

EXPOSE DU 7/05/2009
DOCUMENT DE TRAVAIL

L'exception d'illégalité :
Quelle sanction ?

Diane Déom, professeur à l'UCL

Remarque préliminaire : tous mes remerciements vont à l'équipe des FUNDP pour la remarquable documentation constituée au profit des orateurs.

INTRODUCTION

L'exposé se limite à une approche « technique » de l'article 159, en tant qu'exception d'illégalité appliquée aux actes du pouvoir exécutif et non en tant qu'expression du principe général du contrôle juridictionnel de la hiérarchie des normes.

Première partie : typologie des situations. Deuxième partie : questions transversales (qui peuvent nuancer les constats de la 1^e partie).

A. TYPOLOGIE DES SANCTIONS SELON LES CONTENTIEUX CONCERNES

CONTENTIEUX OBJECTIF DE L'EXCES DE POUVOIR

1. Prototype d'application de l'article 159 : l'acte attaqué trouve son fondement dans un acte (réglementaire ou individuel, dans les limites de délai où le CE applique l'exception d'illégalité) reconnu illégal. La sanction est l'annulation de l'acte attaqué.

Exemples : arrêts « historiques » sur les bals publics ; nombreux arrêts annulant des permis d'urbanisme fondés sur des permis de lotir entachés d'irrégularité.

2. L'application peut aussi jouer en défaveur du requérant, s'il invoque comme moyen la violation d'une norme reconnue irrégulière. La sanction est le rejet du recours.
3. De même, le requérant pourra se voir opposer l'article 159 s'il justifie son intérêt pour agir en invoquant des actes entachés d'irrégularité (notion d'intérêt légitime). La jp. ne semble cependant pas tout à fait catégorique à cet égard. Même raisonnement pour la preuve du préjudice grave et difficilement réparable (à nuancer).

Exemples : CE, n° 174 964, 25/09/2007, n° 137.319, 18/11/2004. Un élément éthique semble pris en considération (illégalité résultant d'une fraude ou non).

4. L'article 159 peut-il avoir pour effet d'exclure l'annulation de l'acte attaqué, parce

que le résultat de cette annulation serait de restaurer un acte illégal ?

Certains arrêts vont en ce sens, considérant que dans ce cas il n'y a pas d'intérêt légitime à l'annulation. V. cependant, plus récemment, C.E., n° 157.849, du 21 avril 2006 (règlement de police communal limitant exagérément la liberté de commerce et d'industrie – fermeture des débits de boissons) : l'intérêt au recours subsiste, car l'annulation ne pourrait avoir pour effet de faire revivre un règlement ancien plus restrictif, et donc plus illégal encore.

CONTENTIEUX DES DROITS SUBJECTIFS

Problématiques beaucoup plus variées, par définition, où il est donc plus difficile de définir clairement quelle sanction accompagne le constat d'illégalité. La présentation qui suit constitue une tentative de systématisation, mais de nombreuses questions sont controversées et évolutives.

Première hypothèse : le litige suppose l'application d'un véritable acte administratif (réglementaire ou individuel)

1. L'acte vient à l'appui d'une demande

Dans ce cas, la sanction du constat d'illégalité est évidemment le rejet de la demande.

Exemple : action publique (pénale) ou action civile quelconque fondées sur des dispositions réglementaires illégales ; action en paiement d'une rémunération, fondée sur une décision illégale de nomination ; action en paiement d'une subvention illégalement accordée, etc.

On note qu'il est exceptionnel que l'administration apparaisse ici comme demandeur, puisque le privilège du préalable lui permet en général de ne pas devoir s'adresser au juge pour faire appliquer ses actes. Exception remarquable : l'expropriation.

2. L'acte vient à l'appui d'une défense (s.l.)

Dans ce cas, la sanction du constat d'illégalité est évidemment le rejet de la défense.

Exemple : un prévenu invoque une autorisation dont il bénéficiait illégalement, l'administration assignée invoque le retrait (illégal) de l'acte dont se prévaut le demandeur, le défendeur en répétition de l'indu invoque l'acte (illégal) qui lui a accordé l'avantage en cause ; etc.

3. L'acte fait l'objet d'un recours

Cette situation désigne les cas, qui semblent se multiplier, dans lesquels le législateur institue une véritable voie de recours judiciaire pouvant être utilisée contre des actes administratifs, au point de créer une « bulle » de contentieux objectif au sein du contentieux judiciaire.

Exemples : recours contre les sanctions administratives, en général et en matière sociale, actions en cessation, recours pour lever les ordres d'arrêt de chantier en matière d'urbanisme,

etc.

Dans ces cas, la sanction du constat d'illégalité est évidemment de faire droit au recours, mais de nombreuses et difficiles questions se posent quant à l'étendue des pouvoirs du juge : peut-il annuler l'acte, donner des injonctions à l'administration, voire se substituer à elle ? Ces questions mettent en cause toute l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration et témoignent d'un accroissement constant des pouvoirs du juge.

Trois dimensions majeures sont en cause :

- la recherche de garanties juridictionnelles efficaces et le progrès de l'Etat de droit (v. not. la problématique du contrôle dit de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme),
- la séparation des pouvoirs,
- la consécration de droits subjectifs de plus en plus variés et de plus en plus larges dans leur contenu, d'où l'incertitude sur le caractère « déclaratif » ou « constitutif » de nombreuses décisions administratives (et donc sur le degré de pouvoir discrétionnaire qui doit être respecté).

Deuxième hypothèse : le litige ne suppose pas l'application d'un acte administratif, même s'il met l'administration en cause

Il existe des situations de contrôle juridictionnel de l'administration dans lesquelles on ne se trouve pourtant pas en présence du mécanisme du « refus d'application » typique de l'article 159 de la Constitution (dans son sens technique).

1. Le juge doit apprécier un comportement de l'administration

Lorsque le juge doit apprécier des actes matériels, des voies de fait, des omissions, impêtables à l'administration, il n'y a pas lieu de parler d'un refus d'application. Exemple : Cass., 22 nov. 2006, soulignant que l'article 159 ne permet pas au juge de réparer une omission de l'administration.

Plus généralement, selon nous, l'appréciation de la responsabilité pour faute s'inscrit en dehors de l'article 159 en tant qu'exception d'illégalité. Quand le juge apprécie si le pouvoir exécutif a agi d'une manière « normalement prudente et diligente », il n'est pas question de refus d'application ni même de constat d'illégalité. Il s'agit de deux mécanismes distincts et autonomes de contrôle juridictionnel. *Contra* : Cour const., arrêt n° 83/03, qui considère que la mise en cause de la RC de l'administration procède de l'article 159.

2. Le juge doit apprécier une demande de l'administration

Lorsque l'administration se présente devant le juge en tant que demanderesse, elle n'a pas adopté de véritable acte administratif dont il y aurait lieu de « refuser l'application ». Elle n'a pas pris d'autre décision que d'introduire une demande en justice, et cette décision n'a d'autre effet que de saisir le juge (dans la mesure où elle est recevable).

Le juge qui statue sur la demande n'applique pas l'article 159, mais remplit simplement son office en se prononçant sur la demande qui lui est soumise. Il va apprécier le mérite de la

demande, et éventuellement appliquer à cet égard des principes de droit administratif, mais on ne se trouve pas pour autant devant un mécanisme d'exception d'illégalité.

Exemples : l'administration agit en recouvrement de créance, demande des dommages et intérêts, réclame l'expulsion d'un locataire en défaut de paiement,...

V. en ce sens, Cass., 27 octobre 2003, à propos d'un assujettissement à la sécurité sociale : "le demandeur (ONSS) n'a pas procédé par voie de contrainte mais a, par une citation ..., demandé au tribunal du travail la condamnation de la défenderesse à lui payer des cotisations (...) dont il l'estime redevable ; il ressort de ces constatations qu'il n'a pas demandé au juge de donner effet à un acte administratif".

Dans ce cadre, il n'y a selon nous aucun obstacle à admettre que le juge apprécie, si le droit commun l'y autorise, l'opportunité de la demande. Par ex., si l'administration poursuit la résolution judiciaire d'un contrat plutôt que son exécution forcée, ou encore si elle poursuit la réparation d'un dommage causé par un handicapé mental, le juge pourra évaluer la demande selon ses critères ordinaires, et sans égards particuliers pour le pouvoir d'appréciation de l'administration.

3. Cas limite

Dans certains cas, le législateur confère des prérogatives à l'administration, tout en l'obligeant à soumettre sa demande au juge.

Exemples : autorisation d'accéder à un lieu privé pour y exercer divers contrôles, « réquisition douce » des logements abandonnés, demandes de mesures de réparation en matière d'urbanisme.

Dans de tels cas, le juge est tenu de faire droit à la demande dès lors que celle-ci est légale. On se trouve alors devant un mécanisme pratiquement identique à celui du refus d'application.

Témoin de cette situation limite : la jurisprudence (évolutive) sur la nature des demandes de réparation en matière d'urbanisme, d'abord considérées comme étrangères au domaine de l'article 159 (Cass., 18 avril 1985, suivi de plusieurs autres, jusqu'à Cass., 9 janvier 2002), mais ensuite classées dans le champ d'application de cet article (Cass., 12 oct. 2004, 3 juin 2005 (insistant sur l'absence de pouvoir d'appréciation du juge), et 29 sept. 2008, tous trois émanant de chambres flamandes).

B. QUESTIONS TRANSVERSALES

Observation préliminaire : la dimension pratique de l'article 159 et la sanction effective du constat d'illégalité dépendent toujours du contexte procédural. Un argument soulevé tardivement, un moyen de cassation formulé sans se référer formellement à l'article 159, échoueront à produire leur effet même s'ils sont excellents dans leur principe. V. aussi, sur les limites du constat d'illégalité, le procédé de la substitution de motifs, qui permet au juge de « sauver » certains actes mal motivés (ex. tout récent : Cass., 18 mars 2009, J., 263).

Cela mis à part, deux thématiques majeures paraissent baliser les effets du constat d'illégalité, qui peuvent être approchés comme une « annulation à effet relatif ». Les questions rencontrées sont en effet très proches de celles que soulève l'annulation des actes administratifs.

DES EFFETS LIMITES PAR UN SOUCI DE PROPORTIONNALITE

L'effet du refus d'application va être modulé en fonction de ce qui est « nécessaire » ou « pertinent » pour la solution du litige. Cette idée générale est à la base, notamment, des observations suivantes.

1. Le refus d'application joue dès que l'acte critiqué présente un rapport suffisant avec le litige en cause.

Bien sûr, l'illégalité des actes en relation directe avec les prétentions des parties est censurée. Mais la jp. admet aujourd'hui que l'exception d'illégalité amène aussi à écarter tout acte qui influence l'issue du litige, même s'il n'est pas invoqué comme argument par les parties.

C'est très important pour mesurer la portée pratique de l'article 159.

Exemple de la jp. ancienne (conception très formaliste) : Cass., 19 juin 1984 : poursuites contre un transporteur dont les autorisations avaient été retirées ; le prévenu invoque l'illégalité de ce retrait ; la Cour considère qu'il ne faut pas s'en préoccuper, parce que les poursuites ne sont pas fondées sur le retrait, mais sur la réglementation.

Exemples de la jp. actuelle :

C.E., n° 149.576, du 28 sept. 2005 : annulation d'un permis d'environnement qui apprécie les nuisances en tenant compte du classement de la parcelle au plan de secteur, lequel a été irrégulièrement modifié sur ce point. L'illégalité vise un élément qui a influencé l'appréciation de l'administration.

Cass., 16 juin 2006 et 23 oct. 2006, RCJB 2008, obs. D. DEROY. La demande d'aide sociale présentée par un étranger faisant l'objet d'un OQT doit être reçue si cet OQT est illégale (l'illégalité affecte un acte qui a un effet indirect sur le droit à l'aide sociale). L'appel formé par une personne est irrecevable parce que son inscription aux registres de la population est illégale, une adresse de référence lui ayant été accordée en dehors des conditions légales (l'illégalité est sans rapport aucun avec l'objet du litige, mais elle affecte un élément nécessaire à la recevabilité de l'appel).

Le « lien de causalité » peut donc être indirect, voire assez lointain... un peu comme dans la théorie de l'équivalence des conditions, et des limites devront sans doute être posées.

Mais il faut que l'acte critiqué influence l'issue du litige (Cass., 27 janvier 2004 : l'illégalité du plan de secteur fût-elle établie, la même mesure de réparation trouverait à s'appliquer). En revanche, on n'exige pas que l'illégalité fasse grief à celui qui l'invoque. Et le juge ne vérifie pas si le constat d'illégalité n'est pas de nature à se retourner contre les intérêts de celui qui l'invoque (C.E., n° 184.941, du 30 juin 2008, peut-être à nuancer).

2. Le refus d'application ne touche que les parties ou aspects entachés d'illégalité.

Jurisprudence constante (entre autres, Cass., 25 oct. 1985, 4 juin 1996). Requiert une appréciation de la divisibilité.

3. Le refus d'application ne doit pas porter atteinte au pouvoir discrétionnaire de l'administration

Le refus d'application ne va pas permettre de méconnaître le pv discrétionnaire de l'adm.

Exemples :

Cass., 12 mai 1998 : en matière d'urbanisme, l'illégalité d'un refus de régularisation n'implique pas l'absence d'infraction (et donc le rejet d'office des mesures de réparation sollicitées). De même, Cass., 11 déc. 2001.

Cass., 13 sept. 2005 : en matière d'urbanisme, le refus d'application d'une régularisation illégale ne permet pas au juge de se prononcer directement sur la mesure de réparation applicable.

Cass., 17 mars 2003 : l'illégalité de dispenses accordées en violation du principe d'égalité ne signifie pas que le juge peut accorder des dispenses aux personnes "oubliées" par l'arrêté royal (à mettre en parallèle avec la jp. actuelle sur le comblement des lacunes inconstitutionnelles).

Même en matière de sanctions en droit social, le juge va rarement jusqu'à se substituer à l'administration dans le choix d'une sanction plus appropriée que celle dont il constate l'illégalité. Toutefois, l'évolution dans ces matières va vers un accroissement des pouvoirs du juge (cf. supra).

DES EFFETS LIMITES PAR UN SOUCI DE SECURITE JURIDIQUE ?

Le refus d'application n'implique pas l'inexistence de l'acte. Formule classique de la Cour de cassation (not. 29 juin 1999) : le refus d'application « a pour seule conséquence de ne faire naître ni droits ni obligations pour les intéressés. La décision illégale continue d'exister tant qu'elle n'est pas annulée ».

Le refus d'application ne peut donc pas, ou pas toujours, aller jusqu'à appliquer au litige une solution identique à celle qui s'appliquerait si l'acte n'avait pas existé. L'existence même de l'acte a produit des effets qui vont, dans certains cas, résister au constat d'illégalité.

Nous évoquons trois aspects de cette problématique.

1. L'acte illégal ayant existé, ne s'imposait-il pas à l'administration ?

Cf. exposé de R. VAN MENDEL.

Le juge est parfois pris dans un dilemme, car il peut être amené à constater que l'administration a sans doute « bien » agi, mais qu'elle a quand même commis une illégalité

objective.

V. CE, n° 138.732, du 21 déc. 2004, et Cass., 23 octobre 2006.

2. L'acte illégal n'a-t-il pas produit par sa seule existence des effets qui sont irréversiblement acquis ?

a) Cette question se pose lorsque la législation attache des effets juridiques au fait même de la décision ou de l'absence de décision.

Exemples : Cass., 29 juin 1999 : une décision illégale n'étant pas inexistante, le constat d'illégalité ne permet pas de conclure qu'un permis tacite a été délivré.

A l'inverse, selon nous, l'illégalité d'un permis ne permet pas de considérer que l'infraction consistant à agir sans permis soit établie (discutable pour la période qui suit le constat juridictionnel d'illégalité du permis...).

b) La question se pose aussi tout particulièrement lorsque l'acte a débouché sur la conclusion d'un contrat (cf. acte détachable et marchés publics). Le contrat est conclu et, à notre estime, le constat de l'irrégularité de la décision de contracter n'emporte pas ipso facto la nullité du contrat. Le juge judiciaire doit faire le détour par la théorie des nullités et vérifier si, en l'espèce, l'illégalité constatée entre dans une des causes de nullité admissibles en droit des contrats.

c) D'autres situations soulèvent encore ce même genre de problèmes. Par ex., en droit du travail, la nullité de la lettre de licenciement n'implique pas nullité du congé, mais seulement nullité du préavis; le congé est donné irrévocablement par le fait même de l'envoi de la lettre. L'illégalité d'une décision administrative de licenciement d'un contractuel ne semble pas devoir se raisonner différemment. V. *Les services publics : une terre de droit du travail*, 2007.

3. L'acte illégal n'a-t-il pas suscité une légitime confiance ?

Fût-il irrégulier, l'acte administratif a existé et il a donc pu engendrer chez l'administré une légitime confiance en sa validité. Faut-il déduire de ce constat des conséquences juridiques directes ?

Le conflit entre principe de légalité et principe de sécurité juridique (ou de légitime confiance) est au coeur des questions les plus délicates du droit et du contentieux administratifs.

D'une certaine manière, le C.E. accorde plus de prix à la sécurité juridique, puisqu'il s'abstient de refuser l'application d'actes individuels illégaux mais "consolidés". La Cour de cassation, au contraire, fait généralement prévaloir avec netteté le principe de légalité, puisque non seulement elle pratique un tel refus d'application, mais qu'en outre elle prône le droit et l'obligation de retrait en tout temps des actes entachés d'illégalité.

V., dans la jp. récente, certains éléments qui annoncent peut-être une évolution à cet égard, dans le sens d'une reconnaissance des effets de la légitime confiance :

Cass., 22 mai 2006, CDP, obs. KOVAL : la caisse d'allocations familiales qui crée pendant

plusieurs années l'apparence trompeuse d'un droit à une allocation majorée commet une faute grave dont la réparation équivaut au montant indument versé.

(A rapprocher de Cass, 8 fév. 2008, RDC 2008/3, obs. VAN HAEVERBEEK : l'administration qui applique des décisions non attaquées et non encore reconnues illégales peut invoquer l'erreur invincible, et de Cass., 20 déc. 2007, relatif à la limitation dans le temps des effets d'un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition légale).

Aucun de ces arrêts ne concerne explicitement la portée de l'article 159, mais ils touchent néanmoins plus ou moins directement à la problématique de la "consolidation" des effets d'une décision ou réglementation irrégulière.