

Le retrait de l'acte administratif irrégulier
créateur d'effets avantageux ou le périple sinueux
entre équilibre, précarité et complexité

par

Raphaël BORN

*Assistant à l'Université catholique de Louvain
Auditeur au Conseil d'État*

Delphine DE VALKENEER

*Assistante à l'Université catholique de Louvain
Avocate au barreau du Brabant wallon*

Aurore PERCY

*Assistante à l'Université catholique de Louvain
Juriste à la Province du Brabant wallon*

1. Dans le cadre de la théorie du retrait des actes administratifs, l'hypothèse des actes irréguliers créateurs d'effets avantageux présente ce don particulier d'articuler des principes *a priori* inconciliables.

Le principe de légalité est, sans doute, le premier à entrer en scène. L'acte examiné dans notre étude est, par hypothèse, entaché d'une irrégularité. Au nom de ce principe, l'on ne devrait pouvoir le laisser subsister dans l'ordonnement juridique. Le second acteur intervient, cependant, aussitôt. L'acte est dit « créateur d'effets

avantageux ». Le principe de sécurité juridique impose, dès lors, avec autant de vigueur, de tenir compte des conséquences positives engendrées par cet acte sur la situation de son destinataire. La théorie du retrait d'acte repose sur cette tension permanente entre les principes de légalité et de sécurité juridique, lorsqu'elle doit traiter du cas des actes irréguliers créateurs d'effets avantageux.

2. Ce ne sont pas les seules contradictions que cette théorie cherche d'ailleurs à ménager. L'opération de retrait entraîne, de surcroît, la disparition de l'acte avec effet rétroactif. Elle se présente, à ce titre, comme une dérogation au principe de non-rétroactivité des actes administratifs. Ce dernier est élevé au rang de principe général de droit, à valeur législative, de sorte que la théorie du retrait d'acte doit, nécessairement, trouver un fondement situé au même niveau de la hiérarchie des normes.

S'inspirant de la jurisprudence du Conseil d'État de France¹, le juge administratif belge s'est attaché à construire un équilibre entre les différents principes en présence. Il excelle, de ce point de vue, dans l'art du compromis. Son raisonnement repose, principalement, sur l'idée que le retrait d'un acte par son auteur s'apparente à l'annulation du même acte par une juridiction administrative, bien qu'il ne s'y assimile pas pleinement. Partant, son auteur peut procéder au retrait de l'acte, tant qu'il est susceptible d'être annulé.

La théorie du retrait d'acte trouve, de la sorte, son fondement, notamment², dans les articles 14 et 30 des lois coordonnées « sur le Conseil d'État », qui confèrent à ce dernier la compétence d'annuler des actes administratifs. De valeur législative, ledit fondement permet à la théorie d'entrer en concurrence avec le principe de non-rétroactivité des actes administratifs.

¹ C.E. fr., 3 novembre 1952, *Dame Cachet*, D., 1952, III^e part., p. 9, note M. HAURIUO. Voy., dans le présent ouvrage, la contribution d'Hélène Pauliat.

² S'y ajoutent les articles 160 de la Constitution et 4, alinéa 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 « déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État », *Mon. b.* du 23 août 1948. Voy. not., à cet égard, C.E., arrêt *Goslar*, n° 193.418 du 19 mai 2009 ; C.E., arrêt *S.A. Conduites & Entreprises et S.A. Denys*, n° 202.019 du 17 mars 2010, *A.P.T.*, 2013, pp. 16-46 et obs. O. DI GIACOMO, « L'annulation d'une décision de retrait d'un acte administratif fait-elle naître un nouveau délai dans lequel il pourrait être procédé à la réfection de ce retrait ? ». Sur cette question du fondement de la théorie du retrait, cf. égal., *infra* : n° 61, ainsi que, dans le présent ouvrage, la contribution de Michel Pâques. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, v° « Retrait », p. 582. L'on notera que cet auteur ne vise l'opposition qu'entre les principes de légalité et de non-rétroactivité des actes administratifs.

3. Ce postulat de départ va servir de socle sur lequel le subtil équilibre entre les principes de légalité et de sécurité juridique va pouvoir s'ancrer. Si la légalité peut être rétablie par l'auteur de l'acte, l'opération doit toutefois être réalisée dans une certaine limite temporelle, afin de ne pas laisser perdurer indéfiniment l'insécurité juridique pour le destinataire qui risque de perdre rétroactivement les effets avantageux que cet acte lui a conférés.

4. En somme, c'est la précarité de l'acte administratif qui conditionne ainsi toute la théorie du retrait d'un tel acte. Suite à son adoption, il connaît un état de fragilité qui trouve son origine dans la possibilité d'introduire un recours à son encontre. Durant toute cette période, il peut être annulé. Il peut aussi être retiré, selon certaines modalités. Ce délai va se prolonger tant qu'une incertitude, un doute, existe quant à sa subsistance dans l'ordonnancement juridique. L'acte est susceptible de disparaître : son existence n'est pas définitivement acquise.

5. Cet état de précarité peut, dès lors, se décliner en trois temps. Le premier coïncide avec le délai de recours susceptible de mener à l'anéantissement de cet acte (Chapitre II). Le deuxième correspond au délai qui suit l'introduction de ce recours et qui expire lorsque ce recours est tranché (Chapitre III). Le troisième se prolonge de manière illimitée, indépendamment d'un recours contentieux. Il est, en effet, des cas où l'acte peut être retiré en tout temps (Chapitre IV).

Ce voyage au fil « des temps » illustre l'équilibre que le Conseil d'État a cherché à assurer entre les principes précités, au travers de la théorie du retrait de l'acte irrégulier, créateur d'effets avantageux. Cet équilibre est lui-même empreint d'une certaine précarité, ce qui justifie que l'on s'interroge, au préalable, sur les avantages et les inconvénients de cette opération de retrait (Chapitre I^{er}).

CHAPITRE I^{er}.

AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DU RETRAIT

Section 1^{re}. – *Les avantages du retrait de l'acte*

6. L'opération de retrait peut s'avérer opportune, tant pour l'auteur de l'acte que pour son destinataire. Il s'agit de ne pas laisser subsister, dans l'ordonnancement juridique, une décision irrégulière (Sous-section 1^{re}) et de limiter la période au cours de laquelle elle sort ses effets (Sous-section 2). Lorsque le retrait intervient en cours de procédure contentieuse, il peut également présenter des avantages procéduraux (Sous-section 3).

Sous-section 1^{re}. – *Disparition d'une décision irrégulière*

7. L'opération de retrait permet de ne pas laisser subsister, dans l'ordonnancement juridique, une décision irrégulière. Une telle indication découle du principe de légalité qui impose à toute autorité « de respecter les règles et principes juridiques qui sont en vigueur au moment de l'adoption de l'acte et qui, en raison de la hiérarchie des normes, s'imposent à l'acte administratif unilatéral »³.

Dès lors que le principe de légalité est violé et que l'autorité prend conscience de cette violation, elle est invitée à rétablir la légalité. Le retrait d'un acte irrégulier apparaît ainsi comme un véritable devoir, de sorte que l'administré est habilité à l'exiger et pourrait contester, devant les juridictions contentieuses, le refus d'opérer le retrait⁴.

³ D. RENDERS, *Droit administratif général*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 295. Sur le principe de légalité, voy. F. BELLEFLAMME et J. BOURTEMBOURG, « Légalité, motivation, proportionnalité », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (coord.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 445-492 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, v^o « Légalité (principe de -) », pp. 355 et ss. ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2014, pp. 18-24.

⁴ M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 534, et les réf. citées.

Le Conseil d'État a constaté, dans un arrêt *Zerck* du 2 juillet 1963, l'existence de cette obligation⁵. Plus récemment, le Conseil d'État a confirmé que, lorsque l'autorité constate que l'un de ses actes viole une norme supérieure, elle a l'obligation de rétablir « sans délai » la légalité de son acte⁶. Le rétablissement de la légalité peut⁷ passer par une opération de retrait et de réfection, dans les limites – bien entendu – de la théorie du retrait.

Sous-section 2. – *Limitation de la période d'application de l'acte*

8. Le retrait d'un acte irrégulier a vocation à anticiper une éventuelle annulation par une juridiction administrative. Il vient alors limiter la période au cours de laquelle l'acte est applicable et, par voie de conséquence, limiter les effets produits par l'application de l'acte.

L'arrêt d'annulation a, sauf circonstances particulières⁸, un effet rétroactif, avec pour conséquence que l'acte annulé est censé n'avoir jamais existé⁹. Le délai de traitement d'un recours en annulation devant le Conseil d'État varie, en principe, entre quinze et dix-huit

⁵ C.E., arrêt *Zerck*, n° 10.126 du 2 juillet 1963, *R.J.D.A.*, 1963, p. 225, cité par M.-A. FLAMME (*Droit administratif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 534).

⁶ C.E., arrêt *De Vreese*, n° 138.974 du 10 janvier 2005 : « de bestuurlijke overheid, wanneer zij van oordeel is dat een door haar genomen besluit of verordening onwettig is, wel tot dwingende plicht heeft die onwettigheid onverwijld te herstellen door het besluit of de verordening zonder uitstel te herzien en in overeenstemming te brengen met de wet of de hogere regel ».

⁷ Sur les autres formes de mutabilité de l'acte administratif, voy. B. GORS, « Le principe de mutabilité », in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK (éds), *Le service public*, vol. 2, *Les « lois » du service public*, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 105-175.

⁸ L'article 14^{ter} des lois coordonnées « sur le Conseil d'État » permet, pour des « raisons exceptionnelles », le maintien des effets d'un acte ou d'un règlement annulé pour une période déterminée. Voy. M. NIHOUL, « Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels : entre acharnement thérapeutique et soin palliatif », *A.P.T.*, 2016/3, pp. 274-303 ; J. THEUNIS, « Handhaving van de gevolgen van een vernietigde bestuurshandeling door de Raad van State », in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 95-124. Sur les tempéraments jurisprudentiels à la rétroactivité des arrêts d'annulation, voy. L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 174 et ss.

⁹ À propos de la portée rétroactive de l'arrêt d'annulation, voy. L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, op. cit., pp. 143-156 ; B. LOMBAERT, « Au sujet de la rétroactivité des arrêts d'annulation du Conseil d'État : la fiction juridique oblige-t-elle à simuler la résurrection ? », note sous Cass., 18 octobre 2013, *R.C.J.B.*, 2015/3, pp. 212-229.

mois¹⁰. Durant cette période, et sauf recours en suspension – par hypothèse accueilli –, l’acte entrepris continue à sortir ses effets¹¹.

Suite à un arrêt d’annulation, l’autorité est amenée à tirer les conséquences de la disparition rétroactive de l’acte. Il lui revient ainsi de mettre à néant les effets sortis par l’acte annulé au cours de sa période d’existence. Ceci peut impliquer, selon le cas, la réfection de l’acte ainsi que celle des éventuels actes subséquents, la reconstitution de la carrière de l’agent, etc.¹².

Le retrait qui opère, également, avec effet rétroactif, pourra néanmoins intervenir plus rapidement qu’un arrêt d’annulation et, ainsi, réduire la durée d’application de l’acte attaqué. Si la période d’application est diminuée, les conséquences à tirer de sa disparition rétroactive seront, en principe, également limitées¹³.

Sous-section 3. – *Conséquences procédurales*

9. Le retrait de l’acte, en cours de procédure, a pour effet de faire disparaître l’acte entrepris, de sorte que le recours devient sans objet¹⁴. L’auteur de l’acte y trouve un premier avantage, étant une réduction des frais d’avocat engagés pour mener la procédure devant le Conseil d’État.

10. Le retrait présente également l’avantage d’éviter que les irrégularités de l’acte soient rendues publiques. Conformément à l’article 28 des lois coordonnées « sur le Conseil d’État », les arrêts sont publiés. En cas de retrait, un arrêt sera prononcé par le Conseil mais il se

¹⁰ À l’occasion de la réforme du Conseil d’État intervenue en 2014, les conditions du référé administratif ont été substantiellement modifiées. La condition du préjudice grave et difficilement réparable est remplacée par celle de l’urgence incompatible avec le traitement de l’affaire en annulation. Dans ce cadre, les travaux préparatoires renseignent que la procédure en annulation a une durée approximative de quinze à dix-huit mois (Rapport fait au nom de la Commission de l’Intérieur et des affaires administratives, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012-2013, n° 5-2277/3, p. 13). Lorsqu’il examine la condition de l’urgence, le Conseil d’État retient également cette durée moyenne (voy. C.E., arrêt *Liemans*, n° 237.661 du 16 mars 2017 ; C.E., arrêt *Nicoletti*, n° 234.811 du 23 mai 2016).

¹¹ L’introduction d’une requête en annulation n’a pour effet que de lancer la procédure au terme de laquelle le Conseil d’État se prononcera sur la légalité de l’acte entrepris. Durant la procédure, l’acte conserve son autorité et son caractère exécutoire (M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Limal, Anthemis, 2011, p. 531).

¹² Sur les effets des arrêts d’annulation, voy. L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l’exécution des arrêts du Conseil d’État*, *op. cit.*, pp. 143 et ss.

¹³ Sur les effets de la décision de retrait, voy., dans le présent ouvrage, la contribution de P. LEWALLE et L. DONNAY.

¹⁴ Voy., par ex., C.E., arrêt *Losfeld-Stassen e.a.*, n° 241.770 du 13 juin 2018.

contentera d'indiquer que le recours est devenu sans objet à la suite du retrait de l'acte attaqué. Il ne sera, en principe, pas fait mention des illégalités dénoncées à l'appui du recours. Pour des questions d'opportunité, il peut s'avérer préférable de ne pas rendre publiques les irrégularités d'une décision.

Dans un même ordre d'idées, l'opération de retrait laisse, au contraire de l'arrêt d'annulation, à l'autorité le soin de « choisir » l'illégalité qui justifie l'anéantissement de l'acte. Si plusieurs moyens sont invoqués à l'appui de la requête en annulation, le Conseil d'État peut, en effet, prononcer l'annulation de l'acte attaqué en se fondant sur l'un d'eux uniquement¹⁵. Or, l'auteur de l'acte n'a pas de prise sur l'irrégularité qui sera retenue par le Conseil pour prononcer l'annulation de l'acte. Dans le cas du retrait, et pour autant que les limites de la théorie du retrait soient respectées¹⁶, l'autorité dispose d'une certaine latitude pour choisir l'irrégularité qui fondera sa décision.

11. Le retrait de l'acte attaqué, en cours de procédure, influe encore sur l'indemnisation que pourra réclamer le requérant, en réparation du dommage causé par illégalité de l'acte.

Depuis la Sixième réforme de l'État et l'adjonction d'un deuxième alinéa à l'article 144 de la Constitution¹⁷, le législateur peut habiliter le Conseil d'État et les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions. Pour ce qui concerne le Conseil d'État, cette possibilité a été mise en œuvre par l'insertion d'un article 11*bis* dans les lois coordonnées « sur le Conseil d'État »¹⁸. Cet article prévoit, en substance, que le Conseil d'État peut accorder une indemnité réparatrice au requérant ou à l'intervenant à ses côtés, pourvu qu'une illégalité ait été constatée dans un

¹⁵ Selon la formule désormais consacrée, le Conseil estime, après avoir constaté qu'un moyen était fondé, qu'« il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens qui, à les supposer fondés, ne conduiraient pas à une annulation plus étendue » (voy., par ex., C.E., arrêt *Saadi*, n° 210.565 du 20 janvier 2011).

¹⁶ L'étendue de la liberté dans le choix de l'illégalité qui fonde la décision de retrait diffère selon que le retrait intervient avant ou après l'expiration du délai de recours (voy. *infra*).

¹⁷ Le Constituant entendait « permettre au Conseil d'État et aux juridictions administratives, lorsqu'ils statuent sur un contentieux qui leur est confié conformément aux articles 160 ou 161 de la Constitution, de statuer sur les droits civils qui sont liés à ces contestations, ce que le texte actuel de l'article 144 ne permet pas » (Proposition de révision de l'article 144 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2013-2014, n° 5-2242/1, p. 2).

¹⁸ Inséré par l'article 6 de la loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Mon. b.* du 31 janvier 2014.

arrêt, et qu'il démontre un préjudice et le lien causal entre le préjudice et l'illégalité de l'acte¹⁹.

Cette indemnité, qui ne correspond pas nécessairement à la réparation intégrale du préjudice, entre en concurrence avec la réparation octroyée, sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil, par les juridictions de l'ordre judiciaire. L'article 11*bis* consacre dès lors le principe *electa una via*, suivant lequel l'une des deux voies doit être choisie – une indemnité réparatrice devant le Conseil d'État ou la réparation sur la base des articles 1382 et suivants précités devant les juridictions judiciaires –, l'une à l'exclusion de l'autre.

La première application de l'article 11*bis* des lois coordonnées « sur le Conseil d'État » concernait, précisément, l'hypothèse du retrait de l'acte attaqué au cours de la procédure en annulation²⁰. La question se posait de savoir si l'arrêt constatant la perte d'objet du recours, suite au retrait de l'acte attaqué, était un arrêt « constatant une illégalité », étant entendu que le retrait intervenait à la suite d'un arrêt de suspension et que la décision de retrait faisait référence à cet arrêt de suspension.

Le Conseil d'État a, dans un premier temps, répondu par l'affirmative. Par son arrêt du 2 octobre 2015, il a octroyé une indemnité réparatrice au requérant, estimant que l'arrêt clôturant la procédure d'annulation constatait, dans ces circonstances précises, l'illégalité de l'acte attaqué, nonobstant le retrait de celui-ci en cours de procédure.

Appelée à statuer sur un pourvoi formé contre cet arrêt en raison de sa compétence en matière de conflits d'attribution²¹, la Cour de cassation a jugé, en chambres réunies, que l'arrêt constatant la perte d'objet du recours, suite au retrait de l'acte attaqué, n'était pas un

¹⁹ À propos de l'indemnité réparatrice, voy. not. D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *A.P.T.*, 2016/3, pp. 355-390 ; A. WIRTGEN, « De schadevergoeding tot herstel door de Raad van State », *T.B.P.*, 2017/7-8, pp. 459-488 ; F. GLANDSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, n° 6569, pp. 474-479 ; A. PIRSON et M. VRANCKEN, « La réparation du dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : à quel saint se vouer ? », in A. L. DURVIAUX et M. PÂQUES (éds), *Droit administratif et contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 27-76.

²⁰ C.E., arrêt *Legrand*, n° 232.416 du 2 octobre 2015.

²¹ Constitution, art. 158.

arrêt constatant une illégalité, au sens de l'article 11*bis* des lois coordonnées « sur le Conseil d'État »²².

Il en résulte, qu'en cas de retrait de l'acte attaqué au cours de la procédure, aucune indemnité réparatrice ne pourra être allouée en l'absence de fait générateur du dommage, à savoir un arrêt constatant une illégalité²³. Si le requérant a subi un dommage du fait de l'application de l'acte retiré, seule la voie des juridictions judiciaires sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil lui est ouverte, à charge pour lui de démontrer une faute, le dommage, et le lien causal entre la faute et son dommage.

12. Il doit, encore, être mentionné que le retrait de l'acte attaqué a une incidence sur la liquidation des dépens. L'indemnité de procédure est destinée à couvrir forfaitairement les frais d'avocat et, selon le texte de l'article 30/1 des lois coordonnées « sur le Conseil d'État »²⁴, elle est accordée à la partie qui obtient gain de cause²⁵.

S'alignant sur les travaux préparatoires²⁶, le Conseil d'État estime que le retrait de la décision attaquée a modifié favorablement la situation du requérant, en sorte que la disparition de cette décision constitue une forme de succédané d'une annulation contentieuse²⁷. Le requérant est considéré comme la partie ayant obtenu gain de cause et l'indemnité de procédure ainsi que l'ensemble des dépens sont, en principe, mis à charge de la partie adverse.

Il n'en va autrement que lorsque le retrait trouve son origine dans un comportement fautif du requérant. Ainsi, lorsque le retrait a été opéré par l'autorité administrative parce qu'elle a pris connaissance

²² Cass. (ch. réun.), 15 septembre 2017, *J.T.*, 2018, n° 6713, p. 9, et note D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « Cour de cassation, indemnité réparatrice et partage des eaux », *J.L.M.B.*, 2018/3, p. 100, et note E. GOURDIN, « La cassation de l'arrêt "Legrand" : une reconquête du juge civil ? ».

²³ En son arrêt *Legrand*, n° 240.826 du 27 février 2018, le Conseil d'État se conforme à l'arrêt de la Cour de cassation et constate qu'il n'y a plus lieu à statuer.

²⁴ Inséré par l'article 11 de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, *Mon. b.* du 3 février 2014.

²⁵ Sur l'indemnité de procédure, voy. E. ROMBAUX, « L'indemnité de procédure, deux ans après son insertion dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État », *C.D.P.K.*, 2015/4, pp. 524-560 ; A. L. DURVIAUX et A. PIRSON, « La répétibilité des honoraires d'avocat depuis la réforme du Conseil d'État », *A.P.T.*, 2016/3, pp. 391-410 ; G. DELANNAY, « L'indemnité de procédure devant le Conseil d'État. Chronique de jurisprudence des deux premières années d'application (mars 2014-mars 2016) », *J.T.*, 2016, n° 6661, pp. 581-589.

²⁶ Loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 25.

²⁷ C.E., arrêt *Ledoux*, n° 228.660 du 6 octobre 2014 ; C.E., arrêt *Société de droit britannique Hammerson P.L.C.*, n° 230.180 du 12 février 2015.

d'un document que le requérant avait omis de lui transmettre avant l'adoption de l'acte attaqué, le Conseil d'État estime ne pas être tenu d'accorder d'indemnité de procédure au requérant²⁸.

Par ailleurs, suite au retrait de l'acte attaqué, le recours devient sans objet et le requérant n'est pas fondé à réclamer le paiement d'une indemnité de procédure majorée applicable pour les demandes de suspension, de mesures provisoires ou de suspension d'extrême urgence²⁹. Le Conseil d'État n'accorde pas davantage à la partie adverse la diminution du montant de l'indemnité de procédure en raison du retrait³⁰.

13. Notons, enfin, que la technique du retrait d'acte a été abondamment citée à l'époque où la boucle administrative subsistait encore dans notre arsenal juridique au niveau fédéral...³¹.

Section 2. – Les inconvénients du retrait de l'acte

14. Le retrait de l'acte attaqué peut, certes, présenter des avantages mais l'opération n'est pas pour autant la panacée. Le retrait implique la reconnaissance par l'autorité de sa propre illégalité et a des conséquences particulières pour la réfection (Sous-section 1^{re}). Il présente aussi l'inconvénient de ne pas trancher définitivement la question de la régularité de l'acte retiré (Sous-section 2).

Sous-section 1^{re}. – Reconnaissance de l'irrégularité et réfection

15. La décision de retrait peut constituer, dans le chef de l'autorité, une forme de reconnaissance d'une erreur antérieurement commise. D'un point de vue politique ou pour des questions d'opportunité, il

²⁸ C.E., arrêt *Elibol*, n° 241.047 du 20 mars 2018.

²⁹ Arrêté du Régent du 23 août 1948 « déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État », *Mon. b.* du 23 août 1948, art. 67, § 2, dernier alinéa ; C.E., arrêt *Cordier et Creitz*, n° 229.441 du 2 décembre 2014.

³⁰ C.E., arrêt *Verbust*, n° 234.941 du 6 juin 2016.

³¹ Les auteurs s'interrogent sur la valeur ajoutée du mécanisme de la boucle administrative, compte tenu de l'existence de la théorie du retrait d'acte (voy. not. L. LOSSEAU, « L'introduction de la boucle administrative au sein des lois coordonnées sur le Conseil d'État », *Ann. dr. Louvain*, 2013, pp. 571 et ss. ; D. RENDERS, « La boucle administrative ne serait-elle pas bouclée ? », obs. sous C. const., arrêt n° 74/2014 du 8 mai 2014, *J.L.M.B.*, 2014/25, pp. 1210-1211).

peut être préférable pour l'auteur de l'acte d'attendre que l'annulation soit prononcée par une juridiction, pour éviter de devoir justifier l'adoption d'une mesure destinée à corriger une illégalité qu'il a précédemment commise. L'on songe au collègue communal qui devrait justifier, devant le conseil communal, l'adoption d'une décision de retrait destinée à anéantir une décision antérieure irrégulière.

16. L. DONNAY et P. LEWALLE relèvent par ailleurs que, lorsque l'autorité était amenée à statuer dans un délai déterminé, les conditions de la réfection diffèrent selon que l'acte a été annulé ou retiré. Dans certains arrêts, le Conseil d'État a, en effet, jugé que seule l'annulation ouvre un nouveau délai complet pour procéder à la réfection de l'acte annulé³².

Sous-section 2. – Absence de sécurité juridique

17. Un important aléa subsiste, par ailleurs, en cas de retrait d'une décision. Il tient au fait que le contrôle de légalité de la décision retirée est opéré par l'administration elle-même et non par une juridiction³³. Contrairement au constat d'illégalité dans un arrêt prononçant l'annulation de l'acte attaqué, l'appréciation posée par l'autorité administrative sur la légalité de son acte est susceptible d'être remise en cause, par la suite, devant une juridiction.

L'acte de retrait est, en effet, lui-même un acte administratif unilatéral susceptible de recours. Sa légalité pourra être contestée devant le Conseil d'État mais, également, par voie incidente devant les Cours et tribunaux, par le truchement de l'article 159 de la Constitution. La sécurité juridique de l'opération de retrait n'est pas comparable à celle qu'offre un arrêt d'annulation, non susceptible de recours ordinaire³⁴.

La manœuvre est d'autant plus périlleuse lorsqu'elle intervient avant la rédaction du rapport de l'auditorat ou en l'absence d'arrêt de suspension. Sans contenir de constat définitif d'illégalité, un arrêt de suspension ou les conclusions du rapport de l'auditeur peuvent, en

³² L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, op. cit., p. 280.

³³ L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, op. cit., p. 275.

³⁴ Sur les recours ouverts contre les arrêts du Conseil d'État, voy. M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 519 et ss.

effet, donner une indication sur l'existence d'une illégalité, qui peut encourager le retrait en cours de procédure³⁵.

CHAPITRE II.

RETRAIT DANS LE DÉLAI DE RECOURS

Section 1^{re}. – *Le principe*

18. Tentant de ménager un équilibre entre les exigences antinomiques³⁶ de légalité, de sécurité juridique et de non-rétroactivité des actes administratifs³⁷, la construction jurisprudentielle élaborée par le Conseil d'État admet que l'acte irrégulier créateur d'effets avantageux puisse être retiré dans le délai prévu pour l'introduction d'un recours en annulation devant le Conseil d'État. Autrement dit, tant qu'elles demeurent précaires, les décisions administratives illicites peuvent faire l'objet d'un retrait³⁸.

Ce principe se déduit de ce qu'en permettant le recours au Conseil d'État contre un acte administratif dans un délai déterminé, le législateur a nécessairement, pendant ce même délai, permis à l'autorité administrative, auteur de l'acte, de le réexaminer et de le retirer puisque, étant irrégulier, il serait annulable³⁹. Tout aussi logiquement, si le Conseil d'État ne peut censurer un acte administratif irrégulier après l'expiration du délai de recours, l'autorité administrative ne pourrait, sans rompre l'équilibre voulu par le législateur, procéder au

³⁵ L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, op. cit., p. 275.

³⁶ Sur l'articulation entre ces principes, cf. égal. *supra* : n^{os} 1 à 3, et *infra* : n^{os} 61 et 111.

³⁷ Dans l'arrêt *Goslar*, le Conseil d'État a jugé qu'en raison de sa portée rétroactive, la théorie du retrait d'acte se fondait – ou plutôt se heurtait – sur le principe général de non-rétroactivité des actes administratifs et non sur le respect des droits acquis estimant que cette dernière notion est « particulièrement obscure » (C.E., arrêt *Goslar*, n^o 193.418 du 19 mai 2009). P. Goffaux précise, à propos de la notion de droits acquis, que « [...] si elle n'est pas un critère de la théorie du retrait, elle est, en revanche, le résultat de son application : là où l'administration ne pourra retirer son acte, il y aura droit acquis (du moins pour le passé) » (P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., op. cit., v^o « Retrait », p. 583).

³⁸ Y. HOUYET, « Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne », *A.P.T.*, 2009, p. 157.

³⁹ Voy. not. C.E., arrêt *de Zurpele*, n^o 2.206 du 13 février 1953 ; C.E., arrêt *Dochez*, n^o 29.344 du 16 février 1988 ; C.E., arrêt *Dechamp*, n^o 90.287 du 18 octobre 2000 ; C.E., arrêt *Goslar*, n^o 193.418 du 19 mai 2009.

retrait d'un acte administratif irrégulier créateur de droits une fois le délai de recours échu.

Ainsi, pour autant qu'elles procèdent dans le délai prévu pour former recours, les autorités administratives sont autorisées à rétracter d'office un acte administratif entaché d'illégalité, ce même si cet acte peut créer des effets avantageux⁴⁰.

19. Ce pouvoir de rétractation⁴¹, tel qu'il est admis dans les limites du délai de recours, peut être exercé par l'administration, quelle que soit la nature ou l'origine de l'irrégularité affectant l'acte administratif. Si, dans certains arrêts, le Conseil d'État a pu juger qu'une autorité administrative ne pouvait rapporter une attestation, une autorisation ou un certificat de réussite au motif que ceux-ci avaient été délivrés par erreur et que cette erreur lui était imputable⁴², il s'est par la suite départi de cette thèse⁴³.

Ainsi, dans un arrêt *Bruculeri*, le Conseil d'État a estimé que « [...] considérer que le pouvoir de retirer une décision illégale n'existerait que dans les seuls cas où l'illégalité n'est pas imputable à l'autorité administrative, aboutirait à faire largement obstacle au rétablissement de la légalité auquel l'administration, qui est tenue d'assurer l'exécution des lois, doit procéder tant que les exigences de sécurité juridique ne s'y opposent pas, soit pendant le délai de précarité des actes administratifs »⁴⁴.

Section 2. – *Le délai du retrait*

20. En ce qu'il encadre le retrait des actes irréguliers créateurs de droits, l'on examine successivement la durée du délai de retrait (Sous-section 1^{re}), son point de départ (Sous-section 2) et les incidents pouvant affecter son cours (Sous-section 3).

⁴⁰ Voy. not. C.E., arrêt *Goslar*, n° 193.418 du 19 mai 2009.

⁴¹ Ce pouvoir s'assimile davantage à un devoir dès lors qu'aux termes de la jurisprudence du Conseil d'État, l'autorité qui constate que l'un de ses actes viole une norme supérieure a l'obligation de rétablir « sans délai » la légalité de son acte (cf. *supra* : n° 9).

⁴² Voy. not. C.E., arrêt *Marcon GmbH*, n° 53.601 du 9 juin 1995 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 76.966 du 18 novembre 1998 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 156.155 du 9 mars 2006.

⁴³ Voy., à cet égard, A. TRYBULOWSKI, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », *A.P.T.*, 2015/2, pp. 285-289. Sur cette question, cf. égal. *infra* : n° 94.

⁴⁴ C.E., arrêt *Bruculeri*, n° 229.376 du 27 novembre 2014.

Sous-section 1^{re}. – *Durée du délai de retrait*

21. On l'a déjà énoncé, le retrait d'actes administratifs illégaux créateurs de droits se fonde sur la règle selon laquelle « une décision, contre laquelle un recours en annulation peut être introduit, ne devient définitive qu'à l'expiration du délai de recours »⁴⁵. Cette règle implique *de facto* que l'administration peut, dans le même délai de recours, réexaminer sa décision et, le cas échéant, la retirer.

Aux termes de l'article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 « déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État », les recours en annulation doivent être introduits devant le Conseil d'État dans un délai de soixante jours. De ce fait, il est admis que les actes soumis à la compétence du Conseil d'État peuvent faire l'objet d'un retrait dans ce même délai de soixante jours⁴⁶.

22. Le Conseil d'État n'est toutefois pas la seule juridiction administrative à disposer d'un pouvoir d'annulation à l'égard des actes administratifs⁴⁷. Si l'on admet qu'une décision administrative puisse être rapportée par son auteur tant qu'elle n'est pas devenue définitive, autrement dit tant qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État, l'on peut *a priori* tenir le même raisonnement, s'agissant des actes soumis à la censure des autres juridictions administratives, et autoriser leur retrait dans les délais qui sont propres à chacune d'entre elles.

23. Le Conseil du Contentieux des Étrangers a eu l'occasion de rappeler, dans un arrêt du 24 septembre 2013, qu'« il n'appartient pas à l'autorité administrative de retirer un acte individuel créateur de droits lorsqu'est venu à expiration le délai fixé pour l'introduction d'un recours devant le Conseil d'État. Cette dernière précision

⁴⁵ C.E., arrêt *Lebrecht*, n° 226.284 du 30 janvier 2014.

⁴⁶ M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 473 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, v° « Retrait », p. 584 ; A. TRYBULOWSKI, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », *op. cit.*, p. 287. L'on souligne que le Conseil d'État, amené à statuer à propos du contentieux des étrangers, a dit pour droit que « [...] le délai pour introduire un recours en annulation ayant été ramené à 30 jours, l'administration ne dispose que du même laps de temps pour opérer le retrait d'un acte créateur de droit, mais qui serait par hypothèse irrégulier et qui aurait été pris en application d'une loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers » (C.E., arrêt XXX, n° 116.127 du 19 février 2003).

⁴⁷ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, v° « Retrait », p. 585. Sur cette question, cf. égal. *infra* : n° 42.

doit, depuis l'attribution au Conseil du contentieux des étrangers d'une compétence d'annulation par l'article 39/1, § 1^{er} de la loi du 15 décembre, s'entendre, pour ce qui concerne cette compétence, du recours introduit devant lui »⁴⁸.

C'est ainsi que les actes soumis à la compétence du Conseil du Contentieux des Étrangers peuvent être retirés dans le délai de recours ouvert auprès de celui-ci⁴⁹, à savoir dans un délai de trente jours⁵⁰.

24. Tout aussi logiquement, le Conseil pour les Contestations des Autorisations – de *Raad voor Vergunningsbetwistingen* –, admet que les actes susceptibles d'être déférés à sa censure – en l'occurrence, les autorisations délivrées en matière d'urbanisme en Région flamande⁵¹ – puissent être rapportés dans le délai imparti pour former recours devant lui⁵².

S'agissant des autorisations relevant de sa compétence, le délai de recours et, de ce fait, de retrait est de quarante-cinq jours⁵³.

25. L'on pourrait, *a priori*, également tenir le même raisonnement à l'égard des actes contre lesquels un recours administratif organisé doit être introduit. Si le législateur a prévu un recours administratif contre un acte administratif dans un délai déterminé, l'on peut raisonnablement considérer que le législateur a nécessairement, pendant ce même délai, permis à l'autorité administrative, auteur de l'acte, de le réexaminer et de retirer cet acte, qui, irrégulier, serait annulable ou « réformable ».

⁴⁸ C.C.E., arrêt XXX, n° 110.502 du 24 septembre 2013. Voy. égal. C.C.E., arrêt XXX, n° 54.531 du 18 janvier 2011 (confirmé par C.E., arrêt XXX, n° 216.364 du 21 novembre 2011).

⁴⁹ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, v° « Retrait », p. 586 ; A. TRYBULOWSKI, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », *op. cit.*, p. 287.

⁵⁰ Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (*Mon. b.* du 31 décembre 1980), art. 39/57, § 1^{er}, al. 1^{er}.

⁵¹ Voy., à cet égard, T. VANDEPUT, P. DE MAEYER et M. BERTRAND, « Les nouvelles juridictions administratives régionales en matière d'urbanisme et d'environnement », in F. VISEUR et J. PHILIPPART (coord.), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 607 et ss.

⁵² « De stedenbouwkundige vergunning is een rechtenverlenende handeling die slechts kan worden ingetrokken binnen de termijn voor het indienen van een annulatieberoep bij het administratief rechtcollege, tenzij de onregelmatigheid zo flagrant is dat de rechtshandeling als onbestaande moet worden beschouwd, door bedrog is uitgelokt, of indien een uitdrukkelijke wetsbepaling haar intrekking mogelijk maakt. Dit is een uitdrukking van het rechtszekerheidsprincipe » (RvVb, arrêt XXX, n° A/2015/0401 du 23 juin 2015). Voy. not., à cet égard, W. DE COCK, « Geen frictie tussen RvS en RvVb over weigeringsfictie bij intrekking », *T.O.O.*, 2016/1, pp. 134-136.

⁵³ Code flamand de l'Aménagement du territoire, art. 4.8.11, § 2.

La circonstance que l'autorité de recours soit investie, dans certaines hypothèses, d'un pouvoir de réformation⁵⁴ – et non d'un simple pouvoir d'annulation – ne semble pas pouvoir remettre en cause cette conclusion dans la mesure où le Conseil d'État admet qu'un acte qui fait l'objet d'un recours administratif en réformation peut être retiré⁵⁵. Si l'on admet qu'un acte administratif peut être retiré lorsqu'il fait l'objet d'un recours administratif organisé, il va de soi que le retrait de cet acte, dans le délai imparti pour former ledit recours, est également permis.

L'on souligne que, dans l'hypothèse où l'autorité de recours serait investie d'un simple pouvoir d'annulation – ce qui implique qu'en cas de rejet du recours administratif la décision dont le recours persiste, la décision administrative irrégulière pourrait être rapportée par son auteur, non seulement, dans le délai prévu pour former un recours administratif préalable – ainsi que tout au long de la procédure de recours⁵⁶ – mais, également, en cas de rejet dudit recours, dans le nouveau délai de recours ouvert pour introduire un recours devant le Conseil d'État.

26. En conclusion, la durée du délai dans lequel le retrait d'un acte irrégulier créateur d'effets avantageux peut intervenir diffère selon que cet acte relève de la compétence du Conseil d'État, du Conseil du Contentieux des Étrangers, du Conseil flamand pour les Contestations des Autorisations ou de toute autre juridiction administrative.

En ce qu'elle calque les délais de retrait sur les délais ouverts pour former un recours en annulation, la jurisprudence met ainsi en exergue le parallélisme existant entre la théorie du retrait et les compétences d'annulation dont sont investies les différentes juridictions administratives⁵⁷.

⁵⁴ L'on précise que l'autorité chargée de statuer sur un recours administratif dispose le plus souvent d'un pouvoir de réformation lui permettant de remplacer la décision dont recours par sa propre décision (D. RENDERS, *Précis de droit administratif, Tome III, Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 25).

⁵⁵ C.E., arrêt A.S.B.L. *Liaison Antiprohibitionniste*, n° 242.060 du 3 juillet 2018. Dans le cas d'espèce, la partie requérante avait introduit un recours administratif sur la base de l'article 31 du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé, lequel institue un recours en réformation auprès du Gouvernement wallon. Sur cette question, cf. égal. *infra* : n° 42.

⁵⁶ Sur ce point, cf. égal. *infra* : n° 42.

⁵⁷ Ce parallélisme entre la théorie du retrait et la compétence d'annulation du Conseil d'État est particulièrement mis en exergue *in* C.E., arrêt XXX, n° 116.127 du 19 février 2003.

D'aucuns estiment que ce parallélisme qui aboutit à multiplier les délais de retrait, est source d'une complexité inutile et qu'il serait plus aisé, en découplant le délai de retrait du délai de recours, d'autoriser le retrait des actes administratifs dans un délai unique de soixante jours et ce quelle que soit la juridiction devant laquelle ils sont susceptibles d'être déférés⁵⁸.

Cette solution, si elle permet d'unifier la durée des délais de retrait, et donc de gagner en simplicité, n'est pas sans conséquence sur les situations individuelles des administrés puisqu'elle aurait pour effet d'autoriser, dans certaines hypothèses – celles où le délai de recours en annulation est inférieur à soixante jours –, le retrait d'un acte administratif après l'expiration du délai prévu pour former recours et, donc, après que celui-ci soit devenu définitif.

27. L'on souligne, à cet égard, qu'en France, il n'existe plus d'identité entre le délai de retrait et le délai de recours contentieux⁵⁹. Codifiant la solution jurisprudentielle dégagée par l'arrêt *Ternon*⁶⁰, l'article L 242-1 du Code des relations entre le public et l'administration⁶¹ autorise désormais le retrait d'une décision irrégulière créatrice de droits dans un délai de quatre mois suivant la prise de la décision. Cet allongement de la durée du délai de retrait à quatre mois, tel qu'il résulte de la jurisprudence *Ternon*, participe de la volonté, d'une part, de marquer la césure entre le délai de recours contentieux et le délai de retrait et, d'autre part, de laisser à l'administration un délai

⁵⁸ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, v^o « Retrait », p. 586. Sur cette question, *cf.* égal. *infra* : n^{os} 112 et 113.

⁵⁹ L'on précise qu'en France, le découplage entre le délai de retrait et le délai de recours se manifeste désormais tant au niveau de la durée du délai – quatre mois au lieu de deux – qu'au niveau du point de départ – la date de l'adoption de l'acte en lieu et place de l'accomplissement de la mesure de publicité à l'égard du bénéficiaire de l'acte et des tiers intéressés –.

⁶⁰ Dans l'arrêt *Ternon*, s'écartant de la jurisprudence *Ville de Bagnoux*, le Conseil d'État de France a jugé que « sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision » (C.E. fr., Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, *R.F.D.A.*, 2002, p. 77, concl. F. SÉNERS, note P. DELVOLVÉ). L'on précise que, dans un premier temps, le législateur a codifié cet enseignement s'agissant des décisions créatrices de droits à l'exclusion des décisions implicites avant que le régime ne soit unifié pour l'ensemble des décisions créatrices d'effets avantageux par l'article L 242-1 du Code des relations entre le public et l'administration (voy. égal., dans le présent ouvrage, la contribution de H. PAULIAT).

⁶¹ Ordonnance n^o 2015-1341 du 23 octobre 2015 « relative aux dispositions législatives du Code des relations entre le public et l'administration » et Décret n^o 2015-1342 du 23 octobre 2015 « relatif aux dispositions réglementaires du Code des relations entre le public et l'administration » (*J.O.R.F.*, 25 octobre 2015).

de réflexion plus long pour déterminer s'il convient de procéder au retrait de sa décision⁶².

Sous-section 2. – *Point de départ du délai de retrait*

28. Si la durée du délai dans lequel le retrait d'un acte administratif est autorisé, en ce qu'elle coïncide avec celle du délai de recours – qu'il soit contentieux ou administratif – ouvert contre cet acte, peut être aisément déterminée, il en va différemment de son point de départ.

De l'examen de la jurisprudence, il ressort que la majorité des arrêts rendus par la Haute juridiction administrative ne précisent pas le point de départ du délai de retrait et se limitent à indiquer que « [...] un acte administratif individuel créateur de droits irrégulier ne peut être retiré que pendant le délai prévu pour l'introduction d'un recours devant le Conseil d'État »⁶³.

Cette formulation, telle qu'elle est utilisée par la jurisprudence du Conseil d'État, se prête à différentes interprétations : la première fait débiter le délai de retrait à partir de la publication, de la notification ou de la prise connaissance de l'acte (§ 1^{er}), la deuxième à partir de l'adoption de l'acte (§ 2) tandis que la troisième tente de concilier les deux premières (§ 3).

§ 1^{er}. – À partir de la publication, de la notification ou de la prise de connaissance de l'acte

29. Le parallélisme entre la théorie du retrait et la compétence d'annulation dévolue au Conseil d'État ainsi que la référence explicite au « délai prévu pour l'introduction d'un recours devant le Conseil d'État » peuvent incliner à faire débiter le délai de retrait à partir

⁶² Conclusions F. SENEZ, *R.F.D.A.*, 2002, pp. 77 et ss.

⁶³ Voy. not. C.E., arrêt *XXX*, n° 85.368 du 16 février 2000 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 136.150 du 15 octobre 2004 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 156.155 du 9 mars 2006 ; C.E., arrêt *Bacalu*, n° 175.722 du 12 octobre 2007 ; C.E., arrêt *Moulat*, n° 183.725 du 2 juin 2008 ; C.E., arrêt *Collet*, n° 210.167 du 29 décembre 2010 ; C.E., arrêt *Filip*, n° 214.243 du 28 juin 2011 ; C.E., arrêt *Raww et Andres*, n° 237.488 du 24 février 2017. Voy. égal., à cet égard, M. NIHOUL, « À propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », note sous C.E., arrêt *Goslar*, n° 193.418 du 19 mai 2009, *C.D.P.K.*, 2009, p. 287.

de la publication, de notification ou de la prise de connaissance de l'acte⁶⁴.

C'est ainsi que, dans plusieurs arrêts, la Haute juridiction administrative a pu censurer le retrait d'un acte irrégulier en ce qu'il était intervenu plus de soixante jours après la notification de l'acte retiré⁶⁵.

Sous cet angle, il existe une symétrie parfaite entre le délai prévu pour introduire un recours en annulation devant le Conseil d'État et celui dans lequel l'acte administratif créateur d'effets avantageux peut être rapporté. Cette symétrie n'est, toutefois, pas sans conséquence sur la stabilité de la situation juridique du bénéficiaire de l'acte et, en particulier, sur le délai dans lequel celle-ci peut être remise en cause.

30. De façon générale, dès lors que la publication et la notification de l'acte n'interviennent, en principe, que postérieurement à l'adoption de l'acte⁶⁶, lier le point de départ du délai de retrait à l'accomplissement de l'une de ces formalités permet à l'administration de se ménager un délai de retrait plus long qu'il ne l'aurait été si celui-ci avait pris cours à partir de l'adoption de l'acte⁶⁷.

Ce constat se voit d'ailleurs renforcé dans l'hypothèse où la décision administrative ne fait pas l'objet d'une mesure de publicité particulière à l'égard des tiers intéressés – l'on vise en particulier la publication de l'acte – et où ces derniers n'acquièrent connaissance de ladite décision que postérieurement à la notification⁶⁸. L'autorité administrative se voit alors admise à rapporter l'acte irrégulier tant qu'un tiers intéressé peut se prévaloir de n'en avoir pris connaissance⁶⁹,

⁶⁴ M. NIHOUL, « À propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », note sous C.E., arrêt *Goslar*, n° 193.418 du 19 mai 2009, *op. cit.*, p. 287 ; A. TRYBULOWSKI, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », *op. cit.*, p. 287.

⁶⁵ C.E., arrêt *Skomorokoff*, n° 3.586 du 9 juillet 1954 ; C.E., arrêt *Van den Poel*, n° 19.475 du 6 mars 1979 ; C.E., arrêt *Canvasse*, n° 58.170 du 16 février 1996 ; C.E., arrêt *Dechamp*, n° 90.287 du 18 octobre 2000 ; C.E., arrêt *Jaffolla*, n° 98.798 du 11 septembre 2001.

⁶⁶ Sauf dans l'hypothèse où l'acte administratif serait publié ou notifié à son destinataire le jour même de son adoption.

⁶⁷ Comme le relèvent certains auteurs, « [p]uisque l'acte administratif existe dès son édicition, il modifie, le cas échéant favorablement la situation juridique de son destinataire dès cet instant même s'il n'y a eu ni publication ni notification » (J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 804).

⁶⁸ Y. HOUYET, « Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 157.

⁶⁹ M. NIHOUL, « À propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », note sous C.E., arrêt *Goslar*, n° 193.418 du 19 mai 2009, *op. cit.*, p. 289.

ce qui peut potentiellement aboutir à autoriser le retrait – et donc la remise en cause de la situation juridique du bénéficiaire – sans limite de temps.

31. Outre l'extension potentielle du délai de retrait qu'elle engendre, la symétrie recherchée entre le délai de retrait et le délai de recours – plus précisément la symétrie recherchée entre leur point de départ – revient en réalité à créer une asymétrie entre les points de départ du délai de retrait suivant la personne à l'égard de qui le retrait est opéré⁷⁰. Lorsqu'il est opéré à l'égard du bénéficiaire de l'acte, le retrait pourrait intervenir dans les soixante jours qui suivent la notification, tandis que le délai de retrait ne prendrait cours qu'à partir de la connaissance de l'acte lorsque le retrait est opéré à l'égard d'un tiers.

Si le retrait peut être opéré tant à l'égard du bénéficiaire de l'acte qu'à l'égard d'un tiers intéressé, il apparaît pour le moins malaisé, compte tenu de la divergence des points de départ du délai de retrait qui en résulte, de déterminer à partir de quel moment un acte administratif devient définitif et ne peut plus être rapporté⁷¹.

À cet égard, le Conseil d'État a jugé, dans l'arrêt *Leuridan*, qu'un même acte administratif – en l'occurrence un arrêté déterminant la prise de rang d'un fonctionnaire – pouvait devenir définitif à l'égard de certains – l'auteur de l'acte, lorsqu'il n'a pas été rapporté dans les soixante jours suivant la notification à son bénéficiaire – et demeurer précaire pour d'autres – les autres agents lorsque l'acte n'a pas été publié et qu'ils n'ont pu en prendre connaissance⁷².

⁷⁰ A. TRYBULOWSKI, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », *op. cit.*, p. 288.

⁷¹ Y. HOUYET, « Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 157.

⁷² Dans l'arrêt *Leuridan*, le Conseil d'État constate que : « La liaison de la stabilité des situations juridiques individuelles au délai imparti pour introduire un recours en annulation devant le Conseil d'État est source, pour un grand nombre d'actes administratifs concrétisant le droit, ceux qui ne sont pas publiés, d'une incertitude gênante quant à cette stabilité, en ce que, pour cette sorte de décisions, la prise de cours du délai est souvent incertaine et qu'en outre ce délai ne court pas à partir du même instant pour tous les intéressés, de sorte que le caractère définitif de ces décisions est fonction des situations de l'intéressé qui soit invoque, soit se voit opposer la décision ou l'illégalité de celle-ci, dans la mesure, plus particulièrement, où ce caractère définitif dépend du moment où l'intéressé est réputé avoir une connaissance suffisante de la décision » (C.E., arrêt *Leuridan*, n° 20.179 du 11 mars 1980). Voy. égal. C.E., arrêt *Deschamps*, n° 27.608 du 3 mars 1987 ; C.E., arrêt *Van Alboom*, n° 29.559 du 15 mars 1988. Dans l'arrêt *Ville de Bagneux*, le Conseil d'État de France a opté pour la même solution en jugeant que « même si la notification de cette décision à la personne au profit de laquelle des droits sont susceptibles de naître a entraîné l'expiration du délai de recours, en ce qui concerne cette personne, le défaut de publication de ladite

Cette solution prétorienne qui induit de faire diverger le caractère définitif d'un acte – et donc la possibilité de le retirer – en fonction des relations que son bénéficiaire est susceptible de nouer soulève à l'évidence des questions d'ordre pratique. L'on conçoit, en effet, difficilement qu'un agent fasse valoir son ancienneté à l'égard de l'administration – vis-à-vis de laquelle l'arrêté de prise de rang serait devenu définitif – mais qu'il ne puisse l'opposer aux autres agents – vis-à-vis desquels l'arrêté de prise de rang est encore susceptible d'être rapporté –.

32. Si l'identité entre la prise de cours des délais tend à préserver la symétrie recherchée entre le recours contentieux et la théorie du retrait d'acte, cette option génère de l'insécurité juridique dès lors que le délai imparti à l'administration pour opérer le retrait peut augmenter considérablement sans que le moment à partir duquel l'acte administratif irrégulier est susceptible d'acquérir un caractère définitif ne puisse être déterminé avec certitude.

Sous cet angle, l'équilibre recherché par la théorie du retrait d'acte semble avoir été rompu, le respect de la légalité ayant pris l'avantage sur le principe de sécurité juridique.

§ 2. – À partir de l'adoption de l'acte

33. Les difficultés pratiques suscitées par le choix d'un point de départ variable inclinent naturellement à lui préférer un point de départ fixe : le jour de l'adoption de l'acte. L'administration ne pourrait ainsi rapporter une décision irrégulière créatrice de droits que dans les soixante jours suivant son adoption – pour être précis, les soixante jours suivant la signature de cette décision –, sans considération des mesures de publicité qui s'y attachent⁷³.

Si elle perturbe quelque peu la symétrie recherchée entre le recours pour excès de pouvoir et les conditions du retrait, cette solution ne s'en écarte pas complètement. L'auteur de la décision irrégulière

décision empêche le délai dont il s'agit de courir à l'égard de tiers, lesquels conservent la possibilité de former un recours gracieux ou contentieux, que la décision ne pouvant, dès lors, être réputée avoir acquis un caractère définitif, l'administration peut légalement en ce cas, et même si aucun recours n'a en fait été exercé par un tiers intéressé, rapporter d'office à tout moment la décision entachée d'illégalité » (C.E. fr., Ass., 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*).

⁷³ A. TRYBULOWSKI, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », *op. cit.*, p. 288 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, v^o « Retrait », p. 589.

qui, selon l'esprit de la théorie du retrait, est autorisé à la réexaminer pendant le délai prévu pour former recours devant le Conseil d'État⁷⁴, en a nécessairement connaissance dès son adoption⁷⁵.

L'on peut également considérer qu'une véritable symétrie implique nécessairement qu'à partir du moment où ils acquièrent chacun connaissance de l'acte, l'administration bénéficie d'un délai de réflexion identique à celui dont dispose l'administré pour décider d'introduire un recours en annulation devant le Conseil d'État⁷⁶.

34. Alors que, par le passé, la jurisprudence avait pu privilégier l'option du point de départ variable⁷⁷, la tendance semble désormais s'inverser au profit du point de départ unique fixé au jour de l'adoption de l'acte⁷⁸.

C'est ainsi que dans plusieurs arrêts récents, le Conseil d'État juge qu'un acte administratif créateur d'avantages ne peut être rapporté que « [...] s'il est irrégulier et qu'en outre, il intervient dans un délai

⁷⁴ Cf. *supra*, n^{os} 2 et 18 et *infra* : n^o 61.

⁷⁵ Dans l'arrêt *Chamart*, le Conseil d'État énonce qu'« en permettant le recours auprès du Conseil d'État contre les actes individuels dans un délai déterminé, le législateur a nécessairement, pendant ce même délai, permis à l'autorité administrative de réexaminer sa décision qui, irrégulière, serait, par conséquent, annulable ; [...] que l'autorité administrative, auteur de l'acte, a nécessairement connaissance de cet acte le jour où elle le prend » (C.E., arrêt *Chamart*, n^o 14.445 du 14 janvier 1971). Voy. égal., à cet égard, M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 473.

⁷⁶ M. NIHOUL, « À propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », note sous C.E., arrêt *Goslar*, n^o 193.418 du 19 mai 2009, *op. cit.*, p. 287. Celui-ci souligne toutefois que : « L'égalité n'est-elle cependant pas factice dès lors que l'autorité, en pratique, est généralement en mesure d'anticiper davantage encore le moment auquel sa propre décision va tomber, de même d'ailleurs que son contenu et ses modalités ? ».

⁷⁷ L'on précise, néanmoins, que, si la jurisprudence privilégiait l'option du point de départ variable (cf. *supra*), le Conseil d'État avait opté, dans les arrêts *Chamart* et *Huret*, pour le point de départ fixé au jour de la signature de l'acte. Dans l'arrêt *Huret*, qui portait sur le retrait d'un acte régulier, la Haute juridiction administrative avait constaté que violait les principes qui gouvernent la théorie du retrait « [...] l'acte retirant une nomination devenue définitive, faute d'avoir été attaquée ou retirée dans le délai réglementaire qui commençait à courir pour le ministre dès la signature de l'acte » (C.E., arrêt *Huret*, n^o 43.595 du 30 juin 1993). Voy. égal. C.E., arrêt *XXX*, n^o 116.127 du 19 février 2003, où le Conseil d'État avait jugé que « Le délai pour retirer un acte se compte en ce qui concerne l'administration à partir du moment de la connaissance de l'acte, c'est-à-dire, pour l'administration, dès qu'il est pris ».

⁷⁸ C.E., arrêt *Brzozowski*, n^o 191.190 du 9 mars 2009 ; C.E., arrêt *Materne*, n^o 192.104 du 1^{er} avril 2009 ; C.E., arrêt *Saadi*, n^o 192.106 du 1^{er} avril 2009 ; C.E., arrêt *Goslar*, n^o 193.418 du 19 mai 2009. Cette tendance semble notamment s'être amorcée avec l'arrêt *El Habachi*, où le Conseil d'État a dit pour droit que : « [...] un acte administratif individuel créateur de droit acquis, comme c'est le cas en l'espèce de l'acte retiré par la décision attaquée, peut faire l'objet d'un retrait par son auteur pour autant qu'il soit irrégulier et seulement dans le délai de recours au Conseil d'État, délai qui commence à courir, à l'égard de l'auteur de l'acte, dès son adoption, ou, en cas d'un tel recours, jusqu'à la clôture des débats » (C.E., arrêt *El Habachi*, n^o 192.105 du 1^{er} avril 2009).

fixé soit à soixante jours à dater de son adoption soit, si un recours est introduit devant le Conseil d'État, à la clôture des débats »⁷⁹.

L'option dégagée par la Haute juridiction administrative, en ce qu'elle fixe le point de départ au jour de l'adoption de l'acte, permet de déterminer avec davantage de certitude la prise de cours du délai de retrait que dans l'hypothèse où celui-ci pouvait débiter à partir de la prise de connaissance de l'acte par les tiers intéressés – et donc, potentiellement, des années après l'adoption de l'acte –. De manière incidente, elle a également pour effet de réduire le délai dont dispose l'autorité administrative pour rapporter sa décision dans la mesure où en pratique, la notification – et *a fortiori* la prise de connaissance par les tiers intéressés – intervient après l'adoption de l'acte et où le délai de retrait expire, de ce fait, avant le délai de recours.

Si la réduction du délai de retrait garantit une plus grande stabilité des situations individuelles des administrés – et donc une plus grande protection des droits acquis –, elle aboutit également à empêcher l'administration de retirer un acte irrégulier qui est encore susceptible d'être censuré par le Conseil d'État, le délai de retrait expirant *de facto* avant l'échéance du délai de recours⁸⁰. Dans ce cas de figure, la seule issue pour l'autorité « empêchée » serait d'encourager, auprès des tiers intéressés⁸¹, l'introduction d'un recours en annulation pour se ménager la possibilité d'un retrait en cours de procédure⁸² (voy. *infra*).

Sous cet angle, l'équilibre recherché par la théorie du retrait semble avoir été quelque peu malmené au détriment du rétablissement de la légalité.

⁷⁹ Voy. not. C.E., arrêt *Ville de Thuin*, n° 237.529 du 1^{er} mars 2017 ; C.E., arrêt *Rochdi*, n° 237.635 du 14 mars 2017. Dans ce dernier, le Conseil d'État énonce qu'« [e]n vertu du principe général du retrait des actes administratifs, l'autorité administrative est habilitée à mettre à néant, avec effet rétroactif, un acte créateur de droit irrégulier dont elle est l'auteur pour autant qu'elle opère de la sorte dans les soixante jours de son adoption ».

⁸⁰ Y. HOUYET, « Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 158.

⁸¹ Si, dans la majorité des cas de figure, s'agissant d'un acte créateur d'avantages, ce sont davantage les tiers qui sont susceptibles de tirer parti d'un éventuel retrait (ou d'une éventuelle annulation), l'on ne peut exclure que le bénéficiaire de l'acte, cherchant à obtenir une décision encore plus favorable, cherche également à en obtenir le retrait.

⁸² M. NIHOUL, « À propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », note sous C.E., arrêt *Goslar*, n° 193.418 du 19 mai 2009, *op. cit.*, p. 288.

§ 3. – À partir d'un point à géométrie variable

35. La troisième approche, telle que proposée par la doctrine⁸³, revient à faire varier le point de départ du délai de retrait selon que le retrait est opéré d'initiative par l'administration ou sollicité par le bénéficiaire de l'acte ou par tout tiers intéressé.

Ainsi, lorsque l'administration procède d'initiative au retrait d'une décision irrégulière, le délai de retrait prendrait cours à compter du jour de l'adoption de cette décision. En revanche, dans l'hypothèse où le retrait est opéré à la demande du bénéficiaire de l'acte ou d'un tiers intéressé, le délai de retrait ne débiterait qu'à partir de la publication, de la notification ou de la prise de connaissance de l'acte⁸⁴.

Cette approche se distingue notamment de la première, en ce qu'elle fait débiter le délai de retrait au jour de la prise de connaissance de l'acte par les tiers intéressés, uniquement dans l'hypothèse où ces derniers sollicitent le retrait de l'acte mais non si l'administration profite du fait que des tiers intéressés n'ont pu en prendre connaissance pour le retirer d'initiative plus de soixante jours après son adoption.

36. Si cette solution apparaît comme séduisante car elle module le point de départ du délai en fonction des catégories de personnes – administration, bénéficiaire de l'acte, tiers intéressé – amenées à envisager ou à solliciter la rétractation d'une décision irrégulière, elle cumule inévitablement les écueils des deux autres en cherchant à en concilier les avantages.

Ne prenant cours qu'à partir de la prise de connaissance de l'acte par le tiers intéressé lorsque le retrait est opéré à sa demande, le délai de retrait pourrait rester indéfiniment ouvert tant qu'un tiers intéressé peut se prévaloir de n'avoir pris connaissance de l'acte. Comme on a déjà pu l'écrire, cette extension *a priori* illimitée du délai de rétractation aboutit à précariser la situation juridique du bénéficiaire de l'acte.

⁸³ Voy., en ce sens, D. RENDERS, *Droit administratif général*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 397, n° 724 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1^{er}, *op. cit.*, pp. 805 et 806.

⁸⁴ Voy., en ce sens, D. RENDERS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 397, n° 724.

À l'inverse, en n'autorisant le retrait initié par l'administration que dans les soixante jours qui suivent l'adoption de l'acte, cette solution revient, par hypothèse, à empêcher le retrait d'un acte qui n'est pas encore devenu définitif, le délai de retrait expirant *de facto* avant l'échéance du délai de recours.

37. On le voit, aucune des solutions envisagées n'apparaît comme pleinement satisfaisante. Tantôt elles pèchent par leur rigidité, tantôt elles dérangent par la complexité de l'édifice mis en place.

Avec un peu de recul, l'on se souvient, cependant, que la théorie du retrait d'acte a été façonnée pour assurer un équilibre entre les principes de légalité et de sécurité juridique. Dès à présent, l'on peut se demander si une structure trop complexe, qui irait à l'encontre des impératifs de clarté et de prévisibilité, demeure conciliable avec l'objectif de sécurité juridique ainsi poursuivi. La solution plus radicale qui fixe le point de départ du délai de retrait au jour de l'adoption de l'acte ne se heurte bien évidemment pas à pareil écueil.

Sous-section 3. – *Éléments susceptibles d'affecter le cours du délai*

38. Dès le moment où le délai de retrait se calque sur le délai de recours en annulation devant le Conseil d'État, l'on se demande si le premier peut à l'instar du second se voir interrompre, suspendre ou encore voir sa prise de cours différée.

Confirmant le parallélisme existant entre la théorie du retrait et la compétence d'annulation dont il est investi, le Conseil d'État a constaté, dans l'arrêt *Cuvelier*, que le délai de retrait d'une délibération irrégulière suivait le même cheminement que le délai de recours devant le Conseil d'État, lequel avait été, dans le cas d'espèce, interrompu par l'introduction d'un recours auprès de l'autorité de tutelle et n'avait repris cours qu'à l'expiration du délai imparti à celle-ci pour statuer⁸⁵.

À l'aune de cette jurisprudence, l'on pourrait *a priori* tenir le même raisonnement s'agissant des autres causes d'interruption⁸⁶ ou de sus-

⁸⁵ C.E., arrêt *Cuvelier*, n° 83.945 du 8 décembre 1999.

⁸⁶ Sur les causes d'interruption du délai de recours contentieux, voy. not. P. LEWALLE avec la colab. de L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 499-502.

pension⁸⁷ du délai de recours devant le Conseil d'État et considérer que le délai de retrait peut à l'instar du délai de recours contentieux se voir interrompre ou suspendre.

39. Se pose également la question de savoir si le défaut de notification de l'acte, ou le caractère incomplet de cette notification, peut avoir une incidence sur le délai imparti pour le retirer.

Aux termes de l'arrêt *C.P.A.S. de Schaerbeek*, la Haute juridiction administrative a constaté que la circonstance que l'administration ait omis de notifier deux décisions irrégulières à leur bénéficiaire et à l'autorité de tutelle était sans incidence sur le délai dans lequel le retrait était autorisé, ce délai prenant cours, s'agissant de l'administration, dès l'adoption des décisions⁸⁸.

40. Bien que notifié à son destinataire, il se peut, par ailleurs, qu'un acte administratif l'ait été en méconnaissance de l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées « sur le Conseil d'État », lequel subordonne la prise de cours du délai à l'indication dans l'acte de l'existence de voies de recours ainsi que des modalités d'exercice de celles-ci.

Le juge de la légalité estime, à cet égard, que « [...] l'obligation d'indiquer les voies de recours dont un acte individuel peut faire l'objet est une formalité prévue dans l'intérêt du destinataire de l'acte et que l'autorité administrative ne peut invoquer sa propre négligence pour s'autoriser à retirer un acte qu'elle n'aurait plus pu retirer si la formalité avait été accomplie »⁸⁹.

L'absence de mention dans l'acte des voies de recours ouvertes contre lui n'exerce donc aucune influence sur le point de départ du délai dans lequel le retrait est admis. Une notification incomplète ne peut donc être invoquée par l'autorité administrative aux fins de soutenir que le délai de retrait n'aurait pas encore commencé à courir

⁸⁷ Parmi les éventuelles causes de suspension, l'on songe notamment à l'introduction d'une réclamation auprès du Médiateur, laquelle suspend le délai de recours devant le Conseil d'État pour l'auteur de cette réclamation (Lois coordonnées « sur le Conseil d'État », art. 19, al. 3).

⁸⁸ C.E., arrêt *C.P.A.S. de Schaerbeek*, n° 181.541 du 28 mars 2008. L'on souligne que, dans cet arrêt, le Conseil d'État choisit de faire débiter le point de départ du délai de retrait au jour de l'adoption de l'acte et non à partir de la notification de l'acte.

⁸⁹ C.E., arrêt *Goullier*, n° 87.277 du 16 mai 2000 ; C.E., arrêt *Dechamp*, n° 90.287 du 18 octobre 2000.

et que le retrait serait, partant, autorisé plus de soixante jours après la notification de l'acte⁹⁰.

41. Cet enseignement demeure-t-il cependant valable dans l'hypothèse où le retrait n'est pas opéré d'initiative par l'administration mais sollicité par le destinataire de l'acte⁹¹ ? En effet, si l'on peut concevoir que l'administration ne puisse tirer parti d'une formalité prévue dans l'intérêt du destinataire de l'acte, n'en va-t-il pas différemment lorsque ce destinataire entend lui-même tirer parti d'une notification incomplète aux fins d'obtenir le retrait d'un acte notifié depuis plus de soixante jours ?

La logique du parallélisme avec la procédure devant le Conseil d'État plaide en ce sens. L'article 19, alinéa 2, précité des lois coordonnées n'opère pas de distinction, à cet égard, tandis que l'on ne peut exclure, *a priori*, que cette notification l'ait effectivement privé de la possibilité de choisir plus tôt l'option à prendre dans son dossier et d'adresser une demande de retrait à l'administration.

Il reste que cette solution n'améliore pas la clarté et la prévisibilité de la théorie du retrait d'acte, dont la complexité croissante pose bien des questions au regard de l'objectif de sécurité juridique qu'elle poursuit.

CHAPITRE III.

RETRAIT AU COURS DE LA PROCÉDURE

Section 1^{re}. – *Le principe*

42. Comme on l'a souligné d'emblée, l'origine de la construction jurisprudentielle balisant le retrait d'actes irréguliers créateurs d'effets avantageux réside dans l'idée que le retrait peut intervenir tant que la décision n'est pas devenue définitive, c'est-à-dire tant qu'il

⁹⁰ Lon souligne que la jurisprudence française retient la même solution (voy. not. C.E. fr., Ass., 24 octobre 1997, *Madame de Laubier*, jugeant que l'administration ne pourrait invoquer le bénéfice des dispositions de l'article R. 104 du Code des Tribunaux administratifs « [...] pour retirer, de sa propre initiative, une décision individuelle créatrice de droits au-delà d'un délai de deux mois après sa notification, alors même que cette décision serait illégale »).

⁹¹ *Cf. supra* : n° 35.

existe « une cause d'incertitude quant à l'acquisition définitive de la situation découlant de cette décision »⁹². Dans cette optique, on l'a vu, le retrait est possible tant que le délai de recours pour contester la décision n'a pas expiré. Mais il est une autre hypothèse dans laquelle l'acte n'est pas devenu définitif : celle d'un recours introduit contre l'acte litigieux.

Il est, ainsi, admis que l'acte soit retiré au cours d'une procédure introduite devant le Conseil d'État. Tant que le recours est pendant, l'acte n'est pas définitif puisqu'il est susceptible d'être annulé. L'introduction du recours est la « cause d'incertitude » de l'acquisition définitive de la situation⁹³. L'idée est qu'en opérant le retrait, l'autorité anticipe une annulation future par la juridiction⁹⁴.

Si l'on songe, de prime abord, au Conseil d'État, le même raisonnement peut être tenu pour un recours introduit devant une autre juridiction administrative. Dès lors que la décision est susceptible d'être annulée, voire réformée, par cette juridiction, elle n'est pas devenue définitive tant que la juridiction n'a pas statué. Il en va de même du retrait de la décision qui fait l'objet d'un recours administratif organisé⁹⁵. L'hypothèse la plus fréquente est celle d'un retrait au cours de la procédure devant le Conseil d'État, raison pour laquelle cette hypothèse va retenir particulièrement notre attention.

43. Il a, par le passé, été avancé que le retrait d'une décision, au cours d'une procédure contentieuse, violait le principe de légitime confiance. À l'appui de cette thèse, il était soutenu que laisser exister l'acte jusqu'à l'introduction d'un recours contentieux avait créé une attente légitime dans le chef de l'administré, attente qui serait méconnue par la décision de retrait.

Ainsi que le rappelle la haute juridiction administrative, le principe de légitime confiance n'est enfreint que si trois conditions – cumulatives – sont remplies, à savoir s'il existe une erreur dans le chef de

⁹² C.E., arrêt *Tibax*, n° 20.599 du 30 septembre 1980.

⁹³ C.E., arrêt *Tommelein*, n° 23.281 du 24 mai 1983.

⁹⁴ C.E., arrêt *Watelet*, n° 187.848 du 12 novembre 2008.

⁹⁵ Dans un arrêt *A.S.B.L. Liaison Antiprohibitionniste*, n° 242.060 du 3 juillet 2018, le Conseil d'État constate que l'acte qui fait l'objet d'un recours administratif peut être retiré, dès lors que : « c'est la décision prise sur recours qui fait disparaître la décision initiale en se substituant à elle et non la seule circonstance que le recours est introduit ». Sur cette question, cf. égal. *supra* : n°s 22 à 24, s'agissant d'autres juridictions administratives, ou le n° 25, en ce qui concerne les autorités administratives.

l'administration, si un avantage est accordé à l'administré en vertu de cette erreur, et si aucun motif légitime ne permet de priver l'administré de cet avantage⁹⁶.

Le Conseil d'État juge que le principe de légitime confiance n'est pas violé par le retrait de l'acte en cours de procédure car l'irrégularité de l'acte, dénoncée dans un recours en annulation, constitue un « motif légitime » qui justifie que l'administré soit privé de l'avantage octroyé par erreur par l'administration. Le motif est d'autant plus légitime lorsque l'irrégularité est constatée par un membre de l'auditorat dans son rapport. Du reste, l'écoulement du temps, ou le fait d'attendre le rapport de l'auditeur, n'implique pas que l'autorité ait renoncé à la possibilité de procéder au retrait de son acte⁹⁷.

44. Dans l'hypothèse du retrait de l'acte qui fait l'objet d'un recours, se pose également la question de savoir s'il revient à l'autorité de démontrer l'existence de l'irrégularité. La réponse est affirmative. La seule circonstance qu'un recours a été introduit n'emporte pas la démonstration de l'irrégularité de l'acte⁹⁸. Dans un arrêt *El Bahoudi* du 7 janvier 2008, le Conseil d'État énonce, en effet, qu'il « ne suffit pas, pour que le retrait d'un acte individuel créateur de droits soit dûment justifié, que le recours dirigé contre l'acte ait seulement des chances raisonnables de conduire à son annulation », mais qu'il « s'impose en vertu du principe de légalité que la décision de retrait se fonde sur les éléments de fait et de droit qui démontrent l'illégalité de la décision retirée »⁹⁹.

La décision de retrait doit, dès lors, contenir une motivation propre relative à l'irrégularité de l'acte retiré. Elle ne peut se contenter de mentionner l'existence d'un recours en annulation contre cet acte.

Il peut, en outre, advenir qu'une tierce partie soit intervenue à la cause, à l'appui de la partie adverse. La partie intervenante a, dans cette hypothèse, invoqué des arguments en faveur de la légalité de

⁹⁶ C.E., arrêt *N.V. Aveve*, n° 132.404 du 15 juin 2004. Sur le principe de légitime confiance, voy. R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents ? », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (coord.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 103-123.

⁹⁷ C.E., arrêt *N.V. Aveve*, n° 132.404 du 15 juin 2004.

⁹⁸ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., op. cit., v° « Retrait », pp. 584-585.

⁹⁹ C.E., arrêt *El Bahoudi*, n° 178.294 du 7 janvier 2008. Sur la motivation de la décision de retrait, voy., dans le présent ouvrage, la contribution de D. DE ROY et M. JOASSART.

l'acte attaqué. L'on se demande alors si, à l'occasion du retrait de l'acte attaqué, l'autorité doit rencontrer les arguments de cette partie intervenante dans la motivation de sa décision de retrait. Le Conseil d'État s'est penché sur la question dans un arrêt *Ville de Thuin* du 1^{er} mars 2017. À son estime, dès lors que, dans ce cas d'espèce, l'autorité s'était ralliée à la position défendue par l'auditeur, dans son rapport, et que celui-ci concluait à l'illégalité de l'acte entrepris, elle n'avait pas l'obligation de rencontrer les arguments développés par la partie intervenante¹⁰⁰. Le Conseil d'État laisse entendre qu'à l'inverse, c'est-à-dire en l'absence de référence expresse au rapport de l'auditeur, les arguments invoqués à l'appui de la légalité de l'acte retiré doivent être rencontrés dans la motivation de la décision de retrait.

Section 2. – *Les conditions*

45. Lorsqu'il intervient après l'introduction d'un recours devant le Conseil d'État, le retrait est « étroitement lié à la procédure d'annulation »¹⁰¹. En conséquence, la légalité du retrait est, en principe, subordonnée à la double condition que le recours soit recevable (Sous-section 1^{re}) et que le retrait soit fondé soit sur une illégalité susceptible d'être examinée dans le cadre du recours (Sous-section 2). Il existe, enfin, une limite temporelle (Sous-section 3).

Sous-section 1^{re}. – *Recevabilité du recours*

46. Le retrait d'une décision qui fait l'objet d'un recours devant une juridiction contentieuse suppose, tout d'abord, que ce recours ait

¹⁰⁰ C.E., arrêt *Ville de Thuin*, n° 237.529 du 1^{er} mars 2017.

¹⁰¹ O. DI GIACOMO, « L'annulation d'une décision de retrait d'un acte administratif fait-elle naître un nouveau délai dans lequel il pourra être procédé à la réfection de ce retrait ? », note sous C.E., arrêt *S.A. Conduites et Entreprises e.a.*, n° 202.019, du 17 mars 2010, *op. cit.*, p. 28. Dans son arrêt *Tibax* du 30 septembre 1980 précité, le Conseil d'État énonce que « ce pouvoir de retrait, par définition, ne s'étend, compte tenu du fondement du recours, que jusqu'où celui-ci a suscité de l'incertitude, ce qui signifie, en premier lieu, que le retrait n'est possible que si le recours en annulation est recevable et en second lieu qu'il ne peut se faire que dans les limites de l'éventuel arrêt d'annulation qui pourrait être prononcé sur ce recours, soit sur la base d'un ou plusieurs des griefs d'irrégularité qui apparaissent fondés et que le requérant a été recevable à faire valoir devant le Conseil d'État, soit en vertu d'une règle d'ordre public ».

été régulièrement introduit¹⁰². Il n'est, en effet, pas question d'allonger fictivement le délai de retrait par l'introduction, hors délai, d'un recours devant le Conseil d'État. Le recours doit avoir été introduit en respectant les conditions de recevabilité¹⁰³.

Cette première balise se justifie au regard du postulat de départ, selon lequel le retrait ne peut être opéré, une fois la procédure introduite, que dans les limites de ce recours. En d'autres termes, puisque le retrait est destiné à anticiper une annulation contentieuse, il ne peut intervenir que dans la mesure où l'acte attaqué est susceptible d'être annulé. Or, si l'une des conditions de recevabilité du recours n'est pas remplie, la procédure ne pourra pas aboutir à un arrêt d'annulation. L'on précise que la recevabilité est d'ordre public et, donc, examinée d'office par le Conseil d'État¹⁰⁴.

Le recours doit donc avoir été valablement introduit d'un point de vue temporel (dans le délai fixé) mais, également, matériel (l'acte doit être susceptible de recours, émaner d'une autorité administrative et causer grief, les recours administratifs organisés devant par ailleurs avoir été épuisés) et personnel (le requérant doit avoir qualité, capacité et justifier d'un intérêt)¹⁰⁵.

47. Si le retrait est opéré au cours d'une procédure contentieuse, sans que cette procédure n'ait été introduite dans le respect des conditions de recevabilité, la décision de retrait sera elle-même irrégulière.

Sous-section 2. – *Irrégularité justifiant le retrait*

48. L'irrégularité susceptible de motiver la décision de retrait diffère selon que le retrait est opéré avant l'expiration du délai de recours (§ 1^{er}) ou après l'expiration de ce délai (§ 2).

¹⁰² O. DI GIACOMO, « L'annulation d'une décision de retrait d'un acte administratif fait-elle naître un nouveau délai dans lequel il pourra être procédé à la réfection de ce retrait ? », note sous C.E., arrêt *S.A. Conduites et Entreprises e.a.*, n° 202.019, du 17 mars 2010, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰³ Une partie de la doctrine française s'est interrogée sur la pertinence d'établir un lien trop étroit entre le retrait et la procédure. Elle estime que le retrait doit pouvoir être opéré même si le recours introduit n'est pas recevable (voy. J.-M. AUBRY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. II, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1984, p. 363, cité par M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 258).

¹⁰⁴ Voy., par ex., C.E., arrêt *Bassomo*, n° 178.665 du 18 janvier 2008.

¹⁰⁵ Sur les conditions de recevabilité du recours, voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., *op. cit.*, pp. 173-233, 265-286, 294-304 et 460-506.

§ 1^{er}. – Retrait opéré avant l'expiration du délai de recours

49. Il peut advenir que la décision de retrait soit adoptée après l'introduction d'un recours contentieux mais avant que le délai pour introduire ce recours n'ait expiré. Tel est, par exemple, le cas si un recours en annulation est introduit quarante jours après la notification, la publication ou la prise de connaissance de l'acte, et que le retrait est opéré cinquante jours après, selon le cas¹⁰⁶, l'adoption, la notification, la publication ou la prise de connaissance de l'acte.

Dans cette hypothèse bien définie, l'on est enclin à penser que l'autorité n'est pas tenue, dans le choix de l'illégalité qui fonde la décision de retrait, par les illégalités dénoncées à l'appui du recours¹⁰⁷. L'on se situe, en effet, toujours dans l'hypothèse d'un retrait dans le délai de recours. Or, dans pareil cas, il n'y a pas de restriction quant à l'illégalité qui peut être invoquée pour motiver le retrait. L'autorité jouit donc d'un pouvoir plus étendu pour y procéder avant l'expiration du délai de recours, puisqu'elle n'est pas tenue par les irrégularités invoquées – ou susceptibles d'être invoquées – dans le cadre du recours¹⁰⁸.

§ 2. – Retrait opéré près l'expiration du délai de recours

50. Il en va autrement lorsque le délai de recours a expiré. Le retrait devra, dans ce cas, être motivé par une irrégularité valablement soulevée à l'appui du recours (I) ou par une irrégularité d'ordre public (II).

I. – IRRÉGULARITÉ SOULEVÉE À L'APPUI DU RECOURS

51. La première option, pour l'autorité, est de fonder la décision de retrait sur une illégalité dénoncée à l'appui du recours.

¹⁰⁶ Cf. *supra* : n^{os} 28 et ss.

¹⁰⁷ Voy., dans ce sens, M. NIHOUL, « À propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », note sous C.E., arrêt *Goslar*, n^o 193.418 du 19 mai 2009, *op. cit.*, p. 289, note 32 ; C.E., arrêt *Pavonet*, n^o 147.369 du 6 juillet 2005.

¹⁰⁸ En ce sens, M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 259 ; B. CAMBIER et D. RENDERS, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », in X., *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 109-125.

Il ne doit pas s'agir d'une illégalité nouvelle, c'est-à-dire une illégalité que l'autorité n'était pas en mesure de connaître avant l'introduction du recours en annulation¹⁰⁹. Il suffit que l'illégalité ait été soumise à l'appréciation du Conseil d'État dans le cadre du recours.

52. L'illégalité qui fonde la décision de retrait doit, ajoute le Conseil d'État, avoir été invoquée dans un moyen recevable¹¹⁰. Outre la recevabilité du recours, l'autorité doit s'assurer que l'illégalité sur laquelle elle entend fonder la décision de retrait avait été *régulièrement* soulevée par le requérant dans l'exposé de son moyen. À nouveau, cette condition se justifie par l'idée que le retrait ne peut intervenir que dans les limites du recours introduit, dans la mesure où le recours est susceptible d'aboutir à l'annulation de l'acte. Or, si le moyen n'est pas recevable, il n'est pas susceptible de mener à un arrêt d'annulation.

53. Les causes d'irrecevabilité du moyen sont multiples.

Depuis la réforme du Conseil d'État intervenue en 2014, le requérant doit justifier d'un intérêt au moyen, sous peine d'entendre son moyen déclaré irrecevable. Selon les termes du nouvel article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées « sur le Conseil d'État », une irrégularité ne donnera lieu à une annulation que si elle a exercé une influence sur le sens de la décision prise, a privé les intéressés d'une garantie ou a pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte. À défaut d'entrer dans l'une de ces catégories, le moyen sera déclaré irrecevable, pour défaut d'intérêt¹¹¹.

Au sens de l'article 2 du règlement général de procédure¹¹², un « moyen » doit, par ailleurs, s'entendre « d'une description

¹⁰⁹ C.E., arrêt *N.V. Aveve*, n° 132.404 du 15 juin 2004.

¹¹⁰ C.E., arrêt *Boodts*, n° 66.641 du 9 juin 1997 ; C.E., arrêt *N.V. Aveve*, n° 132.404 du 15 juin 2004 ; C.E., arrêt *Boodts*, n° 117.945 du 4 avril 2003 ; C.E., arrêt *Roland*, n° 67.676 du 5 août 1997 ; C.E., arrêt *Adam*, n° 94.687 du 11 avril 2001 ; C.E., arrêt *Morrier*, n° 234.909 du 2 juin 2016 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1^{er}, *op. cit.*, p. 800 ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 258 ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, die Keure, 1994, pp. 48-49.

¹¹¹ Sur l'intérêt au moyen, voy. not. M. KAISER et E. GOURDIN, « La qualité du requérant et son intérêt au recours et au moyen », in F. VISEUR et J. PHILPPART (éd.), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 31-84 ; M. NIHOUL, « Le moyen digne d'intérêt pour le Conseil d'État selon le législateur (premières applications) », *C.D.P.K.*, 2015/1, pp. 19-35 ; A. WIRTGEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde van het middel in het kader van het beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State », *T.B.P.*, 2015/3, pp. 131-151.

¹¹² Arrêté du Régent du 23 août 1948 « déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État », *Mon. b.* du 23 août 1948.

suffisamment claire de la règle de droit qui a été transgressée et de la manière dont cette règle a été violée par l'acte attaqué »¹¹³. Seront, notamment, jugés irrecevables les moyens imprécis¹¹⁴, ceux qui ne laissent pas apparaître en quoi les dispositions et principes invoqués ont été enfreints¹¹⁵, ou qui reposent sur des hypothèses¹¹⁶.

Par une application stricte de la jurisprudence exigeant que l'illégalité ait été *valablement* dénoncée devant le Conseil d'État, l'irrecevabilité, même formelle, du moyen entraîne, pour l'autorité, l'impossibilité de se prévaloir de l'illégalité invoquée à l'appui de celui-ci pour fonder le retrait de la décision attaquée.

Sont, encore, irrecevables les moyens qui n'ont pas été invoqués dans la requête en annulation mais à un stade ultérieur de la procédure. La jurisprudence est, en effet, fixée en ce sens que le requérant est tenu d'exposer, dans la requête en annulation, tous les moyens dont il a ou pouvait avoir connaissance¹¹⁷. Par voie d'exception, un moyen peut être soulevé dans un écrit ultérieur, si le requérant démontre qu'il n'en a eu connaissance qu'après l'introduction de la requête, par exemple en consultant le dossier administratif¹¹⁸. Il est également admis qu'un moyen d'ordre public soit soulevé dans un stade ultérieur de la procédure. Ceci en raison du fait que le Conseil d'État est, en tout état de cause, tenu de soulever lui-même cette illégalité lorsqu'il statue sur le recours¹¹⁹.

¹¹³ C.E., arrêt *Tekpe et Tekpe*, n° 229.142 du 13 novembre 2014 ; C.E., arrêt *Ville de Liège* n° 241.879 du 21 juin 2018. Voy. égal. M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, op. cit., pp. 352 et ss.

¹¹⁴ Voy. C.E., arrêt *Commune de Waterloo*, n° 241.371 du 3 mai 2018 ; C.E., arrêt *Orban*, n° 216.719 du 7 décembre 2011 ; C.E., arrêt *Defaux*, n° 189.814 du 27 janvier 2009. Il est, en outre, jugé que « Lorsqu'un moyen est irrecevable faute de précision, les développements contenus dans le mémoire en réplique sont tardifs pour n'avoir pas été exposés dans la requête en annulation » (C.E., arrêt *A.S.B.L. Association du Val d'Amblève, Lienne et affluents*, n° 232.181 du 14 septembre 2015).

¹¹⁵ Voy. C.E., arrêt *Croisez et Janssen*, n° 231.133 du 6 mai 2015 ; F. VANDENDRIESSCHE, « De verplichting tot het aanvoeren van duidelijk geformuleerde middelen en de *exceptio obscuri libelli* voor de Raad van State », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 372-376.

¹¹⁶ Voy. C.E., arrêt *Dumont*, n° 210.607 du 21 janvier 2011 ; C.E., arrêt *S.A. Elia*, n° 179.387 du 7 février 2008 ; C.E., arrêt *Puleo*, n° 179.387 du 12 juin 1998.

¹¹⁷ Voy. A. WIRTGEN, « De ontvankelijkheid *ratione temporis* van de middelen tot nietigverklaring voor de Raad van State », op. cit., pp. 228-232.

¹¹⁸ Voy. C.E., arrêt *A.S.B.L. Association du Val d'Amblève, Lienne et affluents*, n° 232.181 du 14 septembre 2015 ; C.E., arrêt *Debacker*, n° 230.786 du 3 avril 2015 ; C.E., arrêt *Godart e.a.*, n° 226.501 du 20 février 2014.

¹¹⁹ Voy. A. WIRTGEN, « De ontvankelijkheid *ratione temporis* van de middelen tot nietigverklaring voor de Raad van State », op. cit., pp. 228-232.

54. S'agissant du moyen d'ordre public, la jurisprudence a, cependant, récemment connu une évolution. Il a été jugé, par un arrêt rendu en assemblée générale, que le moyen d'ordre public soulevé dans un écrit ultérieur sera irrecevable si cette attitude constitue une atteinte avérée à la loyauté procédurale, ce que la chambre saisie doit vérifier¹²⁰.

Compte tenu de cette nouvelle jurisprudence, l'on est en droit de se demander si un moyen d'ordre public, soulevé tardivement par le requérant en violation de la loyauté procédurale – et, partant, irrecevable – pourrait fonder une décision de retrait. Nous pensons pouvoir répondre par l'affirmative. Le soulèvement tardif d'un moyen d'ordre public pose question au regard de la loyauté procédurale, étant entendu que l'exigence de soulever un moyen dans la requête elle-même vise le respect des droits de la défense, dont le principe du contradictoire, et la bonne organisation de la procédure¹²¹. Il s'agit de déterminer si, dans les circonstances propres à l'espèce, le requérant a différé le soulèvement du moyen de manière telle que l'atteinte aux droits de la défense de la partie adverse n'est pas acceptable, ou que l'organisation de la procédure est perturbée de manière inacceptable¹²².

Pour ce qui concerne le retrait de la décision attaquée, la question peut être formulée différemment. Le retrait ne pourrait pas porter atteinte à la loyauté procédurale puisque l'opération est, en principe, favorable au requérant. Celui-ci obtient satisfaction puisqu'il souhaitait la disparition rétroactive de l'acte attaqué. En outre, le Conseil d'État a, on le rappelle, jugé que le retrait en cours de procédure ne portait pas atteinte au principe de confiance légitime¹²³. Il n'y a donc, à notre estime, pas d'obstacle à ce qu'une illégalité d'ordre public,

¹²⁰ C.E. (ass. gén.), arrêt *S.A. European Air Transport*, n° 238.588 du 20 juin 2017. Le Conseil d'État fait application de cette nouvelle jurisprudence. Voy. C.E., arrêt *Majon*, n° 240.831 du 28 février 2018 ; C.E., arrêt *Kyndt*, n° 239.828 du 9 novembre 2017 ; C.E., arrêt *NV Noesen e.a.*, n° 241.119 du 27 mars 2018. Voy. égal. A. WIRTGEN, « De ontvankelijkheid van de middelen van openbare orde in het beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State: naar het einde van de "voorkeursbehandeling" ? », *T.B.P.*, 2018/6, pp. 339-355.

¹²¹ C.E., arrêt *Bouwens et Despas*, n° 242.121 du 16 juillet 2018 ; C.E., arrêt *Commune de Waterloo*, n° 241.371 du 3 mai 2018.

¹²² Dans son arrêt rendu en assemblée générale, le Conseil d'État décrit l'atteinte à la loyauté procédurale comme « manquement substantiel au déroulement normal et adéquat de l'examen du recours » (C.E., ass. gén., arrêt *S.A. European Air Transport*, n° 238.588 du 20 juin 2017).

¹²³ C.E., arrêt *N.V. Aveve*, n° 132.404 du 15 juin 2004 (voy. *supra*).

dénoncée tardivement en violation de la loyauté procédure, fonde une décision de retrait.

II. – IRRÉGULARITÉ D'ORDRE PUBLIC

55. La seconde option, pour l'autorité qui souhaite procéder au retrait d'une décision qui fait l'objet d'un recours valablement introduit devant une juridiction administrative, est de fonder la décision de retrait sur une illégalité d'ordre public – par hypothèse non soulevée dans le cadre du recours¹²⁴.

Le retrait interviendra toujours dans les limites du recours en annulation puisque, s'agissant d'un moyen d'ordre public, il peut être soulevé d'office par le Conseil d'État et mener à l'annulation de l'acte attaqué. Si l'autorité décède, dans son acte, une irrégularité touchant à l'ordre public, elle peut procéder au retrait de l'acte irrégulier en se fondant sur cette irrégularité, indépendamment de savoir si cette irrégularité a – déjà – été soulevée dans le cadre du recours en annulation.

À titre d'illustration et sans prétendre à l'exhaustivité, il est traditionnellement admis que les règles relatives à la compétence de l'auteur de l'acte, à l'impartialité, aux droits de la défense, à la théorie du retrait d'acte, à la consultation préalable de la section de législation du Conseil d'État, à l'emploi des langues ou encore à la non-rétroactivité des actes administratifs touchent à l'ordre public¹²⁵.

¹²⁴ Voy. C.E., arrêt *Roland*, n° 67.676 du 5 août 1997. Sur la notion d'illégalité d'ordre public, voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., *op. cit.*, pp. 360 et ss. ; A. WIRTGEN, « Het ambtshalve aanvoeren van middelen door de Raad van State in het raam van het beroep tot nietigverklaring », *T.B.P.*, 2006/9, pp. 515-540.

¹²⁵ Voy., par ex., C.E., arrêt *Baijot*, n° 241.014 du 13 mars 2018 (compétence) ; C.E., arrêt *Smeulders*, n° 237.086 du 19 janvier 2017 (impartialité) ; C.E., arrêt *Van Daelen*, n° 239.951 du 23 novembre 2017 (droits de la défense) ; C.E., arrêt *Massart et S.C.R.L. IMC Donceel*, n° 229.509 du 10 décembre 2014 (retrait des actes administratifs) ; C.E., arrêt *S.P.R.L. EFR Belgium*, n° 237.105 du 19 janvier 2017 (consultation préalable de la section de législation du Conseil d'État) ; C.E., arrêt *Levaux*, n° 218.641 du 27 mars 2012 (emploi des langues) ; C.E., arrêt *Ramelot*, n° 150.867 du 27 octobre 2005 (non-rétroactivité des actes administratifs).

Sous-section 3. – *Limite temporelle*

56. La jurisprudence majoritaire est fixée en ce sens que le retrait peut intervenir jusqu'à la clôture des débats¹²⁶, ce qui revient à dire que le retrait est possible jusqu'à la prise en délibéré de l'affaire à l'issue de l'exposé de l'avis de l'auditeur à l'audience¹²⁷.

57. Le Conseil d'État a, néanmoins, admis que le retrait intervienne jusqu'au prononcé de l'arrêt statuant sur le recours en annulation¹²⁸. En application de cette jurisprudence, l'auteur de l'acte ou toute autorité compétente pour procéder au retrait¹²⁹ pourrait retirer l'acte entrepris durant la période qui sépare la clôture des débats et le prononcé de l'arrêt.

À la suite d'autres auteurs¹³⁰, nous sommes enclins à penser qu'il est plus cohérent d'admettre le retrait de l'acte entrepris jusqu'au prononcé de l'arrêt. En effet, cette thèse est plus conforme au postulat de départ, suivant lequel le retrait est possible pour anticiper une annulation contentieuse, dans les limites du recours introduit. Entre l'audience et l'arrêt, l'acte attaqué existe et est susceptible d'être annulé, de sorte que le retrait viendrait toujours anticiper cette annulation. L'on n'aperçoit pas quel motif justifie la limitation à la clôture des débats. Il convient cependant, en cas de retrait postérieur à la prise en délibéré, d'en informer le Conseil d'État dans les plus brefs délais. En effet, le Conseil ne se prononcera plus sur la légalité de l'acte, mais se contentera de constater la perte d'objet du recours.

58. Dans le cadre d'une procédure d'annulation assortie d'une demande de suspension, le retrait peut, par contre, intervenir à la suite d'un arrêt prononçant la suspension de l'acte attaqué. L'acte entrepris cesse, dans ce cas, de produire des effets mais il continue à exister, dans l'attente de l'issue de la procédure au fond. L'acte

¹²⁶ Voy. par ex. C.E., arrêt *Eylenbosch*, n° 238.163 du 11 mai 2017 ; C.E., arrêt *Ville de Thuin*, n° 237.529 du 1^{er} mars 2017 ; C.E., arrêt *Morrier*, n° 234.909 du 2 juin 2016 ; C.E., arrêt *Wilmus*, n° 231.908 du 9 juillet 2015.

¹²⁷ Conformément à l'article 29 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité, l'audience comprend, par ordre chronologique, le rapport du Conseiller d'État, les observations des parties, et l'exposé de l'avis du membre de l'auditorat. À la suite de cela, le Président de chambre prononce « la clôture des débats et met la cause en délibéré » (art. 29, *in fine*).

¹²⁸ C.E., arrêt *Watelet*, n° 187.848 du 12 novembre 2008 ; C.E., arrêt *Feyt e.a.*, n° 237.589 du 8 mars 2017.

¹²⁹ Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de D. DE ROY et M. JOASSART.

¹³⁰ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 252, note 2 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1^{er}, *op. cit.*, p. 801.

peut donc être retiré. L'autorité qui procède au retrait d'une décision suspendue prend moins de risque concernant l'irrégularité de l'acte entrepris puisque, par hypothèse, le Conseil d'État a jugé qu'un moyen au moins était sérieux. Il s'agit, toutefois, d'un examen *prima facie* dont le Conseil d'État pourrait, en théorie du moins, ultérieurement s'écarter¹³¹.

CHAPITRE IV.

RETRAIT EN TOUT TEMPS

59. Une fois devenu définitif, l'acte irrégulier créateur d'effets avantageux ne peut plus être retiré. Pour le Conseil d'État, la sécurité juridique doit alors l'emporter sur la légalité. Il ne peut plus être annulé et ne peut pas davantage être soustrait à l'ordonnement juridique par son auteur.

Des exceptions assortissent néanmoins ce principe qui est, rappelons-le, d'ordre public¹³². La haute juridiction administrative admet le retrait en tout temps lorsqu'une disposition du même rang l'autorise expressément (Section 1^{re}), si la décision a été prise à la suite de manœuvres frauduleuses (Section 2) ou si elle est entachée d'une irrégularité telle qu'il y a lieu de la tenir pour inexistante (Section 3)¹³³.

¹³¹ L'arrêt de suspension a une autorité de chose jugée provisoire. La situation litigieuse n'est définitivement tranchée qu'à l'issue de la procédure en annulation (M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., *op. cit.*, pp. 801-802).

¹³² C.E., arrêt *Malpas*, n° 42.603 du 19 avril 1993 ; C.E., arrêt *État belge*, n° 212.495 du 6 avril 2011 ; C.E., arrêt *Gabriel*, n° 229.146 du 13 novembre 2014. Dans l'arrêt *Eylenbosch*, n° 238.163 du 11 mai 2017, le Conseil d'État indique également que le moyen pris de la violation de ces règles est un moyen d'ordre public, dès lors qu'il touche à la compétence *ratione temporis* de l'auteur de l'acte.

¹³³ Certains auteurs énoncent, comme autres exceptions aux règles du retrait de l'acte illégal créateur d'un avantage, le fait pour le bénéficiaire de renoncer aux « effets avantageux » de cet acte et d'en demander le retrait, ou le cas du retrait nécessaire pour assurer l'exécution d'une annulation contentieuse (voy., en ce sens, D. RENDERS, *Droit administratif général*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 399, n° 726 ; A. TRYBULOWSKI, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », obs. sous C.E., arrêt *Brucaleri*, n° 229.376 du 27 novembre 2014, *op. cit.*, p. 287, n° 6). Nous laissons le soin à B. GORS, K. POLET et L. VANSNICK d'examiner ces hypothèses qui sont plutôt citées à propos des actes réguliers créateurs d'effets avantageux dans la jurisprudence du Conseil d'État (voy. not. C.E., arrêt *S.A. Mobistar*, n° 123.480 du 25 septembre 2003 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 156.155 du 9 mars 2006). S'agissant de la seconde hypothèse, l'arrêt *S.A. Conduites & Entreprises et S.A. Denys*, n° 202.019 du 17 mars 2010, l'évoque au sujet de la réfection d'un acte

60. Ces exceptions ne peuvent être admises qu'avec parcimonie¹³⁴. N'oublions pas qu'elles dérogent aux règles du retrait qui, elles-mêmes dérogent aux principes de l'intangibilité et de la non-rétroactivité des actes administratifs. Lesdites exceptions – « au carré » en quelque sorte – sont donc d'interprétation particulièrement stricte et c'est à celui qui décide le retrait qu'incombe la charge de les prouver¹³⁵.

L'auteur de cette décision doit veiller à préciser, dans sa motivation, la nature de l'exception qu'il invoque. Devant le Conseil d'État, il ne pourra, par exemple, arguer de manœuvres frauduleuses si le retrait est justifié par un autre motif¹³⁶.

Section 1^{re}. – L'acte dont le retrait est autorisé par une disposition législative expresse

61. La première exception aux règles du retrait de l'acte administratif découle de la valeur législative reconnue au principe général de droit qui en est la source.

On le sait¹³⁷, cette valeur est le fruit de l'interprétation que le juge de la légalité a donnée du fondement du principe. Puisque le retrait de l'acte administratif heurte le principe général de non-rétroactivité de tels actes, il n'appartient qu'au législateur d'y déroger et de donner un fondement à la décision de retrait. Les articles 14 et 30 des lois coordonnées « sur le Conseil d'État », combinés à l'article 160 de la Constitution, d'une part, et à l'article 4, alinéa 2, de l'arrêté du

irrégulier créateur d'effets avantageux, sans cependant l'examiner davantage. Il s'agit du seul cas de figure que l'on ait trouvé dans la jurisprudence du Conseil d'État, cette hypothèse étant, du reste et à juste titre, vivement critiquée par P. GOFFAUX (*Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, v^o « Retrait », p. 586). Rappelons, par ailleurs, que K. WALTERS, E. SLAUTSKY et C. DELFORGE examinent l'hypothèse du retrait d'acte au regard du droit de l'Union européenne.

¹³⁴ C.E., arrêt *S.P.R.L. Verhaeren et Cie*, n^o 18.632 du 13 décembre 1977.

¹³⁵ La jurisprudence est constante. Voy. not. C.E., arrêt *XXX*, n^o 85.368 du 16 février 2000 ; C.E., arrêt *XXX*, n^o 91.259 du 30 novembre 2000 ; C.E., arrêt *XXX*, n^o 136.150 du 15 octobre 2004 ; C.E., arrêt *Giot-Wirgot*, n^o 198.633 du 7 décembre 2009 ; C.E., arrêt *Oltean*, n^o 218.602 du 22 mars 2012 ; C.E., arrêt *Drimus*, n^o 218.777 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Mercse*, n^o 218.778 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Filip*, n^o 218.780 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Gabriel*, n^o 229.146 du 13 novembre 2014 ; C.E., arrêt *Eylenbosch*, n^o 238.163 du 11 mai 2017.

¹³⁶ C.E., arrêt *Vanardois*, n^o 15.588 du 28 novembre 1972 ; C.E., arrêt *Lestrate*, n^o 130.877 du 30 avril 2004 ; C.E., arrêt *Leroi*, n^o 137.585 du 24 novembre 2004 ; C.E., arrêt *XXX*, n^o 157.966 du 27 avril 2006 ; C.E., arrêt *Gemeente Denderleuw et college van burgemeester en schepenen van de gemeente Denderleuw*, n^o 183.368 du 26 mai 2008.

¹³⁷ Cf. *supra* : n^o 2.

Régent du 23 août 1948 « déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État », d'autre part, offrent un tel fondement. L'idée étant que, si le législateur a permis de demander l'annulation des actes administratifs dans un délai donné, il a nécessairement, pendant ce même délai, permis à l'autorité administrative de réexaminer sa décision et de la retirer.

62. Sur la base de ce raisonnement, d'autres normes de valeur législative peuvent autoriser le retrait de l'acte selon un régime et des délais distincts. Tel est le cas notamment en matière de tutelle ordinaire générale¹³⁸, de marchés publics¹³⁹, d'urbanisme¹⁴⁰, de statut des étrangers¹⁴¹ ou d'emploi des langues¹⁴².

63. Quel que soit le domaine, l'habilitation doit figurer dans une disposition législative expresse et être libellée en des termes clairs et non équivoques¹⁴³. Ce peut être une loi, mais aussi un décret ou une ordonnance¹⁴⁴, voire un règlement pris en exécution de ces textes¹⁴⁵. Dérogeant aux règles de l'intangibilité et de la non-rétroactivité des

¹³⁸ L'article 264, alinéa 3, de la Nouvelle loi communale prévoit que l'autorité communale visée par cette disposition (communes germanophones ou à facilités, notamment) peut retirer l'acte qui est régulièrement suspendu.

¹³⁹ L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 « relative aux marchés publics » prévoit que le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière, l'accomplissement d'une procédure n'impliquant pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Voy. l'arrêt *S.A. Carmeuse*, n° 230.070 du 2 février 2015, cité à ce propos par L. DONNAY et P. LEWALLE (*Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 273 et 274, n° 409).

¹⁴⁰ L'article D.IV.91 du CoDT prévoit plusieurs hypothèses dans lesquelles le permis d'urbanisme peut être retiré. Voy., à cet égard, M. PÂQUES et C. VERCHEVAL, *Droit wallon de l'urbanisme. Entre CWATUPE et CoDT*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 459 ; B. HAVET et A. ZIANS, « Permis d'urbanisme et certificat d'urbanisme n° 2. Champ d'application et effets », in M. DELNOY et Ch.-H. BORN (coord.), *Le nouveau Code du développement territorial (CoDT). Décret du 20 juillet 2016*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 338 et 339.

¹⁴¹ L'article 55/3/1 de la loi du 15 décembre 1980 « sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers » habilite le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides à retirer le statut de réfugié lorsque l'étranger constitue, ayant été définitivement condamné pour une infraction particulièrement grave, un danger pour la société ou lorsqu'il existe des motifs raisonnables de le considérer comme un danger pour la sécurité nationale.

¹⁴² L'article 58 des lois coordonnées « sur l'emploi des langues en matières administratives » permet à l'autorité compétente de remplacer « en forme régulière » les actes ou règlements dont la nullité est constatée pour vices de forme.

¹⁴³ C.E., arrêt *De Smet*, n° 97.213 du 28 juin 2001 ; C.E., arrêt *Roosen*, n° 97.216 du 28 juin 2001 ; C.E., arrêt *Masschelein*, n° 110.799 du 1^{er} octobre 2002.

¹⁴⁴ L'habilitation législative expresse à retirer un acte administratif, contenue dans un décret ou une ordonnance, n'enfreint pas les règles de compétence fédérale relatives à la compétence, le fonctionnement et la composition du Conseil d'État (C. const., arrêt n° 7/96 du 18 janvier 1996, B.1.5 et B.1.6.).

¹⁴⁵ Voy., en ce sens, J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1^{er}, *op. cit.*, p. 801, n° 374.2.3., qui se réfèrent à l'arrêt *De Smet* susmentionné.

actes administratifs, ils sont de stricte interprétation¹⁴⁶. Le Conseil d'État exerce un contrôle étroit sur la portée de ces dispositions qui doivent, par ailleurs, être conformes au droit international directement applicable en droit interne¹⁴⁷.

64. Il a ainsi rappelé, dans plusieurs arrêts, qu'un décret qui permet de démettre d'office un enseignant en raison de sa nomination irrégulière ne dispose que pour l'avenir et non de manière rétroactive : ce décret ne peut donc fonder le retrait de la nomination¹⁴⁸. Pareille mesure requiert, en outre, la constatation de l'irrégularité de la nomination à un moment donné. Cette constatation ne peut cependant intervenir « à tout moment », sans considération de délai, si aucune habilitation législative ne le prévoit expressément¹⁴⁹.

Les dispositions réglementaires qui imposent la nullité « de plein droit » de recrutements irréguliers ont été interprétées d'une manière similaire, quoiqu'avec des nuances¹⁵⁰. Le « constat » de cette nullité, opérant cette fois avec effet rétroactif et sans limitation de temps, est considéré, par le Conseil d'État, comme ayant une portée constitutive et non déclarative, ce qui lui permet d'affirmer qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre ledit constat et la décision par laquelle l'acte de recrutement serait retiré. Le principe de sécurité juridique garanti par l'article 19 des lois coordonnées doit donc aussi s'y appliquer, avec cette conséquence que le constat de nullité « de plein droit » et « en tout temps » du recrutement ne peut se concevoir que s'il a été prévu par une disposition légale expresse.

Par cet examen minutieux, la haute juridiction administrative témoigne du souci d'assurer un niveau élevé de protection de la sécurité juridique et du principe d'intangibilité des actes administratifs, qui sont les corolaires du principe de non-rétroactivité de ceux-ci.

¹⁴⁶ C.E., arrêt *De Smet*, n° 97.213 du 28 juin 2001.

¹⁴⁷ C.E., arrêt *Paulussen*, n° 28.934 du 1^{er} décembre 1987 ; C.E., arrêt *Dochez*, n° 29.344 du 16 février 1988.

¹⁴⁸ C.E., arrêt *De Smet*, n° 97.213 du 28 juin 2001 ; C.E., arrêt *Roosen*, n° 97.216 du 28 juin 2001 ; C.E., arrêt *Masschelein*, n° 110.799 du 1^{er} octobre 2002.

¹⁴⁹ C.E., arrêt *Eylenbosch*, n° 238.163 du 11 mai 2017.

¹⁵⁰ C.E., arrêt *Reynaert*, n° 43.256 du 9 juin 1993. Voy. aussi C.E., arrêt *Bourgeois*, n° 19.239 du 9 novembre 1978 ; C.E., arrêt *Malaïve e.a.*, n° 19.967 du 11 décembre 1979.

Section 2. – *L'acte pris à la suite de manœuvres frauduleuses*

65. Le retrait d'actes administratifs pris à la suite de manœuvres frauduleuses constitue une deuxième exception aux règles du retrait des actes administratifs.

Cette exception est souvent justifiée en référence à l'adage *fraus omnia corrumpit*¹⁵¹. Cet adage est, lui-même, considéré comme un principe général de droit par le Conseil d'État qui lui reconnaît une valeur législative, d'ordre public et admet qu'il peut conduire à neutraliser un autre principe général de droit, même d'ordre public¹⁵² – tel que celui du retrait d'acte par exemple.

66. La notion de fraude implique une forme de tromperie ou de déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain¹⁵³. Elle suppose que l'auteur de cette fraude tente sciemment de faire croire aux autres à l'existence d'un fait qui n'existe pas ou, au contraire, de leur cacher un fait existant¹⁵⁴.

Dans le cadre de la théorie du retrait, elle requiert, dès lors, que soient démontrées de la mauvaise foi et de la malice dans le chef du bénéficiaire de l'acte, lesquelles doivent induire des représentations inexactes de la réalité auprès de l'auteur de la décision à adopter¹⁵⁵.

67. Lesdites manœuvres doivent émaner de celui au profit de qui la décision est prise¹⁵⁶. Plusieurs arrêts ont ainsi invalidé des décisions adoptées dans le domaine du droit des étrangers, qui retireraient une autorisation de séjour sans établir que le requérant aurait

¹⁵¹ A. DE POVER, obs. sous C.E., arrêt *Van Landeghem*, n° 1.134 du 6 novembre 1951, *R.J.D.A.*, 1952, p. 126 ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling, op. cit.*, p. 93, n° 137. P. LEWALLE se demande néanmoins si « cet adage ne revêt pas une portée trop générale pour servir de titre à une solution précise, dans une matière aussi particulière que celle du retrait des actes administratifs » (*Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, La Haye, 1975, p. 247, note n° 126).

¹⁵² C.E., arrêt *Coechelberghe*, n° 222.420 du 7 février 2013. Voy. aussi, dans le même sens, J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 681, n° 38 et références citées en note n° 561.

¹⁵³ C.E., arrêt *Vincent et Serre*, n° 242.482 du 28 septembre 2018.

¹⁵⁴ C.E., arrêt *Lauwers*, n° 38.666 du 6 février 1992 ; C.E., arrêt *Pauquay*, n° 218.518 du 16 mars 2012.

¹⁵⁵ C.E., arrêt *Lauwers*, n° 38.666 du 6 février 1992. Dans le même sens, voy. aussi M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling, op. cit.*, p. 94, n° 138.

¹⁵⁶ C.E., arrêt *XXX*, n° 85.368 du 16 février 2000 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 136.150 du 15 octobre 2004. Voy. aussi C.E., arrêt *Thienpont*, n° 105.572 du 17 avril 2002.

personnellement usé de manœuvres frauduleuses pour obtenir un titre de séjour, voire même qu'il aurait été au courant de l'utilisation d'un faux passeport par son conjoint¹⁵⁷.

L'adage *fraus omnia corrumpit* voit, de la sorte, sa portée limitée puisqu'il peut, en principe, être opposé au coupable comme au complice de la fraude¹⁵⁸. Un acte concernant ce dernier ne pourrait être retiré que dans la mesure où il a été adopté à la suite de la manœuvre frauduleuse à la laquelle ce complice a lui-même participé.

68. Le Conseil d'État insiste sur l'interprétation stricte qu'impose cette exception. Elle doit être dûment établie, la mauvaise foi ne pouvant être présumée¹⁵⁹. Elle doit ressortir de la motivation de la décision de retrait, ainsi que du dossier administratif.

La haute juridiction administrative vérifie, à ce titre, que l'on soit bien en présence de manœuvres frauduleuses et non de simples inexac- titudes, dénuées de caractère intentionnel¹⁶⁰. L'enjeu demeure, faut- il le rappeler, de pouvoir retirer un acte administratif irrégulier créa- teur d'effets avantageux en dehors de toute considération de délai.

69. Notons, enfin, que certains auteurs¹⁶¹ et arrêts¹⁶² assimilent l'acte pris à la suite de manœuvres frauduleuses à l'acte inexistant, exami- né au point suivant.

¹⁵⁷ C.E., arrêt XXX, n° 85.368 du 16 février 2000. L'on notera, dorénavant, que l'article 44, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 « sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers », tel que modifié par la loi du 24 février 2017, permet au ministre ou à son délégué de retirer le séjour aux citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles et de leur donner l'ordre de quitter le territoire lorsqu'ils ont fait usage d'informations fausses ou trompeuses ou de documents faux ou falsifiés, ou lorsqu'ils ont eu recours à la fraude ou à d'autres moyens illé- gaux qui ont contribué à l'obtention du séjour. Voy. aussi C. const., arrêt n° 23/2014 du 6 février 2014, à propos d'une version antérieure de cette disposition, où la Cour a admis que les disposi- tions concernées rétroagissent dans le passé (voy. aussi C.E., arrêt XXX, n° 227.286 du 6 mai 2014).

¹⁵⁸ C.E., arrêt XXX, n° 221.430 du 20 novembre 2012 ; C.E., arrêt Schotte, n° 229.406 du 2 décembre 2014.

¹⁵⁹ C.E., arrêt *Barthelemy*, n° 14.707 du 6 mai 1971 ; C.E., arrêt *Delilez*, n° 106.389 du 6 mai 2002.

¹⁶⁰ C.E., arrêt *Barthelemy*, n° 14.707 du 6 mai 1971 ; C.E., arrêt *Charlier*, n° 76.047 du 30 sep- tembre 1998 ; C.E., arrêt *Lauwers*, n° 38.666 du 6 février 1992 ; C.E., arrêt XXX, n° 85.368 du 16 février 2000 ; C.E., arrêt *Izegem*, n° 217.087 du 29 décembre 2011, et obs. F. JUDO, « De onbestaande bestuurshandeling – hoe bestaat het ? », *C.D.P.K.*, 2012, pp. 589 et ss.

¹⁶¹ E. GULLON et P. BRINGUIER, « Le pouvoir de retrait des actes administratifs », *A.J.D.A.*, 1978, p. 302. Voy. aussi, à cet égard, la proposition de loi « relative au délai de retrait par l'autorité com- pétente d'un acte administratif irrégulier », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1992-1993, n° 900/1, p. 4.

¹⁶² C.E., arrêt *Barthelemy*, n° 14.707 du 6 mai 1971 ; C.E., arrêt *Van Geet*, n° 87.749 du 5 juin 2000 ; C.E., arrêt *Tack*, n° 206.080 du 29 juin 2010 ; C.E., arrêt *Ville d'Izegem*, n° 217.087 du 29 décembre 2011, et obs. F. JUDO, « De onbestaande bestuurshandeling – hoe bestaat het ? », *C.D.P.K.*, 2012, pp. 589 et ss.

Les « affinités » entre les deux ne manquent pas. Néanmoins, comme on le rappellera plus loin, l'inexactitude dans les motifs de fait ou de droit qui constitue l'illégalité commune aux deux types d'actes doit, dans le premier cas, avoir été provoquée délibérément par les manœuvres dolosives du destinataire malintentionné de l'acte.

Dans l'acte inexistant, cette exigence n'est pas requise. Tout au plus, l'on considère que l'illégalité est à ce point grave et manifeste que le bénéficiaire de l'acte savait ou devait savoir qu'il était affecté d'un tel vice. Il n'est pas exclu que, conscient de son illégalité, il ait fait preuve d'une certaine mauvaise foi en jouissant des effets avantageux de cet acte. Mais cette mauvaise foi n'est pas le facteur ayant conduit à l'adoption de la décision, contrairement à l'acte pris sur la base de manœuvres frauduleuses¹⁶³.

70. Dans les deux cas, la mauvaise foi ou la conscience de l'illégalité grave et manifeste du destinataire de l'acte ont, selon nous, en commun de justifier que cet acte conserve une certaine précarité et qu'il puisse être retiré en tout temps¹⁶⁴.

Section 3. – *L'acte inexistant*

71. L'exception tenant à l'inexistence de l'acte est probablement celle qui est le plus souvent invoquée¹⁶⁵. Elle n'est cependant que rarement retenue¹⁶⁶. Il en est particulièrement ainsi, s'agissant de l'inexistence juridique de l'acte, qu'il convient de distinguer de son inexistence matérielle.

L'on définit ces notions et l'on tente d'en cerner le principe et ses fondements (Sous-section 1^{re}). L'on cherche ensuite à en dégager la portée (Sous-section 2). Les premiers développements procèdent d'abord d'interprétations doctrinales tandis que les seconds découlent

¹⁶³ Compar. M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, *op. cit.*, p. 94, n° 138.

¹⁶⁴ Sur cette question, *cf. égal. infra* : nos 79 et 80, nos 87 à 89, nos 102 à 109 et spéc. nos 106 à 109.

¹⁶⁵ M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 430.

¹⁶⁶ À notre connaissance, dix arrêts ont ainsi admis, à ce jour, le caractère inexistant des actes dans le cadre de la théorie du retrait d'acte : C.E., arrêt *Burggraeve*, n° 4.052 du 7 février 1955 ; C.E., arrêt *Dielen*, n° 4.195 du 29 mars 1955 ; C.E., arrêt *Van Outryve*, n° 17.478 du 4 mars 1976 ; C.E., arrêt *Beerts*, n° 135.663 du 4 octobre 2004 ; C.E., arrêt *Tack*, n° 206.080 du 29 juin 2010 ; C.E., arrêt *Vermeulen*, n° 209.518 du 6 décembre 2010 ; C.E., arrêt *Stad Izegem*, n° 217.087 du 29 décembre 2011 ; C.E., arrêt *N.V. Ghent Dredging*, n° 222.134 du 18 janvier 2013 ; C.E., arrêt *Lebrecht*, n° 226.284 du 30 janvier 2014 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 229.960 du 22 janvier 2015.

de l'application qui en est faite dans la jurisprudence du Conseil d'État belge.

Sous-section 1^{re}. – *Définitions, principes et fondements de la notion*

72. Définitions. L'acte matériellement inexistant désigne la décision dont l'existence est supputée et alléguée mais dont l'adoption n'est pas avérée, sinon démontrée¹⁶⁷. Une telle décision ne peut se revendiquer d'aucune existence formelle ou celle-ci ne peut, à tout le moins, être prouvée¹⁶⁸.

Un acte non signé¹⁶⁹, une résolution du conseil communal non soumise au vote¹⁷⁰, une délibération du même conseil qui n'a pas recueilli la majorité absolue des suffrages¹⁷¹, mais aussi un simple télégramme¹⁷², une brochure d'informations¹⁷³, des témoignages ou des présomptions¹⁷⁴ ne suffisent à établir l'existence d'un acte administratif¹⁷⁵.

¹⁶⁷ Par opposition aux actes inexistantes, E. GULLON et P. BRINGUIER qualifient les actes susmentionnés d'actes « proprement non existants car dépourvus “d'un élément essentiel à leur formation” – par exemple un acte simplement annoncé dans une lettre ministérielle mais qui n'a jamais été effectivement édicté par l'autorité administrative compétente » (« Le pouvoir de retrait des actes administratifs », *op. cit.*, p. 302 et réf. citées).

¹⁶⁸ Pour des illustrations des problèmes de preuves que pose la notion d'acte matériellement inexistant, voy. C.E., arrêt *Vancrayenest*, n° 4.048 du 7 février 1955 ; C.E., arrêts *S.A. Gulf Oil et S.A. Chevron Oil Belgium*, n° 18.013 et 18.014 du 23 décembre 1976 ; C.E., arrêt *Paulus de Chatelet*, n° 20.092 du 1^{er} février 1980 ; C.E., arrêts *Goyens, Van Der Veken et De Brauwer*, nos 20.363 à 20.365 du 27 mai 1980 ; C.E., arrêt *Capellen*, n° 21.666 du 15 décembre 1981 ; C.E., arrêt *Giot-Wirgot*, n° 198.633 du 7 décembre 2009. Voy. aussi, à cet égard, M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, « De onbestaande bestuurshandeling », *T.B.P.*, 1997, p. 221, n° 5.

¹⁶⁹ C.E., arrêt *C.A.P. Geel*, n° 14.845 du 29 juin 1971 ; C.E., arrêts *S.A. Gulf Oil et S.A. Chevron Oil Belgium*, n° 18.013 et 18.014 du 23 décembre 1976. Voy. toutefois aussi C.E., arrêt *Louwagie*, n° 11.118 du 17 mars 1965.

¹⁷⁰ C.E., arrêt *Besançon*, n° 16.783 du 19 décembre 1974.

¹⁷¹ C.E., arrêt *Noirhomme*, n° 7.181 du 26 juin 1959.

¹⁷² C.E., arrêt *Capellen*, n° 21.666 du 15 décembre 1981. Voy. toutefois aussi C.E., arrêt *Vanardois*, n° 15.588 du 28 novembre 1972.

¹⁷³ C.E., arrêts *Vande Castele*, nos 35.708 à 35.710 du 23 octobre 1990.

¹⁷⁴ C.E., arrêt *Vancrayenest*, n° 4.048 du 7 février 1955. Voy. aussi C.E., arrêt *Paulus de Chatelet*, n° 20.092 du 1^{er} février 1980 ; à l'inverse : C.E., arrêt *Van Eylen*, n° 16.752 du 4 décembre 1974.

¹⁷⁵ Il convient d'être prudent dans la manipulation du concept car le Conseil d'État a aussi déjà admis la production de la photocopie de l'arrêté signé par le Roi, dès lors qu'elle n'est pas contredite par la partie adverse et que « la position juridique d'un membre du personnel ne peut dépendre du manque de coopération entre le cabinet du ministre et l'administration ou d'une attitude récalcitrante de celle-ci et, *a fortiori*, ne peut être réduite à néant » (C.E., arrêts *Goyens, Van Der Veken et De Brauwer*, nos 20.363 à 20.365 du 27 mai 1980). Il a, par ailleurs, validé l'existence d'un arrêté ministériel sur la base d'une « copie certifiée conforme » adressée à la requérante, estimant que l'autorité ne pouvait tirer profit de ses propres confusions ou errements pour

Le « retrait » de tels actes équivaut, selon M. LEROY, à « l'effacement d'un fantôme qui n'a jamais produit d'effet, que l'autorité peut éliminer pour dissiper une source d'équivoque »¹⁷⁶.

73. L'acte juridiquement inexistant est plus délicat à définir et, dès lors, à identifier¹⁷⁷.

P. GOFFAUX précise, à cet égard, que l'acte juridiquement inexistant est celui « qui est affecté d'une illégalité à ce point grave qu'il doit être tenu pour inexistant ou nul et non avvenu »¹⁷⁸.

Soulignant la dimension subjective de la notion, il cite aussi plusieurs arrêts selon lesquels l'illégalité en cause est « telle que toute personne un tant soit peu instruite p[eut] sans peine constater »¹⁷⁹ ou encore « particulièrement grave, au point que chacun, dans le commerce juridique, peut aisément la discerner »¹⁸⁰.

74. Conception classique de l'acte juridiquement inexistant. Historiquement, c'est en France que la notion d'« acte inexistant » est née. Si elle puise ses racines lointaines dans la doctrine civiliste¹⁸¹, c'est l'auteur français E. LAFERRIÈRE qui apparaît comme le père de la théorie dite « de l'inexistence de l'acte administratif »¹⁸².

se ménager un délai plus long pour le retrait de l'acte et jugeant, en outre, que « le fait qu'il n'existerait pas, ou que l'on ne retrouve pas trace de l'arrêté original est un élément étranger à la légalité de l'agrément octroyé à la requérante » (C.E., arrêt *Giot-Wirgot*, n° 198.633 du 7 décembre 2009).

¹⁷⁶ M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 430.

¹⁷⁷ Dans son arrêt *Giot-Wirgot*, n° 198.633 du 7 décembre 2009, le Conseil d'État relève que « la notion d'« acte inexistant » est théoriquement distincte de celle de l'« acte nul de plein droit », l'« inexistence » étant davantage une notion métaphysique, empruntée aux philosophes, qu'une notion juridique ». Sur ces dispositions légales frappant de nullité certains actes, *cf. supra* : n° 64.

¹⁷⁸ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, v° « Acte inexistant », p. 54, n° 1.

¹⁷⁹ C.E., arrêt *De Swert*, n° 20.222 du 26 mars 1980.

¹⁸⁰ C.E., arrêt *S.A. Mobistar*, n° 123.480 du 25 septembre 2003 (rectifié par l'arrêt n° 123.573 du 23 octobre 2003).

¹⁸¹ Comme le relève F. Wodié, « [e]n droit civil, droit essentiellement codifié, la théorie de l'inexistence est née de la nécessité de combler les lacunes législatives et de mettre à néant des actes atteints d'une illégalité grossière que ne prévoient pas les textes. La théorie de l'inexistence y a une valeur essentiellement supplétive. Elle est née à propos de la théorie des nullités de mariage ; le Code civil dispose : « pas de nullité sans texte ». Le laconisme de ce texte laisse en dehors de ses prévisions des cas de nullité d'une gravité manifeste » (F. WODIÉ, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *A.J.D.A.*, 1969, p. 77). Voy. égal., en ce sens, P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, *op. cit.*, p. 39, note n° 27, citant C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, pp. 245 et ss. ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, *op. cit.*, p. 76, n° 107 ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, « De onbestaande bestuurshandeling », *op. cit.*, p. 219, n° 1.

¹⁸² E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, Paris, Berger Levrault, 1896, 2^e éd., t. II, pp. 497 et ss.

L'origine outre-Québécoise de cette théorie n'est pas étonnante. Comme le relève P. LEWALLE, ladite notion est apparue dans le sillage du contentieux administratif, à partir du moment où « les différents termes de l'illégalité ont commencé à être spécifiés »¹⁸³. L'institution du recours pour excès de pouvoir en France, dès 1806, a mené à l'examen de la validité de ces actes, qui a elle-même suscité des interrogations quant à leur existence. Celle-ci est en réalité, au moins en partie¹⁸⁴, dérivée de celle-là, le problème étant de « savoir quel degré de gravité doit revêtir le vice et quels éléments de l'acte administratif ce vice doit atteindre pour transformer l'acte illégal en un acte inexistant »¹⁸⁵. Le privilège de l'exécution préalable qui s'attache à un tel acte empêche que toute irrégularité et, *a fortiori*, le « simple soupçon d'irrégularité »¹⁸⁶ le privent, *ipso facto*, de son existence. La théorie de l'inexistence élaborée par E. LAFERRIÈRE pose néanmoins le principe que certains manquements sont de nature à affecter, non seulement, la qualité juridique de l'acte mais, aussi, sa substance au point de l'empêcher d'accéder à l'existence juridique.

75. L'apparition du recours en excès de pouvoir n'est pas le seul élément qui a participé à l'émergence d'une réflexion sur la notion d'existence de l'acte administratif chez nos voisins français. Son articulation avec la compétence du juge des référés pour sanctionner certains agissements de l'administration y a également contribué.

C'est par le biais de la théorie judiciaire de la voie de fait administrative que cette interaction s'est ici opérée. D. LAGASSE relève, à cet égard, que « [g]râce à cette théorie, le juge judiciaire français parvient à déroger à la séparation des pouvoirs existant en France »¹⁸⁷ en ce que, d'une part, ladite théorie permet « au juge judiciaire de connaître d'un litige relatif à ce qui est présenté comme un "acte"

¹⁸³ P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op. cit., p. 38.

¹⁸⁴ Cela ne vaut, en effet, que pour l'inexistence juridique mais non matérielle.

¹⁸⁵ F. WODIÉ, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », op. cit., p. 77. Voy. aussi, P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op. cit., pp. 36-38, de même que D. LAGASSE qui souligne que « [c]'est à Laferrière que revient d'avoir, le premier, préconisé une dissociation entre les divers degrés d'illégalité de l'acte administratif » (D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 457, n° 278, note n° 18).

¹⁸⁶ P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op. cit., p. 38.

¹⁸⁷ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, op. cit., p. 456, n° 277.

administratif »¹⁸⁸ et, d'autre part, elle a « pour conséquence que l'administration peut se voir adresser des injonctions, ce qui est peu concevable dans le chef du juge administratif dont la mission est de rétablir la légalité, par une annulation »¹⁸⁹. Le caractère déroga- toire de la théorie de la voie de fait suppose, notamment, que l'acte administratif soit entaché d'une irrégularité flagrante, au point d'être « dénaturé », c'est-à-dire qu'« il a perdu sa nature d'acte » adminis- tratif et ne peut plus justifier les privilèges de l'administration (pri- vilège de l'exécution préalable et privilège de n'être jugée que par elle-même) [...]. Il n'y a pas d'acte véritable, mais seulement une apparence d'acte et donc une voie de fait. L'administration est alors réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier »¹⁹⁰, ce qui explique que le juge judiciaire puisse alors connaître de ses actes.

76. En droit belge, la théorie de l'inexistence n'a pas connu le même succès que celui rencontré en France¹⁹¹. P. LEWALLE juge cette théorie « trop particulière et trop fluide pour être adoptée d'enthousiasme par les cercles intéressés »¹⁹². L'indétermination de son champ d'ap- plication, ajoute-t-il, « ne la prédisposait pas à l'universalisation »¹⁹³. De plus et peut-être surtout, les spécificités du contentieux admini- stratif belge sont telles que les cours et les tribunaux n'ont pas dû recourir, de la même manière qu'en France, à la notion de la voie de fait administrative pour connaître des contestations relatives aux décisions des autorités administratives¹⁹⁴.

¹⁸⁸ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, op. cit., p. 456, n° 277.

¹⁸⁹ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, op. cit.

¹⁹⁰ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, op. cit., pp. 456 et 457, n° 277.

¹⁹¹ Quelques arrêts du Conseil d'État se sont référés à cette notion, en dehors de la théorie du retrait d'acte. Voy. not. C.E., arrêt *Ribbens*, n° 3.631 du 14 juillet 1954 ; C.E., arrêt *C.A.P. Geel*, n° 14.845 du 29 juin 1971 ; C.E., arrêt *Beaufils*, n° 44.836 du 5 novembre 1993 ; C.E., arrêt *Malschaert*, n° 51.625 du 14 février 1995 ; C.E., arrêt *Stefens*, n° 52.571 du 29 mars 1995 ; C.E., arrêt *S.A. Belgische Gronden*, n° 223.123 du 8 avril 2013.

¹⁹² P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op. cit., p. 43. Voy. égal., en ce sens, D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, op. cit., p. 474, n° 289 ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Inbrekking van de administratieve rechtshandeling*, op. cit., p. 76, n° 107.

¹⁹³ P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op. cit., p. 43.

¹⁹⁴ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, op. cit., p. 474 ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL,

77. Cet accueil mitigé de la théorie de l'inexistence en droit belge ne l'a pas empêchée d'être retenue au titre de l'une des exceptions à la théorie du retrait d'acte. L'arrêt *Dielen* du 29 mars 1955 apparaît comme le premier arrêt où le Conseil d'État belge a jugé que le retrait de l'acte inexistant pouvait intervenir « à toute époque ». Dès ce moment, la Haute juridiction administrative estime « que le requérant ne pouvait ignorer le fait qu'il ne remplissait pas les conditions réglementaires requises pour être repris en service ; que les actes qui ont assuré sa reprise en service étaient dénués de fondement légal ; que ces actes ne pouvaient faire naître aucun droit dans le chef du requérant »¹⁹⁵. Peu après, viendra également la formule selon laquelle le retrait peut être admis hors délai si l'acte est entaché d'une irrégularité telle qu'il y a lieu de tenir l'acte pour inexistant¹⁹⁶.

78. Les principales caractéristiques de l'acte juridiquement inexistant sont ainsi très tôt fixées en droit belge. L'on en appréciera la portée au point ci-après.

L'on relève, néanmoins, ici l'évolution qui s'opère par rapport à la voie de fait administrative évoquée plus haut. Il ne s'agit nullement d'un changement de paradigme, tant l'idée d'une « dénaturation » subsiste, pour reprendre les propos de D. LAGASSE cités plus haut. L'on passe toujours d'un « acte » à un simple « fait » juridique. Mais, au lieu de priver l'administration de son privilège du préalable, c'est cette dernière qui est, à présent, autorisée à contourner le principe de stabilité des situations juridiques individuelles devenues, en principe, définitives.

79. À cet effet, nombre d'arrêts complètent leur analyse par celle du comportement sinon « fautif » du destinataire de l'acte – qui ne pouvait raisonnablement « prendre la décision au sérieux »¹⁹⁷ et se prévaloir à présent de son intangibilité –, du moins de sa compétence

Intrekking van de administratieve rechtshandeling, op. cit., p. 76, n° 107, et pp. 80 et ss., n° 113 et ss.

¹⁹⁵ C.E., arrêt *Dielen*, n° 4.195 du 29 mars 1955. L'arrêt *Burggraeve*, n° 4.052 du 7 février 1955, avait déjà admis, de manière implicite, le retrait d'une première décision de mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service par une seconde décision, en raison de l'incompétence de l'auteur de la première d'entre elles.

¹⁹⁶ Pour les premiers arrêts utilisant cette formule, voy. C.E., arrêt *Paenhuyjs*, n° 5.591 du 9 avril 1957 ; C.E., arrêt *Dillien*, n° 8.284 du 20 décembre 1961 ; C.E., arrêt *Van Dessel*, n° 8.424 du 7 février 1961.

¹⁹⁷ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, op. cit.*, pp. 476 et 477, qui cite l'extrait du rapport de J. BORRET, alors auditeur au Conseil d'État, précédant l'arrêt *De Ridder*, n° 20.372 du 30 mai 1980, *T.B.P.*, 1981, pp. 250-254.

« normale » à appréhender l'illégalité manifeste dont, le cas échéant, la décision est revêtue.

Dans l'arrêt *Dielen* précité, « le requérant ne pouvait ignorer le fait qu'il ne remplissait pas les conditions réglementaires requises ». Dans l'arrêt *De Ridder* intervenu quelques années plus tard, le Conseil d'État a relevé que le requérant est « une personne qui n'est pas versée en droit administratif »¹⁹⁸. Cette exigence va se perpétuer, à des degrés divers il est vrai, jusqu'à nos jours¹⁹⁹.

80. Avant d'y revenir, l'on observe encore que, si la théorie de l'inexistence apparaît aux yeux de D. LAGASSE comme « une théorie de la dénaturation et de la dérogation aux règles de compétences normalement établies »²⁰⁰, certains auteurs vont plus loin dans les conséquences qu'ils tirent de cette théorie.

F. WODIÉ résume leur raisonnement qui, de ce point de vue, semble imparable : « La doctrine lui attache des effets spécifiques qui ne peuvent être obtenus au moyen de l'annulation. L'acte inexistant est différent de l'acte simplement illégal en ce que celui-ci peut produire des effets et est provisoirement valable alors que celui-là est frappé d'une inefficacité *ab initio* et ne peut par conséquent produire aucun effet de droit. Que la décision prononçant la nullité confonde dans le néant l'acte illégal et l'acte inexistant n'enlève guère à chacun sa spécificité. L'acte annulable n'est pas parce qu'il n'est plus ; en d'autres termes, il cesse d'exister après avoir existé. L'acte illégal annulé sort de l'ordonnement juridique où il s'était introduit. L'acte inexistant n'est jamais entré dans l'ordonnement juridique »²⁰¹.

81. En droite ligne avec ces propos, les tenants de cette thèse poursuivent en considérant que, de « retrait » de tels actes, il ne saurait être question. M. PAQUES observe, en effet, qu'« [i]ls réservent l'appellation retrait à l'opération des autorités administratives qui anéantit un acte » et non aux « diverses causes indépendantes de ces autorités qui font obstacle à ce que l'acte accède à l'existence juridique ou la maintiennent ». L'opération par laquelle s'opère la constatation de

¹⁹⁸ C.E., arrêt *De Ridder*, n° 20.372 du 30 mai 1981.

¹⁹⁹ Cf. *infra* : n°s 106 à 109.

²⁰⁰ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, op. cit., p. 478, n° 291.

²⁰¹ F. WODIÉ, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », op. cit., p. 77.

l'inexistence ou qui détruit l'acte frauduleux s'apparente à un "nettoyage de l'ordre juridique". Ces auteurs peuvent alors contester les thèses de ceux qui admettent le retrait des actes non créateurs de droits, en dehors du délai de recours en annulation. Pour eux, ce n'est pas d'un retrait qu'il s'agit. Le retrait porte sur des actes illégaux dans des conditions de délai »²⁰².

82. *Appréciation critique.* Cette analyse ne manque pas d'arguments, tant il est logique de considérer que l'acte présenté comme « inexistant » ne peut être entré dans l'ordonnement juridique ni ne peut, fatalement, avoir produit des effets de droit.

Nombre d'auteurs rallient d'ailleurs ce point de vue, considérant qu'une telle décision figure au nombre des actes irréguliers non créateurs d'avantages. P. LEWALLE écrit, en ce sens, que l'acte inexistant ne constitue « qu'un simple fait illégal que l'administration a le devoir de faire disparaître dans la mesure du possible, quel que soit le temps écoulé »²⁰³. L'acte inexistant suit ainsi le sort des actes irréguliers non créateurs d'effets avantageux qui peuvent être retirés en tout temps.

83. Nous laissons le soin à d'autres auteurs de discuter de manière approfondie de ces considérations non encore tranchées²⁰⁴. Nous nous contentons, pour notre part, de formuler les observations suivantes.

84. Les propos tenus ci-avant ne peuvent occulter le fait que l'inexistence demeure une notion « fonctionnelle »²⁰⁵. « [E]lle s'explique par un certain but », écrit J.-M. AUBY, dès 1951, à ce propos²⁰⁶. Cela signi-

²⁰² M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 254, n° 197, et les réf. citées. Parmi les auteurs qui soutiennent la thèse susmentionnée, voy. not. F. WODIÉ, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *op. cit.*, p. 88.

²⁰³ P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, *op. cit.*, p. 247, citant L. DELBEZ, « La révocation des actes administratifs », *R.D.P.*, 1928, p. 488.

²⁰⁴ Voy., à cet égard, dans le présent ouvrage, la contribution de B. GORS, K. POLET et L. VANSNICK.

²⁰⁵ Sur cette question, voy. F. WODIÉ, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *op. cit.*, p. 78 ; J. BORRET, rapport précédant C.E., arrêt *De Ridder*, n° 20.372 du 30 mai 1980, *T.B.P.*, 1981, p. 251 ; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 531, note 3 ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, *op. cit.*, pp. 83 et 84, n° 120 ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, « De onbestaande bestuurshandeling », *op. cit.*, p. 224, n°s 13 et 14 ; C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 84, n° 145, citant J.-M. AUBY, *L'inexistence des actes administratifs*, thèse, Paris, Pédone, 1951, p. 333.

²⁰⁶ J.-M. AUBY, *L'inexistence des actes administratifs*, thèse, Paris, Pédone, 1951, p. 333.

fie que, guidé par un « souci de politique jurisprudentielle », le juge conclura à l'inexistence d'un acte « chaque fois qu'en l'espèce, il estime nécessaire ou utile – généralement en raison du caractère flagrant de l'illégalité – de prolonger le pouvoir de retrait de l'administration »²⁰⁷. Pour M.-A. FLAMME, ce ne serait même qu'une « soupape de sûreté » ou une « “porte de sortie” que la jurisprudence – surtout française – s'est créée pour échapper aux conséquences rigides les plus fâcheuses des règles qu'elle a elle-même posées »²⁰⁸.

85. Dans ces conditions, l'on n'est pas insensible aux propos de A. DE POVER qui admettait le caractère artificiel de la dissociation entre l'acte inexistant et l'acte annulable²⁰⁹. Une même irrégularité peut mener à l'annulation de l'acte, au contentieux de la légalité, et sur la voie de son inexistence, s'agissant du retrait de cet acte. Dans ce dernier cas, elle doit, certes, être grave et manifeste. Mais toute tentative de systématisation pour identifier ces irrégularités s'est, par voie de conséquence, révélée vaine à ce jour²¹⁰. Comme on le verra au point suivant, même une erreur de fait a récemment conduit le Conseil d'État à admettre le caractère inexistant d'une décision²¹¹.

86. La notion de l'inexistence juridique reste, par ailleurs, une fiction. L'acte est entaché d'une irrégularité telle qu'il est censé ne pas avoir existé ni pu produire des effets de droit.

Cet acte existe, toutefois, matériellement – ou *formaliter*, pour reprendre l'expression de A. DE POVER²¹². Il a été adopté formellement et, bien souvent, il a produit de tels effets juridiques²¹³. Le tenir pour inexistant revient, dès lors, à en ignorer la réalité et toute trace de

²⁰⁷ M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 531, note 3.

²⁰⁸ M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 531, note 3. Dans le même sens, voy. aussi F. WODIÉ, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *op. cit.*, p. 89.

²⁰⁹ A. DE POVER, obs. sous C.E., arrêt *Van Landeghem*, n° 1.134 du 6 novembre 1951, *op. cit.*, p. 126.

²¹⁰ F. WODIÉ, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *op. cit.*, p. 89 ; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 531, note 3 ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, *op. cit.*, pp. 83 et 84, n° 120 ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, « De onbestaande bestuurshandeling », *op. cit.*, p. 221, n° 6.

²¹¹ C.E., arrêt *N.V. Ghent Dredging*, n° 222.134 du 18 janvier 2013.

²¹² A. DE POVER, obs. sous C.E., arrêt *Van Landeghem*, n° 1.134 du 6 novembre 1951, *op. cit.*, p. 126.

²¹³ Voy., à cet égard, C.E., arrêt *N.V. Ghent Dredging*, n° 222.134 du 18 janvier 2013 (« Het spreekt voor zich dat aan een administratieve rechtshandeling die zoals te dezen, rechten toekent, op het ogenblik van de intrekking rechtsgevolgen kunnen zijn verleend »). Comp. C.E., arrêt *Reynaert*, n° 43.256 du 9 juin 1993.

sa « vie passée »²¹⁴. Or, s'il existe matériellement, ne doit-on le retirer, en raison de son irrégularité grave et manifeste ? Dans ce cas aussi, au regard des principes de l'intangibilité et de la non-rétroactivité des actes administratifs, le recours à cette fiction suffit-il à justifier l'atteinte à pareille réalité ?

87. Dans son analyse sur les droits acquis et le caractère créateur de droits des actes inexistant, C. YANNAKOPOULOS suggère que « l'invocation de l'inexistence donne la possibilité de ne pas considérer l'acte comme définitif après l'écoulement du délai de recours contentieux et, par conséquent, d'admettre la possibilité de son retrait d'après la jurisprudence "*Dame Cachet*" »²¹⁵. Ce même auteur emploie le terme de la « non-définitivité » de l'acte, pour désigner l'une des finalités de l'acte inexistant, qui est de pouvoir le retirer.

88. Ne pourrait-on pas considérer qu'un tel requérant, bénéficiaire de l'acte inexistant et « anormalement incompetent » pour reprendre les termes de D. LAGASSE, ne peut l'appréhender comme définitif, précisément parce qu'il réalise ou doit réaliser qu'il est entaché d'une illégalité grave et manifeste au point de le tenir pour inexistant ? Il ne pourrait ainsi se revendiquer de la sécurité juridique qui, avec le principe de légalité, forme l'équilibre vers lequel tendent les délais de prescription invoqués par le Conseil d'État²¹⁶. L'une des composantes du premier de ces principes est, en effet, la légitime confiance de l'administré²¹⁷, laquelle fait nécessairement défaut lorsque l'illégalité doit être considérée à ce point manifeste²¹⁸.

²¹⁴ Sous réserve peut-être de l'application de la théorie du fonctionnaire de fait. Voy., à cet égard, F. WODIÉ, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *op. cit.*, p. 83.

²¹⁵ C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 85, n° 145. Dans un sens comparable, voy. égal. E. GUILLON et P. BRINGUIER, « Le pouvoir de retrait des actes administratifs », *op. cit.*, pp. 306 et ss. ; M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, *op. cit.*, pp. 95 et 96, n° 139.

²¹⁶ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, *op. cit.*, pp. 482 et 483, n° 291. Sur cet équilibre, cf. égal. *supra* : n°s 1 et 2.

²¹⁷ R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents ? », *op. cit.*, p. 96, et réf. citées en note 23.

²¹⁸ Voy., en ce sens, C.E., arrêt *Vermeulen*, n° 209.518 du 6 décembre 2010 (« Die vaststelling verhindert dat de verzoeker zich op de schending van het vertrouwenbeginsel kan beroepen »). Voy. aussi C.E., arrêts *Janssens e.a.*, n°s 19.250 à 19.259 du 14 novembre 1978, ainsi que C.E., arrêts *Vaelen et Cooleman*, n°s 19.618 et 19.619 du 14 mai 1979, cités par D. LAGASSE (*L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 480-482, n° 291).

Dans notre hypothèse dérogatoire de l'administré « anormalement incompétent », le principe de sécurité juridique ne peut donc plus être opposé au principe de légalité. Ce dernier principe suffit alors à justifier le retrait de l'acte, puisqu'il n'y a plus de balance à opérer avec le principe de sécurité juridique. Pour reprendre les termes de l'arrêt de la Cour constitutionnelle à propos de l'article 159 de la Constitution, il n'est d'ailleurs plus « nécessaire » d'apporter une restriction au principe de légalité « pour assurer le respect d'autres dispositions constitutionnelles ou de droits fondamentaux », dont le principe de sécurité juridique²¹⁹.

89. La possibilité de retrait de l'acte inexistant en dehors des délais de recours se justifierait, de la sorte, par la rupture de cet équilibre entre les principes de sécurité juridique et de légalité. L'irrégularité de l'acte se révèle à ce point grave et manifeste que son bénéficiaire ne pouvait le considérer comme définitif et devait donc le tenir pour « inexistant », au sens précité.

Sous-section 2. – Portée de la notion : applications jurisprudentielles

90. Très tôt, nous avons relevé que le Conseil d'État belge a fixé les principales caractéristiques de l'acte inexistant. En règle, l'acte doit être entaché d'une irrégularité (§ 1^{er}) à ce point grave (§ 2) et manifeste (§ 3). Au titre du caractère manifeste de l'irrégularité, l'on inclut l'attitude du bénéficiaire de la décision et, plus largement, les circonstances qui entourent la mise en œuvre de celle-ci.

L'on se doit de souligner que l'analyse est délicate à mener, tant la portée de la notion fonctionnelle que représente l'acte inexistant peut varier d'un arrêt à l'autre.

§ 1^{er}. – Une irrégularité

91. L'autorité qui entend se prévaloir du caractère inexistant de l'acte pour le retirer en dehors des délais impartis doit, en principe et

²¹⁹ C. const., arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012, B.8.2.

avant toute chose, établir que cet acte est irrégulier²²⁰. Il lui revient, dans ce cas, de l'indiquer dans la motivation de la décision de retrait. Le dossier administratif doit également en faire état²²¹.

Cette première exigence paraît relever de l'évidence. Un acte régulier créateur d'effets avantageux ne peut, en effet, normalement pas être retiré.

92. Dans certains de ses arrêts, la haute juridiction administrative se plaît à démontrer que l'irrégularité alléguée n'est pas établie²²². Bien souvent, c'est une manière pour elle de faire apparaître que le grief ne peut, à plus forte raison, être grave ou manifeste²²³.

Le cas échéant, il lui arrive aussi de se dispenser d'un tel examen ou de ne le mener que de manière sommaire²²⁴, jugeant qu'en toute hypothèse, l'irrégularité ne répond pas aux autres caractéristiques requises²²⁵.

93. Le type d'irrégularités retenues dépend, bien souvent, de son degré de gravité, examiné ci-après²²⁶. Précisons, tout au plus, que l'auteur du retrait n'est plus tenu d'invoquer une illégalité déterminée, soulevée dans le cadre du recours en annulation dirigé contre la décision retirée. Par hypothèse, plus aucune procédure de ce type n'est, en effet, en cours.

²²⁰ C.E., arrêt XXX, n° 157.966 du 27 avril 2006 ; C.E., arrêt *Gemeente Denderleuw et college van burgemeester en schepenen van de gemeente Denderleuw*, n° 183.368 du 26 mai 2008 ; C.E., arrêt *Vermeulen*, n° 209.518 du 6 décembre 2010 ; C.E., arrêt *Lebrecht*, n° 226.284 du 30 janvier 2014. Sur cette question, voy. aussi C.E., arrêts *Janssens e.a.*, nos 19.250 à 19.259 du 14 novembre 1978, ainsi que les arrêts *Vaelen* et *Coolman*, nos 19.618 et 19.619 du 14 mai 1979, cités par D. LAGASSE (*L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, op. cit.*, pp. 480-482, n° 291).

²²¹ C.E., arrêt *Vanardois*, n° 15.588 du 28 novembre 1972 ; C.E., arrêt *Lestrade*, n° 130.877 du 30 avril 2004 ; C.E., arrêt *Leroi*, n° 137.585 du 24 novembre 2004 ; C.E., arrêt XXX, n° 157.966 du 27 avril 2006 ; C.E., arrêt *Gemeente Denderleuw et college van burgemeester en schepenen van de gemeente Denderleuw*, n° 183.368 du 26 mai 2008.

²²² C.E., arrêt *Dhert*, n° 20.914 du 29 janvier 1981 ; C.E., arrêt *Gemeente Denderleuw et college van burgemeester en schepenen van de gemeente Denderleuw*, n° 183.368 du 26 mai 2008 ; C.E., arrêt *Brzowski*, n° 191.190 du 9 mars 2009 ; C.E., arrêt *Materne*, n° 192.104 du 1^{er} avril 2009 ; C.E., arrêt *El Habachi*, n° 192.105 du 1^{er} avril 2009.

²²³ C.E., arrêt *Van Dessel*, n° 8424 du 7 février 1961 ; C.E., arrêt *Kegels*, n° 49.041 du 13 septembre 1994 ; C.E., arrêt *Brzowski*, n° 191.190 du 9 mars 2009 ; C.E., arrêt *Materne*, n° 192.104 du 1^{er} avril 2009 ; C.E., arrêt *El Habachi*, n° 192.105 du 1^{er} avril 2009.

²²⁴ C.E., arrêt *Demulder*, n° 9.797 du 16 novembre 1952 ; C.E., arrêt *Vanardois*, n° 15.588 du 28 novembre 1972 ; C.E., arrêt *Lestrade*, n° 130.877 du 30 avril 2004.

²²⁵ C.E., arrêt *Van Dessel*, n° 8.424 du 7 février 1961 ; C.E., arrêt *Delsa*, n° 17.276 du 13 novembre 1975 ; C.E., arrêt *Grandel*, n° 51.463 du 1^{er} février 1995 ; C.E., arrêt *C.P.A.S. de Schaerbeek*, n° 181.541 du 28 mars 2008 ; C.E., arrêt *C.V.B.A. ABC Maatschappij voor Sociale Woningbouw*, n° 205.842 du 28 juin 2010.

²²⁶ Cf. *infra* : nos 97-101.

94. En outre, indépendamment de la problématique des actes inexistant, la jurisprudence s'est penchée sur le cas des actes que l'autorité a entendu retirer, alors que les vices qui les entachaient lui étaient imputables.

Plusieurs arrêts du Conseil d'État, issus essentiellement de chambres francophones, ont jugé, à cet égard, que l'autorité ne pouvait invoquer sa propre négligence ou son imprudence pour retirer de tels actes^{227 228}. Cela revenait à considérer que seules les erreurs invincibles de l'administration étaient de nature à lui permettre de soustraire de l'ordonnancement juridique les actes qui s'en trouvaient affectés²²⁹.

Le juge de la légalité semble néanmoins être revenu sur cette position, qui a été décriée à juste titre par la doctrine²³⁰. Se ralliant à la jurisprudence des chambres néerlandophones du Conseil d'État²³¹, il a estimé, dans plusieurs arrêts récents, que : « les illégalités

²²⁷ Voy., en ce sens, C.E., arrêt *Société de droit allemand Marcon GmbH*, n° 53.601 du 9 juin 1995 ; C.E., arrêt XXX, n° 76.966 du 18 novembre 1998 ; C.E., arrêt *Alloule*, n° 82.893 du 20 octobre 1999 ; C.E., arrêt XXX, n° 156.155 du 9 mars 2006. Pour des références plus anciennes, voy. égal. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 649, n° 28.4 et note 349. Sur cette question, cf. égal. *supra* : n° 19.

²²⁸ L'on ne confondra pas ces arrêts qui font de l'imputabilité de l'erreur à l'administration un obstacle pour retirer l'acte, avec d'autres qui, de manière plus nuancée, invoquent cet élément pour susciter une vigilance accrue en cas de retrait d'un acte qualifié d'inexistant. Voy., à cet égard, C.E., arrêt *De Ridder*, n° 20.372 du 30 mai 1981 ; C.E., arrêt *S.A. Mobistar*, n° 123.480 du 25 septembre 2003 ; C.E., arrêt *Giot-Wirgot*, n° 198.633 du 7 décembre 2009 ; C.E., arrêt *Oltean*, n° 218.602 du 22 mars 2012 ; C.E., arrêt *Drimus*, n° 218.777 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Mercese*, n° 218.778 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Filip*, n° 218.780 du 29 mars 2012 (« qu'il y a lieu de déterminer, plus particulièrement, si, aux yeux de son bénéficiaire, la décision était manifestement irrégulière ou devait du moins raisonnablement être tenue pour telle, compte tenu, d'une part, de la protection de la sécurité juridique du bénéficiaire et, d'autre part, de la circonstance que l'irrégularité commise est due aussi à la partie adverse »).

²²⁹ Voy., à cet égard, D. RENDERS, « De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible », obs. sous Cass., arrêt *J.-M. Vignol c. C.P.A.S. de Thuin*, du 8 février 2008, *J.T.*, 2008, pp. 571-573 ; D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Erreur de droit et droit à l'erreur », in X., *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 460-469 ; D. RENDERS, « Erreur de droit invincible et état du droit incertain : à propos de la responsabilité civile de l'administration », obs. sous Cass., 23 septembre 2010, *J.T.*, 2011, pp. 381-383.

²³⁰ Sur cette question, voy. not. M. PAQUES, « Erreur de l'administration et retrait », obs. sous C.E., arrêt *Société de droit allemand Marcon GmbH*, n° 53.601 du 9 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 379 ; J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 649, n° 28.4 et notes 348 et 349 ; J. GORIS, « De intrekkings van een onwetige verchtsverlenende bestuurshandeling », note sous C.E., arrêt *N.V. Aveve*, n° 132.404 du 15 juin 2004, *R.W.*, 2005-2006, pp. 665-667 ; B. CAMBIER et D. RENDERS, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », *op. cit.*, pp. 109-125 ; R. VAN MEUSEN, « Une faculté de retrait, même en cas d'erreur imputable à son auteur », note sous C.E., arrêt *Bruculeri*, n° 229.376 du 27 novembre 2014, *C.D.P.K.*, 2014, pp. 674-676.

²³¹ Voy. not. C.E., arrêt *N.V. Aveve*, n° 132.404 du 15 juin 2004 ; C.E., arrêt *Immofisk*, n° 205.101 du 11 juin 2010 ; C.E., arrêt *Tack*, n° 206.080 du 29 juin 2010 ; C.E., arrêt XXX, n° 216.364 du 21 novembre 2011 ; C.E., arrêt *N.V. Ghent Dredging*, n° 222.134 du 18 janvier 2013.

entachant les actes administratifs sont en règle imputables à leurs auteurs. Dès lors, considérer que le pouvoir de retirer une décision illégale n'existerait que dans les seuls cas où l'illégalité n'est pas imputable à l'autorité administrative, aboutirait à faire largement obstacle au rétablissement de la légalité auquel l'administration, qui est tenue d'assurer l'exécution des lois, doit procéder tant que les exigences de sécurité juridique ne s'y opposent pas, soit pendant le délai de précarité des actes administratifs »²³².

§ 2. – Une irrégularité grave

95. Nombre d'arrêts rappellent, par ailleurs, que l'illégalité doit être grave²³³.

Elle doit même être d'une gravité certaine pour que l'acte puisse être tenu pour inexistant²³⁴. On l'a vu, cette exigence est inhérente à la théorie de l'inexistence. L'acte illégal est censé être « dénaturé » en un acte inexistant et le vice qui l'entache doit, pour cela, franchir un certain degré de gravité²³⁵.

La notion de gravité est cependant très floue et difficile à cerner. Bien des décisions ont tendance à la confondre avec le caractère manifeste de l'illégalité.

96. La gravité a pu être appréciée en tenant compte des conséquences concrètes et directes de l'acte dont l'inexistence est alléguée.

Une nomination sans le diplôme requis a ainsi été considérée comme n'entrant pas dans la catégorie des actes inexistantes, dès lors qu'aucun élément du dossier ne faisait apparaître que les intérêts protégés par ce diplôme auraient été mis en péril lors de l'exercice des fonctions auxquelles la personne concernée a été nommée. Peu importait

²³² C.E., arrêt *Bruculeri*, n° 229.376 du 27 novembre 2014 ; C.E., arrêt *Ngandu*, n° 229.439 du 2 décembre 2014 ; C.E., arrêt *Tellier*, n° 230.770 du 2 avril 2015.

²³³ Voy., par ex., C.E., arrêt *Van Outryve*, n° 17.478 du 4 mars 1976 ; C.E., arrêt *Paulussen*, n° 28.934 du 1^{er} décembre 1987 ; C.E., arrêt *De Wiereld*, n° 30.159 du 26 mai 1988 ; C.E., arrêt *V.Z.W. Limburgs Secretariaat van de Kristen Middenstand*, n° 67.699 du 12 août 1997 ; C.E., arrêt *Thienpont*, n° 105.572 du 17 avril 2002 ; C.E., arrêt *Beerts*, n° 135.663 du 4 octobre 2004 ; C.E., arrêt *Leroi*, n° 137.585 du 24 novembre 2004 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 229.960 du 22 janvier 2015 (cassation).

²³⁴ C.E., arrêt *Canvasse*, n° 58.170 du 16 février 1996.

²³⁵ Cf. *supra* : n°s 74-78. Voy. aussi, en ce sens, M. VAN DAMME et F. DE KEGEL, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling, op. cit.*, p. 85, n° 124.

que ledit diplôme fût considéré comme une garantie essentielle pour cette nomination²³⁶. Dans un autre cas d'espèce, le caractère d'ordre public de la Nouvelle loi communale méconnue n'a, par ailleurs, pas empêché le Conseil d'État de juger qu'une nomination en sur-nombre ne constituait pas une illégalité suffisamment grave pour juger inexistant l'acte retiré²³⁷.

97. Plus souvent néanmoins, la haute juridiction administrative évalue le degré de gravité des irrégularités en fonction de leur nature propre. Cette approche paraît plus conforme aux principes rappelés d'emblée.

En règle, le non-respect d'une circulaire²³⁸ ou les vices de forme ou de procédure²³⁹ ne sont pas apparus comme suffisamment graves, aux yeux de la haute juridiction administrative, pour qualifier l'acte qui en était atteint d'inexistant. Il en va de même d'une erreur légère dans l'application d'une norme²⁴⁰. Dans plusieurs arrêts, le Conseil d'État a également contesté l'illégalité alléguée, ajoutant qu'à supposer qu'elle soit établie, elle ne serait pas suffisamment grave, voire manifeste²⁴¹.

98. La haute juridiction administrative a, par contre, validé, en cassation, une décision du Conseil du Contentieux des Étrangers qui avait admis le retrait d'une autorisation de séjour octroyée en 2010, alors que l'étranger était sous le coup d'un arrêté ministériel de

²³⁶ C.E., arrêt *Paulussen*, n° 28.934 du 1^{er} décembre 1987. Voy. aussi C.E., arrêt *Kempeneers*, n° 28.761 du 10 novembre 1987.

²³⁷ C.E., arrêt *Canvasse*, n° 58.170 du 16 février 1996. Voy. aussi C.E., arrêt *A.S.B.L. Association pour la promotion de la démocratie et de développement de la République Démocratique du Congo (APRODEC)*, n° 232.235 du 17 septembre 2015. Comp. : C.E., arrêt *S.A. Mobistar*, n° 123.480 du 25 septembre 2003 : « la violation des dispositions applicables en matière de plan de secteur n'est pas d'une gravité telle que l'illégalité est d'ordre public ».

²³⁸ C.E., arrêt *Kempeneers*, n° 28.761 du 10 novembre 1987 ; C.E., arrêt *V.Z.W. Limburgs Secretariaat van de Kristen Middenstand*, n° 67.699 du 12 août 1997.

²³⁹ C.E., arrêt *Van Eyten*, n° 16.752 du 4 décembre 1974 ; C.E., arrêt *Dhert*, n° 20.914 du 29 janvier 1981 ; C.E., arrêts *De Bondt e.a.*, n°s 21.024 à 21.026 du 13 mars 1981 ; C.E., arrêts *Beniers e.a.*, n°s 21.066 à 21.068 du 26 mars 1981 ; C.E., arrêt *Kempeneers*, n° 28.761 du 10 novembre 1987 ; C.E., arrêt *Bacalu*, n° 175.722 du 12 octobre 2007 ; C.E., arrêt *Oltean*, n° 218.602 du 22 mars 2012 ; C.E., arrêt *Drimus*, n° 218.777 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Mercse*, n° 218.778 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Filip*, n° 218.780 du 29 mars 2012. Dans ces quatre dernières affaires, l'on notera que de tels vices ont été rejetés, sans considération de leur degré de gravité mais en se référant davantage au défaut d'évidence de l'illégalité. L'une et l'autre de ces deux conditions ne sont pas toujours distinguées.

²⁴⁰ C.E., arrêt *Thienpont*, n° 105.572 du 17 avril 2002.

²⁴¹ C.E., arrêt *Brzozowski*, n° 191.190 du 9 mars 2009 ; C.E., arrêt *Materne*, n° 192.104 du 1^{er} avril 2009 ; C.E., arrêt *El Habachi*, n° 192.105 du 1^{er} avril 2009.

renvoi depuis 2009²⁴². Elle a jugé que l'attribution d'une telle autorisation nécessitait que l'arrêté ministériel de renvoi fût préalablement abrogé ou retiré mais, en outre, que « les principes du parallélisme des formes et du parallélisme des compétences s'opposaient à ce que le retrait de cet arrêté ministériel pût être opéré par l'octroi d'une autorisation de séjour ».

Plusieurs autres griefs tenant à l'incompétence de l'auteur de l'acte²⁴³ ou à l'absence de fondement juridique de la décision retirée, en particulier le non-respect de critères légaux ou réglementaires²⁴⁴, ont également été jugés suffisamment graves, selon le juge de la légalité. Il en a été de même de l'atteinte à l'autorité de chose jugée d'une décision juridictionnelle, qui a conduit le juge à considérer que les faits retenus à l'appui de ladite décision étaient définitivement établis et ne pouvaient donc être remis en cause par un acte administratif ultérieur²⁴⁵. L'absence d'un élément constitutif d'un acte, tel le plan de lotissement pour le permis de lotir, apparaît aussi comme un vice suffisamment grave au point de pouvoir qualifier l'acte d'inexistant²⁴⁶.

99. Citons, enfin, l'arrêt *N.V. Ghent Dredging* du 18 janvier 2013, par lequel le Conseil d'État a admis le caractère inexistant d'une décision interlocutoire sélectionnant les soumissionnaires en vue de négociations ultérieures²⁴⁷. Cette décision a pu être retirée, dès lors que les prix remis par ces derniers avaient été inversés, ce qu'aucune des parties ne contestait. Pour la première fois, une erreur dans les motifs

²⁴² C.E., arrêt *XXX*, n° 229.960 du 22 janvier 2015.

²⁴³ C.E., arrêt *Burggraave*, n° 4.052 du 7 février 1955. Voy. aussi C.E., arrêt *Ribbens*, n° 3.631 du 14 juillet 1954 ; C.E., arrêt *Beaufils*, n° 44.836 du 5 novembre 1993. Ces deux derniers arrêts ne portaient toutefois pas spécifiquement sur le retrait d'un acte mais sur la recevabilité d'un moyen ou sur la nécessité de contester une décision jugée inexistante. *Adde* : C.E., arrêt *Pirson*, n° 14.034 du 20 mars 1970, où l'incompétence *ratione temporis* a été soulevée comme motif de l'inexistence de l'acte, sans que l'argument ne soit finalement examiné.

²⁴⁴ C.E., arrêt *Dielen*, n° 4.195 du 29 mars 1955 ; C.E., arrêt *Van Outryve*, n° 17.478 du 4 mars 1976 ; C.E., arrêt *Vermeulen*, n° 209.518 du 6 décembre 2010 ; C.E., arrêt *Lebrecht*, n° 226.284 du 30 janvier 2014.

²⁴⁵ C.E., arrêt *Beerts*, n° 135.663 du 4 octobre 2004 ; C.E., arrêt *Tack*, n° 206.080 du 29 juin 2010. Voy. aussi C.E., arrêt *Wellens*, n° 33.466 du 28 novembre 1989. Dans ce dernier arrêt, le retrait de l'acte se fondait sur une interprétation d'un précédent arrêt d'annulation du Conseil d'État, que celui-ci a néanmoins jugé erronée par après.

²⁴⁶ C.E., arrêt *S.A. Belgische Gronden*, n° 223.123 du 8 avril 2013.

²⁴⁷ C.E., arrêt *N.V. Ghent Dredging*, n° 222.134 du 18 janvier 2013.

de fait a donc été retenue au titre d'une illégalité suffisamment grave, pour justifier le retrait d'un acte tenu pour inexistant^{248 249}.

Si, avec B. LOMBAERT et M. THOMAS²⁵⁰, l'on peut se réjouir de cet arrêt, en raison du pragmatisme dont il témoigne au bénéfice de tous les acteurs, il convient de constater que l'on s'écarte un peu plus des conditions de « formation » ou de « maintien de la nature administrative » classiquement visées par la théorie de l'inexistence et qui supposent un certain degré de gravité²⁵¹. E. Laferrière mentionnait, à cet égard, « l'usurpation de pouvoir par une personne étrangère à l'administration » et « les cas graves d'empiètement d'un administrateur sur le pouvoir législatif ou sur le pouvoir judiciaire »²⁵². Cette exigence de gravité est, on le rappelle, inhérente à cette théorie dont l'enjeu demeure de déroger aux principes de l'intangibilité et de la non-rétroactivité des actes administratifs.

100. La difficulté s'accroît si l'on observe que, dans d'autres affaires, le Conseil d'État ne retient pas systématiquement les vices qualifiés précédemment de graves pour aboutir au constat de l'inexistence.

À titre d'exemple, une décision de prorogation d'un certificat d'inscription au registre des étrangers²⁵³ n'a pas été tenue pour inexis-

²⁴⁸ C.E., arrêt *N.V. Ghent Dredging*, n° 222.134 du 18 janvier 2013. Dans l'arrêt *Izegem*, n° 217.087 du 29 décembre 2011, le Conseil d'État a également admis que la décision retirée soit qualifiée d'« inexistante » en raison de « déclarations inexactes » de la commune d'Izegem, auteur de cette décision. F. Judo s'est néanmoins demandé, à juste titre selon nous, pourquoi ne pas avoir simplement qualifié ces déclarations de frauduleuses, la commune ayant manifestement dissimulé la réalité de ses propres agissements, pour bénéficier de droits de tirage auprès d'un fonds public d'investissement (F. JUDO, « De onbestaande bestuurshandeling – hoe bestaat het ? », obs. sous C.E., arrêt *Stad Izegem*, n° 217.087 du 29 décembre 2011, *C.D.P.K.*, 2012, pp. 589 et ss.).

²⁴⁹ Notons encore qu'à ce jour et à notre connaissance, le Conseil d'État n'a pas retenu l'erreur manifeste d'appréciation au titre de l'inexistence, bien qu'il ait été invité à le faire, au moins dans les arrêts suivants : C.E., arrêt *XXX*, n° 157.966 du 27 avril 2006 ; C.E., arrêt *Gemeente Denderleuw et college van burgemeester en schepenen van de gemeente Denderleuw*, n° 183.368 du 26 mai 2008. Il a considéré que, si l'autorité témoignait d'un changement de point de vue, celui-ci n'était pas révélateur d'une erreur manifeste d'appréciation. Sur les liens entre l'erreur manifeste d'appréciation et l'acte inexistant, voy. D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 483 et ss. *Contra* : P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, v° « Retrait », p. 586, note n° 1437.

²⁵⁰ B. LOMBAERT et M. THOMAS, « Le retrait d'un acte administratif inexistant n'est pas qu'un cas d'école : pour une application en matière de marchés publics », obs. sous C.E., arrêt n° 222.134 du 18 janvier 2013, *Entr. et dr.*, 2014, pp. 59 et ss.

²⁵¹ F. WODIE, « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *op. cit.*, p. 77, citant E. DESGRANGES (*Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, thèse, Poitiers, 1937).

²⁵² E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., t. II, pp. 497 et ss.

²⁵³ Ce qu'on appelle généralement le « C.I.R.E ».

tante dès lors que, si un arrêté ministériel confiait la compétence d'adopter cette décision à certains agents de l'Office des étrangers, une circulaire l'attribuait expressément à l'administration communale²⁵⁴. Dans son arrêt *Giot-Wirgot* du 7 décembre 2009²⁵⁵, l'un des reproches formulés à l'encontre de l'arrêté ministériel retiré tenait également au fait que cet arrêté était signé par une personne qui n'était pas en fonction au moment de cette signature. Il a, toutefois, été décidé que « l'acte retiré n'a pas nécessairement été adopté par un auteur incompétent ; que le scénario le plus vraisemblable est celui d'une signature par le directeur général d'un arrêté ministériel d'agrément à un moment où il exerçait cette fonction, mais sur un texte d'arrêté mentionnant une date antérieure à sa signature ».

S'agissant, par ailleurs, du non-respect des critères légaux ou réglementaires, un nombre important d'arrêts témoignent également d'une plus grande souplesse, en relativisant l'irrégularité²⁵⁶ ou en la contournant, tenant compte de l'absence d'évidence de celle-ci²⁵⁷.

101. L'exigence de gravité de l'illégalité revêt une importance particulière dans l'œuvre d'identification de l'acte inexistant. L'on mesure néanmoins toute la difficulté d'en cerner précisément la portée, tant l'approche peut se révéler casuistique et dénuée de caractère systématique dans la jurisprudence du Conseil d'État.

§ 3. – Une irrégularité manifeste

102. L'illégalité doit être grave mais aussi manifeste.

Dans le langage courant, cette exigence renvoie à ce « dont l'existence ou la nature est évidente ». « Certain, évident, indéniable, indiscutable, indubitable » ou « criant, éclatant, flagrant » sont autant de synonymes de cette notion²⁵⁸. L'on se souvient des origines françaises de la théorie de l'inexistence, qui provient de la voie de fait administrative, laquelle suppose que l'acte administratif soit entaché d'une irrégularité flagrante au point d'en être « dénaturé ».

²⁵⁴ C.E., arrêt *XXX*, n° 156.155 du 9 mars 2006.

²⁵⁵ C.E., arrêt *Giot-Wirgot*, n° 198.633 du 7 décembre 2009.

²⁵⁶ Voy. not. : C.E., arrêt *Van Dessel*, n° 8424 du 7 février 1961 ; C.E., arrêt *Demulder*, n° 9.797 du 16 novembre 1952 ; C.E., arrêt *De Wiereld*, n° 30.159 du 26 mai 1988.

²⁵⁷ Sur cette troisième exigence, cf. *infra* : n°s 102 à 109.

²⁵⁸ *Nouveau Petit Robert*, t. I, 1993, v° « Manifeste ».

En l'occurrence, le Conseil d'État emploie ce terme pour signifier que cette irrégularité doit être si grave que chacun, dans le commerce juridique, doit pouvoir la discerner aisément.

103. Le caractère manifeste découle, d'abord, de l'illégalité elle-même. Elle doit être évidente, flagrante²⁵⁹, presque choquante parfois aussi aux yeux de l'autorité et du juge²⁶⁰.

L'arrêt *Van Outryve* qui concerne l'organisation du pouvoir judiciaire, illustre bien cette perception, en considérant que « le Ministre ne pouvait mettre à néant, ni modifier cette position juridique du requérant qui découlait de la loi et qu'il est dès lors allé manifestement à l'encontre de la loi lorsque par son arrêté [...], il a "attaché" le requérant au greffe de la justice de paix du 5^e canton d'Anvers ». Le même sentiment se dégage des arrêts *Vermeulen* et *Lebrecht*, relatifs aux échelles barémiques des fonctionnaires de police, fixées en l'absence de toute base légale ou réglementaire²⁶¹. Gravité et caractère manifeste de l'illégalité ne sont pas bien éloignés, dans de telles occurrences.

104. Lorsque des difficultés apparaissent pour établir le vice invoqué, la haute juridiction administrative en déduira logiquement qu'il ne revêt pas le degré d'évidence requis²⁶².

²⁵⁹ C.E., arrêt *Depecker*, n° 35.460 du 13 juillet 1990 ; C.E., arrêt *Beerts*, n° 135.663 du 4 octobre 2004 ; C.E., arrêt *N.V. Ghent Dredging*, n° 222.134 du 18 janvier 2013 ; C.E., arrêt *XXX*, n° 229.960 du 22 janvier 2015.

²⁶⁰ C.E., arrêt *Van Outryve*, n° 17.478 du 4 mars 1976 (jugé que : « le Ministre ne pouvait mettre à néant, ni modifier cette position juridique du requérant qui découlait de la loi et qu'il est dès lors allé manifestement à l'encontre de la loi lorsque par son arrêté du 8 mars 1971, qui mentionne ledit article 13 comme fondement légal, il a "attaché" le requérant au greffe de la justice de paix du 5^e canton d'Anvers »). Voy. aussi C.E., arrêt *Depecker*, n° 35.460 du 13 juillet 1990 ; C.E., arrêt *Beerts*, n° 135.663 du 4 octobre 2004.

²⁶¹ C.E., arrêt *Vermeulen*, n° 209.518 du 6 décembre 2010 ; C.E., arrêt *Lebrecht*, n° 226.284 du 30 janvier 2014. Dans ces deux arrêts, l'on notera, paradoxalement, que l'autorité qui a retiré l'acte s'est appuyée sur les avis d'un professeur de droit et du service juridique de la police, de même que sur les résultats d'une enquête du Comité P pour conclure au caractère manifeste de l'illégalité retenue. Ceci étant, à relever aussi, dans l'arrêt *Lebrecht* précité, que : « ces différents éléments conduisent le Conseil d'État à conclure que le ministre savait que l'insertion barémique des membres du personnel de l'inspection générale n'était pas possible sans une pondération préalable des fonctions et que, lors de la signature de l'arrêté du 25 avril 2007, il a fait confiance à ses collaborateurs et aux fonctionnaires chargés de préparer les dossiers et qu'il a dû constater, de nombreux mois plus tard, après l'enquête du Comité P, qu'il ne disposait pas lors de la signature de l'arrêté de l'ensemble des éléments nécessaires à une appréciation correcte ».

²⁶² C.E., arrêt *Van Dessel*, n° 8.424 du 7 février 1961 ; C.E., arrêt *De Swert*, n° 20.222 du 26 mars 1980 ; C.E., arrêts *Leglise*, *Van Hee*, *Verhaegen*, *Merckaert* et *Vaes*, n°s 30.291 à 30.295 du 14 juin 1988 ; C.E., arrêt *Lestrade*, n° 130.877 du 30 avril 2004 ; C.E., arrêt *Gabriel*, n° 229.146 du 13 novembre 2014.

Tel est le cas, notamment, de l'irrégularité fondée sur une nouvelle interprétation de la réglementation applicable²⁶³, de celle qui donne lieu à « différentes explications » ou à des justifications successives²⁶⁴, ou encore celle qui a nécessité l'intervention d'un juge pour être tranchée²⁶⁵. Il en va de même si l'autorité adopte des attitudes contradictoires vis-à-vis de la décision qu'elle qualifiera ensuite d'inexistante²⁶⁶.

105. Le caractère manifeste d'une illégalité se déduit, par ailleurs, de l'attitude des acteurs intervenant dans le dossier. Référence est ainsi faite, dans la jurisprudence du Conseil d'État²⁶⁷, aux « circonstances de fait » qui entourent la mise en œuvre de l'acte.

Une décision exécutée durant des années, sans la moindre réaction de l'administration²⁶⁸, voire des autorités de tutelle²⁶⁹, peut difficilement comporter une illégalité considérée comme à ce point flagrante. Jugé de même qu'un acte signé par le président d'un C.P.A.S. et le secrétaire de celui-ci, approuvé sans réserve et exécuté pendant un an, sans qu'un seul conseiller de l'action sociale ne relève son illégalité, ne peut pas non plus être tenu pour inexistant²⁷⁰. Ce constat encore pour une décision d'équivalence de diplôme qui a été « visée et enregistrée sans objection par la Commission médicale provinciale du Luxembourg, dont la secrétaire appartient au corps médical »²⁷¹.

De manière générale, le délai dans lequel l'autorité relève l'illégalité joue donc aussi un rôle important pour déterminer si elle est

²⁶³ C.E., arrêt *Chamart*, n° 14.445 du 14 janvier 1971 ; C.E., arrêt *Malpas*, n° 42.063 du 19 avril 1993.

²⁶⁴ C.E., arrêt *Kempeneers*, n° 28.761 du 10 novembre 1987.

²⁶⁵ C.E., arrêt *De Swert*, n° 20.222 du 26 mars 1980 ; C.E., arrêts *Leglise, Van Hee, Verhaegen, Merckaert et Vaes* n°s 30.291 à 30.295 du 14 juin 1988.

²⁶⁶ C.E., arrêts *Leglise, Van Hee, Verhaegen, Merckaert et Vaes* n°s 30.291 à 30.295 du 14 juin 1988.

²⁶⁷ Voy. not. C.E., arrêt *Lebrecht*, n° 226.284 du 30 janvier 2014.

²⁶⁸ C.E., arrêt *De Wiereld*, n° 30.159 du 26 mai 1988 ; C.E., arrêt *Grandel*, n° 51.463 du 1^{er} février 1995 ; C.E., arrêt *S.A. Mobistar*, n° 123.480 du 25 septembre 2003 ; C.E., arrêt *C.P.A.S. de Schaerbeek*, n° 181.541 du 28 mars 2008 ; C.E., arrêt *C.V.B.A. ABC Maatschappij voor Sociale Woningbouw*, n° 205.842 du 28 juin 2010.

²⁶⁹ C.E., arrêt *C.V.B.A. ABC Maatschappij voor Sociale Woningbouw*, n° 205.842 du 28 juin 2010.

²⁷⁰ C.E., arrêt *C.P.A.S. de Schaerbeek*, n° 181.541 du 28 mars 2008.

²⁷¹ C.E., arrêt *Oltean*, n° 218.602 du 22 mars 2012 ; C.E., arrêt *Drimus*, n° 218.777 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Mercse*, n° 218.778 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Filip*, n° 218.780 du 29 mars 2012.

manifeste. Le choix d'abroger un acte plutôt que de le retirer a, par contre, été jugé irrelevants²⁷².

106. Au nombre des acteurs du dossier, le bénéficiaire de l'acte lui-même n'est sans doute pas le moindre. Il doit, en toute logique, réaliser la portée du vice qui l'entache et les conséquences qui en découlent pour que l'acte puisse être qualifié d'inexistant.

L'arrêt *Dielen* précisait déjà, on le rappelle, que « le requérant ne pouvait ignorer le fait qu'il ne remplissait pas les conditions réglementaires requises pour être repris en service », avant d'en déduire que « ces actes ne pouvaient faire naître aucun droit dans le chef du requérant »²⁷³.

107. Le Conseil d'État semble, depuis lors, avoir adopté le critère de l'homme « normalement compétent » pour jauger le degré de compréhension de la situation par l'intéressé. Se trouve ainsi visée la personne qui est « un tant soit peu instruite »²⁷⁴, voire qui pratique le droit²⁷⁵, sans devoir être « versée en droit administratif »²⁷⁶. Le fait d'avoir certaines compétences dans la matière peut, néanmoins, être mis en exergue, à l'instar de l'arrêt *Lebrecht* qui relevait que « toute personne raisonnable quelque peu familiarisée avec le droit de la fonction publique – ce qu'on est en droit d'attendre du requérant eu égard à la place qu'il occupe dans l'administration de la police – peut constater l'étape manquante dans le processus décisionnel concernant la fixation de son traitement individuel »²⁷⁷.

108. Commentant l'arrêt *De Ridder* précité, D. Lagasse relativisait cependant la portée de ce dernier critère, tout en veillant à rester nuancé. Selon lui, « [l]e jugement du Conseil d'État nous paraît avoir davantage porté sur l'acte administratif que sur le comportement individuel de la requérante : en somme a-t-il déclaré, la décision présentait pour un administré moyen (présentait donc *objectivement*) les apparences d'un acte administratif régulier. Sans doute a-t-il laissé les portes ouvertes et s'est-il réservé la possibilité de trancher en

²⁷² C.E., arrêt *Vermeulen*, n° 209.518 du 6 décembre 2010 ; C.E., arrêt *Lebrecht*, n° 226.284 du 30 janvier 2014.

²⁷³ C.E., arrêt *Dielen*, n° 4.195 du 29 mars 1955.

²⁷⁴ C.E., arrêt *C.P.A.S. de Schaerbeek*, n° 181.541 du 28 mars 2008.

²⁷⁵ C.E., arrêts *De Bondt*, *Ostin* et *De Meyer*, n°s 21.024 à 21.026 du 13 mars 1981.

²⁷⁶ C.E., arrêt *De Ridder*, n° 20.372 du 30 mai 1981.

²⁷⁷ C.E., arrêt *Lebrecht*, n° 226.284 du 30 janvier 2014 ; C.E., arrêt *Vermeulen*, n° 209.518 du 6 décembre 2010.

un sens différent dans l'hypothèse où le requérant serait plus compétent que la moyenne des administrés. Nous croyons toutefois que cette possibilité apparaît plus théorique que réelle. Quoi qu'il en soit, cela ne vient en rien infirmer l'observation que nous formulions plus haut : la théorie de l'inexistence apparaît bien comme une *théorie de la dénaturation* et, partant, de la dérogation aux règles de compétences normalement établies »²⁷⁸.

109. Faut-il le souligner, cette approche ne paraît pas démentie par l'évolution récente de la jurisprudence de la haute juridiction administrative.

Si elle s'en tient à des considérations assez générales lorsqu'elle rejette la thèse de l'inexistence de l'acte, l'illégalité n'apparaissant pas comme « suffisamment évidente au point que le requérant devait en avoir conscience »²⁷⁹, les arrêts qui ont opté pour la conclusion inverse se sont, de même, souvent montrés peu enclins à examiner concrètement la question. À notre connaissance, seuls les arrêts *N.V. Ghent Dredging*²⁸⁰ mais, surtout, *Vermeulen*²⁸¹ et *Lebrecht*²⁸² se sont réellement penchés sur l'attitude des requérants, dans leur analyse du caractère manifeste de l'illégalité²⁸³. Il n'est cependant pas à exclure que le contexte de ces arrêts justifie cet intérêt particulier²⁸⁴.

Les autres arrêts qui concluent à l'inexistence de l'acte n'examinent que peu ou prou l'attitude du bénéficiaire de l'acte. Cet aspect semble même secondaire par rapport à la nature de l'illégalité retenue. À l'instar de l'arrêt *Dielen* déjà cité, l'arrêt prononcé en cassation, dans le domaine des étrangers, se contente, par exemple, de

²⁷⁸ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 479.

²⁷⁹ C.E., arrêt *S.A. Mobistar*, n° 123.480 du 25 septembre 2003 ; C.E., arrêt *Oltean*, n° 218.602 du 22 mars 2012 ; C.E., arrêt *Drimus*, n° 218.777 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Mercse*, n° 218.778 du 29 mars 2012 ; C.E., arrêt *Filip*, n° 218.780 du 29 mars 2012.

²⁸⁰ C.E., arrêt *N.V. Ghent Dredging*, n° 222.134 du 18 janvier 2013.

²⁸¹ C.E., arrêt *Vermeulen*, n° 209.518 du 6 décembre 2010.

²⁸² C.E., arrêt *Lebrecht*, n° 226.284 du 30 janvier 2014.

²⁸³ L'on peut éventuellement ajouter, à cette série, l'arrêt *Izegem*, n° 217.087 du 29 décembre 2011, même si la situation y était particulière en raison de l'attitude de la commune requérante qui, sans qu'il ne soit question de fraude dans l'arrêt, était manifestement à l'origine de l'erreur commise initialement par la partie adverse.

²⁸⁴ L'arrêt *Lebrecht* relevait notamment que « le ministre s'est à cet égard fondé sur les propositions qui lui ont été faites sans savoir que certaines personnes, impliquées dans l'élaboration de cet arrêté, poursuivaient un intérêt directement personnel et qu'elles prenaient à une initiative personnelle sans impliquer les services administratifs compétents de la police fédérale et sans se soucier de la nécessaire égalité de traitement du personnel CALog de l'ensemble des services de police ».

relever que l'illégalité était à ce point grave et manifeste qu'il devait s'en être aperçu, au moment de la prise de connaissance de l'acte²⁸⁵. L'arrêt *Beerts* rejette, pour sa part, l'argument du requérant qui se plaignait de ne pas avoir perçu l'illégalité de l'acte, doutant d'abord du bien-fondé de ce raisonnement mais relevant, par ailleurs et surtout, qu'il n'était pas de nature à modifier l'analyse quant au caractère grave et manifeste de l'illégalité²⁸⁶.

L'on ne peut que réitérer nos réserves quant à une telle jurisprudence. Comme on l'a indiqué précédemment, la vérification concrète de ce que le bénéficiaire de l'acte connaissait ou devait connaître l'irrégularité de l'acte en cause contribue, selon nous, à justifier qu'une atteinte soit portée rétroactivement à ses droits, en principe devenus définitifs et donc intangibles.

*

* *

110. Le voyage au fil « des temps », auquel nous a menés la théorie du retrait de l'acte administratif irrégulier créateur d'effets avantageux, touche tout doucement à sa fin. Il a permis d'admirer les paysages vertueux mais, aussi, de visiter ou revisiter les lieux, moins séduisants, de cette théorie.

L'opération de retrait comporte des points positifs et des points négatifs auxquels l'administration et les administrés doivent être attentifs lorsqu'ils y sont confrontés. Fondamentalement, c'est tout l'équilibre entre les principes de légalité et de sécurité juridique que cette théorie entend assurer. Elle fixe un cadre qui, tantôt, conduit à la suppression de cette décision de l'ordonnancement juridique, tantôt, lui offre de subsister et de continuer de déployer ses effets, en dépit de son illégalité. L'enjeu n'est rien d'autre que le maintien ou la disparition rétroactive d'une décision irrégulière créatrice d'effets avantageux.

111. Le voyage s'est révélé particulièrement intéressant car il a permis de mesurer toute l'ingéniosité dont le Conseil d'État belge, et avant lui son homologue français, a témoigné pour élaborer cette théorie. La solution de compromis qui en est le fruit doit certainement

²⁸⁵ C.E., arrêt XXX, n° 229.960 du 22 janvier 2015.

²⁸⁶ C.E., arrêt *Beerts*, n° 135.663 du 4 octobre 2004.

être saluée. Le subtil équilibre qu'elle produit tend à concilier des principes, de prime abord, difficilement conciliables. La notion de précarité comme pierre angulaire de cette théorie est, de même, fort judicieuse. Si l'acte demeure susceptible de subir les foudres du juge de la légalité, pourquoi son auteur ne pourrait-il prendre l'initiative d'anticiper pareille sanction ? On l'a vu, le maintien d'un acte illégal dans l'ordonnement juridique n'en sera que d'autant écourté, tandis que de nombreux avantages procéduraux peuvent en découler.

112. Toute médaille a cependant son revers, tout décor a son envers. En l'occurrence, les solutions retenues ne présentent pas seulement des avantages. Au nombre des principaux inconvénients de la théorie du retrait, la grande complexité que la théorie du retrait d'actes induit pour sa mise en œuvre n'a pu échapper au lecteur avisé des pages qui précèdent. La tâche n'est assurément pas simple pour les administrations qui doivent l'appliquer au quotidien. On l'a relevé, la fixation du point de départ du délai génère déjà, à elle seule, une grande incertitude pour les juristes les plus avertis. Que dire, par ailleurs, de l'illégalité admissible, qui doit s'accorder avec les règles sur la recevabilité des moyens ? Enfin, la notion de l'acte inexistant recèle à son tour tant de secrets... L'autorité qui opère un retrait d'acte marche sur des œufs, oscillant entre des jurisprudences discordantes et des débats doctrinaux houleux.

Ce n'est pas tout. La théorie du retrait d'acte a été conçue pour réconcilier les principes de légalité et de sécurité juridique, dit-on généralement. A-t-on, cependant, pensé aux administrés qui sont les premiers concernés ? Nul n'est censé ignorer la loi. Mais peut-on attendre d'eux qu'ils en maîtrisent autant de subtilités ? Loin de renforcer la prévisibilité de l'acte administratif, ne serait-ce d'ailleurs pas à l'insécurité juridique qu'elles risquent de mener ?

113. Dans ce périple sinueux, le détour par l'option législative mérite d'être sérieusement envisagé. Le législateur belge s'est déjà avancé sur ce terrain, quoique son initiative ait rapidement tourné court²⁸⁷. Il serait opportun, selon nous, de retenter le parcours.

²⁸⁷ Proposition de loi « relative au délai de retrait par l'autorité compétente d'un acte administratif irrégulier », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1992-1993, n° 900/1.

À l'instar de la législation française²⁸⁸, le texte de loi devrait, au moins, prévoir un délai fixe dans lequel l'opération de retrait d'un acte irrégulier serait admise. Ce délai, de rigueur²⁸⁹, pourrait être de quatre mois²⁹⁰, comme il prévaut d'ailleurs déjà à l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées « sur le Conseil d'État », lorsqu'un acte administratif a été notifié sans l'indication des voies de recours requises. Le législateur a admis, dans ce cas, que l'état de précarité de l'acte administratif soit prolongé pendant une période jugée suffisante pour permettre à l'administré de se rendre compte de manière effective de l'illégalité, s'informer sur les voies de recours et faire valoir ses droits. Ce délai de quatre mois pourrait être transposé dans le cadre de la théorie du retrait de l'acte administratif. Il serait suffisant pour permettre d'en prendre connaissance, de relever la ou les illégalités qui l'entachent et de prendre les mesures nécessaires pour solliciter son retrait ou y procéder soi-même. Dans le même temps, ce délai ne paraît pas excessif, au point d'énerver à nouveau la sécurité juridique que cette règle écrite chercherait précisément à préserver.

Le point de départ du délai gagnerait aussi à être déterminé. Sans surprise, le choix de l'adoption de l'acte nous paraît, de ce point de vue, le plus indiqué. Rompant encore une fois avec les dispositions applicables aux recours en annulation, ce moment serait le plus simple à identifier. Le tiers intéressé s'en trouverait lésé, du fait de sa prise de connaissance différée ? C'est probablement le prix à payer pour cette sécurité. Ce prix serait, du reste, mesuré puisqu'il conserve, par ailleurs, la possibilité de saisir le Conseil d'État d'un recours en annulation contre cet acte, à compter de sa prise de connaissance. Il devrait, néanmoins, démontrer au juge de la légalité, dans ce cas, qu'il n'a pu en avoir connaissance plus tôt, ainsi que son intérêt à en demander la censure. L'insécurité serait, de cette façon, limitée.

Enfin, le législateur pourrait compléter le dispositif par le maintien, à titre exceptionnel, d'une forme de « soupape de sécurité ». L'idée serait d'adoucir la rigidité du corset législatif grâce à des actes qui,

²⁸⁸ Code des relations entre le public et l'administration, art. L-242-1 et ss.

²⁸⁹ À défaut, ledit délai pourrait être prolongé en application de l'article 14, § 3, des lois coordonnées « sur le Conseil d'État ». Voy., à cet égard, l'avis donné sur la proposition de loi « relative au délai de retrait par l'autorité compétente d'un acte administratif irrégulier », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1992-1993, n° 900/2, p. 5. Dans cette proposition de loi, le délai était de trois ans. Sur l'article 14, § 3, des lois coordonnées « sur le Conseil d'État », voy. aussi D. RENDERS, *Droit administratif général*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 248 et 249, n° 482, et pp. 314 et 315, n° 589.

²⁹⁰ À l'instar des dispositions françaises précitées.

par leur nature ou les circonstances qui entourent leur adoption, conservent naturellement une certaine précarité justifiant leur retrait au-delà d'un délai légalement fixé. Seraient ainsi visés les actes adoptés à la suite de manœuvres frauduleuses ou atteints d'une illégalité à ce point grave et manifeste qu'ils seraient présumés n'avoir jamais existé. Il reviendrait à l'autorité d'établir que l'illégalité rencontre ces exigences, étant entendu que la seconde d'entre elles nécessiterait la vérification concrète de ce que le bénéficiaire de l'acte connaissait ou devait connaître l'irrégularité de l'acte en cause. Cette démonstration permet, on l'a souligné, de justifier qu'une atteinte soit portée rétroactivement à ses droits, en dépit de leur intangibilité de principe.

114. D'un voyage « au fil des temps », l'on passerait de la sorte à un voyage « organisé ». L'on y perdrait sans doute en souplesse et en liberté. Mais l'on y gagnerait beaucoup en sécurité juridique et en prévisibilité.