



L'article 159 de la Constitution

**Colloque organisé au Parlement wallon le 7 mai
2009**

Quelles normes ?

François-Xavier BARCENA

Assistant F.U.N.D.P.

« Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois »

La formulation de l'article 159 de la Constitution, quant aux normes qui sont visées par ce dernier, nous amène à présenter cette thématique en deux volets. Dans un premier temps, nous poserons la question de savoir quelles sont les **normes soumises au contrôle** du juge. Quel sort réserver au prescrit constitutionnel ? Faut-il passer outre ou s'en tenir strictement à ce dernier ? Dans un second temps, cet exposé se concentrera sur la signification de la **conformité aux lois** avec de nouveau en filigrane ce même questionnement, cette même dichotomie : la lettre ou l'esprit ?

Premier temps. Qu'en est-il, donc, des normes contrôlées ? La formulation de l'article 159, en ce qu'elle vise « les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux » nous amène à nous poser cette première question : le contrôle porte-il sur les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux » à l'exclusion de tout autre acte ou s'étend-t-il à **TOUS LES ACTES ADMINISTRATIFS, puisque les actes cités sont tous de nature administrative** ?

Force est de constater que le texte manque de clarté. De prime abord, l'on serait enclin à penser qu'il ne traite que des **actes à caractère réglementaire**. La doctrine et la jurisprudence ont toutefois rapidement inclus les **actes de portée individuelle dans le** champ d'application de l'article 159.

Au fil du temps, dans un monde qui change, l'article 159 devient de plus en plus bancal. En raison de la multiplication des normes, de leur portée et de leur intitulé, la formulation de la disposition constitutionnelle ne suffit plus à couvrir l'entièreté des actes administratifs.

Cette situation va certainement en s'aggravant au fil du temps avec la fédéralisation progressive de l'Etat belge. N'aurait-il pas été opportun, au détour de l'une des multiples réformes institutionnelles, de revoir la formulation de l'article 159 afin de le mettre en phase avec la réalité normative d'une Belgique devenue Etat fédéral ? N'eut-il pas été judicieux d'inclure les termes « régionaux » et « communautaires » à l'énumération désormais désuète de la disposition constitutionnelle ?

A défaut d'une retouche constitutionnelle, c'est donc à la doctrine et à la jurisprudence qu'il est revenu de préciser que « *si l'article 159 mentionne seulement les arrêtés et règlements, les tribunaux sont tenus de l'appliquer à tous les actes administratifs, même non réglementaires* ». Ou encore, pour faire nôtre la formule consacrée de la Cour de cassation, que « *l'article 159 de la Constitution est rédigé en termes généraux et ne fait aucune distinction entre les actes administratifs qu'il vise; cet article s'applique aux décisions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels* ».

Sur ce dernier point, Cour de cassation et Conseil d'Etat ne sont toutefois pas parvenus à se mettre d'accord. Les deux jurisprudences divergent en effet quant à l'interprétation de l'article 159 de la Constitution en ce qui concerne les actes individuels créateurs de droit devenus définitifs. Rappelons que l'acte « définitif » est celui contre lequel aucun recours n'a été introduit dans le délai imparti par la loi, à savoir 60 jours.

Les cours et tribunaux acceptent en effet que l'on puisse remettre en cause la légalité d'un acte définitif, réglementaire ou individuel, sans considération de délai, si ce n'est celui de la prescription. Tel n'est pas le cas de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, lequel estime, et ce de manière constante, que l'acte individuel devenu définitif ne peut plus être remis en cause, même de manière incidente. Le lien apparaît ici très étroit avec la théorie du retrait, laquelle reconnaît à l'administration un droit de retrait sur ses actes aussi longtemps que ceux-ci sont susceptibles d'annulation (sauf exceptions). Cette vision, fondée sur les principes de sécurité juridique et d'intangibilité des droits acquis, a été critiquée en doctrine, cette dernière faisant prévaloir vis-à-vis des principes invoqués ceux de la légalité de l'action administrative et de son contrôle par les juridictions.

Néanmoins cette dissension ne doit pas être stigmatisée à outrance. Ainsi la portée du contrôle respectif attribué à chaque juridiction apporte un premier tempérament à cette fracture jurisprudentielle. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a apporté un sérieux tempérament à sa jurisprudence par le biais la théorie des opérations administratives complexes, à laquelle nous ne pouvons malheureusement consacrer de longs développements.

Terminons par les actes dont on pourrait penser, *a priori*, qu'ils sont soumis au contrôle de légalité mais qui en sont exclus en réalité. Ainsi en ira-t-il :

- des décisions rendues par des autorités administratives agissant en qualité de juridictions administratives ;
- des circulaires non réglementaires ;
- des arrêtés de pouvoirs extraordinaires et des arrêtés-lois (car ceux-ci ont force de lois) ;
- et enfin de l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux confirmé par une loi avec effet à la date de son entrée en vigueur.

Nous savons à présent quels sont les actes administratifs qui relèvent - ou pas - du champ d'application de l'article 159. Mais au terme de cet inventaire, il convient de se demander si la disposition constitutionnelle a de la sorte « épuisé » ses potentialités a ou si, au contraire, elle dispose encore de quelques « ressources » ? D'où ma deuxième question dans cette première partie : l'article 159 ne vise-t-il **RIEN QUE LES ACTES ADMINISTRATIFS** ? Par exemple, quel sort réserver à ces actes qualifiés d'administratifs par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat mais qui sont posés par les pouvoirs législatifs et judiciaires ainsi que leurs organes ? Doivent-ils bénéficier d'une immunité de juridiction parce qu'ils n'émanent pas du pouvoir exécutif ? Le cas échéant, n'y a-t-il pas là matière à discrimination entre les fonctionnaires au service d'une autorité administrative et ceux au service d'une assemblée législative, ces derniers ne disposant « *d'aucune possibilité de demander l'annulation d'un acte administratif de cette assemblée* » ?

La Cour d'arbitrage statua en ce sens dans son arrêt n°31/96 mais elle estima que la discrimination en question résultait de l'absence de législation en la matière. Une intervention du législateur était donc nécessaire. Ce fut fait par la loi du 25 mai 1999, laquelle étendait la compétence d'annulation du Conseil d'Etat aux « *actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel* ».

Le texte était toutefois imparfait. Les termes « actes administratifs » devaient se comprendre comme ne visant que les actes individuels ainsi que le décida la Cour d'arbitrage dans son arrêt 89/2004. Cela excluait la censure d'un acte administratif de nature réglementaire et donc

aussi la possibilité de contester par voie d'exception la légalité de l'acte réglementaire servant de fondement à l'acte individuel attaqué. Une loi du 15 mai 2007 vise à solutionner cette problématique. Tout d'abord en substituant aux termes « actes administratifs » l'intitulé « actes et règlements » ; ensuite en étendant le champ d'application de l'article 159, lequel s'applique désormais aux actes et règlements des pouvoirs législatifs et judiciaires. Les termes utilisés dérangent car diable le règlement est également un acte – tout court – ou si vous préférez un acte administratif sans autre précision. Il eût été plus judicieux de suivre simplement la formule consacrée en doctrine et en jurisprudence d' « actes individuels et réglementaires ». Le procédé dérange aussi. Certes les discriminations relevées sont effacées. Il n'en reste pas moins que c'est à la majorité ordinaire que le législateur étend la portée d'une disposition constitutionnelle...

Ces atermoiements démontrent à notre sens les limites du contrôle de légalité octroyé au juge par l'article 159 dans son libellé actuel ; le champ d'application de ce dernier ne pouvant être élargi que par l'intervention du législateur, mais chose curieuse sans que l'on prenne la peine de réviser la Constitution...

Les précédents développements nous ont montré que le contrôle visé par l'article 159 de la Constitution ne concernait que les actes administratifs, en ce compris ceux des pouvoirs législatifs et judiciaires relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel. Mais qu'en est-il des normes législatives voire constitutionnelles ? Il n'entre pas dans les objectifs de cet exposé de retracer les vifs débats doctrinaux concernant la possibilité pour le juge de contrôler la constitutionnalité des lois sur pied de l'article 159. Cette controverse est aujourd'hui dépassée dans la mesure où l'article 142 confie à la Cour constitutionnelle ce contrôle, certes toutefois de manière sectorielle. Il faut en déduire, semble-t-il, et la jurisprudence est unanime et constante quant à cette question, que les « cours et tribunaux » n'ont pas le pouvoir de contrôler la conformité des normes législatives à la Constitution.

Deux remarques méritent toutefois d'être formulées. La première touche à l'**ordonnance** bruxelloise. L'**article 9 de la loi spéciale du 12 janvier 1989** réserve la possibilité aux cours et tribunaux d'écarter l'application de l'ordonnance qui ne serait pas conforme soit à une partie de la Constitution, soit à la loi spéciale proprement dite. Le mécanisme est le même que celui mis en œuvre par l'article 159 – l'écartement de la norme illégale- sauf qu'il s'agit ici d'une norme ayant indubitablement un caractère législatif. Relevons ici, si pas une

incohérence, du moins une incongruité : l'écartement d'une norme de valeur législative (l'ordonnance) est prescrit par une norme de valeur légèrement supérieure (la loi spéciale) alors que pour des normes hiérarchiquement inférieures à la loi, l'éviction est préconisée par une disposition constitutionnelle...

L'on peut se demander, en tous cas, si de la sorte, le législateur n'a pas, une nouvelle fois étendu la portée d'une disposition constitutionnelle, certes à la majorité spéciale.

Un tel procédé est d'autant plus étonnamment admis que lorsque c'est une ordonnance qui souhaite aménager l'article 159 de la Constitution en matière d'urbanisme, en excluant par exemple l'abrogation implicite des plans de rang inférieur ..., elle se fait recaler. Il résulte en effet d'un arrêt *Front commun des groupements de défense de la nature* du 10 septembre 1998 qu'une telle disposition n'est pas conforme à la Constitution dans la mesure où il n'appartient pas à une ordonnance d'exclure l'application de l'article 159 par les juridictions, ni de déroger au principe de la hiérarchie des normes dont l'article 159 est une expression particulière.

Notre seconde remarque touche aux rapports entre la loi ou la Constitution et une **disposition du droit international** conventionnel. Depuis le célèbre arrêt de la Cour de cassation « *Fromagerie Franco-suisse Le Ski* » du 27 mai 1971, le juge a l'obligation d'écarter la **loi** qui serait contraire au droit international conventionnel. La question est plus controversée en cas de contrariété des **dispositions constitutionnelles** avec le droit communautaire, et ce malgré la position claire de la Cour de justice depuis l'arrêt *International Handelsgesellschaft* rendu en 1970 déjà. Soulignons toutefois que les conflits, potentiels ou avérés, entre droit européen et constitutionnels sont exceptionnels. Le soubassement à l'œuvre dans ces deux décisions est le principe de la primauté du droit communautaire maintes fois affirmé par la Cour de justice depuis l'arrêt *Costa*.

Entendons-nous bien, quel que soit le cas de figure envisagé, sur la sanction : l'incompatibilité avec le droit communautaire ou international n'a pas pour effet de rendre la norme inexistante. Celle-ci continue à subsister, elle est « simplement » rendue inapplicable. Si le dispositif présente d'évidentes similarités avec l'article 159, il ne puise pas son fondement dans ce dernier. Bien plus, cette censure ne trouve, en réalité, aucun fondement constitutionnel. Ce qui explique pourquoi il a déjà été projeté, depuis longtemps, d'introduire

un article 159 *bis* visant à régler les conflits entre les normes de droit interne, légales ou réglementaires, et celles de droit international ou européen.

Venons-en à présent à la seconde partie de notre exposé, **les normes de référence** ou, pour reprendre la formulation de l'article 159, la question de la signification des mots faisant référence à la **conformité aux lois**. À nouveau comme dans la première partie nous nous poserons deux questions, à savoir premièrement, s'agit-il de **TOUTES LES LOIS ?** Deuxièmement, ne s'agit-il de rien que les lois ?

De prime abord, l'hypothèse formulée par l'article 159 semble devoir être interprétée strictement (voyez les commentaires de Thonissen à cet égard) et ne vise donc que la conformité aux lois, au sens purement formel du terme. Dans le cadre d'une Belgique devenue état fédéral, le texte doit naturellement se comprendre comme visant la conformité à l'ensemble des normes de valeur législative, en ce compris donc les décrets et ordonnances. Ne serait-ce toutefois pas mieux l'écrire expressément ? De nouveau, l'on constatera que l'esprit du texte est respecté en pratique, mais pas la lettre. Qui, à ce stade, s'en étonnera ? En choisissant les termes « décrets » et « ordonnances », le constituant optait déjà pour une sémantique qui induit une fausse idée de subordination. La lisibilité n'est vraiment pas une vertu constitutionnelle en Belgique.

Toutes les lois donc, et deuxième question : **RIEN QUE LES LOIS ?** A l'origine la conformité des arrêtés d'une administration inférieure à ceux d'une administration supérieure n'était pas visée par la disposition constitutionnelle. Cette vision est devenue à l'heure actuelle obsolète et la conformité aux lois doit s'entendre de **la conformité à toute norme hiérarchiquement supérieure**. Ainsi à titre exemplatif, le juge pourra écarter un arrêté ministériel (ou un autre règlement) non conforme à un arrêté royal, un arrêté royal individuel qui ne respecterait pas un arrêté royal réglementaire ou encore un arrêté de pouvoirs spéciaux « sorti » du domaine attribué. Ce contrôle s'étend également à l'acte administratif qui méconnaîtrait un principe général du droit, tel par exemple le principe de bonne administration. Peut-on dès lors considérer que l'article 159 est à envisager en tant qu'il constitue une application particulière du principe général de la hiérarchie des normes ? La Cour de cassation semble aller dans ce sens.

D'autant que l'ensemble des normes de référence citées jusqu'ici étaient toutes d'une valeur inférieure à la loi. Mais qu'en est-il des normes supérieures à celle-ci, à savoir la **Constitution** et le **droit international ou européen** ? Considérer qu'elles constituent des normes de référence reviendrait à étirer une nouvelle fois les potentialités de l'article 159. Tel est bien le cas en réalité puisqu'il est désormais acquis que les juridictions ont bel et bien la possibilité d'apprécier la légalité d'un acte administratif au regard de la Constitution ou des normes de droit international et européen, et ce nonobstant le libellé constitutionnel.

Il nous faut néanmoins mentionner les limites du contrôle de constitutionnalité. Le juge, nous le savons, ne peut pas contrôler la constitutionnalité des lois, fut-ce de manière implicite. Le juge ne peut donc pas décider d'écarter un arrêté ou un règlement qui tirerait son illégalité de sa conformité à une loi contraire à la Constitution, comme nous l'enseigne le célèbre arrêt *Waleffe*. L'on dira dans ce cas de figure, que la loi « fait écran ». La seule manière de résoudre la contestation est, le cas échéant, le chemin préjudiciel vers la Cour constitutionnelle.

Enfin, le juge peut écarter un acte administratif au motif qu'il serait contraire à une **disposition du droit international conventionnel directement applicable**. Le caractère directement applicable de cette disposition conditionne la faculté du juge à écarter la norme interne au profit la norme internationale. La règle est-elle absolue ou souffre-t-elle d'exceptions ? Sur le plan du droit communautaire, la Cour de justice continue à maintenir cette exigence alors que certains auteurs, quant à eux, estiment que la primauté du droit européen devrait suffire à garantir cet effet d'éviction de la norme interne. La question présente un intérêt majeur pour les normes qui en elle-même, par nature, ne sont pas dotées d'un pareil effet, comme les directives. Il ne nous appartient pas de revenir sur la question de l'effet direct des directives. Cependant nous savons que l'une des conditions dégagée par la Cour de justice est le dépassement du délai de transposition. Dès lors, la légalité d'un acte administratif s'appréciant au moment de son adoption, la non échéance du terme de la dite directive constitue-t-elle un obstacle diriment à la censure du juge ?

Une réponse nuancée mérite d'être apportée à cette question. En effet, dans son arrêt **Inter - Environnement Wallonie** rendu le 17 décembre 1997, la Cour de justice a décidé que les Etats, en vertu de leur devoir de coopération, devaient s'abstenir de prendre des dispositions de nature à **compromettre sérieusement** le résultat prescrit par une directive. Si tel était le

cas, alors le juge pourrait apprécier la légalité d'une mesure nationale, telle par exemple un arrêté, au regard de cette directive, quand bien même le délai de transposition ne serait pas écoulé. Nous vous renvoyons, pour une potentielle application de cette jurisprudence, à l'arrêt ATRAL rendu le 8 janvier 2002 par le Conseil d'Etat.

Il m'était évidemment difficile, dans le temps imparti, d'épuiser toutes les questions traitant du sujet. Ainsi, nous avons volontairement omis de traiter de la théorie des opérations administratives complexes, de l'acte mixte ou bien encore de la question des limites du contrôle quant à l'opportunité de l'acte... Je vous renvoie, en ce qui concerne toutes ces questions, aux actes du colloque.

En guise de conclusion, partons d'un constat : la lettre de l'article 159 a été fortement malmenée depuis sa promulgation. Mais l'esprit est resté le même afin d'être en prise avec les réalités normatives du XXIème siècle. Le temps est venu pour un « relooking » de la disposition constitutionnelle. Il serait heureux de rétablir une concordance entre la lettre et l'esprit afin de lui donner une version moderne dans un monde sans cesse plus rapide et plus internationalisé. Je vous remercie de votre attention.