

## LE RECOURS EN ANNULATION

par

Michel PÂQUES

Professeur ordinaire à l'Université de Liège

Doyen de la Faculté de droit

Le recours en annulation est la compétence contentieuse majeure du Conseil d'Etat. Son efficacité et son intérêt sont en question : depuis 1946, l'extension de la compétence judiciaire en matière administrative a rendu moins nette la spécificité du recours au Conseil d'Etat; au sein de la juridiction administrative, les procédures provisoires prennent le pas sur le fond et l'arriéré nuit à l'ensemble. Victime de son succès, le Conseil d'Etat bénéficie-t-il encore du soutien institutionnel qui avait justifié, il y a soixante ans, la création de la *Haute juridiction administrative*? La question est vaste et ce n'est pas tout à fait la nôtre. La loi du 15 septembre 2006 «réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des étrangers»<sup>1</sup> apporte peu de changement au recours en annulation lui-même. Elle y touche pourtant car pour *ressorber l'arriéré*<sup>2</sup>, elle *réforme* le Conseil d'Etat - le mot est très fort - et a nécessairement une incidence sur la compétence principale. Elle modifie donc sans aucun doute la position du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux.

### I. – A L'ORIGINE

Le législateur avait avancé plusieurs raisons de créer le Conseil d'Etat. L'une était d'améliorer les textes normatifs en permettant à leurs auteurs de bénéficier des avis de la *section de législation*. Une autre était de donner aux administrés des «garanties dont ils ne jouissaient pas avant le vote de la loi du 23 décembre 1946»<sup>3</sup>. Celles-ci tiendraient à la fois à la composition et à la compétence d'une nouvelle juridiction. Le Conseil d'Etat serait composé de magistrats dont le statut assurerait l'indépendance et l'autorité des décisions; il serait affranchi du soupçon de partialité qui pesait sur les députations permanentes et les ministres-juges<sup>4</sup>. Le Conseil d'Etat recevrait une compétence générale d'annulation des actes des

autorités administratives et des décisions des juridictions administratives dont l'organisation était «disparate» et «rudimentaire». A ce moment, le législateur n'établit pas encore de distinction nette entre ces deux compétences d'annulation réglées conjointement dans l'alinéa unique de l'article 7 de la loi de 1946 et confiées à la *section d'administration*. Par la suite, le législateur a divisé l'article en alinéas, puis en paragraphes, et précisé que les recours contre les décisions contentieuses administratives étaient *des recours en cassation qui ne portaient pas sur le fond des affaires* (article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973<sup>5</sup>). Dès l'origine, le législateur confie encore à la section d'administration une compétence d'avis en équité sur des recours pour dommage exceptionnel; cette compétence devient juridictionnelle en 1971 (art. 11)<sup>6</sup>. S'ajoutent quelques autres contentieux (art. 12, 13 et 16) et certaines compétences consultatives (art. 8, 9, 10). La double mission consultative et juridictionnelle du Conseil d'Etat est inscrite dans la Constitution en 1993 (art. 160 de la Constitution). Les termes très généraux du Constituant laissent un large pouvoir au législateur. Les fonctions consultatives de la section d'administration ont été abrogées par la loi du 15 septembre 2006 «réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des étrangers»<sup>7</sup><sup>8</sup>. Le Conseil d'Etat se *concentre*<sup>9</sup> désormais sur sa mission de consultation confiée à la section de législation et ses missions juridictionnelles confiées à la section d'administration qui devient la *section du contentieux administratif* à la date du 1<sup>er</sup> juin 2007<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Lois coordonnées désignées par la suite LCCE. Les articles de loi cités par la suite sans référence sont ceux de ces lois coordonnées.

<sup>6</sup> Le contentieux du dommage exceptionnel dans lequel le Conseil d'Etat avait d'abord reçu une compétence d'avis, est devenu une compétence juridictionnelle par l'effet de la loi du 3 juin 1971 (P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Collection de la Faculté de Droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 294). Cette compétence reste confiée au Conseil d'Etat (art. 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat).

<sup>7</sup> La suppression des fonctions gracieuses des juridictions est préconisée depuis longtemps par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, à ce sujet, P. GILLIAUX, «Le temps, le Conseil d'Etat et Strasbourg», *A.P.T.*, 1994, pp. 24 et s., sp. p. 38.

<sup>8</sup> Cette loi abroge aussi l'article 16, 2°, LCCE.

<sup>9</sup> «Exposé des motifs», préc., p. 13. Il est question de «recentrage», p. 22.

<sup>10</sup> Art. 227 de la loi du 15 septembre 2006, précitée, mis en vigueur au 1<sup>er</sup> juin 2007 par l'arrêté royal du 25 avril 2007 «modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat», art. 99 et 100 (*Moniteur belge*, 30 avril 2007).

<sup>1</sup> *Moniteur belge*, 6 octobre 2006.

<sup>2</sup> Leitmotiv du projet de loi réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des étrangers, du 10 mai 2006, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 51-2479/001, p. 4. Cité dans la suite «Exposé des motifs».

<sup>3</sup> H. VELGE, *La loi du 23 décembre 1946 instituant en Belgique le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1947, n°s 11 et s.

<sup>4</sup> Les exemples de contestations tranchées par les députations permanentes et des supérieurs d'administration illustrent les travaux préparatoires, H. VELGE, *ibid.*

## II. – LE RECOURS EN ANNULATION PROCURE AUX ADMINISTRÉS DES GARANTIES DONT ILS NE JOUSSAIENT PAS

Il s'agissait, en 1946, de procurer aux administrés *des garanties dont ils ne jouissaient pas*. L'introduction du recours en annulation apparaissait alors comme un progrès considérable de l'Etat de droit. A ce moment, en effet, le juge judiciaire n'avait pas encore exercé toute la compétence qu'il a aujourd'hui acquise dans le contentieux administratif.

En 1831, le Congrès national «constitue» le pouvoir judiciaire et crée un contrôle diffus de la légalité des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux. Le juge judiciaire peut censurer les actes administratifs illégaux (art. 159 de la Constitution) mais, il ne le peut que si l'administré fait valoir au principal une lésion d'un droit civil ou politique. L'article 159 est en effet un accessoire de la compétence des cours et tribunaux de connaître des contentieux relatifs aux droits subjectifs<sup>11</sup>. Le recours au Conseil d'Etat vient s'ajouter à la panoplie. Il sera ouvert à celui qui fait valoir un intérêt à la disparition de l'acte. Ce recours aurait pu être populaire, comme le permet en logique son caractère objectif. La condition d'intérêt est là pour des raisons pratiques<sup>12</sup>.

En 1946, le juge judiciaire était à coup sûr compétent pour contrôler l'acte dont l'administration demandait l'*application*, comme dans le domaine de l'expropriation ou des règlements assortis de sanctions pénales. En revanche, la compétence de connaître de recours introduits par l'administré contre un acte administratif était controversée. L'exercice d'une censure positive par le juge judiciaire semblait exclue<sup>13</sup>. La réponse est nette : le recours pour excès de pouvoir donne, par principe, l'initiative à l'administré.

A ce moment encore, le contrôle de l'administration par le juge judiciaire était moins développé qu'à l'heure actuelle. Le juge se refusait généralement de contrôler la

légalité interne des actes<sup>14</sup>. Le Conseil d'Etat pourrait offrir un contrôle plus étendu.

Enfin, la censure par le juge judiciaire se limite à une décision de ne pas appliquer l'acte dans le cas jugé. Le jugement n'annule ni ne réforme l'acte administratif<sup>15</sup>. Il ne fait pas disparaître l'acte administratif dont l'application ultérieure n'est pas exclue. Le législateur pouvait aller plus loin sans violer la Constitution<sup>16</sup>. L'attribution au Conseil d'Etat d'une compétence d'annulation valant *erga omnes* permettrait d'empêcher toute application ultérieure de l'acte censuré<sup>17</sup>.

La volonté du législateur de 1946 était d'étendre la protection juridictionnelle des administrés sans empiéter pour autant sur les compétences établies par la Constitution. La création du Conseil d'Etat s'inscrit donc dans une perspective de subsidiarité; elle ne porte aucune atteinte aux compétences des juridictions judiciaires<sup>18</sup>. En d'autres termes, le recours en annulation porté devant le Conseil d'Etat ne peut jamais tendre au règlement d'une contestation portant, à titre principal, sur un droit civil<sup>19</sup>. Le législateur voulait surtout créer une nouvelle catégorie de litiges : un contentieux, dit «objectif», dirigé contre les actes administratifs, fondé non pas sur la lésion d'un droit «subjectif», mais bien sur l'existence d'un simple intérêt à voir restaurer la légalité. Cette restauration se fait par l'annulation, sans réformation, par le Conseil d'Etat.

## III. – PROGRÈS DU CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION PAR LE JUGE JUDICIAIRE

En même temps que se développait la jurisprudence du Conseil d'Etat, les pouvoirs du juge ordinaire dans le contentieux administratif allaient progressivement s'étendre et la nécessité du recours en annulation perdre sa netteté initiale.

<sup>11</sup> Ch. HUBERLANT, «Le problème du sursis à exécution des décisions administratives en Belgique», *R.J.D.A.*, 1975, pp. 85 et s.

<sup>12</sup> Sur cette condition, not. J. BAERT et G. DEBERSAQUES, *Raad van State, Ontvankelijkheid*, Bruges, La Chartre, 1996; P. LEWALLE, *o.c.*, 2002, pp. 653 et s.; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, pp. 477 et s.

<sup>13</sup> Historiquement, cette censure fut exercée avec une prudence excessive par les juridictions judiciaires, lesquelles étaient probablement influencées par la doctrine française de la séparation de l'administration et du juge. Ainsi, le 26 avril 1834, estimant que les juridictions judiciaires ne pouvaient pas s'opposer à l'exécution d'arrêtés directement poursuivie par le pouvoir exécutif, la cour d'appel de Bruxelles réforma deux ordonnances par lesquelles le président du tribunal d'Anvers avait fait défense à l'administration de mettre à exécution un arrêté d'expulsion qu'il estimait illégal (voy. P. GOF-FAUX, «De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'Etat», in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 31 et s., sp. pp. 41 à 44). H. VELGE, *o.c.*, n° 120. Ce n'est que dans les années 80 que, avec le soutien de la Cour de cassation, le juge judiciaire des référés commença à pratiquer une véritable censure des actes administratifs illégaux dans le respect des principes révolutionnaires et constitutionnels de 1831, *infra*.

<sup>14</sup> H. VELGE, *o.c.*, n° 118. La célèbre affaire *Appoline Meeus* l'illustre clairement (Cass., 24 octobre 1866, concl. M. LECLERCQ, *Pas.*, 1867, I, pp. 11 et s.; M. LEROY, *o.c.*, 2004, pp. 21 à 25, qui expose qu'à ce moment et jusqu'en 1926, la juridiction judiciaire n'appliquait l'article 159 de la Constitution qu'aux règlements et *ibid.*, p. 76). A l'heure actuelle, l'application de l'article 159 aux actes individuels est certaine (dernièrement, Cass., 4 décembre 2006, *J.T.*, 2007, p. 169).

<sup>15</sup> Cass. 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, pp. 193 et s. concl. P. LECLERCQ; J.-F. LECLERCQ, concl. préc. Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, pp. 594 et s., sp. p. 595.

<sup>16</sup> Telle fut finalement l'opinion de WODON qui semble avoir emporté l'adhésion du législateur («Du recours pour excès de pouvoir devant la Constitution belge, Académie royale de Belgique», *Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 5<sup>ème</sup> série, t. XXIV, 1938, p. 519).

<sup>17</sup> En revanche, une décision de cassation administrative n'aurait d'effets qu'inter partes («Travaux préparatoires de la loi de 1946», cités par H. VELGE, *o.c.*, n°s 108 et 126). Cette position apparaît trop peu nuancée, à ce sujet, P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, préc., n°s 514 et s.

<sup>18</sup> La clarté et la simplicité des explications fournies par la doctrine contemporaine de la création du Conseil d'Etat tranchent singulièrement avec la jurisprudence ultérieure (voy., H. VELGE, *o.c.*, 1947, p. 124).

<sup>19</sup> En revanche, il pourrait tendre au règlement d'une contestation portant sur un droit politique pour autant que le législateur l'ait prévu.

Tout d'abord, la présence d'un droit lésé demeure la condition nécessaire de la compétence du juge judiciaire mais la période contemporaine se caractérise par l'explosion des droits subjectifs dont il devient assez facile de faire considérer la lésion pour obtenir ensuite du juge judiciaire la censure de l'acte administratif<sup>20</sup>. Si bien qu'un recours objectif, détaché de la lésion d'un droit demeure utile mais devient moins nécessaire.

Ensuite, la question de la censure positive a été résolue favorablement. Si l'administration qui a méconnu le droit subjectif disposait uniquement d'une compétence liée, le juge judiciaire peut aujourd'hui lui interdire de faire ce qu'elle ne pouvait pas faire et lui ordonner de prendre les mesures qui s'imposent pour restaurer ce droit lésé. Ce point fut acquis d'abord en matière de responsabilité civile. Le principe a ensuite gagné le domaine de la protection provisoire des droits par le juge judiciaire des référés. En effet, en matière de responsabilité, la Cour de cassation a décidé, en 1980, que les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans les pouvoirs réservés à l'administration dans l'exécution de la loi lorsque, pour rétablir complètement le préjudice dans ses droits, ils ordonnent le rétablissement en nature du dommage et prescrivent à l'autorité des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable<sup>21</sup>. Ce raisonnement était le prélude à la reconnaissance élargie de la *censure positive*. Elle n'allait plus tarder.

La Cour de cassation a reconnu au juge la compétence de prévenir la lésion illicite d'un droit quel que soit l'auteur de la lésion : «*le juge, statuant en référé, dans les cas dont il reconnaît l'urgence est compétent pour prendre au provisoire à l'égard de l'administration, auteur d'une telle atteinte, les mesures nécessaires à la conservation des droits des particuliers*»<sup>22</sup>. La Haute juridiction a précisé que «*le juge des référés ne s'immisce pas dans les attributions du pouvoir exécutif lorsque, statuant au provisoire dans un cas dont il reconnaît l'urgence, il se déclare [...] compétent pour, dans les limites de sa mission, prescrire à l'autorité administrative les mesures et notamment les défenses nécessaires aux fins de prévenir ou de faire cesser une atteinte portée fautivement par cette autorité à des droits subjectifs dont la sauvegarde relève des cours et tribunaux*»<sup>23 24</sup>. Ce pouvoir s'étend à la protection des in-

térêts légitimes<sup>25</sup>. En outre, cette jurisprudence condamne la doctrine restrictive de la voie de fait qui ne permettait l'intervention du juge que dans le cas d'agissements administratifs manifestement graves et irréguliers<sup>26</sup>.

La limite, en matière d'injonction, est que le juge, y compris le juge des référés<sup>27</sup>, ne peut empiéter sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration<sup>28</sup> : il ne peut lui dicter ce qu'elle doit faire lorsqu'elle peut choisir entre plusieurs comportements licites. S'il le faisait, il violerait *le principe la séparation des pouvoirs*. Ainsi, en imposant un certain mode d'organisation des vols d'avions au départ de l'aéroport de Bruxelles National, la cour d'appel de Bruxelles a violé ce principe car le choix du mode d'organisation revenait à l'administration, plusieurs manières de l'exercer étant concevables<sup>29</sup>.

Quant au contrôle de légalité de l'acte administratif, la compétence du juge judiciaire comme celle du Conseil d'Etat s'étendent aujourd'hui à la légalité interne et à la légalité externe. Dans plusieurs arrêts relatifs au contentieux de l'expropriation pour cause d'utilité publique, la Cour d'arbitrage a constaté que le contrôle exercé sur l'acte par le Conseil d'Etat et par la juridiction judiciaire avait la même étendue et la même intensité<sup>30</sup>. Le contrôle ultime du pouvoir discrétionnaire étant celui de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>31</sup>. En d'autres mots, le juge ne peut censu-

*justiciable des conséquences d'une certaine gravité difficilement réparables* (Concl. préc., *J.T.*, 1985, pp. 697 et s., sp. n° 12).

<sup>25</sup> Sur les limites de ces pouvoirs, B. JADOT, «Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'administration : le pouvoir d'injonction et la réparation en nature», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 441 et s., et sp. n°s 7 et s.

<sup>26</sup> Sur ce point, J. VAN COMPENOLLE et G. de LEVAL, «Le référé administratif : une institution en sursis», in *L'administration face à ses juges*, Liège, Edition du Jeune Barreau, 1987, pp. 189 et s., sp. n°11.

<sup>27</sup> Cass., 12 décembre 2003, *C.D.P.K.*, 2005, pp. 370 et s., obs. F. VAN NUFFEL.

<sup>28</sup> G. D'HOORE, concl. préc. Cass., 19 avril 1991, *R.W.*, 1991-1992, pp. 86 et s., sp. p. 87; E. KRINGS, concl. préc. Cass., 23 mars 1984, *R.W.*, 1984-1985, pp. 15 et s.; P. LEWALLE, *Contentieux administratif, o. c.*, p. 316. Comp. avec Ph. LEVERT, «L'intervention du juge des référés dans le droit administratif», in J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH (dir.) *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Ed. du jeune barreau de Bruxelles, 2003, p. 374.

<sup>29</sup> Cass., 4 mars 2004, concl. G. DUBRULLE, *C.D.P.K.*, 2005, pp. 171 et s., obs. Th. BOMBOIS.

<sup>30</sup> Not. C.A., 14 juillet 1992, 57/92, *Moniteur belge*, 20 octobre 1992, motif B.12.; C.A., 23 décembre 1992, 80/92, *Moniteur belge*, 19 janvier 1993, motif B.7.; C.A., 27 octobre 1993, 75/93, *Moniteur belge*, 18 janvier 1994, motif B.10. En revanche, dans le contentieux scolaire, la Cour d'arbitrage a considéré (C.A., 9 avril 2003) que le Conseil d'Etat assurait aux étudiants une protection juridictionnelle plus efficace que les juridictions judiciaires. Cette différence est soulignée par D. DEOM («Enseignement libre et autorité administrative : dis-moi oui, dis-moi non», *A.P.T.*, 2004, pp. 95 et s., sp. pp. 97 et 105). L'affirmation est mise en doute par le Doyen LEWALLE, in *Droit administratif et contentieux. Compléments 2007*, Liège, Editions de l'Université, p. 153.

<sup>31</sup> Exemple d'un cas de critique par le requérant des options d'urbanisme relatives à ses terrains contenues dans un plan communal d'aménagement : jugé «Considérant que les parties adverses ont refusé d'autoriser la présence demandée par le requérant d'une quatrième zone de bâtisse sur la parcelle 21t en raison de l'affectation d'une partie de cette parcelle en zone de cours et jardins à ouverture paysagère et par la possibilité d'accueillir plus de trois logements dans les trois zones de bâtisse; qu'elles ont ainsi indiqué les motifs justifiant leur appréciation; qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation des faits à celle de l'autorité administrative; qu'il lui revient seulement de censurer, sur recours, l'erreur manifeste d'appréciation que pourrait avoir commise cette autorité, ce que le requérant n'établit pas», C.E., 9 novembre 2006, *Tang*, 164586.

<sup>20</sup> Pour des exemples, M. PAQUES et L. DONNAY, «Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge», *C.D.P.K.*, 2007, pp. 73 et s.

<sup>21</sup> Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, I, pp. 1341 et s., concl. J. VELU; *R.C.J.B.*, 1983, pp. 173 et s., note F. DELPEREE; D. DEOM, «De la réparation du préjudice causé par les pouvoirs publics», *A.P.T.*, 1981, pp. 128 et s.; F. DE VISSCHER, «Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration», *J.T.*, 1981, pp. 682 et s.; voy. ég. réf. citées in M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, n° 228.

<sup>22</sup> Cass., 21 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 251; Cass., 20 septembre 1990, *R.J.C.B.*, 1993, pp. 618 et s., note J. VERHOEVEN. Voy. ég. Cass., 5 mai 2000.

<sup>23</sup> Cass., 21 mars 1985, *J.T.*, 1985, pp. 697 et s., concl. J. VELU; pour un examen de l'insertion de ces arrêts dans la jurisprudence, voy. Cl. DOYEN, «Le référé et l'administration, Exposé de la jurisprudence», in *L'administration face à ses juges*, Ed. du jeune Barreau de Liège, 1987, pp. 171 et s., sp. p. 176.

<sup>24</sup> Quant à la condition d'urgence, M. VELU, estime qu'elle est remplie «lorsque l'exécution immédiate de cette décision risque d'entraîner pour le

rer ce que l'administration a fait dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire si l'exercice de ce pouvoir n'est entaché ni d'excès de pouvoir, ni de faute<sup>32</sup>. Dans ce cas, la séparation des fonctions de juger et d'administrer ou la limite, plus connue, de la séparation des pouvoirs s'imposent au juge judiciaire comme au Conseil d'Etat.

En revanche, la sanction de l'illégalité de l'acte entrepris par une décision d'annulation valant *erga omnes* continue d'être de la seule compétence du Conseil d'Etat. Le juge judiciaire n'annule pas l'acte administratif<sup>33</sup> sauf attribution spéciale de compétence.

#### IV. – INSUFFISANCES DE L'ORGANISATION DU RECOURS EN ANNULATION

Le recours pour excès de pouvoir répondait à une importante nécessité. Celle-ci se maintient malgré les progrès du contrôle de l'administration par le juge ordinaire; l'observation de la pratique ne cesse de le confirmer<sup>34</sup>. Ce contentieux de l'excès de pouvoir est la principale activité juridictionnelle du Conseil d'Etat<sup>35</sup>. Quelques faiblesses de son organisation n'allaient pas tarder à apparaître qui appelleraient à leur tour l'intervention du législateur.

Une première difficulté tient au rôle subsidiaire du recours en annulation. Le Conseil d'Etat doit rejeter le recours quand le législateur a attribué le litige à un autre juge. Mais au delà des attributions explicites<sup>36</sup>, le principe de la compétence exclusive du juge judiciaire pour connaître du contentieux des droits subjectifs a pour conséquence que le Conseil d'Etat doit aussi se déclarer incompétent quand le recours en annulation d'un acte administratif a pour objet véritable la sanction du droit subjectif du requérant. Cette difficulté n'avait guère retenu l'attention du législateur. Elle allait progressivement s'affirmer dans la jurisprudence de la Cour de Cassation compétente pour trancher les conflits d'attribution (art. 158 Const.; art. 33 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat). Elle donne encore lieu à plusieurs arrêts par an. Des exposés circonstanciés y ont été consacrés<sup>37</sup>. Disons seulement qu'une conception assez stricte du *con-*

*tentieux portant sur des droits subjectifs* permet au Conseil d'Etat de demeurer compétent même si le recours a certains effets sur le droit subjectif. En effet, sa compétence n'est exclue que si le recours tend à la sanction du droit et que le moyen soit pris de la violation de la disposition qui fonde le droit. Ce n'est pas le cas quand l'administration exerce une compétence discrétionnaire même si l'acte a une incidence sur les droits du requérant<sup>38</sup>. Néanmoins cette question récurrente, cette difficulté de prévoir avec certitude l'issue de la contestation de la compétence, nuisent à la fluidité des affaires et à la sûreté de la voie du recours en annulation.

Un autre inconvénient tient à l'incomplétude de la compétence. Lorsque le Conseil d'Etat constate que l'acte entrepris est irrégulier, il en prononce l'annulation. Souvent le requérant bénéficiaire de l'arrêt soutient que l'irrégularité en question lui a causé un dommage et souhaite en obtenir la réparation. Le contentieux de la responsabilité de l'administration est, en Belgique, un contentieux de droit civil qui ressortit à la compétence exclusive des cours et tribunaux. Le Conseil d'Etat ne peut donc régler la réparation dans la foulée de l'annulation. Le procès en réparation doit être recommencé devant le juge civil seul compétent pour décider si l'acte sanctionné par l'annulation est bien un comportement fautif, s'il y a dommage et lien causal. L'étendue du contrôle judiciaire des actes permet d'agir en responsabilité contre l'administration sans faire de détour par la rue de la Science. Le juge civil peut apprécier la validité de l'acte administratif, procéder à la qualification de la faute et, s'il y a lieu, en tirer toutes les conséquences quant à la réparation. Le demandeur bénéficiera en outre de la compétence territoriale décentralisée de la juridiction civile et des voies de recours. C'est donc au juge judiciaire que l'on doit l'établissement d'une jurisprudence relative aux effets des arrêts d'annulation sur la qualification de la faute. La Cour de cassation tire des conséquences fort nettes de l'arrêt d'annulation : lorsqu'une demande de responsabilité est fondée sur l'excès de pouvoir et que cet excès de pouvoir a été sanctionné par un arrêt d'annulation de l'acte administratif par le Conseil d'Etat, la juridiction de l'ordre judiciaire doit nécessairement décider, en raison de l'autorité de la chose jugée *erga omnes* qui s'attache à pareille décision d'annulation, que l'autorité administrative, auteur de l'acte attaqué, a commis une faute et que cette faute donne lieu à réparation à la condition que le lien causal entre l'excès de pouvoir et le dommage soit prouvé<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> Cass., 12 décembre 2003, *C.D.P.K.*, 2005, pp. 370 et s., obs. F. VAN NUFFEL. L'arrêt du 12 décembre 2003 casse la décision de la Cour d'appel qui a fait lever des scellés et autorisé l'exploitant à poursuivre ses activités parce que le juge d'appel a ainsi contrôlé l'opportunité d'une mesure administrative alors que ce juge avait admis l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration chargée du contrôle des établissements par le RGPT (art. 22) et n'avait pas constaté que le fonctionnaire avait commis une faute ou excès de pouvoir (C0005578F, <http://www.juridat.be/juris/jucf.htm>)

<sup>33</sup> J.-F. LECLERCQ, concl. préc. Cass. 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, pp. 594 et s., sp. p. 595.

<sup>34</sup> Il suffit pour s'en convaincre d'examiner les chiffres publiés dans les rapports du Conseil d'Etat et les informations les plus récentes données dans les travaux préparatoires de la loi du 15 septembre 2006 (*Exposé des motifs*, précité, pp. 4 et s.).

<sup>35</sup> M. LEROY, *o.c.*, 2004, p. 80.

<sup>36</sup> Ch. HUBERLANT, «Le Conseil d'Etat et les compétences spéciales attribuées au pouvoir judiciaire», *J.T.*, 1953, pp. 577 et s.

<sup>37</sup> Le point par P. LEWALLE, *o.c.*, 2007.

<sup>38</sup> M. LEROY, «Aux confins des compétences judiciaires et administratives», *A.P.T.*, 1988, pp. 148 et s.

<sup>39</sup> Cass. 21 décembre 2001, C990528F, [http://www.juridat.be/cass/cass\\_fr/p1.php](http://www.juridat.be/cass/cass_fr/p1.php); aussi les conclusions du Premier Avocat général LECLERCQ, préc. Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 599, qui donne cet arrêt pour la jurisprudence de la Cour. Des positions plus nuancées doivent cependant être notées, Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, pp. 772 et s., concl. J. VELU; notre analyse de l'arrêt et de la question in M. PAQUES, «L'application de la loi fiscale – Principe de bonne administration en droit administratif et en droit fiscal, Présentation et mise en œuvre», *Act. Dr.*, 1993, pp. 399 et s., n<sup>os</sup> 51 et s.

En 1946, le législateur ne règle pas non plus les effets de l'annulation vis-à-vis de l'administration dont l'acte a été censuré. Le problème présenté ici est surtout celui de l'administration récalcitrante, celle qui refuse ou qui tarde à tirer les conséquences claires de l'annulation<sup>40</sup>. Le Conseil d'Etat est sans compétence pour procéder lui-même à la réfection de l'acte mais peut-on tirer de l'arrêt d'annulation l'ordre de refaire l'acte quand cela est possible? Quelles sont les obligations du jury d'examen le lendemain de l'annulation de la délibération relative à tel étudiant? Dès l'introduction de l'article 1385bis dans le Code judiciaire, la question du prononcé d'une astreinte par le Conseil d'Etat allait se poser. Pour répondre, il fallait déterminer si l'annulation contenait une injonction. La doctrine et la jurisprudence étaient divisées. On y revient dans un instant.

Enfin, en principe, le recours ne suspend pas les effets de l'acte entrepris. Sans même parler d'arriéré, l'annulation pouvait survenir trop tard pour avoir l'effet utile recherché par le requérant. L'annulation de l'interdiction d'une manifestation sur la voie publique était l'exemple type. De nombreux auteurs souhaitaient que le Conseil d'Etat reçoive le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution des actes administratifs et demandaient la création d'un référé administratif devant le Conseil d'Etat<sup>41 42</sup>. En attendant, l'on cherchait le secours du juge judiciaire des référés appelé, dès que la compétence de censure positive fut bien établie, à prononcer les défenses et injonctions.

Toutes ces difficultés trouvent à leur tour certaines réponses.

## V. – RENFORCEMENT DU RECOURS EN ANNULATION PAR LE LÉGISLATEUR

Le problème de la subsidiarité de la compétence d'annulation n'a guère évolué. Un mouvement doctrinal a proposé de reconsidérer les fondements mêmes du recours pour excès de pouvoir en le transformant en un contentieux portant sur les droits politiques, ce qui pourrait permettre alors d'en dessaisir complètement le juge judiciaire pour l'attribuer exclusivement à la juridiction

et «De la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire», in *Droit des citoyens et des associations dans le droit européen de l'environnement*, Bruxelles, Story-Scientia, 1998, pp. 95 à 142; récemment, D. DE ROY, *La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 29 septembre 2006.

<sup>40</sup> L'extension éventuelle de l'annulation à d'autres actes que celui qui est annulé par le dispositif de l'arrêt a fait l'objet de recherches doctrinales attentives. Il ne fait aucun doute que le législateur a opportunément laissé cette question à la jurisprudence.

<sup>41</sup> Not. P. LEWALLE, «Une adjonction nécessaire aux compétences du Conseil d'Etat : le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution», *Ann. Dr. Liège*, 1975, pp. 289 et s.

<sup>42</sup> Jugé qu'«Aucune disposition de la Constitution n'oblige le législateur à instaurer de manière générale une procédure de référé administratif», C.A., 24 novembre 2004, 191/2004, motif B.3; Eg. C.A., 14 juillet 1994, 61/94, motif B. 5.7.

administrative dans le respect de la Constitution<sup>43</sup>. Cette idée de reconstruction ne trouve pas d'écho législatif ou jurisprudentiel. Il est difficile de faire abstraction de l'histoire du système<sup>44</sup> mais une clarification de notre dualisme aiderait à rendre la justice «cohérente et efficace»<sup>45</sup>.

Le contentieux de la responsabilité de l'administration continue d'échapper au Conseil d'Etat<sup>46</sup>. La position du juge judiciaire n'a cessé de se renforcer. Dès l'arrêt *La Flandria*, en 1920, l'affirmation que le droit lésé déterminait la compétence, la décision, prise ensuite, que le droit à réparation était nécessairement civil<sup>47</sup> contraignaient désormais le législateur à procéder à des disqualifications majeures au cas d'ailleurs bien improbable<sup>48</sup> où il aurait voulu dessaisir le juge ordinaire et confier la matière de la responsabilité administrative au Conseil d'Etat<sup>49</sup>. La Cour de cassation a appliqué les mêmes principes à la responsabilité de l'Etat pour le fait du juge, puis tout récemment, du législateur, à l'exception toutefois des commissions parlementaires<sup>50</sup>.

L'efficacité des arrêts souffrait de l'impossibilité dans laquelle le Conseil d'Etat se trouvait de prononcer des astreintes. L'astreinte dans le contentieux administratif appelle l'importante question de l'opportunité de condamner l'administration à payer pour l'obliger à respecter un acte juridictionnel. De toute façon, pour la plupart, le droit commun s'y opposait car l'on ne pouvait voir aucune injonction ou condamnation principale dans

<sup>43</sup> Cette idée est soutenue dans plusieurs écrits de B. BLERO, voy. not. «Du Droit objectif aux droits politiques des administrés. Essai sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir», *C.D.P.K.*, 1998, pp. 151 à 157; «Les droits subjectifs, les droits civils et les droits politiques dans la Constitution», *A.P.T.*, 1997, pp. 233 à 279; B. BLERO, «L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire», in *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 203 à 267.

<sup>44</sup> M. LEROY, *o.c.*, 2004, pp. 88 à 94.

<sup>45</sup> Pierre NIHOUL, «Dans l'attente des tribunaux administratifs... La loi du 4 août 1996 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973», *J.T.*, 1997, pp. 833 et s., sp. n° 2.

<sup>46</sup> Le contentieux du dommage exceptionnel est confiné à des cas tout à fait marginaux.

<sup>47</sup> Cass., 16 décembre 1965, *R.C.J.B.*, note Ch. GOOSSENS; Cass. 23 mars 1984, *R.W.*, 1984-1985, col. 39, concl. KRINGS; B. HAUBERT et Ch. PANIER, «L'astreinte et le contentieux de l'annulation devant le Conseil d'Etat, obs. sous Cour de Justice Benelux, 1<sup>er</sup> juillet 1987», *J.L.M.B.*, 1988, pp. 1201 et s.

<sup>48</sup> La doctrine a toutefois suggéré récemment qu'il serait opportun, pour des raisons d'impartialité de confier au Conseil d'Etat ou à la Cour d'arbitrage, le contentieux de la responsabilité de l'Etat pour le fait du pouvoir judiciaire dans lequel ce dernier est juge et partie (M. UYTENDAELE, obs. sous Cass. 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2006, sp. p. 1564). L'auteur suggérerait de saisir sur ce point l'occasion de la prochaine révision de la Constitution. Si la question était réglée par révision de la Constitution, les obstacles à tirer de l'article 144 dépendraient de l'étendue de la déclaration de révision. D'autres suggestions de cet ordre sont faites en vue de donner une portée plus efficace aux arrêts du Conseil d'Etat prononcés sur les actes détachables de marchés publics (Lis. les propos du Premier Président Robert ANDERSEN recueillis par J. BOURTEMBOURG et Fr. TULKENS, *J.T.*, 2006, p. 48).

<sup>49</sup> On sait qu'avant le prononcé de cet arrêt, la création d'une cour de contentieux administratif était envisagée à laquelle aurait pu être attribuée le contentieux de la responsabilité de l'administration (H. VELGE, *o.c.*, p. 17).

<sup>50</sup> Cass. 1<sup>er</sup> juin 2006 et 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1524 et s., obs. I. WOUTERS, Y. THIELS; obs. J. WILDEMEERSCH; obs. M. UYTENDAELE.

un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat belge<sup>51</sup>. Dès lors l'intervention spécifique du législateur était nécessaire et elle a eu lieu en 1990<sup>52</sup>. La loi a permis au Conseil d'Etat d'imposer une astreinte au soutien d'une obligation de prendre une nouvelle décision ou d'une obligation d'abstention. La procédure requiert toutefois une mise en demeure<sup>53</sup>, un délai d'attente, une nouvelle requête et un nouvel arrêt<sup>54</sup>.

Le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution fut octroyé au Conseil d'Etat d'abord de manière sectorielle<sup>55</sup>, puis de manière générale mais limitée à certains moyens<sup>56</sup>, désormais de manière complète, c'est-à-dire dans tout le champ de la compétence d'annulation pour excès de pouvoir<sup>57</sup>. Le contentieux objectif, l'utilité de l'arrêt d'annulation, recevait enfin une protection provisoire accordée par le Conseil d'Etat lui-même<sup>58</sup>. Paradoxalement, ces législations intervenaient à un moment où l'administré trouvait déjà devant le juge civil des référés de puissantes protections développées depuis l'admission de la censure positive et son amplification due à l'extension du concept de droit subjectif. Après des hésitations sur la portée

exacte de la nouvelle compétence du Conseil d'Etat<sup>59</sup>, il apparut que celle-ci ne pouvait exclure l'intervention du juge des référés judiciaire si des droits subjectifs étaient en cause. La compétence du Conseil d'Etat en référé comme au fond demeurant quant à elle limitée par la doctrine de l'objet véritable du recours. Cette manière de voir les choses ouvre, en référé comme au fond, une plage d'interventions concurrentes du Conseil d'Etat et du juge judiciaire. Le juge judiciaire ne cessant d'être compétent que si le litige qui est porté devant lui se résume au procès fait à un acte par une partie seulement intéressée, une partie qui ne demanderait pas la protection d'un droit subjectif, ce qui tend souvent mais pas toujours<sup>60</sup> à relever de la maladresse ou de la mauvaise information<sup>61</sup>.

Outre ce pouvoir de prononcer la suspension de l'exécution de l'acte, le législateur confia au Conseil d'Etat la compétence d'ordonner des mesures provisoires<sup>62</sup>. Le problème de frontière avec le contentieux judiciaire obnubilait à nouveau. Il fut précisé, dans des termes ambigus, que le Conseil d'Etat était *seul* compétent et qu'il ne pouvait ordonner des mesures ayant pour objet des droits civils (art. 18)<sup>63</sup> <sup>64</sup>.

<sup>51</sup> Cour de Justice Benelux, 1<sup>er</sup> juillet 1987, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 1201 et s. obs. B. HAUBERT et Ch. PANIER, *L'astreinte et le contentieux de l'annulation devant le Conseil d'Etat*; Cass. 23 mars 1984, *R.W.*, 1984-1985, col. 39, concl. KRINGS.

<sup>52</sup> Selon l'exposé des motifs : « [l']instauration d'une astreinte dans ce contentieux s'impose, car la recherche scientifique révèle que l'efficacité d'un recours devant le Conseil d'Etat est de plus en plus compromise par le fait qu'un bon nombre d'arrêts ne sont pas exécutés par les autorités. Une situation dans laquelle l'administration – [considérant] comme étant légal ce que le juge administratif a jugé illégal – ne tient pas compte de l'arrêt, constitue la négation du principe même du juge administratif (Conseil d'Etat, 18 octobre 1978, *Van Vuchelen*, n° 19.197) » (*Doc. parl.*, Sénat, 1989-1990, n° 984/1, p. 8).

<sup>53</sup> M. LEROY, *o.c.*, 2004, p. 717.

<sup>54</sup> L'article 36, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, inséré par la loi du 17 octobre 1990 et modifié par l'article 148 de la loi du 20 juillet 1991, énonce : « Lorsque le rétablissement de la légalité signifie que l'annulation d'un acte juridique comme mentionné à l'article 14, doit être suivie d'une nouvelle décision des autorités ou d'un nouvel acte des autorités, la personne à la requête de laquelle l'annulation est prononcée, peut, si l'autorité ne remplit pas ses obligations, demander au Conseil d'Etat d'imposer une astreinte à l'autorité en question. Lorsqu'il ressort d'un arrêt en annulation une obligation d'abstention vis-à-vis de certaines décisions pour l'autorité administrative, la personne à la requête de laquelle l'annulation est prononcée peut demander au Conseil d'Etat d'ordonner à l'autorité sous peine d'une astreinte, de retirer les décisions qu'elle aurait prises en violation de l'obligation d'abstention découlant de l'arrêt d'annulation. Cette requête n'est recevable que si le requérant a enjoint à l'autorité par une lettre recommandée à la poste, de prendre une nouvelle décision et qu'au moins trois mois se sont écoulés depuis la notification de l'arrêt en annulation. L'astreinte ne peut être encourue avant que l'arrêt qui la fixe ne soit notifié; aussi l'arrêté royal du 2 avril 1991 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat en matière d'astreinte. J.-F. NEURAY, « Considérations sur l'exécution des arrêts du Conseil d'Etat », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 809 et s. Aucun aspect des dispositions de la loi relatives à l'astreinte n'a été jugé contraire à la Constitution, C.A., 22 novembre 2006, 177/2006.

<sup>55</sup> Not. par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, art. 70.

<sup>56</sup> Loi du 16 juin 1989 portant diverses réformes institutionnelles. Sur celle-ci, not. P. LEWALLE, *o.c.*, 1993, pp. 35 et s.

<sup>57</sup> Loi du 19 juillet 1991 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973 en vue d'introduire un référé administratif et portant création d'un emploi de greffier informaticien.

<sup>58</sup> Renforcée éventuellement par le prononcé immédiat d'une astreinte (art. 17, § 5).

<sup>59</sup> On se demande si la compétence du président du tribunal en référé n'est fondée que sur l'article 584 du code judiciaire ou si elle est également la mise en œuvre de articles 144 et 145 de la Constitution; la première thèse permettait d'exclure la compétence du président du tribunal sans violer la Constitution (pour un exposé de la controverse avant et après la loi de 1989, P. LEWALLE, *Le référé administratif*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit, 1993, pp. 62 et s.). Dans la période postérieure à la loi de 1991, ces hésitations sont dues notamment au vocabulaire législatif : « le Conseil d'Etat est seul compétent... » (Art. 17. [§ 1<sup>er</sup>. Lorsqu'un acte ou un règlement d'une autorité administrative est susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14, § 1<sup>er</sup>] (*L. 25 mai 1999, art. 3*), le Conseil d'Etat est seul compétent pour ordonner la suspension de son exécution), malgré la volonté exprimée au cours des travaux préparatoires de respecter la compétence du juge des référés sur les droits subjectifs, opposés de manière bien théorique à des « droits objectifs » (*Doc. Parl.*, S., 1990-1991, 1300/2, pp. 3 et s.) alors que, comme l'observe justement le Doyen Lewalle, ces compétences ne sont pas « rigoureusement alternatives » (*o.c.*, p. 87). J.-F. NEURAY, « L'avenir du référé administratif », in *Mél. J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 679 et s., pp. 688-689; M. QUINTIN, « Des mesures provisoires d'urgence et des mesures accélérées », *A.P.T.*, 1995, pp. 123 et s., pp. 124-125.

<sup>60</sup> Pour un cas dans lequel le requérant conteste la légalité d'un acte devant le juge des référés qui se déclare incompétent, Civ. Liège, réf., 4 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 323.

<sup>61</sup> La compétence du juge civil peut être écartée par l'attribution de la compétence de connaître d'un droit politique à une juridiction administrative, comme le nouveau Conseil du contentieux des étrangers, Exposé des motifs, p. 92 et C.A., 18 mars 1997, 14/97. Sur l'étendue de cette exclusion, l'exposé de M. M. KAISER.

<sup>62</sup> C.E., 15 janvier 1992, U., 38499, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 272 et s., obs. Ch. PANIER.

<sup>63</sup> « Art. 18. [Lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'une demande de suspension d'un acte ou d'un règlement, conformément à l'article 17, il peut seul, au provisoire et dans les conditions prévues à l'article 17, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, ordonner toutes les mesures nécessaires afin de sauvegarder les intérêts des parties ou des personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire, à l'exclusion des mesures ayant pour objet des droits civils.]; à ce sujet, P. LEWALLE, *o.c.*, 1993, pp. 172 et s.

<sup>64</sup> Sur une demande de mesures provisoires d'extrême urgence dans le cours d'une procédure de suspension ordinaire, C.E., 2 mars 2005, O., 141511, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 901 et s., obs. Z. MAGLIONI et D. ANDRIEN, « Le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat dans le contentieux des étrangers : y a-t-il un avocat dans l'avion? »; C.E., 2 mars 2005, A.S., 141510, *J.T.*, 2005, p. 326; *R.W.*, 2005-2006, pp. 346 et s., avis Ph. BOUVIER.

Le référé administratif suscita un certain nombre de difficultés inhérentes à la mise en place de toute nouvelle procédure. Nous avons déjà signalé le problème de la compétence dans le rapport au juge civil des référés et aux droits subjectifs. Y est notamment liée la compétence d'ordonner la suspension de la décision de conclure un contrat une fois celui-ci conclu ou la question de l'étendue de la chose jugée en référé par le Conseil d'Etat<sup>65</sup>. Parmi de nombreuses autres questions, la compétence d'ordonner le sursis de décisions de refus fut affirmée par l'assemblée générale<sup>66</sup>, la compétence d'ordonner le sursis des silences constitutifs de rejets (art. 14, §3) décidée par la loi du 15 septembre 2006 (modification de l'article 17)<sup>67</sup>, l'articulation du référé administratif ordinaire et du référé d'extrême urgence, revue par la loi du 15 septembre 2006 (nouveaux alinéas de l'art. 17, § 1<sup>er</sup>).

## VI. – L'ACCESSOIRE ET LE PRINCIPAL, LES MOTS ET LES CHOSES

Notre objet n'est pas l'examen du référé administratif mais celui du recours en annulation<sup>68</sup>. Les deux sont pourtant liés d'une manière qu'on ne peut méconnaître. Ainsi, dès l'introduction du référé, de nombreux recours en suspension ordinaire ou d'extrême urgence mobilisèrent une part importante des moyens du Conseil d'Etat. Avec la conséquence que les décisions au fond seraient retardées tant dans les dossiers où aucune demande de sursis n'était formulée que dans les affaires où étaient introduits des recours en annulation et en suspension. En outre, il apparut bien vite que le délai de 45 jours dans lequel le législateur souhaitait que la décision de référé ordinaire fût prise était le plus souvent trop étroit<sup>69</sup>. Il n'y a guère que dans le référé d'extrême urgence que l'audience et la décision ont lieu dans des délais très brefs au prix, il est vrai, d'une procédure réduite au minimum<sup>70</sup>.

Le référé est l'accessoire; le recours en annulation demeure bien le principal<sup>71</sup>, le projet essentiel du législateur en matière de restauration de la légalité et de maintien de l'Etat de droit<sup>72</sup>. Et pourtant!

<sup>65</sup> Ph. LEVERT, «L'efficacité en amont des arrêts», in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 735 et s., sp. p. 752.

<sup>66</sup> C.E., 15 juin 1999, DEMEULDRE, 80.941.

<sup>67</sup> Dans le même sens que C.A., 24 novembre 2004, 191/2004.

<sup>68</sup> Voy. l'exposé de M. Bruno LOMBAERT.

<sup>69</sup> «Art. 17, §4. [Le président de la chambre ou le conseiller d'Etat qu'il désigne] (L 4 août 1996, art. 11) statue dans les quarante-cinq jours sur la demande de suspension. Si la suspension a été ordonnée, il est statué sur la requête en annulation dans les six mois du prononcé de l'arrêt».

<sup>70</sup> Dans ce cas, où il n'y a pas de rapport, l'appréciation du juge est fondée sur l'évidence plus encore que dans le référé ordinaire, C.E., 1<sup>er</sup> février 2007, *Sa Entreprises Gilles Moury*, 167381.

<sup>71</sup> M. LEROY, o. c., p. 773. On observe notamment que l'arrêt de suspension ne maintient pas ses effets si la requête en annulation n'est pas introduite (art. 17, §3).

<sup>72</sup> Sur le caractère accessoire du recours en suspension, C.E., 18 décembre 2006, MARCHAL, 166.002; C.A., 24 novembre 2004, 191/2004, motif B.6.

L'organisation de la procédure de référé ne permet pas aux parties de développer leur moyens de manière aussi étendue que dans la procédure ordinaire. La défense n'a qu'un bref délai de huit jours pour déposer le «dossier de l'affaire» et sa note d'observations<sup>73</sup>; désormais elle aura quinze jours pour transmettre le «dossier administratif complet» et la note d'observations toujours facultative<sup>74</sup>. Le requérant ne peut introduire de mémoire en réplique. La chambre saisie, composée en principe d'un seul conseiller, depuis la loi du 4 août 1996<sup>75</sup>, ne vérifie que le caractère sérieux des moyens. L'examen du bien fondé est réservé à la décision sur le recours en annulation lui-même. Pourtant, à lire la plupart des arrêts, l'examen du caractère sérieux ne s'éloigne pas souvent de l'examen auquel procède le juge lorsqu'il statue au fond<sup>76</sup>. Et la pratique s'est vite installée suivant laquelle les moyens de suspension correspondent aux moyens d'annulation. La loi du 15 septembre 2006 ne prend-elle pas acte de ce fait en réglant désormais que les demandes de suspension et d'annulation doivent être introduites dans une requête unique<sup>77</sup>? Cette propension au rapprochement sinon à l'assimilation se révèle aussi dans la nouvelle disposition de procédure qui permet à l'auditeur de se dispenser de rédiger un rapport au fond quand l'arrêt de rejet a «déclaré tous les moyens non sérieux»<sup>78</sup>.

Souvent, la doctrine n'hésite pas à considérer que les décisions de référé sont la jurisprudence du Conseil d'Etat. C'est d'ailleurs en référé que sont données les interprétations immédiatement utilisables des nouvelles législations. Dans bien des matières, l'arrêt d'annulation surviendra à un moment où le droit interprété aura changé. L'intérêt institutionnel et organique du recours en annulation qui doit produire une jurisprudence qui éclaire

<sup>73</sup> Arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat.

<sup>74</sup> Art. 66 de l'arrêté royal du 25 avril 2007 modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat (*Moniteur belge*, 30 avril 2007) modifiant l'article 11 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991, préc., applicable aux recours introduits à dater du 1<sup>er</sup> juin (art. 101 de l'arrêté royal du 25 avril 2007).

<sup>75</sup> Loi qui a modifié l'art. 90 LCCE.

<sup>76</sup> Réservons toutefois les référés d'extrême urgence, comme y invite explicitement le Conseil d'Etat (voy. not. C.E., 1<sup>er</sup> février 2007, *Sa Entreprises Gilles Moury*, 167381, prononcé en extrême urgence, dont la motivation est pourtant très approfondie).

<sup>77</sup> Nouvel article 17, §3, des LCCE (art. 6, 3<sup>o</sup>, de la loi du 15 septembre 2006), qui entre en vigueur à une date à fixer par le Roi, soit le 1<sup>er</sup> juin 2007 (art. 98 de l'arrêté royal du 25 avril 2007 modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, *Moniteur belge*, 30 avril 2007). Les procédures demeurent différentes et les moyens sérieux ne sont pas des moyens fondés (*Exposé des motifs*, p. 30). Une requête en suspension d'extrême urgence peut toutefois être introduite par une requête distincte (art. 16 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991, préc., remplacé par l'arrêté du 25 avril 2007, préc.).

<sup>78</sup> Arrêté royal du 25 avril 2007, préc. (art. 70 qui met en œuvre le nouvel art. 17, §4, al. 2, LCCE, en introduisant un nouvel art. 15<sup>quater</sup> dans l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat; aussi le rapport au Roi préc. l'arrêté royal du 25 avril 2007).

toute l'administration et tous les administrés<sup>79</sup> s'en trouve réduit sans disparaître<sup>80</sup>.

L'arrêt de suspension ou de rejet prend dans la réalité de l'affaire une importance qui peut supplanter celle de l'arrêt au fond. Ainsi, lorsque le recours en référé a été rejeté pour défaut de moyen sérieux, le bénéficiaire d'un permis qui hésitait jusque là à le mettre en œuvre se sent en sécurité juridique et passe à l'action. Si, plus tard, survient un arrêt d'annulation, parfaitement possible en droit, cette décision pose problème à l'administration qui avait vu le feu vert et plutôt que de s'incliner comme elle aurait pu le faire après une censure en référé, elle ne cherche alors qu'à refaire l'acte le plus vite possible pour permettre de continuer les travaux déjà bien engagés<sup>81</sup>.

Il n'en va pas tout à fait de même quand le recours en référé est rejeté seulement pour défaut de risque de préjudice grave difficilement réparable causé par l'exécution immédiate de l'acte attaqué. Dans ce cas, rien ne peut être

tiré de sérieux ou de fondé. Ce n'est pas un premier brevet de légalité délivré par la juridiction<sup>82</sup>. Les clerks le savent malgré la propension souvent irrésistible de l'administré bénéficiaire de l'acte à croire le contraire car un rejet est un rejet quand même<sup>83</sup>. L'administration de la condition de préjudice grave absorbe à son tour une partie du temps disponible or elle n'a pour seule fonction que de régler l'accès à la juridiction de référé. Cette appréciation n'est d'aucune utilité pour l'annulation ou le rejet au fond de l'affaire<sup>84</sup>. Le risque de préjudice subi par le requérant, ou son absence, condition plutôt subjective<sup>85</sup>, ne se confond pas avec l'intérêt à agir. Evidemment, une telle condition est le prix du référé conçu dans le but de protéger l'effet de l'annulation<sup>86</sup> dans la mesure où le principe est que tous les recours en annulation ne doivent pas bénéficier du sursis, ni tous les recours en référé de la suspension<sup>87</sup>.

Procurant une plus grande efficacité incontestable au recours en annulation, la procédure en référé a paradoxalement éloigné dans le temps la solution au fond. L'arrière crée de nouvelles situations contraires au droit international<sup>88</sup> et menace le Conseil d'Etat d'asphyxie<sup>89</sup>.

<sup>79</sup> H. VÉLGE, *o.c.*, p. 98; P. GILLIAUX, «Le temps, le Conseil d'Etat et Strasbourg», *A.P.T.*, 1995, pp. 24 et s., sp. p. 28. Un auteur des plus autorisés estime que la jurisprudence n'est qu'un «sous-produit» du contentieux dans lequel on cherche avant tout à procurer une solution à un litige (M. LEROY, *o.c.*, 2004, pp. 582-583). L'unité de la jurisprudence [entendue comme harmonie des interprétations] est un axe de l'organisation de la juridiction, *Exposé des motifs*, p. 56, p. 102.

<sup>80</sup> Cet intérêt à la création de la jurisprudence est évidemment mal perçu par celui qui tarde à recevoir un arrêt de rejet pour irrecevabilité de la demande d'annulation qu'il a introduite et financée et ce désagrément est partagé par les meilleurs auteurs qui refusent d'admettre qu'une décision intéressante pour la connaissance du droit se fasse au prix d'un long arrêt de rejet prononcé longtemps après la requête et la clôture des débats, C.E., 10 février 2005, *La Renaissance*, 140483, in *Aménagement-Environnement*, pp. 208 et s., suivi d'une note de M. Dominique LAGASSE, «Du rapport des infrastructures ferroviaires avec le zonage des plans de secteur ou des zones blanches dans les plans de secteur».

<sup>81</sup> Exemple : Une requête est introduite le 2 août 2004 contre le permis d'urbanisme délivré le 11 mai 2004 par le Ministre de la Région wallonne de l'Aménagement du territoire, de l'Urbanisme et de l'Environnement, autorisant la Régie des bâtiments à construire des extensions au Palais de Justice situé place Saint-Lambert à Liège. Après un long examen d'une erreur manifeste d'appréciation sur laquelle s'opposaient l'auditeur et le siège, le Conseil d'Etat rejette ce moyen et rouvre les débats (C.E., 7 février 2005, *Renard et a.*, 140.280). Il prononce ensuite un arrêt de rejet de la demande de suspension le 12 mai 2005 (*Renard et a.*, 144.330) contenant notamment la constatation qu'un deuxième moyen n'est pas sérieux; les requérants poursuivent la procédure et le Conseil d'Etat annule en accueillant ce deuxième moyen pris du défaut de motivation d'une dérogation à un règlement sur les bâtisses (C.E., 9 novembre 2006, *Renard et a.*, 164589). En moins de huit jours, le Ministre arrête un nouveau permis. Voici ce qu'on peut lire sur le site du Ministre compétent : «Pour rappel, le permis délivré par M. Forêt a été annulé le 9 novembre 2006 par le Conseil d'Etat qui a été saisi de l'affaire par différents plaignants. Le Conseil d'Etat a souligné que le permis ne précisait pas les dispositions du règlement sur les bâtisses de la Ville de Liège auquel le bâtiment dérogeait. Suite à cette annulation, le fonctionnaire délégué de la Région wallonne a ordonné verbalement l'arrêt des travaux. Sur le chantier, seules les interventions d'urgence ont pu continuer. Le fonctionnaire délégué disposait alors d'un délai de 5 jours pour confirmer par écrit l'arrêt des travaux. Le ministre André Antoine n'a pas attendu ce délai pour délivrer un nouveau permis qui répond aux critiques du Conseil d'Etat. «Nous avons voulu répondre aux objections du Conseil d'Etat, qui n'avait pas soulevé dans son arrêt d'autres moyens que ceux avancés par les plaignants. ... Les travaux vont pouvoir reprendre», a conclu le Ministre André Antoine», [http://www.min-antoine.be/dossiers/dossiers.php?id\\_dossier=155](http://www.min-antoine.be/dossiers/dossiers.php?id_dossier=155). La Libre Belgique (9 janvier 2007) rapporte que qu'une erreur nouvelle aurait été commise à l'occasion de la délivrance de ce permis; le même journal expose ensuite (LLB, 17 janvier 2007) qu'un nouveau permis a été délivré, celui-ci «inattaquable»...

<sup>82</sup> Exemple : rejet de la demande de suspension d'une autorisation d'exploiter temporaire pour défaut de préjudice grave (C.E., 25 février 1998, *Association sans but lucratif lives-sur-meuse, Brumagne, Loyers, Environnement, Ringoot et Fieremans*, 72037) puis annulation par C.E., 19 octobre 2006, *Association sans but lucratif lives-sur-meuse, Brumagne, Loyers, Environnement, Ringoot et Fieremans*, 163.838.

<sup>83</sup> Dans le même sens, M. LEROY, *o.c.*, 2004, p. 178, note 1.

<sup>84</sup> Outre le fait qu'elle n'a qu'une importance jurisprudentielle très limitée.

<sup>85</sup> Not. M. QUINTIN, «Des mesures provisoires d'urgence et des mesures accélérées», *A.P.T.*, 1995, pp. 123 et s., sp. n°s 20 et s.; C.E., 15 décembre 2006, *Brassine-Vandergeeten*, 165.965 : «Considérant que la condition relative au risque de préjudice doit logiquement être analysée principalement sous l'angle de la qualité en laquelle la requérante entend agir en suspension et en annulation à l'encontre du permis d'urbanisme attaqué et de l'intérêt qu'elle fait valoir; qu'il faut rappeler à cet égard que la requérante n'agit pas en qualité de voisin du site litigieux mais en qualité de défenseur d'un site exceptionnel auquel elle se dit, sur la base de critères objectifs, intellectuellement et affectivement attachée; que son intérêt à agir étant établi, son préjudice personnel redouté consiste alors dans le danger d'atteinte aux qualités du site qu'elle veut préserver; que ce danger, à le supposer établi, est la source d'un préjudice personnel et direct et non point d'un préjudice par répercussion causé principalement à des tiers sans liens avec l'intéressée comme le soutient à tort l'intervenant; qu'il s'en déduit également que les arguments relatifs à la localisation par rapport au site du domicile de la requérante manquent de pertinence; Considérant qu'en principe, le préjudice découlant de l'atteinte portée aux caractéristiques historiques et esthétiques d'un bien protégé par des mesures de protection du patrimoine, doit être considéré comme grave et qu'il est par nature difficilement réparable».

<sup>86</sup> Dans certains contentieux de référé, cette condition n'est pas exigée, à ce sujet, P. LEWALLE, *o.c.*, 2002, p. 520.

<sup>87</sup> Le recours en référé eut des effets suspensifs de plein droit pendant une brève période rapidement close après l'observation de l'inadéquation du système (arrêté royal du 27 octobre 1989, modifié par l'arrêté royal du 6 décembre 1990 puis par l'arrêté royal du 10 juillet 1991). Voy. aussi sur cette question, les limites qui découlent de l'article 13 de la CEDH, Cour eur. Dr. H., 5 février 2002, *CONKA c/ Belgique*, motifs 83 et 84.

<sup>88</sup> Au fil des réformes, la lutte contre l'arrière devient une priorité législative (la liste de ces interventions, Exposé des motifs, pp. 7-8). Il ne s'agissait pas seulement d'opportunité mais aussi de restaurer le droit car le retard des jugements peut constituer la violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le recours en annulation, tout objectif qu'il soit, peut en effet être relatif à une contestation qui porte sur des droits et obligations de caractère civil ou au bien-

## VII. – ACCÉLÉRATION ET LIENS PROCÉDURAUX ENTRE LE RÉFÉRÉ ET LE FOND. LA LOI DU 15 SEPTEMBRE 2006 COMPLÈTE LE DISPOSITIF

Une manière d'éviter celle-ci et de restaurer l'importance prépondérante de l'examen du recours en annulation fut d'accélérer le cours de la procédure en annulation lorsque cela était possible et de rapprocher le contentieux provisoire de la décision au fond en créant des liens plus forts entre les deux procédures<sup>90</sup>.

Dans le contentieux de l'annulation lui-même plusieurs mesures ont été prises pour rendre le rythme de la procédure plus soutenu dans la mesure où des actes incombent aux parties<sup>91</sup>. Les délais de procédure pour l'introduction des mémoires et dossiers sont devenus des délais de rigueur<sup>92</sup>. Des présomptions de perte d'intérêt, de fondement de la demande ou de désistement ont été créées (art. 21 LCCE<sup>93</sup>)<sup>94</sup>. En particulier l'article 21, al. 6, LCCE, prévoit une présomption de désistement d'instance dans le chef de la partie requérante qui n'intro-

duit aucune demande de poursuite de la procédure dans un délai de trente jours à compter de la notification du rapport de l'auditeur qui propose le rejet ou la déclaration d'irrecevabilité<sup>95</sup>. Ce désistement est alors décrété au terme d'une procédure accélérée (art. 14<sup>quater</sup> de l'arrêté de procédure<sup>96</sup>).

La loi du 15 septembre 2006 confirme cette tendance en prévoyant une nouvelle procédure accélérée, cette fois en vue de prononcer l'annulation si la partie adverse ou l'intervenant n'introduit aucune demande de poursuite de la procédure après un rapport de l'auditeur qui propose l'annulation (art. 30, §3, nouveau<sup>97</sup>). Le règlement de procédure a été modifié en conséquence (nouvel art. 14<sup>quinquies</sup> qui s'inspire de l'article 14<sup>quater</sup>)<sup>98</sup>.

En même temps, dans l'arrêté du 25 avril 2007, le Roi a décidé que le rapport de l'auditeur serait désormais communiqué en même temps à toutes les parties sans que le greffe ne doive plus attirer spécialement l'attention de chaque partie sur la situation spécifique qui serait la sienne au regard de ces diverses modalités de procédure. La raison donnée est qu'il se peut que le rapport ne contienne pas de «conclusion précise et sans réserve» ou qu'il ait plusieurs conclusions en fonction des parties et des actes entrepris<sup>99</sup>. Après un examen des avantages et des in-

fondé d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 de la CEDH (M. LEROY, *o.c.*, 2004, pp. 95 et s. P. GILLIAUX, «Le temps, le Conseil d'Etat et Strasbourg», *A.P.T.*, 1994, pp. 24 et s.; D. YERNAUT, «Une administration doit-elle respecter les règles du droit à un procès équitable?», *A.P.T.*, 1995, pp. 241 et s.; A. VAGMAN, «Autorité administrative indépendante, amendes administratives et diffusion de scènes de violence gratuite, Réflexions autour de l'arrêt S.A. TVI prononcé le 5 décembre 2001 par le Conseil d'Etat», *A.P.T.*, 2003, pp. 253 et s.). La Belgique a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme à plusieurs reprises (Voy. Cour eur. dr. h., *Entreprises Robert Delbrassinne S.A. c/ Belgique* du 1<sup>er</sup> juillet 2004, Cour eur. dr. h., *Stoeterij Zangersheide N.V. c/ Belgique*, 22 décembre 2004 et Cour eur. dr. h., *Defalque c/ Belgique* du 20 avril 2006).

<sup>89</sup> En outre dans la matière des étrangers, que l'on oppose au contentieux ordinaire, une polémique a lieu sur le détournement de procédure qui consiste à introduire des recours en référé non sérieux dans le but de maintenir au demandeur le bénéfice de l'aide sociale dont la privation a été jugée contraire à la Constitution par la Cour d'arbitrage. La question de la responsabilité des avocats, de leur rémunération aux points dans le système de l'aide juridique est posée et la notion de juste cause est interprétée de manière contrastée (not. M. LEROY, *o.c.*, 2004, p. 593; les propos du Premier Président Robert ANDERSEN recueillis par J. BOURTEMBOURG et Fr. TULKENS, *J.T.*, 2006, p. 48; la réponse de l'OBFG et de bâtonniers in *J.T.*, 2006, p. 329; Exposé des motifs, p. 7 et p. 14). Déjà, P. TAPIE, «Le Conseil d'Etat en péril», *J.T.*, 1994, p. 109; P. GILLIAUX, art. préc., *A.P.T.*, 1994, pp. 25-26.

<sup>90</sup> Le législateur a également permis à des chambres à conseiller unique de prononcer des arrêts dans plusieurs cas (art. 90).

<sup>91</sup> En ce qui concerne le délai de transmission du rapport de l'auditeur dans la procédure ordinaire, l'article 24, al. 1<sup>er</sup>, introduit par la loi du 4 août 1996, n'a toujours pas été mis en vigueur par le Roi.

<sup>92</sup> Pierre NIHOUL, *La loi du 17 octobre 1990 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat*, pp. 345 et s.; Ph. BOUVIER, *Des remèdes pour désengorger la section d'administration du Conseil d'Etat*, Dr. Comm., 1992, pp. 5 et s.

<sup>93</sup> Aussi, art. 14<sup>bis</sup> à 14<sup>quater</sup> de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat (désigné par la suite, l'arrêté du Régent ou le règlement de procédure). L'intitulé de cet arrêté désigne désormais la section du contentieux administratif depuis une modification par l'arrêté royal du 25 avril 2007 (*supra*, I). Sur ces art. 14<sup>bis</sup> à 14<sup>quater</sup>, F. MAUSSON, «Le Conseil d'Etat face à l'arriéré du contentieux : de l'accélération de la procédure à la création des tribunaux administratifs de première instance», in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 833 et s., sp. p. 838.

<sup>94</sup> Dans plusieurs arrêts, la Cour d'arbitrage a estimé que ces mesures législatives ne violaient pas les dispositions de la Constitution dont elle assure le respect. Voy. par exemple, la liste de ces arrêts publiée sous l'article 21 par les Codes Larcier.

<sup>95</sup> Cas auquel la nouvelle loi ajoute celui dans lequel l'auditeur communique qu'il ne rédige pas de rapport sur le recours en annulation en se limitant à renvoyer à son rapport en suspension (nouvel art. 17, §4, al. 2, LCCE, en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2007)

<sup>96</sup> Dont le paragraphe 2 est abrogé par l'arrêté royal du 25 avril 2007; la notification du rapport à ce requérant ne contient plus l'indication spécifique que l'article 21, al. 6, est applicable. Celle-ci est remplacée par une mention plus globale (voir au texte).

<sup>97</sup> Art. 30, §3, LCCE, remplacé par l'article 17, 6<sup>o</sup>, de la loi du 15 septembre 2006 : «§3. La section d'administration peut, selon une procédure accélérée définie par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, annuler l'acte ou le règlement si la partie adverse ou celui qui a un intérêt au règlement du litige n'introduit aucune demande de poursuite de la procédure dans un délai de 30 jours à compter de la notification du rapport de l'auditeur dans lequel l'annulation est proposée, ou, s'il est fait application de l'article 17, §4, de la communication dans laquelle l'annulation est proposée». En vigueur au 1<sup>er</sup> juin 2007 (art. 219 de la loi du 15 septembre 2006 et 98 de l'arrêté royal du 25 avril 2007 dont on préfère sur le point la version en langue néerlandaise («Artikel 17, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup> en 6<sup>o</sup>, behalve in de mate dat artikel 52 van het koninklijk besluit van 30 november 2006 tot vaststelling van de cassatieprocedure bij de Raad van State van toepassing is», souligné par nous).

<sup>98</sup> «Art. 14<sup>quinquies</sup>. La demande de poursuite de la procédure visée à l'article 30, §3, des lois coordonnées, est introduite par une lettre recommandée à la poste. Lorsqu'aucune demande n'est introduite dans le délai prévu par l'article 30, §3, des lois coordonnées, le greffier en chef, à la demande du membre de l'auditorat désigné, notifie à la partie adverse et à la partie intervenante que la chambre va statuer sur l'annulation de l'acte attaqué, à moins que dans un délai de quinze jours, l'une d'elles ne demande à être entendue. Si aucune partie ne demande à être entendue, la chambre peut annuler l'acte attaqué. Si un[e] partie demande à être entendue, le président ou le conseiller désigné convoque les parties à comparaître à bref délai. Entendu les parties et le membre de l'auditorat désigné en son avis, la chambre statue sans délai sur le recours en annulation.» Applicable aux affaires pendantes auxquelles le rapport du membre concerné de l'auditorat n'a pas encore été notifié à la date du 1<sup>er</sup> juin 2007 (art. 219 de la loi du 15 septembre 2006 et art. 103 de l'arrêté du 25 avril 2007). Notons encore que les arrêts rendus en application de cette procédure doivent être notifiés et non envoyés par simple pli comme ceux qui sont prononcés en application de l'article 21, al. 2 et 6 (comp. art. 36 modifié de l'arrêté du Régent et rapport au Roi préc. l'arrêté du 25 avril 2007).

<sup>99</sup> Lis. le rapport au Roi, sur l'article 14 de l'arrêté du 25 avril 2007.

convénients du système, la volonté de ne pas surcharger le greffe et d'éviter les erreurs l'a emporté. Aussi bien la notification mentionnera le texte des articles 14, 21, al. 6, et 30, §3, LCCE, 14, 14<sup>quater</sup> et 14<sup>quinquies</sup> du règlement de procédure et laissera ensuite au destinataire tout le soin d'apprécier ce qu'il convient de faire dans son cas particulier<sup>100</sup>. Toutes les parties disposeront d'un délai de trente jours à partir de la notification pour déposer leur demande de poursuite de la procédure et leur dernier mémoire.

Des procédures de traitement accéléré ont été créées pour les recours en annulation sans objet, manifestement irrecevables, manifestement non fondés ou même manifestement fondés<sup>101</sup>. En s'inspirant des règles applicables dans le contentieux des étrangers, la loi du 15 septembre 2006 a rendu cette procédure applicable à tous les cas qui appellent des *débats succincts* (art. 30, §2, LCCE, modifié)<sup>102</sup>. L'on se dispensera donc désormais de la difficile appréciation du caractère manifeste du fondement ou du non fondement du recours; il suffira de considérer que celui-ci est sans objet ou n'appelle que des débats succincts. Cette procédure est engagée à l'initiative de l'auditeur rapporteur<sup>103</sup> après un examen de la requête ou du dossier administratif. Quand il estime que le recours est sans objet ou n'appelle que des débats succincts, l'auditeur rapporteur demande une décision immédiate en saisissant le président de la chambre saisie de l'affaire. Le traitement de ces requêtes qui n'appellent que des débats succincts devient une priorité pour l'auditeur<sup>104</sup> comme pour la chambre saisie<sup>105</sup>.

Cette procédure prévue dans le cours du traitement de la requête en annulation, a été appliquée du contentieux de la suspension au contentieux de l'annulation. Cela permet une accélération spectaculaire de la procédure à l'initiative de l'auditeur car celui-ci examine en priorité les recours en suspension et, dans le cas de la requête *manifestement fondée*, cette connexion a permis de donner au requérant le bénéfice maximal du recours au fond dans des délais de référé sans devoir démontrer avec succès «le risque de préjudice», condition nécessaire à la suspension. Tout ceci, a-t-on dit, au détriment de la qualité de la défense de l'administration<sup>106</sup>. Cette jonction est consacrée depuis 1997 par le règlement de procédure (art. 70)<sup>107</sup> et confirmée par la loi du 15 septembre 2006<sup>108</sup><sup>109</sup>. Cela permet de «court-circuiter la procédure en suspension»<sup>110</sup>. Il est admis que le demandeur en référé peut suggérer à l'auditeur rapporteur de faire usage de cette pratique «opportune» en indiquant que tel ou tel moyen est manifestement fondé<sup>111</sup> mais il est clair aussi que s'il introduit une requête en suspension à la seule fin de formuler cette suggestion, il s'expose à une amende pour abus de procédure<sup>112</sup>. Après la loi du 15 septembre 2006 qui étend, comme on l'a signalé, le champ d'application de ce procédé de jonction, il devrait demeurer possible au requérant de suggérer à l'auditeur que son moyen est manifestement fondé afin de l'inviter à passer à la procédure des débats succincts. Sur la proposition de décision immédiate, l'arrêt est en principe prononcé par un seul conseiller car il y a dans ce cas exception à la règle du siège de trois juges (art. 90 LCCE)<sup>113</sup>. La nouvelle loi

<sup>100</sup> Nouvel article 14<sup>sexies</sup> de l'arrêté du Régent, introduit par l'article 17 de l'arrêté royal du 25 avril 2007, applicable aux affaires pendantes auxquelles le rapport du membre concerné de l'auditorat n'a pas encore été notifié à la date du 1<sup>er</sup> juin 2007 (art. 103 de l'arrêté du 25 avril 2007).

<sup>101</sup> Art. 30, §2, LCCE; Art. 93 et 94 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat; sur cette procédure, M. QUINTIN, «Des mesures provisoires d'urgence et des mesures accélérées», *A.P.T.*, 1995, pp. 123 et s., sp. n<sup>os</sup> 42 et s. En même temps, la loi du 17 octobre 1990 a généralisé la pratique des rapports d'auditeurs limités à la fin de non recevoir ou au moyen utile (art. 24, al. 4, LCCE, et P. NIHOUL, art. préc., 1991, n<sup>o</sup>6). Ce texte a été complété par la loi du 4 août 1996 et la récente loi du 15 septembre 2006 ajoute de nouvelles précisions quant au pouvoir de la chambre de charger par un arrêt «l'auditorat» de l'examen de moyens ou d'exceptions précises (art. 24, nouvel al.).

<sup>102</sup> *Exposé des motifs*, p. 48. L'art. 17, 4<sup>o</sup>, de la loi du 15 septembre 2006 qui a modifié sur le point l'article 30, §2, LCCE, est d'abord entré en vigueur relativement aux recours visés à l'art. 14, §2, des LCCE, c'est-à-dire les recours en cassation administrative (Arrêté royal du 30 novembre 2006 déterminant la procédure en cassation devant le Conseil d'Etat, art. 52), puis pour le reste, au 1<sup>er</sup> juin 2007 par l'effet de l'arrêté royal du 25 avril 2007, art. 98. Ce même arrêté a revu le contenu de l'article 93 de l'arrêté du Régent désormais applicable à cette procédure accélérée pour débats succincts (art. 55 de l'arrêté royal du 25 avril 2007, applicable aux recours introduits à dater du 1<sup>er</sup> juin 2007, art. 101 du même arrêté royal). L'article 94 a été abrogé (par le même article 55, applicable aux recours introduits à dater du 1<sup>er</sup> juin 2007, art. 101 de l'arrêté royal du 25 avril 2007).

<sup>103</sup> Rapport au Roi préc. l'arrêté royal du 25 avril 2007, art. 55.

<sup>104</sup> Art. 76, modifié.

<sup>105</sup> Art. 87, modifié. Dans ce cas le traitement simultané des recours en annulation et en suspension est possible, *Exposé des motifs*, pp. 73-74, voir la suite au texte.

<sup>106</sup> F. JONGEN, «L'article 94 du règlement de procédure devant le Conseil d'Etat ou le privilège du manifeste», *A.P.T.*, 1995, pp. 173 et s.

<sup>107</sup> Abrogé par l'arrêté royal du 25 avril 2007.

<sup>108</sup> Nouvel art. 30, §5, al. 3, LCCE.

<sup>109</sup> Elle constitue le principe dans le contentieux des étrangers, art. 36 de l'arrêté royal du 21 décembre 2006, fixant la procédure devant le Conseil du contentieux des étrangers, *Moniteur belge*, 28 décembre 2006 et le Rapport au Roi.

<sup>110</sup> Rapport au Roi préc. l'arrêté royal du 25 avril 2007.

<sup>111</sup> C.E., 6 août et 23 septembre 2003, *A.D.*, 122048 et 123211, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1855 et s., obs. B. HENDRICKS.

<sup>112</sup> Connexion admise à son tour. A ce sujet, P. LEWALLE, *o.c.*, 2002, p. 685 et n<sup>o</sup> 291<sup>bis</sup>; L. LEJEUNE, La loi «sanctionnant le recours manifestement abusif à la section d'administration du Conseil d'Etat», *J.T.*, 2003, pp. 165 et s.; pour une application, C.E., 10 janvier 2003 et 31 janvier 2003, *Sa Immo Jaspe* et a., 114.363 et 115.344 et notre présentation en bref in *Am.-Env.*, 2003, p. 192; *J.L.M.B.*, 2003, pp. 692 et s., obs. B. HENDRICKS; aussi, C.E., 15 mai 2003 et 26 juin 2003, *S.A Meubelfabriek CRACK*, 119453 et 121055; C.E., 6 août et 23 septembre 2003, *A.D.*, 122048 et 123211, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1855 et s., obs. B. HENDRICKS.

<sup>113</sup> Ces dérogations ont été décidées d'abord dans la matière des étrangers où elles ont été jugées conformes à la Constitution («La spécificité, l'accroissement et l'urgence du contentieux né de l'application de la loi du 15 décembre 1980 et des lois qui l'ont modifiée justifient l'adoption de règles particulières, propres à accélérer le traitement des recours en annulation. En autorisant le Roi à prévoir de telles règles quant à la procédure et aux délais et en permettant que les recours soient examinés par des chambres à conseiller unique, le législateur a pris des mesures qui sont en rapport avec le but qu'il poursuit. De telles mesures dérogatoires aux règles ordinaires ne portent pas atteinte aux garanties fondamentales du contrôle juridictionnel de légalité confié au Conseil d'Etat. Elles ne peuvent être tenues pour disproportionnées», C.A., 14 juillet 1994, 61/94, motif B.6.2.); la garantie de collégialité du siège est considérée comme une garantie fondamentale pour une bonne administration de la justice dans l'examen des affaires au fond, en particulier devant une Haute juridiction dont les décisions ne sont pas sus-

confirme cette modalité si importante mais maintient au président de chambre la possibilité de confier la décision à une chambre de trois magistrats.

D'autres liens ont été faits entre référé et fond en vue d'accélérer l'issue du litige dont l'examen a commencé par une décision de référé qu'elle soit de suspension (i) ou de rejet (ii). Nombre de modalités de procédure eussent sans doute mieux trouvé leur place dans les règlements de procédure. La mauvaise répartition des tâches entre la loi et l'arrêté a été dénoncée<sup>114</sup>. On notera aussi la dispersion des règles de procédure applicables au recours en annulation dans l'arrêté général de procédure et l'arrêté spécifique au recours en référé malgré quelques corrections apportées lors de la révision des arrêtés de procédure par l'arrêté royal du 25 avril 2007<sup>115</sup>.

(i-) Quand la suspension a été prononcée, l'objectif est d'annuler rapidement l'acte suspendu si la partie adverse ou l'intervenant ne demandent pas la poursuite de la procédure en annulation. En effet, à partir de la notification de l'arrêt, la partie adverse et l'intervenant ont trente jours pour faire cette demande; à défaut, ils sont censés acquiescer au fond après avoir vu ce qui a été décidé au provisoire (art. 17, §4bis, LCCE)<sup>116</sup>. En outre, cette notification fait aussi courir un délai pour la transmission du mémoire en réponse dans la procédure en annulation, elle-même modifiée<sup>117</sup>.

ceptibles de recours (Avis de la section de législation sur l'avant projet de loi réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des étrangers, *Doc. Parl.*, Ch., 51-2479/001, p. 316). Contrairement au texte de l'article 90, al. 2, 2°, avant sa modification par la loi du 15 septembre 2006, le nouveau texte de l'article 90, §1<sup>er</sup>, al. 2, 2°, ne fait pas dépendre d'une proposition de l'auditeur la compétence de principe d'un siège à juge unique lorsque cette procédure accélérée est utilisée. Notons aussi la possibilité nouvelle donnée au président de la chambre de d'ordonner d'office le renvoi d'une affaire à une chambre composée d'un membre lorsque la complexité juridique ou l'intérêt de l'affaire ne s'y oppose pas (art. 90, §1<sup>er</sup>, al. 3).

<sup>114</sup> M. LEROY, *o.c.*, 2004, p. 474. La *surréglementation* incluse dans la loi elle-même a été à nouveau signalée sans succès par la section de législation, *Avis, Doc. Parl.*, Ch. 51 2479/001, pp. 275, 294, 295, 312, 315.

<sup>115</sup> Sur ce point, Rapport au Roi préc. l'arrêté royal du 25 avril 2007, remarque générale F. Le souhait de l'élaboration d'un code de procédure administrative a été formulé (*ibid.*).

<sup>116</sup> Après suspension, à défaut de demande de poursuite de la procédure par la partie adverse ou la partie intervenante dans les trente jours prévus à l'article 17, §4bis, LCCE, un avertissement est donné par le greffier et les parties peuvent demander à être entendues. Que les parties soient entendues ou non, la chambre n'est pas contrainte d'annuler (art. 15bis de l'arrêté royal du 5 décembre 1991; M. LEROY, *o.c.*, 2004, p. 695).

<sup>117</sup> En cas de suspension, l'arrêt sur le recours en annulation intervient dans le délai d'ordre de six mois (art. 17, §4; M. LEROY, *o.c.*, 2004, p. 843). Le délai de transmission du mémoire en réponse dans le recours en annulation court à partir de la notification de la décision prise sur le recours en suspension. Ce point était réglé par l'article 9, al. 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat; ce texte a été modifié par l'arrêté royal du 25 avril 2007 (art. 64) qui déplace la règle à l'article 6 de l'arrêté du régent et y insère une nouvelle disposition applicable au cas où la requête comporte un recours en annulation et une demande de suspension (art. 6, §4) : à partir de la notification de l'arrêt de suspension un nouveau délai de 60 jours court pour transmettre le mémoire en réponse et le cas échéant le dossier administratif ou un complément de dossier administratif. Comme par le passé (P. NIHOUL, Dans l'attente des tribunaux administratifs... La loi du 4 août 1996 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, *J.T.*, 1997, pp. 833 et s., n° 13), la chambre conserve le droit de réduire ce délai (art. 91 de l'arrêté du Régent) pour le faire coïncider avec le délai prévu à l'article 17,

(ii-) En cas d'insuccès en référé, la loi crée une présomption de désistement d'instance de la partie requérante qui n'introduit pas de demande de poursuite de la procédure normale d'annulation dans les trente jours de la notification d'un arrêt de rejet (art. 17, §4ter, LCCE)<sup>118</sup>. Si la procédure en annulation se poursuit, elle est à son tour aménagée<sup>119</sup>. On notera qu'il ne s'agit ici que d'une présomption de désistement d'instance. Le législateur n'infère pas du rejet que l'acte est régulier. A nouveau, des annulations ou des désistements sont prononcés par des sièges composés d'un seul magistrat mais le président peut prendre la décision de rétablir la collégialité (art. 90, LCCE). Notons avec intérêt que le législateur n'a pas renoncé à l'intervention de l'auditeur, à cet «irremplaçable mérite du double examen»<sup>120 121</sup>.

Enfin, la loi du 15 septembre 2006 aménage encore la procédure au fond après «un arrêt interlocutoire sur la demande de suspension» (c'est-à-dire un arrêt de référé qu'il soit de suspension ou de rejet). Elle le fait en dispensant facultativement l'auditeur de la rédaction d'un rapport (art. 17, §4, nouvel al., LCCE)<sup>122</sup>. Cette nouvelle modalité pourrait conduire à ce que le recours en annulation ne soit éclairé que par l'examen *prima facie* auquel l'auditeur a procédé dans le cours du référé<sup>123</sup>. Les procédures étant toutefois différentes, il semble bien que l'auditeur reprendra le plus souvent la plume, même succinctement, pour ajuster son propos à la requête au fond.

§4bis, de la loi. Ce dépôt de mémoire dans le délai de 30 jours vaut demande de poursuite de la procédure au sens de l'article 17, §4bis, LCCE (P. NIHOUL, *ibid.*). Le rapport de l'auditeur intervient dans un délai d'un mois (art. 22 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991); aussi le nouvel art. 15quater du même arrêté, *infra*, au texte.

<sup>118</sup> L'article 15ter du même arrêté royal du 5 décembre 1991 règle la procédure après une décision de rejet de la demande de suspension. La partie requérante qui ne demande pas la poursuite de la procédure dans le délai de trente jours prévu à l'article 17, §4ter, en est avertie et elle peut encore demander à être entendue. Si elle ne le demande pas, la chambre décrète le désistement d'instance. Si la partie demande à être entendue, les parties et l'auditeur sont entendus aussi et la chambre «statue sur le désistement», ce qui signifie qu'elle pourrait ne pas le décréter. Jugé que l'article 17, §4ter est conforme à la Constitution (C.A., 15 juillet 1998, 88/98).

<sup>119</sup> Voy. la note 116. Le délai de transmission du mémoire en réponse dans le recours en annulation court à partir de la notification de la décision prise sur le recours en suspension et, dans le cas du rejet de la demande de suspension, ce délai était réduit à trente jours et ne prenait cours qu'à la notification par le greffier de la demande de poursuite de la procédure introduite par la partie requérante (art. 9, al. 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat). Ceci afin d'éviter à la partie adverse de commencer à rédiger un mémoire peut-être inutile si le requérant ne demande pas la poursuite de la procédure. L'arrêté royal du 25 avril 2007 porte ce délai à 60 jours (art. 6, §4, al. 2, nouveau, de l'arrêté du Régent) «dans un souci d'harmonisation des délais» (Rapport au Roi, sur l'art. 11 de l'arrêté royal du 25 avril 2007).

<sup>120</sup> P. TAPIE, «La fonction de l'auditeur rapporteur au Conseil d'Etat», *A.P.T.*, 1990, pp. 93 et s., sp. p. 94.

<sup>121</sup> La loi du 15 septembre 2006 y renonce dans la procédure de filtrage en cassation (*infra*, VIII)

<sup>122</sup> Cette disposition entre en vigueur à la date que fixera le Roi (art. 216, 243 de la loi du 15 septembre 2006); soit au 1<sup>er</sup> juin 2007, art. 98 de l'arrêté royal du 25 avril 2007.

<sup>123</sup> Avis de la section de législation sur l'avant projet de loi réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des étrangers, *Doc. Parl.*, Ch., 51-2479/001, p. 280.

L'arrêté de procédure prévoit d'ailleurs une «communication» de l'auditeur<sup>124</sup>.

En outre, des mesures spécifiques ont été prises dans le contentieux des étrangers<sup>125</sup>. Malgré tout cela, le volume du contentieux et de l'arriéré a continué de s'accroître au point de prendre un tour «dramatique»<sup>126</sup>. La barque du Conseil d'Etat est «trop chargée» déclarait en 2005 son Premier Président<sup>127</sup>. Les modifications de la procédure que l'on vient de signaler sont utiles mais la mesure la plus décisive introduite par la loi du 15 septembre 2006 est sans aucun doute celle qui consiste à décharger vraiment le Conseil d'Etat d'une partie de sa compétence d'annulation.

### VIII. – DÉCENTRALISATION D'UNE PARTIE DU CONTENTIEUX DE L'ANNULATION

La loi du 15 septembre 2006 veut avant tout s'attaquer à cette situation persistante d'arriéré et d'encombrement. Ce n'est pas la première tentative législative d'aider le Conseil d'Etat à assumer le surcroît d'affaires qui affluent vers lui. La liste de ces mesures est faite dans les travaux préparatoires et celles que l'on vient d'examiner (*Supra*, VII) sont du nombre. Mais c'est la première fois que le législateur décide d'alléger la barque en réduisant les tâches du Conseil d'Etat. Il décide en effet de décentraliser un contentieux particulier en créant une juridiction spécialisée de première instance.

Il ne s'agit pas encore de décentraliser de manière généralisée le recours pour excès de pouvoir comme ce fut le cas en France dans les années cinquante où de nombreux actes furent attribués à la compétence des tribunaux administratifs. Ce fut envisagé épisodiquement en Belgique<sup>128</sup>. Il s'agit seulement d'attribuer une impor-

tante partie du recours contre les décisions relatives au statut des étrangers au nouveau Conseil du Contentieux des étrangers<sup>129</sup>. Le législateur n'a toutefois pas voulu s'écarter du droit commun en ce qui concerne les recours contre les décisions de cette juridiction administrative. Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat est donc ouvert. Mais il fallait empêcher l'engorgement, éviter que l'opération de décentralisation ne serve à rien si elle était suivie d'une nouvelle vague de recours à la juridiction de cassation. Aussi bien une «procédure d'admission», un filtre, fut difficilement mis au point et rendu applicable non seulement au contentieux des étrangers mais à tous les recours en cassation pour ne créer aucune discrimination. Son fonctionnement devient la mission prioritaire des membres de la section du *contentieux administratif*<sup>130</sup>. Les ordonnances de filtrage peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation pour conflit d'attributions<sup>131</sup>.

Notre Etat fédéral s'est une fois de plus montré peu soucieux de décentralisation territoriale et a choisi d'établir la nouvelle juridiction dans la région bruxelloise<sup>132</sup>, tout comme d'autres qu'il créait ou réformait la même année<sup>133</sup>.

La nouvelle procédure en cassation est déjà d'application depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2006 mais l'allègement du rôle du Conseil d'Etat commencera à se produire lorsque le Conseil du contentieux des étrangers sera en mesure de fonctionner. Cette date a été fixée au 1<sup>er</sup> juin 2007<sup>134</sup>.

En outre, sauf nouvelle intervention législative, les affaires introduites jusqu'à ce moment demeurent attribuées au Conseil d'Etat (art. 230 et 232 de la loi du 15 septembre 2006) où des chambres et des membres de l'auditorat doivent être affectés prioritairement à ces recours (art. 233)<sup>135</sup>. Le législateur estime qu'un délai de trois années judiciaires permettrait d'absorber l'arriéré (art. 233, *in fine*).

<sup>124</sup> Le nouvel article 15<sup>quater</sup> de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 (art. 70 de l'arrêté royal du 25 avril 2007, applicable aux recours pour lesquels aucun rapport de l'auditorat n'a été rédigé au 1<sup>er</sup> juin 2007) : «Lorsqu'après la prononciation d'un arrêt ayant statué sur la demande de suspension et après l'échange des mémoires en réponse et en réplique ou du mémoire ampliatif, l'auditeur rapporteur constate que les parties n'invoquent aucun élément nouveau depuis l'arrêt qui a suspendu l'exécution de l'acte attaqué ou qui a déclaré tous les moyens non sérieux ou qui a rejeté la demande de suspension pour irrecevabilité du recours, il peut communiquer le dossier au greffe en indiquant qu'il ne déposera pas de nouveau rapport sur le recours en annulation. La communication précise s'il est proposé, conformément à l'arrêt ayant statué sur la demande de suspension, de rejeter le recours en annulation ou d'annuler l'acte attaqué. Les articles 13, 14, 14<sup>quater</sup> à 14<sup>sexies</sup> du règlement général de procédure sont applicables.»

<sup>125</sup> On se réfère ici à l'exposé de M. Michel KAISER.

<sup>126</sup> F. MOTULSKY et M. BOBRUSHKIN, «Etrangers en péril : référé civil ou administratif?», *J.T.*, 2007, p. 41.

<sup>127</sup> Lis. les propos du Premier Président Robert ANDERSEN recueillis par J. BOURTEMBOURG et Fr. TULKENS, *J.T.*, 2006, p. 48.

<sup>128</sup> M. LEROY, *o.c.*, 2004, pp. 83-84; F. MAUSSON, «Le Conseil d'Etat face à l'arriéré du contentieux : de l'accélération de la procédure à la création des tribunaux administratifs de première instance», in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 833 et s.; Pierre NIHOUL, «Dans l'attente des tribunaux administratifs... La loi du 4 août 1996 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973», *J.T.*, 1997, pp. 833 et s.

<sup>129</sup> On ne perdra pas non plus de vue qu'une partie du contentieux des étrangers était déjà confié à une juridiction de première instance, la Commission permanente de recours pour les réfugiés : celle-ci disparaît (voy. l'exposé de M. Michel KAISER).

<sup>130</sup> Nouvel art. 20 et 87 des lois coordonnées; art. 217 de la loi du 15 septembre 2006 et Arrêté royal du 30 novembre 2006 déterminant la procédure en cassation devant le Conseil d'Etat (*Moniteur belge*, 1<sup>er</sup> décembre 2006 et le Rapport au Roi, *Moniteur belge*, 4 mai 2007). Quelques ordonnances de filtrage sont publiés in *J.L.M.B.*, 2007, pp. 311 et s., obs. F. ABU DALU. Voy. l'exposé de MM. David RENDERS et Gautier PLICKE.

<sup>131</sup> Art 33 des LCCE, modifié.

<sup>132</sup> Art. 39/1 nouveau de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

<sup>133</sup> On songe à la réforme du Conseil de la concurrence. Sur cette réforme, not. G. A. ZONNEKEYN et D. SMEETS, «De hervorming van de Belgische mededingingswet : een nieuwe start of een gemiste kans?», *R.D.C.*, 2006, pp. 902 et s.

<sup>134</sup> Art. 231 de la loi du 15 septembre 2006, préc. et art. 2 de l'arrêté royal du 25 avril 2007 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et fixant la date visée à l'article 231 de la loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers (*Moniteur belge*, 21 mai 2007)

<sup>135</sup> *Exposé des motifs*, p. 156.

## IX. – PEU DE MÉTHODES ALTERNATIVES

Dans la plupart des domaines du droit, les modes alternatifs de règlements des litiges sont pris en considération<sup>136</sup>; l'on dénonce le danger du «tout judiciaire»<sup>137</sup>. De nombreuses manières d'éviter les litiges ou leur projection au contentieux juridictionnel existent en droit administratif où elles ont été considérablement développées<sup>138</sup>. Plusieurs de celles-ci, comme la reconsidération, la conciliation, pourraient aider le Conseil d'Etat à alléger son rôle. On ne se fait pas d'illusion sur leur puissance, bien entendu<sup>139</sup>. Le législateur ne s'est pas engagé dans cette voie. La loi qui réforme le Conseil d'Etat n'a pas cherché à établir de connexions entre ces méthodes et le recours pour excès de pouvoir. Elle ne s'attache guère davantage aux causes du contentieux ordinaire. Certes toutes ne tiennent pas à la qualité des normes et toutes les normes ne relèvent pas de la compétence fédérale.

## X. – LA COMPÉTENCE D'ANNULATION À PEINE MODIFIÉE ET LA PROCÉDURE QUELQUE PEU RÉVISÉE

Le recours en annulation en lui-même ne subit guère d'aménagement à la faveur de cette récente loi. Celle-ci confirme toutefois que le recours en annulation demeure bien une question principale, que le référé reste un accessoire. La loi impose dorénavant la requête unique en suspension et en annulation, prévoit que l'intitulé de la requête en précise le contenu et qu'à défaut, celle-ci est considérée comme un simple recours en annulation (art. 17, § 3, nouveau<sup>140</sup>). On note une extension de la compétence d'annulation par le Conseil d'Etat aux actes administratifs du Conseil d'Etat lui-même et des juridictions administratives (modification de l'article 14, § 1<sup>er</sup>)<sup>141</sup>.

Outre le renforcement de l'accélération, déjà signalé (*Supra*, VII), la nouvelle loi apporte une série de modifications de procédure amplifiées lors de la révision de l'arrêt du Régent par l'arrêt royal du 25 avril 2007. Observons notamment :

- que le défaut de mention dans la notification de l'acte administratif individuel de l'existence des recours et des formes et délais à respecter n'entravera plus indé-

finiment la prise de cours du délai de recours (art. 19, al. 2, modifié<sup>142</sup>);

- que le contenu de la requête en annulation est réorganisé<sup>143</sup>;
- que toute partie autre qu'une autorité administrative belge doit élire domicile en Belgique dans le premier acte de procédure qu'elle accomplit (art. 84, § 2, nouveau de l'arrêt du Régent);
- le régime du droit de timbre, inséré dans les lois coordonnées (art. 30, § 7 et s., nouveaux)<sup>144</sup>;
- que le règlement de procédure prévoit désormais que la requête en annulation n'est pas enrôlée lorsqu'elle n'est pas accompagnée de certaines pièces ou que certaines formalités n'ont pas été accomplies (six cas sont visés<sup>145</sup>); dans ce cas, le nouvel article 3bis de l'arrêt du Régent<sup>146</sup> dispose que le greffe invite à régulariser; la requête régularisée dans les quinze jours de la réception de l'invitation est censée introduite à la date de son premier envoi; la requête non régularisée ou régularisée de manière incomplète ou tardive est «réputée non introduite»<sup>147</sup>.
- que l'obligation de publier au *Moniteur belge* un avis de recours est étendue au recours en annulation d'un règlement (art. 3quater de l'arrêt du Régent<sup>148</sup>);
- que l'arrêt de procédure règle la compétence de l'auditeur de fixer un délai aux parties pour la communication de documents et renseignements utiles (nouvel art. 12 de l'arrêt du Régent)<sup>149</sup>;

<sup>142</sup> «Lorsque cette condition n'est pas remplie, les délais de prescription prennent cours quatre mois après que l'intéressé a pris connaissance de l'acte ou de la décision à portée individuelle.»

<sup>143</sup> Nouvel article 2 de l'arrêt du Régent.

<sup>144</sup> Sur les difficultés particulières liées au droit de timbre, voy. les interventions de M. Ph. BOUVIER, Auditeur général, et de M. B. DEROUAUX, Premier auditeur chef de Section, à la séance de la Commission Université Palais du 19 janvier 2007, Actualités et réformes récentes en droit public, de vidéo-conférence *ad* <http://www.droit.ulg.ac.be/droit/CUP>; S. BOULLART, «Hoe het nieuwe zegelrecht voldoen voor verzoekschriften bij de Raad van State na de afschaffing van de fiscale plakzegels», *R.W.*, 2006-2007, pp. 1056 et s.; aussi la note «Comment payer les droits visés à l'article 30, §§ 5 à 7, des lois coordonnées?» publiée par le Conseil d'Etat, [http://raad-vst-consetat.fgov.be/Fr/home\\_fr.htm](http://raad-vst-consetat.fgov.be/Fr/home_fr.htm). Adde l'arrêt royal du 19 juillet 2007 modifiant l'arrêt du Régent du 23 août 1948 [...], en ce qui concerne le paiement des droits (*Moniteur belge*, 1<sup>er</sup> août 2007).

<sup>145</sup> Au nombre de ceux-ci, le nombre de copies certifiées conformes de la requête (art. 3bis, 3<sup>o</sup>), nombre multiplié par l'article 85, nouvel al. 2.

<sup>146</sup> Arrêt du 25 avril 2007, préc., art. 6, applicable aux recours introduits à dater du 1<sup>er</sup> juin 2007.

<sup>147</sup> Cette disposition est inspirée (Rapport au Roi, comm. art. 3 à 6) par l'arrêt royal du 30 novembre 2006 déterminant la procédure en cassation devant le Conseil d'Etat, art. 5, qui a fait l'objet d'un commentaire dans le rapport au Roi précédant ce dernier arrêt (publié postérieurement, in *Erratum, Moniteur belge*, 4 mai 2007) où on lit notamment que le «contrôle matériel opéré par le greffe lors de l'enrôlement de la requête se fait sans préjudice de la suite qui sera réservée au recours lors de son examen ultérieur».

<sup>148</sup> Introduit par l'arrêt royal du 25 avril 2007, préc., art. 7, applicable aux recours introduits à dater du 1<sup>er</sup> juin 2007.

<sup>149</sup> Et à défaut, il rédige son rapport en l'état (arrêt royal du 25 avril 2007, préc., art. 12); le rapport au Roi précise que ce délai doit être raisonnable et que la chambre appréciera la situation. Cet article 12 est applicable aux recours pour lesquels aucun rapport du membre concerné de l'auditorat n'a été rédigé au 1<sup>er</sup> juin 2007 (art. 102 de l'arrêt du 25 avril 2007).

<sup>136</sup> Not. D. et J. MATRAY, O. CAPRASSE, G. de LEVAL, V. d'HUART, B. HANOTIAU, G. KEUTGEN, J. LINSMEAU, F. MOREAU, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits, Liège, CUP, 2002; O. CAPRASSE, «Les modes alternatifs de règlements des différends : anges ou démons?», *Rev. Fac. Dr. Lg.*, 2004, pp. 337 et s.; G. de LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2<sup>ème</sup> Ed. 2005, n<sup>os</sup> 52 et s.

<sup>137</sup> G. de LEVAL, *o.c.*, p. 75.

<sup>138</sup> Le Professeur LEWALLE y consacre plus de 250 pages de son *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002 (pp. 45 à 297).

<sup>139</sup> P. GILLIAUX, art. préc., 1994, pp. 28 et s.

<sup>140</sup> *Supra*, VI.

<sup>141</sup> Adde le remplacement de l'article 14, § 1<sup>er</sup>, LCCE, par la loi du 15 mai 2007, *Moniteur belge*, 8 juin 2007.

- que le rapport de l’auditeur n’est plus transmis à la chambre mais directement au greffé qui le notifie immédiatement (nouvel art. 12 de l’arrêté du Régent); la procédure est ainsi allégée de ordonnance de dépôt; la transmission à la chambre, toujours prévue par l’article 24, al. 1<sup>er</sup>, se réalisera à l’intermédiaire du greffe <sup>150</sup>;
- que la transmission du rapport se fait désormais à toutes les parties en même temps et ensuite : «Chacune des parties a trente jours pour déposer un dernier mémoire avec, le cas échéant, la demande de poursuite de la procédure» (nouvel art. 14, al. 2, de l’arrêté du Régent <sup>151</sup>); cette disposition a déjà été commentée (*Supra*, VII, troisième alinéa);
- que l’intervention dans la procédure en suspension introduite par une requête unique en suspension et en annulation vaut aussi pour la procédure en annulation (art. 21 bis, §3, nouveau);
- que de nouvelles possibilités sont données à la chambre de charger, par arrêt, «l’auditorat» d’examiner des moyens et exceptions (art. 24, nouvel al., LCCE) <sup>152</sup>;
- que de nouvelles compétences sont données à l’auditeur général de faire ordonner des devoirs d’instruction (art. 25 <sup>153</sup>);
- la possibilité offerte aux parties ou à leurs avocats de décider conjointement que la cause ne doit pas être traitée en audience publique; dans ce cas, l’affaire est tranchée sans avis de l’auditeur (art. 30, § 1<sup>er</sup>, al. 2, modifié, et al. 3); la nouvelle procédure n’est pas sans rappeler les articles 729 et 755 du code judiciaire; le règlement de procédure encadre cette faculté <sup>154</sup>.

<sup>150</sup> On lit dans le rapport au Roi : «le rapport de l’auditeur est transmis non plus directement à la chambre en vue de l’établissement de l’ordonnance du dépôt de rapport, mais au greffé, lequel procédera à la notification du rapport aux parties et en transmettra un exemplaire à la chambre (voyez l’article 14 de l’avant-projet d’arrêté). Ceci permet la suppression de l’ordonnance de dépôt du rapport, laquelle était devenue inutile puisqu’à ce stade de la procédure, c’est-à-dire avant qu’un arrêt soit prononcé, la chambre ne peut pas ordonner à l’auditeur la rédaction d’un rapport complémentaire (voyez l’article 24 des lois coordonnées, modifié par l’article 12 de la loi du 15 septembre 2006)». Voy. aussi la modification des articles 13 et 14 de l’arrêté du Régent.

<sup>151</sup> Applicable aux affaires pendantes auxquelles le rapport du membre concerné de l’auditorat n’a pas encore été notifié à la date du 1<sup>er</sup> juin 2007 (art. 103 de l’arrêté du 25 avril 2007).

<sup>152</sup> Sur l’utilité de cette modification, déjà acceptée en pratique, Exposé des motifs, p. 44.

<sup>153</sup> Aussi modifications de l’arrêté du Régent (art. 16, 17, 19 et 20).

<sup>154</sup> L’article 26 nouveau du règlement général de procédure «Art. 26. Dans les quinze jours de l’expiration du délai prescrit pour les derniers mémoires, les parties peuvent décider d’introduire une déclaration commune selon laquelle la cause ne sera pas appelée à l’audience relative au recours en annulation dans les cas où, à la fois, le rapport conclut soit au rejet soit à l’annulation, sans réserve ni demande de renseignements ou d’explications et qu’aucun dernier mémoire n’est déposé. La chambre peut demander des explications orales sur les points qu’elle indique. A cette fin, par une ordonnance que le greffier en chef notifie aux parties et à l’auditeur, elle fixe une date à laquelle les parties et l’auditeur seront entendus.» Le Rapport au Roi précise : «En ce cas, l’audience porte uniquement sur les points énumérés dans l’ordonnance. Cette possibilité présente l’avantage de permettre d’éviter que, dans l’hypothèse où la chambre ne s’estimerait pas en mesure de statuer sur la base des seuls écrits de procédure et en l’absence d’audience, elle

- que le rôle du conseiller rapporteur à l’audience est redéfini (art. 29 de l’arrêté du Régent);
- une nouvelle extension de la compétence de chambres à conseiller unique (nouvel article 90, al. 3);
- la suppression des renvois préjudiciels à l’assemblée générale de la section d’administration des requêtes faisant valoir des moyens pris de la violation des articles 10, 11 et 24 de la Constitution (art. 93 LCCE, abrogé);
- de nouvelles modalités de notification des arrêts aux parties et modalités de notification partielle aux autorités administratives (nouvel art. 28, al. 2 <sup>155</sup>);
- une extension de la publication des décisions du Conseil d’Etat aux ordonnances de filtrage des recours en cassation (art. 28).

La loi ne crée aucun filtre au contentieux du recours pour excès de pouvoir. Les procédures accélérées permettent sans doute un certain tri. En revanche, aucun procédé n’existe qui permettrait au Conseil d’Etat de choisir les affaires qu’il examine en raison de leur plus grand intérêt pour la jurisprudence <sup>156</sup>. Cela semble impossible d’ailleurs tant qu’un juge de première instance n’est pas en mesure de procurer à tout requérant la solution de son litige quel que soit l’intérêt de celui-ci pour la connaissance du droit.

Enfin la loi renforce le Conseil d’Etat par la création d’emplois de conseillers, d’auditeurs et de greffiers avec le projet que ces nouvelles ressources soient en mesure de permettre l’absorption de l’arriéré. L’extension de six conseillers, de douze auditeurs et de six greffiers n’est que temporaire, pour trois ans éventuellement prolongés de deux ans; elle est conditionnée à l’adoption d’un *plan de résorption de l’arriéré* (art. 122 à 124 LCCE <sup>157</sup>) <sup>158</sup>.

## XI. – PRODUCTIVITÉ ET ANNULATION

D’autres mesures pourraient avoir sur l’annulation ou la suspension des conséquences importantes que le législateur n’a peut-être pas suffisamment envisagées.

doive rendre un arrêt ordonnant des mesures d’instruction complémentaires, ce qui prolongerait le cours de la procédure». Applicable aux recours pour lesquels aucun rapport du membre concerné de l’auditorat n’a été rédigé au 1<sup>er</sup> juin 2007 (art. 102 de l’arrêté du 25 avril 2007).

<sup>155</sup> Art. 15, 1<sup>o</sup>, de la loi du 15 septembre 2006, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2006 (art. 243, al. 3); les modalités doivent faire l’objet d’un arrêté (voy., dans la matière de la cassation administrative, art. 41, 42 de l’arrêté royal du 30 novembre 2006 déterminant la procédure en cassation devant le Conseil d’Etat).

<sup>156</sup> Idée qui est présente dans la loi en ce qui concerne les décisions d’admission à l’examen en cassation, art. 20, § 2, al. 4, modifié.

<sup>157</sup> L’art. 123 (dont on préférera le texte du § 1<sup>er</sup>, al. 4, en langue néerlandaise) a été modifié par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (art. 146). Ce plan a été adopté puisque des avis de vacances ont été publiés au *Moniteur belge* du 30 avril 2007.

<sup>158</sup> La validité de cette estimation a été mise en doute, not. par les magistrats du Conseil d’Etat qui sont intervenus en commission de la Chambre des représentants le 31 mai 2006 (Doc. Parl. Ch., 51 2478/008, p. 124); aussi décl. en séance publique de la Chambre, le 12 juillet 2006, CRABV51PLEN227, p. 41.

Les chiffres présentés aux cours des travaux préparatoires montrent le nombre des affaires, le nombre des arrêts, l'importance de l'arriéré<sup>159</sup>. Qui niera que cinq ans donnés comme la moyenne, seulement la moyenne, de la durée d'une contestation de nomination de fonctionnaire est déraisonnable? Ce délai est sans rapport avec la durée de la carrière et de la vie<sup>160</sup>. Ces chiffres traduisent globalement des réalités diverses. La moyenne ne donne qu'une imparfaite mesure de la quantité; elle ne renseigne guère sur la qualité et n'y cherche aucune explication. Or sous l'angle de la difficulté relative et du temps d'un bon traitement par le juge, une affaire peut être fort différente d'une autre à l'heure de l'enchevêtrement des normes<sup>161</sup>. Le législateur ne l'ignore pas complètement puisqu'il réserve désormais aux affaires dont la *complexité juridique* ne s'y oppose pas, une possibilité de jugement par un seul conseiller (nouvel article 90).

Cette loi toute d'efficacité crée des outils de management afin de stimuler la productivité de la Haute juridiction<sup>162</sup>. Parmi ceux-ci, des plans de gestion et l'évaluation des titulaires d'emploi au Conseil d'Etat<sup>163</sup>. Parmi les critères: l'efficacité professionnelle et organisationnelle, le planning<sup>164</sup>. Il faudra aussi mesurer la charge de travail de chacun<sup>165</sup>. Le Roi est chargé d'établir ces critères et la manière d'enregistrer la charge de travail<sup>166</sup>.

<sup>159</sup> *Exposé des motifs*, pp. 5 et s.

<sup>160</sup> Il s'écoule parfois des délais bien plus longs encore, ici et ailleurs (voy. P. GILLIAUX, «Le temps, le Conseil d'Etat et Strasbourg», *A.P.T.*, 1994, pp. 24 et s.). La moyenne de cinq ans est également donnée en matière d'urbanisme. Pour un cas jugé en huit ans, C.E., 5 octobre 2006, *Beeckmans*, 163246.

<sup>161</sup> On fait souvent état de la *complexité sans cesse plus grande des affaires à trancher* (P. GILLIAUX, art. préc., *A.P.T.*, 1994, p. 27).

<sup>162</sup> Not. Exposé du ministre M. P. DEWAELE en séance publique de la Chambre, le 12 juillet 2006, CRABV51PLEN226, p. 30

<sup>163</sup> Laissons en dehors de notre objet l'organisation nouvelle des mandats des chefs de corps et des mandats adjoints qui pourrait à son tour avoir une influence sur le contenu des arrêts.

<sup>164</sup> Art. 74/7, §2: «L'évaluation est effectuée sur la base de critères portant sur la personnalité ainsi que sur les capacités intellectuelles, professionnelles et organisationnelles, en ce compris la qualité des prestations fournies et sans porter atteinte de ce fait à l'indépendance et à l'impartialité du titulaire de fonction. Le Roi détermine, sur proposition motivée du premier président et de l'auditeur général, chacun en ce qui concerne ses compétences, et l'assemblée générale ayant été entendue, les critères d'évaluation, compte tenu de la spécificité des fonctions et mandats, et définit les modalités d'application de ces dispositions». Voy. un lien entre la brièveté de la motivation et l'évaluation; dans le contentieux de référé elle ne sera pas «pénalisante»... Exposé des motifs, p. 31.

<sup>165</sup> Art. 78/1, nouveau; anal. 352bis du Code judiciaire.

<sup>166</sup> Un système officieux était déjà d'application; on craint le formalisme et le temps nécessaire au fonctionnement du nouveau système (*Doc. Parl.*, Ch., 51 2478/008, p. 127).

Un système comparable avait été instauré dans la magistrature judiciaire<sup>167</sup>. Le problème est-il vraiment le même ici? Dans le contentieux civil, les prétentions et les succès des demandeurs et des défendeurs s'équilibrent dans l'ensemble des affaires mais dans le contentieux de l'annulation soumis au Conseil d'Etat, il s'agit toujours de contester ce qu'a fait une administration. Il s'agit toujours pour l'auditeur, le conseiller rapporteur, pour l'auteur d'un projet d'arrêt, ou la chambre saisie de délibérer sur la validité d'un acte administratif. Il ne faut pas avoir pratiqué le droit administratif depuis longtemps pour être assuré de sa complexité et savoir que le nombre est plutôt petit des cas où l'acte entrepris est absolument incontestable. N'est-il pas souvent possible d'accueillir par un arrêt bref le moyen fondé qui dispense de rejeter les autres qui ne peuvent entraîner une annulation plus étendue? N'est-ce pas plus facile que d'analyser systématiquement tous les moyens, ce qu'il faut faire pour prononcer l'arrêt de rejet? N'est-ce pas tentant si la performance devient chiffrée, réduite au nombre d'arrêts et au délai pris pour les rendre? L'on verra avec intérêt les critères d'évaluation que le Roi mettra au point. Les travaux préparatoires indiquent que l'évaluation n'est pas chiffrée<sup>168</sup>, la loi dispose qu'elle est écrite, descriptive et motivée<sup>169</sup>. La question de la qualité est signalée mais la quantité est «un critère d'évaluation très important»<sup>170</sup>. L'on se demande si le législateur a bien aperçu que dans le contentieux de l'excès de pouvoir la recherche de la célérité et de la performance pouvait se traduire par un accroissement des décisions peu favorables aux pouvoirs publics. Conséquence non nécessaire du passage d'un principe de vertu à une logique chiffrée mais conséquence possible. Peu probable heureusement. La loi garantit en effet l'indépendance et l'impartialité des magistrats dans la disposition même qui règle l'évaluation. Tout sera donc affaire de modération, de critères et d'évaluateurs<sup>171</sup>. Cette organisation nouvelle peut en tout cas avoir une influence déterminante sur le contentieux de l'annulation. Une influence qualitative dont aucun chiffre ne rendra jamais bien compte.

Limont, le 21 mai 2007

<sup>167</sup> Art. 259nonies et s. du Code judiciaire.

<sup>168</sup> Exposé des motifs, p. 66; à tout le moins, «le nouveau système n'est-il clairement pas basé sur une évaluation chiffrée» (souligné par nous). En outre cet outil de management n'entraîne pas de sanction disciplinaire (*Ibid.*, p. 66). La mention «insuffisant» a pourtant plusieurs conséquences négatives (art. 74/8, §5)

<sup>169</sup> Art. 74/7 et *Exposé des motifs*, p. 66.

<sup>170</sup> *Exposé des motifs*, p. 68 et p. 69.

<sup>171</sup> Les membres du Conseil sont évalués par les présidents de Chambre (art. 74/8). Sur le point examiné au texte, ce choix de l'évaluateur est une garantie importante.