

## COLLOQUE : L'ARTICLE 159 DE LA CONSTITUTION (NAMUR, LE 7 MAI 2009)

### QUELLES AUTORITES ?

Par Renaud van MELSEN

(Assistant aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, centre de recherche fondamentale Projucit, avocat au barreau de Bruxelles)

Qui, du juge, de l'administration et du particulier, peut se prévaloir de l'exception d'illégalité consacrée par l'article 159 de la Constitution ? Telle est la question que je vous propose d'examiner ensemble.

J'aborderai dans un premier temps la question des juridictions concernées et les contours de la notion. L'exposé se focalisera ensuite sur l'administration, plus particulièrement sur le point de savoir si celle-ci est admissible à exercer un contrôle de légalité, et sur les conséquences qui en découleraient. Je terminerai par une brève analyse de la position du particulier.

L'article 159 de la Constitution dispose que « *[l]es cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois* ». « *Les cours et tribunaux* ». *Expressis verbis*, l'article 159 vise donc au premier chef le pouvoir judiciaire.

Toutefois, la jurisprudence a rapidement étendu ce pouvoir à toute juridiction. Cour de cassation en tête, suivie par le Conseil d'Etat et même la Cour constitutionnelle. Aujourd'hui, on peut dire que sont implicitement visées par la disposition constitutionnelle toutes les juridictions contentieuses, en ce compris les juridictions administratives. Il en va de même des missions juridictionnelles imparties à un organe qui relève en règle de l'administration active.

Ce pouvoir doit cependant s'exercer dans les limites de la juridiction et de la compétence de l'organe saisi. L'article 159 de la Constitution n'autorise pas le juge à connaître de contestations qui échappent à ses attributions.

Par ailleurs, le pouvoir de la Cour constitutionnelle d'appliquer la disposition en cause a suscité des hésitations, sur la base d'un argument de texte qui n'apparaît toutefois pas dirimant. Nul doute qu'elle est également une juridiction. Par conséquent, cette Cour doit pouvoir vérifier la légalité de dispositions réglementaires dans la – peu fréquente – mesure nécessaire à son contrôle de normes législatives. Elle l'a du reste reconnu à demi-mot à propos de règlements ayant une influence sur la répartition des compétences, tout en se gardant de se prononcer de manière générale.

Encore convient-il de cerner la notion de juridiction. Sans entrer dans les détails d'une vaste et délicate question, différents critères sont retenus pour identifier un organe contentieux. Plus particulièrement : la source formelle qui l'institue, la nature de ses missions, la force attachée à sa décision, et les garanties dont son fonctionnement est entouré. Sauf le troisième, ces éléments ne sont toutefois pas propres à une juridiction. Par conséquent, dans le silence du texte organique ou des travaux préparatoires, la qualification implique de procéder par un faisceau d'indices.

Un organe contentieux se caractérise au premier chef par son origine légale : seuls une loi, ou – dans les limites des pouvoirs implicites – un décret et une ordonnance, peuvent l'instituer, à l'exclusion donc d'actes du pouvoir exécutif. Par ailleurs, une juridiction n'est investie que d'une mission d'appliquer le droit et non de statuer en opportunité. Sa juridiction est obligatoire, en ce sens qu'elle seule peut définitivement trancher un différend. A sa décision s'attache (ou est appelée à s'attacher) une autorité de chose jugée, qui la rend contraignante et irréversible. Enfin, une juridiction se marque par une procédure par essence contradictoire, et par l'indépendance et l'impartialité assurée à ses membres, encore qu'il s'agisse là plutôt de conséquences de la nature contentieuse. Ce sont cependant autant d'indices du statut juridictionnel. Ont ainsi été considérées comme juridictions : l'ancienne Commission permanente de recours des réfugiés, mais non le procureur général exerçant des fonctions disciplinaires, sa décision étant susceptible de recours devant une autorité administrative.

Mais qu'en est-il des organes de l'administration active ? Ceux-ci peuvent-ils exciper **d'initiative** de l'illégalité d'actes administratifs **antérieurs** s'imposant à eux, qu'ils en soient ou non l'auteur, lors de l'adoption d'une décision ou d'un règlement ? Ainsi, le collège

communal saisi d'une demande de permis est-il en droit d'écarter un plan d'aménagement local qu'il estime illégal dans l'appréciation du projet qui lui est soumis ? Un conseil provincial peut-il édicter un règlement sans tenir compte d'un arrêté royal à son sens illégal ? La question est examinée ici dans la mesure où **aucune décision juridictionnelle** n'a encore déclaré illégal l'acte en question : les conséquences s'attachant à un tel constat seront analysées par M. Nihoul.

La doctrine et la jurisprudence répondent traditionnellement par la négative à cette question. La Cour constitutionnelle et la Cour de cassation réservent le bénéfice de l'article 159 aux seuls juges. De manière plus explicite encore, différents arrêts du Conseil d'Etat considèrent qu'une autorité administrative ne peut écarter un acte antérieur, sauf dans un cas très marginal : celui de l'**acte inexistant**, c.-à-d. affecté d'un vice à la fois patent et particulièrement grave. En d'autres termes et sous cette même réserve, il appartient à l'administration active d'appliquer les normes même irrégulières qui s'imposent à elle, tant qu'elles n'ont pas été abrogées, rapportées ou mises à néant. Lorsque l'autorité en cause est l'auteur de la norme illégale, cette obligation se confond en réalité, du moins devant le Conseil d'Etat, avec le principe général exprimé par l'adage *patere legem*.

Cette conception place cependant dans une position inconfortable l'administration qui doute de la légalité d'une règle qu'elle s'apprête à appliquer. Elle serait en effet contrainte d'accomplir des actes dont elle peut craindre qu'ils soient ultérieurement censurés. Cette **situation** est particulièrement **apparente** lorsqu'une personne invoque l'irrégularité du fondement de l'acte contesté et que son auteur tente de se justifier en exposant qu'il ne peut qu'appliquer la règle en cause faute de pouvoir l'écarter. Dans ce cas, la Haute juridiction administrative répond invariablement qu'il lui appartient néanmoins d'examiner l'exception soulevée et d'annuler l'acte pris sur une base illégale si cette exception s'avère fondée.

La question revêt une importance particulière pour les autorités de tutelle ou de recours administratif, qui sont expressément investies d'un contrôle, bien que limité, de la légalité des actes déferés à leur censure.

La position traditionnelle est fondée sur différents **ordres de considérations**.

En premier lieu, certains rappellent que le texte de la disposition constitutionnelle ne se réfère pas à des autorités administratives, et qu'il n'existe dès lors pas de **base juridique** leur

confiant un contrôle de légalité. Cet article a cependant fait l'objet d'une interprétation souple au profit d'autres organes que ceux mentionnés, ce qui ne permet plus de se retrancher derrière un argument purement exégétique.

En deuxième lieu, d'autres soulignent, de manière plus déterminante, que le Congrès national n'a pas retenu un amendement tendant à étendre le contrôle de légalité aux conseils provinciaux et communaux, souhaitant apparemment éviter la confusion des fonctions. A cela, deux éléments peuvent être opposés.

Tout d'abord, ce ne serait pas la première fois que l'application donnée à des dispositions constitutionnelles s'abstraie de l'intention, du reste **peu explicite**, du constituant.

Ensuite, l'objection de la confusion des fonctions est évidemment liée au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, mais ce principe ne s'oppose pas plus à permettre à l'administration d'analyser la compatibilité d'un acte avec les règles qui lui sont supérieures. D'une part, le procédé est similaire, dans son principe, lorsqu'elle constate qu'une norme antérieure est abrogée implicitement par une norme postérieure de niveau supérieur, ce que l'administration a sans conteste le pouvoir de faire. D'autre part, nul ne songerait à remettre en cause la constitutionnalité des contrôles de tutelle ou des voies de recours administratives, qui comportent tous deux un examen— certes restreint — de légalité. Les juridictions n'ont pas, loin s'en faut, le monopole de la définition du droit.

En troisième lieu, d'aucuns évoquent encore la crainte d'une application sélective de l'exception d'illégalité aux mains de l'administration, voire d'un détournement de ce pouvoir. Ce risque ne paraît toutefois pas plus grand que d'ordinaire et le contrôle du juge, en dernier ressort, doit suffire à empêcher les dérives redoutées.

Ces trois raisons ont probablement conduit à limiter l'intervention de l'administration aux illégalités graves et manifestes, qui sont au-delà du doute. Outre l'imprécision du concept lui-même susceptible de manipulation, on cherche toutefois vainement dans l'arsenal juridique une disposition qui autoriserait l'administration à considérer comme inexistant un acte entaché d'une illégalité grave et manifeste. Or, dans un Etat de droit, l'administration n'a d'autres pouvoirs que ceux qui lui ont été conférés, conformément à l'article 33 de la Constitution. L'approche intermédiaire débouche sur une situation hybride inconséquente : soit l'administration ne peut jamais écarter un acte antérieur faute de texte général l'y

autorisant, soit elle le peut sur pied d'un principe qui ne peut à mon sens trouver sa source que dans l'article 159 de la Constitution, quels que soient alors le degré ou le type d'illégalité.

De plus, sous l'impulsion de la Cour de justice, la position traditionnelle a dû céder le pas lorsque le droit communautaire est en cause. Stanislas Adam nous entretiendra plus longuement de cette question, et je me permets de renvoyer à son exposé pour le surplus. Je me bornerai à rappeler que, tout comme le juge, les organes de l'administration ont l'obligation d'écarter l'application d'un acte interne contraire à une disposition communautaire dotée d'un effet direct, même si – selon un récent arrêt rendu en grande chambre – ce devoir ne va pas jusqu'à leur imposer de retirer un acte individuel illégal. Certes, ces solutions dictées par les préceptes propres à un ordre juridique autonome et supérieur ne peuvent être transposées comme telles en droit interne, mais elles relativisent au moins les objections à l'exercice d'un contrôle de légalité par l'administration.

Rappelons ensuite que le juge ne peut que dire ce que l'administration aurait dû faire. Défendre à l'administration d'anticiper cette déclaration ne sert pas les intérêts de l'administré soucieux de la légalité : celui-ci doit d'abord recourir au juge pour que permette à l'administration de respecter les prérogatives qu'il tire de règles supérieures mais auxquelles des normes inférieures illégales font obstacle.

La jurisprudence du Conseil d'Etat n'est d'ailleurs pas constante sur la question. Certains arrêts isolés ont admis que l'autorité écarte les prescriptions d'un plan de secteur illégal pour délivrer un permis d'environnement ou encore que l'article 159 de la Constitution contenait un principe général s'imposant également aux autorités administratives. Dans un même ordre d'idées, d'autres décisions – bien que pour la plupart anciennes – ont estimé qu'une autorité n'était pas tenue d'appliquer ses propres règlements illégaux. Par ailleurs, même si la jurisprudence est divisée, la Haute juridiction administrative a déjà considéré que l'autorité de tutelle pouvait s'appuyer sur l'illégalité de règlements d'une collectivité subordonnée pour censurer des actes de cette même collectivité qui en faisaient application. Cet examen de la validité d'actes antérieurs excède pourtant le cadre limité du contrôle qui lui est confié.

Plus fondamentalement, se pose la question de la sanction, et des conséquences que le juge pourrait tirer de la méconnaissance d'un acte illégal. Saisi directement de la question, le Conseil d'Etat a jugé à de nombreuses reprises que le requérant n'a pas intérêt ou, ce qui est à

mon sens plus exact, n'est pas fondé à invoquer la violation d'un règlement illégal. Il en résulte que le Conseil d'Etat ne peut censurer un acte administratif pour n'avoir pas appliqué un règlement estimé, à bon droit, illégal. S'il le faisait, il enfreindrait en réalité l'interdiction constitutionnelle qui lui est faite de donner effet à des règlements illégaux. Si, à ma meilleure connaissance, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur la question, il en va de même du juge judiciaire, qui – pour cette même raison – ne pourrait pas plus déclarer fautive la méconnaissance d'un acte illégal.

En définitive, l'autorité qui se dispenserait d'appliquer une règle **effectivement** illégale ne saurait encourir de censure juridictionnelle, que ce soit au contentieux objectif ou subjectif : il lui suffirait d'invoquer la contrariété de la règle à des normes supérieures pour échapper à toute sanction, si du moins la juridiction saisie partage son analyse. Il est en effet unanimement admis que l'autorité peut invoquer l'illégalité d'un règlement, fût-il le sien, à l'occasion d'un litige. Tout au plus, l'autorité supporte-t-elle le risque d'une appréciation contraire du juge appelé à connaître du différend, et encore dans les limites que je développerai dans quelques instants. Dans ces conditions, l'impuissance affirmée de l'administration a-t-elle encore un sens si l'intéressée peut impunément passer outre ?

On l'a vu, différents arguments militent dans le sens d'une reconnaissance d'un contrôle de légalité généralisé aux autorités administratives. Encore faut-il, tout d'abord, pouvoir asseoir cette prérogative sur un fondement juridique, d'où la proposition de le faire dans un principe général dont l'article 159 est une application particulière, du moins en l'état actuel du droit.

Cette approche n'est par contre pas sans **incidences** pour l'administration. L'action administrative étant soumise au principe de légalité dans un Etat de droit, l'exercice de ce pouvoir n'est à mon sens **pas une simple faculté mais une obligation**. Tel est du reste déjà le cas pour les actes internes contraires aux dispositions communautaires à effet direct. Mais dans la thèse traditionnelle, le juge judiciaire n'aurait à mon sens pu imputer de faute à l'autorité qui se borne à mettre en œuvre un acte illégal – mais non inexistant –, parce qu'elle est contrainte de l'appliquer. A présent, on pourrait lui reprocher de ne pas l'avoir écarté et exiger qu'elle réponde du dommage qui s'en serait suivi.

Différents éléments viennent toutefois **tempérer** la rigueur du propos. Il faut s'entendre, en premier lieu, sur la **portée** du contrôle à exercer par les organes exécutifs. L'administration ne

saurait se voir reconnaître plus de pouvoirs que le juge. A côté des actes de l'exécutif, il lui revient de vérifier la conformité des lois, des décrets et des ordonnances qu'elle est chargée d'appliquer au droit international directement applicable et notamment au droit communautaire, comme l'a jugé la Cour de justice, mais également, à mon sens, aux dispositions dont la Cour constitutionnelle garantit le respect. En revanche, la compatibilité avec les autres règles constitutionnelles échappe à son contrôle, sauf en ce qui concerne les ordonnances.

La question est plus délicate s'agissant des actes administratifs individuels ne pouvant plus être annulés, et ce en raison de l'interprétation divergente que les Hautes juridictions judiciaire et administrative font de l'article 159. En effet, le juge judiciaire devrait, en règle, considérer comme fautif le refus de l'administration de vérifier la légalité d'une décision antérieure devenue définitive, puisque, selon la Cour de cassation, la disposition constitutionnelle s'applique aux actes individuels sans considération de délai. A l'inverse, l'administration qui, dans la logique de cet enseignement, écarte un tel acte s'exposerait à la censure du Conseil d'Etat. Paradoxalement, l'illégalité qu'il constate s'imposerait avec une autorité absolue de chose jugée au juge judiciaire amené à examiner le caractère fautif de ce comportement. L'autorité administrative se trouve dès lors confrontée à un dilemme insoluble, si ce n'est par l'harmonisation des approches du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. La mise en œuvre des principes gouvernant la responsabilité civile vient cependant atténuer quelque peu, en pratique, les inconvénients de cette situation.

L'on sait que la méconnaissance d'une obligation légale ou réglementaire imposant un comportement déterminé n'est pas constitutive de faute lorsque son auteur démontre avoir agi comme l'aurait fait toute personne raisonnablement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances. L'erreur invincible doit être établie par celui qui se prétend exonéré. Une **application jurisprudentielle calibrée** de cette cause de justification permettrait de contenir les conséquences, en termes de responsabilité, que la charge d'un contrôle de légalité peut avoir pour l'administration, spécialement en l'absence de décision juridictionnelle ayant déjà statué sur la validité de l'acte concerné. **Deux aspects** doivent être distingués à cet égard : si l'autorité doit bien entendu appliquer correctement le droit, encore doit-elle au préalable déceler le problème. C'est essentiellement dans cette phase de recherche que l'erreur invincible pourra jouer un rôle.

A cet égard, rappelons tout d'abord le cas classique d'un revirement de jurisprudence postérieur à l'adoption de l'acte administratif : l'administration ne peut être tenue d'anticiper une décision invalidant une norme qui avait toujours été déclarée légale jusque là. Le caractère manifeste de l'illégalité doit également intervenir dans l'analyse du juge : commettrait une faute l'administration qui négligerait de déceler, même d'initiative, une illégalité flagrante, peu importe sa gravité. En-dehors de ce cas, ce n'est à mon sens que si l'illégalité était soulevée devant elle avant la prise de décision que l'autorité devrait pouvoir être mise en cause. En d'autres termes, l'administration qui ne relèverait pas, de sa propre initiative, une illégalité non manifeste ne s'exposerait pas à sanction. C'est en ce sens que la Cour de cassation paraît s'être inscrite dans un récent arrêt du 8 février 2008, lorsqu'elle décide que l'erreur invincible peut légalement se déduire notamment du défaut de contestation directe de l'acte antérieur et de l'« *absence de protestation du demandeur contre [cette] décision* ».

En ce qui concerne maintenant l'analyse de la légalité, l'organe exécutif qui écarte ou retient un acte alors qu'aucune juridiction ne s'est encore prononcée sur sa validité supporte évidemment le risque d'une appréciation différente par le juge saisi ultérieurement. Rien n'empêche cependant la personne concernée d'assigner l'auteur de l'acte illégal, si ce n'est pas le sien, à contribuer à la réparation des suites dommageables de l'application de cet acte, dans le cadre d'un **partage de responsabilités**. La faute consistant à avoir adopté l'acte irrégulier a en effet concouru au dommage qu'a causé son application. Ces divers mécanismes permettent donc d'atténuer grandement, même s'ils ne les suppriment pas, les incidences du contrôle de légalité reconnu aux organes administratifs sur leur responsabilité civile.

Dans quelle mesure ces préceptes peuvent-ils être transposés au particulier ? L'administré et l'administration ne se trouvent pas dans des situations comparables : l'administré n'est pas, dans la même mesure que l'administration, tenu au respect de la légalité, et il dispose librement des prérogatives qu'il tire de la loi, sous la réserve de l'ordre public, des bonnes mœurs et des dispositions impératives. Il ne se justifie donc pas de mettre à sa charge une obligation de dénoncer toute illégalité, même celles qui serviraient ses intérêts. En outre, si les dispositions violées sont assorties de sanctions pénales, un tel devoir pourrait porter atteinte au droit au silence de l'administré, qui comprend la faculté de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

L'administré pourrait-il toutefois refuser de donner suite à un acte administratif et aux injonctions qu'il contient, en arguant de son illégalité et anticiper ainsi, comme l'administration, sur une – éventuelle – censure juridictionnelle future ? *A priori*, le privilège du préalable s'y oppose : suivant ce principe, un acte administratif doit être exécuté jusqu'à sa suspension ou son annulation. La Cour de cassation a cependant déjà considéré dans un arrêt du 9 novembre 1999, élevant d'ailleurs d'office la question, que le titulaire d'un permis d'environnement ne pouvait être pénalement condamné du chef d'avoir enfreint une condition d'exploitation illégale. Le juge devait par conséquent déclarer cette condition non contraignante. Par analogie avec le cas de l'administration, la même solution s'impose selon moi en matière de responsabilité civile. Par conséquent, l'administré qui ignore un acte effectivement illégal n'encourt pas de sanction à prononcer par le juge, puisqu'il peut toujours exciper devant celui-ci de l'illégalité de cet acte pour s'exonérer. Sans doute le propos doit-il être nuancé dans certaines situations particulières, comme celle des agents des forces armées, où des exigences d'efficacité immédiate doivent en principe l'emporter.

En définitive, la seule question qui se pose réellement est de déterminer si le particulier peut contester les mesures coercitives, notamment les sanctions administratives, que l'autorité prend à son égard pour n'avoir pas donné suite à un ordre antérieur. Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur cette question dans une affaire concernant une autorité administrative mais qui se trouvait dans une position subordonnée, un peu à l'image d'un administré. Une commune avait démis un agent mais l'autorité de tutelle a censuré sa décision. Elle avait ensuite refusé de réintégrer l'agent, en alléguant l'illégalité de l'intervention de l'autorité supérieure qu'elle a par ailleurs attaquée devant le Conseil d'Etat. L'autorité de tutelle a également mis à néant ce refus de réintégration. En fin de compte, la Haute juridiction administrative a jugé que la commune ne justifie pas de l'intérêt légalement requis pour contester cette deuxième décision, même si la première décision de l'autorité de tutelle était effectivement illégale et avait été entreprise devant lui. Ce faisant, elle dénie à la commune le droit d'anticiper sur la sanction d'annulation, et de refuser d'exécuter un acte même illégal mais non encore mis à néant.

Cette analyse se fonde toutefois sur la situation particulière des collectivités locales, dont la subordination est consacrée par l'article 162, 6°, de la Constitution. A mon sens, elle ne peut être étendue aux particuliers, même si le juge administratif s'est déjà par le passé montré sensible à l'argument déduit du privilège du préalable.

En guise de conclusion, une révision de l'article 159 de la Constitution me paraît s'imposer. La cohérence de l'ordre juridique gagnerait à investir tous les pouvoirs constitués d'une mission de contrôle de la conformité aux normes supérieures : non seulement les juges mais également les organes exécutifs. Quel sens y a-t-il en effet à persévérer dans une interdiction qui ne peut être sanctionnée ?

En revanche, il n'y a pas lieu de régler la question du particulier à cette occasion. D'une part, celui-ci ne doit pas justifier d'une base légale pour agir. D'autre part, l'administré ne peut être érigé sans discernement en gardien d'une légalité qui desservirait ses intérêts.