

*Les paradoxes d'un mode de résolution des
conflits entre gouvernants et gouvernés :
l'exception d'illégalité des actes
administratifs en droit belge*

David DE ROY¹

Un coup d'œil furtivement jeté dans le rétroviseur du contentieux administratif belge laisse entrevoir un paysage dont le profil et l'allure tiennent sans doute moins des Jardins de Villandry que de certaines friches industrielles de l'Entre Sambre-et-Meuse. Non pas que la désolation et la nostalgie doivent y bousculer tout espoir de vision enchantée, mais parce que le système belge de protection de l'administré contre l'arbitraire administratif résulte moins d'une conception originelle traduite, avec cohérence, sur le terrain, que d'aménagements successifs, imposés au fil du temps et au gré des circonstances, avec cette conséquence que le dispositif ne peut s'analyser comme reflet de ce qui aurait inspiré un « Grand Architecte ».

Au contraire, le parcours suivi depuis l'adoption de la constitution belge révèle des évolutions dont le mouvement d'ensemble pourrait, à bien des égards, s'apparenter à la procession d'Echternacht². Ainsi en

¹ L'auteur s'exprime à titre strictement personnel.

² Pour un bref rappel de ces évolutions, cf. D. LAGASSE, « Unité ou diversité du contentieux administratif : quel avenir pour le Conseil d'État ? », *Liber amicorum*

est-il, par exemple, de l'enchaînement des conceptions liées à un dualisme en lequel se côtoient juges judiciaire et administratif, dont il peut schématiquement – et, sans doute, fort grossièrement – être rendu compte comme suit : en 1831, le Constituant belge avait résolument pris ses distances à l'égard du dualisme à la française³, en lequel il voyait le principal obstacle à l'exercice d'un contrôle juridictionnel efficace de l'administration ; c'est donc au juge judiciaire que fut attribué ce contrôle. Ce qui, à l'époque, pouvait passer pour un signe de lucidité du constituant n'eut pour seul écho que la frilosité des premières générations de juges⁴. Le salut de l'administré semblait alors passer par le dédoublement du contrôle juridictionnel de l'administration. Jusqu'alors vouée aux gémonies, la figure du Conseil d'État allait être pourvue d'un nimbe ; de « repoussoir », un certain dualisme juridictionnel devenait « modèle⁵ ». Soixante ans après la création du Conseil d'État de Belgique, les vicissitudes du dualisme à la belge inspirent les analyses les plus diverses, ici pour recommander une approche sereine des inévitables faiblesses que peut présenter la protection juridictionnelle du citoyen⁶, là – et plus radicalement – pour vanter les mérites qu'offrirait l'avènement d'un système... moniste, ce discours résonnant, pour d'aucuns, à la manière d'un « chant des sirènes⁷ ».

Il n'empêche qu'en filigrane de ce qui paraît ainsi « faire désordre », un mode particulier de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés a traversé les décennies, paraissant insensible aux muta-

Bernard Glansdorff, Bruxelles, 2008, p. 345 et s. On se référera également avec intérêt aux contributions de Fr. MULLER et P.-O. DE BROUX au présent ouvrage.

- ³ Selon lequel l'administration ne pouvait être jugée que par un juge administratif.
- ⁴ Frilosité notamment attribuée au fait que les magistrats belges sont longtemps restés influencés par les enseignements des publicistes français, imperméables à l'idée d'un contrôle de l'administration par le pouvoir judiciaire (cf. M. BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, 1912, n° 65, p. 88-90).
- ⁵ Suivant les termes utilisés par le professeur Michel LEROY (*Contentieux administratif*, 4^e éd., Bruxelles, 2008, p. 53).
- ⁶ R. ANDERSEN, « Monisme ou dualisme juridictionnels. Un vrai ou un faux dilemme ? », *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Bruges, 2007, p. 15-21, spéc. p.18; P. LEWALLE (avec la coll. de L. DONNAY), *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, 2008, p.348.
- ⁷ Suivant la métaphore suggérée par D. VERBIEST, « Jurisdictionele rechtsbescherming tegen de overheid ; is monisme de remedie ? », *R.W.*, 2003-2004, p. 1241.

tions qu'ont connues le paysage institutionnel, les relations entre le citoyen et l'administration et les contrôles dont celle-ci fait l'objet. Suivant des termes inchangés depuis 1831, l'article 107 de la Constitution (devenu article 159 de la Constitution coordonnée de 1994) dispose que « Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ⁸ ». Suivant les termes consacrés, « les juridictions contentieuses ont, en vertu de cette disposition, le pouvoir et le devoir de vérifier la légalité interne et la légalité externe de tout acte administratif sur lequel est fondée une demande, une défense ou une exception ⁹ ». Ce contrôle incident de légalité des actes administratifs ainsi organisé par le constituant représenta la première forme de sanction juridictionnelle de l'arbitraire administratif, et ce, avant que la panoplie des modes de protection du citoyen à l'égard de l'administration vînt s'enrichir des ressources du référé, de l'action en responsabilité et des recours directs (particulièrement devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État).

S'il est vrai que les termes de l'article 159 de la Constitution sont restés inchangés depuis son adoption, l'évolution de son contexte d'application est telle que les règles du jeu de ce qui est aujourd'hui généralement désigné comme étant l'« exception d'illégalité ¹⁰ » ont,

⁸ Pour un aperçu d'ensemble des enseignements relatifs à cette disposition, cf. not. D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, Bruxelles, 2009, p. 307-308.

⁹ Cass., 23 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n° 502, p. 2121.

¹⁰ Si l'article 159 de la Constitution est généralement considéré comme fondement du mécanisme de l'« exception d'illégalité », la signification particulière que reçoit l'expression dans le système belge mérite d'être soulignée : alors qu'en France et dans d'autres États (tels l'Italie, le Royaume-Uni et le Danemark), l'expression est caractérisée par une dimension « procédurale, suivant laquelle l'exception d'illégalité désigne la question soulevée par l'une des parties au litige, qui – dans le cours d'un procès – appelle un traitement préalable, sans lequel le juge ne peut statuer sur l'objet de la demande, cette acception ne donne, en Belgique, qu'un reflet partiel du mécanisme institué par l'article 159 de la Constitution ; pour rappel, cette disposition vise avant tout la sanction dont le constituant a voulu assortir l'excès de pouvoir de l'administration. Suivant cette approche, le contrôle incident de légalité imposé préalablement au juge ne constitue qu'une voie d'accès à la censure de l'illégalité, qui représente la dimension essentielle de l'exception d'illégalité, à savoir la privation d'effet de l'acte administratif déclaré illégal (cf., à ce propos, J.-Fr. LECLERCQ et D. DE ROY, « L'exception d'illégalité

elles, subi d'importantes transformations. Ces bouleversements sont tels qu'à bien des égards, la confrontation entre le sens originel de cette disposition, d'une part, et ce que la pratique révèle de sa mise en œuvre, d'autre part, fait apparaître de nombreux paradoxes qui laissent pour éternellement méconnue cette figure, pourtant vénérable, de l'exception d'illégalité des actes administratifs.

Sans qu'il soit question d'envisager de dispenser un enseignement exhaustif à propos des fondements de l'article 159 de la Constitution, ainsi que de son application, il peut être intéressant d'épingler quelques-uns de ces paradoxes que cent septante-cinq années de mise en œuvre de l'exception d'illégalité des actes administratifs ont contribué à révéler.

Dans un premier temps, il s'agira, au travers de quelques exemples, de montrer comment la coexistence de trois significations généralement attribuées à l'article 159 de la Constitution peut conduire à des applications pour le moins étonnantes. On examinera ensuite les paradoxes liés à deux aspects particuliers de la mise en œuvre de l'article 159 de la Constitution, à savoir l'identification des autorités dont les actes sont susceptibles de tomber sous le coup de cette disposition, d'une part, et les limites susceptibles d'être assignées au jeu de l'exception d'illégalité, d'autre part.

I. Les trois significations de l'article 159 de la Constitution

Un rapide survol des enseignements jurisprudentiels et doctrinaux relatifs à l'article 159 de la Constitution permet d'observer que cette disposition peut être observée sous trois angles différents. En tant qu'elle habilite le juge à (et lui impose de) sanctionner l'excès de pouvoir dont l'administration se rend coupable, elle apparaît, avant tout, comme un instrument de régulation des rapports entre les pouvoirs constitués. «Il illustre la conception de la "séparation des pouvoirs" qui a guidé les travaux du Congrès national, conception à propos de

et le contrôle incident de légalité des actes administratifs en droit belge par la lorgnette du droit comparé», à paraître dans *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident. Actes du colloque organisé le 7 mai 2009 par la faculté de droit des FUNDP*, n° 17).

laquelle on a soutenu qu'elle excluait un cloisonnement et une parfaite étanchéité entre les pouvoirs constitués. S'agissant notamment du pouvoir exécutif, le constituant s'est manifestement laissé inspirer par les modèles que lui offraient des régimes politiques proches ; ceux-ci ont entretenu sa méfiance à l'égard des dérives que peut susciter l'arbitraire administratif, lorsque l'exécutif se voit attribuer un pouvoir illimité et qu'il échappe, de surcroît, à un contrôle juridictionnel satisfaisant. Cela explique que, dans la Constitution de 1831, le pouvoir exécutif se soit vu assigner un domaine d'intervention strictement limité et que, pour prévenir le risque d'excès de pouvoir, tout dépassement des limites ainsi tracées soit sanctionné à l'occasion du contrôle juridictionnel auquel l'action administrative peut ainsi être soumise¹¹. » La deuxième signification de l'article 159 de la Constitution est étroitement associée à la première : cette disposition institue un mode de protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration : dès lors que le législateur consacre des droits au profit du citoyen, celui-ci pourra – lorsqu'il s'estime préjudicié par une atteinte à ses droits résultant d'une action de l'administration – faire reconnaître l'existence et l'étendue de ceux-ci par un juge, qui – le cas échéant – sanctionnera la méconnaissance, par l'administration, des dispositions légales fondant les droits contestés. Au risque d'user d'un propos simpliste et dangereusement réducteur¹², l'on serait enclin à retenir que lorsqu'un conflit oppose le citoyen à l'administration, à l'occasion duquel un excès de pouvoir est reproché à celle-ci, les deux premières significations de l'article 159 de la Constitution seront rencontrées simultanément. Enfin, suivant une troisième approche, l'article 159 de la Constitution exprimerait un principe général du droit : « Dans ses conclusions prises en l'affaire qui donna lieu à [un

¹¹ D. DE ROY, « L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution : de la vision d'apocalypse à la juste mesure ? », note sous Cass., 16 juin et 23 octobre 2006, *R.C.J.B.*, 2009, n° 44, p. 40 (et réf. citées).

¹² Car on ne peut perdre de vue que l'invocation incidente de l'illégalité d'un acte administratif peut, dans le cadre d'un litige opposant l'administration à l'administré, procéder d'autres fondements que celui de l'article 159 de la Constitution. On songe notamment au contrôle de légalité exercé, sur la base de l'article 1382 du Code civil, dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle de l'administration (J.-Fr. LECLERCQ et D. DE ROY, *op. cit.*, n° 16).

arrêt rendu par la Cour de cassation le] 10 juin 1996, M. le procureur général J.-Fr. Leclercq, alors avocat général, rappelait la filiation de l'article 159 de la Constitution à l'égard d'un principe général du droit, dont cette disposition constituerait une expression: il s'agit du principe selon lequel "un juge ne peut appliquer une décision, notamment une norme, qui viole une disposition supérieure ou qui excède les pouvoirs ou compétences qui peuvent être exercés"¹³ [...] ¹⁴. » En lien étroit avec ce principe et l'article 159 de la Constitution, est proclamée l'exigence de légalité à laquelle doivent satisfaire les actes administratifs¹⁵.

Instrument de régulation des rapports entre les pouvoirs constitués, mode de protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration et expression du principe général de droit interdisant l'application de l'acte violant une norme supérieure, l'article 159 se décline ainsi suivant différents modes, au regard de chacun desquels diverses applications peuvent susciter l'étonnement.

En tant qu'il est garant d'un système dans lequel l'exercice d'un pouvoir ne peut se concevoir sans être exposé au regard d'un (ou des deux) autre(s), l'article 159 de la Constitution devrait recevoir une application sans limite. Aussi large que soit le champ d'application qui lui a été attribué au fil des décennies, certaines des limites dont il est assorti restent énigmatiques au regard de cette référence à la conception de la séparation des pouvoirs sous-jacente à la Constitution belge. Si les restrictions apportées par le Conseil d'État au jeu de l'exception d'illégalité sont aujourd'hui bien connues et ont peut-être parfois fait couler plus d'encre qu'il ne s'imposait¹⁶, d'autres – sans doute moins souvent identifiées – interpellent, telle celle qui semble résulter d'une jurisprudence suivant laquelle la sanction imposée par le constat incident d'illégalité ne pourrait être prononcée si

¹³ Cass., 10 juin 1996, *Pas.*, 1996, p. 614.

¹⁴ D. DE ROY, *op. cit.*, n° 42, p. 39 (et réf. citées).

¹⁵ Cf. not. concl. J.-Fr. LECLERCQ préc. Cass., 6 novembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 598.

¹⁶ En tant qu'elles ont pu induire l'idée d'une contradiction insurmontable entre les approches respectives du Conseil d'État et du juge judiciaire, alors que la différence – certes réelle – entre les approches de l'un et de l'autre résulte des caractéristiques de leurs offices respectifs (cf., à ce propos, D. DE ROY, *op. cit.*, n°s 68-69, p. 51-52).

l'administré n'établit pas le préjudice qui, dans son chef, résulte de l'illégalité de l'acte administratif¹⁷.

Par ailleurs, et nonobstant le fait qu'il constitue un mode de protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration, il n'est pas exclu que celle-ci invoque elle-même au cours d'un procès, et au soutien de prétentions contraires à l'intérêt de l'administré, l'illégalité d'un acte qu'elle a adopté¹⁸. De même, se conçoit-il que le contrôle incident de légalité soit exercé par le juge, et ce, alors que l'administré ne l'y a pas invité. Enfin, il se peut que l'illégalité d'un acte soit invoquée, alors même que l'autorité qui l'a édicté n'est pas partie à la cause et qu'il n'y a donc pas de conflit entre une administration et un administré, à l'occasion duquel celui-ci demande la protection juridictionnelle : ainsi en témoignent les faits à l'origine d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 janvier 2008 : à l'occasion d'un litige opposant un joueur de football au club qui l'avait licencié, l'illégalité d'un arrêté royal déterminant l'indemnité compensatoire de préavis pour sportifs rémunérés était invoquée, l'État n'étant pas, pour autant, partie à la cause¹⁹. Ces différentes modalités d'application de l'article 159 de la Constitution peuvent difficilement être apparentées à la vocation de protection du citoyen prêtée à cette disposition ; elles s'expliquent, en revanche, davantage au regard du rôle que joue l'exception d'illégalité dans les contrôles exercés à l'égard de l'administration au titre du principe de séparation des pouvoirs.

Enfin, les références au principe suivant lequel le juge ne peut appliquer un acte violant une disposition supérieure, d'une part, et au principe de légalité, d'autre part, ont conduit à poser la question – toujours controversée à ce jour²⁰ – de savoir si une autorité adminis-

¹⁷ Cf. *infra*.

¹⁸ Ph. QUERTAINMONT, «Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits)», note sous Cass., 21 avril 1988, *R.C.J.B.*, 1990, n° 28, p. 435 ; M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruxelles, 1987, p. 128-129.

¹⁹ Cass., 21 janvier 2008, *Pas.*, 2008, n° 41, p. 159 ; cf. également les faits à l'origine des arrêts rendus par la Cour de cassation les 16 juin et 23 octobre 2006 (*R.C.J.B.*, 2009, p. 14 et s.)

²⁰ J. THEUNIS, «De «exceptie van onwettigheid» (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?», *R.W.*, 2007-2008, p. 1270-1272.

trative devait, elle aussi, refuser d'appliquer, au soutien d'une décision qu'elle prend, une norme supérieure, alors que celle-ci lui paraît être « illégale ». L'invocation de l'exigence de légalité sur les actes administratifs et leurs auteurs fait perdre de vue que l'obligation de refuser de donner effet à un acte administratif illégal incombe au juge, et à lui seul, dans le concert des pouvoirs constitués et les rapports que les uns entretiennent avec les autres. Dans la même perspective, paraît surprenante la pratique de requérants, qui consiste, dans le cadre du recours en annulation d'un acte administratif, à invoquer – au soutien d'un moyen d'annulation – la violation de l'article 159 de la Constitution par l'autorité administrative, au motif que celle-ci a pris la décision attaquée sur la base de dispositions réglementaires contraires à des normes supérieures (les articles 10 et 11 de la Constitution belge, par exemple)²¹. Cette invocation de la violation de l'article 159 de la Constitution est inspirée soit par une extension, aux autorités administratives, de l'obligation qui, suivant les termes de cette disposition, s'impose aux seules juridictions contentieuses, soit par une référence à la seule exigence de légalité, dont on a vu qu'elle était étroitement liée à un principe général de droit, dont l'article 159 de la Constitution serait une des illustrations. Dans cette seconde hypothèse, on n'aperçoit pas l'utilité d'invoquer une violation de l'article 159 de la Constitution au motif que l'acte attaqué méconnaîtrait l'exigence de légalité, alors que l'allégation d'une illégalité est consubstantielle à la démarche de l'administré qui exerce le recours ouvert par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

II. Les autorités exposées à la sanction de l'article 159 de la Constitution

Le cercle des autorités dont les actes peuvent – s'ils sont entachés d'illégalité – être privés d'effet, en vertu de l'article 159 de la Consti-

²¹ Cf. not. le moyen unique pris à l'appui d'un recours qui a donné lieu à l'arrêt du Conseil d'État, n° 194.007, du 9 juin 2009.

tution, s'est considérablement élargi au fil des décennies. Si certaines évolutions sont aisément compréhensibles, d'autres posent question.

1. Les titulaires du pouvoir exécutif

Si l'on excepte les institutions provinciales et communales, les autorités dont les actes devaient être sanctionnés en vertu de l'ancien article 107 de la Constitution de 1831²² étaient les titulaires du pouvoir exécutif « central », à savoir le Roi et ses ministres, ceux-là mêmes qui étaient ainsi soumis à un double contrôle, juridictionnel (par le biais de cette disposition constitutionnelle) et politique (par la responsabilité politique assumée devant les assemblées législatives).

D'autres autorités vont ultérieurement être concernées, sous l'effet de deux évolutions.

La première résulte de la transformation progressive de l'État « unitaire » en une structure fédérale, caractérisée notamment par la création d'entités fédérées (Communautés et Régions), au sein desquelles des pouvoirs législatif et exécutif sont organisés selon un ordonnancement et une articulation à l'image de ce qu'avait défini le Constituant en 1831. Pour cette raison, les actes des titulaires du pouvoir exécutif au sein de ces entités fédérées²³ tombent naturellement sous le coup de l'article 159 de la Constitution.

Une autre évolution retient l'attention, à savoir celle que trace l'important mouvement de décentralisation qu'a affichée l'administration centrale.

2. Les entités issues de la décentralisation fonctionnelle

L'évolution du paysage administratif permet d'observer une tendance forte au « décloisonnement » de l'administration, conduisant à déplacer des pans de l'action administrative vers des entités présentant – à des degrés variables, selon les cas – une relative indépendance

²² Devenu l'article 159 de la Constitution coordonnée de 1994.

²³ A savoir les gouvernements de Communautés et de Régions, ainsi que des membres de ceux-ci dans la mesure tracée par les mécanismes de délégations de pouvoirs.

organique et/ou fonctionnelle à l'égard des autorités politiques qui exercent le pouvoir exécutif. Cette tendance s'est manifestée notamment dans la création de nombreux « organismes d'intérêt public » et dans l'institution (plus récente) d'autorités de régulation de certains secteurs économiques²⁴. La qualité d'« autorité administrative » reconnue à bon nombre de ces entités les a naturellement exposées au jeu de l'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution. La différence notoire entre ces autorités et celles que visait, à l'origine, l'article 107 de la Constitution de 1831, consiste en ce que les premières ne sont pas soumises au double contrôle juridictionnel et politique qui pèse sur les secondes. L'émancipation d'un contrôle politique « direct » se conçoit à raison de la distance qu'affichent ces entités décentralisées à l'égard du pouvoir exécutif *sensu stricto* ; elle témoigne, dans la même mesure, de la dilution du sens initialement reconnu à l'exception d'illégalité, en tant qu'instrument de régulation des rapports entre pouvoirs constitués.

Appliquer l'article 159 de la Constitution à des entités qui, se situant à la périphérie du pouvoir exécutif, affichent une certaine indépendance à l'égard de celui-ci, est une chose. Une autre consiste à invoquer l'exception d'illégalité à l'égard d'institutions ou autorités qui, apparentées à l'un des autres pouvoirs constitués, sont résolument étrangères à l'administration. Deux exemples commandent de s'attarder sur une évolution dont le sens interpelle de toute évidence.

3. Les ordres des barreaux

On ne sera pas surpris d'observer que l'exception d'illégalité peut jouer à l'égard d'actes pris par les organes des ordres et instituts professionnels, là où ceux-ci sont qualifiés d'autorités administratives²⁵. A l'instar des organismes dont il a été précédemment question, ils font figure de satellites de l'administration.

²⁴ Même si la régulation ne se conçoit pas exclusivement à l'égard d'activités économiques, ainsi qu'en témoignent, par exemple, le fonctionnement et les missions de la Commission de protection de la vie privée.

²⁵ M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Bruxelles, 2008, p. 297 ; P. LEWALLE (avec la coll. de L. DONNAY), *op. cit.*, n° 418, p.651.

Largement admise, cette qualification d' « autorité administrative » connaît une exception notoire, s'agissant des ordres des barreaux, dont l'étroite association au fonctionnement du pouvoir judiciaire a justifié qu'il soit émancipé des sphères administratives²⁶. Un attachement au sens originel de l'article 159 de la Constitution imposerait de soustraire les actes de ces institutions au contrôle incident de légalité exercé sur la base de cette disposition. Le spectre de celle-ci hante toutefois la réflexion lorsque surgit le conflit entre un règlement déontologique et certaines dispositions légales (plus particulièrement celles qui répriment la violation du secret professionnel). Si des considérations inhérentes au fonctionnement de l'organisation professionnelle incitent à résoudre le conflit en admettant la primauté du règlement « illégal » sur la loi à laquelle celui-ci contrevient, cette solution a été présentée comme dérogoire au mécanisme de l'exception d'illégalité fondé sur l'article 159 de la Constitution, et contraire à la solution que l'application de cette disposition eût dû imposer²⁷. En excluant, dans ce cas d'espèce, la sanction qui devait résulter d'un constat d'illégalité, on admet implicitement que le règlement déontologique est l'un de ces actes naturellement soumis au contrôle incident de légalité que l'article 159 de la Constitution invite à exercer.

Cette approche doit-elle émouvoir ? Oui, si l'on en retient qu'elle conduit à étendre le champ d'application *ratione personae* de l'article 159 de la Constitution à une institution présentée comme satellite du pouvoir judiciaire. Non, si l'on refuse d'admettre que les règlements

²⁶ M. LEROY, *op. cit.*, p. 298-299 ; P. LEWALLE (avec la coll. de L. DONNAY), *op. cit.*, p. 651. Pour un exposé de la problématique et une présentation des arguments qui alimentent le débat, on se référera utilement à l'avis prononcé par M. le premier auditeur GILLIAUX (alors auditeur), dans l'affaire qui donna lieu à l'arrêt n° 68.116 du Conseil d'État, rendu en assemblée générale de la section du contentieux administratif (alors dénommée section d'administration) le 15 septembre 1997 (*J.T.*, 1997, p. 820 et s.).

²⁷ Cf., à ce propos, P. LEGROS, « Le secret professionnel et l'obligation de loyauté envers les autorités disciplinaires : essai sur l'autonomie de l'obligation déontologique », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, 2000, p. 967-977 ; sur l'assujettissement des règlements de l'ordre (ou des ordres communautaires) des barreaux au contrôle incident de l'article 159 de la Constitution, cf. également la thèse défendue par le conseil de l'ordre des avocats du barreau de Liège dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt n° 68.116 du Conseil d'État, précité.

des ordres des barreaux soient soustraits au jeu de l'exception d'illégalité, alors que les règlements déontologiques des autres ordres et instituts professionnels y sont soumis. Il s'impose alors de se demander incidemment – et au risque librement consenti d'ouvrir à nouveau la boîte de Pandore – s'il est raisonnable de persister à soutenir que les instances professionnelles du barreau ne sont pas des autorités administratives. La proximité avec le pouvoir judiciaire autorise certes à admettre que, par exception à la compétence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, un recours soit ouvert devant le juge judiciaire à l'encontre des actes pris par les instances du barreau ; cette circonstance ne paraît toutefois pas justifier que la qualité d'« autorité administrative » soit, sans plus, déniée aux ordres des barreaux, au mépris des conséquences que cette exclusion produit à d'autres niveaux que celui de l'organisation des recours juridictionnels²⁸. Sans doute, cette question paraît-elle étrangère au propos de la présente contribution ; les hésitations relatives à l'application de l'article 159 n'en sont toutefois pas moins significatives de l'acuité du problème.

4. Les organes des pouvoirs législatif ou judiciaire et leurs collatéraux

Depuis une récente modification de l'article 14 § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'État, l'article 159 de la Constitution est applicable aux actes et règlements 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, du Conseil d'État et des juridictions administratives ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la justice relatifs aux

²⁸ Ainsi, doit-on observer que, n'étant pas considérées comme autorités administratives, les instances professionnelles du barreau, ne sont pas soumises aux devoirs qu'imposent à de telles autorités les diverses législations relatives à l'accès aux documents administratifs (sur l'applicabilité *ratione personae* des différentes législations relatives à l'accès aux documents administratifs, cf. P. LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, « L'accès aux documents administratifs. Un itinéraire sinueux », *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, 2008, p. 27-170).

marchés publics et aux membres de leur personnel²⁹. Le champ d'application de cette disposition constitutionnelle s'étend ainsi à des autorités (ainsi qu'à leurs satellites) qui, par application des critères « négatifs » de définition de la notion, sont étrangères à la qualité d'« autorité administrative³⁰ ». Voilà qui surprendra tout observateur traditionnellement empreint de l'idée selon laquelle l'article 159 tend à sanctionner un excès de pouvoir de l'exécutif et – de ce fait – à protéger le citoyen contre l'arbitraire administratif.

Pour être bien comprise et soumise au regard des praticiens dans de bonnes conditions, cette extension – à première vue surprenante – du champ d'application de l'article 159 de la Constitution doit être située dans un contexte qui expédiera le lecteur au précédent millénaire, même si le « bond en arrière » n'est pas de nature à provoquer quelque sensation vertigineuse.

Dans un arrêt du 15 mai 1996, la Cour d'arbitrage³¹ avait estimé qu'était contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination un système dans lequel les agents des assemblées législatives étaient privés de la garantie juridictionnelle que constitue l'organisation d'un recours en annulation contre les actes de ces assemblées³², alors que les fonctionnaires relevant des autorités administratives se voyaient reconnaître le bénéfice de cette garantie, celle-ci étant offerte par le recours en annulation organisé devant le Conseil d'État³³. De l'avis du juge constitutionnel, il ne pouvait être remédié à cette situation que par une intervention du législateur, lors de laquelle celui-ci puisse « envisager, par égard à l'indépendance qui doit être assurée aux assemblées législatives, de prévoir des garanties spécifiques auxquelles il n'a pas dû veiller lors de l'élaboration des lois

²⁹ Art. 14 § 1^{er}, al. 2, L.C.C.E.

³⁰ Sur le recours à des critères « négatifs » ou « positifs » d'attribution de la qualité d'« autorité administrative », cf. D. DE ROY, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge », *Rapports belges au congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, 2006, p. 716-720).

³¹ Devenue, depuis lors, Cour constitutionnelle.

³² Et ce, au nom de l'indépendance dont les organes du pouvoir législatif doivent pouvoir jouir à l'égard des autres pouvoirs.

³³ C.A., arrêt n° 31/96 du 15 mai 1996, par. B.4..

coordonnées sur le Conseil d'État³⁴». C'est en ce sens qu'intervient le législateur, par le biais d'une loi du 25 mai 1999, par l'effet de laquelle le recours en annulation ouvert devant le Conseil d'État contre les actes administratifs des autorités administratives, l'était désormais à l'encontre des actes 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.

Quelques années plus tard, la Cour d'arbitrage dénonçait, toujours comme contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, le système dans lequel « lorsqu'ils ont introduit devant le Conseil d'État un recours contre un acte individuel d'une assemblée législative ou de l'un de ses organes, les membres du personnel de cette assemblée ne peuvent contester, par voie incidente, la légalité de l'acte réglementaire qui sert de fondement à l'acte attaqué³⁵ ». Elle observait, en outre, qu'on ne pouvait déduire de la loi du 25 mai 1999 que le législateur ait voulu soumettre les actes réglementaires de ces assemblées ou de leurs organes à ce système de protection juridique³⁶.

Pour combler les lacunes que trahissait ainsi la protection juridictionnelle des personnes affectées par les actes de ces organes des pouvoirs législatif ou judiciaire et de leurs institutions collatérales, le législateur prit une nouvelle initiative, au travers d'une proposition de loi tendant à modifier l'article 14 § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, en ce sens que le recours ouvert par cette disposition le serait tant à l'égard des actes réglementaires que des décisions individuelles des autorités concernées. Suite à l'avis rendu par la section de législation du Conseil d'État sur cette proposition, celle-ci fut amendée, selon des termes rendant applicable l'article 159 aux actes de ces autorités relevant des pouvoirs législatif ou judiciaire: le Conseil d'État estimait, en effet, qu'il n'était « pas certain que après la modifi-

³⁴ *Ibidem*, par. B.5.

³⁵ C.A., arrêt n° 89/2004 du 19 mai 2004, par. B.4.2.

³⁶ *Ibidem*.

cation proposée³⁷, l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État aurait pour conséquence nécessaire que puisse être mise en œuvre la technique de l'exception d'illégalité à l'égard des actes réglementaires pris dans les matières mentionnées à la fin de cette disposition³⁸». La section de législation rappelait d'ailleurs, à propos de «l'impossibilité de soulever [...] une exception d'illégalité dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre un acte individuel basé sur un acte administratif réglementaire», que «l'article 159 de la Constitution [...] est sans pertinence [...], dès lors qu'il ne concerne pas des actes administratifs émanant d'assemblées législatives, de juridictions et d'organes connexes³⁹». C'est pour répondre à ces observations que le législateur choisit d'étendre le champ d'application de l'article 159 de la Constitution. Si les raisons de ce choix sont ainsi expliquées, celui-ci laisse néanmoins songeur.

Sans doute, l'article 159 de la Constitution ne pouvait-il justifier l'exercice d'un contrôle incident de la légalité d'actes réglementaires pris par les organes des pouvoirs législatif et judiciaire, dès lors que ceux-ci sont étrangers au pouvoir exécutif, seul susceptible d'être censuré en vertu de cette disposition constitutionnelle. Cette considération suffisait-elle, cependant, à ce que le législateur s'autorise à intervenir dans le «pré carré» du Constituant⁴⁰? La question mérite d'autant plus d'être posée que cette intervention du législateur n'était pas indispensable: là où l'article 159 de la Constitution ne pouvait – pour les raisons précédemment rappelées – être invoqué pour fonder un contrôle incident et justifier une éventuelle privation d'effet de l'acte illégal, un substitut pouvait, d'évidence, être trouvé dans le principe général de droit selon lequel un juge ne peut appliquer une décision, notamment une norme, qui viole une disposition supérieure

³⁷ Laquelle, rappelons-le, ne consistait en l'insertion d'une référence expresse aux actes réglementaires, comme susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation, à l'instar des décisions individuelles.

³⁸ Avis n° 42.184/AV, rendu le 13 mars 2007 (Ch. Repr., *Doc. Parl.*, DOC 51 2863/002, p. 6, § 3).

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cf., à ce propos, M. NIHOUL, « Les affres de la législation en matière d'autorité administrative et le respect de la Constitution », *J.T.*, 2008, p. 72.

ou qui excède les pouvoirs ou compétences qui peuvent être exercés⁴¹. C'est d'ailleurs de ce principe que s'autorise le juge, lorsqu'il refuse d'appliquer la loi⁴² contraire à une norme de droit international directement applicable dans l'ordre juridique belge.

III. Les limites de l'exception d'illégalité

L'importance des valeurs sous-jacentes à l'article 159 de la Constitution ou qui passent pour lui être apparentées explique probablement que les ressources du contrôle incident de légalité exercé au titre de cette disposition, puissent apparaître comme étant illimitées. Ainsi, admet-on généralement que le contrôle est susceptible de porter sur tous les actes administratifs (de portée générale ou individuelle) de toutes les autorités administratives et que l'obligation d'exercer ce contrôle incombe à toutes les juridictions contentieuses. La pratique révèle toutefois que le jeu de l'exception d'illégalité connaît certaines limites, imposées par des considérations d'ordres divers et dont la confrontation avec la *ratio legis* de l'article 159 de la Constitution peut parfois surprendre.

1. Les limites procédurales

Il arrive que des considérations d'ordre procédural fassent obstacle à l'exercice du contrôle incident de légalité ou neutralisent les conséquences que devrait produire, en vertu de l'article 159 de la Constitution, un constat d'illégalité, à savoir la privation d'effets de l'acte vicié. Ainsi, l'acte dont le fondement réglementaire est illégal ne sera pas privé d'effet s'il repose sur un autre fondement qui suffit à le motiver en droit⁴³. De même, est-il vain d'invoquer l'illégalité d'un acte administratif dans le cadre d'une instance en laquelle le juge doit, de toute façon, se substituer à l'autorité administrative en prenant une

⁴¹ Cf. *supra*.

⁴² Acte le plus emblématique du pouvoir législatif.

⁴³ D. DE ROY, « L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution... », *op. cit.*, p. 60, n° 89.

décision de mêmes objet, portée et effet que l'acte prétendument illégal. A titre d'exemple, on relèvera qu'il est inutile d'invoquer l'illégalité, pour défaut de motivation formelle, de la décision d'un conseil de l'action sociale qui refuse d'octroyer le bénéfice de l'aide sociale, alors que les juridictions du travail, devant lesquelles ce vice est allégué incidemment, devront, à leur tour, se prononcer sur le droit dont le demandeur d'aide se prétend titulaire⁴⁴. Ces limites au jeu de l'exception d'illégalité ne surprennent pas, dès lors que le contrôle juridictionnel qu'ouvre l'article 159 de la Constitution s'exerce incidemment et, pour cette raison, revêt un caractère accessoire au regard de l'objet principal de la demande. Telle est précisément – du point de vue procédural – la caractéristique du contrôle de légalité exercé par voie d'exception, celle-ci s'entendant « d'une question qui surgit à l'occasion du débat devant un juge, relatif à une action (ou à un recours objectif⁴⁵) et à laquelle le juge saisi de celle-ci doit préalablement répondre, sa réponse conditionnant le sort qu'il réservera à ou au recours⁴⁶ ».

2. Les limites déduites d'un conflit de valeurs : légalité *versus* permanence des pouvoirs et autorités constitués

Ainsi qu'il a été donné de l'exposer par ailleurs, les conséquences qu'un constat incident d'illégalité d'un acte administratif devraient produire en vertu de l'article 159 de la Constitution peuvent être neutralisées par l'invocation du principe de permanence des pouvoirs et

⁴⁴ Solution inspirée d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 juin 2005 (*Pas.*, 2005, n° 376, p. 1455).

⁴⁵ Tel celui qui est organisé devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État à l'encontre des actes administratifs devant le Conseil du contentieux des étrangers ou bien encore devant la Cour d'appel de Bruxelles, contre les actes de certaines autorités de régulation (sur ce dernier type de contentieux, cf. P. BOUCQUEY et P.-O. DE BROUX, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », *La protection juridictionnelle du citoyen...*, *op. cit.*, p. 209-313 ; D. DE ROY, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge »..., *op. cit.*, p. 736-747)

⁴⁶ D. DE ROY, « L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution... », *op. cit.*, p. 32, n° 28.

autorités constitués⁴⁷ : au nom de ce principe⁴⁸, le juge peut être amené à ne pas priver d'effet l'acte administratif dont l'illégalité est établie, et ce, au nom du raisonnement suivant : « L'action d'une autorité constituée, en ce qu'elle a trait à l'exercice des pouvoirs que cette autorité tient (en vertu) de la Constitution, peut être enrayée ou privée d'effet, parce que l'une des conditions au respect desquelles sont subordonnées sa validité et, partant, son efficacité, fait défaut. L'idée de continuité permet alors d'obvier à une paralysie d'ordre juridique. L'argument déduit de la permanence de l'État et de ses institutions permet, avant tout, de répondre à la menace de censure à laquelle la décision d'une autorité est exposée, lorsque cette autorité a agi sans jouir de la plénitude de ses pouvoirs et compétences⁴⁹. » En des termes différents, mais complémentaires, on relèvera que la clémence du juge à l'égard de l'acte vicié résulte de l'effet absolu de ce principe de permanence : celui-ci peut, à raison de cet effet, « neutraliser les conséquences néfastes qu'aurait l'irrégularité d'une décision sur sa mise en œuvre. Un acte à première vue irrégulier et susceptible d'encourir la censure d'une autorité juridictionnelle échappera à ce sort au nom du principe de permanence⁵⁰ ». Même si « la gravité de cet effet, dans un État de droit qu'est censée gouverner l'exigence de légalité, justifie qu'il ne joue pas automatiquement⁵¹ », quelques cas d'application suffisent à attirer l'attention sur les questions que fait surgir la concurrence entre les principes en cause.

Le conflit étant tranché en faveur du principe de permanence des autorités et pouvoirs constitués, on en retiendra nécessairement que celui-ci se voit reconnaître une valeur constitutionnelle⁵², faute de

⁴⁷ D. DE ROY, « Le principe de continuité du service public et la situation de l'usager », note sous Cass., 12 février 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 230-234 ; 240-243.

⁴⁸ Considéré comme une des branches du principe dit « de continuité du service public » *sensu lato* (*ibid.*, p. 230-239)

⁴⁹ *Ibidem*, p. 230-231, n^{os} 50-51.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 241, n^o 66.

⁵¹ *Ibid.*, p. 242.

⁵² Ce que David RENDERS et Louis VANSNICK ont, par ailleurs, soutenu, sur la base d'autres arguments (« La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes », à paraître dans *Le service public entre menace et renouveau*, vol. II, *Les « lois » du service public*, Bruxelles, 2009, n^{os} 39 et s.).

quoi il ne pourrait primer sur le principe de légalité, auquel ce statut est reconnu⁵³. Est-ce à dire que, parmi les principes élevés au rang des normes constitutionnelles, certains pèsent plus lourdement que d'autres, au point d'en anéantir les effets ? En d'autres termes, y aurait-il des principes constitutionnels « à valeur ajoutée » ? Une réponse affirmative est peu probable et... encore moins souhaitable, tant elle compliquerait singulièrement la recherche d'une solution d'un conflit de règles, sur la base d'une référence à la hiérarchie des normes. Reconnaissant que les principes de légalité et de continuité se situent au même échelon dans la hiérarchie des normes, on admet sans peine que celle-ci ne peut être sollicitée pour résoudre le conflit qui surgit, le cas échéant, entre l'un et l'autre. En pareil cas, on attendra du juge qu'il examine soigneusement si la permanence de l'État est réellement mise en péril et n'est pas invoquée pour tenter de justifier l'injustifiable.

3. Les limites imposées par la situation ou le comportement de l'administré

Il arrive que le comportement de l'administré ou sa situation influent, en le limitant, le jeu de l'exception d'illégalité. Deux exemples en offrent une intéressante illustration.

Le Conseil d'État de Belgique exclut, nonobstant la formulation large de l'article 159 de la Constitution, que soit invoquée incidemment l'illégalité d'un acte individuel créateur de droits, qui n'a pas fait l'objet d'un recours en annulation dans le délai imparti à cette fin. Outre que l'on sera enclin à déceler dans cette limitation une traduction de l'adage *jura vigilantibus non dormientibus prosunt*⁵⁴, elle reflète, avant tout une préoccupation de sécurité juridique imposant de privilégier la stabilité des situations acquises. Pour sa part, la Cour de cassation prône une application large (car illimitée dans le temps) de l'exception d'illégalité, faisant ainsi primer le principe de légalité sur

⁵³ Cf. concl. J.-Fr. LECLERCQ préc., Cass., 6 novembre 2000, suivant lesquelles « il est exclu que le juge fasse prévaloir un principe général du droit [tel le principe de bonne administration] sur un autre [celui de légalité] qui repose sur un texte écrit de rang supérieur » (*Pas.*, 2000, n° 598, spéc. p. 1684-1685).

⁵⁴ « Présentation de l'exception d'illégalité », *Lamy procédures communautaires*, Paris, novembre 2005, n° 325-330.

celui de la sécurité juridique. Assez paradoxalement, elle exclut toutefois, en matière fiscale, que soit contestée incidemment⁵⁵ la légalité d'un titre qui détermine l'existence et l'étendue de la dette fiscale, alors que le contribuable s'est abstenu de former le recours direct que la loi organise à l'encontre de cet acte⁵⁶. Qu'elles puissent s'expliquer par des considérations découlant des caractéristiques de l'office du juge concerné⁵⁷ ou par la volonté de ne pas offrir prise à la réaction tardive du citoyen négligent, ces limitations n'en apparaissent, pour autant, pas moins énigmatiques au regard de l'article 159 de la Constitution.

Tout aussi curieux au regard des fondements de l'exception d'illégalité des actes administratifs instituée par l'article 159 de la Constitution, paraît être l'enseignement suivant lequel l'illégalité avérée d'un acte administratif ne doit pas conduire le juge à le priver d'effet, si elle ne fait pas grief à l'administré qui l'invoque. C'est bien en ce sens qu'a statué la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 17 novembre 2006. Elle y décide que le non-respect de l'obligation de motivation formelle d'un acte administratif individuel ne conduit pas automatiquement à écarter l'application de cet acte, mais uniquement si la personne en faveur de laquelle cette exigence formelle est prescrite, a été affectée en ses intérêts. En d'autres termes, faute d'avoir causé un préjudice, l'illégalité qui entache un acte administratif ne doit pas être sanctionnée par la privation d'effet, au nom de l'article 159 de la Constitution, de cet acte⁵⁸. Bien qu'apparemment isolée⁵⁹, cette jurisprudence surprend au regard de la conception suivant laquelle l'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution apparaît comme instrument de régulation des pouvoirs constitués : dès lors que le principe de séparation des pouvoirs fait figure de repère

⁵⁵ Par exemple, dans le cadre d'une procédure en recouvrement.

⁵⁶ Jurisprudence dont rend notamment compte un arrêt du 1^{er} décembre 2005 (*Pas.*, 2005, n° 637, p. 2394).

⁵⁷ Comme c'est le cas pour le Conseil d'État. Cf. D. DE ROY, «L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution...», *op. cit.*, n°s 68-69, p. 51-52.

⁵⁸ Traduction libre. L'arrêt est publié à la *R.G.C.F.*, 2009, p. 28-29.

⁵⁹ Ce qui pourrait ne lui conférer qu'un caractère assez anecdotique.

cardinal et que l'excès de pouvoir dont se rendrait coupable l'exécutif doit, en vertu de la disposition précitée, être sanctionné, on n'aperçoit pas pourquoi le fonctionnement de ce mécanisme régulateur est subordonné à la reconnaissance d'un dommage subi par l'administré.