de maintenir les effets des dispositions qu'elle annulait dans un souci de sécurité juridique⁽⁶⁾.

L'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, fortement inspiré de ce qui est aujourd'hui l'article 264 du T.F.U.E., prévoit que « [s]i la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine »⁽⁷⁾. Résultat d'une appréciation en opportunité, la décision de maintien des effets est « générale » : s'agissant d'une dérogation à l'effet *erga omnes* de ses arrêts d'annulation, elle opère également à l'égard de tous⁽⁸⁾.

La marge d'appréciation est importante, puisque le maintien est soit provisoire (par exemple, pour laisser le temps au législateur de réparer l'illégalité commise) pour le délai que la Cour fixe librement (jusqu'à une date antérieure ou postérieure à la date de publication de l'arrêt, celle à partir de laquelle l'arrêt sort ses effets *erga omnes*), soit définitif (les situations visées par le maintien des effets

(6) Voy. l'art. 6, al. 2, de la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage.

(7) Sur cette disposition voy. B. LOMBAERT e.a., « Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage – Recours en annulation et questions préjudicielles », *A.P.T.*, 1998, pp. 174-189 ; K. MUYLLE, « Les conséquences du maintien des effets de la norme annulée par la Cour d'arbitrage », in H. DUMONT et al. (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 525-558 ; G. ROSOUX, « Le maintien des effets des dispositions annulées par la Cour d'arbitrage : théorie et pratique », in *Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 439-456

(8) G. ROSOUX, *op. cit.*, p. 444.

seront définitivement réglées par une norme inconstitutionnelle). Le maintien des effets de la norme annulée peut aussi porter tant sur ses effets passés que ses effets futurs qui ne se seraient pas produits avant son annulation⁽⁹⁾.

B. Le maintien des effets de la norme réglementaire annulée

Depuis 1996, l'article 14^{ter} des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État (ci-après : « les lois coordonnées ») confère également à celui-ci la faculté d'indiquer, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions d'actes réglementaires⁽¹⁰⁾ annulés qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'il détermine⁽¹¹⁾. Cette disposition lui permet donc, lorsqu'il l'estime nécessaire, de limiter la portée dans le temps de l'arrêt d'annulation qu'il prononce. Il peut y recourir d'office⁽¹²⁾, mais son application est généralement postulée par la partie adverse.

Contrairement à la France, où le Conseil d'État s'est arrogé cette compétence d'autorité⁽¹³⁾, c'est donc encore grâce à l'intervention du législateur⁽¹⁴⁾ que l'on doit l'existence de cet aménagement possible de la portée rétroactive des arrêts d'annulation. La limitation du recours à cet instrument pour les seuls actes réglementaires – par opposition aux actes individuels⁽¹⁵⁾ – fut justifiée par l'affir-

(9) M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 236.

(10) Voy. cependant C.E., arrêt n° 25.424, 31 mai 1985, *Heyndels*, ou plus récemment C.E., arrêt n° 194.015, 9 juin 2009, *Maselyne*, concernant tous deux des actes administratifs individuels.

(11) S. LUST en P. POPELIER e.a., « Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van een vernietigingsbevoegdheid : de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming », *R.W.*, 2001-2002, pp. 1210-1224 ; D. RENDERS, « Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'État et le respect des droits fondamentaux », *J.T.*, 2006, pp. 761-765 ; R. ANDERSEN, « La modulation dans le temps des effets des arrêts d'annulation du Conseil d'État », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthémis, 2010, pp. 381-395 ; M. PÂQUES, « Le contrôle de légalité des actes administratifs à caractère réglementaire en Belgique », *R.F.D.L.*, 2011, pp. 351-373.

(12) C.E. e.a., arrêt n° 71.610, 5 février 1998, *Evrard* ; arrêts n° 158.604 et 158.605, 10 mai 2006, *Communauté française*.

(13) C.E. (fr.), arrêt du 11 mai 2004, *Assoc. AC ! et autres*. Voy. cependant C.E., arrêt n° 25.424, 31 mai 1985, *Heyndels*.

(14) Voy. l'article 10 de la loi du 4 août 1996.

(15) *Supra*, note 10.

mation discutable selon laquelle les conséquences d'une annulation seraient généralement moins lourdes pour la personne concernée et par un surprenant souci « pédagogique »⁽¹⁶⁾.

L'un des fins connaisseurs de la jurisprudence administrative observe cependant que, plus d'une décennie après sa création, les exemples d'application de ce mécanisme sont en définitive assez peu nombreux, « le Conseil d'État rejet[ant] très fréquemment ce type de demandes »⁽¹⁷⁾. Il faut dire qu'une partie de la doctrine estime que l'usage de cette faculté doit être « prudentissime » et réservé à des « circonstances exceptionnelles » puisque le recours de celle-ci équivaut à « cautionner l'illégalité »⁽¹⁸⁾. Il ne faut dès lors guère s'étonner que certaines décisions, telles que l'arrêt n° 164.258 du 30 octobre 2006⁽¹⁹⁾, insistent sur « la sagesse et la circonspection avec lesquelles le Conseil d'État doit faire usage de son pouvoir, soit uniquement lorsqu'il est établi que l'annulation pure et simple de l'arrêté attaqué aurait des conséquences extrêmement graves du point de vue de la sécurité juridique »⁽²⁰⁾, ou encore que la modulation des effets ne peut être accordée dès lors

(16) L'objectif aurait été de « familiariser d'abord le Conseil d'État avec cette nouvelle faculté en cas d'annulation de dispositions réglementaires, et d'étendre éventuellement par la suite, après évaluation, le système à l'annulation des décisions administratives à caractère individuel » (*Doc. parl.*, Ch. repr., 1995-1996, n° 644/4, p. 4).

(17) P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 1120.

(18) M. LEROY, *op. cit.*, p. 654. Comp. D. RENDERS, « Le maintien des effets... », *op. cit.*, pp. 761-765.

(19) C.E., arrêt n° 164.258, 30 octobre 2006, *Somja et csrts.* : « la faculté qui lui a été ainsi donnée ne trouve, selon les termes mêmes de l'article 14ter, à s'exercer qu'à l'égard des actes réglementaires ; qu'elle doit en faire usage avec sagesse et circonspection lorsqu'il est établi que l'annulation pure et simple de l'arrêté attaqué aurait des circonstances extrêmement graves du point de vue de la sécurité juridique ; que la partie adverse reste en défaut d'établir que tel serait le cas en l'espèce ; qu'il n'y a dès lors pas lieu d'accéder à la demande formulée par elle dans son dernier mémoire ».

(20) R. ANDERSEN, « La modulation dans le temps... », *op. cit.*, p. 388. Un arrêt récent du Conseil d'État est venu préciser les éléments devant être étayés par la partie demandant le maintien des effets : il lui incombe ainsi « d'informer de manière complète le juge sur les conséquences concrètes craintes en cas d'annulation, sur les raisons pour lesquelles en dépit de l'illégalité constatée, les effets de la disposition réglementaire doivent être maintenus temporairement ou définitivement, sur le délai qui justifie de le maintenir temporairement et sur la manière dont, selon l'autorité administrative, ce maintien doit être formulé le plus adéquatement » (C.E., arrêt n° 217.996, 15 février 2012, *Claeys* – traduction libre).

que « la section de législation du Conseil d'État avait attiré l'attention de la partie adverse sur les illégalités que contenait l'arrêté attaqué alors qu'il était en projet ; que la partie adverse n'a pas estimé devoir suivre son avis »⁽²¹⁾.

Lorsque le juge administratif fait application de ce pouvoir, c'est, dès lors, en invoquant la « sécurité juridique » et insistant parfois sur le fait que la norme réglementaire a fait l'objet de « nombreuses applications de portée individuelle »⁽²²⁾. Et « l'ampleur des difficultés administratives et financières qui pourraient résulter » pour certaines entreprises concernées⁽²³⁾ ou encore « l'intérêt majeur de la lutte contre la criminalité »⁽²⁴⁾ ont également pu justifier l'application de l'article 14^{ter} des lois coordonnées⁽²⁵⁾. Au total, le Conseil d'État a maintenu les effets de dispositions annulées dans une vingtaine d'occurrences.

Ceci contraste donc, eu égard au nombre d'arrêts d'annulation rendus chaque année par le juge administratif et le juge constitutionnel, avec la propension plus grande de la Cour constitutionnelle à recourir à cette technique. Au jour de la finalisation de la présente contribution, la Cour avait ainsi rendu septante-six arrêts dans lesquels elle maintenait les effets de normes législatives annulées⁽²⁶⁾.

(21) C.E., n° 194.193, 15 juin 2009, *UPSI*. L'arrêt relève aussi que « qu'ultérieurement, apparemment après avoir pris conscience de ce que certaines des critiques de légalité articulées contre l'arrêté initial étaient fondées, [l'autorité] a choisi de modifier cet arrêté alors qu'elle aurait aussi bien pu l'abroger et en adopter un nouveau dont la validité n'aurait pas été affectée par l'annulation de l'arrêté initial ». Bien plus, selon cet arrêt, le maintien en vigueur de dispositions contestables est... « une source d'insécurité juridique ».

(22) C.E. e.a., arrêt n° 164.521, 8 novembre 2006, *Union professionnelle belge des médecins spécialistes en médecine nucléaire et autres* ; arrêt n° 164.523, 8 novembre 2006, *Société belge des médecins des hôpitaux et Merlo* ;

(23) C.E., arrêt n° 71.610, 5 février 1998, *Evrard*.

(24) C.E., arrêt n° 198.039, 19 novembre 2009, *A.S.B.L. Ligue des Droits de l'Homme et csrts.* ; arrêt n° 198.040, 19 novembre 2009, *A.S.B.L. Ligue des Droits de l'Homme et csrts*.

(25) Des éléments de droit européen peuvent également rentrer en ligne de compte. Voir à ce propos C.E., arrêt n° 210.483, 18 janvier 2011, *A.S.B.L. Inter-Environnement Wallonie* ; C.J.U.E., arrêt du 28 février 2012, C-41/11, *Inter-Environnement asbl et Terre wallonne asbl c. Région wallonne*, § 57.

(26) Dont huit en 2011 : C.C., arrêt n° 4/2011, 13 janvier 2011 ; n° 8/2011, 27 janvier 2011 ; n° 33/2011, 2 mars 2011 ; n° 37/2011, 15 mars 2011 ;

Cette faculté de maintien des effets d'un acte réglementaire annulé suscite une question, désormais résolue, de combinaison avec l'article 159 de la Constitution : peut-on encore appliquer l'exception d'illégalité aux effets individuels d'un acte administratif réglementaire dont l'annulation a été modulée par le Conseil d'État ? On reviendra sur cette interrogation ci-après, dans le cadre des créations jurisprudentielles qui ont vu le jour pour atténuer l'impact que peuvent avoir certaines décisions juridictionnelles⁽²⁷⁾.

C. L'astreinte

Dans le souci d'assurer un meilleur respect des arrêts du Conseil d'État⁽²⁸⁾, le législateur fédéral est intervenu en 1990 pour attribuer au Conseil d'État le pouvoir d'infliger une astreinte⁽²⁹⁾.

Quelques années auparavant, un arrêt resté sans suite – car ultérieurement annulé par la Cour de cassation⁽³⁰⁾ – avait déjà tenté de fonder ce pouvoir en l'absence de toute disposition légale expresse. Dans un élan de poésie administrative, la tentative avait été justifiée par le fait que si la volonté de l'autorité publique de donner suite à un arrêt faisait défaut, il pouvait se justifier que « le Conseil d'État puisse amener l'administration à de meilleures dispositions en aiguillonnant la fibre pécuniaire, toujours sensible »⁽³¹⁾.

Le siège du mécanisme se trouve à l'article 36 des lois coordonnées. Cet article autorise le Conseil d'État à imposer une astreinte dans le cas où l'autorité de la chose jugée d'un arrêt d'annulation n'est pas respectée. Un tel renforcement de la sanction est postulé par la personne à la requête de laquelle l'annulation est prononcée. La demande doit avoir été précédée d'une mise en demeure de

n° 115/2011, 23 juin 2011 ; n° 116/2011, 30 juin 2011 ; n° 125/2011, 7 juillet 2011 ; n° 184/2011, 8 décembre 2011. Et quatre sur les huit premiers mois de 2012 : arrêt n° 45/2012, 15 mars 2012 ; n° 67/2012, 24 mai 2012 ; n° 76/2012, 14 juin 2012 ; n° 88/2012, 12 juillet 2012.

(27) *Infra*, Section I.2.

(28) *Doc. parl.*, Sén., 1989-1990, n° 984/1, spéc. pp. 8-9.

(29) Voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, pp. 615-623 ; M. LEROY, *op. cit.*, pp. 767-776 ; D. VAN EECKHOUTTE, « L'astreinte et l'injonction dans le contentieux administratif en Belgique », *A.P.T.*, 4/2010, pp. 426-434.

(30) Cass., 23 mars 1984, *R.W.*, 1984-1985, pp. 15 et s.

(31) C.E., arrêt n° 21.167, 12 mai 1981, *Zoete*.

l'autorité et trois mois doivent s'être écoulés depuis la notification de l'arrêt. Il faut aussi qu'en vertu de cet arrêt, l'administration aurait dû prendre une nouvelle décision (ou était tenue par une obligation d'abstention et qu'elle a tout de même pris des décisions). Les articles 17, § 5, et 18, alinéa 5, des lois coordonnées prévoient également la possibilité pour le Conseil d'État de recourir à une astreinte lorsqu'il ordonne la suspension d'un acte ou qu'il ordonne des mesures provisoires⁽³²⁾.

Le Conseil d'État a la faculté de déterminer le montant de l'astreinte et d'en préciser les modalités. Contrairement aux règles prévalant en droit judiciaire, l'astreinte ne bénéficie pas au requérant mais doit être versée à un fonds dont les moyens sont dédiés à la modernisation de l'organisation de la jurisprudence administrative. En pratique, cette méthode ne semble guère fonctionner et les astreintes ne sont le plus souvent jamais récupérées.

Une étude récente a montré que le mécanisme des astreintes reste très peu utilisé. À tout le moins le Conseil d'État n'en impose-t-il que très rarement et, lorsque tel est le cas, c'est généralement dans le cadre d'un arrêt en suspension davantage que pour accompagner la sanction du non-respect d'un arrêt d'annulation. Son usage serait même tendanciellement en baisse, puisque si un peu plus d'une centaine d'arrêts ont imposé une astreinte en près de vingt ans, les chiffres des années de 2006 à 2009 ne renseignent que six arrêts y recourant sur environ 22 000⁽³³⁾.

(32) D. VAN EECKHOUTTE, « L'astreinte... », *op. cit.*, p. 429 : « Dans un souci d'économie des procédures, il est de pratique relativement courante qu'une requête en suspension demande également une astreinte. Le Conseil d'État ne l'accorde alors cependant qu'avec circonspection : ce n'est que lorsqu'il existe des indices qui font présumer que l'administration n'exécutera pas l'arrêt qu'une astreinte sera prononcée. Dans le cas où une astreinte est demandée en raison de la non-exécution d'un arrêt d'annulation, le Conseil d'État sera en revanche plus sévère vis-à-vis de l'administration : on déduit en effet du fait que la procédure prescrite est arrivée à son terme sans que l'administration y ait donné suite que celle-ci fait preuve de mauvaise volonté. Seules des circonstances particulières conduiront alors le Conseil d'État à refuser de prononcer une astreinte, par exemple le fait que l'exécution n'est plus possible ou que l'administration a manifestement mal apprécié la manière dont il y avait lieu d'exécuter l'arrêt » (références omises).

(33) Pour des chiffres plus détaillées, voy. D. VAN EECKHOUTTE, « L'astreinte... », *op. cit.*, pp. 430-4321.

§2. *Les créations jurisprudentielles*

Nous l'avons déjà noté plus haut : l'émergence de mécanismes de modulation de la sanction juridictionnelle de l'illégalité en droit public doit autant au législateur qu'à certains arrêts qui les ont créés de toute pièce. On s'intéresse dès lors à trois d'entre eux, et plus précisément au pouvoir de refuser la suspension d'une norme (§2.A), à la modulation des effets pouvant accompagner un arrêt du Conseil d'État écartant l'application d'un acte illégal sur la base de l'article 159 de la Constitution (§2.B) et au maintien des effets d'une norme législative suite à un constat d'inconstitutionnalité sur question préjudicielle (§2.C).

A. L'absence de suspension malgré la réunion des conditions légales

La « flexibilisation » de la sanction juridictionnelle d'une illégalité peut-elle aller jusqu'au renoncement à la sanction ? Une certaine jurisprudence rendue dans le cadre du contentieux de la suspension pourrait le laisser accroire. Quand bien même les conditions légales pour prononcer la suspension d'un acte ou d'une norme seraient réunies, le juge pourrait refuser de suspendre au nom de l'intérêt général.

Dans une jurisprudence demeurée isolée, le Conseil d'État avait, dans un premier temps, répondu par l'affirmative à cette question sur la base de l'article 17, § 2, des lois coordonnées. En 1993, il avait ainsi estimé que des raisons impérieuses d'intérêt général touchant à la sécurité et à la salubrité publique l'autorisaient à ne pas suspendre un arrêté déclarant un immeuble insalubre. Après avoir constaté que les conditions de la suspension étaient réunies (moyens sérieux et risque de préjudice grave et difficilement réparable), il souligna le fait que le seul moyen sérieux était pris de la méconnaissance d'une « simple » obligation de procédure et que, par ailleurs, la population courrait un risque plus important si l'arrêté devait être suspendu, sans commune mesure avec le préjudice de la résidente de l'immeuble en cas d'exécution de cet arrêté⁽³⁴⁾.

(34) C.E., arrêt n° 42.543, 2 avril 1993, *Krier, J.L.M.B.*, 1993, p. 724.

Cette jurisprudence connut l'une ou l'autre application ultérieures⁽³⁵⁾, avant que le Conseil d'État ne renonce expressément à recourir à ce procédé en jugeant que « l'intérêt général ou les intérêts qui seraient pris en considération soit pour justifier le refus d'ordonner la suspension nonobstant l'existence avérée et constatée d'un risque de préjudice grave difficilement réparable, soit pour minimiser la gravité du préjudice subi par le requérant, ne pourraient faire obstacle à l'annulation éventuelle de l'acte concerné lorsque l'affaire sera examinée au fond ». Par conséquent, « il n'y a donc pas lieu, lors de l'examen de la cause en référé, de pondérer les préjudices résultant d'une part de l'exécution de l'acte attaqué et, d'autre part, de la suspension de son exécution »⁽³⁶⁾.

Il n'en a pas moins inspiré la Cour constitutionnelle qui, depuis 2002, considère que l'utilisation du mot « peut » à l'article 19 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 signifie que, même lorsqu'elle constate qu'il est satisfait aux deux conditions de fond prévues à l'article 20, 1^o,⁽³⁷⁾ de la même loi, elle n'est pas nécessairement tenue de suspendre la norme entreprise devant elle⁽³⁸⁾, dès lors que la suspension entraînerait plus d'inconvénients (ou des effets irréversibles disproportionnés) pour la collectivité qu'elle ne procurerait d'avantages aux requérants. La Cour continue de recourir ponctuellement à cette technique d'arrêt, sans s'embarrasser des mêmes réserves que celles exprimées par le juge administratif.

B. Le maintien des effets d'une norme réglementaire annulée et l'article 159 de la Constitution

Qu'il s'agisse d'un acte réglementaire ou individuel, la critique de légalité formulée sur la base de l'article 159 de la Constitution,

(35) C.E. e.a., arrêt n° 48.823, 30 août 1994, *De l'Arbre*, J.L.M.B., 1994, p. 1202

(36) C.E., arrêt n° 101.579, 6 décembre 2001, *A.S.B.L. Association des riverains et habitants des communes proches de l'aéroport de Charleroi-Gosselies et csrts*. Adde : C.E., arrêt n° 126.669, 19 décembre 2003, *Commune de Woluwé-Saint-Pierre et csrts*.

(37) C.C. e.a., arrêt n° 17/2007, B.15.

(38) C.C. e.a., arrêt n° 116/2002, 26 juin 2002, B.6.4 ; arrêt n° 174/2002, 27 novembre 2002, B.7.5.3.1.

dont la prise en compte s'impose tant au juge administratif qu'au juge judiciaire, ne connaît pas de délai.

Le constat incident de l'existence d'une illégalité revêt en principe un effet relatif : il ne s'impose pas au-delà de l'espèce et l'acte illégal continuera d'exister, à défaut d'annulation ou d'abrogation. Or, une nouvelle fois, un refus d'application d'un acte – réglementaire ou individuel – peut avoir des conséquences très lourdes qui ne sont guère loin d'équivaloir à une annulation. On aperçoit donc, sans difficulté, à l'instar de ce qui se peut se produire dans le cadre du contentieux préjudiciel devant la Cour constitutionnelle⁽³⁹⁾, que l'exigence absolue de respect de la légalité peut entrer directement en conflit avec une autre valeur qui lui est souvent associée : la sécurité juridique.

Ce conflit prend une tournure encore plus aigüe quand le Conseil d'État a maintenu les effets de l'acte réglementaire annulé : l'exception d'illégalité peut-elle encore être invoquée contre les effets en question ? Dans un arrêt récent, le Conseil d'État a tranché par la négative : « [lorsqu'il] décide de différer les effets d'un arrêt d'annulation (...), [le Conseil d'État] se prononce "par voie de disposition générale" pour le maintien provisoire des effets de tout ou partie de l'acte annulé et confère à son arrêt une autorité *erga omnes*. [Une] telle décision juridictionnelle, prise dans un souci de sécurité juridique, conforte temporairement l'acte réglementaire en cause et paralyse l'exercice de la censure de non application pour les mesures d'exécution prise durant la période correspondant au maintien de ses effets. [La paralysie opérée] ne contrevient pas à l'article 159 de la Constitution dès lors que cette disposition ne vise que les règlements ou arrêtés et ne peut trouver à s'appliquer à ceux qui se voient reconnaître une valeur juridique temporaire par le dispositif d'un arrêt du Conseil d'État valant disposition générale »⁽⁴⁰⁾.

Cette solution, qu'avec d'autres nous croyons correcte⁽⁴¹⁾, a divisé la doctrine. Pour les uns, elle constitue une atteinte à la hiérarchie des normes – l'article 159 de la Constitution devant primer

(39) *Infra*, § 2.C.

(40) C.E., arrêt n° 199.085, 18 décembre 2009, *Debie*.

(41) En ce sens, R. ANDERSEN, « La modulation dans le temps des effets des arrêts d'annulation du Conseil d'État », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : par-*

sur l'article 14^{ter} des lois coordonnées –, une méconnaissance de la séparation des pouvoirs, etc. Seule une révision constitutionnelle permettrait de limiter dans le temps les effets d'une déclaration d'invalidité faite en vertu de l'article 159 de la Constitution⁽⁴²⁾. Pour d'autres, l'arrêt du Conseil d'État est justifié par la nécessité de donner une portée réelle à l'article 14^{ter} mais aussi par la sécurité juridique et le respect de droits fondamentaux conventionnellement protégés. Au demeurant, l'article 159 de la Constitution n'a pas une portée absolue telle que le législateur ne pourrait pas la limiter⁽⁴³⁾.

À vrai dire, la réflexion mériterait sans doute d'être affinée en y intégrant l'idée de *prospective overruling*, venue des pays anglo-saxons, et par laquelle les juges opèrent une distinction entre la situation tranchée et les effets plus généraux, passés ou futurs de leurs décisions. Cette doctrine permet, selon les cas, de donner à la fois satisfaction à la partie qui a introduit l'action, mais aussi d'éviter des effets « en cascade » pour le passé ou le futur.

L'arrêt rendu le 9 février 2012 par la Cour constitutionnelle répond à ce souhait et met fin à la controverse précitée. Interrogée sur la compatibilité de l'article 14^{ter} des lois coordonnées avec les articles 10, 11 et 13 de la Constitution, lus en combinaison avec son article 159, dans l'interprétation selon laquelle il ne permet pas au justiciable d'obtenir que les cours et tribunaux écartent l'application d'un arrêté réglementaire que le Conseil d'État a annulé tout en maintenant ses effets, elle a conclu à l'absence de violation des dispositions constitutionnelles précitées. La Cour juge, en effet, que « si l'article 159 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au mode de contrôle de légalité qu'il consacre, une telle restriction se justifie néanmoins si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres dispositions constitutionnelles

cours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior, Limal, Anthémis, 2010, pp. 381-395.

(42) En ce sens, D. RENDERS, « L'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État face à l'article 159 de la Constitution », *J.T.*, 2010, pp. 177-179.

(43) En ce sens, J. THEUNIS « De toepassing van art. 159 van de Grondwet na handhaving van de gevolgen van een vernietigd reglement », *R.W.*, 2011, pp. 392-396.

ou de droits fondamentaux. Tenu de garantir notamment le principe de sécurité juridique, le législateur se doit de régler le mode de contrôle de l'action administrative, ce qui peut exiger des restrictions au contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes réglementaires, pour autant que ces restrictions soient proportionnées au but légitime poursuivi »⁽⁴⁴⁾. Quant au droit d'accès à un juge, la Cour considère que celui-ci, bien que fondamental, n'est pas absolu, et qu'en l'espèce « le législateur a cherché à ménager un équilibre entre le principe de légalité des actes réglementaires (...) et le principe de sécurité juridique. Il a confié à une juridiction le soin de déterminer si des raisons exceptionnelles justifiaient que les effets d'un acte réglementaire illégal soient maintenus tout en exigeant qu'ils ne le soient que par voie de disposition générale afin d'éviter toute discrimination entre les justiciables »⁽⁴⁵⁾. Elle ajoute, à l'adresse du Conseil d'État, que si celui-ci « l'estime nécessaire, en fonction des circonstances de l'espèce », rien ne l'empêche d'« excepter du maintien des effets du règlement annulé les justiciables qui ont introduit, dans les délais, un recours en annulation contre ce règlement litigieux et ceci dans le respect du principe d'égalité et de non-discrimination »⁽⁴⁶⁾.

C. Le maintien des effets d'une norme législative
suite à un constat d'inconstitutionnalité sur question
préjudicielle

Il demeurerait quelque paradoxe à observer qu'au contentieux de l'annulation, la Cour constitutionnelle peut maintenir les effets de la norme qu'elle annulait, alors qu'il s'écoule rarement plus de dix-huit mois entre la publication d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance et un éventuel arrêt d'annulation, tandis que cette faculté lui était refusée pour tout constat d'inconstitutionnalité sur question préjudicielle. Certes, un tel constat ne possède qu'une autorité relative de chose jugée (article 28 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle) mais une autorité « renforcée », notamment en ce qu'elle dispense les juridictions qui seraient saisies d'une question identique de la poser à nouveau (article 26, § 2, 2^o, de la même loi). Tel n'est,

(44) C.C., arrêt n° 18/2012, 9 février 2012, B.8.2.

(45) *Ibid.*, B.9.2-3.

(46) *Ibid.*, B.9.3.

par contre, pas le cas des autorités administratives et des personnes physiques ou morales, à l'égard desquelles la norme jugée inconstitutionnelle continue de s'appliquer⁽⁴⁷⁾. Pour les premières, il est toutefois permis de considérer qu'une autorité administrative devrait refuser d'appliquer un acte manifestement irrégulier, notamment lorsque son fondement légal a été jugé inconstitutionnel⁽⁴⁸⁾.

Par ailleurs, en vertu de l'article 4, 2°, alinéa 2, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, toute invalidation sur question préjudicielle rouvre un délai de six mois pour introduire un recours en annulation. Certes, à la faveur d'un arrêt d'annulation subséquent, la Cour peut encore recourir aux pouvoirs que lui accorde l'article 8 de cette loi, pour en moduler les effets, mais le détour semble bien complexe et chronophage au regard de l'impératif précité de sécurité juridique. Et il n'y avait guère d'espoir de voir le législateur prendre rapidement une initiative allant dans le sens d'une reconnaissance d'un tel pouvoir dans le cadre d'une procédure préjudicielle, puisque lors de la dernière grande réforme organique de la Cour, en 2003, une telle avancée n'avait pas été jugée nécessaire – voire considérée comme peu souhaitable –, de la part des spécialistes du droit public consultés⁽⁴⁹⁾.

L'arrêt récent de la Cour constitutionnelle dans lequel, à l'image de la Cour de justice de Luxembourg⁽⁵⁰⁾, elle s'accorde le pouvoir de moduler les effets dans le temps de ses arrêts rendus sur question préjudicielle, modifie la donne. Il n'était toutefois pas sans précédent, puisqu'« à titre exceptionnel », la Cour avait déjà maintenu les effets d'une norme déclarée inconstitutionnelle, dans le cadre d'un litige relatif à l'application du droit transitoire mis en place suite à l'arrêt *Marckx c. Belgique*⁽⁵¹⁾.

(47) M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 258.

(48) Sur cette question, voy. D. RENDERS e.a., « L'autorité administrative doit-elle refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? », *J.T.*, 2008, pp. 555-557.

(49) *Doc. parl.*, Sén., 2002-2003, n° 2-897/6. Voy. cependant *contra* l'intervention des deux présidents de la Cour constitutionnelle (*Ibid.*, pp. 172 et 176). Un amendement qui tendait à permettre expressément à la Cour de déterminer l'effet dans le temps de ses arrêts préjudiciels a par ailleurs été rejeté (*Ibid.*, pp. 217 et 233).

(50) C.J.U.E. e.a., 43/75, *Defrenne c. Sabena*, 8 avril 1976, §§ 69 et s.

(51) C.C., arrêt n° 18/91, 4 juillet 1991. Comp. : C.C., arrêt n° 8/97, 19 février 1997, B. 4 : « À supposer que, comme le soutiennent certaines parties

La Cour a donc définitivement franchi le pas, l'été dernier, dans un arrêt de principe⁽⁵²⁾. Le tribunal du travail de Bruxelles avait posé deux questions à la Cour à propos de la compatibilité de dispositions de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail avec les articles 10 et 11 de la Constitution. La matière s'y prêtait particulièrement bien, puisque dans un arrêt rendu il n'y a pas loin de vingt ans, la Cour avait déjà estimé que la différence de traitement entre ouvriers et employés ne pouvait plus raisonnablement se justifier par la nature manuelle ou intellectuelle de leur travail⁽⁵³⁾.

Dans son arrêt du 7 juillet 2011, elle juge que le maintien depuis lors de ces discriminations ne peut plus cette fois être excusé⁽⁵⁴⁾ et, partant, juge que les dispositions critiquées violent le droit à l'égalité et à la non discrimination. Elle estime

intervenantes en se référant à des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes qui se fondent sur des "considérations impérieuses de sécurité juridique", la Cour d'arbitrage puisse, à titre exceptionnel, même quand elle statue sur renvoi préjudiciel, limiter dans le temps les effets de ses arrêts, une limitation qui interviendrait, comme en l'espèce, près de deux ans après l'arrêt n° 25/95, créerait elle-même une insécurité juridique puisqu'elle tromperait la légitime confiance de ceux qui se sont fiés à la solution consacrée par cet arrêt n° 25/95 ».

(52) C.C., arrêt n° 125/2011, 7 juillet 2011. Sur cet arrêt voy. e.a. M. MAHIEU et G. PIJCKE, « Aménagement dans le temps des effets des arrêts rendus sur question préjudicielle : la Cour constitutionnelle a franchi le cap », *J.T.*, 2011, pp. 714-719 ; P. JOASSART, « La fin de la distinction entre ouvriers et employés imposée par la Cour constitutionnelle : quelles conséquences ? », *J.T.T.*, 2012, pp. 2 et s.

(53) C.C., arrêt n° 125/2011, 7 juillet 2011, B.4.3 : « le temps dont peut disposer le législateur pour remédier à une situation jugée inconstitutionnelle n'est cependant pas illimité. L'objectif d'une harmonisation progressive des statuts des ouvriers et des employés jugée préférable par le législateur à une brusque suppression de la distinction de ces catégories professionnelles, spécialement dans une matière où les normes peuvent évoluer grâce à la négociation collective, ne justifie plus, dix-huit ans après que la Cour eut constaté que le critère de distinction en cause ne pouvait plus être considéré comme pertinent, que certaines différences de traitement, comme celles qui sont invoquées devant le juge a quo, puissent encore être longtemps maintenues, perpétuant ainsi une situation d'inconstitutionnalité manifeste ».

(54) Voy. C.C., arrêt 56/93, 8 juillet 1993 qui avait alors estimé que « le processus d'effacement de l'inégalité dénoncée, entamé depuis des décennies, ne peut être que progressif. Le fait qu'il serait injustifié d'instituer aujourd'hui une telle distinction ne suffit pas pour justifier sa brusque abolition » et que « le maintien de la distinction n'est pas manifestement disproportionné à un objectif qui ne peut être atteint que par étapes successives ».

néanmoins devoir maintenir les effets des dispositions déclarées inconstitutionnelles, en laissant au législateur un délai de deux ans pour adopter les modifications nécessaires en droit du travail. Au terme d'un raisonnement longuement motivé, la Cour justifie le nouveau pouvoir qu'elle s'octroie en soulignant que « [l']incertitude liée à l'applicabilité dans le temps des dispositions jugées inconstitutionnelles peut justifier que la Cour prévienne cette insécurité juridique dans l'arrêt préjudiciel »⁽⁵⁵⁾. Ainsi, il lui appartient « de rechercher, dans les affaires qui lui sont soumises, un juste équilibre entre l'intérêt de remédier à toute situation contraire à la Constitution et le souci de ne plus compromettre, après un certain temps, des situations existantes et des attentes qui ont été créées »⁽⁵⁶⁾. En effet, « bien que le constat d'une inconstitutionnalité dans un arrêt préjudiciel soit déclaratoire, les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime peuvent dès lors justifier de limiter l'effet rétroactif qui peut découler d'un tel constat »⁽⁵⁷⁾. Elle balise cependant la portée de cette faculté de modulation des conséquences d'une inconstitutionnalité en rappelant son caractère exceptionnel et en la présentant comme le résultat d'une forme de pondération des intérêts⁽⁵⁸⁾.

SECTION II. – LES PERSPECTIVES

Les pages qui précèdent ont essayé de montrer que, tant à l'initiative du législateur qu'à la faveur d'une série d'arrêts rendus par les juges administratifs et constitutionnels aboutissant à élargir ou « préciser » la portée de leur compétence, de nouveaux mécanismes ont été mis en place pour accompagner – et le plus souvent tempérer – la sanction que représente pour les pouvoirs publics un constat d'illégalité. Ils sont généralement conceptualisés comme autant de dérogations à l'autorité absolue de chose jugée attachée

(55) *Ibid.*, B.5.3, *in fine*.

(56) *Ibid.*, B.5.4.

(57) *Ibid.*

(58) *Ibid.*, B.5.5 : « Le maintien des effets doit être considéré comme une exception à la nature déclaratoire de l'arrêt rendu au contentieux préjudiciel. Avant de décider de maintenir les effets d'un tel arrêt, la Cour doit constater que l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique ».

à un arrêt d'annulation ou à la nature déclaratoire d'un arrêt rendu au contentieux préjudiciel, des solutions exceptionnelles auxquelles il ne convient de recourir qu'avec « sagesse et circonspection ». Ils témoignent aussi, comme l'exprime à sa manière la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 7 juillet 2011, de ce que certaines divisions cardinales – binaires, diront certains – manipulées quotidiennement par les juristes (légal/illégal, constitutionnel/inconstitutionnel, autorité absolue/relative) doivent parfois céder le pas devant une réalité plus complexe, un souci d'éviter que la sanction n'entraîne des conséquences disproportionnées et un impératif de sécurité juridique

Il est donc permis de s'interroger sur la nécessité d'une intervention du législateur fédéral, à court ou moyen terme, pour favoriser des rapports moins « verticaux » entre les pouvoirs publics et leurs juges et conférer à ces derniers un éventail plus large de mesures possibles. Une réforme récente du contentieux administratif aux Pays-Bas, généralement ramassée sous l'expression de la « boucle administrative », permet d'illustrer notre propos. Il n'est d'ailleurs pas anodin de relever que l'importation de certains de ses éléments en Belgique a été évoquée durant l'été 2011 par la Ministre de l'Intérieur⁽⁵⁹⁾.

Le 1^{er} janvier 2010 est entrée en vigueur en droit néerlandais la « loi sur la boucle administrative » (*bestuurlijke lus*)⁽⁶⁰⁾. Son objectif consiste à favoriser autant que faire se peut un règlement définitif et rapide des litiges. Il tend à éviter que certains litiges ne

(59) Le mécanisme de la boucle administrative est également invoqué dans Premier Auditeur M. E. Lanckswaert, « Rapport sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'État des Pays-Bas », *A.P.T.*, 2/2011, pp. 73 et s.

(60) Wet van 14 december 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling voor herstel van gebreken in een besluit hangende beroep bij de bestuursrechter (« Wet bestuurlijke lus Awb », *Staatsblad*, 2009, 570. *Adde* : Voorstel van wet van de leden Vermeij, Koopmans en Neppérus tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling voor herstel van gebreken in een besluit hangende beroep bij de bestuursrechter, *Kamersstukken II*, 2008-2009, 31, 352, nr. 1-2 ; Memorie van toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State, *Kamersstukken II*, 2008-2009, 31, 352, nr. 6 ; B.J. VAN ETTEKOVEN en A.P. KLAP, « De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus », in I. COOREMAN, D. LINDEMANS en L. PEETERS (éd.), *De tenuitvoerlegging van arresten, van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2012, pp. 443-464.

s'enfoncent dans des procédures trop lourdes et/ou trop longues, générant des coûts inutiles et laissant dans l'expectative des parties parfois nombreuses, qu'il s'agisse de citoyens, d'associations ou d'entreprises. Les mesures adoptées doivent aussi épargner aux autorités publiques d'être trop longtemps confrontées à des incertitudes concernant la légalité de leurs actes administratifs. Il permet notamment d'éviter qu'une décision soit annulée pour un simple vice de forme, contraignant l'autorité à reprendre depuis le début sa procédure d'adoption.

La réforme concerne tant les recours introduits devant les tribunaux (section de droit administratif) que devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

La décision de recourir à la « boucle » relève du juge, mais elle peut aussi être sollicitée par les parties⁽⁶¹⁾. Il ne peut cependant y être recouru lorsque les intérêts de tiers, qui ne sont pas parties au litige, risquent d'être affectés de manière disproportionnée.

Le mécanisme est le suivant. Le juge administratif enjoint à l'organe administratif de réparer, dans un délai déterminé (souvent quelques semaines), le vice qu'il constate dans un acte. Il indique à l'autorité, de manière aussi précise que possible, où se situe l'anomalie, comment adopter régulièrement la décision et les conditions éventuelles auxquelles elle doit satisfaire (nouvelle décision remplaçant la première, décision mieux motivée, complément d'enquête,...)⁽⁶²⁾. Si possible, cette décision interlocutoire règle déjà le litige. Elle ne peut pas, à elle seule, faire l'objet d'un appel.

Il revient alors à l'autorité d'indiquer rapidement au juge si elle se saisit de la possibilité de (faire) réparer l'illégalité constatée⁽⁶³⁾. Dans l'affirmative, il doit informer le plus rapidement possible le juge quant à la manière dont il la répare⁽⁶⁴⁾. Un délai de quatre semaines (prorogeable) est alors octroyé aux parties pour qu'elles puissent faire valoir leur point de vue⁽⁶⁵⁾. Le juge dispose ensuite

(61) Art. 8 : 51a Awb.

(62) Art. 8 : 80a lid 2 Awb. Pour des exemples de décisions indiquant par le menu la marche à suivre par l'autorité administrative, voy. e.a. Rb. Breda, 29 januari 2010, *LJN* BL4288 ; ABRvS, 4 mei 2010, *LJN* BM3257.

(63) Art. 8 : 51b lid 1 Awb.

(64) Art. 8 : 51b lid 2 Awb.

(65) Art. 8 : 51b lid 3 Awb.

du même délai pour les informer des suites de l'instance. Intervient alors la décision finale, pour laquelle le juge dispose à nouveau de toute la palette de mesures possibles (annulation de l'acte, annulation avec maintien des effets, nouvelle application de la boucle administrative, faculté de « passer outre » (*passeren*) la violation de certaines formalités ne préjudiciant pas les parties intéressées⁽⁶⁶⁾ ou encore règlement par le juge lui-même (*zelf in de zaak voorzien*)⁽⁶⁷⁾).

*

* *

Si une évaluation approfondie des premières années de pratique du mécanisme de la « boucle administrative » sera fort instructive, sa mise en place Outre-Moerdijk nous semble déjà apporter un témoignage supplémentaire du phénomène de flexibilisation des sanctions mis en exergue par les organisateurs des *Journées juridiques Jean Dabin*, mouvement que l'on observe aussi – certes, dans une moindre mesure – en droit public belge. De ce point de vue, il est permis d'affirmer que, pas à pas, la sanction juridictionnelle de l'illégalité se fait plus souple et plus « responsabilisante » pour ses destinataires. Le juge de la légalité, sans se départir de son pouvoir de sanction, tend à encadrer les excès potentiels de celui-ci, à esquisser une politique jurisprudentielle du droit transitoire⁽⁶⁸⁾ et à accompagner l'autorité dans le processus de réfection de l'acte critiqué.

À la différence peut-être de ce qui se déroule dans d'autres branches du droit, on observe que le prix de la flexibilisation des sanctions ne se paie pas nécessairement au détriment de la sécurité juridique. Au contraire, l'ensemble des mécanismes évoqués dans la présente contribution semblent précisément animés par une même volonté de préserver une certaine forme de sécurité juridique, dont la sanction « pure » de l'illégalité risque souvent de priver tant les citoyens que l'autorité publique.

(66) Art. 6 : 22 Awb.

(67) Art. 8 : 72 lid 3 Awb.

(68) Pour un plaidoyer en ce sens, cf. F. OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », in F. OST et M. VAN HOECKE, (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 91 et s.