

Le recours en annulation devant le Conseil d'Etat : évolutions législatives et jurisprudentielles récentes

Luc DONNAY
Maître de conférences à l'ULg
Auditeur adjoint au Conseil d'Etat¹

Introduction

Ces dernières années, le contentieux administratif a été marqué par d'importantes mutations. L'une des plus visibles est sans conteste la loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers, publiée au *Moniteur belge* du 6 octobre 2006.

A côté des modifications apportées aux lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, l'abondante jurisprudence de la juridiction administrative a apporté toute une série de développements et de précisions utiles dont il convient également de faire état.

Cet exposé tente de faire le point sur la compétence du Conseil d'Etat en matière d'excès de pouvoir (I) et sur les conditions de recevabilité du recours en annulation (II) à la lumière des récentes évolutions législatives et jurisprudentielles².

La dernière (et brève) partie de l'exposé (III) sera consacrée à la loi du 25 juillet 2008 modifiant le Code civil et les lois coordonnées du 17 juillet 1991 sur la comptabilité de l'Etat en vue d'interrompre la prescription de l'action en dommages et intérêts à la suite d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat.

Section I. Les conditions de compétence du Conseil d'Etat

On rappelle tout d'abord que la compétence du Conseil d'Etat est essentiellement déterminée par rapport à celle des pouvoirs législatif et judiciaire ainsi que par rapport à celle de l'administrateur actif.

Sur la base de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, celui-ci n'est compétent que lorsque trois conditions sont réunies. En effet, il faut que, tout d'abord, le recours tende à l'annulation de l'acte attaqué, qu'ensuite, celui-ci émane d'une autorité administrative et qu'enfin, aucune action de nature à aboutir à un résultat équivalent à l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir ne soit ouverte à l'intéressé devant une Cour ou un tribunal de l'ordre judiciaire.

¹ A la base de cette communication se trouve l'ouvrage de *Contentieux administratif* de P. LEWALLE et L. DONNAY (coll.), 3^{ème} édition, publié chez Larcier en 2008. L'auteur y a ajouté les développements jurisprudentiels intervenus depuis cette publication.

² Pour une mise en perspective du recours en annulation, voy. M. PÂQUES, « Le recours en annulation », *A.P.T.*, 2006, pp. 202 à 216.

1. Le recours doit tendre à l'annulation de la décision attaquée

Etant uniquement doté du pouvoir d'annuler les actes administratifs illégaux, c'est sans surprise que l'on lit que le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour annuler des actes authentiques financiers d'une liquidation judiciaire, constater qu'un prêt est nul, condamner une banque à la restitution d'une somme d'argent, ordonner la restitution d'une arme de poing, déclarer l'action publique irrecevable,...³

Le sort à réserver à une demande d'annulation partielle d'un acte administratif est nettement plus problématique. En effet, si rien ne paraît empêcher un requérant de solliciter non pas l'anéantissement total d'un acte administratif illégal mais uniquement de l'une ou l'autre disposition qui lui fait grief, cette annulation partielle ne peut en aucun cas conduire à une réformation de celui-ci, sous peine de modifier le choix fait par l'autorité compétente.

Dès lors, la requête en annulation partielle n'a de chance d'aboutir que si elle laisse intact l'essentiel de l'acte attaqué, en ne s'en prenant par exemple qu'aux modalités de sa mise en vigueur. Elle devrait être rejetée au contraire si elle tendait à dissocier des dispositions "intimement liées" d'un même acte, à imposer une solution différente de celle voulue par l'autorité administrative.

Il a été jugé par exemple qu'une disposition du Code de déontologie de l'Institut professionnel des agents immobiliers, dont l'illégalité avait été retenue à la suite de l'examen d'un des moyens, était certes importante mais restait aisément dissociable des autres dispositions pour faire l'objet, seule, de la censure du Conseil d'Etat. Compte a été tenu, au surplus, du fait que l'annulation globale de ce Code aurait des conséquences manifestement hors de proportion avec l'illégalité établie en ce qu'elle affecterait d'autres dispositions régulières et qu'elle aurait pour effet de supprimer tout le Code alors que celui-ci comporte un ensemble de règles destinées à réglementer la profession sur d'autres aspects tout aussi importants⁴.

2. L'acte ou le règlement attaqué doit avoir été accompli par une autorité administrative

2.1 Le critère organique de l'autorité administrative

A) Définition et implications

Nul n'ignore que l'article 14 des lois coordonnées spécifie qu'en principe⁵, les actes et règlements soumis à la censure du Conseil d'Etat doivent avoir été accomplis par l'une des diverses "autorités administratives".

Inchangée depuis la création du Conseil d'Etat par la loi du 23 décembre 1946, cette condition a fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle particulièrement étoffée, d'autant plus difficile à synthétiser qu'elle émane tant de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle que du Conseil d'Etat lui-même.

La notion d'autorité administrative, véritable bouteille à encre du contentieux administratif, ne se laisse pas appréhender aisément. Notre seule ambition est d'en brosser le

³ C.E., 16 mai 2007, *Jodrillat*, n° 171.287. Tous les arrêts cités au cours de cet exposé sont téléchargeables sur le site internet du Conseil d'Etat.

⁴ C.E., 4 mai 2005, *Taft*, n° 144.181.

⁵ Les « adjonctions législatives » seront traitées au point 2.3.

portrait à gros traits sans se perdre dans les méandres de son interprétation et de renvoyer à d'autres synthèses plus complètes⁶ le lecteur intéressé par les détails de cette véritable saga.

En la considérant au sens premier, l'autorité administrative semble tout naturellement devoir s'inscrire dans l'orbite du pouvoir exécutif, qu'il soit fédéral, communautaire ou régional. On concevrait mal, en effet, que l'on qualifiât d'autorité administrative une personne physique ou morale privée.

Dans son sens originel, l'autorités administrative visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées, regroupe, d'une part, les organes qui, en vertu de la Constitution et des lois spéciales de réformes institutionnelles, exercent le pouvoir exécutif⁷, et, d'autre part, les organes qui, en vertu d'une norme de rang constitutionnel ou législatif, sont soumis au contrôle hiérarchique⁸ ou au contrôle de tutelle⁹ du Gouvernement fédéral, communautaire ou régional.

Par application du critère organique de l'autorité administrative, sont notamment exclus de la compétence du Conseil d'Etat les actes accomplis par le pouvoir législatif fédéral, communautaire ou régional, ainsi que ceux émanant du pouvoir judiciaire. Toutefois, ainsi que nous allons le voir, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître du recours introduit contre certains actes de ce type, non pas par le biais de la notion d'autorité administrative mais en raison des adjonctions législatives apportées à l'article 14 des lois coordonnées¹⁰.

En application du critère organique de l'autorité administrative, le Conseil d'Etat est également amené à décliner sa compétence pour connaître des contrats et marchés conclus entre une autorité administrative et un particulier ou une personne morale de droit privé¹¹. Une attention particulière doit être accordée cependant à un arrêt prononcé le 12 avril 2005 : alors que la requête visait à l'annulation de la décision du conseil communal de la ville de Liège du 9 novembre 1998 « *de modifier les clauses et conditions du marché conclu avec la société PAGE M et relatif à la collecte des déchets ménagers et des déchets encombrants sur (son) territoire (...) par l'adoption d'un avenant n°4 et, notamment, de proroger la durée de ce marché jusqu'à la date du 30 juin 2005* », le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent en affirmant que « *l'acte attaqué est un acte unilatéral du conseil communal certes impuissant à modifier à lui seul l'ordonnancement juridique, lequel ne le serait que si le contractant accepte ce qui n'est qu'une offre, même précédée de négociations entre les services de la ville et ledit cocontractant auquel il est loisible de refuser et de s'adresser au juge du contrat pour obtenir des dommages et intérêts; que l'acte attaqué est un acte administratif unilatéral détachable tant du contrat initial*

⁶ Sur le sujet, voy. par exemple X. DELGRANGE, « S.O.S. Bonheure », *R.C.J.B.*, 2005, p. 26 et s.; D. DÉOM, « Enseignement libre et autorité administrative : dis moi oui, dis-moi non », *A.P.T.*, 2004, p. 95 et s.; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} éd., Bruylant, 2008, pp. 289 à 311; P. LEWALLE et L. DONNAY (coll.), *op. cit.*, pp. 641 à 714 ; S. LUST, « Wat is een administratieve overheid ? », *N.J.W.*, 2004, p. 1046 et s.

⁷ Soit le Roi, les ministres et secrétaires d'Etat, membres du Gouvernement fédéral, les membres des Gouvernements communautaires et régionaux, les membres du collège de la Commission communautaire française et de la Commission communautaire commune.

⁸ Par exemple les universités publiques ressortissant à la Communauté.

⁹ Organes des provinces, des communes, de l'agglomération bruxelloise, de la plupart des établissements publics, des entreprises publiques économiques, des associations intercommunales, ...

¹⁰ *Infra*, n° 2.3.

¹¹ Rappelons toutefois que « l'acte détachable au contrat » adopté par une autorité administrative relève bel et bien de la compétence d'annulation de la juridiction administrative. Pour une analyse critique de la théorie des actes détachables, voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 231 à 255.

que de l'éventuelle convention résultant de l'acceptation de l'offre par le contractant; que le Conseil d'Etat a le pouvoir d'annuler les actes des autorités administratives lorsque ceux-ci peuvent faire l'objet d'un recours objectif, par opposition au recours dont l'objet véritable et direct est de faire consacrer l'existence d'un droit subjectif, civil ou politique, ou de faire assurer le respect d'un tel droit ; que le recours en annulation de la requérante, tiers tant au contrat initial qu'à l'éventuelle convention future, ne porte pas sur la méconnaissance d'un droit subjectif mais vise au respect de la légalité, en raison du grief que, selon elle, lui cause l'acte attaqué dans la mesure où il la prive de la possibilité de poser sa candidature pour la collecte des déchets sur le territoire de la partie adverse durant la nouvelle période qui fait l'objet de l'acte attaqué; que le déclinatoire de juridiction ne peut être accueilli »¹².

B) Examen d'une application particulière : la motion de méfiance constructive

Etudier les contours du critère organique de l'autorité administrative conduit inévitablement à se demander si certains actes adoptés par ces autorités ne resteraient pas malgré tout en dehors de la compétence d'annulation du Conseil d'Etat en raison de leur caractère hautement politique.

En d'autres termes, existe-t-il, en droit belge, des actes qui, en dépit du fait qu'ils ont été pris par des autorités administratives, demeurent à l'abri du contrôle de la juridiction administrative à cause de leur nature juridique particulière?

Rappelons qu'en droit belge, doctrine et jurisprudence rechignent à reconnaître l'existence de ce que l'on a coutume d'appeler « les actes de gouvernement ».

Cette problématique a fait l'objet de développements récents lorsque le Conseil d'Etat a dû déterminer la nature juridique de la motion de méfiance constructive que le législateur wallon avait décidé d'introduire dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

Les premières applications qui en ont été faites par le conseil communal de La Louvière puis par celui de Charleroi ont donné lieu à des arrêts de suspension prononcés en extrême urgence par le Conseil d'Etat¹³. Dans les deux cas, la motion a été considérée comme un acte de portée individuelle accompli par une autorité administrative et le moyen pris de la méconnaissance du principe "*Audi alteram partem*" a été reconnu sérieux.

Dans une troisième espèce, la motion de méfiance visait un échevin de Sambreville. Le Conseil d'Etat a rejeté le recours de celui-ci, en affirmant que les moyens n'étaient pas sérieux en ce qu'ils étaient pris d'une illégalité de procédure (violation du droit d'être entendu) et de forme (défaut de motivation). Mais le Conseil d'Etat n'a pas jugé plus sérieux le moyen pris du défaut de motif : il a affirmé à cet égard que « *les motifs de la confiance ou de la méfiance qui peut régner entre les membres d'une assemblée ou d'un collège démocratiquement élu, tel un conseil communal ou un collège des bourgmestre et échevins, paraissent relever exclusivement de l'appréciation de ses membres; que l'examen des motifs de cette confiance ou de cette*

¹² C.E., 2 avril 2005, *Watco*, n° 142.998; *J.T.*, 2005, p. 622, obs. D. LAGASSE et C.E. 9 mars 2006, *Watco*, n° 156.161. En revanche, le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître du recours en annulation ayant pour objet l'acte par lequel une autorité administrative met fin à un contrat en vertu d'un droit de résiliation consacré par le contrat lui-même (C.E., 4 septembre 2008, *A.S.B.L. Tourisme social de Chimay*, n° 186.074).

¹³ C.E., 8 mars 2006, *Brynaert*, n° 156.078; C.E., 28 mars 2006, *Vanbergen*, n° 157.044; sur ces arrêts, voy. les observations de D. RENDERS et Th. BOMBOIS, *J.T.*, 2006, p. 317 et s.

méfiance est étranger au contrôle de légalité que le Conseil d'Etat peut exercer sur la base de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées le 12 janvier 1973 »¹⁴.

Le contentieux qui s'est ainsi développé a vivement contrarié l'autorité politique, qui entendait très manifestement que la motion de méfiance échappât aux contrôles administratifs ou juridictionnels. C'est dans cet esprit qu'a été voté le décret du 8 juin 2006 modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

On peut observer que, dès le 29 juin 2006, le conseil communal de Charleroi a fait application de la nouvelle mouture de l'article L 1123-14 de ce Code en votant une motion de méfiance à l'encontre de M. Vanbergen. Celui-ci en a poursuivi la suspension, en extrême urgence. Le Conseil d'Etat a accepté de connaître de cette demande : il a rejeté l'exception d'irrecevabilité de la ville de Charleroi, qui soutenait que la décision attaquée n'était pas un acte ou un règlement d'une autorité administrative, mais la manifestation d'une méfiance politique exprimée par un organe politique sur base de considérations politiques à l'égard d'un élu¹⁵.

Tout était-il réglé sur ce plan d'importance ? Rien n'était moins sûr ! Par un recours introduit le 15 décembre 2006, M. Vanbergen a poursuivi devant la Cour constitutionnelle l'annulation du décret modificatif du 8 juin 2006. Il lui reprochait, notamment, d'exclure tout contrôle juridictionnel de la motion de méfiance et, singulièrement, celui du Conseil d'Etat.

La Cour constitutionnelle a rappelé que si la volonté du législateur wallon avait été de soustraire la motion de méfiance à la compétence du Conseil d'Etat, celui-ci n'avait pas moins accepté d'en connaître, en sorte que les dispositions attaquées n'avaient pas pour effet d'empêcher tout contrôle juridictionnel. Tout en affirmant qu'elle n'avait pas à se prononcer en l'espèce sur la compétence du Conseil d'Etat, la Cour constitutionnelle a jugé que le moyen donnait aux dispositions attaquées une interprétation qui n'était pas celle retenue par le Conseil d'Etat et qu'il n'était pas fondé¹⁶. Il nous paraît que cette conclusion se comprendrait difficilement si la Cour constitutionnelle jugeait que la motion de méfiance devait échapper, par sa nature, au recours pour excès de pouvoir.

2.2 Le critère matériel ou fonctionnel de l'autorité administrative

L'examen de la jurisprudence fait ressortir que des institutions, associations, établissements, créés par des particuliers et revêtant une forme de droit privé, ont été reconnus dans certaines hypothèses comme autorités administratives. C'est qu'il faut tenir compte aujourd'hui, dans l'opération de repérage des autorités administratives, de l'activité exercée et des prérogatives attribuées à l'organisme considéré.

A partir de ce critère s'est développée sur le sujet une jurisprudence particulièrement sinieuse qui, tantôt, conduit à la reconnaissance de la qualité d'autorité administrative (A); tantôt empêche la reconnaissance de la même qualité (B).

¹⁴ C.E., 17 mai 2006, *Maniscalco*, n° 158.939. Voy. D. DÉOM et Th. BOMBOIS, « Du neuf pour les communes et provinces wallonnes ou quand la nouvelle loi communale devint l'ancienne », *R.B.D.C.*, 2006, pp. 47 et 48. Ceux-ci critiquent la dissociation introduite entre le contrôle de la motivation formelle, qui doit être adéquate, et le refus de contrôler les motifs de la motion.

¹⁵ C.E., 11 juillet 2006, *Vanbergen*, n° 161.253. La demande a été rejetée après examen des moyens soulevés, aucun n'apparaissant sérieux et de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué.

¹⁶ C.C., n° 156/2007 du 19 décembre 2007.

A) L'incidence positive du critère matériel

A.1) Les établissements d'enseignement libre

L'application la plus spectaculaire du critère matériel est sans conteste celle qui conduit à reconnaître, dans certains cas, la qualité d'autorité administrative aux établissements d'enseignement libre lorsqu'ils agissent dans leurs rapports avec leurs élèves et étudiants.

A cet égard, l'arrêt de référence demeure celui prononcé par la Cour de cassation le 6 septembre 2002, en cause de Gert Meulenijzer et de l'Instituut Zusters van de onbevelekte ontvangenis (Soeurs de l'Immaculée Conception).

Le pourvoi était dirigé contre un arrêt n° 96.316 prononcé le 12 juin 2001 par le Conseil d'Etat qui s'était déclaré incompétent pour connaître du recours visant la décision par laquelle le conseil de classe de la 6^{ème} année sciences-mathématiques de l'Instituut Zusters van de Onbevelekte Ontvangenis avait délivré une attestation C au requérant Gert Meulenijzer. L'arrêt du 12 juin 2001 s'appuyait lui-même explicitement sur l'arrêt n° 93.289 prononcé par l'assemblée générale de la section d'administration le 13 février 2001 sur recours de Melle Deschutter.

La Cour de cassation a cassé cet arrêt du 12 juin 2001 en s'exprimant comme suit :

« Attendu que l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose que le Conseil d'Etat statue sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives; que des institutions créées par des personnes privées mais agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et des régions, des provinces ou des communes, constituent des autorités administratives au sens de cet article dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et où elles peuvent prendre des mesures obligatoires à l'égard des tiers, plus spécialement en déterminant de manière unilatérale leurs propres obligations à l'égard des tiers ou en constatant unilatéralement les obligations des tiers; que les actes posés par ces établissements peuvent faire l'objet d'une annulation lorsque ceux-ci exercent une partie de l'autorité publique;

Attendu que le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour connaître du recours du demandeur par le motif que :

- 1. le défenderesse est un établissement d'enseignement libre;*
- 2. la défenderesse a été créée par des personnes privées;*
- 3. des personnes privées règlent le mode de fonctionnement de la défenderesse;*
- 4. des personnes privées peuvent décider de la supprimer;*

que le Conseil d'Etat en a déduit que la défenderesse n'a aucun lien organique avec les pouvoirs publics;

[...]

Attendu que le fait que la défenderesse est un établissement d'enseignement libre créé par des personnes privées et qu'il peut être supprimé par des personnes privées n'exclut pas que la défenderesse puisse être autorisée à prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers; que le seul fait qu'une institution n'a pas de lien organique avec les pouvoirs publics n'exclut pas la compétence du Conseil d'Etat; que l'arrêt n'est pas légalement justifié; que le moyen est fondé [...] »¹⁷.

¹⁷ Cass. 6 septembre 2002, précité; R.C.J.B., 2005, p. 5 et s., obs. X. DELGRANGE ; F. TULKENS et J. SOHIER, « Chronique de jurisprudence 2001-2002 », R.B.D.C., 2003, p.449.

La Cour de cassation affirme que cinq indices ou critères concourent à caractériser l'autorité administrative : le premier est d'être créé ou agréé par les pouvoirs publics, le deuxième est d'être chargé d'un service public, le troisième est de n'être pas partie du pouvoir judiciaire ou législatif, le quatrième est d'être contrôlé ou déterminé dans son fonctionnement par les pouvoirs publics, le cinquième est de pouvoir prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers¹⁸.

N'est autorité administrative que l'entité qui réunit ces cinq indices ou critères : ils sont cumulatifs.

L'arrêt du 6 septembre 2002 nous paraît particulièrement significatif des rapports imposés par la Cour de cassation entre critère organique et matériel de l'autorité administrative: le premier ne peut plus être considéré comme une condition nécessaire de l'autorité administrative, puisque la Cour de cassation affirme que « *le seul fait qu'une institution n'a pas de lien organique avec les pouvoirs publics n'exclut pas la compétence du Conseil d'Etat* ».

Par son arrêt n° 41/2003 du 9 avril 2003, la Cour constitutionnelle nous paraît avoir corroboré l'arrêt du 6 septembre 2002 prononcé par la Cour de cassation.

Les implications de cette prise de position sont considérables : elles aboutissent à un élargissement certain, mais difficilement mesurable, de la notion d'autorité administrative et, partant, de la compétence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat. Il suffit en effet qu'une personne, physique ou morale, de droit privé exerce, dans l'intérêt général, une activité contrôlée par les pouvoirs publics pour qu'elle ait la qualité d'autorité administrative, dans la mesure en tout cas où elle peut, dans ce cadre, prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers.

Les répercussions de cette jurisprudence sont très nettes en ce qui concerne les décisions prises par les établissements d'enseignement libre à l'égard de leurs étudiants : celles-ci relèvent de la compétence du Conseil d'Etat si elles procèdent du pouvoir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers. Mais ceci ne se vérifie que pour certaines, et non pas pour toutes, les décisions prises par les pouvoirs organisateurs de tels établissements, ce qui exige une grande circonspection.

La délivrance ou le refus de délivrance d'un diplôme, en vertu d'une loi ou d'un décret, a été considérée comme l'exercice d'un tel pouvoir : telle fut la position prise, en termes prudents, dès le 8 octobre 2002, par le Conseil d'Etat statuant en référé au sujet du refus de la délivrance de l'attestation de réussite d'un examen par la V.Z.W. Sint-Bavohumanoria¹⁹; telle est sans nul doute la portée des arrêts prononcés par l'assemblée générale de la section d'administration le 4 juin 2003 dans les causes *Zitoumi c/ Institut technique Cardinal Mercier-Notre-Dame du Sacré Coeur* n° 120.131 et *Van den Brande c/ A.S.B.L. Inrichtende Macht van de Vlaamse Katholieke Hogeschool voor wetenschap en Kunst*, n° 120.143.

Il n'en est pas de même de l'exclusion définitive d'un élève, prononcée par le pouvoir organisateur d'un établissement d'enseignement libre, à en juger d'après les termes de l'arrêt du 18 mai 2004, *Dupont c/ Le centre scolaire Saint-Stanislas*, n° 131.565, par lequel le Conseil d'Etat a refusé d'en connaître. Un arrêt du 15 juin 2004 rejette encore la demande de suspension en extrême urgence de l'exécution d'une décision du 27 mai 2004 par laquelle le pouvoir organisateur de l'Ecole Pratique des Hautes Etudes Commerciales confirme la décision

¹⁸ Cass., 14 février 1997.

¹⁹ C.E., 8 octobre 2002, *Hofmans*, n° 111.088, *R.A.B.G.*, 2003, p. 60, obs. S. LUST.

d'exclusion définitive prise à l'égard d'un étudiant, en considérant qu'elle s'inscrit dans le cadre de la convention d'inscription signée par celui-ci en début d'année académique²⁰.

S'inscrivent encore dans cette perspective, des arrêts du 6 juillet 2005, du 22 mai 2006 et du 13 avril 2007 qui décident qu'un établissement libre subventionné n'agit en qualité d'autorité administrative que lorsqu'il prend des actes administratifs unilatéraux qui lient les tiers; qu'une décision d'exclusion définitive d'un élève, mineur aussi bien que majeur, d'un tel établissement, à titre disciplinaire, ne rentre pas dans cette catégorie; qu'elle ne fait en effet pas obstacle à l'inscription de l'élève qui en fait l'objet dans un autre établissement; que, de manière générale, les élèves qui choisissent de faire leurs études dans un établissement d'enseignement libre, fût-il subventionné, se trouvent normalement placés dans une situation contractuelle de manière telle que les contestations qui y ont trait relèvent en principe de la compétence exclusive des cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire²¹.

Il a été précisé par l'arrêt n° 159.070 du 22 mai 2006, précité, que même si le pouvoir de l'établissement d'enseignement subventionné d'exclure définitivement un élève régulièrement inscrit ne peut s'exercer que pour des causes et selon les modalités prévues par un décret, cet encadrement législatif n'a pas pour effet de soustraire les contestations portant sur l'exercice de ce pouvoir à la compétence des cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire et de les attribuer au Conseil d'Etat .

On peut penser qu'ainsi s'explique encore que le Conseil d'Etat ne puisse connaître du refus d'inscription aux examens décidé par une université libre sur la base de l'article 6, § 3, alinéa 2, de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 31 octobre 1996 réglant l'organisation et le fonctionnement des jurys d'enseignement universitaire de la Communauté française ; il a été décidé que ce refus ne produit pas d'effet à l'égard des tiers, les autres universités n'étant pas obligées de refuser d'inscrire l'étudiant concerné aux examens de la même année d'études²².

En conclusion, il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces développements jurisprudentiels : les établissements d'enseignement libre ne sont considérés comme des autorités administratives que lorsqu'ils adoptent une décision que l'on peut « raccrocher » à la délivrance d'un diplôme. Sont dès lors exclues de la compétence du Conseil d'Etat les décisions par lesquelles ceux-ci passent des marchés publics²³, celles qui concernent les rapports entre ces institutions et les membres de leur corps enseignant²⁴ et celles qui, prises à l'égard des élèves ou

²⁰ C.E., 15 juin 2004, *Tonnelier*, n° 132.434.

²¹ C.E., 6 juillet 2005, *Gillet c/ A.S.B.L. Comité organisateur des instituts Saint-Luc*, n° 147.376 ; C.E., 22 mai 2006, *Bakhati et El Jaouani c/ A.S.B.L. le jury de l'Institut Marie Immaculée Montjoie*, n° 159.070 ; C.E., 13 avril 2007, *Metens c/ Collège Sainte-Gertrude de Nivelles*, n° 170.005.

²² C.E., 25 juin 2007, *Rozenzweig c/ U.L.B.*, n° 172.698 ; comp. toutefois avec C.E., 12 novembre 2007, *Bassomo c/ U.L.B.*, n° 176.712, dans lequel un recours contre un refus d'inscription est rejeté non pour incompétence mais pour défaut d'exercice d'un recours préalable organisé.

²³ Ainsi, par un arrêt n° 125.889, prononcé le 2 décembre 2003, le Conseil d'Etat a décidé que l'attribution par une Haute Ecole d'un marché public de travaux en application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ne l'amène pas à prendre une décision obligatoire vis-à-vis des tiers. Pareille décision n'est donc pas celle d'une autorité administrative dont le Conseil d'Etat peut connaître.

²⁴ Cass., 6 septembre 2002, *Leman c/ K.U.L.* Cet arrêt confirme la jurisprudence antérieure (Cass., 18 décembre 1997, *Hoge School Sint-Lucas*).

étudiants, concernent le domaine disciplinaire ou touchent aux conditions d'inscription et non à la délivrance d'un diplôme²⁵.

A.2) Trois applications dans le domaine économique et social

1) Par un arrêt du 6 mai 2004²⁶, le Conseil d'Etat avait rejeté un déclinatoire de compétence, et conclu que, comme il l'avait décidé par un arrêt antérieur du même jour²⁷, une société de logement social devait être considérée comme une autorité administrative.

Il avait décidé en ce sens en observant que, la base de l'article 84, 85 et 90 du décret du 15 juillet 1997 contenant le Code flamand du logement, la société de logement social pouvait prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers en exécution de la mission d'intérêt général dont elle est investie. Il s'agissait du droit de "reprenre", à certaines conditions, les habitations sociales vendues ou de demander une indemnité aux acheteurs d'une habitation sociale qui revendent ou louent celle-ci, du droit de préemption sur les habitations dans lesquelles elles ont exécuté des travaux d'adaptation, de rénovation ou d'amélioration, et du droit de gestion sociale sur certaines habitations incluant notamment le droit de donner ces habitations en location ou d'y effectuer des travaux sans l'autorisation du propriétaire, du superficiaire, de l'emphytéote ou de l'usufruitier.

La Cour de cassation devait décider ensuite, à l'inverse du Conseil d'Etat, « *Qu'il ressort uniquement de ces dispositions que le législateur décrétal a subordonné les droits des sociétés de logement social à l'égard de tiers à certaines conditions ; qu'il ne peut être déduit de ces dispositions que ces sociétés de logement social ont été investies du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers ; Qu'ainsi, la demanderesse n'est pas une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat* »²⁸.

2) Des observations analogues peuvent être formulées au sujet de la position prise par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 octobre 2005, par lequel elle considère comme légalement justifié l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 novembre 2004 déclarant, sur recours en suspension d'extrême urgence, que l'A.S.B.L. BOFAS (Bodemsaneringsfonds voor benzinstations - Fonds d'assainissement des sols des stations-service) n'est pas une autorité administrative, faute pour celle-ci de disposer du pouvoir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers²⁹.

3) La jurisprudence de la Cour de cassation obligeait-elle à conclure que la Société wallonne de Financement Complémentaire des infrastructures, en abrégé SOFICO, créée par décret sous la forme d'une personne morale de droit public dont les statuts étaient fixés par le

²⁵ Par un arrêt *Elorza de la Fuente*, n° 185.150 du 3 juillet 2008, le Conseil d'Etat a jugé que la décision, prise par une université libre, refusant d'admettre un étudiant à s'inscrire en qualité d'étudiant régulier à l'année préparatoire à un master ne produit pas d'effet à l'égard des tiers, les autres universités n'étant pas obligées, en raison de son existence, de refuser à cet étudiant l'admission aux études de deuxième cycle.

²⁶ C.E., 6 mai 2004, *BVBA Peter Van De Velde*, n° 131.123.

²⁷ C.E., 6 mai 2004, *NV Bouw en Renovatie*, n° 131.122 ; *R.A.B.G.*, 2004, obs. F. VANDENDRIESSCHE ; *C.D.P.K.*, 2006/2, p. 422 et s., avis de J. STEVENS.

²⁸ Cass., 10 juin 2005, n° de rôle C040278N ; *C.D.P.K.*, 2006/2, p. 420. Voy. P. JOASSART, « Les sociétés de logement social et leur personnel : des relations d'incertitude », *J.T.*, 2007, p. 19 et s. Voy. encore, C.E., 20 novembre 2007, *NV Bouwcentrale Modern*, n° 176.890, cité par E. THIBAUT, « Actualités de la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat relative aux marchés publics », *A.P.T.*, 2009, pp. 23 à 69.

²⁹ Cass. 28 octobre 2005, n° de rôle : C040575N ; *Pas.*, I, 2005, p. 2060.

Gouvernement wallon, n'était pas une autorité administrative, à défaut pour elle, au moment des faits, de disposer du « *pouvoir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers* » ? C'est ce qui fut soutenu dans le litige qui l'opposait à la société anonyme Algemene Aannemingen Van Laere au sujet du marché de travaux ayant abouti à la construction du pont-canal à Houdeng-Aimeries.

Ce déclinatoire de compétence fut rejeté par le Conseil d'Etat au motif que, telle que créée et contrôlée par les pouvoirs publics et chargée de mettre, à titre onéreux, à la disposition des utilisateurs, des infrastructures d'intérêt régional dont elle assurait le financement, la réalisation, l'entretien et l'exploitation, la SOFICO avait le caractère d'une autorité administrative tant du point de vue organique que fonctionnel³⁰.

Cet arrêt pourrait indiquer que si le "pouvoir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers" peut servir à qualifier une institution de droit privé d'autorité administrative, un organisme créé par les pouvoirs publics sous la forme d'une personne morale de droit public et chargée d'une mission d'intérêt général est une autorité administrative, même en l'absence d'un tel pouvoir.

B) L'incidence négative du critère matériel

La prise en compte du critère matériel obligera à écarter de la compétence du Conseil d'Etat toute une série d'actes juridiques qui, bien qu'accomplis par des autorités organiquement administratives, sortent du cadre strict de la fonction administrative; il en est ainsi s'il s'avère que par son objet, par la matière qu'il traite, l'acte se rattache aux activités du pouvoir législatif ou judiciaire.

Le critère matériel, ou fonctionnel, joue ainsi un rôle réducteur de la catégorie des autorités administratives, et par conséquent de la compétence du Conseil d'Etat. Ainsi devra-t-on exclure les actes émanant d'organes administratifs collaborant à l'exercice du pouvoir législatif³¹, ainsi que ceux accomplis par des organes collaborant à l'exercice du pouvoir judiciaire, qui concourent à l'exercice de la fonction judiciaire, ou à l'exécution des arrêts et jugements du pouvoir judiciaire³².

Dans ce secteur frontière situé entre les "actes judiciaires" et les "actes des autorités administratives", la jurisprudence nous paraît être orientée dans le sens d'une interprétation plutôt extensive de la compétence du Conseil d'Etat, notamment lorsqu'il s'agit de mesures prises par des autorités administratives vis-à-vis de personnes privées de liberté à la suite de la décision d'un juge judiciaire.

Ainsi, le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent pour apprécier la légalité de la décision du même directeur de placer un détenu au cachot pendant 9 jours et de lui imposer trois mois de

³⁰ C.E., 6 novembre 2007, *S.A. Algemene aannemingen Van Laere*, n° 176.478.

³¹ Par exemple, la promulgation d'un décret par un Gouvernement.

³² Par exemple, un arrêté royal refusant une grâce ou la décision du ministre de la Justice portant libération conditionnelle, refus ou révocation de celle-ci (voy. notamment C.E., 29 mai 2000, *Maes*, n° 87.664, ainsi que C.E., 14 novembre 2002, *Alagozlu*, n° 112.558 ; voy. encore Y. VAN DEN BERGE, « De bevoegdheid van de Raad van State inzake de strafuitvoering », *R.A.B.G.*, 2006/ 12, p. 913 et s.

régime strict³³ ou de la décision du ministre de la Justice refusant à un détenu la possibilité de bénéficier du système de surveillance électronique³⁴.

Par un arrêt *De Smedt*, n° 116.899 du 11 mars 2003, prononcé en assemblée générale, le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent pour connaître de la légalité de la décision de la direction du complexe pénitentiaire de Bruges infligeant à un condamné à une peine d'emprisonnement une sanction disciplinaire de deux fois neuf jours de cellule d'isolement, un jour de cellule de sécurité, deux mois de régime strict et la privation de son travail à l'atelier quatre : « conformément à l'article 40, alinéa 2, de la Constitution, et sous réserve de son article 157, alinéa 4, les peines prononcées par les cours et tribunaux sont exécutées par le pouvoir exécutif; que le directeur d'un établissement pénitentiaire ressortit au pouvoir exécutif; que le simple fait qu'il exerce ses compétences "dans le cadre de l'exécution de la peine", ainsi qu'il est affirmé dans le mémoire en réponse, ne suffit pas pour lui dénier la qualité d'autorité administrative au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973; qu'il n'y aurait lieu de le faire que dans la mesure où il collaborerait directement à l'exécution des jugements et arrêts répressifs; que tel n'a pas été le cas en l'espèce; que l'on n'aperçoit pas de lien suffisamment direct entre les peines d'emprisonnement auxquelles le requérant a été condamné et la sanction disciplinaire attaquée qui lui a été infligée en raison des faits qui se sont produits début avril 2000; qu'en outre, la décision attaquée a été prise dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et le requérant ne fait pas valoir qu'elle constitue une violation de ses droits subjectifs; que, dès lors, le recours n'a pas pour véritable objet la reconnaissance ou le rétablissement d'un droit subjectif »³⁵.

D'autres arrêts récents vont dans le même sens³⁶.

On ne perdra pas de vue que les arrêts dont il vient d'être succinctement rendu compte répondent à un contexte législatif précis. A partir de leur mise en vigueur, laquelle n'a rien d'une sinécure, il s'imposera de tenir compte des lois du 12 janvier 2005 de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine et du 17 mai 2006 instaurant des tribunaux d'application des peines.

³³ C.E., 21 décembre 2001, *Wadeh*, n° 102.343; *Journal des procès*, 2002, obs. R. DE BECO et S. CUYKENS, n° 432 (pp. 27 à 30), n° 433 (pp. 14 à 17) et n° 434 (pp. 24 et 25). On lit dans cet arrêt que : « l'exécution des peines prononcées par les Cours et tribunaux relève du pouvoir exécutif; que les autorités compétentes de celui-ci doivent dès lors nécessairement prendre des décisions concernant l'exécution des peines, soit par la voie réglementaire, soit par des actes individuels; qu'à l'égard de ces derniers, quelque "discrétionnaire" que soit la mesure prise par l'autorité administrative, celle-ci est tenue au respect de normes et de règles tant de droit international que de droit interne; qu'en tant qu'organe prêtant son concours à une décision prononcée par les Cours et tribunaux, en prenant une décision telle que celle dont la suspension est demandée, la partie adverse agit en tant qu'autorité administrative relevant du pouvoir exécutif et ses actes sont des actes émanant d'une autorité administrative agissant dans l'exercice des compétences qu'elle tient de la Constitution ».

³⁴ C.E., 16 novembre 2000, *Goldenberg*, n° 90.826, *J.T.*, 2001, obs. J.M.

³⁵ Sur ce sujet, voy. B. CUVELIER, « Le Conseil d'Etat et le contentieux pénitentiaire : acte II », *A.P.T.*, 2003, p. 182.

³⁶ C.E., 25 février 2003, *Kacorri*, n° 116.447 ; C.E., 25 mars 2005, *F'Dillate*, n° 142.686; C.E., 12 juillet 2005, *El Amrani*, n° 147.592 ; C.E., 9 mai 2006, *Magy*, n° 158.525 et C.E., 29 décembre 2007, *Bamouhammad*, n° 178.255.

La loi du 12 janvier 2005 ne paraît pas faire obstacle à la compétence du Conseil d'Etat, précédemment affirmée, pour connaître par exemple d'un recours en annulation et, éventuellement, en suspension d'une mesure de transfert d'une prison à une autre, sur la base de l'article 17 de la loi précitée, ou de la décision de suppression de visites, sur la base de l'article 59 de la même loi. De même d'une mesure disciplinaire prise par le directeur de la prison en application de l'article 127, § 1^{er}, de la même loi. En application de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté, le Ministre de la Justice peut fixer les modalités d'exécution de la peine, telle la permission de sortie et le congé pénitentiaire. Selon les travaux préparatoires, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître d'un recours à l'égard du refus de la première, alors que le refus de congé pénitentiaire n'est susceptible d'aucun recours.

Enfin, la loi du 17 mai 2006 instaurant des tribunaux de l'application des peines prévoit, en son article 42, que ceux-ci sont compétents pour les condamnés détenus dans les établissements pénitentiaires situés dans le ressort de la Cour d'appel où il sont établis, sauf exceptions prévues par le Roi. Cette disposition doit être combinée avec la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté, articles 21 et suivants, qui réservent au juge de l'application des peines ou au tribunal d'application des peines, selon qu'il s'agit de peines privatives de liberté de moins de trois ans ou de plus de trois ans, le soin de décider de la détention limitée et de la surveillance électronique, de la libération conditionnelle et de la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise.

Il nous paraît clair que les décisions du juge ou du tribunal d'application des peines, n'émanant pas d'une autorité administrative, ne relèvent pas de la compétence du Conseil d'Etat.

2.3 L'autorité administrative et ses adjonctions dans la législation sur le Conseil d'Etat

La formulation originelle de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, qui ne rendait cette juridiction compétente que pour les actes des autorités administratives, est apparue, au fil du temps, trop étroite.

Des difficultés se sont élevées, entre autres, au sujet de recours visant à l'annulation de décisions prises à l'égard de leurs agents par des assemblées législatives³⁷ et d'une sanction prise à l'égard d'un greffier par un Procureur général³⁸.

Le Conseil d'Etat ne paraissait pas compétent pour connaître d'un recours en annulation de tels actes. Mais cette solution était malaisément justifiable, eu égard aux articles 10 et 11 de la Constitution, la plupart des agents des pouvoirs publics étant en mesure de saisir le Conseil d'Etat en vue de défendre leurs intérêts.

Par une loi du 25 mai 1999, le législateur est dès lors intervenu une première fois pour remédier à ces manquements. Cette formulation a été complétée encore par la loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers, puis par la loi du 15 mai 2007, laquelle a ouvert le recours en annulation contre les actes réglementaires des organes énumérés dans cette disposition³⁹.

³⁷ C.A., n° 31/96 du 15 mai 1996.

³⁸ C.A., n° 33/94 du 26 avril 1994.

³⁹ La proposition appelée à devenir la loi du 15 mai 2007 visait à prendre en compte un arrêt n° 89/2004 de la Cour d'arbitrage du 19 mai 2004. Par cet arrêt, la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, avait constaté que les fonctionnaires des assemblées législatives ne

Depuis le 18 juin 2007, l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées se lit comme suit :

« La section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements

1° des diverses autorités administratives;

2° des assemblées législatives ou de leurs organes⁴⁰, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées⁴¹, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, du Conseil d'Etat et des juridictions administratives⁴² ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel.

L'article 159 de la Constitution s'applique également aux actes et règlements visés au 2° ».

On remarque cette adjonction à la compétence du Conseil d'Etat n'affecte nullement la notion même d'autorité administrative puisque le législateur n'affirme aucunement que les organes des assemblées législatives, les médiateurs, la Cour des comptes, la Cour d'arbitrage, le

pouvaient, lors d'un recours en annulation d'un acte individuel, contester par voie d'exception un acte réglementaire adopté par cette assemblée, ni introduire directement un recours en annulation contre un tel acte réglementaire devant le Conseil d'Etat. Elle avait conclu que l'absence de ces garanties générait une discrimination. La proposition de loi visait donc à compléter le texte de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat en précisant qu'étaient attaquables les actes administratifs tant individuels que réglementaires des assemblées législatives, des juridictions et des organes connexes. Mais elle ne réglait pas la seconde inconstitutionnalité constatée par la Cour d'arbitrage, à savoir l'impossibilité de soulever à l'encontre de ces actes une exception ou un moyen d'illégalité dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre un acte individuel basé sur un acte administratif réglementaire. C'est sur la suggestion de la section de législation du Conseil d'Etat que cette proposition a été complétée. Le fondement de ces adaptations a été trouvé dans l'article 160 de la Constitution (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2006-2007, n° 51 2863/002). Voy. S. LUST, « De hervorming van de Raad van State anno 2006 », *C.D.P.K.*, 2007, p. 248 et M. NIHOUL, « Les affres de la législation en matière d'"autorité administrative" et le respect de la Constitution », *J.T.*, 2008, p. 71 et s.

⁴⁰ Ainsi, par deux arrêts prononcés par l'assemblée générale de la section d'administration le 19 juillet 2004, le Conseil d'Etat a accepté de connaître d'une demande de suspension de l'exécution de décisions du Bureau de la Chambre des représentants nommant diverses personnes aux fonctions de premier assistant de direction non permanent au cadre du service du Compte rendu intégral (C.E., ass., 19 juillet 2004, *Verheyden*, n° 134.022; *Bauwens, Peeters et Ingels*, n° 134.023, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 24 à 42, obs. L. DONNAY : « Le risque de préjudice grave difficilement réparable en matière de nomination ou de promotion dans la fonction publique »).

⁴¹ Voy., par exemple, C.E., 19 janvier 2006, *Vande Castele*, n° 153.986 et C.E., 9 mars 2006, *Vande Castele*, n° 156.149.

⁴² Le législateur a entendu répondre par cette modification à une observation faite par la section de législation du Conseil d'Etat sur l'article 141 de l'avant-projet de loi soumis à son avis. Cette disposition traitait du personnel du Conseil du contentieux des étrangers. Il convenait de préciser sous quelle autorité serait placé ce personnel. Il avait été rappelé que la section d'administration n'était pas compétente pour connaître des recours dirigés contre des actes pris par des organes de juridictions administratives à l'égard des membres de leur personnel. En écho, le législateur a entendu attribuer expressément cette compétence au Conseil d'Etat, en l'étendant non seulement aux actes administratifs des juridictions administratives, mais encore à ses propres actes administratifs, lorsqu'ils sont relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel (*Doc. Parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2479/001, p. 22 et 338, note 146).

Conseil d'Etat, les juridictions administratives ainsi que les organes du pouvoir judiciaire ou le Conseil supérieur de la Justice rentreraient dans la catégorie des autorités administratives.

De plus, l'élargissement demeure sectoriel. Il ne concerne les actes et règlements administratifs des organes précités que lorsque ceux-ci sont relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel⁴³.

Enfin, on ne manquera pas de suivre avec intérêt la réponse que la Cour constitutionnelle donnera à la question posée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Georges*, n° 194.561 du 22 juin 2009 :

« L'article 14, § 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison avec l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'il est interprété en ce sens que le Conseil d'Etat ne serait pas compétent pour connaître du recours en annulation introduit par un candidat à la fonction de membre de la commission de nomination de langue française pour le notariat en qualité de chargé de cours ou de professeur de droit d'une faculté de droit d'une université belge qui n'est pas notaire, candidat notaire ou notaire associé, dirigé contre la désignation d'un autre membre de cette commission au seul motif qu'il aurait été désigné par le Sénat, alors que les notaires sont admis à contester les désignations des membres de cette commission qui relèvent de leur profession, pour avoir été désignés par une autre autorité ? ».

3. Incompétence résultant de la compétence du pouvoir judiciaire

Malgré la généralité des termes de l'article 14 des lois coordonnées, il faut décider que la compétence d'annulation du Conseil d'Etat doit être écartée chaque fois que les intéressés ont la possibilité d'introduire, devant une juridiction de l'ordre judiciaire, une action de nature à aboutir à un résultat équivalent à celui d'un recours pour excès de pouvoir⁴⁴.

La règle n'est pas formellement exprimée par l'article 14 des lois coordonnées. Il ne fait pas de doute néanmoins qu'elle revête une importance fondamentale : elle a été mise en relief à plusieurs reprises au cours des travaux préparatoires de la loi du 23 décembre 1946. Au demeurant, sa sanction se trouve formellement énoncée par la loi : les articles 33 et 34 des lois coordonnées le 12 janvier 1973 permettent de déférer à la Cour de cassation tous les arrêts du

⁴³ Le Conseil d'Etat considère que l'énumération de ces actes est exhaustive et que, dès lors, il est incompétent pour connaître du recours formé contre la décision d'échec à l'examen oral adoptée par le Conseil supérieur de la magistrature dans le cadre de la procédure de la troisième voie d'accès à la magistrature. La Cour constitutionnelle estime que cette situation n'est pas discriminatoire au motif que l'échec du candidat à l'épreuve orale n'a pas pour effet de lui refuser l'accès à la magistrature mais uniquement de ne pas le dispenser de l'examen d'aptitude professionnelle (C.C., n° 136/2009 du 17 septembre 2009).

⁴⁴ Ch. HUBERLANT, *Le Conseil d'Etat et la compétence générale du pouvoir judiciaire*, Larcier, 1960, p. 23 et s. Il n'en irait autrement que dans le cas où, exceptionnellement, le législateur aurait expressément admis les recours parallèles. Ainsi ressort-il explicitement de l'article 1^{er} de la loi du 12 janvier 1993 concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement que l'action en cessation qui peut être portée devant le président du tribunal de première instance à la requête du procureur du Roi, d'une autorité administrative ou d'une personne morale telle que définie à l'article 2 ne porte pas préjudice à la compétence du Conseil d'Etat et donc à la possibilité d'introduire devant lui un recours tendant à obtenir un résultat équivalent en fait à celui auquel peut conduire une action en cessation, sous la réserve cependant de l'autorité de chose jugée dont est revêtue la décision judiciaire. Voy. C.E., 23 janvier 2001, *Dessard*, n° 92.536.

Conseil d'Etat qui se prononcent au sujet de la compétence respective du pouvoir judiciaire et du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation.

L'analyse de ce titre d'incompétence nous amène à distinguer deux hypothèses : celle où une disposition législative particulière attribue spécialement compétence au pouvoir judiciaire à l'égard d'actes administratifs déterminés et celle où la compétence judiciaire – et donc l'incompétence du Conseil d'Etat – repose exclusivement sur les articles 144 et 145 de la Constitution.

Illustration de la première hypothèse, l'article 578, 1°, du Code judiciaire donne compétence au tribunal du travail pour connaître des contestations relatives aux contrats de louage de travail. Il s'ensuit que le Conseil d'Etat doit se déclarer incompétent tant pour trancher un recours ayant pour objet la décision de ne pas prolonger le détachement d'un agent contractuel et lui demandant de reprendre ses anciennes fonctions⁴⁵, que pour connaître d'une sanction disciplinaire infligée à un agent engagé sous contrat⁴⁶.

S'agissant du second titre d'incompétence, il importe tout d'abord de rappeler que conformément à l'article 158 de la Constitution, c'est la Cour de cassation qui est amenée à trancher les conflits d'attributions. Dès les premiers arrêts sur le sujet, elle imposa de dépasser l'objet apparent de la demande pour examiner l'objet véritable et direct du recours⁴⁷. Elle décida qu'il convenait à cette fin de vérifier, d'une part, si la requête introduite devant le Conseil d'Etat ne tendait pas à la protection d'un droit subjectif⁴⁸, tâche réservée aux cours et tribunaux judiciaires, et si, d'autre part, le moyen articulé au soutien de la demande d'annulation était bien pris de la violation de la disposition qui fondait le droit subjectif.

Ainsi, la réunion de deux éléments est nécessaire avant de conclure à l'incompétence du Conseil d'Etat en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution. Il ne suffit pas, en effet, que le demandeur fasse état de la violation de son droit subjectif par l'administration. Encore faut-il

⁴⁵ C.E., 6 mars 2008, *Dandumont*, n° 180.588. On observe dans cet arrêt que le Conseil d'Etat a considéré que l'acte attaqué n'était pas détachable du contrat lui-même. En revanche, par un arrêt prononcé en assemblée générale, le Conseil d'Etat a jugé que les décisions administratives en lien avec la législation sur le bien-être des travailleurs n'étaient pas soustraites à sa compétence : « *Considérant que ni l'article 79 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, ni du reste l'article 578, 1° du Code judiciaire n'impliquent que le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître de recours en annulation de décisions afférentes aux dispositions du chapitre Vbis susvisé concernant la violence et le harcèlement moral et sexuel au travail; que de tels recours sont d'autant moins soustraits à la compétence du Conseil d'Etat qu'ils n'invoquent pas exclusivement la violation des dispositions du chapitre Vbis de la loi du 4 août 1996 mais – comme c'est le cas en l'espèce pour les premier et deuxième moyens – se fondent sur la violation d'autres règles de droit; qu'il s'ensuit que le Conseil d'Etat est compétent pour connaître du recours* » (C.E., ass., 27 mai 2008, *Gillain*, n° 183.478).

⁴⁶ C.E., 27 février 2009, *Peersegaele*, n° 190.952.

⁴⁷ Sur ce thème, voy. notamment M. LEROY, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 354 et s., ainsi que B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in *La protection juridictionnelle du citoyen*, La Charte, 2007, p. 17 et s.

⁴⁸ Selon la Cour de cassation, l'existence d'un droit subjectif « *suppose que la partie demanderesse fasse état d'une obligation juridique déterminée qu'une règle du droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie a un intérêt. Pour qu'une partie puisse se prévaloir d'un tel droit à l'égard de l'autorité administrative, il faut que la compétence de cette autorité soit liée.* » (voy. not. Cass., 20 décembre 2007, n° de rôle C.06.0574.F).

que le moyen qu'il invoque à l'appui de son recours soit bien particulier. Dans son étude fondatrice, Ch. HUBERLANT formule ainsi ces deux conditions: elles sont réunies dans l'hypothèse où « *l'acte attaqué consiste dans le refus de l'Administration d'exécuter une obligation correspondant à un droit civil et si, en second lieu, l'excès de pouvoir invoqué à l'appui de la demande n'est autre que la violation de la disposition légale ou réglementaire applicable en tant qu'elle met cette obligation à charge de l'administration* »⁴⁹. Rappelons enfin qu'il appartient toujours au législateur d'attribuer la contestation portant sur un droit politique à un juge administratif, tel, par exemple, le Conseil d'Etat.

A titre d'illustration récente, nous relèverons que le Conseil d'Etat a décliné sa compétence lorsque le requérant poursuivait l'annulation du refus d'aide à la surface apportée aux agriculteurs, au motif que les dispositions européennes et nationales ne laissent aucun pouvoir d'appréciation à l'autorité chargée d'examiner la demande ; il faut, mais il suffit, que l'agriculteur remplisse les conditions énoncées par les réglementations communautaires et nationales pour qu'il perçoive les aides; le fait que l'autorité nationale a examiné les circonstances relatives à un éventuel cas de force majeure n'est pas de nature à lui reconnaître un quelconque pouvoir d'appréciation excluant l'existence d'un droit subjectif⁵⁰.

De la même manière, le Conseil d'Etat a décliné sa compétence pour connaître du recours portant sur le refus d'octroi d'une prime à la rénovation en Région de Bruxelles-Capitale au motif qu'il ressortait des réglementations qui l'instituaient que les conditions qui devaient être remplies pour qu'elle soit accordée étaient déterminées de manière objective, indépendamment de tout pouvoir d'appréciation du ministre et que, par conséquent, le demandeur avait un droit subjectif à la prime sollicitée à partir du moment où ces conditions étaient réunies⁵¹.

La situation serait différente si le requérant attaquait devant le Conseil d'Etat un acte susceptible d'avoir des répercussions sur des droits subjectifs, mais procédant dans le chef de l'administration d'une compétence discrétionnaire, d'un pouvoir d'appréciation⁵², et non d'une compétence absolument liée.

La circonstance que l'arrêt d'annulation puisse se répercuter sur la situation des requérants en ce qui concerne quelque droit civil ou politique n'exclut pas, selon la Cour de cassation, la compétence du Conseil d'Etat. Ainsi s'explique la jurisprudence par laquelle le Conseil d'Etat accepte de connaître de la décision mettant un agent en disponibilité de plein droit pour cause de maladie; cette mesure a pour objet de déterminer la position administrative de celui-ci; l'objet véritable du recours est relatif non au droit subjectif du requérant à un traitement déterminé mais à sa situation administrative et aux relations qu'il entretient, en tant que membre du personnel, avec la partie adverse⁵³.

Enfin, il faut noter enfin qu'aucune objection ne pourrait être opposée si l'on demandait au Conseil d'Etat l'annulation d'un règlement; le juge de l'excès de pouvoir resterait compétent pour l'annuler, même si son anéantissement avait des répercussions sur des droits subjectifs.

⁴⁹ Ch. HUBERLANT, « Le Conseil d'Etat et la compétence générale du pouvoir judiciaire établie par les articles 92 et 93 de la Constitution », *J.T.*, 1960, p. 73 et s., ici p. 97.

⁵⁰ C.E., 13 novembre 2007, *Soumoy*, n° 176.794.

⁵¹ C.E., 9 juillet 2008, *Ceuppens*, n° 185.271. Dans le même sens, voy. C.E., 24 septembre 2008, *Samyn*, n° 186.485. Comp. avec C.E., 27 novembre 2008, *De Salle et Autenne*, n° 188.253.

⁵² Pour une illustration récente, voy. C.E., ass., 2 avril 2009, *Simons*, n° 192.198.

⁵³ C.E., 12 janvier 2006, *Van De Velde*, n° 153.703.

Nous concédons que cette présentation est incomplète en ce qu'elle ne rend volontairement pas compte de toutes les difficultés liées à l'interprétation de ces concepts et nous nous bornons à renvoyer aux arrêts récents de la Cour de cassation rendu dans cette matière⁵⁴.

Section II. Les conditions de recevabilité de la requête en annulation

Les conditions de recevabilité sont celles qui doivent être remplies pour que, indépendamment des conditions de compétence, le recours puisse être examiné au fond « en ses moyens et conclusions ».

Pour la clarté de l'exposé, nous les analyserons sous trois rubriques successives : certaines conditions touchent en effet à la nature et à la portée de l'acte attaqué (1) ; d'autres se rapportent à la situation personnelle du requérant (2) ; d'autres encore sont relatives au respect des règles de procédure propres à la demande d'annulation (3).

Nous allons examiner très succinctement le contenu de ces trois rubriques; l'interprétation des exigences de recevabilité découle d'une jurisprudence particulièrement abondante et variée, dont nous ne mentionnerons que quelques arrêts récents.

1. Recevabilité tenant à la nature et à la portée de l'acte

Pour faire bref, le recours devant le Conseil d'Etat n'est recevable que s'il poursuit l'annulation d'un acte juridique unilatéral, qui fait grief, et contre lequel aucun recours préalable obligatoire n'est organisé ou après épuisement d'un tel recours.

1.1 Acte juridique unilatéral

Seules sont annulables les manifestations unilatérales de volonté, émanant d'une autorité administrative, et visant à produire un effet de droit; peu importe, au surplus, que l'acte ainsi évoqué soit un règlement ou une décision individuelle.

Le plus souvent, les actes de l'administration sont explicites et écrits; le requérant n'aura donc pas de peine, dans la plupart des cas, à préciser la nature et l'objet de l'acte attaqué. La recevabilité d'un recours dirigé contre un acte explicite, mais non écrit (ordre verbal d'un directeur de prison, par exemple⁵⁵) ne paraît pas exclue *a priori*; mais il faudra évidemment que la preuve de l'existence de l'acte verbal puisse être rapportée .

La recevabilité d'un recours dirigé contre un acte administratif implicite n'est pas davantage à écarter. Toutefois, on rappellera à cet égard que l'article 14, § 3, des lois

⁵⁴ Voy. notamment deux arrêts du 20 décembre 2007, (n° de rôle C.06.0596.F et C.06.0574.F). Comp. avec C.E., 25 février 2009, *Calbert*, n° 190.776, *J.L.M.B.*, 2009, p. 925 et s., avec extrait de l'avis contraire de M. JOASSART. Dans sa dernière leçon, le Professeur LEWALLE tint les propos suivants : « *Il faudrait repenser la répartition des rôles entre juridictions administratives et judiciaires et avoir la clairvoyance de reconnaître que les règles qui la déterminent, inchangées depuis 1831, sont depuis longtemps dépassées. De ce point de vue, je n'hésite pas à affirmer que les articles 144, 145, 146 et 158 de la Constitution devraient être révisés d'urgence!* » (*Rev. dr. Ulg*, 2009, pp. 431 à 440 ; ici p. 436).

⁵⁵ C.E., 21 décembre 2001, *Wadeh*, n° 102.343.

coordonnées sur le Conseil d'Etat⁵⁶, vise uniquement le défaut d'exercice d'une compétence obligatoire.

Etant donné que seul l'acte juridique unilatéral est attaquant devant le Conseil d'Etat, il s'ensuit, d'une part, que le recours visant à l'annulation non d'un acte juridique, mais d'une opération matérielle – fût-elle accomplie en exécution d'un acte juridique – est irrecevable et que, d'autre part, le recours dirigé contre un acte non encore accompli serait de même irrecevable comme prématuré.

Enfin, le recours visant une convention conclue entre l'administration et une ou plusieurs personnes de droit privé se heurterait simultanément à une objection d'incompétence et d'irrecevabilité, la convention n'étant ni un acte ni un règlement au sens de l'article 14 des lois coordonnées le 12 janvier 1973⁵⁷.

1.2 Mesure de nature à faire grief

Pour satisfaire aux conditions de recevabilité, le recours doit poursuivre l'annulation d'un acte administratif exécutoire; la décision visée doit produire, par elle-même, des effets de droit tels qu'ils fassent immédiatement grief au requérant.

Aussi les recours isolément dirigés contre des actes qui se limitent à préparer, reproduire, expliquer, divulguer d'autres actes, de même que les recours dirigés contre des abstentions pures et simples d'user d'une faculté, seront-ils rejetés par le Conseil d'Etat.

En principe, ne font pas non plus grief les avis simples⁵⁸, les actes confirmatifs, les actes reconnaissifs, ainsi que les circulaires⁵⁹, dépêches et notes de service qui ne font qu'énoncer des instructions ou des recommandations.

On observe que la juridiction administrative a considéré que, « *fût-elle motivée* », la présentation à une nomination de magistrat à l'autorité investie du pouvoir de nomination

⁵⁶ Aux termes de cette disposition, « *lorsqu'une autorité administrative est tenue de statuer et qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois prenant cours à la mise en demeure de statuer qui lui est notifiée par un intéressé, il n'est pas intervenu de décision, le silence de l'autorité est réputé constituer une décision de rejet susceptible de recours* ».

⁵⁷ Un sort particulier est toutefois réservé au contrat de gestion conclu entre deux institutions publiques. Selon la juridiction administrative, « *nonobstant sa dénomination, le « contrat de gestion » n'apparaît pas comme un texte de nature contractuelle, mais comme la source de multiples obligations qui s'imposent à la requérante, dont l'inexécution ne peut être sanctionnée par les procédés contractuels de droit commun, et au respect desquelles le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui est un organisme tiers au contrat de gestion, est chargé de veiller de la même manière qu'il veille au respect des lois, décrets et règlements en matière de radiodiffusion* ». Dès lors, le Conseil d'Etat considère « *que ce « contrat de gestion » est en réalité un règlement particulier applicable à la seule R.T.B.F., dont l'élaboration est négociée avec elle; que, dans la mesure où elles imposent des obligations ou interdictions, les règles qu'il contient sont de nature réglementaire, et que les décisions qui enfreignent ces règles ou en donnent une mauvaise application sont entachées d'excès de pouvoir* » (C.E., 13 octobre 2008, R.T.B.F., n° 187.032).

⁵⁸ Pour un exemple récent en matière disciplinaire, voy. C.E., 16 février 2008, *Vieujean*, n° 179.876.

⁵⁹ Sur ce thème, voy. notamment Ph. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, De Boeck, 2002, p. 36 et s.

demeurait un acte purement préparatoire, non susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation⁶⁰.

En guise d'illustration de notre propos, nous nous proposons d'évoquer le sort des actes préparatoires en marchés publics et celui des mesures d'ordre intérieur adoptées par l'administration des établissements pénitentiaires vis-à-vis des personnes détenues.

A) Les décisions préalables en marchés publics

En matière de marchés publics, le recours à la notion de « décision préalable » facilite dorénavant la tâche des soumissionnaires évincés.

A cet égard, les mentions de nature technique du cahier spécial des charges ont fait l'objet d'une intéressante évolution, s'agissant de déterminer leur nature d'actes faisant ou non grief.

Dans un premier temps, il a été décidé qu'elles ne constituaient que des actes préparatoires, éléments de l'opération complexe qui aboutirait, si elle était menée à son terme, à l'attribution du marché. De telles mentions n'étaient donc pas susceptibles de recours. C'était la décision d'attribution du marché qui, en arrêtant définitivement les conditions juridiques, permettait d'apprécier dans quelle mesure et quels actes préparatoires avaient pu faire grief⁶¹.

Mais, dans un second temps, il a été jugé qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif pouvait former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension, contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci, si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus, à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire, mais comme une "décision préalable", emportant des effets juridiques définitifs pour celui-ci; tel est le cas notamment si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait dès lors directement grief.

Il a été décidé, par le même arrêt, que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande de suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêchait pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reprochait à une prescription de ce cahier pussent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation⁶².

Le même raisonnement a été tenu au sujet du refus de sélection préalable à un appel d'offres restreint : le soumissionnaire non retenu a la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande de suspension contre la décision de non-sélection de sa candidature ; ce qui ne l'empêche nullement d'invoquer l'illégalité de cette décision à l'appui de son recours contre les décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure restreinte de passation⁶³.

⁶⁰ C.E., 18 mars 2008, *Tilliet*, n° 181.202.

⁶¹ C.E., 1^{er} avril 1998, *S.A. de droit espagnol Induyco*, n° 72.901 ; C.E. 8 juillet 2002, *S.A. Varec*, n° 108.956.

⁶² C.E., ass., 2 décembre 2005, *S.A. Labonorm*, n° 152.173; *C.D.P.K.*, 2006/3, obs. J. MOSSELMANS. Cette solution fait jurisprudence : voy. C.E., 2 juillet 2007, *S.A. Eo Design Partners*, n° 173.073.

⁶³ C.E., ass., 2 décembre 2005, *S.A. Amec Spie Belgium*, n° 152.174.

On observe que la notion d'opération complexe est parfois retenue par le Conseil d'Etat également dans le domaine de l'urbanisme⁶⁴.

S'agissant de la fonction publique, l'application de la théorie des décisions préalables est rendue délicate⁶⁵.

B) Les mesures d'ordre intérieur adoptées par l'administration des établissements pénitentiaires vis-à-vis des personnes détenues

La véritable mesure d'ordre intérieur ne produit aucun effet quelconque en dehors de l'administration et, en outre, n'opère pas non plus, en ce qui concerne les services et les agents dont l'administration dispose, de modifications à l'ordonnancement juridique.

Les repérer n'est pas toujours chose aisée, spécialement lorsqu'il s'agit de mesures adoptées par l'administration des établissements pénitentiaires vis-à-vis des personnes détenues.

Dans ce domaine, la référence est l'arrêt *De Smedt* déjà évoqué, n° 116.899 du 11 mars 2003. A cette occasion, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a considéré que le directeur d'un établissement pénitentiaire est chargé de veiller au bon fonctionnement de celui-ci, ainsi qu'au maintien de l'ordre; qu'à cette fin, il peut prendre de nombreuses mesures susceptibles d'occasionner certains désagréments ou certaines contrariétés au détenu; que pour autant que ces mesures soient exclusivement ou principalement dictées par un souci de sécurité ou de prudence, elles s'avèrent être de simples mesures d'ordre intérieur qui, en principe, ne sont pas susceptibles d'annulation; qu'il en va autrement si la mesure a pour objet exclusivement ou principalement de punir un détenu en raison de manquements disciplinaires; que, dans ce cas, la mesure est avant tout motivée par le comportement reconnu fautif du détenu et par la volonté que celui-ci soit puni; que pareille mesure, telle la décision attaquée, est effectivement susceptible d'annulation devant le Conseil d'Etat⁶⁶.

Ainsi, par exemple, la juridiction administrative a estimé que la décision de transfert prise pour assurer la continuité de soins médicaux est considérée comme une mesure d'ordre intérieur⁶⁷.

Elle a également jugé que la décision du directeur d'une prison d'interdire à un visiteur l'accès à l'établissement pour une période de trois mois n'apparaît, dans le chef du visiteur concerné, que comme une mesure d'ordre intérieur visant à garantir la tranquillité dans l'établissement pénitentiaire⁶⁸.

On relève encore qu'a été considérée comme une mesure d'ordre à l'égard de laquelle le Conseil d'Etat n'était pas compétent l'instruction donnée par le Directeur général de

⁶⁴ C.E., 27 mars 2008, *S.A., Octir Belgique*, n° 181.524.

⁶⁵ Comp. C.E., 13 octobre 2006, *Thunus*, n° 163.597 avec C.E., 17 février 2009, *Scokaert*, n° 190.605.

⁶⁶ C.E., ass. 11 mars 2003, *De Smedt*, n° 116.899. Voy. B. CUVELIER, « Le Conseil d'Etat et le contentieux pénitentiaire : acte II », *A.P.T.*, 2003, p. 182 et s., ainsi que M.A. BEERNAERT, « Sanctions disciplinaires versus mesures de sécurité : deux poids, deux mesures dans le droit pénitentiaire », *J.T.*, 2008, p. 146 et s.

⁶⁷ C.E., 4 décembre 2003, *Forthomme*, n° 126.073.

⁶⁸ C.E., 15 mars 2007, *Skala et Covaci*, n° 169.026.

l'administration pénitentiaire au directeur de la prison de Nivelles de placer le détenu Nizar Trabelsi, pour une durée de deux mois, sous le régime particulier individuel conformément au titre VI, section III de la loi du 22 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus⁶⁹.

Ont, en revanche, été reconnus comme faisant grief le refus de transfert⁷⁰ (au motif que celui-ci s'inscrit dans le cadre de modalités de l'exécution de la peine privative de liberté que constituent les congés pénitentiaires et la liberté conditionnelle), ainsi que la privation de deux semaines de visite à table⁷¹.

De même, il a été jugé qu'un détenu avait intérêt à contester la décision le soumettant à un régime carcéral strict pour une durée déterminée, dès lors que cette mesure était, aussi longtemps que durait le temps de la détention, de nature à retarder son reclassement, voire à peser sur son futur carcéral s'il venait à faire l'objet d'une nouvelle procédure disciplinaire⁷².

1.3 Mesure contre laquelle aucun recours préalable n'est organisé

Un recours pour excès de pouvoir ne peut prendre pour cible un acte administratif à l'égard duquel un recours préalable est ouvert au requérant par une disposition législative ou réglementaire. Il est de jurisprudence constante que, pour être recevable, le recours en annulation doit viser :

- soit une mesure prise "en dernier ressort", après épuisement des voies de recours organisées;
- soit une mesure prise "en premier et dernier ressort", en ce sens à tout le moins qu'elle n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours organisé, aucun texte n'instituant à son égard une voie de recours particulière.

Il faut y insister : cette condition de recevabilité n'est posée que là où la norme législative ou le règlement institue au profit du requérant un véritable recours (et non une simple voie facultative de réclamation) devant un organe de décision (et non devant une autorité simplement consultative)⁷³.

Il est bien entendu que l'épuisement des voies de recours préalables doit s'entendre de leur exercice infructueux : l'administré qui aurait négligé d'introduire en temps utile le recours préalable perdrait du même coup la faculté de saisir le Conseil d'Etat.

2. Recevabilité tenant à la situation du requérant

Un acte ou un règlement administratif ne peut être valablement attaqué devant le Conseil d'Etat que par un requérant, personne physique ou personne morale qui, d'une part, dispose de la capacité requise pour agir devant lui (1); qui, ensuite, a qualité pour ce faire (2) ; et qui, enfin, justifie d'un intérêt suffisant à l'annulation postulée (3).

⁶⁹ C.E., 22 janvier 2008, *Trabelsi*, n° 178.806. Dans le même sens, C.E., 19 janvier 2009, *Bastin*, n° 189.570 et C.E., 21 août 2009, *Di Mauro*, n° 195.598.

⁷⁰ C.E., 20 octobre 2004, *Safar*, n° 136.368.

⁷¹ C.E., 13 mai 2004, *El Amrani*, n° 131.388.

⁷² C.E., 23 janvier 2008, *Koussiantas*, n° 178.879.

⁷³ On observe que le recours organisé par l'article L3133-3 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, lequel permet au fonctionnaire de contester, devant le gouvernement wallon, la révocation ou la démission d'office qui lui est infligée, doit être considéré comme un recours de réformation et non d'annulation (C.E., ass., 20 février 2009, *Darville*, n° 190.728, *J.L.M.B.*, 2009, p. 912 et s., avec extrait de l'avis contraire de J.-F. NEURAY).

2.1 Capacité du requérant

Sur ce point, on se contentera de signaler qu'il a été décidé qu'une association momentanée, dénuée de personnalité juridique, ayant déposé une offre en tant que telle, ne pouvait valablement introduire de requête en annulation de l'attribution du marché à une autre société que sur décisions des deux sociétés membres de cette association, sous réserve de clauses de représentation arrêtées dans la convention de constitution de l'association momentanée. Cette solution a été jugée conforme à la directive 89/665 CEE du Conseil du 21 décembre 1989 par la Cour de Justice des Communautés européennes⁷⁴.

2.2 Qualité du requérant

S'agissant de la qualité du requérant, on insistera sur l'importance des règles exprimées par les articles 3, 4°, et 3bis de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, tel que modifié par l'arrêté royal du 25 avril 2007, applicables aux recours introduits à partir du 1^{er} juin 2007. Il y est exigé que la personne morale requérante joigne à sa requête une copie de ses statuts en vigueur et l'acte de désignation de ses organes ainsi que la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice. A défaut, la requête n'est pas enrôlée⁷⁵.

On notera également que, par un arrêt du 10 décembre 2002, prononcé en assemblée générale et critiqué par la doctrine⁷⁶, le Conseil d'Etat décidé que « *la notion de "gestion journalière" dont l'administrateur délégué peut être chargé en vertu de l'article 63 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (devenu 525 du Code des sociétés) n'a pas été définie par le législateur; qu'il convient d'entendre par "actes ou opérations de gestion journalière des affaires d'une société" ceux qui sont commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société ou ceux qui, tant en raison de leur peu d'importance qu'en raison de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même; qu'à ce point de vue, la nécessité d'introduire un recours en annulation d'un acte administratif devant le Conseil d'Etat ne saurait être regardée comme relevant de la notion de gestion journalière, dans la mesure où il ne s'agit aucunement d'un "acte de peu d'importance", puisqu'un tel recours tend à faire disparaître de l'ordonnancement juridique, avec effet rétroactif, un acte exécutoire posé par une autorité publique; qu'il s'ensuit que la décision d'agir devant le Conseil d'Etat excède les limites légales de la gestion journalière et ne pouvait être prise que par le conseil d'administration, ou le cas échéant par l'organe auquel une clause expresse des statuts de la société aurait pu donner une délégation en vue de représenter la société en justice, ou encore par un mandataire spécial désigné à cette fin par le conseil d'administration* ».

Enfin, il ne nous paraît pas inutile d'insister sur l'intérêt du mécanisme prévu à l'article 522, § 2, du Code des sociétés. Comme le rappelle le Conseil d'Etat, « *en vertu de l'article 522 du Code des sociétés, qui a fait l'objet de la loi du 7 mai 1999, seul le conseil d'administration*

⁷⁴ C.J.C.E., 8 septembre 2005, aff. C-129/04 ; C.E., 31 janvier 2006, S.A. *Constructions électriques Schneider*, n° 154.363; C.E., 7 mars 2006, S.A. *Bioxpr et société de droit français Sibio S.A.S*, n° 155.960; ainsi que C.E., 23 mai 2006, *Mathy*, n° 159.135.

⁷⁵ *Infra*, point 3.1, A).

⁷⁶ C.E., ass., 10 décembre 2002, S.A. *Belgacom Directory Services*, n° 113.490. Voy. encore récemment, C.E., 18 novembre 2008, S.C.R.L. *Alter Events*, n° 188.039. Pour une analyse critique de cette position, voy. not. R. JAFFERALI, « L'auberge espagnole ou la représentation des sociétés devant le Conseil d'Etat », C.D.P.K., 2006, p. 623 et s., ainsi que E. VAN NUFFEL, « La représentation des personnes morales devant le Conseil d'Etat ou quand la validité externe de l'acte de l'organe s'apprécie par sa validité interne », J.T., 2007, p. 275 et s.

d'une société anonyme a en principe le pouvoir de prendre, au nom de la société, la décision d'intenter un procès et d'ester en justice comme représentant au procès; que les actions en justice devant le Conseil d'Etat excèdent en effet les limites de la gestion journalière; qu'en vertu du paragraphe 2 de la même disposition, les statuts peuvent toutefois donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement »⁷⁷.

2.3 Intérêt du requérant⁷⁸

A la différence des conditions de recevabilité envisagées jusqu'ici, l'exigence de l'intérêt suffisant est formulée explicitement par une disposition des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat : on lit en effet à l'article 19, alinéa 1^{er}, de ces lois que les demandes, difficultés, recours en annulation et recours en cassation peuvent être portés devant la section du contentieux administratif par toute partie qui justifie d'une lésion ou d'un intérêt.

L'intérêt invoqué dans la requête délimite le débat judiciaire, notamment en ce qui concerne la recevabilité du recours et des moyens d'annulation ainsi que des droits de la défense de la partie adverse. Il s'agit d'une question d'ordre public qui peut être soulevée à n'importe quel stade de la procédure.

Il faut reconnaître, une fois encore, que la définition de l'intérêt suffisant reste difficile à rapporter; à lire la jurisprudence – surabondante – et ses commentaires, on a l'impression que la satisfaction de cette exigence particulière de recevabilité est, plus que toute autre, fonction de l'espèce à trancher : c'est le juge qui apprécie la "valeur" de l'intérêt allégué, et ceci non seulement en fonction de l'ensemble de l'action introduite, mais encore par rapport à chacun des moyens invoqués.

A) La perspective indemnitaires est-elle suffisante?

L'avantage que représente l'annulation pour excès de pouvoir de l'acte attaqué à la seule fin d'une action ultérieure à intenter contre son auteur devant les Cours et tribunaux, est-elle considérée comme répondant à l'exigence d'intérêt formulée par l'article 19 des lois coordonnées?

Sur le sujet, il convient de se référer à l'arrêt *Hendrix* prononcé le 23 juin 2004 par l'assemblée générale de la section d'administration du Conseil d'Etat, lequel nous paraît marquer une position restrictive⁷⁹.

Le requérant contestait la décision prise le 20 juillet 1995 par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale qui, en présentant une liste de candidats membres du conseil d'administration de la Société régionale d'investissements pour Bruxelles (S.R.I.B.) et en en

⁷⁷ C.E., 13 mai 2009, *S.A. Mediapub*, n° 193.255. Dans cette espèce, les statuts de la société anonyme prévoyaient que celle-ci était représentée dans tous les actes, y compris en justice, par deux administrateurs agissant conjointement. La juridiction administrative a donc considéré que cette société avait bien agi en conformité avec ses statuts dès lors qu'elle produisait un procès-verbal de la réunion de son conseil d'administration attestant de la décision d'introduire le recours en annulation devant le Conseil d'Etat qui était signé par les deux administrateurs désignés par l'assemblée générale des actionnaires.

⁷⁸ Sur le sujet, voy. l'examen de jurisprudence publié dans le rapport annuel du Conseil d'Etat couvrant l'année 2007-2008, pp. 61 à 81.

⁷⁹ C.E., ass., 23 juin 2004, *Hendrix*, n° 132.915. Comp. avec C.A., n° 117/99, du 10 novembre 1999.

nommant le président et le vice-président, le démettait implicitement de ses fonctions d'administrateur délégué, vice-président de cette société.

Le même requérant poursuivait encore l'annulation de la décision prise le 4 août 1995 par l'assemblée générale de la même société régionale de mettre fin à son mandat d'administrateur, de déclarer échues ses fonctions de vice-président et d'élire ou de réélire d'autres membres du conseil d'administration.

La difficulté provenait de ce que les administrateurs de la S.R.I.B. étaient désignés pour six ans, et que, si la requête avait été introduite le 1^{er} septembre 1995, le Conseil d'Etat était amené à se prononcer, après réouverture des débats ordonnée par un arrêt n°112.685 du 19 novembre 2002, alors que le terme de six ans était largement dépassé.

Le requérant soutenait qu'il conservait un intérêt au recours, en ce que, notamment, la procédure en cours avait une influence sur son dossier de pension; il affirmait qu'en jugeant que le mandat qu'il briguait ne pouvait plus utilement être attribué, le Conseil d'Etat se prononcerait sur la façon dont pouvait et devait être réparé le préjudice que la faute avait causé.

Il fut jugé sur cette requête, outre que l'impact de l'annulation éventuelle sur le dossier de pension du requérant n'était qu'une allégation extrêmement vague, que « *dans la mesure où un arrêt d'annulation pourrait faciliter une demande d'indemnité au juge judiciaire, il ne s'agit que d'un aspect accessoire de l'intérêt, qui est en premier lieu de faire disparaître l'acte attaqué de l'ordre juridique, ce qui est la finalité du recours en annulation auprès du Conseil d'Etat; que le juge judiciaire peut lui aussi vérifier si l'administration n'a pas outrepassé son pouvoir et a commis une faute; que, sur ce point, le requérant ne peut tirer argument du fait que, dans le contentieux des marchés publics, un tel intérêt est néanmoins admis, cette jurisprudence étant spécifique à cette matière* ».

B) Caractéristiques de l'intérêt

Ainsi que l'enseigne classiquement la doctrine, l'intérêt doit être certain et direct; légitime; moral ou matériel; actuel et suffisamment individualisé. Dans le cadre de cet exposé, nous nous bornons à fournir quelques exemples jurisprudentiels récents éclairant certaines facettes de cet intérêt.

L'intérêt lié au maintien d'une situation illégale ne peut être considéré comme légitime. C'est ce qu'il ressort notamment d'un arrêt *S.A. LD Logistics* du 18 mai 2006 par lequel le Conseil d'Etat a décidé que l'intérêt au recours en annulation qui consiste à poursuivre l'exploitation d'une installation pour laquelle aucun permis d'environnement n'a été délivré est illégitime et ne peut être admis. L'affirmation selon laquelle la décision attaquée serait déraisonnable en ce qu'elle ordonne la fermeture immédiate de l'établissement n'enlève rien à la pertinence de ce constat⁸⁰. Cette position est également au coeur du raisonnement de l'arrêt *Cariat*, n° 180.328 du 3 mars 2008 : « *Considérant, sans qu'il faille qualifier les faits sur le plan pénal – ce qui échapperait à la compétence du Conseil d'Etat –, qu'il est établi que le requérant, lorsqu'il a posé sa candidature, a fait état d'un diplôme de l'enseignement supérieur en sciences sociales qu'il ne possédait pas; que c'est sur la foi de cette déclaration que la partie adverse a décidé d'engager le requérant comme attaché à partir du 1^{er} septembre 1992, de lui accorder l'échelle barémique 1.1.63, reconnue aux diplômés de l'enseignement supérieur, de lui octroyer une indemnité pour diplôme et ensuite de le nommer à titre définitif; que la nomination de l'intéressé repose sur une tromperie et que cette tromperie se répercute sur les désignations*

⁸⁰ C.E., 18 mai 2006, *S.A. LD Logistics*, n° 158.995.

ou promotions dont le requérant a ultérieurement fait l'objet et dont l'engagement initial est le support nécessaire; que la situation n'est pas comparable à celle de la promotion d'un agent dont la nomination est attaquée; qu'en l'espèce en effet, ce n'est pas un tiers évincé qui conteste une nomination et des promotions, mais l'auteur de ces actes qui constate avoir été trompé par une déclaration mensongère; que le but du recours est d'obtenir, par l'annulation de l'acte attaqué, le retour à une situation antérieure illégale parce que fondée sur une tromperie; que c'est à cette aune que l'intérêt doit être qualifié, quelle que soit la conséquence de cette qualification sur le sort du recours; que l'intérêt du requérant n'est pas légitime ».

Pour illustrer la position rigoureuse de la juridiction administrative, s'agissant de l'appréciation de l'actualité de l'intérêt, l'on fait état de deux arrêts prononcés, le 2 décembre 2005, en assemblée générale. Dans la première espèce, il a été jugé que l'intérêt d'un requérant à attaquer la décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même, en sorte que l'intérêt à attaquer une décision portant renonciation à une procédure d'attribution disparaît si le requérant se désintéresse de la nouvelle procédure, soit qu'il néglige d'y participer, soit qu'il s'abstienne de contester une décision qui attribue le marché à un concurrent⁸¹. La seconde illustration suit la même tendance : le juge administratif considère que l'intérêt d'un soumissionnaire à attaquer la décision de non-sélection de sa candidature disparaît s'il s'abstient de contester la décision qui attribue le marché à un concurrent⁸².

C) Les intérêts collectifs

Se prévaloir d'un intérêt suffisamment individualisé à l'annulation de l'acte attaqué est une caractéristique qui ne devrait pas être prise dans une acception trop étroite : si l'intérêt strictement personnel satisfait, par nature, à la condition d'individualisation suffisante, il peut tout aussi bien en aller de même d'intérêts collectifs ou fonctionnels.

La prise en compte d'intérêts collectifs est toutefois appréciée avec rigueur par le Conseil d'Etat.

Ainsi, la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir est très généralement opposée à ce que des groupements non personnalisés poursuivent l'annulation d'actes contraires à des intérêts collectifs⁸³. On peut penser que cette position vise à éviter que le recours en annulation

⁸¹ C.E., ass., 2 décembre 2005, *S.A. Boucher et autres*, n° 152.172. Cet arrêt précise que la seconde procédure de passation ne peut être considérée comme distincte, autonome et indépendante de la première, dès lors que, d'une part, c'est par une seule et même décision que la partie adverse a renoncé à la première procédure et engagé la seconde et que, d'autre part, les travaux qui font l'objet des deux procédures sont identiques.

⁸² C.E., ass., 2 décembre 2005, *S.A. Amec Spie Belgium*, n° 152.174.

⁸³ Voy. néanmoins en sens contraire : C.E., 24 janvier 2002, *Bernard et autres*, n° 102.855. Cet arrêt reconnaît expressément au Front démocratique des francophones, association de fait, le pouvoir de poursuivre l'annulation de l'arrêté royal du 25 mars 1999 portant exécution de l'article 7 de la loi du 23 mars 1999 relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale. Selon les requérants, l'arrêté attaqué leur faisait grief dès lors qu'il les contraignait à introduire leur action en langue néerlandaise devant le tribunal de première instance de Louvain et ensuite à interjeter appel devant la Cour d'appel de Bruxelles dans la même langue, alors qu'ils avaient antérieurement le libre choix de la langue de la procédure en tant qu'habitants d'une commune à facilités de la périphérie bruxelloise. On lit dans l'arrêt « *qu'une association de fait est recevable à agir devant le Conseil d'Etat, pour autant que le recours entre dans son objet social tel qu'il est défini par ses statuts; qu'il en va ainsi en l'espèce puisque l'arrêté attaqué fait grief à ses affiliés dont il assure la protection des intérêts* ».

ne se transforme en recours populaire, l'absence de statut officiel des associations de fait rendant impossible ou aléatoire la vérification de leur intérêt à agir dans un cas donné. Le groupement non personnalisé ne paraît pas pouvoir agir davantage pour la défense des intérêts individuels de ses membres.

En revanche, il ne faut pas exclure qu'une personne physique soit recevable à agir pour la défense d'un intérêt collectif. Ainsi en fut-il d'une licenciée en histoire qui poursuivait l'annulation d'un permis d'urbanisme relativement à un bien sis à Waterloo et à Braine-l'Alleud, en faisant valoir sa qualité de licenciée en histoire, très attachée au site de la bataille de Waterloo, y ayant vécu 63 ans⁸⁴.

Quant aux associations personnalisées constituées pour assurer la défense des intérêts communs de leurs membres, elles peuvent poursuivre l'annulation d'actes qu'elles prétendent contraires à ces intérêts collectifs, pourvu que ceux-ci relèvent de leur spécialité.

L'intérêt à agir de l'association Inter-environnement Wallonie a été analysé avec un soin particulier dans un arrêt du 13 juin 2002.

Il fut rappelé que, selon ses statuts, l'A.S.B.L. avait pour objet social « *la défense de l'intégrité et de la diversité des environnements et la promotion d'un milieu de vie de qualité* » et que son action s'étendait sur tout le territoire de la Région wallonne.

L'association requérante exposait, pièces à l'appui, que la région géographique dans laquelle l'exploitation litigieuse se trouvait connaissait de sérieux problèmes de saturation extrême en effluents d'élevage – un des taux les plus élevés de Wallonie – alors qu'en même temps toute cette région était particulièrement sensible, à l'estime même de la Région wallonne, en ce qui concerne la nappe aquifère. Il y allait donc d'une partie non négligeable du territoire wallon. Dans ces circonstances, l'intérêt de l'A.S.B.L. Inter-environnement Wallonie devait être admis.

L'arrêt du 13 juin 2002 est remarquable en ce qu'il contient des considérations de principe quant à la recevabilité des requêtes introduites par les associations de défense de l'environnement : celles-ci doivent satisfaire aux conditions exigées de toutes les autres personnes physiques ou morales, à savoir justifier d'un intérêt direct, personnel et légitime, ainsi que de la qualité requise; elles témoignent de cette dernière condition lorsqu'elles agissent dans le but qu'elles se sont fixé dans leurs statuts et que ce but ne coïncide pas avec la défense de l'intérêt général ni avec l'intérêt personnel de leurs membres; pour apprécier le caractère général du but statutaire poursuivi par une association, deux critères doivent être pris en compte : un critère social et un critère géographique; sur le plan social, est irrecevable le recours en annulation introduit par une association dont l'objet est à ce point large que l'intérêt collectif qu'elle poursuit ne serait guère distinct; sur le plan géographique, lorsque l'acte attaqué a une portée géographique bien délimitée, il ne peut être attaqué par une association dont l'action n'est pas limitée territorialement ou couvre une large étendue territoriale sauf si cette association a un objet social spécialisé; par ailleurs, une association dont l'objet social s'étend à une vaste étendue territoriale n'est recevable à attaquer un acte administratif que si celui-ci a une incidence sur tout ou une grande partie du territoire visé par les statuts de cette association⁸⁵.

⁸⁴ Voy. les arrêts *Brassinne-Vandergeeten*, n° 165.965 du 15 décembre 2006 et n° 185.638 du 8 août 2008.

⁸⁵ C.E. 13 juin 2002, *Brysse, A.S.B.L. Comité pour l'aménagement et la défense de l'environnement de Comines-Warneton et A.S.B.L. Interenvironnement Wallonie*, n° 107.820. Pour une analyse critique de cet arrêt et de la jurisprudence qui l'a suivi voy. Th. HAUZEUR,

Il se pourrait toutefois que la Convention d'Aarhus, spécialement ses articles 2.5 et 9.2, ait pour effet d'adoucir la jurisprudence de la juridiction administrative relative à cette question⁸⁶.

L'environnement n'est pas le seul domaine où l'appréciation par le Conseil d'Etat de l'intérêt d'une association se fait avec rigueur.

Ainsi, par un arrêt du 19 février 2007, la juridiction a considéré que l'A.S.B.L. requérante, active dans la fonction publique, ne justifiait pas un intérêt suffisant pour obtenir l'annulation d'un arrêté ministériel déterminant les règles de calcul d'une allocation annuelle compensatoire : « *l'étendue de l'objet social que se fixe une personne morale ne l'autorise pas, en soi, à attaquer sans restriction tout acte administratif entaché d'une des irrégularités qu'elle se donne pour mission de combattre; que la seule allégation selon laquelle l'acte attaqué méconnaîtrait des dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ne suffit pas à démontrer l'intérêt de la requérante, sauf à admettre, ce qui ne se peut, qu'elle serait autorisée à introduire un recours populaire; que la requérante ne démontre pas, en l'espèce, que l'annulation de l'acte attaqué lui apporterait quelque chose de plus tangible que la satisfaction de voir disparaître une éventuelle illégalité* »⁸⁷.

Enfin, par un arrêt remarqué du 17 mars 2009, le Conseil d'Etat a considéré que l'A.S.B.L. Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (« M.R.A.X. ») n'avait pas intérêt à demander l'annulation du règlement d'ordre intérieur de l'Athénée royal de Gilly qui interdisait à ses élèves le port de tout couvre chef, de signe ostensible d'appartenance politique ou religieuse dans l'enceinte de l'établissement au motif que « *le règlement attaqué, loin de porter atteinte à l'objet social de la requérante, a pour effet de le rencontrer et de le conforter* »⁸⁸ ...

«L'intérêt à agir des associations de défense de l'environnement devant le Conseil d'Etat : quelle liberté pour le juge et quel rapport à la nature ? », *Amén.*, 2006/3, p. 105 et s. Voy. aussi les observations critiques de B. JADOT, sous C.E., 24 septembre 2004, A.S.B.L. *Grez-Doiceau, Urbanisme et Environnement*, n° 135.408 et C.E., 13 juillet 2004, A.S.B.L. *Réserves naturelles et autres*, n° 133.834 : « *Ces deux arrêts font application de l'idée selon laquelle l'intérêt poursuivi par des associations dont l'objet est défini au regard de considérations assez générales de protection de l'environnement ou de conservation de la nature manquerait de la spécificité requise pour se distinguer de l'intérêt général.[...] De telles exigences n'emportent pas la conviction* » (« Les associations de protection de l'environnement devant le Conseil d'Etat : une espèce en voie de disparition », *J.T.*, 2005, p. 120 et s.). Voy. encore C.E., 30 novembre 2005, A.S.B.L. *Interenvironnement wallonie et autres*, n° 152.037 et C.E., 14 février 2006, *Defrance*, n° 154.970.

⁸⁶ Voy. très récemment, C.E., 28 mai 2009, *V.Z.W. Milieufrent Omer Watez*, n° 193.593.

⁸⁷ C.E., 19 février 2007, A.S.B.L. *Gerfa*, n° 179.879.

⁸⁸ C.E., 17 mars 2009, A.S.B.L. *M.R.A.X.*, n° 191.533, *J.T.*, 2009, p. 252 et s., avec les observations critiques de S. VAN DROOGHENBROECK.

3. Recevabilité tenant au respect du règlement de procédure

3.1 Principales modifications procédurales issues de la loi du 15 septembre 2006 et de l'arrêté royal du 25 avril 2007⁸⁹

La procédure à respecter dans le cadre d'un recours en annulation a été fixée par un arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, maintes fois modifié, en particulier par un arrêté royal du 25 avril 2007⁹⁰. On sait que, devant cette juridiction, les lois coordonnées elle-mêmes contiennent également des dispositions procédurales importantes, dont certaines ont fait l'objet de modifications sensibles par le biais de la loi du 15 septembre 2006.

Dans le cadre de cet exposé, nous nous limiterons à mentionner les principaux changements apportés par ces modifications législative et réglementaire.

A) Le contenu de la requête en annulation

Le contenu de la requête en annulation a été revu par l'arrêté royal du 25 avril 2007, lequel a notamment modifié les articles 2 et 3 du Règlement général de procédure⁹¹.

Il nous paraît important d'insister à nouveau sur l'obligation faite par ces dispositions de joindre, dans les cas où la partie requérante est une personne morale, une copie des statuts en vigueur et de l'acte de désignation de ses organes ainsi que la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice⁹². S'il n'est pas satisfait à cette obligation⁹³, l'article 3*bis*, inséré dans

⁸⁹ Sur le sujet, voy. M. PÂQUES, « Le recours en annulation », *A.P.T.*, 2007, pp. 202 à 216, ainsi que N. FORTEMPS et N. VAN DAMME, « Procédures en annulation et en référé devant le Conseil d'Etat revues par la loi du 15 septembre 2006 et son arrêté d'exécution », in P. Lewalle (dir.), *Le Contentieux administratif, Questions d'actualités*, Anthémis, CUP vol. 105, 2008, pp.7 à 64.

⁹⁰ Arrêté royal du 25 avril 2007 modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, *M.B.*, 30 avril 2007.

⁹¹ Le contenu de la requête mobilise le jeu d'autres dispositions. Ainsi, par exemple, l'article 84, § 2, alinéa 1^{er}, du Règlement général de procédure fait désormais obligation à toute partie à une procédure (à l'exception des autorités administratives belges) d'élire domicile en Belgique dans le premier acte de procédure qu'elle accomplit.

⁹² Ces précisions paraissent conforter la jurisprudence selon laquelle les personnes morales requérantes doivent, en introduisant leur requête, faire la preuve que la décision de saisir le Conseil d'Etat a été valablement prise par leur organe qualifié. Toutefois, elles ne nous paraissent pas suffire à éliminer les objections fort bien mises en lumière par certains observateurs (voy. notamment R. JAFFERALI, *op.cit.*, *C.D.P.K.*, 2006, p. 623 et s. ; E. VAN NUFFEL, *op.cit.*, *J.T.*, 2007, p. 275 et s.) relativement à la représentation des sociétés anonymes, des sociétés privées à responsabilité limitée et des sociétés en commandite par action devant le Conseil d'Etat : l'article 9 de la première directive sur le droit des sociétés (68/151/CEE du 9 mars 1968) et les articles 257 et 522 du Code des sociétés qui le transposent n'obligent-ils pas à admettre que la validité de la décision d'agir ne se pose que dans l'ordre interne de la société, entre celle-ci et son organe, et non pas à l'extérieur, à l'égard duquel la société est présumée toujours valablement engagée même si l'organe qui déclare agir pour elle n'en a pas le pouvoir? Ces normes ne sont-elles pas supérieures à celles de l'arrêté royal de procédure ? Celui-ci trouve, certes, son fondement dans l'article 30, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, mais aucune habilitation à déroger à la directive précitée et au Code des sociétés n'y est prévue ...

⁹³ D'autres obligations non rencontrées – à savoir celles énoncées à l'article 3*bis* précité – sont également passibles de cette sanction.

l'arrêté du Régent du 23 août 1948 par l'arrêté royal du 25 avril 2007, prévoit que la requête n'est pas enrôlée.

Toutefois, cette disposition précise, en ses alinéas 2 et suivants, que le greffier en chef adresse un courrier à la partie requérante précisant la cause du non-enrôlement et l'invitant à régulariser sa requête dans les quinze jours. La partie requérante qui régularise sa requête dans les quinze jours de la réception de cette invitation est censée l'avoir introduite à la date de son premier envoi tandis qu'une requête non régularisée ou régularisée de manière incomplète ou tardive est réputée non introduite.

Enfin, on notera que si le recours en annulation donne lieu en principe au paiement d'une taxe de 175 euros, celle-ci ne doit plus être acquittée au moment de l'introduction de la requête puisque, après bien des péripéties, le Roi a opté pour un système de liquidation des taxes en débet⁹⁴.

B) Echange des mémoires et notification du rapport

Nous pointons les nouveautés suivantes.

Par l'effet de l'arrêté royal du 25 avril 2007, précité, la partie adverse dispose d'un délai de 60 jours pour transmettre son mémoire en réponse également dans l'hypothèse où la procédure en annulation suit une procédure en suspension⁹⁵.

L'article 14 du Règlement général de procédure prévoit désormais que le greffe notifie le rapport de l'auditeur à toutes les parties simultanément, lesquelles ont ensuite, chacune, trente jours pour déposer un dernier mémoire avec, le cas échéant, leur demande de poursuite de la procédure⁹⁶.

On observe que l'obligation de solliciter la poursuite de la procédure à la suite du rapport de l'auditeur n'est plus réservée au seul requérant puisque, conformément à l'article 30, § 3, des lois coordonnées, l'article 14^{quinquies} met en place une procédure accélérée⁹⁷ pour pouvoir annuler l'acte ou le règlement dans l'hypothèse où 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.

En exécution de l'article 17, § 4, alinéa 2, des lois coordonnées, l'article 15^{quater} de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat

⁹⁴ Articles 68 et s. du Règlement général de procédure.

⁹⁵ Article 6, § 4, du Règlement général de procédure.

⁹⁶ Le rapport au Roi qui précède l'arrêté royal du 25 avril 2007 fait ressortir la volonté de modifier le système antérieur sur ce point : le rapport de l'auditeur était toujours notifié en premier lieu à la partie requérante. Celle-ci avait trente jours pour déposer sa demande de poursuite de la procédure dans l'hypothèse où le rapport de l'auditeur concluait au rejet de son recours en annulation (article 14^{quater} du règlement général) et son dernier mémoire. Ensuite seulement, le rapport était notifié à la partie adverse. Avec l'arrêté royal du 25 avril 2007, le rapport est notifié simultanément à toutes les parties, de sorte que chacune d'elles, y compris désormais la partie intervenante (voy. S. LUST, « De hervorming van de Raad van State anno 2006 », *C.D.P.K.*, 2007, p. 265), dispose d'un délai de trente jours pour déposer sa demande de poursuite de la procédure et son dernier mémoire.

⁹⁷ Ainsi que l'observent pertinemment N. FORTEMPS et N. VAN DAMME (*op. cit.*, p. 27), « l'absence de demande de poursuite de la procédure des parties adverse et intervenante ne conduit pas, ipso facto, à l'annulation de l'acte, mais accélère le traitement de l'affaire ».

octroie à l'auditeur rapporteur la possibilité de communiquer le dossier au greffe en indiquant qu'il ne déposera pas de nouveau rapport sur le recours en annulation, dans l'hypothèse où, après le prononcé 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, il 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.

Autre nouveauté : conformément à l'article 30, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées, l'article 26 du Règlement général de procédure prévoit que, « *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* ».

C) L'intervention volontaire

L'intervention est possible tant à l'appui de la requête (l'intervenant n'étant pas admis dans ce cas à soulever d'autres moyens que ceux qui ont été formulés dans la requête introductive d'instance) qu'en défense (l'intervenant n'étant pas lié, dans cette hypothèse, par les arguments présentés par la partie adverse).

L'article 52 du Règlement général de procédure précise désormais le contenu de la requête en intervention.

Depuis sa modification par la loi du 15 septembre 2006, le paragraphe 3 de l'article 21*bis* des lois coordonnées prévoit que la requête en intervention vaut tant pour la demande de suspension que pour le recours en annulation si celui qui a intérêt à la solution de l'affaire intervient dans le cadre d'une demande de suspension qui a été introduite par une requête unique⁹⁸.

Rappelons que, depuis sa modification par l'arrêté royal du 25 avril 2007, l'article 14 du Règlement général de procédure permet à la partie intervenante de déposer un dernier mémoire, avec le cas échéant une demande de poursuite de la procédure, dans les trente jours de la communication qui lui est faite par le greffe du rapport de l'auditeur.

3.2 Le délai de recours

Les recours en annulation « *sont prescrits soixante jours après que les actes, règlements ou décisions incriminés ont été publiés ou notifiés. S'ils ne doivent être ni publiés ni notifiés, le délai court à dater du jour où le requérant en aura connaissance* »⁹⁹.

Celui-ci se compte « *de die ad diem* » : selon l'article 88 du règlement de procédure, le jour de l'acte qui est le point de départ d'un délai (en l'espèce, la publication, la notification ou

⁹⁸ De ce fait, en cas d'application de la procédure de débats succincts prévue à l'article 93 du Règlement général de procédure, l'intervenant volontaire n'a plus la possibilité de déposer un mémoire postérieurement à la notification du rapport de l'auditeur (sur ce point, voy. les explications de N. FORTEMPS et N. VAN DAMME, *op. cit.*, pp. 39 à 41).

⁹⁹ Art. 4, al. 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 modifié par l'arrêté royal du 25 avril 2007.

l'acquisition de connaissance, selon le cas) n'y est pas compris; le jour de l'échéance par contre est compté dans le délai; si cette échéance a lieu un samedi, un dimanche ou un jour férié légal, le délai est prorogé jusqu'au plus prochain jour ouvrable¹⁰⁰.

On notera que seule importe l'expédition de la requête avant l'expiration du délai; il n'y aurait pas tardiveté si le recours, expédié dans le délai, ne parvenait au Conseil d'Etat qu'après le 60^{ème} jour.

A) Prise de cours du délai

A.1) L'acte doit être publié

Les actes de portée réglementaire doivent en principe être publiés. La manière dont cette publication doit être opérée est fréquemment fixée par des lois, des décrets et des règlements.

Lorsqu'une formalité particulière de publication est prévue, son accomplissement détermine le point de départ du délai, quelle que soit la connaissance que les parties ont eue de l'acte attaqué avant ce moment.

Les articles 112 et 114 de la nouvelle loi communale (art. L1133-1 et 1133-2 du C.D.L.D.) qui déterminent les modalités de publication des règlements communaux (à savoir, par voie d'affichage,) n'ont pas été sans faire difficulté du point de vue de la prise de cours du délai.

Interrogée une première fois par le Conseil d'Etat, la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, avait estimé que, en tant qu'ils instaurent un mode de publication par voie d'affichage des règlements et ordonnances des autorités communales, qui est opposable à quiconque, y compris aux personnes étrangères à la commune, notamment pour le calcul du délai de prescription des recours en annulation devant le Conseil d'Etat, les articles 112 et 114 de la nouvelle loi communale ne créaient pas une discrimination dans le chef desdites personnes par rapport aux habitants de la commune¹⁰¹.

Dans un second temps, la juridiction administrative interrogea à nouveau la Cour afin de savoir si l'application de ces mêmes dispositions demeurerait encore compatible avec le principe d'égalité et de non-discrimination lorsque sont en cause des tiers qui n'ont aucun intérêt direct dans cette commune. La Cour constitutionnelle vit dans l'hypothèse soumise une source de discrimination : *« lorsque ces règlements et ordonnances règlent une matière qui ne se limite pas à l'intérêt de la commune concernée mais a également une influence sur des tiers qui n'ont, en principe, pas d'intérêt direct dans cette commune, une publication par affichage telle qu'elle est prévue par les dispositions en cause impose un devoir de vigilance rigoureux qui est disproportionné, notamment parce que cet affichage fait courir le délai de soixante jours visé à l'article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat »*¹⁰².

¹⁰⁰ Pour un cas où la fermeture des bureaux de poste lors d'un jour non férié (le 26 décembre, en l'occurrence,) a été assimilée à un cas de force majeure justifiant que le recours puisse être introduit le premier jour utile suivant, voy. C.E., 24 octobre 2008, *Stiennier*, n° 187.345.

¹⁰¹ C.A., n° 67/2001 du 17 mai 2001.

¹⁰² C.C., n° 71/2009 du 5 mai 2009.

A.2) L'acte doit être notifié au requérant

En principe, les décisions à portée individuelle, qui déterminent la situation juridique d'une ou de plusieurs personnes, doivent leur être notifiées¹⁰³.

Ce principe est assorti d'une exception notable touchant aux décisions des jurys d'examen dans l'enseignement : il a été jugé de manière répétitive que si d'autres modalités d'information avaient été prévues par la législation applicable, telle la proclamation des résultats, celle-ci suffisait à faire courir le délai de recours et que l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne trouvait pas à s'y appliquer¹⁰⁴.

La publication d'une décision à portée individuelle, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la notification, reste sans incidence sur le délai; de même, la connaissance antérieure de la décision.

Le délai commence à courir dès que la décision est notifiée au requérant dès lors que, par cette notification, la décision est reproduite correctement dans son intégralité; il importe peu que la notification ne soit pas faite de la manière prescrite par l'article 32, 2°, du Code judiciaire.

La jurisprudence paraît faire application en la matière de la théorie de la réception : la notification est réalisée, et donc le délai commence à courir, à la suite du dépôt d'une lettre recommandée, ou d'avis du dépôt de courrier recommandé¹⁰⁵, à l'adresse indiquée par le requérant¹⁰⁶; peu importe que celui-ci néglige, ou soit empêché, sauf par force majeure, d'en assurer la réception. L'autorité compétente doit cependant tenir compte des conséquences attachées aux mesures prises par le destinataire du pli et visant à le mettre le plus rapidement possible en possession de son courrier¹⁰⁷.

Lorsque la décision attaquée a été notifiée au requérant sous pli recommandé à la poste, selon la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, cette décision est réputée lui avoir été remise le lendemain. Par contre, en appliquant par analogie l'article 53bis du Code judiciaire, le

¹⁰³ Dans un arrêt du 28 avril 2004, la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, s'est fondée sur le « *principe général selon lequel un acte administratif à portée individuelle doit faire l'objet d'une communication individuelle aux personnes concernées* » (C.A., 28 avril 2004, n° 64/2004).

¹⁰⁴ C.E., 15 mars 1996, *Labie*, n° 58.836, *J.L.M.B.*, 1996, p. 657, rapport et avis Ph. BOUVIER; dans le même sens : C.E., 30 juin 2005, *Sallaberry*, n° 147.071 ; C.E., 11 octobre 2005, *Kuciapa*, n° 150.042 ; ainsi que C.E., 27 juin 2007, *Chitsaz*, n° 172.797.

¹⁰⁵ C.E., 18 février 2003, *Van Roey*, n° 116.061.

¹⁰⁶ On notera que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est ferme sur le sujet : elle est en ce sens que, pour éviter toute insécurité juridique, il est raisonnable que le législateur fasse courir les délais de procédure à partir d'une date qui ne soit pas tributaire du comportement des parties. Ainsi, le choix de la date d'expédition du pli judiciaire comme point de départ du délai de recours apporte une restriction disproportionnée au droit de défense des destinataires, les délais de recours commençant à courir à partir d'un moment où ces derniers ne peuvent pas avoir connaissance du contenu du pli. En ce qu'ils sont interprétés comme faisant courir les délais de recours à partir de la date de l'expédition du pli judiciaire, lorsque ce mode de notification est prévu par la loi, les articles 32, 2°, 46, § 2, et 792, alinéa 2, du Code judiciaire ne sont pas compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution (C.A., n° 170/2003 du 17 décembre 2003). La Cour constitutionnelle a tenu le même raisonnement au sujet de l'article 71 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale (voy. C.A., n° 166/2005 du 16 novembre 2005 et C.A., n° 43/2006 du 15 mars 2006). Voy. encore, C.C., n° 85/2007 du 7 juin 2007.

¹⁰⁷ Voy., par exemple, C.E., 19 mars 2004, *Brunin*, n° 129.473.

délai d'annulation ne commence à courir que le troisième jour ouvrable qui suit celui où le pli a été remis aux services de la Poste. Lorsque le recours est recevable *ratione temporis* si on applique l'article 53*bis* du Code judiciaire¹⁰⁸ mais irrecevable si on se réfère à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, les débats succincts ne suffisent pas à établir que la requête est irrecevable¹⁰⁹.

La notification doit porter sur l'intégralité de l'acte, ce qui implique une connaissance suffisante du contenu de l'acte et de son approbation éventuelle. Il a été jugé que lorsqu'une décision doit être motivée, elle n'est régulièrement notifiée que si sa motivation est communiquée à la personne à qui il en est donné connaissance.

A.3) L'acte ne doit être ni publié, ni notifié au requérant

L'hypothèse se présente lorsqu'un acte individuel est attaqué par un tiers, qu'il s'agisse d'une décision explicite ou implicite. Le délai prend cours, en pareil cas, à la prise de connaissance de l'acte par le requérant ou par son avocat.

Il faut une connaissance suffisamment claire, ce qui n'implique pas nécessairement la communication du texte intégral de l'acte, mais la connaissance de son contenu et de sa portée. Rappelons que la connaissance requise porte sur l'acte; elle ne s'étend pas, en principe, à l'illégalité dont il peut être affecté.

Cette prise de connaissance dépend essentiellement des circonstances de fait. En cas de contestation, la charge de la preuve incombe à la partie qui soutient que le requérant avait connaissance de l'acte. Cette connaissance peut s'établir par présomption, mais celle-ci doit être fondée sur des éléments concrets qui, en droit et en équité, ne laissent subsister aucun doute en la matière.

Le requérant doit veiller à s'informer. La législation sur la liberté d'accès des citoyens à l'information relative à l'environnement lui en apporte notamment les moyens. Il ne peut différer par son propre fait la prise de connaissance et retarder ainsi le point de départ du délai.

B) Dispositions législatives imposant l'information du ou des destinataires de l'acte individuel

Il faut être attentif à la règle inscrite à l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, introduite par la loi du 24 mars 1994 et modifiée par la loi du 25 mai 1999, puis par la loi du 15 septembre 2006, en raison de l'étendue de son champ d'application.

Il ressort de cette disposition, laquelle est d'ordre public¹¹⁰, que les délais de prescription pour les recours visés à l'article 14, § 1^{er}, ne prennent cours que si la notification de l'acte ou de

¹⁰⁸ Voy. en ce sens C.E., 19 octobre 2006, *Stad Aalst*, n° 163.785, *R.D.J.P.*, 2007, p. 279.

¹⁰⁹ C.E., 27 octobre 2006, *Mandungu Minba*, n° 164.228.

¹¹⁰ C.E., ass., 19 juillet 2004, *Lecoq*, n° 134.024. Il a été jugé qu'aucun abus de droit ne pouvait être reproché au requérant qui avait introduit la requête en annulation de la décision l'admettant à la pension prématurée plus de quatre ans après la notification ne comportant pas les mentions requises (C.E., 3 octobre 2007, *Hatzizervoudakis*, n° 175.286). Comp. avec C.E., 17 décembre 2008, *Khamrichi et Khamrichi*, n° 188.929 : dans cette espèce, le Conseil d'Etat a rejeté le recours formé contre une décision prononçant l'exclusion d'un élève au motif « *que, certes, elle ne mentionne pas les voies de recours, mais [...] la circonstance que la requête en annulation n'a été introduite que près d'une année plus tard démontre que le requérant s'est désintéressé de la sanction prononcée* ».

la décision à portée individuelle de n'importe quelle autorité administrative indique l'existence de ces recours ainsi que les formes et délais à respecter.

L'article 7, 1°, de la loi du 15 septembre 2006 a ajouté à l'alinéa 2 de l'article 19 des lois coordonnées la disposition suivante : « *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* »¹¹¹.

La notification de l'acte ou de la décision d'une autorité administrative, au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées, qui ne contiendrait pas ces mentions suffirait à rendre la décision obligatoire; mais elle ne déterminerait pas la prise de cours du délai, sous la réserve qui précède.

Sans doute faut-il souligner que la règle ne vaut pas pour la notification des décisions des juridictions administratives, dont le Conseil d'Etat peut avoir à connaître non en application non du § 1^{er}, mais du § 2 de l'article 14 des lois coordonnées.

Enfin, on rappellera l'existence des législations relatives à la publicité de l'administration. Bon nombre d'entre elles contiennent une disposition consacrée à l'obligation de mentionner les voies de recours lors de toute notification d'un acte administratif : ainsi en est-il notamment de l'article 2, 4°, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

C) L'interruption du délai

En principe, la réclamation administrative n'a pas d'effet interruptif au regard du délai de recours au Conseil d'Etat.

Toutefois, l'examen de la jurisprudence fait ressortir que l'introduction d'un recours administratif peut, dans certains cas, avoir pour effet d'interrompre le délai de recours au Conseil d'Etat, et de restituer à un intéressé un délai entier de 60 jours dont le point de départ est reporté bien au delà de ce que prescrit l'article 4, alinéa 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948.

C.1) L'effet interruptif de la réclamation à l'autorité de tutelle

La jurisprudence de notre Conseil d'Etat reconnaît qu'un recours non prévu par un texte, adressé à l'autorité de tutelle disposant d'une compétence de suspension ou d'annulation, peut avoir pour effet d'interrompre ce délai.

Deux conditions sont nécessaires pour que se produise cet effet interruptif : d'une part, l'autorité de tutelle qui a à connaître du recours doit être compétente quant à la matière, au lieu et au temps ; d'autre part, elle doit être saisie avant l'expiration du délai de 60 jours calculé conformément à l'article 4, alinéa 3, du règlement de procédure.

Un arrêt prononcé par l'assemblée générale de la section d'administration le 13 février 2001 a réaffirmé que « *le délai imparti pour former un recours en annulation est interrompu en faveur de celui qui introduit une réclamation auprès de l'autorité de tutelle habilitée à exercer la tutelle générale, à condition que cette réclamation soit introduite avant l'expiration du délai*

¹¹¹ *Doc. Parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2479/001, p. 33.

de recours et du délai dont dispose l'autorité de tutelle pour exercer ses pouvoirs de suspension et d'annulation »¹¹².

C.2) L'effet interruptif du recours gracieux ou du recours hiérarchique

En principe, la réclamation gracieuse ne se voit pas reconnaître d'effet interruptif du délai de recours au Conseil d'Etat. La décision prise sur semblable réclamation n'apparaît en effet, le plus souvent, que comme la confirmation de la décision antérieure .

Par exception cependant, le Conseil d'Etat a reconnu que certains recours gracieux pouvaient, dans des circonstances très spéciales, provoquer l'interruption du délai de recours au Conseil d'Etat. « *Ces circonstances spéciales peuvent varier d'une affaire à l'autre. Il semble que le Conseil d'Etat tienne compte surtout de l'attitude de la partie adverse et qu'il admette l'interruption du délai principalement lorsque cette partie adverse a tenu la décision en suspens, parce qu'elle envisageait de la modifier ou de la rapporter* »¹¹³.

C.3) La demande d'information du soumissionnaire écarté de l'attribution d'un marché public

La réglementation faite en application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services prend en compte la situation du soumissionnaire écarté d'un marché en lui garantissant une information effective.

S'agissant de déterminer à partir de quelle date doit se compter le délai du recours en annulation introduit par un soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, il a été constaté que le pouvoir adjudicateur est soumis à une double obligation : d'une part, une information d'office et dans les moindres délais des candidats non sélectionnés ou de ceux dont l'offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été choisie; d'autre part, à la suite d'une demande écrite, une communication des motifs de non-sélection, d'éviction ou de la décision motivée d'attribution du marché dans un délai de quinze jours après réception de la demande écrite¹¹⁴.

L'information effectuée d'office a été considérée comme la notification d'une décision de nature à faire courir le délai de recours en annulation pour autant qu'y figurent les mentions exigées par l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées.

Mais il a été décidé encore que le délai de recours était interrompu pour autant que le soumissionnaire régulièrement informé de son éviction ait demandé par écrit, dans un délai raisonnable de quinze jours en principe, communication des motifs de la décision, étant entendu que ce soumissionnaire est tenu de faire diligence et de s'informer dans un délai raisonnable du contenu de la décision.

¹¹² C.E., ass., 13 février 2001, *Van Middel*, n° 93.290, A.P.T., 2001, p. 236 et s., rapport F. DE BUEL.

¹¹³ *Novelles, Droit administratif*, T.VI, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 939.

¹¹⁴ Voy. l'article 25, § 1^{er}, 2 et 3, l'article 51, § 1^{er}, 2 et 3, et l'article 80, § 1^{er}, 2 et 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

Dans ce cas, un nouveau délai de soixante jours commence à courir à partir de la communication des motifs par le pouvoir adjudicateur, laquelle n'a pas à être assortie des mentions requises par l'article 19, alinéa 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat¹¹⁵.

D) L'ouverture d'un nouveau délai

L'expiration du délai de 60 jours, calculé selon les dispositions de l'article 4, alinéa 3, du règlement de procédure, n'a pas invariablement des conséquences irréversibles.

Il est arrivé que le législateur lui-même prévoit la réouverture d'un délai spécial de recours dans certaines circonstances qu'il détermine : l'article 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage en offre un exemple¹¹⁶.

Le juge, pour sa part, a reconnu qu'en certaines circonstances, qui demeurent jusqu'ici exceptionnelles, un acte administratif devenu définitif pour n'avoir pas été attaqué dans le délai pouvait encore faire l'objet d'un recours en annulation; le requérant retrouve alors un nouveau délai de 60 jours, à compter de la survenance de l'événement "restitutif", pour introduire sa requête en annulation¹¹⁷.

Section III. La prescription de l'action en dommages et intérêts à la suite d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat

Par un arrêt du 16 février 2006, la Cour de cassation a décidé que : « *Le recours en annulation formé contre un acte administratif devant le Conseil d'Etat n'interrompt ni ne suspend la prescription du droit de réclamer une indemnisation devant le tribunal civil en se fondant sur un acte illicite des autorités* »¹¹⁸.

Cette jurisprudence pouvait avoir cette fâcheuse conséquence que le requérant qui avait obtenu gain de cause devant le Conseil d'Etat se retrouvait hors délai pour introduire une action en dommages et intérêts découlant de l'acte administratif annulé lorsque la procédure devant la juridiction administrative avait été particulièrement longue.

Afin de palier cet inconvénient, le législateur est intervenu en adoptant la loi du 25 juillet 2008 modifiant le Code civil et les lois coordonnées du 17 juillet 1991 sur la comptabilité de l'Etat en vue d'interrompre la prescription de l'action en dommages et intérêts à la suite d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat¹¹⁹, publiée au *Moniteur belge* le 22 août 2008.

¹¹⁵ C.E., 28 mai 2008, *S.A. Axis Engineering*, n° 183.512.

¹¹⁶ Aux termes de cette disposition, « *Nonobstant l'écoulement des délais prévus par les lois et règlements particuliers, les actes et règlements des diverses autorités administratives ainsi que les décisions des juridictions autres que celles visées à l'article 16 de la présente loi peuvent, s'ils sont fondés sur une disposition d'une loi, d'un décret ou d'une règle visée à l'article 134 de la Constitution, qui a été ensuite annulée par la Cour d'arbitrage, ou d'un règlement pris en exécution d'une telle norme, faire, selon le cas, l'objet des recours administratifs ou juridictionnels organisés à leur encontre dans les six mois à dater de la publication de l'arrêt de la Cour d'arbitrage au Moniteur belge* ».

¹¹⁷ C.E., 13 mai 1993, *Walravens*, n° 43.010.

¹¹⁸ Cass., 16 février 2006, n° de rôle C050022N ; *Pas.*, 2006, I, p. 397 et s., concl. P. CORNELIS ; *R.W.*, 2005-2006, liv. 41, 1618, obs. A. VAN OEVELEN ; *R.A.B.G.*, 2007, obs. C. LEBON.

¹¹⁹ *Voy. Doc. parl.*, Sénat, sess. extra. 2007, n° 4-140/1 et 4-140/2 ; n° 4-10/1 à 4-10/8 ; *Doc. parl.*, Ch., sess. 2007-2008, n° 52-832/1 à 52-832/8. Pour une analyse approfondie de ses dispositions, voy. E. BREWAEYS, « De stuiting van de verjaring van de schuldvorderingen tegen

Il en ressort que l'article 2244 du Code civil est complété par deux alinéas, rédigés comme suit:

« Une citation en justice interrompt la prescription jusqu'au prononcé d'une décision définitive.

Pour l'application de la présente section, un recours en annulation d'un acte administratif devant le Conseil d'Etat a, à l'égard de l'action en réparation du dommage causé par l'acte administratif annulé, les mêmes effets qu'une citation en justice »¹²⁰.

La clarté de cette nouvelle disposition n'est qu'apparente : son champ d'application limité pourrait bien réserver des surprises désagréables au requérant. Nous songeons par exemple à l'hypothèse où, en cours d'instance devant le Conseil d'Etat, la partie adverse viendrait procéder au retrait de l'acte querellé, ce qui aurait pour effet de priver le recours en annulation de son objet et, partant, d'entraîner le rejet de celui-ci.

Enfin, on notera que la loi du 25 juillet 2008, qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2008, se déclare applicable aux recours en annulation introduits devant le Conseil d'Etat avant son entrée en vigueur. Elle n'est toutefois pas applicable lorsque l'action en dommages et intérêts a été déclarée prescrite par une décision passée en force de chose jugée avant son entrée en vigueur contre laquelle un recours en cassation n'est pas introduit¹²¹.

de overheid », *R.W.*, 2008-2009, pp. 562 à 568; ainsi que A. LEBRUN, « Une nouvelle cause d'interruption de la prescription civile : le recours au Conseil d'Etat », *Rev. dr. commun.*, 2009/2, pp. 18 à 25.

¹²⁰ Au surplus, la même loi remplace l'article 101 des lois coordonnées du 17 juillet 1991 sur la comptabilité de l'Etat par la disposition qui suit : « *La prescription est interrompue conformément aux règles du droit commun* ».

¹²¹ Ces dispositions « transitoires » inscrites l'article 4 de la loi précitées font l'objet de plusieurs recours pendants devant la Cour constitutionnelle.

Tables des matières

Introduction

Section I. Les conditions de compétence du Conseil d'Etat

1. Le recours doit tendre à l'annulation de la décision attaquée
2. L'acte ou le règlement attaqué doit avoir été accompli par une autorité administrative
 - 2.1 *Le critère organique de l'autorité administrative*
 - A) Définition et implications
 - B) Examen d'une application particulière : la motion de méfiance constructive
 - 2.2 *Le critère matériel ou fonctionnel de l'autorité administrative*
 - A) L'incidence positive du critère matériel
 - B) L'incidence négative du critère matériel
 - 2.3 *L'autorité administrative et ses adjonctions dans la législation sur le Conseil d'Etat*
3. Incompétence résultant de la compétence du pouvoir judiciaire

Section II. Les conditions de recevabilité de la requête en annulation

1. Recevabilité tenant à la nature et à la portée de l'acte
 - 1.1 *Acte juridique unilatéral*
 - 1.2 *Mesure de nature à faire grief*
 - A) Les décisions préalables en marchés publics
 - B) Les mesures d'ordre intérieur adoptées par l'administration des établissements pénitentiaires vis-à-vis des personnes détenues
 - 1.3 *Mesure contre laquelle aucun recours préalable n'est organisé*
2. Recevabilité tenant à la situation du requérant
 - 2.1 *Capacité du requérant*
 - 2.2 *Qualité du requérant*
 - 2.3 *Intérêt du requérant*
 - A) La perspective indemnitaire est-elle suffisante?
 - B) Caractéristiques de l'intérêt
 - C) Les intérêts collectifs
3. Recevabilité tenant au respect du règlement de procédure
 - 3.1 *Principales modifications procédurales issues de la loi du 15 septembre 2006 et de l'arrêté royal du 25 avril 2007*
 - A) Le contenu de la requête en annulation
 - B) Echange des mémoires et notification du rapport
 - C) L'intervention volontaire
 - 3.2 *Le délai de recours*
 - A) Prise de cours du délai
 - B) Dispositions législatives imposant l'information du ou des destinataires de l'acte individuel
 - C) L'interruption du délai.
 - D) L'ouverture d'un nouveau délai

Section III. La prescription de l'action en dommages et intérêts à la suite d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat