

COLLOQUE DE L'ASSOCIATION DES CONSEILS D'ETAT ET DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES SUPRÊMES DE L'UNION EUROPEENNE: CONSEQUENCES DE L'INCOMPATIBILITE DE DECISIONS ADMINISTRATIVES DEFINITIVES ET DE JUGEMENTS DEFINITIFS DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES DES ETATS MEMBRES AVEC LA LEGISLATION EUROPEENNE

D) L'ETAT DU DROIT COMMUNAUTAIRE

1. L'obligation de retirer leurs décisions administratives, peut être imposée aux Etats membres par un acte des institutions communautaires adopté en vertu du traité instituant la Communauté européenne (CE) ou de la législation prise pour son application. Il peut en être ainsi dans le domaine des aides d'Etat.

En l'absence de droit dérivé fixant les modalités d'exécution des obligations de retrait des aides étatiques, celles-ci sont régies par les règles nationales conformément au principe de droit communautaire de l'autonomie procédurale. La Cour de justice des Communautés européennes a précisé la mesure dans laquelle les normes communautaires et nationales applicables au retrait des aides illicites peuvent y faire échec en leur conférant un caractère définitif¹.

2. Lorsque l'obligation de retirer une décision administrative nationale n'est pas imposée directement par un acte de droit communautaire, un tel retrait peut néanmoins être requis, pour effacer les conséquences illicites des méconnaissances du droit de la Communauté, en vertu des principes d'effectivité, de primauté et d'applicabilité directe du droit communautaire ainsi que du principe d'équivalence et de l'article 10 du traité CE².

Dans plusieurs arrêts, la Cour de justice a précisé, dans quelle mesure, des normes nationales qui offrent aux décisions administratives un caractère définitif pour des raisons de sécurité juridique, peuvent faire échec à l'obligation qu'ont les Etats membres d'effacer les violations du droit communautaire.

La Cour a également indiqué quand, au contraire, les Etats membres sont contraints de retirer leurs décisions administratives nonobstant leur caractère définitif ou sont obligés à tout le

¹ CJCE, 20 septembre 1990, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-5/89, *Rec.* I- 03437, CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI*, aff. C- 39/94, *Rec.*, I- 03547, CJCE, 14 janvier 1997, *Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C-169/95, *Rec.*, I- 00135, CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, *Rec.* I- 01591, CJCE, 11 novembre 2004, aff. jointes C- 183/02 P et C- 187/02 P, *Demesa*, *Rec.*, I- 10609, CJCE, 23 février 2006, *Atzeni*, aff. jointes C- 346/03 et 529/03, *Rec.*, I- 1875 et CJCE (grande chambre), 18 juillet 2007, *Lucchini Siderurgica SpA*, C- 119/05, non encore publié (cette dernière affaire a pour particularité de concerner l'application du traité CECA).

² Cette disposition impose une obligation de coopération aux Etats membres.

moins de les réexaminer afin de déterminer si leur retrait est possible³. Cette jurisprudence est en cours d'évolution⁴. De nombreuses questions demeurent non seulement parce qu'elles n'ont pas toutes été tranchées par la Cour de justice mais également parce que le caractère de principe ou d'espèce de certains de ses arrêts s'avère incertain⁵. La description de l'état de la jurisprudence communautaire comporte donc sur ce point une marge d'incertitude.

A) L'obligation de retrait des actes administratifs nationaux imposée par un acte de droit communautaire

3. L'obligation de retirer leurs décisions administratives, peut être imposée aux Etats membres par un acte des institutions communautaires adopté en vertu du traité instituant la Communauté européenne (CE) ou de la législation prise pour son application. Il peut en être ainsi dans le domaine des aides d'état.

Le traité CE affirme l'incompatibilité des aides étatiques avec le marché commun et prohibe, en règle, leur octroi. Toutefois, par dérogation à cette interdiction de principe, certaines aides peuvent être admises par la Commission. L'octroi de celles-ci ne peut cependant intervenir sans que le projet d'aide d'état ait été porté à la connaissance de la Commission et sans que cette institution l'ait autorisé⁶.

³ CJCE, 28 juin 2001, *Larsy*, aff. C-118/00, *Rec. I- 5063*, CJCE, 7 janvier 2004, *Delena Wells*, C-201/02, *Rec. I- 723*, CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV*, aff. C-453/00, *Rec. I- 837*, CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, aff. C-234/04, *Rec. I- 2585*, CJCE (grande chambre), 19 septembre 2006, *i-21 Germany*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, *Rec. I- 8559*.

⁴ Outre la jurisprudence citée dans les notes 1 et 2, il convient de mentionner en rapport avec le présent sujet l'arrêt de la Cour de justice du 29 avril 1999, en cause *Ciola* (CJCE, 29 avril 1999, *Ciola*, aff. C-224/97, I-02517). Par ailleurs, dans une affaire ayant mené à un arrêt du 6 avril 2006 (CJCE, 6 avril 2006, *ED & F Man Sugar LTD*, aff. C-274/04, *Rec. I- 3269*), la Cour de justice des Communautés européennes fut également interrogée sur la possibilité pour une juridiction d'un Etat membre de remettre en cause une décision nationale définitive, prise en exécution d'un règlement communautaire, à l'occasion d'un recours contre une sanction, adoptée en vertu du même règlement et faisant suite à l'acte définitif. La Cour de justice n'eut pas cependant à se prononcer sur cette question dès lors que selon la Cour, le problème, dans cette affaire, ne se posait pas de la façon envisagée par la juridiction nationale. La sanction était, à l'estime de la Cour de justice, indépendante de la première mesure de sorte que sa légalité pouvait être examinée sans que la décision définitive soit prise en considération.

⁵ Voy. infra au sujet de l'affaire *Kühne & Heitz NV* (CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV*, aff. C-453/00, *Rec. I- 837*).

⁶ Articles 87 à 89 du traité CE. Voy. J-P Keppenne, *Guide des aides d'état en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

Si une aide est néanmoins accordée par un Etat membre alors que le projet n'a pas été notifié à la Commission ou malgré que celle-ci ne l'ait pas admis, la Commission peut imposer à l'Etat membre de retirer l'aide illicite. La récupération d'une aide étatique accordée illégalement vise au rétablissement de la situation antérieure⁷, soit à l'effacement de la méconnaissance du droit communautaire.

4. Bien que l'obligation de retrait d'une aide illégale découle directement du droit communautaire, les modalités de sa récupération sont régies, en l'absence de droit dérivé, par le droit national⁸.

Le principe d'effectivité du droit communautaire requiert que les normes nationales applicables au retrait des aides d'état ainsi que leur mise en oeuvre ne rendent pas en pratique impossible la récupération de l'aide illicite⁹.

5. Cependant, le droit communautaire consacrant un principe de confiance légitime ainsi que de sécurité juridique¹⁰, la Cour de justice admet qu'une règle nationale confère à un acte administratif un caractère définitif et exclut son retrait pour respecter la confiance légitime que celui auquel des droits ont été conférés par cet acte, peut avoir dans son maintien.

Dès lors, la Cour conçoit qu'une aide d'état puisse ne pas être retirée si des exigences de sécurité juridique s'y opposent¹¹. Une limite au principe d'effectivité du droit

⁷ CJCE, 21 mars 1990, *Royaume de Belgique c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C- 142/87, *Rec.*, I- 00959 (point 66), CJCE, 14 janvier 1997, *Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C- 169/95, *Rec.*, I- 00135 (point 47) et CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, *Rec.* I- 01591 (point 23).

⁸ CJCE, 20 septembre 1990, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-5/89, *Rec.* I- 03437 (point 12) et CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, *Rec.* I- 01591 (point 24). Voy. à propos de ses arrêts, F. Berrod, *Revue du Marché unique européen*, 1997/2, p. 161 et L. Idot, *Europe*, mai 1997, n° 163, p. 21.

⁹ CJCE, 2 février 1989, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C- 94/87, *Rec.*, I- 00175, CJCE, 21 mars 1990, *Royaume de Belgique c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C- 142/87, *Rec.*, I- 00959 (point 61), CJCE, 20 septembre 1990, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-5/89, *Rec.* I- 03437 (point 12) et CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, *Rec.* I- 01591 (point 24).

¹⁰ La confiance légitime est, selon la formulation de Monsieur l'Avocat général Colomer, une manifestation spécifique de la sécurité juridique. Voy. ses conclusions dans l'affaire *Atzeni* (point 142) (CJCE, 23 février 2006, *Atzeni*, aff. jointes C- 346/03 et 529/03, *Rec.*, I- 1875).

¹¹ CJCE, 24 novembre 1987, *RSV*, aff. 223/85, *Rec.*, I- 04617, CJCE, 20 septembre 1990, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-5/89, *Rec.* I- 03437 (points 13 et 14), CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, *Rec.* I- 01591 (point 25) et CJCE, 11

communautaire¹² peut être admise de la sorte en vertu du principe de sécurité juridique¹³.

6. Toutefois, s'agissant des aides d'état, les hypothèses dans lesquelles une entreprise pourrait faire valoir une confiance légitime dans la régularité de l'aide illicite qui lui fut accordée et où des impératifs de sécurité juridique pourraient faire échec à l'obligation de récupération de l'aide, sont exceptionnelles.

7. La Cour de justice considère en effet que les opérateurs économiques bénéficiant d'une aide, doivent s'assurer que sa procédure d'octroi a été respectée¹⁴. Ils doivent donc vérifier avant de la recevoir qu'elle a été notifiée à la Commission et que celle-ci l'a autorisée. S'ils ne l'ont pas fait, ils ne peuvent exciper d'une confiance légitime dans le maintien d'une aide illégale.

Les entreprises ne peuvent davantage conserver une aide illicite sous prétexte qu'un Etat membre n'a pas donné suite à l'ordre de la Commission de la récupérer¹⁵. Les opérateurs économiques sont associés au processus précédant la décision de la Commission¹⁶ et savent

novembre 2004, aff. jointes C- 183/02 P et C- 187/02 P, *Demesa, Rec.*, I- 10609 (point 51).

¹² Le fait qu'une aide étatique, accordée illégalement, ne doive pas être retirée ne devrait cependant pas exclure que la responsabilité de l'Etat membre, en raison de la violation du droit communautaire, puisse être engagée si les conditions requises pour ce faire sont réunies. Un effacement de la méconnaissance du droit de la Communauté, destinée à assurer son effectivité, peut prendre alors la forme d'une indemnisation du dommage causé. Voy. à propos des aides non d'état mais communautaires, CJCE, 21 juin 2007, *Stichting Rom-projecten*, aff. C- 158/06, *non encore publié* (points 32 et 33).

¹³ La limite à l'application du principe communautaire de légalité ne peut être apportée que par une norme de portée juridique au moins équivalente. Dès lors, la licéité de la norme nationale empêchant, pour des raisons de sécurité juridique, la récupération de l'aide d'état contraire au droit de la Communauté ne peut être admise que si elle trouve un fondement dans le principe communautaire de sécurité juridique ou qu'à tout le moins, elle en constitue une application particulière. Conformément au principe d'autonomie procédurale, une telle règle nationale garantit l'exécution, en droit interne, du principe communautaire de sécurité juridique, à défaut de législation européenne organisant les modalités de sa mise en oeuvre.

¹⁴ CJCE, 20 septembre 1990, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-5/89, *Rec.* I- 03437 (points 14 et 15), CJCE, 14 janvier 1997, *Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C- 169/95, *Rec.*, I- 00135 (point 51), CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, *Rec.* I- 01591 (point 41), CJCE, 11 novembre 2004, aff. jointes C- 183/02 P et C- 187/02 P, *Demesa, Rec.*, I- 10609 (point 44) et CJCE, 23 février 2006, *Atzeni*, aff. jointes C- 346/03 et 529/03 (point 64), *Rec.*, I- 1875.

¹⁵ CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, *Rec.* I- 01591 (points 35 à 37).

¹⁶ J-P Keppenne, *déjà cité*, n°s 285 et suivants, pp. 220 et suivantes.

qu'une aide non autorisée doit être restituée¹⁷. Il leur appartient, s'ils veulent contester la décision de la Commission, de saisir la Cour de justice¹⁸.

En outre, si une aide étatique est accordée, sans avoir été notifiée à la Commission, mais que cette dernière, saisie d'une plainte à son sujet, l'autorise, cette aide demeure précaire pendant le temps durant lequel un recours peut être formé contre l'autorisation de la Commission auprès de la Cour de justice. Si la Cour annule la décision de la Commission, l'opérateur économique auquel l'aide a été attribuée ne peut se prévaloir d'une confiance légitime dans sa régularité. L'erreur de la Commission n'efface pas l'illégalité commise par l'Etat membre ayant octroyé l'aide sans l'avoir notifiée préalablement¹⁹.

8. Comme cela a été relevé (point 5), la Cour n'exclut pas cependant que puissent exister des circonstances exceptionnelles dans lesquelles une entreprise pourrait fonder une confiance légitime dans le caractère régulier d'une aide malgré son attribution illégale²⁰ et revendiquer de la conserver^{21/22}.

¹⁷ CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, *Rec.* I- 01591 (points 35 à 37).

¹⁸ Cette saisine de la Cour de justice doit être directe, par le biais d'un recours en annulation contre la décision de la Commission, si l'entreprise, bénéficiaire de l'aide, y est autorisée. Voy. CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, aff. C- 188/92, *Rec.*, I- 833 et CJCE (grande chambre), 18 juillet 2007, *Lucchini Siderurgica SpA*, C- 119/05, non encore publié. Si tel n'est pas le cas, cette dernière peut saisir le juge national pour s'opposer aux mesures d'exécution de la décision de la Commission en demandant que la juridiction nationale interroge la Cour de justice, à titre préjudiciel, sur la validité de la décision de la Commission. Voy. CJCE, 23 février 2006, *Atzeni*, aff. jointes C- 346/03 et 529/03, *Rec.*, I- 1875 (points 30 à 34).

¹⁹ Voy. CJCE, 14 janvier 1997, *Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C- 169/95, *Rec.*, I- 00135 (point 53).

²⁰ CJCE, 20 septembre 1990, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-5/89, *Rec.* I- 03437 (point 16) et CJCE, 11 novembre 2004, aff. jointes C- 183/02 P et C- 187/02 P, *Demesa*, *Rec.*, I- 10609 (point 51).

²¹ Par contre, un Etat membre, ayant accordé une aide sans la notifier à la Commission, ne peut se prévaloir, pour sa part, de la confiance légitime que l'entreprise bénéficiaire de l'aide pourrait avoir en sa régularité, pour se soustraire à son obligation de récupérer l'aide illicite. Voy. CJCE, 20 septembre 1990, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-5/89, *Rec.* I- 03437 (point 17) et CJCE, 14 janvier 1997, *Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C- 169/95, *Rec.*, I- 00135 (point 48).

²² Voy. à propos des aides non d'état mais communautaires, CJCE, 21 juin 2007, *Stichting Rom-projecten*, aff. C- 158/06, non encore publié. Certaines circonstances peuvent justifier qu'en vertu du principe de sécurité juridique, une entreprise, ne remplissant pas toutes les conditions pour l'octroi d'aides communautaires, puisse les conserver. Tel est le cas

De telles circonstances peuvent faire obstacle soit à ce qu'une obligation de récupération de l'aide illégale soit imposée aux Etats membres, soit à ce qu'une obligation de retrait à laquelle la Commission pouvait les soumettre, soit exécutée²³.

Ainsi, quand la Commission laisse s'écouler un délai déraisonnable, au regard des circonstances de l'espèce, avant de statuer sur la compatibilité d'une aide étatique qui fut accordée illégalement avant de lui être notifiée, la décision par laquelle elle impose sa récupération, porte atteinte à la confiance légitime que l'entreprise bénéficiaire pouvait avoir en l'acceptation de l'aide par la Commission²⁴. Dans une telle hypothèse, la Commission ne peut imposer à un Etat membre de récupérer une aide nonobstant son illicé.

Par ailleurs, même lorsque la Commission est habilitée à exiger légalement le retrait d'une aide par un Etat membre, la Cour de justice a cependant admis que des circonstances exceptionnelles peuvent faire échec à l'exécution de cette obligation²⁵. Néanmoins, il ne semble pas exister d'arrêts dans lesquels la Cour a jugé que de telles circonstances étaient présentes. Si un juge national estime y être confronté, il lui appartient, s'il le juge nécessaire, d'interroger la Cour à titre préjudiciel²⁶.

9. Par contre, lorsque le bénéficiaire d'une aide étatique ne peut se prévaloir d'une confiance légitime en sa régularité, les principes communautaires de confiance légitime et de sécurité juridique ne font pas obstacle à ce que l'effectivité du droit de la Communauté soit assurée. Dans ce cas, les règles nationales visant à préserver la sécurité juridique et garantissant un caractère définitif à certaines décisions administratives illicites, ne peuvent être opposées par un Etat membre pour se soustraire à son obligation de récupérer une aide illégale.

Le principe de primauté du droit communautaire requiert alors que le droit de la Communauté prévale sur la législation des Etats membres²⁷ dont l'application doit être, au besoin, écartée pour garantir l'effectivité du droit communautaire.

10. Il en est ainsi en particulier quand le caractère définitif d'une aide étatique résulte de

quand les conditions d'attribution sont fixées par une décision communautaire qui n'a pas été publiée et que l'Etat membre qui était seul à en être informé, ne les a pas toutes portées à la connaissance de la société bénéficiaire de l'aide. La bonne foi de cette dernière doit en outre être établie.

²³J -P Keppenne, *déjà cité*, n°s 336 à 348 et n°407, pp. 249 à 259 et p. 307.

²⁴ CJCE, 24 novembre 1987, *RSV*, aff. 223/85, *Rec.*, I- 04617.

²⁵ CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI*, aff. C- 39/94, *Rec.*, I- 03547 (points 70 et 71).

²⁶ CJCE, 20 septembre 1990, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C- 5/89, *Rec.* I- 03437 (point 16).

²⁷ CJCE, 20 septembre 1990, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C- 5/89, *Rec.* I- 03437 (points 18 et 19).

l'autorité de la chose jugée attachée à une décision par laquelle une juridiction nationale ordonne son versement en contradiction avec l'interdiction de cette aide par la Commission.

Si les juges nationaux peuvent être amenés à examiner la légalité d'actes communautaires, ils ne sont pas autorisés à les invalider²⁸. Dès lors, si la Commission interdit une aide d'état, l'entreprise qui la sollicite doit demander à la Cour de justice l'annulation de cette décision communautaire quand elle y est autorisée.

S'il ne le fait pas dans les délais prescrits, cet opérateur économique ne peut plus contester la légalité de la décision de la Commission, ni de façon directe, ni indirectement en demandant au juge national d'interroger à titre préjudiciel la Cour de justice sur la validité de l'acte de la Commission²⁹.

Quand l'entreprise concernée ne peut solliciter directement l'annulation de la décision de la Commission devant la Cour de justice³⁰, elle est certes autorisée à saisir un juge national pour obtenir le versement de l'aide étatique ou si elle lui a déjà été octroyée, pour s'opposer à sa récupération mais ce dernier ne pourra pas invalider l'acte de la Commission, il devra interroger la Cour de justice, à titre préjudiciel, sur sa validité.

En conséquence, lorsqu'une norme nationale confère un caractère définitif à une aide étatique en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à un jugement par lequel une juridiction interne invalide une décision de la Commission qui interdit et/ou qui impose le retrait de cette aide, la règle nationale doit être écartée, au titre du principe de primauté du droit communautaire, afin de garantir l'effectivité de ce dernier³¹.

²⁸ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. C- 314/85, *Rec.*, I- 4199, CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jointes C- 143/88 et 92/89, *Rec.*, I- 415 et CJCE, 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, aff. C- 344/04, *Rec.*, I- 403.

²⁹ CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, aff. C- 188/92, *Rec.*, I- 833 et CJCE (grande chambre), 18 juillet 2007, *Lucchini Siderurgica SpA*, C- 119/05, non encore publié (points 53 à 56).

³⁰ Voy. CJCE, 23 février 2006, *Atzeni*, aff. jointes C- 346/03 et 529/03, *Rec.*, I- 1875 (points 30 à 34).

³¹ CJCE (grande chambre), 18 juillet 2007, *Lucchini Siderurgica SpA*, C- 119/05, non encore publié (points 57 à 63). Dans cette affaire, la Cour de justice observait que le juge national ne s'était pas prononcé directement sur la légalité de la décision de la Commission pour ordonner le versement de l'aide étatique. Toutefois, la règle du code civil relative à l'autorité de la chose jugée des arrêts des juridictions nationales était interprétée, par la justice italienne, de manière telle qu'il était fait échec à l'application du droit communautaire. La Cour de justice a rappelé à cet égard qu'il incombe aux juridictions nationales d'interpréter les dispositions du droit national dans toute la mesure du possible d'une manière telle qu'elles puissent recevoir une application qui contribue à la mise en œuvre du droit communautaire et que la juridiction nationale chargée d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les normes du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au

B) Le retrait des actes administratifs nationaux en tant que mesure d'effacement des violations du droit communautaire

11. Lorsque l'obligation de retirer un acte administratif national n'est pas imposée directement par les institutions communautaires, un tel retrait peut néanmoins être requis en vertu des principes d'effectivité, de primauté et d'applicabilité directe du droit communautaire ainsi que du principe d'équivalence et de l'article 10 du traité CE.

Les Etats membres sont tenus, en application de ces normes, de garantir la protection effective des droits que la législation de la Communauté confère aux particuliers. Ils doivent prendre l'ensemble des mesures requises pour ce faire, y compris celles visant à effacer les conséquences illicites de leurs violations du droit communautaire³².

12. A défaut de droit dérivé prescrivant les modalités selon lesquelles les Etats membres doivent garantir la protection effective des droits consacrés par la législation de la Communauté, celles-ci sont régies par les règles nationales conformément au principe de l'autonomie procédurale. Ces normes nationales ne peuvent cependant être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne et ne peuvent rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

13. La Cour de justice a précisé, dans plusieurs arrêts, dans quelle mesure, les normes nationales, offrant aux décisions administratives un caractère définitif afin de garantir la sécurité juridique, peuvent faire échec à l'obligation qu'ont les Etats membres d'effacer les conséquences illicites des violations du droit communautaire. Elle a également indiqué quand, au contraire, ils sont contraints de retirer ces décisions ou à tout le moins de les réexaminer afin de déterminer si leur retrait est possible nonobstant le fait qu'elles revêtent un caractère définitif en vertu de normes nationales³³.

1/ L'obligation de retirer une décision administrative pour effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire en dépit du fait que la législation nationale lui confère un caractère définitif

14. Dans un premier temps, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé, dans

besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale.

³² CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jointes C- 6/90 et C- 9/90, *Rec.*, I-05357 (point 36) et CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec.*, I- 2433 (points 18 à 20).

³³ CJCE, 28 juin 2001, *Larsy*, aff. C-118/00, *Rec.* I- 5063, CJCE, 7 janvier 2004, *Delena Wells*, C-201/02, *Rec.* I- 723, CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV*, aff. C-453/00, *Rec.* I- 837, CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, aff. C-234/04, *Rec.* I- 2585, CJCE (Grande chambre), 19 septembre 2006, *i-21 Germany*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, *Rec.* I- 8559.

un arrêt *Larsy*, que les Etats membres, saisis d'une demande de retrait d'un acte administratif méconnaissant la législation de la Communauté, sont tenus d'y faire droit, y compris lorsque la décision administrative³⁴ est devenue définitive.

La Cour a jugé qu'il n'importait pas que le caractère définitif résulte de l'autorité de la chose jugée, attachée par les règles internes, à une décision par laquelle une juridiction nationale avait rejeté le recours formé contre cet acte administratif³⁵.

Selon la Cour de justice, il était requis, en vertu du principe de primauté du droit communautaire, que toutes les instances des Etats membres et non seulement leurs juridictions, assurent la pleine effectivité du droit de la Communauté européenne. Pour ce faire, tous les organes étatiques, y compris les instances administratives, doivent écarter l'application des normes internes ou des pratiques législatives, administratives ou judiciaires qui auraient pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire.

Partant, si l'autorité de la chose jugée d'une décision par laquelle une juridiction nationale a rejeté le recours formé contre l'acte d'une administration, empêche cette dernière de réexaminer sa décision afin d'effacer les conséquences d'une violation du droit communautaire, cette instance administrative est tenue, au titre du principe de primauté du droit communautaire, de ne pas avoir égard à l'autorité de la chose jugée et de garantir la pleine effectivité des droits conférés par l'ordre juridique de la Communauté^{36/37}.

15. Cet arrêt semble s'inscrire dans la ligne d'une autre décision, en cause *Ciola*, de la Cour rendue deux ans auparavant³⁸. Cette affaire ne portait pas directement sur l'obligation pour un Etat membre de retirer un acte administratif définitif, contraire au droit communautaire, mais

³⁴ Il s'agissait dans cette affaire d'une décision fixant le montant d'une pension de retraite.

³⁵ CJCE, 28 juin 2001, *Larsy*, aff. C-118/00, *Rec. I- 5063*. *Voy. Europe*, août-septembre 2001, n°246 et n°263, pp. 10, 11 et 19.

³⁶ CJCE, 28 juin 2001, *Larsy*, aff. C-118/00, *Rec. I- 5063* (points 50 à 53).

³⁷ A propos de cet arrêt *Larsy*, Monsieur l'Avocat général Léger considère qu'il se déduit de cette jurisprudence que: "*que le principe de l'autonomie procédurale a vocation à jouer dans le cadre de l'exercice en justice d'un droit fondé sur le droit communautaire, et non dans celui afférent à l'existence même d'un tel droit. D'ailleurs, il importe d'avoir présent à l'esprit qu'étendre la portée du principe de l'autonomie procédurale au-delà de ce cadre actuel reviendrait à subordonner l'existence des droits tirés du droit communautaire à l'état des dispositions internes des différents États membres. Cette situation serait difficilement compatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire, tenant en particulier aux principes de primauté et d'application uniforme.*" (Point 70 de ses conclusions relatives à l'affaire *Kühne & Heitz NV* (CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV*, aff. C-453/00, *Rec. I- 837*).

³⁸ CJCE, 29 avril 1999, *Ciola*, aff. C-224/97, I-02517.

sur l'obligation d'écarter l'application d'une telle décision pour éviter qu'elle serve de fondement à l'adoption d'un autre acte administratif emportant une nouvelle méconnaissance du droit de la Communauté.

En l'espèce, la décision individuelle définitive limitait, en violation de l'article 49 du traité CE, le nombre de bateaux appartenant à des ressortissants d'autres Etats membres susceptibles d'être accueillis dans un port autrichien. Suite à l'irrespect de cette interdiction, une sanction administrative avait été infligée à Monsieur Ciola qui la contestait devant une juridiction autrichienne.

Saisie de questions préjudicielles, la Cour de justice a considéré que tous les organes des Etats membres et non seulement les juridictions, sont tenus d'assurer l'effectivité des droits conférés par la législation communautaire et qu'en vertu du principe de primauté du droit de la Communauté, ils doivent écarter l'application de toutes dispositions internes qui y portent atteinte. Parmi ces dispositions nationales, figurent notamment les actes administratifs, y compris ceux présentant un caractère individuel.

Si la Cour n'a pas affirmé que l'Etat membre avait l'obligation de retirer sa décision administrative définitive afin d'effacer les conséquences de la violation du droit communautaire, elle a néanmoins indiqué de la sorte que les principes de primauté et d'effectivité, requerraient qu'il veille à ce que cet acte ne produise pas d'effets, à tout le moins pas celui de fonder l'adoption d'une nouvelle décision administrative illicite.

2/ L'absence d'obligation de retirer une décision administrative pour effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire si le droit national ne le permet pas

16. Alors que la Cour de justice avait affirmé, dans son arrêt *Larsy*, l'obligation pour un Etat membre de rétracter un acte administratif en dépit du caractère définitif qui lui était conféré par la législation nationale, elle a jugé ultérieurement, dans un arrêt *Wells*, qu'un Etat membre peut ne pas y être tenu si le droit interne ne le permet pas³⁹.

En l'espèce, la Cour de justice a indiqué que les modalités d'effacement des méconnaissances du droit communautaire, sont régies par le droit national conformément au principe de l'autonomie procédurale. La loi interne, fixant ces modalités, doit néanmoins respecter les principes communautaires d'équivalence et d'effectivité.

Les modalités de procédure ne peuvent être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne et ne peuvent rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de la

³⁹ CJCE, 7 janvier 2004, *Delena Wells*, C-201/02, *Rec. I- 723*. *Voy. Europe*, mars 2004, n°63, pp. 12 et 13.

Communauté⁴⁰.

Lorsque les principes d'équivalence et d'effectivité sont respectés, le juge national doit vérifier si le droit interne lui permet de retirer l'acte administratif illicite^{41/42}. Quand tel n'est pas le cas, la Cour juge que si le particulier y consent⁴³, l'effacement de la violation du droit communautaire, peut prendre la forme d'une réparation du préjudice subi⁴⁴.

La Cour de justice a donc admis de la sorte qu'une décision administrative illicite puisse ne pas être retirée lorsque le droit national ne le permet pas et ce malgré le fait qu'en l'espèce, elle avait relevé qu'un retrait n'aurait pas enfreint le principe communautaire de sécurité juridique⁴⁵.

3/ L'obligation de retirer une décision administrative définitive pour effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire si le droit national le permet

17. Dans un arrêt *Kühne & Heitz NV*, la Cour de justice a confirmé sa position, adoptée quelques jours plus tôt dans l'arrêt *Wells*, selon laquelle les Etats membres peuvent ne pas être tenus de retirer un acte administratif contraire au droit communautaire⁴⁶.

⁴⁰ De la sorte, si le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que, pour des raisons de sécurité juridique, une législation nationale, prévoit un délai de prescription à l'expiration duquel des taxes, perçues en violation du droit de la Communauté, deviennent définitives et ne doivent plus être remboursées, une loi interne qui réduit un tel délai de prescription sans régime transitoire ou rétroactivement et qui prive ainsi des justiciables de leur droit au remboursement de ces taxes, méconnaît le principe d'effectivité. Voy. CJCE, 11 juillet 2002, *Marks & Spencer plc*, aff. C- 62/00, *Rec.*, I- 6325 (points 34 à 42).

⁴¹ En l'espèce, il s'agissait d'une autorisation d'exploiter une mine.

⁴² CJCE, 7 janvier 2004, *Delena Wells*, C-201/02, *Rec.* I- 723 (points 64 à 68).

⁴³ La précision, donnée par la Cour de justice, quant au consentement du particulier, est surprenante car cet accord semble porter sur la réparation du préjudice et non sur l'absence de possibilité de retrait de l'acte administratif illégal de sorte que si ce retrait n'est pas permis par le droit national et que le particulier ne consent pas à la réparation du préjudice, aucune mesure d'effacement de la méconnaissance du droit communautaire ne devrait intervenir.

⁴⁴ CJCE, 7 janvier 2004, *Delena Wells*, C-201/02, *Rec.* I- 723 (points 69 et 70).

⁴⁵ CJCE, 7 janvier 2004, *Delena Wells*, C-201/02, *Rec.* I- 723 (points 59 à 61).

⁴⁶ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV*, aff. C-453/00, *Rec.* I- 837. Voy. au sujet de cet arrêt, D. Simon, "Obligation de réexamen d'une décision administrative définitive", *Europe*, mars 2004, n°66, pp. 14 et 15, P. Belorgey, S. Gervasoni et Ch. Lambert, "Portée rétroactive des arrêts de la Cour de justice et décisions administratives individuelles définitives", *AJDA*, 2004, p. 319, Y. Gautier, "Primauté du droit communautaire", *Journal du*

Le droit de la Communauté consacrant un principe de sécurité juridique et le caractère définitif d'un acte administratif, acquis à l'expiration de délais de recours raisonnables ou par l'épuisement des voies de recours, contribuant à cette sécurité, il en résulte, selon la Cour, qu'un organe administratif n'est pas tenu, en principe, de réexaminer l'une de ses décisions devenue définitive⁴⁷.

18. Toutefois, la Cour de justice a observé dans cette affaire que, sous réserve de ne pas léser les intérêts des tiers, la législation néerlandaise permettait à l'administration de réexaminer ses actes et que dans certaines circonstances, ce pouvoir pouvait impliquer l'obligation de les retirer.

La Cour s'est dès lors attachée à définir les circonstances de la cause qui lui étaient soumises non pour préciser directement si l'organe administratif devait, au regard de celles-ci, retirer la décision litigieuse mais pour vérifier si cet organe était contraint de la réexaminer afin de déterminer dans quelle mesure il était tenu de la retirer sans léser les intérêts de tiers.

Quatre circonstances furent identifiées par la Cour de justice. Il s'agissait du pouvoir reconnu à l'organe administratif par le droit national de réexaminer sa décision (1), du fait que le caractère définitif de cet acte avait été acquis à la suite d'un arrêt d'une juridiction nationale dont les décisions n'étaient pas susceptibles d'un recours juridictionnel (2), de la circonstance que cet arrêt était fondé sur une interprétation du droit communautaire qui était, au vu d'un arrêt postérieur de la Cour de justice, erronée alors que l'interprétation retenue par le juge national l'avait été sans qu'une question préjudicielle ait été posée à la Cour (3) ainsi que du fait que l'organe administratif avait été immédiatement saisi d'une demande de réexamen de sa décision après que la personne intéressée ait pris connaissance de cet arrêt de la Cour de justice (4).

Dans de telles circonstances, la Cour a estimé que l'organe administratif était tenu, en application du principe de coopération découlant de l'article 10 du traité CE, de réexaminer sa décision afin de tenir compte de l'interprétation pertinente du droit communautaire retenue entre-temps par la Cour et de déterminer, en fonction des résultats de ce réexamen, dans quelle mesure il devait de revenir, sans léser les intérêts de tiers, sur la décision en cause.

19. La question s'est posée de savoir si toutes les circonstances décrites par la Cour de justice dans cet arrêt devaient être réunies pour qu'un organe administratif national soit soumis à une telle obligation ou si seules certaines d'entre elles étaient requises étant entendu que les autres pourraient n'avoir constitué que de simples circonstances présentes dans cette affaire et non

droit international, avril-mai-juin 2005, pp. 401 à 403 ainsi que Z. Peerbux-Beaugendre, "Une administration ne peut invoquer le principe de la force de la chose définitivement jugée pour refuser de réexaminer une décision dont une interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire", *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004/3, pp. 559 à 567.

⁴⁷ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV*, aff. C-453/00, *Rec. I- 837* (points 20 à 24).

des conditions devant être réunies en toutes hypothèses⁴⁸.

20. Un arrêt *Kapferer*, prononcé par la Cour de justice le 16 mars 2006, a pu laisser penser que toutes les circonstances définies dans l'arrêt *Kühne & Heitz NV* étaient nécessaires pour qu'une administration nationale soit contrainte de réexaminer l'une de ses décisions contraire au droit de la Communauté⁴⁹.

Bien que cette affaire ne concernait pas une décision administrative, la Cour de justice était interrogée sur l'obligation qu'aurait un juge national de réexaminer une décision juridictionnelle ayant acquis force de chose jugée et de l'annuler s'il apparaissait qu'elle était contraire au droit communautaire.

Se référant à son arrêt *Köbler*⁵⁰, la Cour de justice a estimé qu'en regard à l'importance du principe de l'autorité de la chose jugée dans les ordres juridiques communautaire et nationaux et au fait qu'il vise à garantir la stabilité des relations juridiques ainsi qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives, après épuisement des voies de recours ou des délais prévus pour ces recours, ne puissent plus être remises en cause.

En conséquence, la Cour a jugé que lorsque les règles internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision juridictionnelle respectent les principes d'effectivité et d'équivalence, le droit communautaire n'impose pas qu'elles soient écartées par un juge national même si cela permet de remédier à une violation du droit de la Communauté.

La juridiction nationale qui avait posé les questions préjudicielles s'étant référée à l'arrêt *Kühne & Heitz NV*, la Cour de justice a été appelée en outre à se prononcer sur l'applicabilité de l'enseignement de cet arrêt dans l'affaire qui lui était soumise.

Or, à cet égard, après avoir émis un doute quant au fait qu'il puisse s'appliquer, la Cour de justice a qualifié les circonstances de l'affaire *Kühne & Heitz NV* de "conditions" en précisant

⁴⁸ Voy. D. Simon, *déjà cité*, p.15, P. Belorgey, S. Gervasoni et Ch. Lambert, *déjà cités*, p. 319, Y. Gautier, *déjà cité*, p. 403 ainsi que les conclusions de Monsieur l'Avocat général Bot dans l'affaire en cours *Kempter* (C- 2/06, points 50 à 84, pp. 7 à 11).

⁴⁹ CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, aff. C-234/04, *Rec. I- 2585*. Voy. concernant cet arrêt, L. Idot, "Protection des consommateurs et interprétation erronée de l'article 15", *Europe*, mai 2006, n° 181, pp. 35 et 36 ainsi que E. Broussy, F. Donnat et Ch. Lambert, "Stabilité des situations juridiques et droit communautaire", *AJDA*, décembre 2006, pp. 2275 et 2276.

⁵⁰ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239 (point 38). La Cour de justice a jugé, dans cet arrêt, que la responsabilité d'un Etat membre pouvait être retenue en raison de la violation du droit communautaire par une juridiction suprême. Elle a toutefois considéré que cette responsabilité n'impliquait pas que l'autorité de la chose jugée de l'arrêt national, rendu en méconnaissance du droit de la Communauté, soit nécessairement remise en cause.

que l'obligation de réexamen de ses actes par un organe administratif national était subordonnée, notamment, à la condition qu'il dispose, en vertu du droit national, du pouvoir de les réexaminer. En l'occurrence, la Cour de justice a estimé que cette condition n'était pas satisfaite de sorte que le juge national ne devait pas remettre en cause la décision juridictionnelle ayant acquis force de chose jugée.

Cette présentation, par la Cour, des circonstances de l'affaire *Kühne & Heitz NV*, en tant que conditions devant être réunies pour qu'une obligation de réexamen d'une décision administrative définitive soit requise, a pu laisser croire qu'il s'agissait d'un arrêt de principe, que les circonstances qui y étaient décrites n'étaient pas propres à cette affaire et qu'une obligation de réexamen n'existait que lorsqu'elles étaient présentes⁵¹.

21. Un arrêt *i-21 Germany*, rendu en grande chambre le 19 septembre 2006⁵², permet cependant d'en douter. Dans cette affaire, la Cour de justice était appelée à déterminer si, le juge national, saisi de recours visant à ce qu'il ordonne à l'administration de retirer un acte administratif⁵³, pouvait être amené à imposer un tel retrait afin de sauvegarder les droits conférés par la législation communautaire⁵⁴.

Après avoir rappelé les circonstances de l'affaire *Kühne & Heitz NV*, qualifiées à nouveau de "conditions", dans lesquelles une obligation de réexamen de ses décisions pèse sur un organe administratif national (point 52), la Cour de justice a estimé que l'affaire dont elle était saisie était tout à fait différente de l'affaire *Kühne & Heitz NV*. Dans l'espèce qui lui était soumise, l'administré n'avait pas contesté la décision dont il sollicitait le retrait devant les juridictions

⁵¹ Voy. les conclusions de Monsieur l'Avocat général Bot dans l'affaire en cours *Kempter* (C- 2/06, points 57 à 61, p. 8).

⁵² CJCE (grande chambre), 19 septembre 2006, *i-21 Germany*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, *Rec. I- 8559*.

⁵³ En l'occurrence, la société requérante exigeait le remboursement de taxes perçues par l'administration allemande. La requérante n'avait pas contesté les avis de taxation à la différence d'autres entreprises qui avaient saisi les juridictions nationales. Celles-ci avaient jugé les taxes contraires au droit interne. Suite à ces jugements, la requérante avait exigé le remboursement des taxes versées et face au refus de l'administration, elle avait saisi un tribunal allemand en faisant valoir non seulement la violation du droit national mais également de la législation communautaire. Sa demande ayant été rejetée en première instance, elle avait formé un appel. Le juge d'appel a interrogé la Cour de justice d'une part à propos de la contrariété des taxes avec le droit de la Communauté et d'autre part au sujet de l'obligation de retrait des avis de taxation devenus définitifs étant donné qu'ils n'avaient pas été entrepris par la requérante lorsque la taxe lui avait été réclamée.

⁵⁴ CJCE (grande chambre), 19 septembre 2006, *i-21 Germany*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, *Rec. I- 8559* (point 56).

internes⁵⁵.

La Cour de justice n'en a pas moins considéré que le juge national était tenu de vérifier si le retrait de l'acte administratif était requis en l'espèce et d'en tirer les conséquences prévues par son droit interne. Pour ce faire, la Cour a rappelé qu'en l'absence de droit dérivé, les modalités de procédure selon lesquelles les Etats membres assurent la protection des droits conférés par la législation communautaire, sont régies par l'ordre juridique national conformément au principe de l'autonomie procédurale (point 57).

Les règles internes applicables doivent néanmoins respecter les principes communautaires d'équivalence et d'effectivité. En l'espèce, la Cour de justice a observé que le principe d'effectivité était garanti étant donné qu'il n'était pas avéré que les modalités de recours pour contester l'acte administratif illicite avaient été telles qu'elles auraient rendu en pratique son exercice impossible ou excessivement difficile (points 58 à 60). En outre, le respect du principe d'effectivité résultait également, selon la Cour, de ce que la loi allemande permettait le retrait d'une décision administrative illégale en dépit de son caractère définitif (point 61).

S'agissant du principe d'équivalence, il requiert que les règles nationales, régissant les recours destinés à sauvegarder les droits des justiciables, soient appliquées de la même manière lorsqu'il s'agit de protéger des droits conférés par la législation interne ou par celle de la Communauté.

Ainsi dans l'affaire *i-21 Germany*, la Cour de justice a observé que le retrait d'un acte administratif illicite était requis, selon le droit national, lorsque son maintien était insupportable. Tel était le cas, en droit allemand, quand un tel maintien emportait une violation des principes d'égalité, d'équité, d'ordre public et de bonne foi ou lorsque la décision administrative était manifestement illégale.

En l'espèce, la Cour a estimé que le juge national avait appliqué de la même manière les principes précités pour les aspects de droit interne et de droit communautaire du litige concerné (points 62 à 67). En revanche, bien que le juge avait vérifié si l'acte administratif litigieux méconnaissait manifestement le droit interne, il n'apparaissait pas qu'il en avait fait de même pour le droit communautaire.

Après avoir jugé que la décision administrative en cause était clairement incompatible avec le droit de la Communauté, la Cour de justice a indiqué qu'il appartenait à la juridiction nationale de vérifier si une telle méconnaissance de la législation communautaire constituait aussi une illégalité manifeste au sens du droit allemand et d'en tirer les conséquences prévues par le droit national, à savoir en l'occurrence imposer son retrait (points 68 à 72).

22. Il paraît donc ressortir de cet arrêt *i-21 Germany* que toutes les conditions énoncées dans l'affaire *Kühne & Heitz NV* ne doivent pas nécessairement être présentes pour que le réexamen d'un acte administratif définitif, contraire au droit de la Communauté, puisse, le cas

⁵⁵ Il s'opposait par contre au refus de retrait par l'administration devant le juge national.

échéant, être requis. Il suffit que la première d'entre elles soit rencontrée, à savoir que le droit national impose le retrait d'une décision illicite dans certaines circonstances.

23. Des incertitudes demeurent néanmoins concernant la portée de l'arrêt *Kühne & Heitz NV*. Dès lors qu'il semble que les conditions qu'il décrit ne doivent pas toutes être réunies, la question se pose de savoir si certaines d'entre elles sont cependant cumulatives. Par ailleurs, outre la première condition, d'autres suffisent-elles, à elles seules, à ce que le retrait d'un acte administratif national, contraire au droit communautaire, puisse être requis?

24. Ainsi, quelle portée doit être donnée à la condition tenant à la violation de son obligation de renvoi préjudiciel par la juridiction nationale statuant en dernier ressort dont l'arrêt confère une nature définitive à la décision administrative?

Cette condition suffit-elle à exclure qu'un caractère définitif puisse être reconnu à l'acte administratif qui méconnaît le droit de la Communauté?⁵⁶ La violation de l'obligation de renvoi préjudiciel dont il résulte que le juge national n'a pas retenu une interprétation exacte de la législation communautaire, porte atteinte à la protection effective des droits du justiciable.

Une telle méconnaissance du principe d'effectivité implique-t-elle que la force de chose jugée de l'arrêt national doive être écartée, en vertu du principe de primauté du droit communautaire, de sorte que la décision administrative illicite demeure précaire et que l'administration n'est pas autorisée à s'opposer à son retrait?

Faut-il au contraire considérer qu'une règle nationale peut conférer un caractère définitif à un acte administratif, contraire au droit communautaire, au titre du principe de l'autonomie procédurale, bien que l'arrêt dont résulte la nature définitive de cette décision administrative a été rendu en violation d'une obligation de renvoi préjudiciel? Dans cette hypothèse, quelle

⁵⁶ Dans son arrêt *Kapferer* (supra point 20), la Cour de justice a semblé exclure que l'autorité de la chose jugée d'un arrêt national doive être écartée pour remédier à une violation du droit communautaire, à tout le moins lorsque la procédure ayant mené à la décision juridictionnelle respecte les principes d'équivalence et d'effectivité. Bien que la Cour de justice se soit référée, dans l'affaire *Kapferer*, à son arrêt *Köbler* pour affirmer l'importance attachée au principe de l'autorité de la chose jugée (C- 224/01), il pourrait néanmoins être déduit de l'arrêt *Köbler* que dans certains cas, l'autorité de la chose jugée d'un arrêt national, rendu en méconnaissance du droit de la Communauté, est susceptible d'être écartée. En effet, dans l'affaire *Köbler* (point 39 de l'arrêt), la Cour de justice s'est limitée à indiquer que la responsabilité d'un Etat membre, pour la violation du droit communautaire par une juridiction suprême, impliquait la réparation du dommage subi mais pas nécessairement la remise en cause de l'autorité de la chose jugée de l'arrêt incriminé. Si le principe de responsabilité de l'Etat membre ne requiert donc pas que l'autorité de la chose jugée d'un arrêt national soit écartée, il n'est par contre pas exclu qu'elle doive l'être, en vertu des principes de coopération et de légalité, quand l'arrêt a été rendu en violation de l'obligation de renvoi préjudiciel. A tout le moins, il pourrait en être ainsi lorsque cette violation est manifeste ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Köbler*.

conséquence est attachée à une telle méconnaissance d'une obligation de renvoi préjudiciel?

L'idée a été émise que lorsque l'administration a, en vertu de la loi nationale, la faculté de réexaminer l'une de ses décisions méconnaissant le droit de la Communauté, la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel impliquerait qu'à l'issue de ce réexamen, l'organe administratif n'aurait pas, contrairement à ce prévoit son droit interne, la seule possibilité de la retirer mais y serait contraint⁵⁷.

La méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel aurait pour conséquence qu'au pouvoir discrétionnaire de rétracter sa décision, laissé par le droit national à l'administration, les principes de primauté et d'effectivité du droit communautaire substitueraient une compétence liée.

Toutefois, l'atteinte à la protection effective des droits du justiciable résulte davantage de la règle interne qui consacre la force de la chose jugée d'un arrêt malgré qu'il ait été rendu en violation de l'obligation de renvoi préjudiciel que de la norme offrant à l'administration la faculté de retirer sa décision administrative illicite en dépit de son caractère définitif.

Il serait dès lors paradoxal que la règle qui porte le plus atteinte à l'effectivité du droit communautaire, en conférant la force de la chose jugée à un arrêt rendu illégalement, ne doive pas être écartée alors que tel serait le cas pour la norme⁵⁸ qui, bien qu'elle le fasse insuffisamment, sert son effectivité en permettant le retrait d'une décision définitive.

Il reste que si la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel n'avait ni pour conséquence d'empêcher une règle nationale de conférer la force de chose jugée à un arrêt rendu illégalement, ni pour conséquence de contraindre l'administration à laquelle est offerte la faculté de retirer un acte administratif illicite, de l'exercer, cette condition de l'arrêt *Kühne & Heitz NV* paraîtrait dénuée d'effet juridique. Il s'agirait dès lors d'une simple circonstance présente dans cette affaire mais non d'une condition devant être rencontrée pour qu'un Etat membre soit tenu de retirer un acte administratif contraire au droit communautaire.

25. D'autres questions se posent également. Ainsi, saisie dans une affaire en cours *Kempter*, la Cour de justice est appelée à préciser si un justiciable doit avoir invoqué une méconnaissance du droit communautaire devant le juge national, qui n'a pas interrogé la Cour à titre préjudiciel, pour être autorisé à se prévaloir de la jurisprudence *Kühne & Heitz NV*⁵⁹.

26. Dans cette même affaire, la Cour de justice est également interrogée quant au point de savoir si la possibilité de revendiquer le retrait d'une décision administrative, sur la base de la

⁵⁷ Voy. les conclusions de Monsieur l'Avocat général Bot dans l'affaire en cours *Kempter* (C- 2/06, points 51 et 52 ainsi que point 81, p. 7 et 11).

⁵⁸ La norme nationale conférant à l'administration un pouvoir discrétionnaire serait écartée au profit d'une autre lui assignant une compétence liée.

⁵⁹ Voy. les conclusions de Monsieur l'Avocat général Bot dans l'affaire en cours *Kempter* (C- 2/06).

jurisprudence *Kühne & Heitz NV*, doit intervenir dans un délai déterminé. La jurisprudence de la Cour concernant l'obligation pour un Etat membre de rétracter un acte administratif, afin d'effacer une violation du droit communautaire, demeure donc en cours d'évolution et conserve une marge d'incertitude.

II) LE DROIT BELGE

1. *Votre législation nationale prévoit-elle des procédures permettant de rapporter une décision administrative définitive si celle-ci s'avère être contraire au droit communautaire ? Décrivez brièvement les dispositions et la jurisprudence nationale significatives :*

- a) *les dispositions légales sont-elles d'application générale ou ont-elles spécifiquement trait à l'application de la législation européenne?*
- b) *quelle est l'autorité (organe administratif ou juridiction nationale) qui est habilitée par votre système légal à recourir à ces types de procédure ?*

Commentaire : Cette question porte sur le retrait d'une décision administrative définitive dans les affaires contenant un élément communautaire. Toutefois, la réponse à cette question devrait, si possible, comporter une description succincte de toutes les procédures conduisant au retrait des décisions administratives définitives dans des affaires concernant strictement le droit interne.

27. La rétractation d'un acte administratif individuel méconnaissant la législation communautaire, peut être requise en droit belge. Toutefois, aucune norme ne prévoit une obligation de retrait spécifiquement en raison de la violation du droit de la Communauté européenne.

28. Excepté dans des cas régis par des lois particulières (infra), les conditions de rétractation des décisions administratives individuelles ne sont pas prévues, en droit belge, par la législation mais sont définies par la jurisprudence du Conseil d'Etat⁶⁰ et de la Cour de

⁶⁰ L'existence du Conseil d'Etat est consacrée par l'article 160 de la Constitution. Ses différentes missions sont fixées par les lois coordonnées du 12 janvier 1973. Les conditions de rétractation des décisions administratives ont été précisées par le Conseil d'Etat dans le cadre de son contrôle de leur légalité objective, exercé en vertu de l'article 14, § 1^{er} des lois coordonnées précitées, qui lui confère le pouvoir de les annuler.

cassation^{61/62}. Les règles énoncées par ces juridictions ne sont pas identiques mais présentent au contraire un caractère partiellement contradictoire.

1) La jurisprudence du Conseil d'Etat⁶³

29. S'inspirant de la jurisprudence du Conseil d'Etat français, le Conseil d'Etat belge, créé en 1946, a développé une théorie générale du retrait des actes administratifs qu'il a érigée,

⁶¹ L'existence de la Cour de cassation est consacrée par l'article 147 de la Constitution. Elle constitue la juridiction suprême du pouvoir judiciaire, lequel est distinct du Conseil d'Etat, et dont les cours et tribunaux assurent la protection des droits subjectifs, conformément aux articles 144 et 145 de la Constitution. La Cour de cassation dispose du pouvoir de casser les arrêts du Conseil d'Etat lorsqu'il se déclare à tort compétent pour trancher une contestation alors qu'elle doit l'être par les juridictions judiciaires ou inversement, quand il se juge erronément incompétent pour statuer sur un litige en raison de ce qu'il devrait être réglé par le juge judiciaire.

⁶² La Cour des comptes, dont l'existence est consacrée par l'article 180 de la Constitution et qui est chargée du contrôle des comptes de l'administration générale ainsi que de tous comptables responsables envers le trésor public, a également défini sa propre conception des conditions de retrait des actes administratifs (infra).

⁶³ A propos de la jurisprudence du Conseil d'Etat belge relative au retrait des actes administratifs, voy. J-R Delatte, "Le retrait des actes administratifs individuels", *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1965, pp. 93 à 116, P.J Delahaut, "Réflexions sur la théorie du retrait des décisions administratives", *Administration publique*, 1978-1979, pp. 40 à 52, J-M Favresse, "La théorie du retrait des actes administratifs n'est-elle pas sujette à critique", *Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'Etat*, 1971, pp. 161 à 171, P. Lewalle, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Faculté de droit, Liège et Martinus Nijhof, La Haye, 1975, pp. 231 à 249, Ph. Quertainmont, note sous *Cass.*, 21 avril 1988, "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels", *Revue critique de jurisprudence belge*, 1988, pp. 410 à 441, D. Lagasse, observations sous *Civ. Bruxelles* (4^{ème} ch.), 18 septembre 1987, *Journal des Tribunaux*, 1988, pp. 480 à 482, P. Martens, "L'exception d'illégalité: entre l'injustice et le désordre", observations sous *C.E.*, n°28.435, 2 septembre 1987, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1988, pp. 1535 à 1545, M-A Flamme, *Droit administratif*, tome 1, Bruxelles, Bruylant, 1989, n°s 224 à 231bis, pp. 523 à 549, J. Salmon, *Le Conseil d'Etat*, tome 1, Bruxelles, Bruylant 1994, pp. 355 à 360, M. Van Damme et F. De Kegel, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Bruges, Die Keure, 1994, n°s 51 à 85 et 105 à 139, pp. 31 à 57 et 74 à 96, J. Jaumotte, "Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative", dans *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 644 à 649, Ph. Bouvier, *Eléments de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 44 et 45, M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 431 à 437 et 440 à 442, P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 237 à 244, A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme, J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 17^{ème} édition, Mechelen, Kluwer, 2006, n°s 840 à 844, pp. 768 à 777.

depuis 1983, en un principe général de droit⁶⁴, de valeur législative⁶⁵ et d'ordre public⁶⁶.

30. Plusieurs distinctions sont opérées par le Conseil d'Etat concernant la possibilité de rétractation des décisions administratives individuelles. Les conditions dans lesquelles elle peut intervenir dépendent de l'existence ou de l'inexistence d'une norme législative les prescrivant spécifiquement, du caractère créateur ou non créateur de droit de l'acte administratif en cause ainsi que de sa légalité ou de son illicéité.

a) Les conditions de retrait d'une décision administrative individuelle en l'absence d'une norme législative les prescrivant spécifiquement

31. En l'absence de norme législative prescrivant spécifiquement les conditions de rétractation d'un acte administratif, le Conseil d'Etat juge que celles-ci diffèrent selon que l'acte est ou non créateur de droit.

a.1) *La notion d'acte créateur de droit*

32. L'acte créateur de droit est celui par lequel une autorité administrative confère un droit à un administré⁶⁷, en vertu d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est accordé par une norme législative ou réglementaire⁶⁸.

Le droit ainsi concédé l'est en règle au destinataire direct de la décision administrative. Tel est le cas notamment des nominations de fonctionnaires et des diverses autorisations octroyées aux administrés⁶⁹, tels par exemple les permis de bâtir, d'exercer certaines activités économiques ou encore de séjourner sur le territoire belge.

33. Il se peut cependant qu'un acte administratif, défavorable pour celui auquel il est directement adressé, confère un droit à certaines catégories de tiers intéressés par cette

⁶⁴ C.E., n°22.979 du 24 février 1983, *Vanwijck*.

⁶⁵ J. Jaumotte, "Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative", dans *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, point 28.4, p. 649.

⁶⁶ C.E., n°42.603 du 19 avril 1993, *Malpas*.

⁶⁷ La décision peut toutefois être créatrice de droit pour son destinataire nonobstant le fait qu'elle lui est partiellement défavorable. Voy. C.E., n°116.127 du 19 février 2003, *Haddouti*.

⁶⁸ En accordant un droit qu'elle n'était pas tenue d'octroyer- eu égard au caractère discrétionnaire de sa compétence-, l'administration s'impose une obligation à laquelle correspond un droit dans le chef de l'administré au profit duquel l'obligation a été souscrite.

⁶⁹ Voy. J-R Delatte, "Le retrait des actes administratifs individuels", *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1965, point 14, p. 103.

décision. Ces destinataires indirects de l'acte administratif peuvent alors s'en prévaloir et revendiquer le respect de la contrainte qu'il prescrit. Ainsi, le refus d'un permis d'urbanisme peut constituer pour les voisins du demandeur de l'autorisation de bâtir, une décision créatrice de droit^{70/71}.

34. Bien que les sanctions administratives, telles des sanctions disciplinaires, ne peuvent en principe être créatrices de droit, il n'est pas cependant pas exclu qu'elles soient susceptibles de l'être dans des cas particuliers⁷².

A tout le moins, dans certaines hypothèses, suite à leur adoption, des droits peuvent être conférés auxquels le retrait des sanctions est de nature à porter atteinte. Dans ces situations, si la sanction n'est peut-être pas en soi créatrice de droit, les conséquences attachées à son retrait, ont pour effet qu'un statut équivalent à celui d'un acte créateur de droit, pourrait lui être reconnu.

Ainsi, si un fonctionnaire bénéficie d'un droit à être promu lorsqu'un emploi devient vacant, la révocation d'un de ses collègues, emportant une telle vacance, lui permet de revendiquer la promotion⁷³. La rétractation de la révocation est dès lors de nature à porter atteinte à son droit à être promu.

⁷⁰ Voy. C.E., n°41.756 du 26 janvier 1993, *Benayer*, C.E., n°138.272 du 9 décembre 2004, *Commune de Waimès*, C.E., n°140.828 du 17 février 2005, *Scarron* et C.E., n°161.404 du 19 juillet 2006, *Commune de Waimès*. Dans ces arrêts, le Conseil d'Etat ne qualifie pas expressément les refus de permis d'urbanisme d'actes créateurs de droit mais cela se déduit de façon implicite et certaine de ce qu'il leur applique les conditions de retrait des décisions créatrices de droit. En sens contraire, voy. une jurisprudence ancienne, C.E., n°6.670 du 31 octobre 1958, *Muraille* et C.E., n°14.342 du 10 novembre 1970, *Vandecasteele*.

⁷¹ En édictant un acte négatif à l'encontre d'un administré, l'autorité lui impose une contrainte à laquelle peut parfois correspondre un droit dans le chef de tiers dont les intérêts font l'objet d'une protection par la législation en vertu de laquelle la décision est prise. Tel est le cas entre autres de la réglementation relative à l'urbanisme et à l'aménagement du territoire qui vise notamment à préserver les riverains contre les nuisances susceptibles d'être générées par une construction.

⁷² J-R Delatte, "Le retrait des actes administratifs individuels", *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1965, point 28, p. 112 et 113, J. Jaumotte, "Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative", dans *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, n°28.3.1, p. 646, P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 242 ainsi que A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme, J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 17^{ème} édition, 2006, Mechelen, Kluwer, n°843, p. 774, note (115). Contra, voy. notamment M. Van Damme et F. De Kegel, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Bruges, Die Keure, 1994, n°78, p. 53.

⁷³ C.E., n°20.809 du 16 décembre 1980, *Coppejans*. Dans cette affaire toutefois, le requérant ne pouvait se prévaloir d'un droit à être promu.

De même si, suite à la révocation d'un agent public, un autre fonctionnaire est nommé pour le remplacer, le retrait de la sanction disciplinaire doit emporter celui de la nomination intervenue après la révocation. Une telle rétractation porte atteinte aux droits du successeur de la personne révoquée de sorte qu'elle ne devrait être admise que moyennant le respect des conditions applicables à l'acte créateur de droit⁷⁴.

35. Bien que le caractère créateur de droit des décisions administratives assorties d'une condition suspensive ou résolutoire soit parfois contesté⁷⁵, il doit sans doute leur être reconnu.

En effet, outre que la jurisprudence du Conseil d'Etat semble fixée en ce sens⁷⁶, un tel acte est parfait juridiquement dès son adoption⁷⁷. Dès lors si cette décision confère un droit, elle est créatrice de droit sans qu'importe le fait que celui-ci soit précaire tant que la condition est

⁷⁴ En ce sens, voy. C.E. fr., 6 février 1948, Demoiselles Mollet et Salvan, *Recueil Lebon*, p. 62, cité par J-R Delatte, *op. citum*, p. 113. Il convient de relever cependant que le Conseil d'Etat belge semble avoir statué implicitement en sens contraire, voy. C.E., n°20.511 du 14 juillet 1980, *Pollet*.

⁷⁵ M. Van Damme et F. De Keghel, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Bruges, Die Keure, 1994, n°s76 et 77, p. 52 ainsi que J. Jaumotte, "Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative", dans *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, n°28.3.1, p. 646.

⁷⁶ C.E., n°20.561 du 17 septembre 1980, *NV CGR Benelux*. Un autre arrêt est cité par les auteurs niant le caractère créateur de droit de cette catégorie d'actes administratifs (C.E., n°17.182 du 30 septembre 1975, *Vanhoutte*). Toutefois, cet arrêt paraît confirmer au contraire leur nature créatrice de droit. Si la légalité de la rétractation a été admise par le Conseil d'Etat dans cet arrêt, ce n'est pas en raison de ce que la décision retirée n'était pas créatrice de droit mais parce que la condition dont elle était assortie ne s'était pas réalisée. En ce sens, voy. P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 243. Il convient cependant de relever que dans un arrêt du 5 juillet 2004, le Conseil d'Etat a jugé que l'acceptation d'une démission assortie d'une condition n'était pas une décision créatrice de droit pour son destinataire (C.E., n°133.531 du 5 juillet 2004, *Deschamps*). Cependant, la formulation de cet arrêt ne permet pas de déterminer avec certitude si le Conseil d'Etat a dénié un caractère créateur de droit à cet acte en raison de son objet ou de la condition qui l'affectait.

⁷⁷ X. Dieux, "Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée", *Administration Publique Trimestrielle*, 1984, pp. 158 et suivantes.

pendante^{78/79}. Ce droit peut certes disparaître si la condition défaille. Néanmoins, tant qu'elle est pendante, le droit existe et il subsiste si la condition se réalise. Le caractère précaire d'un droit ne peut être confondu avec son inexistence⁸⁰.

En conséquence, une autorité administrative ne peut retirer un tel acte que moyennant le respect des règles régissant la rétractation des décisions administratives créatrices de droit⁸¹.

a.2) *Les conditions de retrait de l'acte créateur de droit*

a.2.1) *L'acte créateur de droit licite*

33. En règle, le Conseil d'Etat exclut qu'un acte individuel créateur de droit puisse être retiré quand il est licite. Outre que l'autorité administrative ne peut se prévaloir d'aucun fondement légal pour opérer une telle rétractation, celle-ci est contraire aux principes de non-rétroactivité des actes administratifs et de sécurité juridique⁸².

Le Conseil d'Etat a cependant admis qu'il puisse en être autrement⁸³ (1) quand une norme législative spécifique le prévoit (infra), (2) lorsque le bénéficiaire de cet acte renonce au droit

⁷⁸ En ce sens, voy. P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 242 et 243.

⁷⁹ Au demeurant, même si l'acte n'était pas parfait dès son adoption et qu'il ne faisait pas directement naître le droit affecté par la condition, il serait néanmoins créateur de droit. En effet, par cette décision, l'administration s'engage à accorder le droit si la condition se réalise. A cet engagement, constitutif d'une obligation pour l'autorité administrative, correspond un droit dans le chef de l'administré au profit duquel il est souscrit.

⁸⁰ De la sorte, le droit conféré par un acte créateur de droit irrégulier demeure précaire pendant le délai de recours devant le Conseil d'Etat. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un droit. Contester que ce le soit, revient à considérer qu'aucun acte ne peut être créateur de droit durant l'écoulement du délai de recours devant le Conseil d'Etat en raison de son caractère précaire. Une telle position revient à nier la distinction, opérée par le Conseil d'Etat, s'agissant des conditions de retrait des décisions créatrices de droit et de celles qui ne le sont pas.

⁸¹ C.E., n°5.553 du 15 mars 1957, *Leclercq* et C.E., n°20.561 du 17 septembre 1980, *NV CGR Benelux*.

⁸² C.E., n°20.561 du 17 septembre 1980, *NV CGR Benelux*, C.E., n°41.756 du 26 janvier 1993, *Benayer*, C.E., n°62.449 du 9 octobre 1996, *Goedert*, C.E., n°63.152 du 20 novembre 1996, *De Zwarte Sluis Polder*, C.E., n°63.344 du 31 janvier 1997, *Robette* et C.E., n°81.584 du 1^{er} juillet 1999, *Balon*, C.E., n°111.032 du 4 octobre 2002, *Kote Mpanda*, C.E., n°137.033 du 5 novembre 2004, *Freches*, C.E., n°157.966 du 27 avril 2006, *Kachtiane*, C.E., n°161.404 du 19 juillet 2006, *Commune de Waimes*.

⁸³ C.E., n°123.480 du 25 septembre 2003, *SA Mobistar*.

qui lui est conféré⁸⁴ et (3) quand son retrait s'avère nécessaire à la suite d'une annulation contentieuse⁸⁵.

a.2.2) *L'acte créateur de droit illicite*

a.2.2.1) *Les principes*

34. Lorsque les modalités de retrait d'actes créateurs de droit illégaux ne sont pas régies spécifiquement par des lois particulières, le Conseil d'Etat, tout en autorisant leur rétractation afin de garantir le respect de la légalité, la subordonne néanmoins à la réunion de plusieurs conditions visant à préserver la sécurité juridique. En vertu de celles-ci, l'autorité administrative n'est habilitée à rétracter un acte illégal que dans la mesure où le Conseil d'Etat peut l'annuler.

35. Le Conseil d'Etat déduit de ce que le législateur l'a habilité à censurer les actes administratifs dans un délai déterminé qu'il a nécessairement permis à l'administration de les rétracter tant qu'ils demeurent précaires. Se fondant sur l'article 19 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 qui limite sa compétence d'annulation dans le temps, le Conseil d'Etat juge en effet que la possibilité de rétractation de leurs décisions individuelles illicites par les autorités administratives est limitée à la période durant laquelle il peut les censurer⁸⁶.

a) Le recours en annulation contre les décisions administratives peut être formé devant le

⁸⁴ Certains auteurs jugent que la renonciation au droit attribué et le retrait de l'acte administratif ne sont cependant licites qu'à la condition qu'ils ne portent pas atteinte aux droits que la décision administrative aurait également pu faire naître pour des tiers. Voy.P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 240.

⁸⁵ Cette dernière hypothèse semble concerner l'obligation de rétablissement de la légalité par l'autorité administrative suite à l'annulation d'une de ses décisions par le Conseil d'Etat. Il est permis de s'interroger si un tel acte dont le retrait s'impose pour rétablir la légalité est réellement régulier. S'il est requis de le faire disparaître ab initio pour effacer les conséquences illicites de la décision annulée, c'est qu'il est l'une d'entre elles. Partant, il ne s'agit sans doute pas d'un acte régulier de sorte que son retrait ne constitue pas véritablement une dérogation au principe d'interdiction de la rétractation des décisions créatrices de droit régulières. En ce sens, voy. à propos de la jurisprudence du Conseil d'Etat français relative au retrait des actes administratifs, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 9^{ème} édition 1990, p. 235.

⁸⁶ C.E., n°23.281 du 24 mai 1983, *Tommelein*, C.E., n°67.676 du 5 août 1997, *Roland* et C.E., n°94.687 du 11 avril 2001, *Adam*.

Conseil d'Etat dans un délai de soixante jours^{87/88}.

Pour les actes devant faire l'objet d'une mesure de publicité déterminée, telle une notification ou une publication, le délai de forclusion débute lors de son accomplissement⁸⁹. Pour ceux qui ne sont soumis à aucune forme de publicité, ce délai commence quand les requérants en ont connaissance⁹⁰.

S'agissant des actes qui ne sont notifiés qu'à leur destinataire et qui ne font pas l'objet d'une mesure de publicité à l'égard des tiers, le délai de recours ne débute pas nécessairement simultanément pour le destinataire et pour les tiers. Il se peut en effet que les tiers n'en aient connaissance que postérieurement à la notification.

Cette différence quant au point de départ du délai de recours devant le Conseil d'Etat, selon les personnes concernées, suscite une difficulté pour la détermination du moment à partir duquel une décision administrative devient définitive et n'est plus susceptible de retrait.

Dans certains arrêts, le Conseil d'Etat a jugé qu'eu égard à cette différence, une décision administrative peut devenir définitive à des moments distincts pour les administrés par rapport auxquels une mesure de publicité doit être respectée et pour les autres⁹¹.

Cette solution suscite des difficultés pratiques évidentes de sorte que dans d'autres arrêts, le Conseil d'Etat a préféré fixer le point de départ du délai de retrait pour tous les actes

⁸⁷ Article 4 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat. Voy. à propos des allongements et interruptions de délais ainsi que des délais spéciaux, M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 516 à 524.

⁸⁸ Diverses causes de suspension et d'interruption du délai de recours devant le Conseil d'Etat existent (Voy. P. Lewalle, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, n°s 392 à 416, pp. 705 à 734). Ainsi, l'article 19, alinéa 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat subordonne le commencement de ce délai à la mention dans l'acte attaqué de l'existence d'un recours devant le Conseil d'Etat et des modalités d'exercice de celui-ci. Cependant, le fait que l'autorité administrative n'ait pas précisé ces mentions, ne l'autorise pas à retirer la décision adoptée plus de soixante jours après sa notification à son destinataire (C.E., n°87.277 du 16 mai 2000, *Goullier* et C.E., n°90.287 du 18 octobre 2000, *Dechamp*).

⁸⁹ C.E., n°96.198 du 7 juin 2001, *Wellens et consorts*, C.E., n°103.139 du 4 février 2002, *SA Carrières unies de Porphyre*, C.E., n°103.142 du 4 février 2002, *El Maachi et Zana*, C.E., n°108.639 du 24 juin 2002, *Goebels*, C.E., n°151.649 du 23 novembre 2005, *Servais*, C.E., n°152.516 du 9 décembre 2005, *Lecloux et consorts*.

⁹⁰ C.E., n°103.139 du 4 février 2002, *SA Carrières unies de Porphyre*, C.E., n°103.142 du 4 février 2002, *El Maachi et Zana*, C.E., n°108.639 du 24 juin 2002, *Goebels*, C.E., n°151.649 du 23 novembre 2005, *Servais*.

⁹¹ C.E., n°20.179 du 11 mars 1980, *Leuridan*.

administratifs créateurs de droit, qu'ils soient soumis ou non à l'accomplissement de mesures de publicité, au jour de leur adoption⁹². Cette approche, assurément préférable pour la sécurité juridique, diffère toutefois de celle consacrée par la jurisprudence pour le calcul du délai de recours en annulation devant le Conseil d'Etat (notes 87 et 88).

Elle présente dès lors l'inconvénient qu'un acte qui pourrait encore être annulé par le Conseil d'Etat ne serait cependant plus susceptible d'être retiré par l'autorité administrative alors même que l'une des justifications de la théorie du retrait, élaborée par le Conseil d'Etat, est de permettre à l'administration de rétracter l'une de ses décisions dont elle relève l'illégalité afin d'éviter une procédure d'annulation inutile devant le Conseil d'Etat⁹³.

b) Lorsqu'avant l'expiration du délai de forclusion, un recours en annulation est formé devant le Conseil d'Etat contre un acte individuel créateur de droit, l'administration peut le retirer jusqu'à la clôture des débats⁹⁴, soit jusqu'au moment où le Conseil d'Etat est appelé à statuer.

L'autorité administrative n'est autorisée à retirer une décision que dans la mesure où le Conseil d'Etat est habilité à l'annuler. Ainsi, le Conseil d'Etat ne peut accueillir une requête que si elle est recevable. Il ne peut avoir égard, sous réserve des moyens d'ordre public, qu'aux moyens recevables qui sont soulevés par le requérant. Ces moyens doivent évidemment être fondés.

En conséquence, le Conseil d'Etat juge que l'autorité administrative n'a le pouvoir de retirer un acte créateur de droit, dont l'annulation est sollicitée, que si la requête est recevable. Le retrait ne peut se justifier qu'au regard d'une des illégalités, invoquées de façon recevable dans le recours, ou sur la base d'un moyen d'ordre public qui peut être soulevé d'office par le Conseil d'Etat⁹⁵.

Dans plusieurs arrêts, le Conseil d'Etat exclut toutefois qu'une décision créatrice de droit dont il peut prononcer l'annulation en raison de son irrégularité et du fait que le délai de recours n'est pas expiré, puisse être retirée lorsque l'erreur qui entache l'acte d'illégalité, est

⁹² C.E., n°14.445 du 14 janvier 1971, *Chamart*, C.E., n°43.595 du 30 juin 1993, *Huret* et C.E., n°116.127 du 19 février 2003, *Haddouti*.

⁹³ C.E., n°42.603 du 19 avril 1993, *Malpas* et C.E., n°116.127 du 19 février 2003, *Haddouti Voy.* également, M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 433 et P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 239.

⁹⁴ C.E., n°54.137 du 30 juin 1995, *Loos*, C.E., n°69.444 du 5 novembre 1997, *SC Groupe Multipharma* et C.E., n°123.480 du 25 septembre 2003, *SA Mobistar*.

⁹⁵ C.E., n°23.281 du 24 mai 1983, *Tommelein*, C.E., n°67.676 du 5 août 1997, *Roland* et C.E., n°94.687 du 11 avril 2001, *Adam*.

imputable au premier chef à l'autorité administrative qui l'a adopté⁹⁶.

c) Après l'épuisement du délai de recours, une décision individuelle créatrice de droit qui n'a pas été entreprise devant le Conseil d'Etat devient définitive. Il en est de même quand elle l'a été, dans ce délai, mais qu'après son expiration, le Conseil d'Etat a rejeté le recours. L'autorité administrative n'est alors plus autorisée à la retirer. Si elle le fait, l'acte de retrait est affecté d'une illégalité d'ordre public que le Conseil d'Etat soulève d'office en cas de recours⁹⁷.

a.2.2.2) *Les exceptions*

1. *Les actes obtenus par fraude*

36. Le Conseil d'Etat juge que les actes obtenus par fraude ne peuvent devenir définitifs⁹⁸. Il en est ainsi même s'ils ont pour objet sinon pour effet de conférer un droit⁹⁹.

La fraude doit émaner de celui au profit de qui la décision est prise. Elle consiste à faire croire à un fait inexistant ou à l'inverse, à cacher un fait existant afin de faire adopter un acte par l'administration¹⁰⁰.

⁹⁶ C.E., n° 13.829 du 9 décembre 1969, *Vrinszen*, C.E., n°76.966 du 18 novembre 1998, *Sanchez Montoya*, C.E., n°82.983 du 20 octobre 1999, *Alloule*, C.E., n° 123.480 du 25 septembre 2003, *SA Mobistar* et C.E., n° 156.155 du 9 mars 2006, *Bouhadria*. Cette jurisprudence est critiquée par la doctrine (M-A Flamme, *Droit administratif*, tome 1, Bruxelles, Bruylant, n°s 229bis, p. 539 et P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, note 85, p. 239).

⁹⁷ La violation du principe général du retrait des actes administratifs qui concerne la compétence des autorités administratives constitue une illégalité d'ordre public, voy. C.E., n° 110.439 du 18 septembre 2002, *Ekamba*, C.E., n° 110.539 du 20 septembre 2002, *Essien* et C.E., n° 116.127 du 19 février 2003, *Haddouti*. La méconnaissance par un acte de retrait de l'autorité de la chose jugée, attachée à un arrêt par lequel le Conseil d'Etat a rejeté un recours en annulation, est également une illécitité d'ordre public.

⁹⁸ C.E., n° 85.368 du 16 février 2000, *Shaheen*, C.E., n°91.259 du 30 novembre 2000, *Baha*, C.E., n° 106.389 du 6 février 2002 et C.E., n° 136.150 du 15 octobre 2004, *Ji*.

⁹⁹ L'acte obtenu par fraude peut avoir pour objet l'attribution d'un droit. Toutefois, eu égard à la fraude, il pourrait être soutenu que cet acte n'oblige jamais l'administration de sorte qu'il n'a pas pour effet d'accorder un droit à son bénéficiaire. Envisagée de la sorte, la possibilité de retirer, à tout moment, une décision obtenue frauduleusement ne constitue pas une dérogation aux règles régissant la rétractation des actes créateurs de droit.

¹⁰⁰ J. Jaumotte, "Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative", dans *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, n°28.3.3.2, p. 648.

2. Les actes inexistants

37. Le Conseil d'Etat admet également que les actes inexistants soient retirés à tout moment¹⁰¹. Ces actes sont de deux ordres. Il peut s'agir de décisions qui présentent une apparence d'existence mais qui en réalité n'ont pas été adoptées de sorte qu'elles n'ont pu produire d'effets juridiques¹⁰².

Tel est le cas d'un acte non signé ou qui n'a pas été voté¹⁰³. Peut-être pourrait-on considérer que constituent également de telles décisions, celles adoptées après l'épuisement d'un délai dans lequel l'autorité administrative pouvait statuer et à l'expiration duquel un effet est attaché à son silence par une norme législative¹⁰⁴?

Ces actes sont privés de force exécutoire mais eu égard à l'insécurité juridique que leur présence crée dans l'ordre normatif, le Conseil d'Etat accepte de les annuler¹⁰⁵. Leur retrait se justifie pour la même raison et étant donné leur absence de portée juridique, ils devraient être qualifiés d'actes inexistants et soumis aux règles de rétractation que le Conseil d'Etat applique à ces derniers¹⁰⁶.

38. Les actes inexistants peuvent également être ceux qui sont affectés d'une illégalité particulièrement grave au point "que chacun, dans le commerce juridique, peut aisément la

¹⁰¹ De la même manière que cela a été relevé pour les actes obtenus par fraude (note 97), l'acte inexistant peut avoir pour objet la création d'un droit sans pour autant avoir cet effet. Eu égard à son absence de portée juridique ou au fait que celle-ci doit être refusée en raison de l'irrégularité particulièrement grave qui l'affecte, une décision inexistante ne peut avoir pour effet de faire naître des droits. En conséquence, la possibilité de retirer, sans considération de délai, un acte inexistant qui avait pour objet de créer un droit, ne constitue pas réellement une dérogation aux règles applicables à la rétractation des décisions créatrices de droit.

¹⁰² C.E., n°123.480 du 25 septembre 2003, *SA Mobistar*.

¹⁰³ M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 436 et la jurisprudence citée.

¹⁰⁴ De la sorte, certaines normes législatives habilitant l'administration à prendre une décision, prévoient que si elle n'a pas statué dans un délai déterminé, son silence équivaut à un accord ou au contraire à un refus.

¹⁰⁵ C.E., n°88.579 du 30 juin 2000, *Botton*, C.E., n°113.605 du 12 décembre 2002, *SC Dick*, C.E., n°119.128 du 8 mai 2003, *Dejaegher* et C.E., n°147.481 du 7 juillet 2005, *Sprl Binot*.

¹⁰⁶ En ce sens, voy. C.E., n°17.478 du 4 mars 1976, *Van Outryve*.

discerner¹⁰⁷. Les cas dans lesquels le Conseil d'Etat a relevé de telles irrégularités sont rares¹⁰⁸.

a.3) *La notion d'acte non créateur de droit*

39. L'acte non créateur de droit est celui par lequel une autorité administrative ne confère pas un droit en vertu d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est accordé par une norme législative ou réglementaire.

40. Tel est le cas, quand elles ne font naître aucun droit, des décisions, comme le refus d'accorder un droit ou l'infliction d'une sanction, par lesquelles l'administration impose une contrainte¹⁰⁹.

41. Les actes récongnitifs de droit n'en sont pas non plus créateurs. Certains droits, conférés par des normes législatives ou réglementaires, impliquent l'exécution d'une prestation de la part de l'administration. Celle-ci est assurée par l'adoption d'un acte récongnitif. Cette prestation ne crée pas le droit, elle a pour seul objet l'exécution de l'obligation corrélative au droit de l'administré.

Ainsi, l'exercice ou le bénéfice de droits, attribués par des normes législatives ou réglementaires, peut être subordonné à l'adoption d'actes par l'autorité administrative. Par ceux-ci, l'administration reconnaît l'existence des droits et en assure à leurs titulaires la jouissance effective.

Tel est le cas d'un titre de séjour permettant à un étranger auquel la loi octroie le droit de séjourner en Belgique de l'exercer ou de la reconnaissance par un officier d'état civil du droit d'un étranger à la nationalité belge à la suite de laquelle il l'acquiert. La décision de verser des subventions à laquelle une école a droit, en vertu d'une norme législative, est également récongnitive de droit¹¹⁰.

Bien que ces actes confèrent un avantage¹¹¹, ils ne créent pas les droits reconnus, ils

¹⁰⁷ C.E., n° 123.480 du 25 septembre 2003, *SA Mobistar*, C.E., n° 137.585 du 24 novembre 2004, *Leroi* et C.E., n° 156.155 du 9 mars 2006, *Bouhadria*.

¹⁰⁸ C.E., n° 4.195 du 29 mars 1955, *Dielen* (engagement par l'administration d'un individu déchu de ses droits civiques pour des faits particulièrement graves) et C.E., n° 17.478 du 4 mars 1976, *Van Outryve*.

¹⁰⁹ Voy. supra les points 33 et 34 au sujet des décisions par lesquelles l'administration impose une contrainte mais fait également naître des droits.

¹¹⁰ Cass., 3 octobre 1996, *Pas.*, I- 351.

¹¹¹ Certains actes récongnitifs de droit ne conféreraient aucun avantage (voy. J-M Favresse, "La théorie du retrait des actes administratifs n'est-elle pas sujette à critique", *Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'Etat*, 1971, p. 165).

permettent à leurs titulaires d'en jouir. Les droits sont attribués par des normes législatives ou réglementaires et préexistent à la prise des actes récongnitifs¹¹².

42. Par ailleurs, la compétence qu'a l'administration d'adopter les actes récongnitifs est toujours liée. Les conditions auxquelles leur édicition est subordonnée sont en règle les mêmes que celles à la réunion desquelles est soumise la naissance des droits reconnus. En conséquence, l'autorité administrative ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire pour décider de reconnaître ou de refuser de reconnaître un droit.

Partant, à supposer que l'avantage consistant à être autorisé à exercer ou à bénéficier d'un droit soit, en soi, un droit¹¹³, il ne serait pas créé par l'acte récongnitif mais par la norme qui impose à l'administration de l'adopter lorsque les conditions qu'elle prescrit, sont rencontrées. En autorisant l'exercice ou le bénéfice du droit reconnu, l'autorité administrative ne crée pas le droit de l'exercer ou d'en bénéficier mais exécute l'obligation qui lui était imposée de permettre sa jouissance¹¹⁴.

43. Enfin, outre que certains actes inexistantes peuvent ne pas avoir pour objet de créer un droit, il a déjà été relevé que ceux qui ont cet objet, n'en sont pas non plus créateurs étant donné qu'ils ne peuvent avoir pour effet de créer des droits (supra note 99). Il pourrait être soutenu qu'il en est de même pour les décisions obtenues par fraude (supra note 97).

a.4) *Les conditions de retrait de l'acte non créateur de droit*

44. Le Conseil d'Etat juge que les décisions non créatrices de droit ne deviennent jamais définitives¹¹⁵. Elles peuvent être retirées à tout moment¹¹⁶.

L'exercice ou le bénéfice du droit reconnu ne serait pas subordonné à leur adoption. Il s'agirait d'actes se limitant à reconnaître l'existence d'un droit sans qu'aucun effet n'y soit attaché. Il est permis de s'interroger sur l'utilité de tels actes.

¹¹² En édictant les actes récongnitifs, l'autorité exécute les obligations corrélatives aux droits reconnus. Ainsi, en accordant un titre de séjour à un étranger bénéficiant d'un droit de résider en Belgique, l'autorité administrative exécute l'obligation qu'a l'Etat belge de lui permettre d'y séjourner qui est corrélatrice à son droit de séjour.

¹¹³ Soit un droit à la reconnaissance ou un droit à l'exercice du droit reconnu.

¹¹⁴ Par une décision créatrice de droit, l'administration s'impose, en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, une obligation à laquelle elle n'était pas assujettie. Par contre, en adoptant un acte récongnitif de droit, elle exécute une obligation qui préexistait et qui lui imposait de le prendre.

¹¹⁵ La doctrine est divisée quant au point de savoir si une décision non créatrice de droit peut être retirée quand elle est régulière. Selon certains, leur rétractation ne serait licite que lorsqu'elle sont illégales (P. Lewalle, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Faculté de droit, Liège et Martinus Nijhof, La Haye, 1975, pp. 242 à 249). Selon d'autres, leur retrait serait possible pour des raisons d'opportunité

Cette position a été critiquée par la doctrine en ce qui concerne les actes récognitifs. Il fut observé que leur rétractation pouvait affecter ceux qui se prétendent titulaires des droits d'une manière comparable à celle dont sont préjudiciés, par leur retrait, les bénéficiaires de décisions créatrices de droit¹¹⁷.

Effectivement, indépendamment du fait que celui auquel un droit est reconnu erronément, peut être affecté par son retrait, la rétractation de la reconnaissance d'un droit porte assurément atteinte à celui qui en est titulaire lorsque la décision récognitive est nécessaire pour qu'il puisse en bénéficier.

Le retrait d'un acte récognitif ne devrait donc pas être jugé licite si celui auquel le droit a été reconnu, peut s'en prévaloir. Un telle rétractation porte en effet atteinte au droit en cause et à la norme qui le consacre.

45. Il convient de relever cependant que les litiges relatifs aux retraits des actes récognitifs échappent, en règle, à la compétence du Conseil d'Etat. Etant donné qu'elles portent sur des droits subjectifs, ces contestations relèvent, en principe, des prérogatives des juridictions judiciaires¹¹⁸.

(M-A Flamme, *Droit administratif*, tome 1, Bruxelles, Bruylant, 1989, n°225, p. 524, J. Salmon, *Le Conseil d'Etat*, tome 1, Bruxelles, Bruylant 1994, p. 356, M. Van Damme et F. De Kegel, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Bruges, Die Keure, 1994, n°62, pp. 39 et 40, J. Jaumotte, "Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative", dans *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, n°28.3.1., p. 645, P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 241). Bien que le retrait d'un acte non créateur de droit ne soit pas de nature à porter atteinte à la sécurité juridique, il devrait être jugé illicite dans la mesure où l'administration ne peut se prévaloir d'aucun fondement juridique pour l'effectuer. Toutefois, eu égard au fait qu'une telle décision ne confère aucun droit, sa rétractation n'est pas susceptible d'affecter qui que ce soit de sorte que nonobstant l'irrégularité du retrait, personne ne pourrait se prévaloir de l'intérêt requis pour le contester.

¹¹⁶ C.E., n°77.051 du 19 novembre 1998, *Dusepulchre*.

¹¹⁷ J-M Favresse, "La théorie du retrait des actes administratifs n'est-elle pas sujette à critique", *Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'Etat*, 1971, p. 166, P. Martens, "L'exception d'illégalité: entre l'injustice et le désordre", observations sous C.E., n°28.435, 2 septembre 1987, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1988, p. 1538 et P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, note 85, p. 244.

¹¹⁸ L'article 144 de la Constitution réserve aux seules juridictions judiciaires la connaissance des contestations relatives aux droits civils. L'article 145 de la Constitution prévoit que les litiges portant sur les droits politiques sont tranchés par les juridictions judiciaires sauf si la loi en charge des juridictions administratives.

Si un administré estime avoir été privé de la jouissance d'un droit dont il est titulaire par le retrait d'un acte récognitif, il peut donc en contester la légalité devant les tribunaux de l'ordre judiciaire¹¹⁹.

b) Les conditions de retrait d'une décision administrative prescrites spécifiquement par une norme législative

46. Lorsque certaines normes législatives fixent des conditions spécifiques pour le retrait d'actes administratifs, le Conseil d'Etat admet que celles-ci prévalent sur les règles jurisprudentielles qu'il a définies dans le cadre de sa théorie générale.

47. Ainsi, le Conseil d'Etat juge que la rétractation de décisions créatrices de droit régulières, en principe interdite (supra point 33), est admissible quand la loi l'autorise¹²⁰. Une telle possibilité est prévue notamment par certaines législations relatives à la tutelle exercée sur les pouvoirs décentralisés¹²¹.

Ces normes permettent aux autorités de tutelle de suspendre des décisions prises par les entités subordonnées pour des motifs d'opportunité et non de légalité. Les instances dont les actes sont suspendus peuvent alors les retirer dans un délai déterminé en dépit du fait qu'ils sont réguliers.

48. Par ailleurs, la rétractation des décisions créatrices de droit irrégulières, qui ne peut être opérée, selon la théorie générale du Conseil d'Etat, après l'expiration du délai de recours, est susceptible de l'être quand une norme législative le permet¹²².

Tel est le cas de l'article 36 des lois coordonnées du 12 janvier 1973. Cette disposition habilite le Conseil d'Etat à ordonner à une autorité administrative, sous peine d'astreinte, de

¹¹⁹ Cass., 3 octobre 1996, *Pas.*, I- 351 (en l'espèce, un établissement d'enseignement contestait la décision prise de lui retirer les subventions auxquelles la loi conférait un droit lorsque certaines conditions étaient réunies).

¹²⁰ C.E., n°21.068 du 26 mars 1981, *Lootens*, C.E., n°22.934 du 11 février 1983, *Benoit*, C.E., n°25.391 du 29 mai 1985, *Rossignol* et C.E., n°123.480 du 25 septembre 2003, *SA Mobistar*.

¹²¹ Voy. notamment l'article 249 du décret provincial du Parlement de la Communauté flamande du 9 décembre 2005 et l'article 256 du décret communal du Parlement de la Communauté flamande du 15 juillet 2005 ainsi que l'article 9 de l'ordonnance du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale.

¹²² Il a été jugé par la Cour constitutionnelle, dénommée Cour d'arbitrage jusqu'7 mai 2007, que la fixation, par un législateur régional, d'un délai de retrait d'actes administratifs qui diffère du délai de recours devant le Conseil d'Etat, prescrit en application de l'article 19 des lois coordonnées du 12 juillet 1973, n'enfreint pas les règles de répartition des compétences au sein de l'Etat fédéral belge (C.A., n°7/96 du 18 janvier 1996, point B.1.5).

retirer une décision qu'elle a prise en violation de l'obligation d'abstention qui découle d'un arrêt par lequel le Conseil d'Etat a préalablement annulé l'un de ses actes. Une telle rétractation peut être imposée sans considération de délai¹²³.

49. Le retrait d'une décision créatrice de droit irrégulière devrait également être permis, suite à l'expiration du délai de recours, lorsque, dans des conditions particulières, une norme législative offre aux justiciables un nouveau délai pour demander au Conseil d'Etat de censurer un acte administratif.

Ainsi, la loi spéciale du 6 janvier 1989¹²⁴ prévoit qu'en dépit de l'écoulement du délai de recours devant le Conseil d'Etat, les décisions administratives, fondées sur une norme législative annulée par la Cour constitutionnelle ou sur un règlement basé sur cette loi, peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat dans un délai de six mois suivant la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle dans le Moniteur belge.

Pendant ce nouveau délai de recours, l'autorité administrative paraît être habilitée à rétracter un acte créateur de droit dont l'irrégularité se déduit de l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

L'article 17 de loi spéciale du 6 janvier 1989 permet par ailleurs aux justiciables d'obtenir l'annulation par le Conseil d'Etat d'une décision administrative devenue définitive à la suite d'un arrêt par lequel il a rejeté un recours dirigé contre cet acte. Les administrés sont en effet autorisés à demander la rétractation d'un arrêt du Conseil d'Etat, fondé sur une norme législative annulée par la Cour constitutionnelle ou sur un règlement basé sur cette loi, dans un délai de six mois suivant la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle dans le Moniteur belge¹²⁵.

Il leur est donc possible de requérir que le Conseil d'Etat substitue à un arrêt rejetant leur demande un autre annulant la décision dont ils sollicitaient la censure. Dans ce cas, le Conseil d'Etat rétractera son arrêt antérieur et annulera l'acte administratif qui était attaqué par le même arrêt de sorte que l'autorité administrative n'aura pas la possibilité de retirer sa décision après la rétractation de son arrêt par le Conseil d'Etat.

Les administrés peuvent également obtenir l'annulation d'un acte à la suite d'un arrêt de rejet

¹²³ L'absence de délai imposé aux justiciables pour demander au Conseil d'Etat qu'il impose une astreinte, a été jugée conforme aux exigences d'égalité et de non-discrimination prescrites par les articles 10 et 11 de la Constitution (C.A., n° 177/2006 du 22 novembre 2006). La Cour constitutionnelle a toutefois considéré qu'il lui semblait se déduire de l'arrêt par lequel le Conseil d'Etat l'interrogeait à titre préjudiciel que la demande d'astreinte devait être formée dans un délai raisonnable (point B.4. de cet arrêt).

¹²⁴ Article 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (Cour constitutionnelle).

¹²⁵ Une même possibilité de rétractation des décisions judiciaires passées en force de chose jugée est également prévue par les articles 10 et 16 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

du Conseil d'Etat s'il en opère le retrait. Il s'agit d'une possibilité que le Conseil d'Etat a aménagée par voie jurisprudentielle et dont il fait usage quand il constate, après le prononcé d'un arrêt, que suite à une erreur de notification d'un acte de procédure, les droits de la défense d'une des parties n'ont pas été respectés¹²⁶. Une voie de recours jurisprudentielle équivalente est également consacrée par la Cour de la Cassation en ce qui concerne ses arrêts¹²⁷.

50. Par contre, le Conseil d'Etat n'accepte pas qu'un délai de retrait plus long que celui qu'il a retenu, au titre de sa théorie générale, soit prévu par une norme réglementaire. Il ne peut l'être que par une loi. Le principe général du retrait des actes administratifs, consacré par le Conseil d'Etat, est fondé sur une interprétation des lois coordonnées du 12 janvier 1973 et a une valeur législative. Il ne peut dès lors être contredit par un règlement dont la portée normative est inférieure à celle d'une loi¹²⁸.

c) *Autorités compétentes pour retirer les actes administratifs*

51. L'autorité habilitée à rétracter une décision administrative est soit celle qui l'a prise, soit celle qui était compétente pour l'adopter¹²⁹.

2) La jurisprudence de la Cour de cassation¹³⁰

¹²⁶ C.E., n°57.479 du 11 janvier 1996, *Weselova* et C.E., n°134.344 du 20 août 2004, *Bou Sleiman*.

¹²⁷ Cass., 23 mars 1988, *Pas.*, I- 891, Cass. 23 février 1990, *Pas.*, I- 747, Cass., 22 juin 1998, *Pas.*, I- 330, Cass., 8 février 2000, *Pas.*, I- 99, Cass. 10 septembre 2002, P020742N.

¹²⁸ C.E., n°23.281 du 24 mai 1983, *Tommelein* et C.E., n°155.625 du 27 février 2006, *Lambert*. Ces arrêts du Conseil d'Etat concernent l'application de l'article 168, 1^{er} de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel des établissements d'enseignement de l'Etat. Cette disposition prévoit que les membres du personnel sont démis de leurs fonctions d'office et sans préavis s'ils n'ont pas été désignés ou nommés à titre définitif de façon régulière. Bien que le Conseil d'Etat juge que cette disposition qui impose un retrait, il est permis de se demander s'il ne s'agit pas plutôt d'obligation d'abrogation.

¹²⁹ C.E., n°136.931 du 29 octobre 2004, *Hublet* et C.E., n°156.827 du 23 mars 2006, *Hublet*.

¹³⁰ A propos de la jurisprudence de la Cour de cassation belge relative au retrait des actes administratifs, voy. Ph. Quertainmont, note sous *Cass.*, 21 avril 1988, "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels", *Revue critique de jurisprudence belge*, 1988, pp. 410 à 441, D. Lagasse, observations sous *Civ. Bruxelles* (4^{ème} ch.), 18 septembre 1987, *Journal des Tribunaux*, 1988, pp. 480 à 482, J. Salmon, *Le Conseil d'Etat*, tome 1, Bruxelles, Bruylant 1994, p. 360, M. Van Damme et F. De Kegel, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Bruges, Die Keure, 1994, n°s 100 à 104, pp. 70 à 74, M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 437 à 439, P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 244 et 245, A.

52. La jurisprudence de la Cour de cassation relative au retrait des actes administratifs individuels diffère de celle du Conseil d'Etat.

La Cour de cassation ne distingue pas les décisions administratives selon qu'elles créent ou non des droits mais seulement selon qu'elles sont régulières ou illicites¹³¹.

Cette position de la Cour de cassation est fondée sur une interprétation de l'article 159 de la Constitution. Cette disposition interdit aux cours et tribunaux d'appliquer les arrêtés et les règlements s'ils ne sont pas conformes aux lois.

La Cour de cassation déduit de l'article 159 de la Constitution une interdiction générale et permanente pour les juridictions judiciaires de donner un quelconque effet à un acte administratif illégal qu'il soit de portée générale¹³² ou individuelle¹³³. Cette prohibition s'applique en dépit du fait que l'illicéité est due à l'auteur de la décision administrative¹³⁴.

En conséquence, un juge judiciaire ne peut, selon la Cour de cassation, ordonner à l'administration d'exécuter un acte qu'elle a adopté s'il constate son irrégularité¹³⁵. Une telle inapplication perpétuelle d'une décision administrative individuelle correspond par ses effets

Mast, J. Dujardin, M. Van Damme, J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 17^{ème} édition, Mechelen, Kluwer, 2006, n°s 845, pp. 777.

¹³¹ Certes, la Cour de cassation apprécie parfois la régularité d'une rétractation en ayant égard au caractère reconnaissant de l'acte en cause et en affirmant, comme le Conseil d'Etat, qu'une telle décision peut être retirée à tout moment. Cependant, le retrait d'un acte reconnaissant de droit n'est admis par la Cour de cassation que s'il est illégal, c'est à dire quand le droit a été reconnu à un administré qui n'en était pas titulaire. Sa rétractation sans considération de délai n'est donc acceptée, en réalité, par la Cour de cassation qu'en raison de l'illicéité de cette décision, pas eu égard à son caractère reconnaissant. Voy. Cass., 3 octobre 1996, *Pas.*, I- 351.

¹³² Il est à noter que le Conseil d'Etat applique également l'article 159 de la Constitution aux actes réglementaires et contrôlent leur légalité, à titre incident, sans considération de délai.

¹³³ Cass., 21 avril 1988, *Pas.*, I- 983, Cass., 24 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I- 334, Cass., 22 mars 1993, *Pas.*, I- 309, Cass., 9 janvier 1997, *Pas.*, I- 20, Cass., 2 décembre 2002, C980460N, Cass. 23 octobre 2006, S050042F.

¹³⁴ Cass., 2 décembre 2002, C980460N.

¹³⁵ Cass., 21 avril 1988, *Pas.*, I- 983 avec la note de Ph. Quertainmont, "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels", *Revue critique de jurisprudence belge*, 1988, pp. 410 à 441.

à sa rétractation¹³⁶.

53. Les juridictions judiciaires ont non seulement le pouvoir mais également le devoir de vérifier la légalité des actes administratifs avant de les appliquer¹³⁷. Elles sont tenues de s'assurer tant de leur légalité interne qu'externe¹³⁸. Ce contrôle n'est pas limité aux irrégularités manifestes dont la décision peut être affectée¹³⁹.

L'article 159 de la Constitution constitue, pour la Cour de cassation, une application particulière d'un principe de droit plus général selon lequel un juge ne peut appliquer une décision ou une norme enfreignant une disposition supérieure¹⁴⁰.

54. Dans un arrêt du 2 décembre 2002, la Cour de cassation a en outre précisé, après avoir rappelé la portée de l'article 159 de la Constitution qui vient d'être décrite, qu'en rétractant d'office un acte entaché d'une illégalité manifeste, l'administration ne méconnaît pas sa mission constitutionnelle et légale même s'il confère des droits¹⁴¹.

Bien que la Cour de cassation n'ait pas affirmé explicitement, dans cet arrêt, que le pouvoir de rétractation de ses décisions administratives illégales par l'administration résulte de l'article 159 de la Constitution, elle semble, à tout le moins, avoir considéré que cette compétence est liée à l'interdiction, faite aux juges, par l'article 159 de la Constitution de les appliquer.

55. Eu égard à la permanence de cette prohibition, le pouvoir de rétractation, reconnu à l'autorité administrative par la Cour de cassation, ne devrait pas être limité dans le temps. Par contre, une restriction à sa compétence de retrait peut résulter de l'autorité de la chose jugée attachée à une décision d'une juridiction judiciaire.

Dans la mesure où celle-ci n'a pas été remise en cause, par l'exercice des voies de recours, et/ou ne peut plus l'être, l'administration n'est pas autorisée à retirer un acte administratif en se fondant sur un grief de légalité qui a rejeté par un juge judiciaire. Ce faisant, elle méconnaîtrait l'autorité de la chose jugée attachée à la décision judiciaire.

¹³⁶ D. Lagasse, observations sous *Civ. Bruxelles* (4^{ème} ch.), 18 septembre 1987, *Journal des Tribunaux*, 1988, point 3, p. 480 et "L'absence de toute autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'Etat devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de légalité administrative sur le principe de sécurité juridique", *Revue critique de jurisprudence belge*, 2000, point 13, p. 279.

¹³⁷ Cass. 23 octobre 2006, S050042F et Cass., 4 décembre 2006, S060066F.

¹³⁸ Cass., 4 décembre 2006, S060066F.

¹³⁹ Cass., 4 décembre 2006, S060066F.

¹⁴⁰ Cass., 8 avril 2003, P021165N.

¹⁴¹ Cass., 2 décembre 2002, C980460N.

Par contre, il en irait autrement si la critique de légalité était rejetée par le Conseil d'Etat étant donné que la Cour de cassation dénie toute autorité de la chose jugée à un arrêt de rejet du Conseil d'Etat¹⁴². En conséquence, si la rétractation d'une décision, justifiée par une illégalité qui n'a pas été retenue par le Conseil d'Etat, est, pour celui-ci, contraire à l'autorité de la chose jugée attachée à son arrêt, il n'en est pas de même pour la Cour de cassation.

56. Une autre limite au pouvoir de rétractation de ses décisions par l'administration peut éventuellement se déduire de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 2 décembre 2002. Dans cet arrêt, la Cour a effectivement fait état de la compétence qu'ont les pouvoirs publics de retirer leurs actes lorsqu'ils sont entachés d'une illégalité manifeste.

La question, non résolue à ce jour, se pose dès lors de savoir si cette précision, tenant au caractère manifeste de l'irrégularité, était due aux seules circonstances de l'espèce dans le cadre de laquelle l'illégalité en cause fut jugée évidente ou si la Cour a ainsi entendu limiter le pouvoir de l'administration de retirer, d'office, ses décisions dans les cas où leur illicéité est manifeste. Dans cette seconde option, les pouvoirs publics ne pourraient rétracter leurs actes, qui ne sont pas affectés d'une irrégularité évidente, qu'à la condition qu'ils aient été préalablement déclarés illicites par un juge.

57. Il convient enfin de préciser que la théorie générale du Conseil d'Etat relative au retrait des actes administratifs est également contredite par la Cour des Comptes. Celle-ci estime que l'article 180 de la Constitution lui impose de contrôler la légalité des dépenses de l'Etat sans limitation dans le temps. Elle en déduit que les décisions administratives illicites, emportant des dépenses, ne peuvent devenir définitives et refuse d'accorder son visa à leur propos sans avoir égard au temps écoulé depuis leur adoption¹⁴³.

¹⁴² Etant donné que les juridictions judiciaires tranchent des contestations ayant pour objet des droits subjectifs alors que le Conseil d'Etat statue sur la légalité objective des actes administratifs, la Cour de cassation juge qu'un arrêt de rejet du Conseil d'Etat ne peut avoir le même objet qu'un litige porté devant les tribunaux judiciaires. Eu égard à cette différence d'objet, les juridictions judiciaires ne peuvent se voir opposer l'autorité de la chose jugée attachée à un arrêt de rejet du Conseil d'Etat même si les contestations soulevées devant elles, le sont par les mêmes parties et ont trait à des causes identiques. Voy. D. Lagasse, "L'absence de toute autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'Etat devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de légalité administrative sur le principe de sécurité juridique", *Revue critique de jurisprudence belge*, 2000, pp. 257 à 289 ainsi que B. Lombaert, Fr. Tulkens et A. van der Haegen, "Cohérences et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours", dans *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 36 à 65.

¹⁴³ J-M Favresse, "La théorie du retrait des actes administratifs n'est-elle pas sujette à critique", *Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'Etat*, 1971, pp. 170 et 171, Ph. Quertainmont, note sous *Cass.*, 21 avril 1988, "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels", *Revue critique de jurisprudence belge*, 1988, pp. 423 à 429, M. Van Damme et F. De Kegel, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Bruges, Die Keure, 1994, n°s 88 à 99, pp. 60 à 70, M. Leroy, *Contentieux*

3) Conclusion

58. Il apparaît donc, au regard de ce qui précède, qu'en principe, les actes administratifs définitifs ne peuvent être retirés. Les décisions, susceptibles d'être rétractées sont celles qui sont affectées d'une cause de précarité temporaire¹⁴⁴ ou permanente¹⁴⁵ et qui donc ne sont pas définitives.

59. Des exceptions existent néanmoins. Ainsi, l'article 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989¹⁴⁶ permet, suite à l'annulation d'une loi par la Cour constitutionnelle, que des actes, basés sur celle-ci et qui, pour le Conseil d'Etat, sont devenus définitifs, après l'expiration du délai de recours, puissent à nouveau être entrepris devant lui. Ces décisions pourraient, conformément à la théorie générale du Conseil d'Etat, être retirées tant qu'il peut les annuler (supra point 49)¹⁴⁷.

60. Par ailleurs, les actes administratifs, devenus définitifs suite à un arrêt de rejet du Conseil d'Etat, peuvent, à nouveau, être annulés si le Conseil d'Etat rétracte son arrêt, en vertu de l'article 17 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, suite à l'annulation par la Cour constitutionnelle de la loi sur laquelle il était basé (supra point 49).

61. En outre, un acte administratif, rendu définitif par une décision judiciaire civile, passée en

administratif, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 439 et 440, P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 245, A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme, J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 17^{ème} édition, Mechelen, Kluwer, 2006, n°s 845, pp. 778.

¹⁴⁴ Tel est le cas des actes qui peuvent être retirés, en vertu de lois particulières, pendant un délai déterminé, y compris lorsqu'ils sont licites (supra). Il en est de même, selon la théorie générale du Conseil d'Etat, des décisions créatrices de droit illégales (supra).

¹⁴⁵ Tel est le cas pour la Cour de cassation des actes administratifs illégaux qu'ils soient ou non créateurs de droit. Il en est de même pour le Conseil d'Etat des décisions non créatrices de droits, des actes inexistantes et obtenus par fraude ainsi que des décisions pour lesquelles une loi particulière autorise la rétractation sans considération de délai (supra).

¹⁴⁶ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

¹⁴⁷ Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, les actes administratifs illicites ne deviennent jamais définitifs. Dès lors, l'administration peut les retirer sans considération de délai, y compris quand les actions judiciaires qui auraient pu être entreprises, suite à leur adoption, sont forcloses. Il pourrait en aller autrement quand l'irrégularité entachant la décision administrative n'est pas manifeste. Dans ce cas, il n'est pas exclu que sa rétractation soit subordonnée au constat préalable de son illicéité par un juge judiciaire (supra point 56).

force de chose jugée¹⁴⁸, est susceptible d'être, à nouveau, contesté devant la juridiction qui a adopté cette décision si elle est censurée par la Cour de cassation. Un pourvoi¹⁴⁹ est effectivement possible devant la Cour de cassation en cas de violation de la loi¹⁵⁰ ou des formes substantielles et prescrites à peine de nullité¹⁵¹.

62. Si le pourvoi en cassation est rejeté, un second pourvoi pourra, au surplus, être formé lorsque, postérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle annule une norme législative sur laquelle était basée la décision juridictionnelle passée en force de chose jugée¹⁵².

63. L'acte administratif, devenu définitif suite à une décision judiciaire passée en force de chose jugée, peut aussi être remis en cause quand la juridiction qui l'a rendue, la rétracte suite à l'annulation par la Cour constitutionnelle de la loi sur laquelle la décision était fondée¹⁵³.

64. Enfin, les décisions administratives devenues définitives, suite au rejet d'un recours par un arrêt du Conseil d'Etat ou par une décision judiciaire passée en force de chose jugée, peuvent également être, à nouveau, contestées dans les autres cas exceptionnels d'anéantissement de ces arrêts ou décisions. Ces autres hypothèses étant cependant complètement étrangères au sujet de la présente étude, il ne se justifie pas de les évoquer^{154/155/156}.

¹⁴⁸ Les décisions judiciaires en matière civile passent en force de chose jugée lorsqu'elles ne sont plus susceptibles de faire l'objet de recours ordinaires, à savoir l'opposition et l'appel (article 28 du code judiciaire).

¹⁴⁹ Il s'agit d'un recours extraordinaire ouvert contre les décisions passées en force de chose jugée.

¹⁵⁰ La notion de loi, visée à l'article 609 du code judiciaire, est comprise au sens large.

¹⁵¹ Article 609 du code judiciaire.

¹⁵² Article 15 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

¹⁵³ Article 16 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

¹⁵⁴ Ainsi, les arrêts du Conseil d'Etat peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation et d'une procédure de règlement de juges dans la seule mesure où ils portent sur la compétence du Conseil d'Etat pour statuer sur la demande dont il est saisi. Une demande de révision peut également être formée à l'encontre des arrêts du Conseil d'Etat dans les cas où une pièce a été retenue ou déclarée fautive. Les arrêts du Conseil d'Etat sont aussi susceptibles de faire l'objet de procédures d'opposition, de tierce opposition, de rectification d'erreur matérielle et d'une demande d'interprétation. A propos des voies de recours contre les arrêts du Conseil d'Etat, voy. M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 981 à 993.

¹⁵⁵ Les décisions judiciaires, passées en force de chose jugée, peuvent aussi être annulées suite à une procédure de prise à partie (cas notamment où les juges se sont rendus

2. *Les dispositions nationales relatives au retrait des décisions administratives définitives par un organe administratif :*

- a) *confèrent-elles des pouvoirs discrétionnaires pour statuer en la matière; ou*
- b) *prévoient-elle~ l'obligation de rapporter une décision sous certaines conditions?*

65. L'obligation de retirer ses décisions peut être imposée aux autorités administratives par des normes particulières¹⁵⁷. En dehors de ces cas, les conditions de rétractation des actes administratifs sont régies par les règles jurisprudentielles définies par le Conseil d'Etat et par la Cour de cassation (supra question 1).

66. Ces juridictions n'ont jamais précisé si l'administration avait l'obligation ou seulement la faculté de retirer ses décisions. S'agissant du Conseil d'Etat, il lie le pouvoir de rétractation des actes créateurs de droit illicites par les autorités administratives à sa compétence pour les annuler (supra question 1).

Or, confronté à une requête recevable et fondée, le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité d'annuler l'acte attaqué mais doit le censurer¹⁵⁸. Il pourrait dès lors être inféré de cette obligation du Conseil d'Etat, celle de l'administration de retirer ses décisions créatrices de droit illicites tant qu'elles demeurent précaires. Cette conclusion doit néanmoins être nuancée.

coupables de dol ou de fraude ou quand il y a déni de justice). Elles sont également susceptibles de faire l'objet d'une tierce opposition et d'une requête civile (cas notamment où, depuis la décision, il a été recouvré des pièces décisives et qui avaient été retenues par le fait de la partie, où, entre les mêmes parties, agissant en mêmes qualités, il y a incompatibilité de décisions rendues sur le même objet et sur la même cause, où il a été jugé sur pièces, déclarés fausses depuis la décision ou encore quand une décision est fondée sur un jugement ou arrêt rendu en matière répressive qui a été ensuite annulé).

¹⁵⁶ Le sort des décisions judiciaires pénales n'est pas non plus analysé dans le présent rapport étant donné qu'elles n'ont pas pour objet direct la contestation d'actes administratifs mais la condamnation de personnes en raison des infractions qu'elles ont commises.

¹⁵⁷ Telle est la portée que le Conseil d'Etat donne à l'article 168, 1^{er} de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel des établissements d'enseignement de l'Etat. Il est toutefois permis de se demander si cette disposition n'impose pas plutôt une obligation d'abrogation que de retrait. Bien que le Conseil d'Etat juge l'article 168, 1^{er} de l'arrêté royal du 22 mars 1969 illégal dans la mesure où il imposerait le retrait d'un acte créateur de droit illicite dans un délai plus long que le délai de recours (C.E., n°23.281 du 24 mai 1983, *Tommelein* et C.E., n°155.625 du 27 février 2006, *Lambert*), une rétractation, opérée sur sa base, y compris après l'expiration du délai de recours devant le Conseil d'Etat, serait jugée régulière par la Cour de cassation (supra question 1).

¹⁵⁸ P. Martens, "L'exception d'illégalité: entre l'injustice et le désordre", observations sous C.E., n°28.435, 2 septembre 1987, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1988, p. 1545.

Il a été précisé en effet que le Conseil d'Etat ne reconnaît pas aux autorités administratives un pouvoir de retrait complètement équivalent à sa compétence d'annulation. En effet, le Conseil d'Etat leur dénie la capacité de retirer des actes créateurs de droit si elles sont responsables au premier chef de l'illégalité qui les affecte (supra question 1). Dans de telles hypothèses, l'administration n'est donc pas tenue de rétracter une décision créatrice de droit en dépit de son irrégularité.

67. Concernant les actes qui peuvent être retirés sans limitation dans le temps¹⁵⁹, leur rétractation devrait également être requise quand ils sont irréguliers. En effet, le pouvoir exécutif étant soumis à la loi, il ne peut adopter d'actes qui l'enfreignent.

S'il le fait, il doit effacer les illégalités commises excepté lorsque des exigences de sécurité juridique s'y opposent. S'agissant de décisions dont le Conseil d'Etat admet qu'elles peuvent être retirées sans considération de délai car leur rétractation n'attente pas à la sécurité juridique, le respect de la légalité devrait donc être assuré pleinement.

68. La Cour de cassation, pour sa part, opère un lien entre le pouvoir que l'article 159 de la Constitution confère aux juridictions judiciaires de contrôler la légalité des actes administratifs et la compétence qu'a l'administration de les retirer (supra question 1).

Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que ce pouvoir des tribunaux judiciaires, est également un devoir (supra question 1). En conséquence, il pourrait en être déduit que la compétence de rétractation des actes administratifs illégaux par les autorités administratives n'est pas seulement une faculté mais une obligation.

3. La possibilité (ou l'obligation) de retrait des décisions administratives définitives dépend-elle de la raison de leur incompatibilité avec la législation européenne ? Veuillez examiner les cas suivants

- a) *à la lumière du jugement subséquent de la CJCE, une décision administrative s'est avérée être incompatible avec la législation européenne ou basée sur l'interprétation erronée de celle-ci (comme dans l'affaire Kühne & Heitz et Kempter);*
- b) *les dispositions légales nationales qui ont servi de base juridique à une décision contestée étaient incompatibles avec la législation européenne (comme dans l'affaire i-21 Allemagne);*
- c) *une décision administrative a violé la législation européenne ou a été prise sans égard pour la jurisprudence de la CJCE.*

69. Il a été exposé en réponse à la première question qu'aucune norme belge ne prévoit une possibilité ou une obligation de retrait d'une décision administrative, spécifiquement en raison de la méconnaissance du droit communautaire. Dès lors, la cause de la violation du droit de la Communauté est indifférente pour déterminer si un acte administratif peut ou doit être rétracté.

¹⁵⁹ A savoir, les actes non créateurs de droit, les décisions inexistantes et obtenues par fraude ainsi que les actes dont une loi particulière permet le retrait sans limitation dans le temps.

a) Dans les hypothèses concernées par les affaires *Kühne & Heitz* ou *Kempter*¹⁶⁰, il convient de distinguer selon que le rejet du recours a été opéré par le Conseil d'Etat ou par la Cour de cassation.

70. S'il l'a été par le Conseil d'Etat, l'administré conserve la possibilité, malgré cet arrêt de rejet, de solliciter, auprès des juridictions judiciaires, la protection des droits qui lui sont conférés par la législation communautaire étant donné que la Cour de cassation dénie toute autorité de la chose jugée à un arrêt de rejet du Conseil d'Etat (supra question 1).

Par contre, le justiciable ne peut saisir, à nouveau, le Conseil d'Etat du même recours dès lors qu'à la différence de la Cour de cassation, il attache à ses arrêts de rejet une autorité de la chose jugée et que celle-ci fait obstacle à la réitération d'une demande ayant déjà été tranchée. Toutefois, bien qu'un tel cas ne se soit jamais présenté, il pourrait éventuellement être envisagé que l'administré dont le recours aurait été rejeté sans que le Conseil d'Etat interroge, à titre préjudiciel, la Cour de justice des Communautés européennes, alors qu'il y était tenu, sollicite le retrait de l'arrêt du Conseil d'Etat.

Par cette voie de recours jurisprudentielle, le Conseil d'Etat admet en effet que des erreurs, commises par le greffe, et ayant porté atteinte aux droits de la défense d'une des parties puissent justifier le retrait de ses arrêts (supra question 1 point 49). Dès lors, peut-être le Conseil d'Etat pourrait-il accepter de retirer également ses décisions lorsque la protection des droits d'un justiciable n'a pu être valablement assurée en raison de ce qu'il aurait méconnu son obligation de renvoi préjudiciel.

71. En outre, si le délai de recours en annulation devant la Cour constitutionnelle n'est pas forclus¹⁶¹ lorsqu'un arrêt préjudiciel de la Cour de justice des Communautés européennes fait apparaître la contrariété au droit communautaire d'une loi ayant fondé un arrêt par lequel le Conseil d'Etat a rejeté une requête contre une décision administrative, la censure de cette norme législative peut être sollicitée à la condition que la méconnaissance du droit de la Communauté constitue également une violation de la Constitution (infra point 69).

Si cette loi est annulée, l'administré peut demander au Conseil d'Etat, en vertu de la loi spéciale du 6 janvier 1989, de rétracter son arrêt fondé sur la norme législative annulée et de censurer l'acte administratif (supra question 1 point 49).

72. Si le recours contre une décision administrative a été rejeté par une juridiction judiciaire

¹⁶⁰ Il s'agit de situations dans lesquelles un grief d'illégalité, tiré de la violation du droit communautaire, est rejeté par une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours sans qu'elle ait interrogé la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel et qui ultérieurement, suite à un arrêt préjudiciel de la Cour de justice, s'avère avoir été fondé.

¹⁶¹ Les délais de recours en annulation devant la Cour constitutionnelle sont fixés par les articles 3 à 4 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

passée en force de chose jugée¹⁶², suite à l'expiration des délais de recours ou après l'épuisement des voies de recours, la légalité de cet acte administratif ne peut, en principe, plus être remise en cause ni devant les juridictions judiciaires, ni devant le Conseil d'Etat¹⁶³.

Il en est ainsi également si un arrêt préjudiciel de la Cour de justice des Communautés européennes fait apparaître la contrariété de la décision administrative au droit communautaire, y compris dans l'hypothèse où la juridiction judiciaire aurait méconnu son obligation de renvoi préjudiciel.

73. Un acte administratif, devenu définitif suite à une décision judiciaire civile passée en force de chose jugée, peut toutefois être remis en cause quand la juridiction qui l'a rendue, la rétracte suite à l'annulation par la Cour constitutionnelle de la loi sur laquelle la décision était fondée¹⁶⁴.

74. Un tel acte administratif est aussi susceptible d'être, à nouveau, contesté devant la juridiction qui a adopté la décision passée en force de chose jugée si elle est censurée par la Cour de cassation. Un pourvoi devant la Cour de cassation, qui constitue un recours extraordinaire, est effectivement possible en cas de violation de la loi¹⁶⁵ ou des formes substantielles et prescrites à peine de nullité¹⁶⁶.

75. Si le pourvoi en cassation est rejeté, un second pourvoi pourra, au surplus, être formé lorsque, postérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle annule une norme législative sur laquelle était basée la décision juridictionnelle passée en force de chose jugée¹⁶⁷.

76. Par ailleurs, la rétractation d'un arrêt de la Cour de cassation est susceptible d'être sollicité dans des conditions comparables à celles dans lesquelles le retrait d'un arrêt du Conseil d'Etat est envisageable (supra). Peut-être serait-il dès lors possible pour un administré de tenter d'obtenir de la Cour de cassation la rétractation d'une de ses décisions si

¹⁶² Les décisions judiciaires en matière civile passent en force de chose jugée lorsqu'elles ne sont plus susceptibles de faire l'objet de recours ordinaires, à savoir l'opposition et l'appel (article 28 du code judiciaire).

¹⁶³ Voy. aussi supra point 60.

¹⁶⁴ Article 16 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

¹⁶⁵ La notion de loi, visée à l'article 609 du code judiciaire, est comprise au sens large. Elle englobe également le droit communautaire revêtu d'effet direct.

¹⁶⁶ Article 609 du code judiciaire.

¹⁶⁷ Article 15 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

celle-ci est rendue en violation de son obligation de renvoi préjudiciel¹⁶⁸.

77. Enfin, les décisions administratives devenues définitives, suite au rejet d'un recours par un arrêt du Conseil d'Etat ou par une décision judiciaire passée en force de chose jugée, peuvent également être contestées, à nouveau, dans les autres cas exceptionnels d'anéantissement de ces arrêts ou décisions. Ces autres hypothèses étant cependant complètement étrangères au sujet de la présente étude, il ne se justifie pas de les évoquer (supra question 1 point 64).

b) S'agissant de la situation concernée dans l'affaire *i-21 Germany*¹⁶⁹, il convient d'opérer une distinction selon que sont appliquées les règles prescrites par le Conseil d'Etat ou celles définies par la Cour de cassation.

78. Selon la théorie générale du Conseil d'Etat, si un acte administratif illicite ne peut plus être contesté devant lui en raison de l'épuisement du délai de recours, son retrait ne sera possible que si une loi particulière l'autorise, s'il n'est pas créateur de droit, s'il est inexistant ou s'il a été obtenu par fraude (supra question 1).

L'annulation d'une décision définitive par le Conseil d'Etat ou sa rétractation par l'administration sera également permise, même si elle est créatrice de droit, lorsqu'elle est fondée sur une norme législative annulée par la Cour constitutionnelle ou sur un règlement basé sur cette loi (supra question 1).

A cet égard, bien que la Cour constitutionnelle ne s'assure de la validité des normes législatives qu'au regard de la Constitution, elle peut néanmoins contrôler, dans certains cas, la compatibilité d'une loi avec les dispositions constitutionnelles envisagées conjointement avec le droit international conventionnel¹⁷⁰.

79. Lorsqu'un acte administratif illicite ne peut plus être contesté devant les juridictions judiciaires, en raison de l'épuisement des délais de recours, son retrait par l'administration reste néanmoins possible étant donné que la Cour de cassation juge qu'une décision irrégulière, ne peut recevoir, conformément à l'article 159 de la Constitution, aucune application et ce sans limitation dans le temps (supra question 1 points 52 à 56).

¹⁶⁸ Il convient de relever cependant que, dans un contexte toutefois différent, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 14 juin 2006 (P060073F), que l'autorité de la chose jugée, attachée à l'arrêt d'une juridiction dont les décisions étaient susceptibles de recours, ne pouvait être écartée pour la seule raison que la Cour d'appel aurait méconnu le droit communautaire en y déclarant conforme un arrêté royal qui ne l'était pas.

¹⁶⁹ Il s'agit d'une situation dans laquelle un acte n'est pas contesté dans les délais prescrits et contre lequel un recours est formé devant une juridiction, après qu'il fut devenu définitif, pour qu'elle ordonne à l'administration de le retirer en raison de sa contrariété avec le droit communautaire.

¹⁷⁰ C.C., n°49/2001 du 18 avril 2001, C.C., n°137/2006 du 14 septembre 2006 et C.C., n°145/2006 du 28 septembre 2006.

Cependant, l'administré ne pourra contraindre l'autorité administrative à rétracter un acte illicite, bien qu'elle en conserve le pouvoir, si l'ensemble des actions qu'il aurait pu entreprendre à son encontre, devant les juridictions judiciaires, sont forcloses, y compris celle visant à ce qu'elles enjoignent à l'autorité administrative de le retirer.

Par ailleurs, un doute existe, au regard d'un arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 2002, quant au point de savoir si l'administration n'est autorisée à retirer, d'office, ses décisions que si elles sont affectées d'une illégalité manifeste (supra question 1 points 54 et 56). Si tel était le cas, un acte qui n'aurait pas été contesté, dans les délais requis, et qui n'aurait pas été déclaré illicite par une juridiction judiciaire, ne pourrait être rétracté par l'autorité administrative quand l'irrégularité qui l'entache n'est pas manifeste.

c) Une décision administrative, prise en violation du droit communautaire, peut être retirée dans les conditions, définies par le Conseil d'Etat et par la Cour de cassation, à propos des actes illicites (supra question 1 points 29 à 59).

4. *Pour qu'une décision administrative définitive contraire au droit communautaire soit rapportée, faut-il préalablement qu'une partie (une personne concernée) :*

a) *conteste (attaque) la décision au cours de la procédure administrative?*

b) *interjette appel de la décision devant la juridiction? Est-il suffisant de saisir la juridiction nationale du premier ressort (inférieur) ou faut-il épuiser toutes les voies de recours?*

c) *fasse usage d'une autre voie de recours prévue par la loi nationale? Quel type de recours (médiateur, etc.)?*

80. Il n'est pas requis pour qu'une décision illégale puisse être rapportée qu'elle ait été contestée au cours de la procédure administrative menant à son adoption ou qu'une action auprès d'une instance non juridictionnelle, tel un médiateur, ait été entreprise¹⁷¹.

81. En principe, une juridiction ne doit pas davantage avoir été saisie. Si l'acte administratif est illégal, ce qu'il sera en cas de méconnaissance du droit communautaire, il doit être retiré. Il le devra sans considération de délai au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il pourra l'être, selon le Conseil d'Etat, quand l'acte est créateur de droit, tant qu'il sera

¹⁷¹ Certains recours sont organisés par la législation belge devant des instances administratives supérieures contre des actes adoptés par des autorités subordonnées. Le Conseil d'Etat exige que ces recours administratifs soient exercés avant qu'un acte puisse être soumis à sa censure. Dans de telles hypothèses, l'administration devrait être habilitée également à retirer sa décision malgré qu'elle ne puisse pas encore faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Certes, le Conseil d'Etat lie la compétence de rétractation de leurs actes par les autorités administratives à son pouvoir d'annulation. Néanmoins, s'il juge irrecevable une requête en annulation contre une décision qui doit faire préalablement l'objet d'un recours administratif, c'est n'est pas parce qu'il n'aurait pas la capacité de l'annuler mais en raison du fait que cet acte est encore susceptible de disparaître à l'issue du recours administratif. Par ailleurs, dans la logique de la théorie générale du Conseil d'Etat, le pouvoir de retrait de ses actes par l'autorité administrative pourrait être déduit de celui qu'a l'instance administrative de recours de les abolir.

susceptible d'être annulé (supra questions 1 et 2 points 29 à 63).

82. A cet égard, s'il n'est pas nécessaire, en application de la théorie générale du Conseil d'Etat, qu'un recours en annulation ait été formé pour qu'une décision créatrice de droit illégale puisse être retirée, elle ne sera néanmoins susceptible de continuer à pouvoir l'être, après l'écoulement du délai de forclusion, que si le Conseil d'Etat a été saisi avant son expiration.

83. De même, si, en principe, une action n'est pas requise devant une juridiction judiciaire pour qu'une autorité administrative soit habilitée à rétracter un acte irrégulier, c'est à la condition évidemment que son illicéité soit établie. Si elle est démentie par la décision d'un juge judiciaire, l'administré qui souhaiterait néanmoins obtenir la rétractation de cet acte, devra contester la décision judiciaire, par l'exercice des voies de recours juridictionnelles, de manière à en obtenir la réformation.

84. Une exception au principe selon lequel une juridiction judiciaire ne doit pas avoir été saisie pour qu'une décision administrative illicite puisse être retirée, pourrait cependant se déduire d'un arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 2002. La question se pose en effet de savoir si par cet arrêt, la Cour de cassation n'a pas entendu limiter le pouvoir des autorités administratives de retirer, d'office, leurs actes illégaux, sans le contrôle préalable du juge judiciaire, aux cas où ils sont entachés d'une irrégularité manifeste (supra questions 1 et 2, points 54 et 56).

5. En ce qui concerne l'admissibilité du retrait des décisions administratives définitives qui sont contraires au droit communautaire, est-il important qu'une partie (une personne concernée) soulève la question de la violation du droit communautaire au cours de la procédure administrative ou devant la juridiction nationale ? (cette question s'est posée dans l'affaire Kempter).

85. Dans l'affaire *Kempter*, la question de savoir si la violation du droit communautaire devait avoir été invoquée devant la juridiction nationale, n'ayant pas interrogé à titre préjudiciel la Cour de justice des Communautés européennes, a été soulevée en vue de déterminer si le droit de la Communauté requiert, dans de telles circonstances, le retrait d'un acte administratif, devenu définitif, après que le juge national eut rejeté les critiques de légalité adressées à son encontre.

86. La présente question, par contre, ne concerne pas les exigences du droit communautaire mais du droit belge. Or, s'agissant de la législation belge, il a été relevé qu'en principe, seuls les actes qui ne sont pas définitifs peuvent être rétractés. Exceptée l'hypothèse de la cassation d'une décision judiciaire, passée en force de chose jugée, pour violation du droit communautaire¹⁷², les autres cas dans lesquels un acte administratif définitif peut être exceptionnellement remis en cause, sont étrangers à la violation du droit de la Communauté

¹⁷² Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un acte administratif définitif peut être à nouveau contesté suite à de la cassation, pour une violation du droit communautaire, d'une décision judiciaire, passée en force de chose jugée (supra).

ou à tout le moins n'y sont pas directement liés (supra questions 1 et 3, points 49 et 58 à 64)¹⁷³.

87. S'agissant des décisions administratives illicites qui demeurent précaires, leur retrait n'est pas subordonné au fait qu'il ait été sollicité, ni dès lors à la circonstance qu'une irrégularité déterminée ait été invoquée pour justifier une demande de rétractation.

Cependant, selon la théorie générale du Conseil d'Etat, s'il a été saisi d'une requête avant l'expiration du délai de recours, l'acte attaqué ne peut plus être retiré, après que ce délai eut expiré, qu'en considération d'une des illégalités invoquées dans la demande.

Il en va néanmoins autrement quand l'irrégularité alléguée est d'ordre public. Dans ce cas, l'autorité administrative peut rétracter sa décision illicite en raison de l'illégalité d'ordre public dont elle est entachée bien qu'elle n'ait pas été soulevée dans la requête en annulation (supra question 1 point 35). Tel est le cas précisément en ce qui concerne les violations du droit communautaire qui revêtent un caractère d'ordre public (infra question 6).

Par ailleurs, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, le retrait d'un acte administratif pourrait être subordonné à l'invocation de la méconnaissance du droit de la Communauté devant un juge judiciaire lorsque l'illégalité qui l'entache, n'est pas manifeste. En effet, comme cela a déjà été relevé, il n'est pas exclu que la Cour de cassation ait entendu limiter le pouvoir de rétractation, d'office, de leurs décisions par les autorités administratives aux cas où ils affectés d'irrégularité manifeste (supra).

6. Conformément à la législation nationale, une juridiction nationale contrôlant la légalité des décisions administratives prend-elle en compte les dispositions du droit communautaire :

a) à la demande des parties uniquement?

b) de sa propre initiative (d'office)?

88. Le Conseil d'Etat juge que les violations du droit international conventionnel, revêtu d'effet direct, sont des illégalités d'ordre public¹⁷⁴. Il les soulève dès lors d'office sans que les parties ne doivent s'en prévaloir.

¹⁷³ Comme cela a été relevé (supra question 3, point 70), l'annulation de la loi par la Cour constitutionnelle peut être justifiée par sa violation de la Constitution envisagée de manière conjointe avec des dispositions de droit communautaire. Toutefois, la cause de la rétractation de la décision administrative définitive ne sera pas directement la méconnaissance du droit de la Communauté, ni de la Constitution mais l'annulation de la loi permettant que l'acte administratif qui était définitif, redevienne précaire.

¹⁷⁴ C.E., n°81.879 du 20 juillet 1999, C.E., n°126.157 du 8 décembre 2003, *SA Belgacom Mobile* ainsi que C.E., 168.089 et 168.090 du 21 février 2007, *Sprl Biorim*. Voy. à propos du caractère d'ordre public des moyens tirés de la violation du droit communautaire devant le Conseil d'Etat, P. Gilliaux, "Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes- l'expérience du Conseil d'Etat belge", *Administration publique*, 2003/1, pp. 22 et 23.

89. La Cour de cassation a également considéré que des méconnaissances du droit communautaire constituent des irrégularités d'ordre public¹⁷⁵. Elles peuvent donc être prises en considération par le juge judiciaire, de sa propre initiative, même si les parties n'en ont pas fait état.

7. Les pouvoirs décrits dans la sixième question sont-ils mis en oeuvre différemment si l'affaire est examinée par la juridiction dont les jugements ne font l'objet d'aucun recours juridictionnel en vertu de la législation nationale ?

90. Les juridictions soulèvent les moyens d'ordre public, d'office, sans qu'importe le fait que leurs décisions puissent ou non faire l'objet d'un recours.

91. Le caractère d'ordre public des illégalités qui peuvent entacher les actes administratifs, est précisé par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat¹⁷⁶. La Cour de cassation a défini la législation d'ordre public comme celle qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société¹⁷⁷.

8. Lorsqu'une décision administrative, qui est devenue définitive à la suite d'un jugement prononcé par une juridiction nationale, s'est avérée être contraire à la législation européenne, convient-il :

- a) de rapporter la décision administrative (comme dans l'affaire Kühne) ; ou*
- b) de rouvrir les débats ?*

92. Il a été répondu à cette question dans le cadre de l'exposé relatif à la troisième question (points 69 à 76).

9. L'arrêt de la CJCE dans l'affaire Kapferer concernait des points de droit civil. Pensez-vous que le point de vue de la CJCE (point 24 de l'arrêt Kapferer) est également applicable aux jugements des juridictions administratives nationales ?

93. La position, adoptée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Kapferer*, semble applicable aux décisions juridictionnelles sans qu'importe le fait qu'elles aient trait à des contestations civiles ou administratives. La Cour de justice s'est en effet exprimée, en termes généraux, au sujet de l'importance attachée à l'autorité de la chose jugée des arrêts nationaux.

La Cour de justice a indiqué que le droit communautaire n'imposait pas à "une juridiction nationale", quelle qu'elle soit, d'écarter les règles de droit interne conférant l'autorité de la chose jugée à une décision même si cela permettait de remédier à une violation du droit

¹⁷⁵ Cass., 18 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I- 71.

¹⁷⁶ A propos des illégalités jugées d'ordre public par le Conseil d'Etat, voy. M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 358 à 361.

¹⁷⁷ Cass. 24 janvier 1985, *Pas.*, I- 606 et Cass., 10 mars 1994, I- 237.

communautaire. A tout le moins, il semble en être ainsi, pour la Cour, lorsque les normes nationales organisant les recours juridictionnels respectent les principes d'équivalence et d'effectivité.

94. Quant au doute, émis par la Cour de justice des Communautés européennes, à propos de l'applicabilité des conditions de l'arrêt *Kühne & Heitz*, dans le contexte de l'arrêt *Kapferer*, il ne paraît pas l'avoir été en raison de ce que le premier avait trait à une décision administrative alors que le second concernait une contestation de droit civil.

Cette interrogation de la Cour ne semble avoir porté que sur le fait de savoir si les conditions applicables à un acte administratif pouvaient l'être aussi à une décision juridictionnelle.

10. Quelle est votre interprétation des arrêts mentionnés ci-dessus de la CJCE (Kühne, i-21 Allemagne) :

- a) la CJCE accepte le principe de l'autonomie procédurale des Etats membres ; ou*
- b) s'agit-il de faire aux Etats membres l'obligation d'introduire, au besoin, des voies de droit de manière à s'assurer que le principe de la pleine effectivité de la législation européenne est respecté?*

95. La portée des arrêts *Kühne & Heitz NV* et *i-21 Germany* a été examinée précédemment aux points 17 à 26. Il pourrait en ressortir que le retrait d'un acte administratif, devenu définitif à la suite d'une décision juridictionnelle nationale, n'est pas requis pour effacer les conséquences d'une violation du droit communautaire lorsque la législation d'un Etat membre exclut, pour des raisons de sécurité juridique, que cet acte soit remis en cause.

Il en serait ainsi, y compris quand le juge interne a statué en méconnaissant son obligation de renvoi préjudiciel et que la contrariété au droit communautaire de la décision administrative a été révélée par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes rendu postérieurement au jugement national.

Les recours à l'issue desquels la décision administrative devient intangible doivent cependant être aménagés conformément aux principes de droit communautaire d'effectivité et d'équivalence. Les modalités de procédure ne peuvent être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne et ne peuvent rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de la Communauté.

Lorsqu'un acte administratif est devenu définitif suite à une décision juridictionnelle rendue dans les conditions qui viennent d'être décrites, les Etats membres ne seraient donc pas contraints d'organiser des voies de recours permettant leur remise en cause. Par contre, si de tels recours existent, une administration nationale serait obligée, dans ces circonstances, de rétracter sa décision ou à tout le moins de vérifier la mesure dans laquelle elle peut l'être, quand la législation interne permet ou impose son retrait dans des cas déterminés¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles le droit national permet le retrait d'un acte administratif définitif, soit directement eu égard à sa contrariété au droit communautaire, soit

96. La portée de ces arrêts est toutefois incertaine. En effet, bien que la première condition, prescrite par l'arrêt *Kühne & Heitz NV*¹⁷⁹, paraît requise pour que le retrait d'un acte administratif s'impose, il semble par contre que toutes les conditions ne doivent pas nécessairement être réunies (supra points 17 à 22)¹⁸⁰.

La question se pose dès lors de savoir si certaines d'entre elles sont cumulatives. Par ailleurs, outre la première condition, d'autres suffisent-elles, à elles seules, à ce que le retrait d'un acte administratif national, contraire au droit communautaire, puisse être requis?

Ainsi, quelle portée doit être donnée à la condition tenant à la violation de son obligation de renvoi préjudiciel par la juridiction nationale statuant en dernier ressort dont l'arrêt confère une nature définitive à la décision administrative?

Cette condition suffit-elle à exclure qu'un caractère définitif puisse être reconnu à l'acte administratif qui méconnaît le droit de la Communauté?¹⁸¹ La violation de l'obligation de

pour des raisons pouvant englober notamment des violations du droit de la Communauté. Il en est ainsi, selon la Cour de justice, d'une possibilité de rétractation justifiée par l'apparition de circonstances nouvelles postérieurement à l'acquisition par la décision administrative de son caractère définitif (arrêt *Kühne & Heitz NV*) ou d'un retrait lié à l'existence d'une illégalité manifeste ou à la violation des principes d'égalité, d'équité, de bonne foi, d'ordre public (arrêt *i-21 Germany*).

¹⁷⁹ A savoir que l'administration nationale ait le pouvoir de réexaminer sa décision.

¹⁸⁰ Pour rappel, il s'agit du pouvoir reconnu à l'organe administratif par le droit national de réexaminer sa décision (1), du fait que le caractère définitif de cet acte a été acquis à la suite d'un arrêt d'une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel (2), de la circonstance que cet arrêt est fondé sur une interprétation du droit communautaire qui est, au vu d'un arrêt postérieur de la Cour de justice, erronée alors que l'interprétation retenue par le juge national l'a été sans qu'une question préjudicielle ait été posée à la Cour (3) ainsi que du fait que l'organe administratif a été immédiatement saisi d'une demande de réexamen de sa décision après que la personne intéressée ait pris connaissance de cet arrêt de la Cour de justice (4).

¹⁸¹ Dans son arrêt *Kapferer* (supra point 20), la Cour de justice a semblé exclure que l'autorité de la chose jugée d'un arrêt national doive être écartée pour remédier à une violation du droit communautaire, à tout le moins lorsque la procédure ayant mené à la décision juridictionnelle respecte les principes d'équivalence et d'effectivité. Bien que la Cour de justice se soit référée, dans l'affaire *Kapferer*, à son arrêt *Köbler* pour affirmer l'importance attachée au principe de l'autorité de la chose jugée (C- 224/01), il pourrait néanmoins être déduit de l'arrêt *Köbler* que dans certains cas, l'autorité de la chose jugée d'un arrêt national, rendu en méconnaissance du droit de la Communauté, est susceptible d'être écartée. En effet, dans l'affaire *Köbler* (point 39 de l'arrêt), la Cour de justice s'est limitée à indiquer que la responsabilité d'un Etat membre, pour la violation du droit communautaire par une juridiction suprême, impliquait la réparation du dommage subi mais pas nécessairement la remise en cause de l'autorité de la chose jugée de l'arrêt incriminé. Si

renvoi préjudiciel dont il résulte que le juge national n'a pas retenu une interprétation exacte de la législation communautaire, porte atteinte à la protection effective des droits du justiciable.

Une telle méconnaissance du principe d'effectivité implique-t-elle que la force de chose jugée de l'arrêt national doive être écartée, en vertu du principe de primauté du droit communautaire, de sorte que la décision administrative illicite demeure précaire et que l'administration n'est pas autorisée à s'opposer à son retrait?

Faut-il au contraire considérer qu'une règle nationale peut conférer un caractère définitif à un acte administratif, contraire au droit communautaire, au titre du principe de l'autonomie procédurale, bien que l'arrêt dont résulte la nature définitive de cette décision administrative a été rendu en violation d'une obligation de renvoi préjudiciel? Dans cette hypothèse, quelle conséquence est attachée à une telle méconnaissance d'une obligation de renvoi préjudiciel?

97. L'idée a été émise que lorsque l'administration a, en vertu de la loi nationale, la faculté de réexaminer l'une de ses décisions méconnaissant le droit de la Communauté, la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel impliquerait qu'à l'issue de ce réexamen, l'organe administratif n'aurait pas, contrairement à ce prévoit son droit interne, la seule possibilité de la retirer mais y serait contraint¹⁸².

La méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel aurait pour conséquence qu'au pouvoir discrétionnaire de rétracter sa décision, laissé par le droit national à l'administration, les principes de primauté et d'effectivité du droit communautaire substitueraient une compétence liée.

Toutefois, l'atteinte à la protection effective des droits du justiciable résulte davantage de la règle interne qui consacre la force de la chose jugée d'un arrêt malgré qu'il ait été rendu en violation de l'obligation de renvoi préjudiciel que de la norme offrant à l'administration la faculté de retirer sa décision administrative illicite en dépit de son caractère définitif.

Il serait dès lors paradoxal que la règle qui porte le plus atteinte à l'effectivité du droit communautaire, en conférant la force de la chose jugée à un arrêt rendu illégalement, ne doive pas être écartée alors que tel serait le cas pour la norme¹⁸³ qui, bien qu'elle le fasse insuffisamment, sert son effectivité en permettant le retrait d'une décision définitive.

le principe de responsabilité de l'Etat membre ne requiert donc pas que l'autorité de la chose jugée d'un arrêt national soit écartée, il n'est par contre pas exclu qu'elle doive l'être, en vertu des principes de coopération et de légalité, quand l'arrêt a été rendu en violation de l'obligation de renvoi préjudiciel. A tout le moins, il pourrait en être ainsi lorsque cette violation est manifeste ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Köbler*.

¹⁸² Voy. les conclusions de Monsieur l'Avocat général Bot dans l'affaire en cours *Kempter* (C- 2/06, points 51 et 52 ainsi que point 81, p. 7 et 11).

¹⁸³ La norme nationale conférant à l'administration un pouvoir discrétionnaire serait écartée au profit d'une autre lui assignant une compétence liée.

Il reste que si la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel n'avait ni pour conséquence d'empêcher une règle nationale de conférer la force de chose jugée à un arrêt rendu illégalement, ni pour conséquence de contraindre l'administration à laquelle est offerte la faculté de retirer un acte administratif illicite, de l'exercer, cette condition de l'arrêt *Kühne & Heitz NV* paraîtrait dénuée d'effet juridique. Il s'agirait dès lors d'une simple circonstance présente dans cette affaire mais non d'une condition devant être rencontrée pour qu'un Etat membre soit tenu de retirer un acte administratif contraire au droit communautaire.

D'autres questions se posent également. Ainsi, saisie dans une affaire en cours *Kempter*, la Cour de justice est appelée à préciser si un justiciable doit avoir invoqué une méconnaissance du droit communautaire devant le juge national, qui n'a pas interrogé la Cour à titre préjudiciel, pour être autorisé à se prévaloir de la jurisprudence *Kühne & Heitz NV*¹⁸⁴.

Dans cette même affaire, la Cour de justice est également interrogée quant au point de savoir si la possibilité de revendiquer le retrait d'une décision administrative, sur la base de la jurisprudence *Kühne & Heitz NV*, doit intervenir dans un délai déterminé. La jurisprudence de la Cour concernant l'obligation pour un Etat membre de rétracter un acte administratif, afin d'effacer une violation du droit communautaire, demeure donc en cours d'évolution et conserve une marge d'incertitude.

11. Votre législation nationale dans le domaine analysé se conforme-t-elle aux principes de l'équivalence et de l'effectivité, comme l'a interprété la CJCE (voir par exemple : affaire i-21 Allemagne, paragraphe 57) ? Précisez votre point de vue.

a) Effacement d'une violation du droit communautaire

98. S'agissant de l'effacement des violations du droit communautaire, la réponse à la question de savoir si le droit belge respecte les obligations prescrites par le droit de la Communauté européenne dépend de la portée qui doit être offerte à l'arrêt *Kühne & Heitz* (supra question 10).

99. Le droit belge peut sans doute être jugé conforme aux exigences du droit communautaire s'il ressort de l'arrêt *Kühne & Heitz* que le retrait d'un acte administratif, devenu définitif suite à une décision juridictionnelle rendue en méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel, n'est pas requis pour effacer une violation du droit de la Communauté européenne lorsque la loi nationale ne le permet pas.

100. Dans cette hypothèse, les principes d'équivalence et d'effectivité se trouveraient respectés. En effet, préalablement à l'acquisition de son caractère définitif, par l'effet de l'autorité de la chose jugée, l'acte administratif peut faire l'objet de recours effectifs selon des modalités identiques pour la protection des droits conférés par la législation interne ou communautaire.

¹⁸⁴ Voy. les conclusions de Monsieur l'Avocat général Bot dans l'affaire en cours *Kempter* (C- 2/06).

Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, les actes illégaux dont font partie les décisions contraires au droit de la Communauté, sont susceptibles d'être retirés par l'administration d'office¹⁸⁵ et sans limitation dans le temps. Il en est de même, en vertu de la théorie générale du Conseil d'Etat, quand ils sont non créateurs de droit, inexistantes et obtenus par fraude (supra question 1).

S'agissant des décisions créatrices de droit, le Conseil d'Etat les juge intangibles après l'expiration du délai de recours ou suite au rejet d'une requête dirigée à leur encontre. Toutefois, elles peuvent être rétractées pendant toute la durée du délai de recours et si une requête en annulation est formée, l'administration est encore habilitée à les retirer, dans certaines conditions, jusqu'à la clôture des débats devant le Conseil d'Etat (supra question 1).

Suite à l'expiration du délai de recours, un acte créateur de droit peut en outre être rétracté si une loi particulière le permet. Par ailleurs, malgré qu'il soit devenu définitif pour le Conseil d'Etat, sa légalité est encore susceptible d'être contestée devant le juge judiciaire tant que les actions ouvertes devant lui ne sont pas forcloses (supra question 1).

Le fait que le Conseil d'Etat ait déjà rejeté une requête dirigée contre cette décision administrative, n'exclut pas, au demeurant, qu'un recours soit porté devant une juridiction judiciaire dès lors qu'elle dénie toute autorité de la chose jugée à un arrêt de rejet du Conseil d'Etat (supra question 1).

Enfin, malgré qu'un acte administratif soit devenu définitif, suite à un arrêt passé en force de chose jugée, cet acte peut, néanmoins, être à nouveau entrepris dans les cas exceptionnels où la décision juridictionnelle est susceptible d'être remise en cause (supra questions 1 et 3).

101. Le droit belge ne serait, par contre, pas entièrement conforme aux exigences du droit de la Communauté européenne si l'arrêt *Kühme & Heitz* devait être interprété comme requérant le retrait d'un acte administratif devenu définitif suite à une décision juridictionnelle rendue en méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel.

102. Bien qu'une telle décision administrative pourrait exceptionnellement être remise en cause, elle ne serait pas susceptible de l'être en toutes circonstances. Elle le pourrait par le biais d'un pourvoi en cassation contre une décision judiciaire passée en force de chose jugée en raison de sa violation du droit communautaire (supra question 3).

Exceptée cette possibilité, aucune autre voie de contestation d'une décision juridictionnelle définitive n'est prévue pour effacer une méconnaissance du droit de la Communauté européenne (supra question 3).

En dehors donc de l'hypothèse précitée de la cassation d'une décision judiciaire passée en

¹⁸⁵ Un doute existe cependant à propos du pouvoir de retrait d'office par l'administration de ses actes entachés d'une illégalité qui n'est pas manifeste (supra question 1).

force de chose jugée, le rétablissement de la légalité communautaire ne pourrait dès lors être opérée, dans des circonstances comparables à celles de l'affaire *Kühne & Heitz*, que, fortuitement, à l'occasion d'une remise en cause d'une décision juridictionnelle définitive pour d'autres causes que la violation du droit de la Communauté (supra question 3).

103. Néanmoins, dans un contexte comme celui de l'affaire *Kühne & Heitz*, les juridictions belges écarteraient certainement les règles internes consacrant l'autorité et la force de la chose jugée dans la mesure nécessaire pour garantir l'effectivité et la primauté du droit de la Communauté européenne¹⁸⁶.

b) *Le retrait d'une décision administrative imposé par un acte de droit communautaire*

104. Le droit belge pourrait s'avérer également contraire aux exigences du droit de la Communauté européenne, dans certains cas, où le retrait d'une décision administrative est imposé par les institutions communautaires.

Il a été relevé effectivement, concernant les aides d'état, que des normes nationales ne peuvent faire obstacle, pour des raisons de sécurité juridique, au retrait d'aides incompatibles avec le droit de la Communauté lorsque leur bénéficiaires ne peuvent se prévaloir d'une confiance légitime en leur maintien (supra points 3 à 10).

Les normes internes qui s'opposeraient à la rétractation de telles aides d'état, devraient également écartées par les juridictions belges afin de garantir l'effectivité et la primauté du droit de la Communauté.

12. Lorsque l'affaire jugée concerne le retrait d'une décision administrative définitive, est-il nécessaire d'interpréter votre législation nationale en conformité avec le droit communautaire?

En outre,

a) une telle interprétation a-t-elle une influence sur la portée du pouvoir discrétionnaire des organes administratifs (le problème a été examiné dans l'affaire i-21 Allemagne)?

b) il y a-t-il, dans la pratique des juridictions nationales, des exemples d'interprétation de la législation nationale en conformité avec la législation européenne?

105. Pour qu'une norme soit sujette à interprétation, il convient qu'eu égard à son imprécision, elle soit susceptible d'être comprise de plusieurs façons. Lorsque tel est le cas, elle peut faire l'objet d'une interprétation conforme quand, parmi les différentes significations

¹⁸⁶ Cette primauté, affirmée par la Cour de justice des Communautés européennes, est consacrée tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat. Voy. notamment à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation, Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, I- 886, Cass., 2 décembre 1996, *Pas.*, I- 1205, Cass., 6 octobre 2003, S030009F et Cass., 20 janvier 2004, P031189N ainsi que concernant la jurisprudence du Conseil d'Etat, C.E., n°62.921 à 62.924 du 5 novembre 1996, *Goosse, Orfinger, GERFA et De Baenst*, C.E., n°93.983 du 14 mars 2001, *Commune de Honnelies* et C.E., n°156.825 du 23 mars 2006, *Asbl Inter-Environnement Wallonie*.

dont elle est revêtue, certaines sont compatibles avec les règles supérieures alors que d'autres ne le sont pas.

Le principe selon lequel une règle équivoque, doit être interprétée en conformité avec les normes plus élevées, dont la législation communautaire fait partie, est consacré en droit belge¹⁸⁷.

106. Les normes belges relatives au retrait des actes administratifs qui, pour l'essentiel, ont été édictées par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, ne sont pas polysémiques.

Sous une seule réserve (infra point 106), les règles permettant la remise en cause de décisions administratives définitives et celles l'excluant (supra questions 1 et 3), ne sont pas susceptibles de diverses interprétations.

A tout le moins, dans les cas où ces normes peuvent s'avérer contraires au droit de la Communauté européenne (supra question 11) il ne peut leur être attribué certaines portées qui, par opposition à d'autres, permettraient de les y rendre conformes.

106. Une réserve doit néanmoins être apportée par rapport à ce qui précède en ce qui concerne le retrait de leurs arrêts par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Il a été relevé en effet que ces juridictions acceptent, bien qu'aucun texte ne le prévoit, de rétracter leurs décisions lorsque, suite à une erreur de notification d'un acte de procédure, les droits de la défense d'une des parties n'ont pas été respectés (supra question 3 points 70 et 76) .

Il pourrait dès lors être envisagé que la rétractation de leurs arrêts soit également susceptible d'être sollicitée quand la protection des droits d'un justiciable n'a pu être valablement assurée en raison de la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel comme dans l'affaire *Kühne & Heitz* (supra question 3 points 70 et 76).

Cette possibilité de retrait serait cependant fondée sur une extension des voies de recours, créées par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, et non sur une interprétation conforme de leurs règles jurisprudentielles au droit communautaire.

13. Les dispositions légales nationales prescrivent-elles un quelconque délai pour engager une action visant au retrait d'une décision administrative définitive ou à la réouverture des débats lorsque la décision ou le jugement contesté est contraire au droit communautaire ? Pensez-vous que la quatrième condition préalable à l'obtention du retrait des décisions administratives définitives qui a été énoncée dans l'affaire Kühne - la personne concernée adresse un recours à un organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance

¹⁸⁷ Pour le Conseil d'Etat, voy. notamment, C.E., n°29.514 du 8 mars 1988, *Schoutteet*, C.E., n°70.402 du 17 décembre 1997, *Jan de Nul*, C.E., n°44.415 du 12 octobre 1993, *Willocx*, C.E., n°75.710 du 10 septembre 1998, *Asbl FCGDN*, C.E., n°83.203 du 28 octobre 1999, *SA Jean Falkenberg*, C.E., n°144.904 du 25 mai 2005, *Asbl Union des géomètres-experts de Bruxelles* et C.E., n°146.270 du 20 juin 2005, *UPEA*. Pour la Cour de cassation, voy. Cass., 9 janvier 2003, C020046F.

de l'arrêt de la CJCE -devrait être d'application générale? (cette question s'est posée dans l'affaire Kempter.)

A) Délais prescrits par les normes belges

107. Selon la théorie générale du Conseil d'Etat, les actes non créateurs de droit, inexistants et obtenus par fraude peuvent être retirés sans considération de délai (supra question 1).

108. Par contre, les actes créateurs de droit illicites ne sont susceptibles d'être rétractés que pendant la période où le Conseil d'Etat peut les annuler, soit durant le délai de recours et si une requête est formée jusqu'à la clôture des débats. Ils peuvent toutefois être retirés au-delà de ces délais si une norme législative particulière le prévoit (supra question 1).

109. Quoique la Cour de cassation n'ait pas affirmé explicitement, dans sa jurisprudence, que le pouvoir de rétractation de ses décisions administratives illégales par l'administration résulte de l'article 159 de la Constitution, elle semble, à tout le moins, avoir considéré que cette compétence est liée à l'interdiction, faite aux juges, par l'article 159 de la Constitution de les appliquer (supra question 1).

Eu égard à la permanence de cette prohibition, le pouvoir de rétractation, reconnu à l'autorité administrative par la Cour de cassation, ne devrait pas être limité dans le temps. Par contre, une restriction à sa compétence de retrait peut résulter de l'autorité de la chose jugée attachée à une décision d'une juridiction judiciaire (supra question 1).

Par ailleurs, bien que la jurisprudence de la Cour de cassation soit incertaine sur ce point, la rétractation des décisions administratives dont l'illégalité n'est pas manifeste, pourrait être subordonnée à la déclaration de leur irrégularité par un juge judiciaire. Si tel était le cas, leur retrait ne pourrait être demandé que tant que les actions ouvertes devant les juridictions judiciaires ne sont pas forcloses et après qu'elles aient jugé ces actes illicites (supra question 1).

110. Des délais sont également prescrits pour contester les décisions juridictionnelles qui sont, en principe, définitives et à la suite desquelles des actes administratifs ne peuvent plus être retirés.

111. Les pourvois en cassation contre les décisions judiciaires passées en force de chose jugée doivent être formés dans un délai de trois mois après qu'elles ont été signifiées ou notifiées¹⁸⁸.

La rétractation de décisions judiciaires civiles, passées en force de chose jugée, ainsi que d'arrêts du Conseil d'Etat peut être demandée, suite à l'annulation par la Cour constitutionnelle de la loi sur laquelle ils étaient basés, dans un délai de six mois suivant la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle dans le moniteur belge¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Article 1073 du code judiciaire.

¹⁸⁹ Articles 16 et 17 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

L'annulation d'un acte administratif, devenu définitif suite à l'écoulement du délai de recours devant le Conseil d'Etat, peut à nouveau être sollicitée, dans un délai de six mois suivant la publication, dans le moniteur belge, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle annulant la norme législative sur laquelle il était fondé¹⁹⁰.

B) *Application générale d'un délai pour solliciter la remise en cause d'un acte administratif définitif*

112. L'imposition d'un délai déterminé pour solliciter la remise en cause d'un acte administratif, rendu définitif par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, peut être justifiée par des exigences de sécurité juridique.

La Cour de justice des Communautés européennes a affirmé, en effet, l'importance du principe de sécurité juridique. Son application peut empêcher que l'autorité de la chose jugée, attachée à une décision juridictionnelle, doive être remise en cause pour remédier à une violation du droit communautaire¹⁹¹.

Elle est également susceptible de priver les institutions communautaires du pouvoir de contraindre les autorités nationales à retirer leurs décisions administratives contraires au droit de la Communauté européenne¹⁹². Elle est encore de nature à dispenser les instances administratives nationales de l'obligation de rétractation de leur actes illicites en dépit de l'injonction régulière qui leur a été adressée, en ce sens, par une institution de la Communauté¹⁹³ ou malgré le fait que ce retrait permettrait d'effacer une violation du droit

¹⁹⁰ Article 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

¹⁹¹ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, C- 126/97, *Rec.*, I- 3055 (points 46 et 47) et CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, aff. C-234/04, *Rec.* I- 2585 (points 20 et 21). Dans son arrêt *Köbler*, la Cour de justice a également souligné l'importance de la stabilité des relations juridiques avant d'indiquer que l'engagement de la responsabilité d'un Etat membre, en raison d'une violation du droit communautaire par une juridiction suprême, n'impliquait pas nécessairement la remise en cause de l'autorité de la chose jugée de sa décision. Il ne semble toutefois pas pouvoir être déduit de cet arrêt que toute atteinte à l'autorité de la chose jugée d'une telle décision serait exclue pour des raisons de sécurité juridique. La portée de l'arrêt *Köbler* paraît plus limitée. La Cour de justice a seulement précisé que la remise en cause de l'autorité de la chose ne se déduit pas nécessairement de la responsabilité de l'Etat. Par contre, elle pourrait être requise pour d'autres motifs (CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, *Rec.*, I- 10239 (point 38)).

¹⁹² CJCE, 24 novembre 1987, *RSV*, aff. 223/85, *Rec.*, I- 04617.

¹⁹³ CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI*, aff. C- 39/94, *Rec.*, I- 03547 (points 70 et 71) et CJCE, 20 septembre 1990, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-5/89, *Rec.* I- 03437 (point 16). Lorsque la Commission est habilitée à exiger légalement le retrait d'une aide par un Etat membre, la Cour de justice admet cependant que des circonstances exceptionnelles peuvent faire échec à l'exécution de cette obligation. Néanmoins, il ne semble pas exister d'arrêts dans lesquels la Cour a jugé que de telles circonstances étaient

communautaire¹⁹⁴.

113. La Cour de justice a toutefois admis qu'il puisse être dérogé aux exigences de sécurité juridique dans les circonstances de l'affaire *Kühne & Heitz*. En leur présence, un acte administratif, devenu définitif suite à une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, peut être rétracté nonobstant l'importance de la stabilité des relations juridiques.

L'une des circonstances de l'affaire *Kühne & Heitz*, qualifiées ultérieurement par la Cour de conditions, était que les requérants avaient sollicité le retrait de la décision administrative dès qu'ils avaient pris connaissance de l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice des Communautés européennes.

Eu égard à l'incertitude entourant l'arrêt *Kühne & Heitz* (supra points), il ne peut être affirmé sans hésitation qu'une telle demande de rétractation, dans un bref délai, soit une condition requise pour qu'une autorité nationale soit contrainte de retirer un acte administratif définitif. Il n'est pas exclu qu'il s'agissait là d'une circonstance présente en l'espèce mais qui aurait pu ne pas l'avoir été sans que cela ait eu d'incidence sur l'obligation de rétractation de l'acte administratif.

114. Si, dans les circonstances de l'affaire *Kühne & Heitz*, la brièveté du délai dans lequel le retrait d'une décision administrative intangible doit être demandé, constituait néanmoins une condition nécessaire pour que l'autorité administrative soit tenue d'y faire droit, sans doute faudrait-il la comprendre comme une nouvelle expression par la Cour de justice de l'importance qu'elle attache au principe de sécurité juridique.

Cela pourrait signifier que si une dérogation aux exigences de sécurité juridique est possible dans ces circonstances, elle doit être limitée dans le temps. Elle ne peut aboutir à ce qu'une insécurité permanente soit substituée à la stabilité des relations juridiques que garantissait l'intangibilité de l'acte administratif.

115. Dans cette hypothèse, il se déduirait de l'arrêt *Kühne & Heitz* que dans les circonstances de cette affaire, les autorités nationales n'auraient plus l'obligation de retirer leurs décisions lorsque les administrés tardent à le leur demander.

La question se poserait toutefois de savoir si pour la Cour de justice, cette circonstance qui dispenserait les instances administratives de l'obligation de rétracter leurs actes, aurait en outre pour effet de les empêcher de les retirer.

présentes. Si un juge national estime y être confronté, il lui appartient, s'il le juge nécessaire, d'interroger la Cour à titre préjudiciel.

¹⁹⁴ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV*, aff. C-453/00, *Rec. I- 837* (point 24), CJCE (grande chambre), 19 septembre 2006, *i-21 Germany*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, *Rec. I- 8559* (point 51) et CJCE, 21 juin 2007, *Stichting Rom-projecten*, aff. C-158/06, *non encore publié*.

Il serait en effet acquis que dans ce cas, le principe de sécurité juridique autoriserait les autorités nationales à ne pas rétracter leurs décisions. Dans cette hypothèse, ce principe leur interdirait-il également de les retirer? La rétractation opérée tardivement contreviendrait-elle au principe de sécurité juridique et serait-elle illicite?

S'il en était ainsi, il conviendrait alors de conclure que l'obligation de solliciter, dans un bref délai, le retrait d'un acte administratif, dans les cas exceptionnels où il peut être retiré en dépit de son caractère, en principe, intangible, devrait être d'application générale. Le fait de ne pas subordonner une telle rétractation à cette condition et de l'opérer de façon tardive auraient pour effet de la rendre illicite.

14. Pour ce qui est de votre législation nationale, quel est le rapport (si rapport il y a) entre, d'une part, la procédure de retrait des décisions administratives définitives et/ou la procédure de réouverture des débats analysés ci-dessus et, d'autre part, la procédure relative à la responsabilité de l'État en ce qui concerne les préjudices résultant d'une violation du droit communautaire (affaires : C-46/93 et C-48/93 Brasserie, [1996] Recueil de jurisprudence I-1029 et C-224/01 Köbler, [2003] Recueil de jurisprudence I-10239)?

En particulier :

a) existe-t-il des liens formels entre ces deux types de procédure?

b) quelle juridiction nationale est habilitée à statuer lorsque la responsabilité de l'Etat est en cause (principalement, s'agit-il d'une juridiction administrative) ?

e) quels sont les facteurs principaux qui influencent le choix de la personne concernée entre les deux types de procédure mentionnés ci-dessus ? (par exemple : les délais, les dépens, la charge de la preuve) ?

d) les deux types de procédure peuvent-ils être engagés simultanément ?

Commentaire : À propos de cette question, il n'est pas nécessaire d'analyser en détail les problèmes de responsabilité de l'État en cas de violation de la législation communautaire. Ce point est, uniquement mentionné dans le but d'identifier des liens éventuels avec le thème du colloque.

116. Le régime juridique du retrait des actes administratifs et celui de la responsabilité des pouvoirs publics en raison des préjudices causés notamment par la violation du droit communautaire, sont distincts en droit belge.

Comme cela a été exposé, les règles concernant la rétractation des décisions administratives sont définies essentiellement par la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation (supra point). Par contre, les conditions de réparation des dommages causés fautivement, entre autres par les autorités administratives, sont prescrites par les articles 1382 et 1383 du code civil.

117. La responsabilité civile d'une personne, notamment de l'Etat, est engagée lorsqu'elle cause un dommage par sa faute. Si tel est le cas, elle est tenue de le réparer. Les actions visant à obtenir la réparation d'un dommage généré par un acte fautif doivent être portées devant les juridictions judiciaires étant donné qu'il s'agit de contestations portant sur un droit subjectif,

à savoir le droit à réparation¹⁹⁵.

118. Le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs n'exclut pas que le juge judiciaire puisse ordonner à l'Etat de réparer le préjudice causé par une faute du pouvoir exécutif¹⁹⁶ ou législatif¹⁹⁷.

119. L'Etat peut en outre être rendu responsable du dommage résultant d'une faute commise par un juge ou un officier du ministère public lorsque ce magistrat a agi dans les limites de ses attributions légales ou lorsque celui-ci doit être considéré comme ayant agi dans ces limites, par tout homme raisonnable et prudent.

Toutefois, si l'acte constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la demande tendant à la réparation du dommage ne peut, en règle, être reçue que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie et n'est plus, dès lors, revêtu de l'autorité de la chose jugée¹⁹⁸.

120. La circonstance que le Conseil d'Etat ait rejeté un recours en annulation et ait estimé qu'un acte administratif n'était pas illicite, ne prive pas le juge judiciaire du pouvoir de vérifier la régularité de cette décision et d'apprécier la responsabilité de l'autorité administrative¹⁹⁹.

121. Par contre, lorsque le Conseil d'Etat annule un acte administratif, son arrêt a une autorité absolue de la chose jugée qui s'impose également aux juridictions judiciaires. Celle-ci sont donc tenues par le constat d'illégalité du Conseil d'Etat²⁰⁰.

¹⁹⁵ L'article 144 de la Constitution réserve aux seules juridictions judiciaires la connaissance des contestations relatives aux droits civils. L'article 145 de la Constitution prévoit que les litiges portant sur les droits politiques sont tranchés par les juridictions judiciaires sauf si la loi en charge des juridictions administratives.

¹⁹⁶ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, I- 193, Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, I- 745, Cass., 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I- 513, Cass., 27 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I- 361, Cass., 9 janvier 1997, *Pas.*, I- 20.

¹⁹⁷ Cass., 1^{er} juin 2006, C050494N et Cass. 28 septembre 2006, C020570F.

¹⁹⁸ Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I- 316.

¹⁹⁹ Les juridictions judiciaires dénie en effet l'autorité de la chose jugée aux arrêts de rejet du Conseil d'Etat, voy. D. Lagasse, "L'absence de toute autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'Etat devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de légalité administrative sur le principe de sécurité juridique", *Revue critique de jurisprudence belge*, 2000, p. 265 et suivantes.

²⁰⁰ Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, I- 1056.

121. La question se pose néanmoins de savoir si l'illicéité d'un acte administratif, déclarée par un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat ou par une décision d'une juridiction judiciaire, constitue, en soi, une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

La Cour de cassation juge que sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît soit une disposition de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, soit des normes nationales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée²⁰¹.

Une partie de la doctrine a déduit de cette jurisprudence l'unité des notions d'illégalité et de faute. Toute illicéité commise par l'administration constituerait une faute²⁰². Cette position est cependant contredite par d'autres auteurs²⁰³ dont l'un²⁰⁴, se fondant sur un arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2004²⁰⁵, juge qu'une illégalité n'est, en soi, une faute que si la norme enfreinte impose à l'autorité administrative un comportement déterminé.

Par contre, tel ne serait pas le cas quand la règle méconnue n'assujettit pas l'administration à une telle obligation. Dans cette hypothèse, l'illégalité ne serait fautive que si l'autorité administrative, en la commettant, ne s'est pas comportée de manière normalement soigneuse et prudente²⁰⁶.

Selon cette partie de la doctrine, l'administration ne serait pas tenue de respecter un comportement déterminé par la norme enfreinte lorsque celle-ci lui confère un pouvoir

²⁰¹ Cass. 19 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I- 453, Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, I- 1056, Cass. 14 janvier 2000, C980477F, Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, I- 2204 et Cass., 25 octobre 2004, S030072F.

²⁰² R-O Dalcq et G. Schamps, "Examen de jurisprudence 1987 à 1993, La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle", *Revue critique de jurisprudence belge*, 1995, pp. 671 et 672 ainsi que Fr. Tulkens et J. Sohler, "Les cours et tribunaux, Chronique de jurisprudence 1996-1997", *Revue belge de droit constitutionnel*, 1997, p. 403.

²⁰³ P. Lewalle, *Contentieux administratif*, deuxième édition, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 334 à 338 et D. De Roy, "La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration: unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute", dans *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 67 à 108.

²⁰⁴ D. De Roy, "La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration: unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute", dans *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 67 à 108.

²⁰⁵ Cass., 25 octobre 2004, S030072F.

²⁰⁶ Le critère d'administration normalement soigneuse et prudente est retenu dans l'arrêt précité de la Cour de cassation du 25 octobre 2004.

discrétionnaire²⁰⁷. Il en serait de même quand elle est entachée d'une imprécision et que l'obligation pesant sur l'autorité administrative ne peut donc être déterminée clairement mais est, au contraire, incertaine et sujette à interprétation.

122. S'agissant de la responsabilité de l'Etat en raison d'une faute commise par un organe juridictionnel, la Cour de cassation a considéré qu'une telle faute consiste, en règle, en un comportement qui (1) s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'organe de l'Etat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions, ou qui (2), sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, méconnaît une norme nationale ou un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant à cet organe de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée.

La Cour de cassation a précisé que si certaines règles imposent à celui qui prend une décision juridictionnelle de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, tel n'est pas le cas de la norme qu'il a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce. Partant, l'erreur dans l'interprétation ou l'application d'une telle norme n'est fautive que si elle consiste en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'organe de l'Etat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions²⁰⁸.

123. La Cour de cassation a refusé qu'un juge judiciaire statue sur la responsabilité de l'Etat en raison de la violation du traité CE sur la base des critères dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes à propos de la responsabilité des Etats membres en cas de méconnaissance du droit communautaire²⁰⁹.

La Cour de cassation a considéré que, sauf s'il existe une cause d'exonération de

²⁰⁷ Il est permis de se demander dans quel cas une norme conférant un pouvoir discrétionnaire à l'administration peut être enfreinte exceptée dans la seule mesure où, précisément, elle impose un comportement déterminé à l'autorité administrative. En effet, si une règle confère une liberté de choix à l'administration, elle ne peut la méconnaître qu'en excédant cette liberté et en prenant une décision ne faisant pas partie de celles qu'elle avait la faculté d'adopter. Par contre, dans les autres cas où son action discrétionnaire peut être censurée par un juge, la norme méconnue ne sera pas celle qui lui attribue le pouvoir d'agir de façon discrétionnaire. Ce seront des règles qui lui imposent un comportement déterminé et qui encadrent sa compétence discrétionnaire ou qui doivent être respectées par l'administration quand elle met en oeuvre ses prérogatives. Ainsi, pour statuer de manière discrétionnaire, l'autorité administrative doit raisonner valablement et ne peut commettre d'erreur manifeste d'appréciation. Elle est tenue de fonder sa décision sur des motifs juridiquement admissibles et des faits exacts. Les formalités préalables requises doivent être accomplies. Sous réserve d'y être habilitée par la loi, elle ne peut porter atteinte aux droits des administrés lorsqu'elle met en oeuvre sa compétence discrétionnaire. Il s'agit là d'obligations lui imposant d'agir ou de s'abstenir d'une façon déterminée bien que le pouvoir exercé soit discrétionnaire.

²⁰⁸ Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, I- 343.

²⁰⁹ Cass. 14 janvier 2000, C980477F.

responsabilité, la violation d'une norme de droit international ayant des effets directs²¹⁰, constitue une faute. Lorsqu'une juridiction judiciaire ne retient pas de cause d'exonération de responsabilité et constate la méconnaissance par l'administration d'une disposition de droit communautaire revêtue d'effet direct, elle doit juger que cette violation est fautive.

Elle ne peut subordonner l'existence d'une faute au fait que la méconnaissance du traité CE soit suffisamment caractérisée, sérieuse et manifeste conformément aux critères retenus par la Cour de justice. Cette position de la Cour de cassation s'explique sans doute par le fait qu'une norme de droit international ayant un effet direct, est censée être suffisamment claire, précise et inconditionnelle de sorte qu'elle prescrit une obligation de comportement déterminée. Partant, sa violation suffit à établir une faute sans qu'elle doive être sérieuse et manifeste.

124. Bien que les règles juridiques applicables au retrait des actes administratifs et à la responsabilité civile de l'Etat soit distinctes, un lien peut néanmoins être opéré dans la mesure la rétractation d'une décision administrative illicite peut constituer, le cas échéant, une mesure de réparation en nature du préjudice causé.

Or, la Cour de cassation juge qu'en règle, les juridictions judiciaires peuvent imposer à l'administration de réparer en nature le dommage généré par un acte illicite²¹¹.

125. L'administré peut choisir librement de solliciter le retrait de la décision administrative illicite ou de demander une autre forme de réparation du préjudice subi. Des limites à la possibilité d'obtention de la rétractation de l'acte administratif peuvent toutefois se présenter dans les cas, évoqués précédemment (supra points), où l'acte devient intangible.

Une action en réparation devant le juge judiciaire, en plus d'une demande de retrait de l'acte administratif peuvent par ailleurs s'avérer nécessaires dans l'hypothèse où la rétractation de la décision ne suffit pas à réparer intégralement le dommage causé.

²¹⁰ En l'occurrence, il s'agissait de l'article 28 du traité CE qui interdit les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que les mesures d'effet équivalent.

²¹¹ Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, I- 1341 et Cass., 24 avril 1998, *Pas.*, I- 210.