

Rapport pour la Belgique

par

P. MAROY

Auditeur général adjoint
du Conseil d'Etat

PREMIERE PARTIE

Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif

Les actes susceptibles de recours

En Belgique, les règlements peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat comme les actes individuels.

Les actes des juridictions administratives peuvent faire l'objet d'un recours au Conseil d'Etat lorsqu'un recours auprès des cours et tribunaux n'est pas organisé. Le rapport n'examinera pas l'effet des recours dirigés contre cette catégorie d'actes. Il s'agit d'un recours en cassation administrative.

Nous n'examinerons pas non plus les cas où le Conseil d'Etat est juge de dernière instance (contentieux de pleine juridiction), par exemple en matière d'élections communales.

Le rapport n'examine donc que l'effet des arrêts rendus au contentieux de l'excès de pouvoir.

Les actes administratifs sont d'une variété presque infinie. Il peut s'agir d'actes positifs, mais aussi d'abstentions.

L'abstention n'est susceptible d'annulation que lorsque l'action de l'administration n'est pas facultative. Ex.: abstention de l'autorité de tutelle d'annuler un acte d'une autorité subordonnée. Au contraire, l'abstention est susceptible de faire l'objet d'un recours lorsque l'autorité administrative est tenue de statuer.

Un acte administratif ne peut être attaqué devant le Conseil d'Etat lorsque le requérant dispose d'une procédure judiciaire permettant d'y faire échec. Citons, par exemple, l'arrêté royal décidant qu'il y a utilité publique à procéder à une expropriation.

La jurisprudence n'a jamais refusé de statuer sur le recours dirigé contre un acte parce qu'il constituerait un acte de gouvernement.

Les moyens

La loi prévoit que le recours peut être introduit pour violation des formes soit substantielles soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir.

Seul le détournement de pouvoir constitue une catégorie spéciale soumise à des règles particulières. Le Conseil d'Etat ne peut annuler un acte pour détournement de pouvoir qu'en assemblée générale. La chambre saisie renvoie l'affaire à l'assemblée générale lorsqu'elle estime qu'il y a des indices de détournement de pouvoir. Elle se prononce préalablement sur les autres moyens.

Sous le vocable «excès de pouvoir», on peut ranger toutes les violations de la loi.

Les classifications ont été établies par la doctrine. Sauf le détournement de pouvoir, elles n'ont pas d'influence sur le cours de la procédure. Le règlement de procédure se borne à prévoir que les requérants doivent exposer les faits et indiquer leurs moyens.

La doctrine distingue les causes externes d'annulation et les causes internes de l'annulation. Le contrôle de la légalité externe comprend celui de la compétence et celui de l'observation des formalités légales. Certains concernent la préparation de la manifestation de volonté, d'autres la manifestation de la volonté (obligation d'attester dans l'acte l'accomplissement d'une formalité, obligation d'indiquer dans l'acte la motivation). La légalité interne comprend l'excès de pouvoir proprement dit, le contrôle des motifs et le détournement de pouvoir.

Malgré l'importance, pour l'étude de notre sujet, des motifs d'annulation sur l'effet des arrêts d'annulation, il est sans grand intérêt de s'attarder aux diverses présentations du classement des moyens du recours pour excès de pouvoir. Les arrêts sont, en effet, motivés. L'indication par l'arrêt de la cause de l'annulation n'est que l'accessoire du raisonnement, c'est-à-dire de la motivation aboutissant au rejet de la requête ou à l'annulation. Le motif de l'annulation est extrêmement important quand on recherche les effets indirects d'un arrêt d'annulation. La qualification technique d'un moyen est peu important¹⁾.

¹⁾ Par exemple, certains arrêts, après avoir constaté que telle formalité n'a pas été observée concluent: «Ainsi la décision a violé la loi» ou encore: «a violé tel article et telle loi».

Nature du recours et autorité de la chose jugée

Les effets des arrêts d'annulation dérivent nécessairement de la nature du recours. Etape finale d'un recours dit objectif, dans lequel la conformité d'un acte avec la loi fait l'objet d'une décision juridictionnelle, l'arrêt d'annulation entraîne la disparition de l'acte de l'ordonnancement juridique.

Il ne faut cependant pas se méprendre sur la nature de ce recours objectif. En droit belge, il ne tend pas essentiellement à dire pour droit si l'acte est oui ou non conforme à la loi.

L'instauration du recours pour excès de pouvoir, qui est l'oeuvre de la loi du 23 décembre 1946, s'inscrit dans le cadre de l'article 107 de la Constitution. Il donne aux citoyens des garanties nouvelles contre l'application d'actes administratifs illégaux. Le recours pour excès de pouvoir a été ajouté aux garanties que donnait déjà l'article 107 de la Constitution sans pouvoir porter atteinte aux règles contenues dans celui-ci.

On pourrait imaginer un régime dans lequel l'arrêt statuant sur un recours pour excès de pouvoir dit pour droit si l'acte est conforme ou non à la légalité et s'impose à tous, avec l'autorité absolue de la chose jugée, qu'il prononce l'annulation de l'acte illégal ou qu'il déclare l'acte légal.

Tel n'est pas le cas du droit belge. Le législateur n'aurait pu instaurer un tel régime parce que l'article 107 de la Constitution impose aux tribunaux de refuser l'application des actes illégaux de l'administration. Il s'ensuit que si le Conseil d'Etat estime qu'un acte administratif est conforme aux règles légales, les tribunaux — et les juridictions administratives assimilées aux tribunaux pour l'application de l'article 107 de la Constitution — peuvent refuser d'appliquer l'acte qu'ils estiment illégal. Ils en ont même l'obligation.

Aussi est-il admis unanimement que si un arrêt d'annulation a l'autorité absolue de la chose jugée, il n'en est pas de même de l'arrêt qui admet la légalité de l'acte attaqué et rejette en conséquence le recours¹⁾²⁾.

L'arrêt d'annulation d'un acte administratif entraîne donc sa disparition.

Le rejet de l'annulation ne met pas l'acte à l'abri de toute discussion. Le pouvoir judiciaire et toute autre juridiction devront encore contrôler la légalité du règlement dont l'application leur est demandée et en refuser éventuellement l'application en vertu de l'article 107 de la Constitution, s'il est illégal³⁾. S'il s'agit d'un acte individuel, le principe de la non-application d'un acte illégal est d'un maniement plus malaisé. Quand l'application d'un acte est-elle demandée au pouvoir judiciaire?

Il a été admis, dès 1845, que l'étranger poursuivi pour rupture de ban d'expulsion peut invoquer au pénal l'illégalité de l'arrêté d'expulsion. L'instauration d'un recours pour excès de pouvoir n'a pas modifié les pouvoirs des tribunaux.

Aussi un étranger, qui serait poursuivi pour rupture de ban d'expulsion pourrait-il encore invoquer au pénal l'illégalité de l'arrêté d'expulsion, même si le Conseil d'Etat ne l'a pas annulé.

L'autorité relative de la chose jugée empêche le requérant de réintroduire un nouveau recours en annulation du même acte auprès du Conseil d'Etat⁴⁾ (son recours sera généralement irrecevable pour un autre motif: la tardiveté provenant du délai) et aussi d'invoquer, dans un recours dirigé contre un acte subséquent, l'illégalité du premier acte.

Mais quid des tiers? Ils peuvent évidemment s'en prendre à l'arrêt lui-même par la voie de la tierce opposition, s'ils se trouvent dans les conditions requises

¹⁾ Consulter les conclusions du premier avocat général Ganshof van der Meersch, avant Cass., 16 décembre 1965, J. T. 1966, 313 et ss.; les conclusions du procureur général Ganshof van der Meersch avant Cass., 22 octobre 1970, Pas. 1971, I, 144 (notamment p. 162-163; R.J.D.A. 1971, 144 et ss; voir aussi la Mercuriale du premier avocat général Mahaux, «La chose jugée et le pouvoir judiciaire», p. 571 et ss. (notamment p. 512).

²⁾ Notons que les arrêts du Conseil d'Etat peuvent faire l'objet de voies de recours extraordinaires: la révision, au cas où des pièces ont été retenues et la tierce opposition, ouverte aux intéressés qui n'auraient pas eu connaissance de l'intentement d'un recours.
Ainsi le fonctionnaire dont la nomination a été annulée à son insu peut-il ramener la cause devant le Conseil d'Etat.
Pour éviter les inconvénients de cette procédure, l'auditeur général a pris l'habitude, comme l'y autorise la loi, d'avertir les tiers intéressés de l'existence d'un recours. Cela leur permet d'intervenir à la cause mais cela les empêche d'utiliser ultérieurement la voie de la tierce opposition.

³⁾ Le rejet d'un recours ne signifie d'ailleurs pas que l'acte n'est entaché d'aucun vice. L'arrêt décide simplement qu'il n'est pas entaché du vice qu'invoquait le requérant.

⁴⁾ Si des pièces ont été retenues, il peut introduire un recours en révision.

pour exercer cette voie extraordinaire de recours. Pourront-ils soulever l'illégalité de l'acte que le Conseil d'Etat a refusé d'annuler, lorsqu'il sert de fondement à un acte subséquent? En principe, oui. S'ils en sont, en fait, empêchés, ce n'est pas par l'application de l'autorité de la chose jugée, mais par l'écoulement du délai d'annulation. Un acte administratif non attaqué dans les délais est définitif et ne peut plus être remis en cause.

Il y a des cas dans lesquels ce principe soulève des difficultés. Il s'agit des procédures complexes (exemple: concours de recrutement et nominations. Un candidat est admis à concourir. Un autre concurrent n'est pas encore à même de savoir si cette admission aura un effet sur les nominations).

Annulation ex tunc ou ex nunc

Les raisons de l'illégalité sont exposées dans la motivation; le dispositif en tire les conséquences. L'acte étant illégal, il est annulé. Le dispositif se borne à annuler sans préciser à partir de quel moment l'acte est annulé. L'est-il ex nunc, c'est-à-dire à partir du prononcé de l'arrêt, ou ex tunc, c'est-à-dire à partir du moment où l'acte est entré en vigueur.

Annulation, qu'est-ce à dire? L'acte est déclaré sans force juridique, parce que non conforme aux dispositions légales que son auteur devait respecter, parce que les conditions requises pour que l'auteur de l'acte puisse le prendre faisaient défaut. L'illégalité a été commise au moment où l'acte a été édicté. Plus exactement, au moment où l'acte a été édicté, il était affecté d'un vice de légalité.

Aussi est-il logique de conclure que l'acte est nul ab initio, ex tunc.

La jurisprudence l'affirme avec force. L'acte attaqué disparaît donc dès l'origine. Mais, en fait, l'acte annulé a produit des effets. Il est aisé de déclarer, par une déclaration a posteriori avec effet rétroactif, que l'acte annulé ne produit aucun effet. En fait, il est malaisé d'effacer les effets qui ont été donnés à l'acte annulé.

Aussi la jurisprudence a-t-elle été amenée à faire une distinction entre l'acte et entre ses effets. L'acte est vicié et nul dès l'origine, ses conséquences juridiques sont détruites. Mais les situations nées de l'acte ne sont pas nécessairement effacées dès l'origine. En d'autres termes, l'annulation «ex tunc» ne rétablit pas toujours le statu quo ante.

Les arrêts d'annulation ne se prononcent pas eux-mêmes, notons-le, sur le moment où l'annulation intervient ni sur la suppression ou la persistance des effets.

Le dispositif de l'arrêt se borne à annuler l'acte sans autre indication. Les conséquences de l'annulation ne sont précisées que dans des arrêts postérieurs, où des actes subséquents sont mis en cause.

Si le principe d'annulation ex tunc est affirmé avec force, les conséquences de l'annulation, elles, donnent lieu à des constructions complexes. Interviennent plusieurs éléments: la nature de l'acte annulé, le motif de l'annulation, la nature des effets. Certains effets se produisent tout naturellement (le traitement du fonctionnaire nommé, p. ex.). D'autres ne se produisent qu'à l'intervention d'un nouvel acte administratif. Se posera alors un problème particulier. Le premier acte a été mis à néant; comment le nouvel acte sera-t-il mis à son tour à néant?

Annulation ex tunc

Le caractère rétroactif des arrêts d'annulation est affirmé avec force par la jurisprudence et notamment par l'arrêt no 17.804, du 5 octobre 1976, Schreurs (rec. p. 764). Le requérant attaquait des promotions faites le 30 décembre 1974 par le conseil d'administration de la Caisse générale d'épargne et de retraite, à des emplois attribués au rôle linguistique français par l'arrêté royal du 18 janvier 1973 fixant les cadres linguistiques du service central de la Caisse générale d'épargne et de retraite. Celui-ci avait été annulé postérieurement par le Conseil d'Etat par un arrêt du 14 juillet 1975.

«Considérant qu'en raison de l'effet rétroactif s'attachant aux arrêts d'annulation, l'arrêté royal précité du 18 janvier 1973 doit être réputé n'avoir jamais existé dans la mesure où il a été annulé; qu'il en résulte que les nominations attaquées ont été faites sans que soit déterminé le nombre des emplois de chef de service à attribuer à chacun des cadres linguistiques.»

Un arrêté ministériel du 19 février 1949 institue une commission paritaire régionale. Le 10 juin 1949, cette commission décide de modifier les cotisations dues au Fonds de sécurité d'existence des travailleurs du commerce du charbon d'Anvers et de ses environs. Un arrêté royal du 25 juin donne force obligatoire à cette décision.

Le Conseil d'Etat dans un premier arrêt, avait annulé l'arrêté ministériel instituant la commission paritaire. Le deuxième arrêt, no 834, du 17 avril 1951, annule le deuxième aux motifs suivants: «que par suite de cette annulation, la commission régionale paritaire n'avait point d'existence légale au moment où elle prit la décision soumise à approbation; que, dès lors, cette décision ne peut avoir aucun effet légal; qu'il s'ensuit qu'en l'approuvant, la partie adverse a excédé ses pouvoirs».

Effet direct de l'arrêt

L'arrêt d'annulation met par lui-même à néant l'acte attaqué. L'administration n'a donc pas à intervenir pour retirer l'acte attaqué.

Mais l'intervention de l'administration s'imposera souvent pour régler la situation nouvelle résultant de l'annulation. Primus a été nommé directeur. Il ne l'est plus par le fait de l'annulation. Reprendra-t-il ses fonctions antérieures, sera-t-il affecté à l'emploi qu'il occupait ou à un autre emploi du même grade? Exercera-t-il provisoirement les fonctions supérieures?

Elle s'imposera aussi pour le retrait des actes subséquents. Ceux-ci ne sont pas annulés «implicitelement». Le fondement vient souvent à défaillir, ce qui permettra de contester leur application. Ils subsistent en la forme. Il appartient à l'administration de leur enlever leur apparence d'acte.

Annulation de l'acte ne signifie pas annulation de ce qui a été fait au cours de la procédure d'élaboration de l'acte.

L'annulation met à néant l'acte lui-même. Le détruisant, elle enlève à l'acte ses effets. Elle ne rend pas nécessairement sans valeur tout ce qui a été accompli préalablement ou même ce qui a été constaté. Ce qui subsiste est lié aux motifs de l'annulation.

Voici un exemple tiré de l'arrêt Vermeer, no 10.009 du 7 mai 1963 :

Un chauffeur de taxi avait, après avoir passé un certain temps dans un café, endommagé un bâtiment et avait pris la fuite. En application d'un règlement, le bourgmestre suspend provisoirement du chef d'infraction grave, la licence du chauffeur de taxi pour une durée de 15 jours. Sur opposition du chauffeur, la décision est suspendue et remplacée, après condamnation de l'intéressé par le tribunal correctionnel, par une nouvelle décision de suspension de 15 jours. Le Conseil d'Etat annule cette décision parce que l'intéressé n'avait pas été entendu. Le bourgmestre reprend alors une nouvelle décision suspendant pour 15 jours la licence.

Le texte du règlement prévoyait que sur l'opposition, le bourgmestre «pourra suspendre l'exécution de la sanction jusqu'au jour où il sera statué. Le bourgmestre procédera alors à un complément d'enquête, entendra l'intéressé dans ses moyens de défense et prendra l'avis de la commission de la police et de la voirie et du roulage toutes les fois que cela paraît utile».

Nouveau recours au Conseil d'Etat.

L'arrêt décide que l'arrêt qui a annulé la décision finale «a laissé subsister la décision provisoire du 22 mai 1959, l'opposition faite à cette décision et la procédure subséquente, laquelle n'a pas été déclarée irrégulière». Toute la procédure ne devait donc pas être reprise (Vermeer, no 10.009 du 7 mai 1963, Rec. p. 350).

Il existe de nombreux arrêts qui admettent que les opérations antérieures à l'acte de procédure irrégulier restent valables (v. la jurisprudence citée dans les Nouvelles, Conseil d'Etat, p. 626, no 1830).

Effet d'entraînement quant aux actes postérieurs

L'acte de l'administration est mis à néant par l'arrêt d'annulation. Celui-ci constate que cet acte était vicié dès l'origine. Ce vice entraîne sa disparition.

Ce qui a été fait depuis la prise de l'acte peut être affecté par cette annulation. Bien des choses se sont passées. Les actes administratifs sont rarement isolés. Ils ont produit des conséquences. Ils ont précédé d'autres actes. Faut-il faire disparaître leurs conséquences? Faut-il détruire tous les actes qui les ont suivis? Que faut-il faire pour remplacer les actes détruits? Car si dans certains cas l'administration peut ou doit intervenir pour détruire les actes qui ont suivi un acte annulé, dans d'autres cas elle devra refaire ce qui a été détruit. Par exemple, la nomination de Primus à tel emploi a été annulée, l'administration pourra ou même devra procéder à une nouvelle nomination.

On peut subdiviser l'intervention de l'administration en deux grandes catégories.

a) La destruction d'actes à la suite d'une annulation.

b) La réfection d'actes par l'administration.

Comme nous venons de le dire, beaucoup d'actes ne sont pas isolés. M. Weill a proposé une classification des rapports existant entre les actes. Certains se trouvent liés à d'autres par un rapport de subordination (exemple: une mesure d'application d'un règlement), par un rapport de causalité (l'acte B n'aurait pas vu le jour si l'acte A n'avait pas existé) ou par un rapport d'intégration. Il s'agit des cas où plusieurs éléments participent à une opération juridique.

A vrai dire les classifications par la doctrine ne rendent compte qu'imparfaitement de l'incroyable complexité des situations.

Pour déterminer ce que l'administration doit détruire, il faut d'abord rechercher ce que le juge de l'excès de pouvoir peut annuler.

Dans quelle mesure le juge de l'excès de pouvoir peut-il annuler des actes postérieurs?

Dans un régime juridique où la loi confierait au juge de l'excès de pouvoir de détruire lui-même les actes de l'administration consécutifs à l'acte illégal attaqué, il n'appartiendrait pas à l'administration de faire ce que le juge n'aurait pas fait.

En droit belge, les requérants doivent indiquer dans leur recours en annulation l'acte qu'ils attaquent. Cette indication ne peut être obscure. Les requérants ne peuvent en cours de route modifier l'objet du recours¹⁾. Il en résulte, sous les réserves que j'indiquera plus loin, que le Conseil d'Etat ne peut annuler que l'acte attaqué dans la requête. Il est tenu par l'objet de la requête qui lui est présentée. Comme l'écrit Waline²⁾, «le point de départ de ses investigations se trouve dans la requête introductive d'instance». Comme toute autre juridiction, il ne peut statuer *ultra petita*.

La règle est cependant interprétée avec une certaine souplesse.

Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il annulé des dispositions ultérieures au recours qui remplaçaient en cours d'instance les dispositions attaquées par des dispositions ayant le même contenu. Ceci permet de déjouer les manœuvres de l'administration qui s'efforceraient de rendre une annulation sans effet direct. L'acte abrogé serait annulé, mais un nouvel acte subsisterait. Il ne faut pas obliger le requérant à attaquer les actes successifs ayant le même objet. S'il négligeait de le faire, l'acte ayant le même contenu subsisterait.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat interprète la requête comme visant aussi les actes postérieurs ayant le même objet.

Voici un exemple. Le requérant demandait l'annulation d'un arrêté royal rendant obligatoire une décision de la commission paritaire nationale du spectacle qui fixait les salaires minimums des travailleurs et travailleuses du cinéma.

La commission paritaire prit une nouvelle décision qui ne faisait que reprendre la première décision en modifiant certaines erreurs matérielles. Elle fut rendue obligatoire par un nouvel arrêté royal.

L'arrêt S.P.R.L. Cinéma des Beaux-Arts, no 4744 du 16 décembre 1955 interprète le recours comme s'appliquant à la nouvelle décision et annule celle-ci.

Le Conseil d'Etat ne se borne pas à annuler l'arrêté postérieur identique mais il annule aussi les arrêtés postérieurs contenant, dans un texte différent, la même illégalité. Voici un exemple. L'arrêt Sacré et Vandebroek du 17 octobre 1972, no 15.513 a été rendu dans les circonstances suivantes.

Dans la province de Brabant, l'article 3, alinéa 4 de la loi du 25 juillet 1938 instituait deux conseils provinciaux de l'ordre des médecins, l'un de langue néerlandaise, qui a juridiction sur les médecins domiciliés dans les communes administrativement d'expression néerlandaise et l'autre de langue française qui a juridiction sur les communes d'expression française. «Les médecins domiciliés dans les communes administrativement bilingues peuvent se rattacher à leur choix à l'un ou l'autre de ces deux conseils.»

Un arrêté royal pris en vertu d'une loi habilitant le Roi à adapter la législation relative à l'exercice des différentes branches de l'art de guérir modifia cette législation et limita aux médecins établis dans les communes de l'arrondissement administratif de Bruxelles-capitale le choix de s'inscrire à l'un ou l'autre des conseils provinciaux, alors qu'il était ouvert auparavant aux médecins habi-

¹⁾ C.E., 9 juin 1976, Arents, no 17.697.

²⁾ M. Waline, obs. précédant l'arrêt Sanglier, R.D.P. 1973, p. 1747 et ss.

tant dans les communes où le recensement décennal avait révélé l'existence d'une minorité linguistique de 30 p. c.

Les requérants demandent l'annulation de l'article 5 de l'arrêté royal no 79 qui modifiait le régime antérieur, sans abroger la disposition modifiée, c'est-à-dire l'article 3, alinéa 4, de la loi du 25 juillet 1938.

L'arrêt annule non seulement la disposition attaquée, mais aussi la disposition ultérieure qui a abrogé formellement la disposition de l'article 3, alinéa 4, de la loi du 25 juillet 1938.

«Considérant que les requérants ont demandé l'annulation de l'article 5 de l'arrêté royal no 79; que seul l'alinéa 2 de cet article traite de l'emploi des langues en matière administrative; que l'annulation doit donc être limitée à cette disposition; que celle-ci est toutefois indissolublement liée à l'abrogation de l'article 3, alinéa 4, de la loi du 25 juillet 1938; que le Roi, qui ne pouvait modifier cette disposition ne pouvait pas non plus l'abroger; qu'il convient donc d'annuler également l'article 32 de l'arrêté royal no 79 et l'arrêté royal du 25 mars 1969 portant exécution de certaines dispositions de l'article 32 de l'arrêté royal no 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des médecins, dans la mesure où ils abrogent l'article 3, alinéa 4, de la loi du 25 juillet 1938.

Décide :

Article 1er. L'article 5, alinéa 2 de l'arrêté royal no 79 du 10 novembre 1967 est annulé.

L'article 32 de l'arrêté royal no 79 et l'arrêté royal du 25 mars 1969 sont annulés dans la mesure où ils abrogent l'article 3) de la loi du 25 juillet 1938.»

De même le Conseil d'Etat annule les décisions confirmatives intervenues dans l'intervalle.

Le dispositif de l'arrêt Taminiaux, no 2604 du 26 juin 1953 en fournit un exemple.

La requête introduite le 14 août 1951 demandait l'annulation d'un arrêté du 20 juin 1951 du directeur général de l'urbanisme.

L'article 2 du dispositif de l'arrêt porte:

«L'arrêté du 20 juin 1951 du directeur général de l'administration de l'urbanisme est annulé; par voie de conséquence, l'arrêté du 1er juin 1953 du directeur général de l'administration de l'urbanisme dont le dispositif porte: «Le refus du 20 juin 1951 est confirmé en ce qui concerne les parcelles susdites» est annulé.»

Ce faisant, le Conseil d'Etat ne statue pas au-delà de l'objet de la requête. Comme dans le cas cité ci-dessus du remplacement d'une mesure par une mesure semblable, la nouvelle décision a le même objet que la décision attaquée. «La décision confirmée et la décision confirmative se caractérisent par une identité d'objet et de motifs; on peut comprendre, dès lors, que le juge s'autorise à annuler l'une et l'autre d'un même trait, quand même la mesure initiale aurait été attaquée seule; compte tenu de leur objet, ces annulations simultanées se situent dans la droite ligne de la requête¹⁾».

Le Conseil d'Etat interprète donc très largement la saisine. L'objet du recours que doit indiquer le requérant, qu'est-ce en définitive? Est-ce un document ou l'acte ayant une portée juridique. C'est l'acte ayant une portée juridique qu'il soit contenu dans le document visé dans la requête ou dans un document postérieur²⁾.

Parfois, certaines décisions font partie de procédures complexes ou, simplement, doivent faire l'objet d'une nouvelle décision qui en consolide les effets.

Ainsi par exemple, dans le statut des agents de l'Etat, les nouveaux agents sont nommés d'abord en qualité de stagiaire. Ils doivent dans la suite être nommés à titre définitif. L'acte de nomination à titre définitif est relié au premier. Sans celui-ci le second acte ne pourrait être pris.

En annulant le premier le Conseil d'Etat annule le deuxième, s'il est intervenu dans l'intervalle.

Ainsi l'arrêt Cailloux, no 15.460 du 26 juillet 1972 annule-t-il la nomination à titre définitif par le considérant suivant:

¹⁾ Lewalle, L'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps, p. 257, note 154.

²⁾ Aussi les requêtes peuvent-elles être interprétées. Le Conseil d'Etat rectifie l'énoncé des requêtes, p. ex. en déclarant qu'elle visent non l'acte d'approbation mais l'acte approuvé, l'acte juridique lui-même et non l'acte de notification.

«Considérant que l'annulation de la nomination de N. en qualité de secrétaire d'administration stagiaire doit entraîner par voie de conséquence l'annulation de la nomination définitive du même agent».

Il est vrai que dans cette affaire le requérant avait déjà demandé anticipativement «l'annulation de la nomination à titre définitif dont bénéficierait ultérieurement N.».

Je ne m'étendrai pas ici sur les annulations d'actes faisant partie de procédures complexes. Il faudrait en effet exposer aussi les problèmes liés à la recevabilité de certaines requêtes où sont attaquées seulement certaines opérations.

Passons directement à un arrêt récent du 9 août 1976 qui a déjà fait couler beaucoup d'encre¹⁾. L'arrêt Colpaert, du 9 août 1976, annule non seulement la promotion d'un fonctionnaire au grade de conseiller-chef de service mais aussi sa nomination postérieure, par changement de grade, au grade de conseiller.

Cette seconde nomination a été attaquée à son tour mais par une requête qui visiblement était tardive.

La partie adverse invoquait cette dernière nomination pour dénier l'intérêt du requérant. Il faut savoir qu'une partie de jurisprudence exige que l'intérêt du requérant persiste jusqu'au moment du prononcé de l'arrêt. La partie adverse soutenait que la nouvelle nomination enlève au requérant tout intérêt à poursuivre l'annulation du premier arrêté (puisque le poste était redevenu vacant), à moins qu'il n'en obtienne l'annulation. Elle demandait la jonction des causes. La deuxième requête aurait alors été rejetée pour tardiveté et le défaut d'intérêt à attaquer la première nomination serait ainsi apparu.

L'arrêt constate que l'intérêt persiste. Le requérant a intérêt à ce que sa position concurrentielle soit rétablie en avantages de carrière ultérieurs. L'arrêt refuse donc de surseoir à l'examen de l'affaire jusqu'à la jonction des causes.

Il constate que «la liaison entre l'arrêté royal du 31 janvier 1974 et celui du 14 octobre 1974 a nécessairement pour corollaire que l'éventuelle annulation de l'arrêté du 31 janvier 1974 prive de fondement l'arrêté du 14 octobre 1974 qui, de ce fait, perd sa propre force matérielle».

L'arrêt annule les deux arrêtés. Il justifie l'annulation par le considérant suivant: «Considérant que, comme il a été établi ci-dessus, l'annulation de l'arrêté royal du 31 janvier 1974 prive l'arrêté royal du 14 octobre 1974 de toute force matérielle étant donné que l'annulation de l'arrêté royal du 31 janvier 1974 en concerne aussi les effets subséquents; que la nécessité d'aboutir à des rapports juridiques clairs dans l'administration requiert que l'on donne à cette perte de force matérielle une expression sur le plan formel, plus particulièrement en privant cet arrêté de son existence.

Sont annulés :

- a) l'arrêté royal du 31 janvier 1974, par lequel Jacques Van Velthem, inspecteur principal du rôle français au ministère des Classes moyennes, a été promu au grade de conseiller-chef de service à partir du 10 octobre 1973,
- b) l'arrêté royal du 14 octobre 1974, par lequel Jacques Van Velthem est nommé à partir du 1er octobre 1974, par voie de changement de grade, au grade de conseiller dans le cadre français.»

La jurisprudence confirmera-t-elle cette nouvelle tendance? Il est trop tôt pour le dire. Cet arrêt audacieux s'explique sans doute par le lien évident entre l'illégalité du premier acte et celle du deuxième acte.

Le fonctionnaire avait bénéficié d'une promotion dans le cadre linguistique français alors que la promotion eût dû être effectuée dans le cadre linguistique néerlandais. Dans d'autres cas de nominations successives, le lien serait moins évident et sans doute le Conseil d'Etat se refuserait-il à annuler lui-même une nomination postérieure.

L'arrêt Colpaert a fait l'objet de vives critiques. Le Professeur Falys conclut sa note d'observations par un jugement très sévère.

«Mais quelle que soit la compréhension à donner du principe, il ne souffre point d'exceptions: le juge de l'excès de pouvoir ne censure point d'autre activité juridique que celle qui lui est, par-delà l'imprécision éventuelle des mots, soumise. Le souci «d'aboutir à des rapports juridiques clairs dans l'administration» ne le dispense pas de cette réserve inhérente à sa fonction: il n'est point investi de la puissance jupitérienne de faire naître le jour. C'est à l'administration qu'il revient de déduire de la mesure juridictionnelle, prise dans les limites de la

¹⁾ V. la critique de cet arrêt par le professeur Falys J.T. 1977, 389 ets. La Revue Administration Publique publiera sous peu une note d'observations du professeur Levalle.

saisine, les conséquences qui en découlent juridiquement; de constater, ainsi que de l'annulation d'un acte qui constitue le fondement nécessaire d'un autre, résulte la nécessité du retrait de cet autre. Ne le fait-elle point qu'elle expose, à l'occasion de décisions subséquentes, à de nouvelles querelles.»

L'arrêt n'a donc pas recueilli une adhésion unanime. On relève aussi que la motivation de l'arrêt repoussant les exceptions d'irrecevabilité suffisait à indiquer à l'administration ses devoirs.

Annulations partielles

Le Conseil d'Etat peut annuler les actes administratifs mais il ne peut les réformer.

Le principe est certain. Dans la pratique, il présente quelques difficultés d'application.

- a) Les requérants ne demandent pas toujours l'annulation totale d'un acte; ils limitent parfois leur demande à l'annulation de telle ou telle disposition. Annuler une disposition déterminée n'aboutit-il pas parfois à réformer l'acte?
- b) Saisi d'une demande d'annulation totale d'un acte, le juge de l'excès de pouvoir constate qu'une partie seulement de l'acte est viciée. Cela se présente souvent lorsque l'annulation d'un règlement est demandée.

Le problème de l'annulation partielle est donc lié à celui de la réformation des actes. Les cas dans lesquels le Conseil d'Etat a prononcé une annulation partielle sont fréquents. Il s'en abstient lorsque la disposition illégale forme un tout indivisible avec l'ensemble de l'acte mais quand une disposition forme-t-elle un tout?

Voici un exemple :

La législation soumet à autorisation le prélèvement d'eau dans les nappes aquifères. En accordant l'autorisation, la décision administrative peut imposer des limites au prélèvement. Dans le cas d'espèce, l'administration avait ajouté une condition étrangère aux limitations qu'elle pouvait imposer. Quelques habitants utilisaient encore des puits et ne s'étaient pas raccordés au réseau de distribution d'eau. L'acte d'autorisation imposait à la société autorisée de verser aux intéressés une somme destinée à payer les frais de raccordement et de consommation. L'illégalité était nettement circonscrite et ne frappait qu'une clause déterminée. Le Conseil d'Etat a cependant annulé l'acte tout entier. Sans doute a-t-il estimé que, sans cette clause de dédommagement, l'administration aurait peut-être pris un acte d'un contenu différent. Elle eût peut-être limité les prélèvements de manière à éviter l'assèchement de certains puits ou à limiter la baisse du niveau de la nappe aquifère (arrêt Union Margarinière).

Quand la disposition illégale est séparable, le Conseil d'Etat n'annule qu'elle. Le Conseil d'Etat ne peut d'ailleurs annuler que ce qui est illégal.

Il arrive que la nullité puisse être circonscrite, qu'elle n'affecte pas l'ensemble d'un acte mais que la rédaction de l'acte ne permette pas d'isoler l'élément illégal. Pour que l'annulation ne frappe que ce qui est illégal, le Conseil d'Etat annule alors la décision «en tant que».

Le Conseil d'Etat annule donc tantôt plus, tantôt moins que ce le demande le requérant. Il prononce parfois une annulation complète alors que seule une annulation partielle était demandée.

Caractéristique à cet égard est l'arrêt Léman, du 18 avril 1969 no 13508. Le requérant, dont l'ancienneté avait été mal calculée, attaquait la nomination d'un seul des quatre fonctionnaires nommés. Le Conseil d'Etat annule les quatre nominations. L'illégalité avait consisté à nommer le quatrième fonctionnaire. La nomination des premier, deuxième et troisième était illégale dans la mesure où ils précéderaient le requérant. Je reviendrai sur ce cas, à propos de la réfection des actes.

Injonctions

Le Conseil d'Etat ne peut pas faire d'injonction à l'administration. Il ne peut donc dans le dispositif de l'arrêt lui ordonner d'exécuter celui-ci de telle ou telle manière.

Il ne peut, dans le dispositif «dire pour droit» que telle est la situation du requérant après l'annulation.

Sollicité par une requête en annulation d'un licenciement de «dire pour droit que le professeur Ponsar est maintenu dans les mêmes fonctions que celles qu'il exerçait effectivement avant le 14 juin 1969, soit la fonction de professeur à titre permanent chargé des cours pratiques d'agriculture à l'Athénée Royal

à Philipeville, et que le statut juridique du requérant sera prorogé à partir du 13 juin 1969.»

Le Conseil d'Etat répond, dans son arrêt Ponsar, «que le dire pour droit que le requérant est maintenu dans les mêmes fonctions ainsi que les condamnations postuléées dans la requête le sont en conséquence de cette demande d'annulation qui doit être considérée comme principale; que le Conseil d'Etat est compétent, quant à la matière, pour annuler cette décision de licenciement; que les conséquences à tirer de pareille annulation, si elle était prononcée, seraient du ressort de la partie adverse et éventuellement des tribunaux».

La révocation ou la mise en disponibilité d'un fonctionnaire, il ne peut ordonner la réintégration du fonctionnaire.

Mais si le Conseil d'Etat ne peut prescrire à l'Administration de prendre telle ou telle mesure à la suite de l'annulation (ex.: la réintégration après l'annulation d'une révocation), il peut la guider dans une certaine mesure à la motivation.

Pour l'exécution d'un arrêt, la motivation est indissociable du dispositif. L'annulation est la conséquence de l'illégalité; l'illégalité est précisée dans la motivation. Donc l'annulation est la conséquence de ce qu'exposé la motivation.

Les motifs inséparables du dispositif participent avec le dispositif à l'autorité de la chose jugée¹⁾.

Il est de l'intérêt de tous que l'administration exécute convenablement l'arrêt. Aussi les arrêts s'attachent-ils par une motivation détaillée à décrire l'illégalité.

On peut observer une évolution constante dans cette direction.

Au début de son existence, le Conseil d'Etat se bornait souvent à annuler un acte administratif en examinant seulement un moyen. Y avait-il un vice de forme? Cela suffisait à provoquer l'annulation. Si l'administration reprenait le même acte, la controverse renaissait. Actuellement le Conseil d'Etat examine de plus en plus tous les moyens. Il n'hésite pas, dans certains cas, à donner par une motivation détaillée des indications sur la ligne de conduite à suivre.

L'exécution de l'arrêt incombe à l'administration. Il est difficile de formuler autre chose que des règles générales. Elle ne peut méconnaître l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut donc commettre à nouveau la même illégalité.

Certains arrêts annulent la nouvelle décision de l'administration au seul moyen de la violation de la chose jugée, sans nouvel examen des moyens.

Elle a le devoir de prendre les mesures d'exécution qu'implique l'arrêt. Les mesures peuvent s'étendre aux actes connexes ou dérivés dont l'annulation n'a pas été prononcée par le juge qui n'en était pas saisi.

Il est aisé de formuler le principe. Il est malaisé d'en tracer les contours. Il faut en effet dans chaque cas d'espèce rechercher ce qu'implique l'annulation. Y a-t-il des conséquences à effacer, y a-t-il des actes à refaire? Cela dépend à la fois de la nature de l'acte annulé et de la motivation de l'arrêt.

Il y a certainement des cas où l'administration n'a plus à intervenir.

J'ai procédé à un examen des annulations intervenues en matière de tutelle administrative. Dans cette matière relativement simple, on aboutit déjà à une grande diversité de situations. On trouvera cet examen en annexe.

Les actes réglementaires

L'annulation d'un règlement met fin à l'existence des dispositions générales et impersonnelles réglant une matière.

L'administration peut donc prendre de nouveaux actes individuels d'exécution du règlement, même si elle a été saisie d'une demande d'application du règlement avant son annulation. Le règlement est censé en effet n'avoir jamais eu d'effet.

Quid des actes individuels pris en application de la loi avant l'annulation.

Il n'y a guère de problème lorsque l'acte individuel est attaqué.

Ainsi dans son arrêt du 15 janvier 1961, no 13.326 (Ganda-Molens) le Conseil d'Etat qui avait annulé antérieurement un arrêté ministériel relatif à la réglementation de l'industrie meunière annule le refus d'autorisation d'installer un nouveau matériel.

La situation ne diffère pas tellement du cas où un arrêté réglementaire est jugé illégal sans avoir fait l'objet d'une demande d'annulation. Ainsi dans l'arrêt Janda, no 771 du 5 mars 1951 le Conseil d'Etat annule le refus de délivrer une carte de commerçant ambulant parce que l'arrêté réglementaire

¹⁾ Tout au moins dans un arrêt d'annulation.

prévoyait illégalement que la délivrance d'une carte n'était pas possible pour la vente du produit en cause.

Dans notre droit, il est interdit au juge d'appliquer un règlement illégal. En cas d'annulation, l'illégalité est déjà constatée. Dans le cas contraire, le juge doit vérifier la légalité du règlement.

De même le Conseil d'Etat a annulé à plusieurs reprises des arrêtés de nomination dont un arrêté réglementaire constituait la seule base juridique. Il a, dans plusieurs cas, soulevé le moyen d'office¹).

On remarquera que les actes individuels pris en application d'un règlement ne trouvent pas nécessairement leur fondement dans le règlement. Le règlement est souvent lui-même l'exécution de la loi. Ne doivent être annulés que les actes dont le fondement est une disposition illégale d'un règlement.

L'annulation d'un règlement n'aboutit donc pas nécessairement à l'annulation de tous les actes d'application. Il faut qu'ils ne trouvent leur fondement que dans le règlement. Ainsi, ne seraient pas nuls les actes pour lesquels l'administration a fait application des principes généraux de droit statutaire.

Le devoir du juge de l'excès de pouvoir est bien tracé. Mais quid du devoir de l'administration? Doit-elle retirer les actes individuels d'application d'un acte illégal?

Pour des motifs de sécurité juridique, on donnera en général la priorité à la règle de l'intangibilité des actes administratifs. L'avantage qu'un citoyen tire d'un acte lui est maintenu si l'acte n'a pas été attaqué dans le délai. L'administration devra au contraire retirer ou revoir, selon le cas, les actes qui font grief.

En règle générale, l'administration n'est pas tenue de reprendre un règlement. Il y a cependant des cas dans lesquels la loi fait obligation de prendre un règlement d'exécution. Dans ce cas l'administration devra prendre un nouveau règlement. Ce règlement pourra-t-il réagir?

La rétroactivité est intimement liée au devoir d'intervenir. Si l'administration a le pouvoir mais non le devoir de réglementer la rétroactivité ne se justifie pas.

Voici un cas dans lequel l'attitude du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation ont été divergentes. La cour de Cassation lie la rétroactivité à la continuité du service public.

Le Conseil d'Etat dans un arrêt no 10.118 du 20 juin 1963, Société coopérative Le Logis avait annulé l'article 4 de l'arrêté royal du 14 décembre 1960 qui prévoyait un système de réadaptation des loyers de certains locataires qui se trouvaient dans une situation particulière à savoir de locataires qui en raison de l'accroissement de leurs revenus en cours de bail, ne répondaient plus à la notion de personnes de condition modeste. En effet, les coefficients de réadaptation pouvaient entraîner, dans certains cas, un relèvement du loyer au dessus de la valeur locative normale des lieux loués.

Le texte de loi prévoit que le Roi peut «déterminer le taux des loyers applicables aux locataires des sociétés agréées».

Le Roi prit le 1er octobre 1963 un nouvel arrêté reprenant les dispositions anciennes qu'il corrigeait, pour ne pas retomber dans la même illégalité, en instituant un plafond. L'augmentation du loyer ne pouvait «avoir pour effet de faire payer par les locataires un loyer supérieur à la valeur locative normale des immeubles ou appartements de même importance. La nouvelle disposition était rendue applicable à partir du 1er janvier 1962.

Dans une autre affaire le Conseil d'Etat (arrêt no 11133, du 24 mars 1965, Société coopérative «De Gelukkige haard») le Conseil d'Etat ne met pas en doute la validité de la disposition nouvelle. L'économie de la loi sur les habitations sociales est d'aider les personnes n'ayant que des revenus modestes. L'arrêté tendait à écarter l'octroi des avantages aux personnes qui étaient désormais dans l'aisance. Ce qui était illégal, ce n'était pas les principes de l'arrêté mais le montant du loyer imposé dans certains cas aux locataires. On conçoit donc que le Conseil d'Etat n'ait pas censuré la rétroactivité donnée aux nouvelles dispositions²).

Il se fait qu'un locataire d'une société agréée réclama restitution des suppléments de loyer qu'il avait payés du 1er janvier 1962 au 1er octobre 1963. Le tribunal fit droit à sa demande.

¹) V. les Nouvelles, le Conseil d'Etat, p. 628.

²) «qu'il peut appartenir au Roi de faire rétroagir une réglementation remplaçant les dispositions annulées dès lors que cette réglementation est nécessaire pour que la loi puisse recevoir l'application voulue par le législateur.»

La cour de Cassation en son arrêt du 22 octobre 1970, sur les conclusions du Procureur général Ganshof van der Meersen rejeta le pourvoi¹⁾). Elle érige la non-rétroactivité des lois en principe général de droit.

La loi a pu, nonobstant l'annulation des dispositions de l'arrêté royal du 14 décembre 1960, «recevoir une exécution ininterrompue de nature à assurer la continuité du service public».

Dès lors à défaut de volonté certaine du législateur d'autoriser une application rétroactive, le pouvoir exécutif n'a pu faire rétroagir les nouvelles dispositions à la date du 1er janvier 1962.

On ne pourrait donc donner force rétroactive au règlement qui remplace le règlement annulé que s'il y a eu un vide juridique.

DEUXIEME PARTIE

Conséquences de l'annulation d'un acte administratif par le juge

«1) L'administration doit-elle toujours se conformer à la décision d'annulation et tenir compte des motifs qui en constituent le soutien nécessaire?

En particulier, doit-elle dès lors s'abstenir de poursuivre l'exécution de l'acte annulé et veiller à ce que le tiers bénéficiaire de l'acte annulé s'en abstienne également?»

L'administration doit se conformer à la décision d'annulation. Les devoirs et interdictions qui découlent de celle-ci sont liés aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire. Elle doit s'abstenir de poursuivre l'exécution de l'acte annulé.

Il est difficile d'aller au-delà de l'affirmation du principe. La situation variera de cas d'espèce en cas d'espèce.

Par l'annulation d'une décision, celle-ci cesse de produire des effets juridiques. Par exemple, un fonctionnaire dont la rétrogradation a été annulée retrouve son grade. Le montant du traitement, l'affectation à un emploi sont liés au grade du fonctionnaire. Aussi l'administration doit-elle remplacer l'affectation à un grade inférieur par une nouvelle affectation à un emploi du grade que le fonctionnaire retrouve.

Mais encore faut-il qu'aucune circonstance ne vienne compliquer la tâche de l'administration. Un ou plusieurs nouveaux agents ont été nommés dans l'intervalle et occupent les emplois. On voit tout de suite les contraintes qui retarderont l'administration et la pluralité possible de solutions qui forcera l'administration à opérer un choix. Par exemple, faut-il mettre fin aux fonctions d'un autre agent pour réintégrer notre fonctionnaire dans son emploi. Dans la perspective d'une vacance d'emploi à très brève échéance, l'intérêt du service et des autres agents ne peut-il conduire l'administration, à maintenir en fonction l'agent nommé en remplacement de notre fonctionnaire²⁾ et à attendre la vacance imminente pour réaffecter notre fonctionnaire dans l'emploi de son grade.

Mais encore faut-il aussi que l'administration ne puisse reprendre le même acte. Elle pourra le faire si la rétrogradation a été annulée pour vice de forme. La jurisprudence admet même que la nouvelle sanction peut être infligée rétroactivement.

Si, en principe, l'administration doit «s'abstenir de poursuivre l'annulation de l'acte annulé», dans la pratique, elle ne sera pas toujours forcée de rétablir la situation intégralement dès le jour du prononcé de l'annulation.

Dans quelle mesure l'administration doit-elle veiller à ce que le tiers bénéficiaire de l'acte annulé s'en abstienne également?

Ici encore, l'attitude de l'administration dépendra de la motivation de l'arrêt. Si, par exemple, il résulte d'un arrêt que la personne autorisée ne se trouvait pas dans les conditions légales pour obtenir l'autorisation, le devoir de l'administration est clair. Elle ne peut refaire l'acte. L'administration ne pouvait procéder à un nouvel examen de l'affaire, elle doit utiliser les moyens de coercition dont elle dispose pour mettre fin à l'activité poursuivie illégalement.

Si au contraire le moyen d'annulation permet à l'administration de reprendre une décision (ex. annulation pour vice de forme), l'administration disposera d'une plus grande liberté d'action. Elle ne peut prendre aucune mesure positive

¹⁾ Pas. 1971, I, 144.

²⁾ Voir la motivation de l'arrêt Mombach, 4163, du 18 mars 1955.

d'exécution de la décision annulée mais elle n'est pas tenue d'utiliser tous les moyens de coercition dont elle dispose.

2. «Dans quels cas le devoir de se conformer à la décision d'annulation n'implique-t-il pour l'administration aucun devoir de reprendre l'acte annulé?»

Observons d'abord que dans certains cas l'annulation entraîne l'obligation de ne pas reprendre l'acte annulé. Ce sera le cas chaque fois que l'arrêt constate que la mesure ne pouvait être prise. Dans ce cas il est évident que l'administration n'a aucun devoir de reprendre l'acte annulé. La réfection est impossible.

Suffit-il pour que l'administration n'ait aucun devoir de prendre un acte en remplacement de l'acte annulé qu'elle disposait à l'origine d'un pouvoir d'appréciation. La réponse est négative.

En règle générale (hormis certaines exceptions notamment celles qui découlent de l'application de la règle de la parité linguistique ou de la répartition des emplois entre les cadres français et néerlandais), l'administration n'a pas l'obligation de procéder à des recrutements ou à des nominations.

Elle procède à une ou plusieurs nominations sans observer les règles de classement ou les résultats d'un concours. L'administration ayant déjà exercé son pouvoir d'appréciation quant au nombre d'emplois à pourvoir elle sera tenue de procéder au recrutement en remplacement des nominations annulées.

Mais en règle générale, l'administration conserve le pouvoir d'appréciation dont elle disposait avant d'avoir pris l'acte annulé. Ainsi, l'administration n'a pas l'obligation de prendre des sanctions disciplinaires (en règle générale du moins, il peut y avoir des exceptions). Après l'annulation d'une sanction disciplinaire, l'administration peut prendre une nouvelle décision mais elle n'est pas tenue de le faire.

L'autorité appelée à statuer sur recours doit prendre une nouvelle décision.

2) a. «L'annulation d'un acte portant retrait ou modification d'un acte antérieur (p. ex. une autorisation) fait-elle revivre de plein droit ce dernier acte?»

Réponse: En principe, oui. Il y a cependant quelques exceptions résultant soit de la durée temporaire de la mesure primitive soit de la modification de la législation. Il arrive que la décision administrative annulée ait modifié la décision antérieure à la suite d'une modification de la législation.

2) b. «Dans l'hypothèse de l'annulation d'un acte réglementaire ou individuel que l'administration n'était pas tenue d'accomplir (absence de compétence liée) peut-elle se contenter d'arrêter l'exécution de cet acte?»

En principe: oui. Il peut y avoir certaines exceptions.

Rappelons l'exemple donné ci-dessus. L'administration, après concours, nomme x candidats sans respecter l'ordre du concours. Par les premières nominations elle a exercé son pouvoir d'appréciation quant au nombre de candidats à nommer. L'annulation n'a pas eu lieu en tant qu'elle avait nommé x candidats mais en tant qu'elle avait nommé Primus ou Secundus.

3) «L'administration a-t-elle néanmoins la faculté de reprendre l'acte dans l'hypothèse visée sub 2) b. qui précède?»

Réponse: oui. V. par exemple en matière disciplinaire les arrêts du 18 avril 1969, no 13.507 Godbille, et du 10 avril 1962, no 9298, De Bergh.

4) L'administration doit-elle procéder à la reprise de l'acte annulé, alors qu'elle avait compétence liée, c'est-à-dire qu'elle devait prendre une décision et que la reprise est nécessaire pour se conformer à la décision d'annulation?»

Réponse: oui.

5) «Lorsque la décision d'annulation est fondée sur une incompétence, sur un vice de forme ou sur une absence ou une illégalité de motifs suffit-il de faire intervenir l'organe compétent, de réparer le vice de forme ou de rectifier la motivation?»

Compétence

En principe, l'organe compétent peut prendre la décision à la place de l'organe incompétent sans reprendre toute la procédure. L'annulation d'une décision pour incompétence laisse subsister, en matière disciplinaire, les formalités accomplies antérieurement (C.E. 2 décembre 1955, no 4712 Salpeteur).

Il en sera différemment lorsque l'autorité compétente devait intervenir également dans la phase préparatoire.

Vices de forme

La procédure précédant une promotion ne doit être recommencée que dans la mesure où elle a été viciée (C. E. 15 juin 1951, no 937, Watson).

L'absence de motivation Le vice de motivation.

L'absence de motivation et le vice de motivation sont deux causes d'ouverture distinctes du recours en annulation. L'absence de motivation est un vice externe et par conséquent la solution est la même que celle indiquée ci-dessus pour les vices de forme. L'administration peut refaire l'acte en observant les obligations de forme prescrites par la loi.

Le vice de motivation est une cause interne. La raison avancée par l'administration, soit dans l'acte lui-même soit même dans les pièces du dossier antérieures à l'acte, n'est pas de nature à justifier légalement l'acte. Ce peut être parce que le fait allégué par l'administration est erroné; ce peut être parce que ce fait n'est pas de ceux qui permettent l'application de la loi.

Après l'annulation, l'administration ne dispose pas d'une entière liberté d'appréciation. Ayant fondé une sanction disciplinaire sur tel fait, qui s'est avéré inexact, elle ne peut se rattraper en invoquant un autre fait qu'elle a couvert.

Telle décision (autorisation ou refus d'autorisation de bâtir, autorisation ou refus d'autorisation de lotir, autorisation ou refus d'autorisation d'installation d'établissement dangereux, incommode ou insalubre) a été précédée d'un avis ou d'un rapport par un fonctionnaire, cette formalité étant prévue par la loi ou les règlements, A moins que le rapport précédent n'ait contenu une erreur de fait, l'administration ne peut établir un nouveau rapport donnant une nouvelle justification à une décision ayant la même portée que l'ancienne.

A l'inverse l'administration peut reprendre la même décision, par d'autres motifs, si les faits sur lesquels elle se fonde ont déjà été constatés et même si, ayant invoqué un motif illégal, elle a négligé de tirer les conséquences des faits qu'elle n'avait pas invoqués.

En résumé, l'administration peut rectifier la motivation mais, en règle générale, elle ne peut, lorsqu'une procédure préalable a été accomplie, se fonder sur des faits qui n'avaient pas été constatés ou modifier les appréciations auxquelles elle a procédé pour trouver une nouvelle justification à la décision.

«6) a) «L'acte administratif repris rétroagit-il au jour de l'acte attaqué?»

b) «Dans l'affirmative, l'acte repris doit-il être refait selon l'état de droit et de fait à la date de l'acte annulé ou selon l'état de droit et de fait à la date de la réfection?»

7) Les solutions des problèmes ci-dessus sub 6) a) et b), sont-elles différentes selon que :

a) la reprise de l'acte était facultative ou obligatoire?

b) qu'il y a eu, de l'acte annulé à l'acte repris, un changement de l'état de droit (p. ex. les conditions légales pour l'obtention d'un permis de construire ont entre-temps été modifiées) ou un changement de l'état de fait (p. ex. l'octroi d'une subvention unique dépend du statut familial du requérant, qui a entre-temps changé)?

c) l'acte devait intervenir à un moment précis du passé (p. ex. une promotion de fonctionnaires) ou non?

d) l'application du droit en vigueur à l'époque de l'acte repris léserait un droit acquis du requérant?» »

Il sera répondu aux questions sub 7 dans la réponse aux questions sub 6 a et b.

6) a) «L'acte administratif repris rétroagit-il au jour de l'acte attaqué?»

L'acte administratif annulé disparaît dès le jour où il a été pris. Il ne s'ensuit pas que l'acte repris prenne cours au même moment que l'acte annulé.

Il faut distinguer entre la réfection facultative et la réfection obligatoire.

En principe, la réfection facultative ne doit pas être rétroactive. Le Conseil d'Etat a souvent refusé de censurer une réfection rétroactive mais aucun arrêt, à ma connaissance, n'impose l'obligation de donner un effet rétroactif à l'acte repris.

La jurisprudence a souvent refusé de censurer la rétroactivité donnée à l'acte refait.

M. Lewalle la commente de la manière suivante ¹⁾ :

¹⁾ L'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps. Thèse d'agrégation, p. 266-267.

«Que constate-t-on en effet à la lecture des arrêts? Que la réfection rétroactive d'une révocation a été déclarée légale parce que, selon l'analyse du Conseil d'Etat, ce processus n'avait «porté atteinte à aucun droit» dont le requérant aurait pu légitimement se prévaloir; que la répétition d'une nomination, avec effet à la date d'une première décision identique précédemment annulée, a été tolérée parce que, d'après la conviction du juge, l'opération n'avait porté aucune atteinte aux droits des tiers. Or, comme nous l'expliquerons ultérieurement, le Conseil d'Etat fait preuve d'une indulgence extrême à l'endroit des actes administratifs qui, nonobstant leur rétroactivité, respectent les droits acquis; c'est, à notre avis, cette attitude qui transparaît dans la conjoncture présente.

Nous pensons, en définitive, que lorsqu'il lui faut apprécier les raisons qui ont déterminé l'administration à assortir un de ces actes d'effet rétroactif, le juge accorde moins de valeur à l'accident provoqué par une annulation antérieure qu'à l'absence de violation de l'un ou l'autre droit. Cette circonstance n'est pas, au demeurant, la seule qui soit considérée comme absolutoire; des motifs tirés de l'équité ou de la continuité dans l'application de la loi ont été jugés aussi pertinents».

L'arrêt du 20 mai 1954, no 3402, Dabompré, admet la rétroactivité donnée à la deuxième révocation dans un cas où l'annulation avait été prononcée pour vice de forme. L'agent avait, il est vrai, été suspendu par mesure d'ordre et cette mesure n'avait pas été annulée. L'arrêt du 30 novembre 1951, Monteyne, admet la rétroactivité donnée à la deuxième révocation dans un cas où la révocation avait été annulée pour absence de motivation.

«Considérant que l'annulation par le Conseil d'Etat de l'arrêté ministériel du 18 juillet 1949 a eu pour résultat de remettre les parties dans la situation de droit où elles se trouvaient avant cet arrêté, mais qu'elle n'a pas entraîné en conséquence nécessaire la prorogation de cette situation jusqu'à la date où interviendrait une nouvelle décision pour statuer sur l'action disciplinaire; que le seul droit de l'intéressé est qu'il soit légalement statué sur l'action disciplinaire en exécution de l'arrêt du Conseil d'Etat;

Considérant que le premier arrêté de révocation a été annulé parce qu'il n'indiquait pas dans sa motivation la faute passible de la révocation; que pour exécuter l'arrêt du Conseil d'Etat et pour rectifier l'acte annulé, l'administration ne devait ni réexaminer le fond, ni procéder à aucune nouvelle instruction, ni recourir à aucune formalité préalable; qu'en rectifiant le préambule de l'arrêté et en faisant sortir les effets de la révocation à la date où l'acte annulé avait été notifié, l'autorité administrative n'a porté atteinte à aucun droit dont le requérant puisse légitimement se prévaloir».

Les arrêts Cavens, no 2596 du 24 juin 1953, Lenaerts, no 13.122 du 25 juillet 1963; Lallémand du 25 avril 1969, no 13.518, admettent la rétroactivité à de nouvelles nominations ou promotions.

Le Conseil d'Etat a même admis la rétroactivité d'un article d'un arrêté réglementaire remplaçant l'article annulé de ce règlement. On a déjà évoqué supra le cas du règlement fixant le loyer des habitations sociales.

Comme on l'a vu, la Cour de Cassation l'admet moins aisément. La rétroactivité ne pourrait être admise que pour assurer la continuité du service public.

Si tolérant soit-il à la rétroactivité des actes refaits qui n'ont pas lésé de droits, le Conseil d'Etat ne l'admet cependant pas sans réserve.

Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 6 janvier 1954, no 3043, Brouwers, le Conseil d'Etat admet que l'annulation d'une promotion peut être suivie d'une nomination avec effet rétroactif.

L'annulation ayant été prononcée du fait que les bulletins de signalement de l'agent promu et des autres candidats n'avaient pas été établis, la rétroactivité doit «toutefois se limiter à la date où les bulletins de signalement du requérant et de D. pouvaient être comparés; qu'en faisant rétroagir l'arrêté attaqué au 1er octobre 1951, la partie adverse a violé les droits du requérant et excède ses pouvoirs». L'arrêté fut donc annulé «en tant qu'il rétroagit au 1er octobre 1951».

La réfection obligatoire.

Dans certains cas, l'administration a l'obligation de prendre certaines décisions. Dans certains cas, la compétence liée imposait à l'administration le devoir de prendre une décision autre que celle qui a été annulée¹).

¹) (Notons que l'annulation d'une décision de l'administration à compétence liée est rare. Le Conseil d'Etat peut constater que la loi commandait à l'administration de prendre la décision et substituer aux motifs de l'acte administratif l'obligation légale de prendre la même décision).

Dans d'autres cas, la loi fait une obligation à l'administration de prendre une décision, sans en dicter le contenu. Cela se produit même en matière réglementaire. Il ne suffit pas que la réfection soit obligatoire pour que l'acte refait doive être rétroactif.

«La réfection ne peut être tenue pour obligatoirement rétroactive que dans le cas où elle procède d'une compétence dont l'exercice s'imposait à un moment précis d'une compétence liée quant à l'instant» écrit Lewalle, dans sa thèse d'agrégation.

Voici deux exemples de réfection obligatoire avec effet rétroactif :

1) Reprenons le cas de l'arrêt Lemand du 18 avril 1969, no 13.508. L'administration a nommé quatre fonctionnaires au classement d'ancienneté, le requérant évincé aurait dû être nommé à la première place. L'administration doit refaire quatre nominations à l'ancienneté, en nommant dans l'ordre et rétroactivement les trois premiers O. P. et J. Le quatrième fonctionnaire ne sera pas renommé.

Il n'appartenait pas au Conseil d'Etat de n'annuler que la nomination du 4e, M., et de maintenir les nominations des 1er, 2ème et 3ème nommés en les déclassant à la 2ème et 3ème et 4ème places. Il appartient à l'administration de refaire les nominations en donnant à chacun son rang.

2) Arrêt Van Lantschoot du 1er décembre 1965, no 11.533. L'administration nomme à la recette des contributions de 2ème classe d'Eekloo, un fonctionnaire qui avait déjà le grade de receveur de 2ème classe. Le Conseil d'Etat annule cette nomination parce que dans le cas d'espèce la priorité donnée aux transferts ne pouvait pas jouer. L'intéressé avait dépassé ses collègues pour des motifs d'ordre linguistique. L'administration nomme alors Van Lantschoot mais sans rétroactivité. Nouveau recours de Van Lantschoot qui attaque la disposition qui fixe la date à laquelle la nomination prend effet. Le Conseil d'Etat annule cette disposition parce qu'elle ne donne pas une portée rétroactive à la nomination.

Arrêt de principe, l'arrêt Van Lantschoot mériterait d'être reproduit intégralement. On en trouvera le texte complet en annexe. En voici quelques extraits.

«Considérant que les effets juridiques d'un arrêt d'annulation ne sont pas seulement déterminés par le dispositif lequel, du point de vue formel, prive la décision annulée de son existence juridique, c'est-à-dire la répute inexistante ab initio en tant qu'acte juridique, de sorte que les effets juridiques que l'acte administratif devait engendrer sont censés ne s'être jamais produits; que, du point de vue matériel, l'arrêt d'annulation vise à définir, en particulier dans ses motifs, l'obligation qui incombait à l'autorité et à laquelle elle ne s'est pas conformée quand elle a pris la décision annulée qu'à cet égard, l'effet ex tunc qui s'attache à un arrêt d'annulation signifie bien que l'autorité est désormais censée avoir eu, lorsqu'elle a pris la décision annulée, l'obligation constatée dans le motif d'annulation mais n'implique pas qu'elle serait tenue, par cela seul qu'une obligation précise lui incombait dans les circonstances de la cause, de rétablir la légalité par une décision nouvelle ayant pour objet de remplacer la décision annulée; que pas davantage l'effet ex tunc d'un arrêt d'annulation n'implique l'obligation pour l'autorité, à supposer qu'elle vienne à prendre une nouvelle décision, de refaire fictivement mais alors correctement, toutes les opérations passées et de réaliser par la décision nouvelle ce qu'il lui appartient de faire déjà par la décision annulée; que l'obligation constatée dans l'arrêt ne revêt pas nécessairement le caractère d'une obligation inconditionnelle, immuable et continue à la charge de l'autorité: que, par suite la réponse à la question de savoir si la portée rétroactive d'un arrêt d'annulation postule des mesures visant au rétablissement de la légalité et, éventuellement lesquelles, est fonction de la nature et du contenu de l'obligation qui a été méconnue, eu égard à l'ensemble des droits et obligations qui sont inhérents, en vertu des règles applicables à une situation déterminée, y compris les droits et obligations tant de l'autorité que de l'administré dont le Conseil d'Etat n'a pas été amené à faire état pour justifier son arrêt d'annulation».

. . . «que le rétablissement de la légalité peut même requérir que l'autorité refasse fictivement toutes les opérations antérieures à la nouvelle décision, afin d'assurer au bénéficiaire la continuité, dans le passé, de la situation juridique qui aurait été la sienne si la décision annulée ne l'avait pas indûment tenu éloigné de sa place normale dans l'ordonnement juridique».

«Considérant qu'il est permis de conclure de ce qui précède que l'autorité ayant, après l'annulation de la première nomination résolu de reprendre la procédure d'avancement initiale, la nouvelle nomination est demeurée inscrite dans le cadre juridique primitif; que tous les éléments qui étaient dans ce cadre, déterminants en droit du contenu de la nouvelle décision, étaient acquis au moment

où la première décision annulée est intervenue et n'ont pas varié par la suite, qu'il découlait de là que l'autorité était tenue de faire rétroagir la nouvelle décision, c'est-à-dire la nomination du requérant, au moment où l'obligation de le nommer était définie dans tous ses éléments, c'est-à-dire au moment où la première décision annulée a été prise; qu'en n'attachant pas à la promotion du requérant une portée rétroactive jusqu'à ce moment et en ne lui faisant produire effet qu'à partir du 1er juillet 1962, le Ministre des Finances a failli à l'obligation décrite ci-dessus: que le moyen d'annulation du requérant est fondé dans la mesure ci-avant indiquée.»

6) b) «Dans l'affirmative, l'acte repris doit-il être refait selon l'état de droit et de fait à la date de l'acte annulé ou selon l'état de droit et de fait à la date de la réfection?»

La jurisprudence admet que les procédures doivent être reprises au moment où elles ont été visées et en se rapprochant le plus possible de la situation qui existait à ce moment.

Au besoin, il faut se replacer fictivement à cette époque (ainsi par exemple le Ministre de la Défense nationale a-t-il pu désigner pour faire partie du comité d'avancement qui a siégé en 1967 certains officiers qui avaient siégé au comité d'avancement en 1964).

Si la législation a changé on ne se placera cependant pas dans l'état de droit en vigueur à cette époque, mais on appliquera la nouvelle législation, tout au moins quand la réfection est facultative.

Les Nouvelles au V^o Conseil d'Etat indiquent trois cas.

«Fonction publique. — Règles nouvelles applicables. — Bien qu'un arrêt d'annulation ait pour effet de replacer les parties dans la situation de droit où elles se trouvaient avant que l'acte annulé intervînt, l'annulation d'une promotion n'a cependant pas pour conséquence de rendre à une autorité une compétence qu'elle avait lors de la première décision mais que la loi ou le règlement a depuis lors confiée à une autre autorité (C.E., 27 mai 1955, no 4312, Mathieu; C.E., 14 mai 1965, no 11.238, Ghyoot).

De même une nomination à intervenir après l'annulation d'une première nomination faite sur base des règles applicables avant le 1er août 1964 (date de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 16 mars 1964 relatif au statut des agents de l'Etat) doit être faite, si elle est postérieure à cette date, sur base des nouvelles règles (C. E., 10 juillet 1968, no 13.114, Callebaut).

Les prescriptions nouvelles édictées en exécution de la loi du 2 août 1963 sur l'emploi des langues en matière administrative, étant d'ordre public, doivent être respectées après un arrêt d'annulation et pour l'exécution de celui-ci (C.E., 8 juillet 1969, no 13.668 A.S.B.L. Verbond van het Vlaams Overheidspersoneel)».

Lorsque la réfection est **obligatoire** (dans l'interprétation donnée ci-dessus à vos termes), «la survie de la règle ancienne devra, par extraordinaire, être admise¹⁾).

Cette distinction entre réfection facultative et réfection obligatoire n'est pas seulement l'oeuvre de la doctrine. Elle résulte d'un arrêt du Conseil d'Etat du 29 avril 1970, no 14.112, Godart.

Un arrêté royal du 25 janvier 1968 porte promotion d'un fonctionnaire au grade de premier conseiller à partir du 1er juillet 1966. La procédure préliminaire révélait le souci de réaliser l'équilibre linguistique, comme le voulait la loi du 20 juin 1932 sur l'emploi des langues en matière administrative. Mais la législation avait changé, la loi du 2 août 1963 étant devenue applicable en vertu de l'arrêté royal du 30 novembre 1966. L'arrêt Godart précise que l'application de l'ancienne loi ne peut se faire que lorsque la nomination est faite en exécution d'un arrêt d'annulation constatant l'obligation de nommer à une date rétroactive.

«Considérant que la législation ou la réglementation à appliquer à l'occasion d'une nomination est celle qui est en vigueur au moment de cette nomination; que l'effet rétroactif attaché à une nomination ne constitue un motif suffisant pour appliquer la législation en vigueur au moment où la nomination produit ses effets que lorsque cette nomination est faite en exécution d'un arrêt annulatif constatant l'obligation, pour l'autorité, de nommer à une date déterminée, qui, par hypothèse se situe dans le passé qu'aucune obligation de cette nature n'ayant été constatée en l'espèce, la nomination aurait dû être effectuée conformément aux règles en vigueur le 25 janvier 1968».

L'arrêt Van Landschoot, du 1. 12. 65, admet qu'il faut tenir compte de la modification de l'état de **fait**.

¹⁾ Lewalle, op. cit.

Un fonctionnaire précédant Van Landschoot au classement avait renoncé dans l'intervalle à sa candidature. L'arrêt admet néanmoins que l'absence de rétroactivité de la nomination de Van Landschoot doit être annulée.

8) a) L'annulation peut-elle influencer sur la validité d'actes connexes à l'acte annulé ou dérivés de celui-ci (p. ex. annulation d'un concours ayant donné lieu à une pluralité de nominations, dont une seule a fait l'objet de l'arrêt — effet de l'annulation de la révocation d'un fonctionnaire sur la nomination de son remplaçant)?

(Cf. ci-dessus question sub II 5).

b) Dans quelle mesure des droits valablement acquis par des tiers, sont-ils protégés contre les répercussions de l'annulation d'un acte administratif sur les actes connexes ou dérivés?

c) L'annulation «par ricochet» d'actes connexes ou dérivés est-elle régulièrement ou dans certains cas, assortie d'un effet rétroactif?

L'annulation influe sur la validité des actes connexes à l'arrêté annulé ou dénué de celui-ci.

Citons quelques exemples, annulation de la décision mettant fin aux fonctions d'un fonctionnaire entraîne l'annulation de la décision qui, déclarant la place vacante, fixe les conditions de nomination à l'emploi (C. E. 2 mai 1958, no 6245) de la nomination du successeur (C. E. 30 novembre 1961, no 8997), tout au moins dans la mesure où celle-ci fait obstacle à la réintégration de celui dont la révocation est annulée. (Mombach, no 4163, du 18 mars 1955).

L'annulation de la décision organisant un concours pour la promotion à certains emplois entraîne l'annulation de l'examen qui en est la suite ainsi que l'annulation de la nomination des lauréats (C. E. 12 décembre 1963, no 10.332 Van Brusal).

L'annulation de conditions de nomination entraîne la nullité des nominations effectives sur base de ces conditions (C. E. 12 juillet 1960, no 8009).

La motivation de l'arrêt Mombach cité ci-dessus (C.E. 18. 3. 55, no 4163) enferme cependant l'annulation par voie de conséquence dans certaines limites. Le Conseil d'Etat ne prononce une annulation par voie de conséquence que dans la mesure nécessaire pour l'exécution de la première décision.

Le requérant avait été révoqué illégalement de ses fonctions de Directeur général de la Société Nationale des habitations et logements à bon marché. Il n'avait pas été mis à même d'assurer utilement sa défense. Un nouveau Directeur général avait été nommé le jour même de la révocation.

En même temps que la révocation, le Conseil d'Etat annule la nomination. La motivation est intéressante car elle marque le souci de ne pas annuler ce qui n'est pas nécessaire.

«Considérant que la fonction de directeur général de la Société ... est une fonction unique dont le titulaire a des attributions propres déterminées par les statuts de la Société; que la nomination attaquée a été conditionnée par la révocation annulée; qu'elle doit être annulée par voie de conséquence dans la mesure où elle fait obstacle à la réintégration du requérant par l'administration.

Dans le cas d'espèce, le requérant avait demandé à la fois l'annulation de sa révocation et la nomination de son successeur. Le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait que constater l'illégalité de la nomination.

L'exécution par l'administration d'une annulation d'une mesure mettant un agent hors service laisserait à celle-ci peut-être plus de latitude. Elle peut, en effet, en cas d'annulation pour vice de forme, refaire l'acte annulé. Le Conseil d'Etat a admis à plusieurs reprises la réfection rétroactive¹⁾.

Les restrictions contenues dans l'arrêt Mombach trouvent sans doute leur fondement dans le souci de sauvegarder les intérêts des tiers.

Les quelques exemples cités ci-dessus suffisent à montrer que des tiers peuvent pâtir de l'annulation de l'acte qui a rendu possible la prise d'un autre acte à leur bénéfice.

En principe la suppression de l'illégalité a le pas sur la protection des droits acquis par les tiers. Ceux-ci ne sont pas «valablement» acquis.

Le tiers n'est cependant pas entièrement sans défense. Il peut, en cas de recours en annulation devant le Conseil d'Etat, intervenir à la cause et défendre la léga-

¹⁾ C.E. 30 novembre 1951, Monteyne, 1187.
C. E. 24 juin 1953, Cavens.
C. E. 20 mai 1954, Dabompré, no 3402.
C. E. 28 juillet 1968, Lenaerts, no 13.122.
C. E. 25 avril 1969, Lallemand.

lité de l'acte attaqué. L'annulation est théoriquement rétroactive, en ce sens que l'acte est déclaré nul dès l'origine. Mais, en fait, le tiers gardera certains avantages (traitement, admissibilité des services pour la pension).

Dans l'exécution de l'arrêt de l'annulation, l'administration peut s'efforcer de léser le moins possible les intérêts des tiers.

Les intérêts des fonctionnaires peuvent même «être considérés comme faisant à cette autorité une sorte d'obligation naturelle justifiée par un intérêt de service; que l'exécution de cette obligation naturelle est toutefois arrêtée lorsque l'autorité se voit placée devant une véritable obligation juridique et lorsque les deux obligations se révèlent incompatibles . . . » Ainsi s'exprime un arrêt du 25 juillet 1968, no 13.222.

Le requérant demandait l'annulation de la décision nommant à nouveau le sieur C. à la date de la première nomination que le Conseil d'Etat avait annulée pour erreur dans la comparaison de l'ancienneté des candidats. Le requérant soutenait que la nomination méconnaissait l'autorité matérielle qui s'attachait à l'arrêt. Il ne s'agissait donc pas d'une annulation pour violation des formes.

«Considérant qu'aucun élément de la motivation de l'arrêt du 28 avril 1964 ne tend à constater qu'au moment de la nomination annulée par cet arrêt, M. Coole n'était pas susceptible d'être nommé ni que cette nomination était inconvenable pour quelque autre motif; que le motif d'annulation retenu par le susdit arrêt était tiré de ce que le conseil d'administration pouvait avoir été induit en erreur, lors de la comparaison des mérites respectifs de M. Coole et de X. Lenaerts, par une note de service attribuait à ce dernier neuf années d'ancienneté trop peu dans une fonction administrative; qu'il ressort du dossier administratif que le conseil d'administration a pris connaissance de l'arrêt d'annulation le 19 mai 1964 et qu'il n'est pas allégué, en l'espèce, que lors de la nomination attaquée, le conseil d'administration ait, à nouveau, commis la même erreur dans la détermination de l'ancienneté de service du requérant; qu'il en découle que la rétroactivité attachée à la nomination de M. Coole présentement attaquée, encore qu'elle s'étende jusqu'à la date à laquelle la nomination annulée avait jadis produit ses effets, ne saurait violer l'autorité matérielle de l'arrêt annulatif du 28 avril 1964; qu'il appert, en outre, des éléments de la cause que la nomination présentement attaquée a été assortie d'effet rétroactif, non pas dans le but d'effacer tout effet de l'arrêt du 28 avril 1964, mais bien pour des motifs d'équité qui peuvent se résumer comme suit: 1° à la suite de l'arrêt d'annulation du 28 avril 1964, l'emploi litigieux était vacant, en droit, depuis le 1er mai 1961; 2° M. Coole avait, en fait, été investi de cet emploi en vertu d'une décision qui fut annulée par la suite mais qui, jusque là, paraissait régulière; 3° l'annulation n'était aucunement imputable à M. Coole lui-même; 4° les conséquences préjudiciables que l'annulation a entraînées pour M. Coole devaient, si possible, être réduites au minimum; 5° nommer à nouveau M. Coole permettait d'écartier ce préjudice par la voie la plus facile, notamment en faisant rétroagir la nomination; que les motifs d'équité invoqués en justification de l'effet rétroactif de la nomination attaquée sont admissibles en soi, aucune obligation de droit dont le respect s'imposait au conseil d'administration — pas même l'autorité matérielle de l'arrêt annulatif du 28 avril 1964 — ne s'opposant d'autre part, à ce qu'il fût satisfait aux exigences de l'équité».

9) Dans l'hypothèse où l'Administration a tiré correctement, sur le plan administratif, les conséquences résultant d'une annulation d'un acte pour cause d'excès ou de détournement de pouvoir, peut-elle être condamnée à des dommages-intérêts envers la partie ayant obtenu la décision d'annulation?

Les tribunaux peuvent condamner l'autorité à réparer le dommage qu'elle a causé dans les conditions prévues par les articles 1382 et suivants du Code Civil. Depuis 1920, la jurisprudence a abandonné en 1920 la distinction entre les «actes de gestion» et les «actes d'autorité». L'article 1382 requiert une faute, un dommage et un lien entre la faute et le dommage, celui-ci supposant, dans la théorie classique, la lésion d'un droit.

Je n'examinerai pas ici si la prise d'un acte illégal est nécessairement constitutive de faute et dans quelle mesure elle donne un droit à réparation¹⁾.

La réparation ultérieure de l'illégalité ne supprime pas rétroactivement le droit à la réparation. Il va de soi qu'elle peut avoir une influence sur le montant du dommage. Il se peut que celui-ci soit entièrement réparé. Tel pourrait être le cas notamment d'une reconstitution de carrière. Il appartiendra aux tribunaux d'apprécier si la reconstitution de carrière a réparé le dommage.

¹⁾ V. le rapport de A. Vander Stichele au Colloque des juridictions suprêmes administrations des Etats membres des Communautés européennes, tenu à Berlin les 17 et 18 octobre 1974.