

L'ASTREINTE ET LE CONSEIL D'ETAT ELEMENTS DE JURISPRUDENCE*

par

Pierre NIHOUL

Auditeur-adjoint au Conseil d'Etat

Assistant à l'Université Catholique de Louvain

et

Philippe LEVERT

Avocat

Assistant à l'Université Libre de Bruxelles

INTRODUCTION

1. — La modernisation du fonctionnement de la Justice est à l'ordre du jour dans nos pays depuis plusieurs années, rejoignant le vaste mouvement qui s'est développé en faveur d'une amélioration générale des rapports entre les pouvoirs et les citoyens.

En ce qui concerne plus particulièrement la justice administrative, dans l'attente de la réforme fondamentale de la structure du contentieux administratif¹, le législateur a d'ores et déjà procédé, ces dernières années, à une rénovation substantielle du fonctionnement du Conseil d'Etat dont les premiers effets se font déjà sentir. Les mesures prises concernent la réforme de la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat², l'augmentation du nombre de magistrats de même que l'amélioration de leur statut³, la généralisation du «référé ad-

ministratif»⁴ et, enfin, l'introduction de l'astreinte⁵.

A l'occasion du deuxième anniversaire de l'adoption du nouvel article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, il nous a paru intéressant de faire le point sur les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat peut prononcer une astreinte lorsque l'autorité reste en défaut d'exécuter un arrêt d'annulation (ou de suspension) prononcé au contentieux de l'exercice de pouvoir, notamment à l'épreuve des premiers arrêts rendus par le Conseil d'Etat en la matière.

2. — Cette réforme fondamentale et souhaitée par d'aucuns pose le délicat problème de l'efficacité et donc de l'exécution des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat qui demeure l'une des questions les plus épineuses du contentieux administratif⁶. Car,

* La présente étude tient compte des arrêts prononcés et publiés au 31 décembre 1992.

¹ A propos de la création de tribunaux administratifs et de la réorganisation des juridictions administratives existantes, voy. la proposition du sénateur Cerexhe, *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1991-1992, n° 184/1. Le 4 décembre 1992, le Conseil des ministres a décidé la constitution d'une commission chargée de la réforme du contentieux administratif. Cette commission composée de membres du Conseil d'Etat et de professeurs d'université a été installée le 13 janvier 1993.

² Loi du 17 octobre 1990 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 et la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au sein du Conseil d'Etat (*M.B.*, 13 novembre 1990) modifiée par l'article 148 de la loi du 21 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses (*M.B.*, 1er août 1991), ci-après dénommée «loi du 17 octobre 1990», articles 1er à 4. Arrêté royal du 7 janvier 1991 modifiant l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat (*M.B.*, 16 janvier 1991). Pour plus de détails, voy. P. NIHOUL, «La loi du 17 octobre 1990 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat», *J.T.*, 1991, p. 345 à 349; E. BOIGELOT, «Du côté de la loi», *Cab. dr. judic.*, 1991/1, p. 1 à 4; Ph. BOUVIER, Des remèdes pour désengorger la section d'administration du Conseil d'Etat, *Droit communal*, 1992/1, p. 5 à 26.

³ Loi du 16 juin 1989 portant diverses réformes institutionnelles (*M.B.*, 17 juin 1989), articles 18 à 20; loi du 17 octobre 1990 précitée, articles 6 à 17.

⁴ D'abord limitée à la violation sérieuse des articles 6, 6bis et 17 de la Constitution, la possibilité pour le Conseil d'Etat de prononcer le sursis à exécution d'un acte administratif est désormais généralisée à «tout moyen sérieux susceptible d'entraîner l'annulation» depuis le 22 octobre 1991, date de l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 1991 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue d'introduire un référé administratif et portant création d'un emploi de greffier-informaticien (*M.B.*, 12 octobre 1991); voy. également l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat (*M.B.*, 14 janvier 1992).

Sur la portée de cette réforme, voy. J.F. NEURAY, «L'avenir du référé administratif», in *Mélanges J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992 et les nombreuses références citées; P. LEWALLE, Le référé administratif, *Actualités du droit*, 1992/3, p. 893 à 1002; J.P. LAGASSE, Le référé administratif, Informatique, 1992.

⁵ Loi du 17 octobre 1990 précitée, article 5 insérant un nouvel article 36 dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; arrêté royal du 2 avril 1991 déterminant la procédure devant la section d'administration en matière d'astreinte (*M.B.*, 1er juin 1991).

⁶ Sur cette question, voy. notamment: *En Belgique*, C. CAMBIER, «Au delà et en deçà de la juridiction», in *Mélanges Jean Dabin*, Bruylant, 1963, T. II, pp. 453 à 473; Les Nouvelles, Le Conseil d'Etat, Larcier, 1975, n° 1809 à 1907; A. VANDER STICHELE, «De l'exécution des décisions juridictionnelles en matière administrative», *R.J.D.A.*, 1975, pp. 1 à 22; «Voor een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State», in *Liber amicorum Frederic Dumon*, Kluwer, 1983, T. II, pp. 987 à 999; D. LAGASSE, «Responsabilité de l'administration à l'occasion de l'exécution des décisions des juridictions administratives», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruylant, 1991, pp. 195 à 225; M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruylant, 1989, T. I, pp. 640 à 655; V.

si, dans la majorité des cas, l'administration exécute les arrêts d'annulation du Conseil d'Etat, il arrive cependant qu'elle n'entende pas rétablir la légalité constatée par ces arrêts, soit en reprenant une ou plusieurs fois la même décision que celle qui a été annulée, soit en s'abstenant de prendre la ou les nouvelles décisions nécessaires pour effacer les effets de l'acte ou du règlement annulés⁷, ou encore qu'elle la rétablisse incomplètement ou tardivement. Une telle situation constitue la négation même de l'intervention du juge administratif⁸ à laquelle les remèdes existants n'apportaient qu'un faible palliatif⁹.

Si, par «une rédaction habile des motifs ou du dispositif de l'arrêt, le Conseil d'Etat exerce une véritable direction de l'action administrative»^{10 11}, il n'en restait pas moins que la seule arme dont disposait jusqu'il y a peu le juge administratif consistait dans la prononciation d'un nouvel arrêt d'annulation censurant la violation de l'autorité de la chose jugée contenue dans un premier arrêt. Par l'octroi d'un pouvoir de suspension, d'abord partiel, ensuite généralisé, le législateur a doté le Conseil d'Etat d'une «arme préventive», sans toutefois lui permettre de substituer sa décision à celle qu'il suspend, en vertu d'une conception restrictive du principe de séparation de la fonction juridictionnelle et de la fonction d'administration active. Cette impossibilité pour le juge administratif d'exercer un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration ou de prendre des

actes juridiques consécutifs à l'annulation décrétée relève cependant, ainsi que l'a souligné A. Vander Stichele¹², d'une «autolimitation» que le juge administratif s'est imposée non pas «en vertu de la nature de sa fonction, mais au contraire à partir de la volonté de la restreindre eu égard à la qualité de l'une des parties». Or, dans une conception «finaliste» du recours¹³, on peut concevoir que l'annulation ne vaut que par ses suites et qu'elle emporte automatiquement un ensemble de conséquences juridiques, y compris le pouvoir d'injonction, à peine de rester impuissante à rétablir la légalité.

3. — Plusieurs solutions ont été esquissées, telle la procédure organisée, en France, par le décret du 24 janvier 1985 créant au sein du Conseil d'Etat la section du Rapport et des Etudes et l'associant à une procédure amiable d'exécution de ses arrêts¹⁴.

En Belgique, la prononciation d'astreintes par le Conseil d'Etat dans le cadre du contentieux objectif de l'excès de pouvoir s'est heurté d'abord à l'hostilité de la Cour de cassation¹⁵, analysant l'astreinte comme une «condamnation pécuniaire» susceptible de constituer «une atteinte au patrimoine privé» des auteurs de l'acte annulé, «de sorte qu'un droit civil serait violé, violation qui, sans aucun doute, n'est pas du ressort du Conseil d'Etat et relève uniquement de la compétence du pouvoir judiciaire», puis à un arrêt négatif de la Cour de justice Benelux¹⁶, statuant sur une question préjudicielle du Conseil d'Etat relative à l'interprétation à donner à la loi uniforme sur l'astreinte¹⁷.

FRANCK- de CALLATAY, «L'exécution des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat au sein des administrations nationales 1980-1984», *A.P.T.*, 1988, pp. 1 à 46 ; M.L. WILLOT-THOMAS, Les effets juridiques et pratiques des jugements en matière administrative - Rapport belge au IVe Congrès de l'Association Internationale des Hautes Juridictions Administratives, tenu à Luxembourg les 15, 16 et 17 juin 1992, *A.P.T.*, 1992/2, p. 71 à 88. En France, Les rapports de la section Etudes et Rapport du Conseil d'Etat ; J.M. AUBY et R. DRAGO, «Traité de contentieux administratif», *L.G.D.J.*, Paris, 1984, pp. 228 à 232 et 421 à 435 ; G. BRAIBANT, «L'exécution des décisions du juge administratif», *A.P.T.*, 1987, pp. 136 à 142. Le problème s'est également posé en droit européen dans le cadre des arrêts en constatation de manquement d'un Etat membre (articles 169 et s. du Traité de Rome). Afin d'éviter les arrêts à répétition rendus par la Cour de Justice, le Traité de Maastricht prévoit qu'"en cas de non-exécution volontaire par l'Etat membre de l'arrêt de la Cour constatant son manquement, il sera loisible à la Commission de saisir la Cour de Justice et de solliciter de cette juridiction une condamnation de l'Etat récalcitrant au paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte (art. 171 nouveau, traité CEE)", (O. LHOEST et P. NIHOUL, Le Traité de Maastricht : vers l'union européenne, *J.T.*, 1992, p. 788).

⁷ Voy. *infra* pour l'examen en détail des hypothèses dans lesquelles l'attitude de l'administration heurte l'autorité de la chose jugée des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat.

⁸ C.E., Van Vuchelen, n° 19.197, du 18 octobre 1978 ; Tibax, n° 20.599, du 30 septembre 1980 ; Pirson, n° 26.341 du 9 avril 1986, *Amén.*, 1988, p. 87.

⁹ P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 348.

¹⁰ A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, 1975, p. 17.

¹¹ Voir entre autres, les arrêts Van Lantschoot, n° 8.592, du 23 mai 1961 et n° 11.533, du 1er décembre 1965 ; Lallemand, n° 12.342 du 21 avril 1967 et n° 13.518, du 25 avril 1969.

¹² *Loc. cit.*, p. 13 et 14. Dans le même sens, voir G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1980, 8ème éd., p. 685.

¹³ Voy. J. RIVERO, «Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits», *Mélanges Dabin*, pp. 827 et s.

¹⁴ P. BON, «La loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière d'exécution administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique», *R.D.P.*, 1981, pp. 5 à 51 ; J. TERCINET, «Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles de l'administration», *A.J.D.A.*, 1981, pp. 3 à 13 ; J.P. COSTA, Une nouvelle section au Conseil d'Etat, la section du Rapport et des Etudes, *A.J.*, 1985, p. 265 ; C. DESBBACH et J.C. RICCI, «Contentieux administratif», *Précis Dalloz*, 1990, pp. 615 à 628.

¹⁵ Cass., ch. réunies, 23 mars 1984 et concl. du procureur général Krings, *Pas.*, 1984, I, 863 ; *R.W.*, 1984-1985, col. 15, accueillant le pourvoi dirigé contre C.E. Zoete, n° 22.446, du 8 juillet 1982, *R.W.*, 1982-1983, col. 1633. Voir toutefois sur la portée de cet arrêt C.E. Rammant, n° 25.491 du 18 juin 1985, *R.W.*, 1986-1987, p. 311 et C.E. De Leye, n° 23.572 du 13 octobre 1983, *T.B.P.*, 1984, 388.

¹⁶ Arrêt du 1er juillet 1988, *J.T.*, 1988, p. 603 ; *J.L.M.B.*, 1988, p. 1201 ; *R.W.*, 1988-1989, col. 145 ; *A.P.T.*, 1989/1, p. 51 avec concl. de l'av. gén. C. Wampach.

¹⁷ C.E., Servais, n° 27.479, du 28 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 327 ; *A.P.T.*, 1989/1, p. 47, avec avis J. Cl. Geus. Les articles 1385 bis à 1385 nonies du Code judiciaire ont été introduits par la loi du 31 janvier 1980 portant approbation de la Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte (*M.B.*, 20 février 1980).

Afin de clore cette longue controverse sur laquelle nous ne reviendrons pas ¹⁸, le législateur a décidé, il y a deux ans, d'instaurer lui-même la possibilité pour le Conseil d'Etat de prononcer une astreinte.

4. — Notre étude ¹⁹ se situe délibérément en aval du nouvel article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat que nous tenons pour acquis ; nous ne discuterons pas, dès lors, de la constitutionnalité d'une telle réforme — si ce n'est incidemment ²⁰

— dont il importe surtout d'examiner la portée pratique et l'impact sur le contentieux objectif. Après avoir brièvement défini l'astreinte, nous examinerons le régime général institué par l'article 36 précité à la lumière des premiers arrêts rendus par le Conseil d'Etat ²¹.

¹⁸ Voy. à ce propos, G.L. BALLON, «De Raad van State en de dwangsom», *R.W.*, 1988-1989, p. 153 ; B. HAUBERT et CH. PANIER, «L'astreinte et le contentieux de l'annulation devant le Conseil d'Etat», *J.M.L.B.*, 1988, pp. 1204 à 1211 ; A. VAN OEVELEN, «Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken?», *R.W.*, 1984-1985, col. 1414 ; M. STORME, «Zoute nootjes bij "oete" arresten», *R.W.*, 1984-1985, col. 1409 ; F. REMION, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 104.

¹⁹ Pour une étude générale de l'astreinte en droit administratif : D. DEOM, «Le recours à l'astreinte», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 457 à 477 ; P. LEWALLE, «L'astreinte et le droit administratif, Etat actuel du droit français», in *Dix ans d'application de l'astreinte*, Bruxelles, Créa-dif, 1990, pp. 123 à 139 ; D. LAGASSE, «L'astreinte et le droit administratif», in *Dix ans d'application de l'astreinte*, op. cit., pp. 81 à 119 ; X. DELGRANGE, «L'astreinte dans le contentieux administratif. Le nouvel article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat», *Rev. rég. dr.*, 1991, p. 11 à 23 ; P. NIHOUL, op. cit. ; E. BOIGELOT, op. cit. ; J. VAN COMPERNOLLE, «L'astreinte», *Rép. not.*, 1992., p. 43 à 45.

²⁰ Voy. à ce sujet B. BLERO, «Le droit objectif, les droits subjectifs et l'astreinte en droit belge», *A.P.T.*, 1991/2, p. 113 à 134.

²¹ Pour la bonne compréhension de la présente étude, il nous a paru utile de reproduire ci-dessous le texte de l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat : «§1er. Lorsque le rétablissement de la légalité signifie que l'annulation d'un acte juridique comme mentionné à l'article 14, doit être suivie d'une nouvelle décision des autorités ou d'un nouvel acte des autorités, la personne à la requête de laquelle l'annulation est prononcée, peut, si l'autorité ne remplit pas ses obligations, demander au Conseil d'Etat d'imposer une astreinte à l'autorité en question. Lorsqu'il ressort d'un arrêt en annulation une obligation d'abstention vis-à-vis de certaines décisions pour l'autorité administrative, la personne à la requête de laquelle l'annulation est prononcée peut demander au Conseil d'Etat d'ordonner à l'autorité sous peine d'une astreinte, de retirer les décisions qu'elle aurait prises en violation de l'obligation d'abstention découlant de l'arrêt d'annulation. Cette requête n'est recevable que si le requérant a enjoint à l'autorité, par une lettre recommandée à la poste, de prendre une nouvelle décision et qu'au moins trois mois se sont écoulés depuis la notification de l'arrêt en annulation. L'astreinte ne peut être encourue avant que l'arrêt qui la fixe ne soit notifié.

§2. Le Conseil peut fixer l'astreinte soit à un montant global soit à un montant par unité de temps ou par infraction. Dans les deux derniers cas, le Conseil peut également fixer un montant au-delà duquel aucune astreinte n'est encourue.

§3. La chambre qui a prononcé l'astreinte peut, à la requête de l'autorité condamnée, annuler l'astreinte, en suspendre l'exécution pendant un délai à fixer par elle ou diminuer l'astreinte en cas d'impossibilité permanente ou temporaire ou partielle pour l'autorité condamnée de satisfaire à la condamnation principale. Pour

Outre l'article 36 précité, le Conseil d'Etat peut également condamner l'administration à une astreinte, d'une part, à l'appui d'un arrêt de suspension (nouvel article 17 des lois coordonnées) et d'un arrêt ordonnant des mesures provisoires ²² et, d'autre part, pour assurer le dépôt du dossier administratif (nouvel article 21bis, §2, alinéa 3, des lois coordonnées) ; ces deux hypothèses particulières feront l'objet d'un chapitre distinct.

La notion d'astreinte.

5. — Des nombreuses définitions de l'astreinte ²³, il se dégage des éléments communs à savoir que l'astreinte qui consiste dans le paiement d'une somme d'argent est un moyen de contrainte réservé au juge, prononcé à la demande d'une partie et destiné à assurer le respect de la condamnation contenue dans une décision de justice par la personne à l'encontre de laquelle elle a été prononcée.

Elle se présente donc à la fois comme un moyen procédural visant à augmenter l'efficacité des décisions juridictionnelles ²⁴ et comme un remède à l'impossibilité d'obtenir l'exécution forcée directe des

autant que l'astreinte soit encourue avant cette impossibilité la chambre ne peut ni l'annuler ni la diminuer.

§4. Les dispositions de la cinquième partie du Code judiciaire qui ont trait à la saisie et à l'exécution, sont également applicables à l'exécution de l'arrêt imposant une astreinte. §5. L'astreinte visée au §1er est exécutée à la demande du requérant et à l'intervention du Ministre de l'intérieur. Elle est affectée à un fonds budgétaire au sens de la loi organique du 27 décembre 1990 créant des fonds budgétaires. Ce fonds est dénommé «Fonds de gestion des astreintes». Les moyens attribués à ce fonds sont utilisés pour la modernisation de l'organisation de la jurisprudence administrative et l'affectation de ces moyens fera l'objet d'un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres».

²² L'article 18 des lois coordonnées a été amendé en ce sens par la loi du 22 décembre 1992 (*Monit.*, 4 mars 1993).

²³ J. BORRE, *Astreintes*, n° 1, Encyclopédie Dalloz de droit privé ; J. MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1982, p. 11 à 92 ; M. STORME, «Les astreintes», dans *Les voies conservatoires et d'exécution - Bilan et perspectives*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1982, p. 200 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 1987, p. 77 ; I. MOREAU-MARGREVE, «Principes généraux», in *Dix ans d'application de l'astreinte*, op. cit., p. 25 ; J. VAN COMPERNOLLE, «L'astreinte», *Rép. Not.*, 1992, p. 28 à 31.

²⁴ Il en résulte que l'astreinte peut être prononcée en vue de la protection non seulement d'intérêts particuliers, mais également de l'intérêt général. Dans un arrêt récent, la Cour de Justice Benelux fait une application intéressante de cette fonction de l'astreinte à propos d'une mesure qui, bien que de caractère civil, relève de l'action publique, à savoir l'ordre de remise en état des lieux en matière d'urbanisme : «que l'astreinte n'est pas exclue lorsque la condamnation principale concerne l'intérêt général ; que l'exposé des motifs commun (de la loi uniforme relative à l'astreinte) souligne que l'introduction de l'astreinte est justifiée non seulement par l'intérêt du créancier mais également par l'intérêt qu'a la société à ce que l'injonction ou l'interdiction du juge soit observée ; qu'il serait, dès lors, difficilement justifiable de ne pouvoir ordonner l'astreinte au motif que celle-ci a pour but d'assurer l'exécution d'un ordre donné dans l'intérêt général» (arrêt du 6 février 1992, *Amén.*, 1992, p. 85, obs. M. Pâques ; *R.W.*, 1992, p. 1019 à 1027, concl. av. gén. Janssens de Bisthoven).

obligations de faire, de ne pas faire ou de donner dont l'exécution rapide et en nature est ainsi favorisée.

Il en résulte deux précisions importantes pour notre étude.

L'astreinte n'a en aucune façon une fonction indemnitaire en ce qu'elle n'a pas pour objet d'indemniser le créancier de l'astreinte, du préjudice qu'il subit en raison de l'inexécution ou de l'exécution tardive ou partielle de la chose jugée²⁵, préjudice pour lequel il lui est loisible de réclamer des dommages-intérêts.

Elle n'est pas non plus un procédé d'exécution forcée d'une décision juridictionnelle ; elle ne consiste en effet pas en une expropriation forcée des biens de la personne condamnée pas plus qu'elle ne frappe ses biens d'indisponibilité. Elle peut dès lors être prononcée à l'égard des personnes de droit public dont l'immunité d'exécution n'est pas de ce fait remise en cause²⁶.

CHAPITRE PREMIER – LES HYPOTHESES DE LA PRONONCIATION DE L'ASTREINTE

6. – Quels sont les cas dans lesquels le Conseil d'Etat peut recourir à ce moyen de contrainte ? Quel peut être le contenu d'un arrêt du Conseil d'Etat imposant une astreinte ? Quelles en sont les conséquences sur le fonctionnement du Conseil d'Etat ? Quelles sont enfin les compétences respectives du Conseil d'Etat et des juridictions de l'ordre judiciaire en matière de rétablissement de la légalité à la suite de l'entrée en vigueur du nouvel article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ? Telles sont les questions que nous nous proposons d'examiner ci-dessous après avoir au préalable rappelé quelle est la portée d'un arrêt d'annulation.

Il convient en effet d'observer que selon les termes de l'article 36 des lois coordonnées²⁷, la procédure d'astreinte ne concerne que les arrêts rendus par le Conseil d'Etat au contentieux de l'annulation des décisions de l'administration active. Elle ne s'applique donc ni au contentieux de cassation administrative,

ni au contentieux de l'indemnité, ni au contentieux de pleine juridiction²⁸.

Section première : Portée des arrêts d'annulation

7. – Sans revenir de manière exhaustive sur les effets d'un arrêt d'annulation prononcé au contentieux de l'excès de pouvoir, il importe d'évoquer brièvement ce qu'implique pour l'administration l'autorité de la chose jugée qui s'y attache. «L'autorité de chose jugée fait peser sur l'administration deux séries d'obligations. La première est négative. L'administration a l'obligation de ne rien faire qui puisse aller à l'encontre des décisions de justice et l'on sait que la violation de la chose jugée est assimilée par le juge à la violation de la loi. La seconde est positive et se traduit alors, non plus par une obligation de ne pas faire, mais par une obligation d'agir. C'est le devoir de prendre toutes les mesures d'exécution qu'implique la décision de justice»²⁹.

L'arrêt par lequel le Conseil d'Etat annule un acte administratif emporte certains effets directs : l'acte annulé disparaît *ipso facto* de l'ordonnancement juridique et ce, rétroactivement et *erga omnes* ; il est donc censé, pour tous, n'avoir jamais existé, l'arrêt d'annulation entraînant par lui-même le rétablissement de la situation juridique telle qu'elle existait immédiatement avant l'acte annulé.

Comme la section de législation du Conseil d'Etat l'a observé dans son avis sur le projet de loi devenu la loi du 17 octobre 1990 précitée, «le recours pour excès de pouvoir étant un recours objectif qui tend au rétablissement de la légalité violée et ne statuant pas sur des droits subjectifs du requérant, la simple mise à néant des effets juridiques de l'acte attaqué – en prononçant l'annulation de celui-ci – sera en règle générale suffisante pour réaliser le rétablissement de la légalité poursuivie par le requérant. Ce n'est que dans des cas plutôt exceptionnels qu'il résultera notamment du motif d'annulation qui aura été reconnu bien-fondé par l'arrêt que l'autorité qui n'a pas respecté ses obligations juridiques reste tenue à un rétablissement supplémentaire de la légalité»³⁰.

En raison du lien qui existe entre le dispositif et les motifs de l'arrêt d'annulation, l'administration doit donc dans certains cas procéder à une exécution de l'arrêt. C'est qu'en effet, l'autorité de la chose jugée d'un arrêt d'annulation n'est pas limitée à son seul dispositif, mais s'étend également à ses motifs

²⁵ Contra F. GLANSDORFF, «La légalisation de l'astreinte en droit belge : la loi du 31 janvier 1980 portant approbation de la Convention Benelux du 26 novembre 1973» *J.T.*, 1980, p. 312-313. L'article 1385bis du Code judiciaire prévoit expressément que l'astreinte peut être prononcée par le juge «le tout sans préjudice des dommages-intérêts».

²⁶ Autre chose est la question de l'utilité de l'astreinte prononcée à l'égard des pouvoirs publics, dont le produit ne peut en règle être obtenu par voie d'exécution forcée en cas de non paiement de l'astreinte par l'autorité condamnée. Voy. J. LINSMEAU, L'immunité d'exécution des pouvoirs publics, in *La responsabilité des pouvoirs publics*, ouvr. cit., p. 479 et s.

²⁷ Lequel se réfère à «l'annulation d'un acte juridique comme mentionné à l'article 14» et aux «autorités administratives»

²⁸ Dans ce dernier cas, le Conseil d'Etat pourrait cependant assortir son arrêt d'une astreinte par application de la loi uniforme Benelux sur l'astreinte. Voy. en ce sens D. LAGASSE, «L'astreinte...», *op. cit.*, n° 11.

²⁹ P. BON, *op. cit.*, p. 6.

³⁰ *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1989-1990, n° 984/1, p. 47.

déterminants³¹, lesquels indiquent le manquement à l'obligation d'abstention ou de prestation qui incombe à l'autorité qui a fait l'acte³².

Il faut en outre tenir compte de la nature de l'acte attaqué et de son objet, de ses éventuelles conséquences qu'il convient également d'effacer et enfin des particularités propres à l'ordonnancement juridique tel qu'il se présentait lorsque la décision annulée a été prise et tel qu'il a évolué ultérieurement.

8. Comme on le voit, le rétablissement de la légalité à la suite d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat peut revêtir de multiples formes et se heurter à de sérieuses difficultés qui sont fonction des circonstances concrètes de l'espèce. L'on distingue, classiquement, les hypothèses suivantes en ce qui concerne l'exécution d'un arrêt d'annulation³³ :

1° l'obligation pour l'autorité administrative de s'abstenir d'agir contre l'autorité de la chose jugée : elle découle de tout arrêt d'annulation. L'on vise par là la réfection dans les mêmes conditions d'une décision identique à celle qui a été annulée, l'adoption d'un règlement destiné à permettre la réfection de l'acte annulé ou encore la régularisation, par un acte différent, de la situation de fait résultant de la décision annulée ;

2° les cas de réfection impossible : ils ont pour origine la nature de l'acte annulé³⁴, l'illégalité de l'objet même de l'acte, la perte d'intérêt du requérant à l'exécution de l'arrêt³⁵ ou une modification de l'ordonnancement juridique³⁶ ;

3° les cas de réfection facultative : l'administration est libre de reprendre ou ne de pas reprendre un acte à la suite de l'arrêt d'annulation, lequel a généralement pour objet, dans cette hypothèse, une dé-

cision, positive ou négative, prise d'initiative par l'autorité³⁷ ;

4° les cas de réfection obligatoire : après un arrêt d'annulation, l'administration est parfois tenue d'agir à nouveau pour se conformer à la chose jugée, soit qu'elle ait le choix entre plusieurs décisions légalement admissibles, soit qu'elle ne dispose plus d'un pouvoir d'appréciation, sa compétence étant totalement liée par les motifs de l'arrêt d'annulation. Cette obligation d'agir dans un sens déterminé ou indéterminé fait suite le plus souvent à l'annulation de décisions de refus prises par l'administration sur demande ou sur recours d'un administré ; l'administration demeure en effet saisie de la demande ou du recours et est tenue de statuer à nouveau sans même qu'il soit nécessaire d'introduire une nouvelle demande ou un nouveau recours³⁸.

Section II. — Hypothèses de la prononciation d'une astreinte par le Conseil d'Etat

9. — L'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat lui donne le pouvoir de prononcer une astreinte dans deux hypothèses, à savoir «lorsque le rétablissement de la légalité signifie que l'annulation d'un acte juridique comme mentionné à l'article 14, doit être suivie d'une nouvelle décision des autorités ou d'un nouvel acte des autorités» et «lorsqu'il ressort d'un arrêt en annulation une obligation d'abstention vis-à-vis de certaines décisions pour l'autorité administrative».

10. — Ne peuvent dès lors donner lieu à la prononciation d'une astreinte par le Conseil d'Etat, les cas dans lesquels l'exécution de l'arrêt d'annulation, sous la forme d'un rétablissement de la légalité, s'avère impossible. Cette exclusion que l'on retrouve devant les cours et tribunaux résulte en réalité de la notion même d'astreinte qui, comme on l'a vu, consiste pour l'essentiel en un moyen de contrainte en vue de faire exécuter les décisions juridictionnelles³⁹. Par contre, ce motif a été retenu par le législateur à l'article 36, §2 précité pour fonder devant le Conseil d'Etat une demande d'annulation ou de suspension de l'astreinte, une fois celle-ci encourue, à l'instar de ce qui est prévu devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

³¹ Les Nouvelles, *Le Conseil d'Etat*, p. 621 à 627, n° 1809 à 1835 ; M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruylant, 1989, T.I, p. 603 à 612 ; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruylant, 1987, p. 309-310. Voy. également P. MAHAUX, «La chose jugée et le Code judiciaire», *J.T.*, 1971, p. 581-594 ; J. VAN COMPERNOLLE, «Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile», note sous Cass., 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, p. 241 à 272.

³² C.E., Van Lantschoot, n° 11.533, du 1er décembre 1965 ; Bravers, n° 23.712, du 24 novembre 1983.

³³ M.A. FLAMME, *op. cit.*, p. 605-606 ; J. SALMON, *op. cit.*, p. 319 à 330 ; D. LAGASSE, «Responsabilité de l'administration...», *op. cit.*, p. 198 à 208.

³⁴ Ainsi en va-t-il des actes dits «instantanés» qui épuisent immédiatement leurs effets lors de leur adoption ou peu après (manifestation, bal, concert...).

³⁵ Tel sera le cas, lorsque s'agissant d'agents de la fonction publique, la reconstitution de leur carrière sur le plan administratif sera rendue impossible par le fait de leur admission à la pension.

³⁶ Ainsi, lorsque l'autorité dont la décision a été annulée est devenue incompétente à la suite d'une modification de la loi (C.E., arrêt Mathieu n° 4.132, du 27 mai 1955 ; Ghyoat, n° 11.238, du 14 mai 1965) ou lorsque le pouvoir d'accomplir l'acte annulé n'a plus de base légale (C.E., Devos, n° 11.151, du 31 mars 1965).

³⁷ Comme les nominations ou promotions, l'intervention d'une autorité de tutelle ou les sanctions disciplinaires.

³⁸ C.E., Libert et Malèze, n° 24.268 du 13 avril 1984 ; C.E., Degrevé et Dumont, n° 37.677, du 21 septembre 1991, *Amén.*, 1992/1, p. 34, obs. Ph. LEVERT.

³⁹ I. MOREAU-MARGREVE, «L'astreinte», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1982, p. 7 ; J. VAN COMPERNOLLE, «L'astreinte», *op. cit.*, p. 49 à 52 ; Comm. Anvers, 26 septembre 1986, *J.T.*, 1986, p. 672 ; Bruxelles, 20 juillet 1988, inédit.

Sont également exclus les cas de réfection facultative, dans lesquels l'autorité administrative n'est pas tenue de prendre un nouvel acte pour exécuter l'arrêt d'annulation. Le Conseil d'Etat s'immiscerait dans les attributions de l'administration, plus particulièrement dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, en la contraignant à agir alors qu'elle n'en a nullement l'obligation.

De telles hypothèses se rencontrent généralement dans le domaine de la fonction publique à la suite de l'*annulation de nominations ou de promotions*. A trois reprises ⁴⁰, le Conseil d'Etat a rejeté une demande d'astreinte tendant à imposer à l'autorité de recommencer la procédure de promotion annulée, qui plus est, au stade où le vice de légalité avait été constaté par le Conseil d'Etat dans l'arrêt annulant ladite promotion. La Haute juridiction administrative a en effet jugé qu'«une autorité administrative n'est, sauf cas particuliers étrangers à l'espèce, tels que ceux de carrières planes, jamais tenue de donner suite à une procédure de promotion entamée, ni de pourvoir à tous les emplois vacants au cadre» et qu'«en règle générale, le pouvoir d'entamer une procédure de promotion et de la mener à son terme relève de la compétence discrétionnaire de l'autorité administrative» ou encore que «la nouvelle décision à prendre par l'autorité n'est pas nécessairement celle de nommer». Il s'en déduit que lorsqu'usant de ce pouvoir, l'autorité procède à une nomination ou à une promotion ensuite annulée par le Conseil d'Etat en raison de son illégalité, le rétablissement de la légalité n'implique en principe pas que l'acte attaqué soit remplacé ; en pareille hypothèse, l'arrêt d'annulation suffit à rétablir la légalité, l'agent promu ou nommé étant en effet censé ne l'avoir jamais été. L'administration a le choix «soit de reprendre la procédure en cours à l'endroit où se situait le vice constaté par le Conseil d'Etat, soit de recommencer la procédure dès le début, soit encore de renoncer à la nomination» ⁴¹.

Des cas similaires peuvent se présenter en matière de marchés publics. A la suite de l'annulation de la désignation d'un adjudicataire ou d'un soumissionnaire, l'autorité administrative, maître de l'ouvrage, n'est pas tenue de réattribuer le marché ; elle peut «soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure au besoin suivant un autre mode» ⁴².

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de l'exclusion de la prononciation d'une astreinte dans les

cas de réfection facultative. Si l'autorité n'est pas tenue par une obligation d'agir, l'arrêt d'annulation n'impliquant pas de rétablissement supplémentaire de la légalité, il reste que l'acte qu'elle accomplit éventuellement doit respecter l'autorité de la chose jugée de l'arrêt d'annulation. A défaut, l'autorité violerait l'obligation de s'abstenir de tout acte inconciliable avec le dispositif et les motifs déterminants de l'arrêt d'annulation ; or, comme nous le verrons ci-après, une telle hypothèse rentre précisément dans le champ d'application du nouvel article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Dans l'arrêt Vanrie précité, le Conseil d'Etat a ainsi pris soin de préciser que si l'autorité qui avait procédé à la nomination annulée avait le choix d'entamer ou non une nouvelle procédure de nomination, elle avait, en décidant «de recommencer la procédure (*ab initio*), exécuté l'arrêt (d'annulation) selon l'une des possibilités qui s'offraient à elle».

Dans de tels cas, le Conseil d'Etat ne peut déclarer une demande d'astreinte non fondée que s'il constate, d'une part, que l'arrêt d'annulation n'entraîne pas une obligation d'agir dans le chef de l'autorité ⁴³ et, d'autre part, que l'acte accompli est conforme à la chose jugée.

11. — La faculté de requérir une astreinte devant le Conseil d'Etat est prévue, aux termes de l'article 36, §1er, précité, dans les cas où il résulterait d'un arrêt d'annulation une *obligation de s'abstenir* dans le chef de l'autorité concernée.

Quoique cette hypothèse soit la plus fréquente, elle n'avait pas été retenue initialement par l'auteur du projet de loi devenu la loi du 17 octobre 1990 qui l'introduisit à la suite d'une suggestion de la section de législation du Conseil d'Etat ⁴⁴.

A première vue, l'obligation pour l'autorité de s'abstenir d'agir contre l'autorité de la chose jugée ne semble guère poser de problème. Le nombre d'arrêts du Conseil d'Etat soulevant d'office l'exception tirée de la violation de l'autorité de la chose jugée ou faisant droit à un moyen libellé en ce sens démontre cependant le contraire ⁴⁵. Il faut évidemment tenir compte de la mauvaise volonté de l'administra-

⁴⁰ C.E., De Caster, n° 38.295, du 10 décembre 1991, *A.P.M.*, 1992, p. 5, note ; C.E., Mordant, n° 38.510, du 17 janvier 1992 ; C.E., Vanrie, n° 39.057, du 25 mars 1992, *J.T.*, 1992, p. 542.

⁴¹ Arrêt Vanrie précité. Jurisprudence constante ces dernières années : voy. p. ex. C.E., Fabry, n° 38.709, du 10 février 1992 ; Fonsny, n° 37.111, du 29 mai 1991.

⁴² Loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, article 15, §1er.

⁴³ Dans le cas d'espèce qui a donné lieu à l'arrêt Mordant, n° 38.510, du 17 janvier 1992, l'autorité n'avait pas repris la procédure de nomination aux emplois de direction de la RTBF après l'annulation d'une promotion au grade de directeur régional (arrêt Mordant, n° 34.318, du 12 mars 1990). En l'absence de réfection de l'acte, la 6ème chambre saisie d'une demande d'astreinte de M. Mordant a pu se contenter d'indiquer que «l'arrêt n° 34.318, du 12 mars 1990, en annulant une nomination pour défaut de comparaison des titres et mérites des candidats en présence, n'a pas eu pour conséquence qu'une nomination serait devenue obligatoire».

⁴⁴ Avis du 20 avril 1990, *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1989-1990, n° 984/1, p. 47-48.

⁴⁵ Voy. not. Tables permanentes du recueil des arrêts du Conseil d'Etat, V° Autorité de la chose jugée.

tion de s'incliner devant l'annulation d'actes ou de décisions qui, sur le pur plan de l'opportunité, lui paraissent les plus adéquats ⁴⁶. Il ne faut pas non plus négliger la complexité de certaines situations de même que les difficultés d'interprétation que posent certains arrêts ⁴⁷; la faculté de demander qu'une astreinte soit imposée constitue sans nul doute un incitant à rédiger avec une précision encore plus grande les motifs déterminants d'un arrêt d'annulation. L'intervention d'une instance de conciliation, comme la section du rapport et des études du Conseil d'Etat de France, à laquelle peut s'adresser tout administré ou toute administration en proie aux difficultés d'exécution d'un arrêt d'annulation, apparaît, à cet égard, comme une solution originale et convaincante ⁴⁸.

Dans un arrêt Valckenaers, n° 39.038, du 20 mars 1992, le Conseil d'Etat a imposé «à la Communauté flamande une astreinte de 100.000 F. par jour de non exécution de l'arrêt prononcé à partir de la notification de cet arrêt» (traduction). En l'espèce, le Conseil d'Etat avait d'abord suspendu, ensuite annulé la promotion de cinq fonctionnaires au grade de directeur général au sein du Ministère de la Communauté flamande ⁴⁹. Dans l'intervalle qui séparait l'arrêt d'annulation de l'arrêt de suspension, l'Exécutif flamand avait confié à ces cinq fonctionnaires l'exercice des fonctions supérieures de directeur général pour une période de six mois, décision contre laquelle le requérant introduisit un recours en annulation et une demande de suspension assortie d'une demande d'astreinte. S'il est vrai que l'astreinte a été prononcée à l'appui d'un arrêt de suspension, tant le sursis à exécution que l'astreinte ont été ordonnés par le Conseil d'Etat à l'égard d'une décision prise en violation de l'obligation de s'abstenir résultant d'un arrêt d'annulation ⁵⁰.

⁴⁶ Sans perdre de vue l'interprétation large qu'il faut réserver à la notion d'obligation d'abstention, qui ne vise pas seulement la réfection de l'acte en tous points identiques à celui qui a été annulé : cfr *supra*, n° 8.

⁴⁷ F.M. REMION, *Le Conseil d'Etat, ses compétences, son avenir*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 98 à 101; D. LAGASSE, «L'astreinte...», *op.cit.*; J. Tercinet, *op. cit.*, p.4.

⁴⁸ P. LEWALLE, «L'astreinte et le droit administratif. Etat actuel du droit français», *op. cit.*, p. 127 et 129; F.M. REMION, *op. cit.*, p. 100; G. BRAIBANT, «L'exécution des décisions du juge administratif», *A.P.T.*, 1987, p. 136 à 141.

⁴⁹ Arrêts Valckenaers, n° 38.101, du 13 novembre 1991 et 38.868, du 27 février 1992.

⁵⁰ Le Conseil d'Etat relève à cet égard ce qui suit : «Dat aldus onomstootbaar blijkt dat reeds van bij de aanvang van de procedure tot toekenning van de hogere functies vaststond dat deze hogere functies zouden toegekend worden precies aan die ambtenaren wier bevordering tot directeur-generaal door de Raad van State geschorst was; dat bijgevolg niet ernstig kan betwist worden dat de toekenning van hogere functies aan de ambtenaren wier bevordering geschorst was, er essentieel toe strekt de schorsing van de bevorderingsbesluiten ongedaan te maken en niet, om in het algemeen belang, de continuïteit van de openbare dienst te garanderen; dat derhalve het door verzoeker aangevoerde mid-

12. — La faculté de demander au Conseil d'Etat d'imposer une astreinte est également instaurée lorsque «l'annulation (...) doit être suivie d'une nouvelle décision des autorités ou d'un nouvel acte des autorités».

Cette hypothèse vise des cas, comme on l'a vu, plutôt limités dans lesquels un arrêt d'annulation établit dans le chef de l'autorité administrative concernée l'obligation juridique de prendre une nouvelle décision, que sa compétence soit liée ou non. Il appartient dans ce cas à l'administration d'agir conformément à la chose jugée, soit que celle-ci lui laisse le choix des décisions à prendre sans pour autant violer l'obligation d'abstention qui résulte de tout arrêt d'annulation, soit que l'arrêt d'annulation ne peut être exécuté que dans un sens bien déterminé compte tenu de la précision des motifs d'annulation.

Pour l'administration, l'obligation d'agir résultant d'un arrêt d'annulation n'est pas nécessairement plus évidente à cerner que l'obligation de s'abstenir et ce, pour les mêmes raisons que celles évoquées plus haut. Les difficultés d'interprétation d'une telle obligation prennent en outre un tour particulier, d'une part, en raison de ce que dans nombre de cas, l'autorité a une compétence discrétionnaire pour tirer les conséquences de l'arrêt et, d'autre part, en l'absence d'un pouvoir de substitution ou, à tout le moins, d'un pouvoir d'injonction dans le chef du Conseil d'Etat au stade de l'arrêt d'annulation.

Comme nous le verrons ci-après, la possibilité de requérir une astreinte ne confère en effet pas au Conseil d'Etat le pouvoir d'adresser dans l'arrêt d'annulation des injonctions concrètes à l'administration concernée. Le Conseil d'Etat ne peut exercer une telle prérogative que lorsqu'il condamne l'administration à une astreinte, c'est-à-dire, paradoxalement, lorsqu'il est d'ores et déjà démontré qu'elle n'exécute pas l'arrêt d'annulation.

L'absence de tels pouvoirs n'interdit toutefois pas au Conseil d'Etat d'indiquer, dans l'arrêt d'annulation, les mesures concrètes qu'impose son exécution ⁵¹, l'introduction de l'astreinte constituant un incitant en ce sens comme nous l'avons déjà dit.

del, ontleend aan de miskennen van het gezag van gewijsde van het schorsingsarrest, als een ernstig middel moet beschouwd worden; ...» «Overwegende dat de Vlaamse Executieve door precies die vijf ambtenaren wier benoeming tot directeur-generaal door de Raad van State geschorst was, met ingang van 18 november 1991, zijnde de «datum waarop de schorsing ... logischerwijze moest ingaan», met de hogere functie van directeur-generaal te belasten, gehandend heeft met miskennen van het gezag van gewijsde van het schorsingsarrest en bijgevolg getuigd heeft van onwil om zich bij een arrest van Raad van State neer te leggen; dat er grond is om de gevraagde dwangsom op te leggen teneinde te vermijden dat dezelfde onwil ook ten opzichte van onderhavig arrest zou worden betoond».

⁵¹ C.E., Van Lantschoot, n° 11.533, du 1er décembre 1965; Tibax, n° 20.599, du 30 septembre 1980; Smenens, n° 22.374, du 22 juin 1982; Heymaels, n° 25.424, du 31 mai 1985.

13. — L'astreinte nous paraît en principe ⁵² pouvoir être encourue par l'administration pour les manquements suivants à l'obligation d'agir :

1° *Lorsqu'elle ne prend pas de décision* : le refus d'agir peut être exprès et recouvrir la forme d'une décision explicite de rejet de la demande d'exécution de l'arrêt ; il peut aussi être implicite à la suite de l'absence de réponse de l'administration dans le mois de la mise en demeure du requérant adressée après un délai de trois mois à compter de la notification de l'arrêt ⁵³ .

Le seul arrêt à ce jour par lequel le Conseil d'Etat a prononcé une astreinte au contentieux de l'annulation l'a été dans une telle hypothèse.

Par un arrêt Lavent, n° 38.802, du 20 février 1992, le Conseil d'Etat a, en effet, imposé une astreinte de 25.000 F. par jour à la députation permanente du Conseil provincial de la Flandre orientale qui, à la suite de trois arrêts d'annulation, demeurait en défaut de statuer sur le recours introduit par M. Lavent contre la décision du collège des bourgmestre et échevins lui refusant le permis d'exploiter, en zone agricole, cinq porcheries destinées à abriter au total 500 sujets. Il faut savoir qu'en l'espèce, le refus du permis d'exploiter datait du 7 août 1973 et que par trois fois, les 23 novembre 1973, 3 juin 1977 et 14 décembre 1984, la députation permanente avait rejeté le recours de M. Lavent contre ce refus, décision annulée à chaque reprise par le Conseil d'Etat ⁵⁴ . A la suite du dernier arrêt d'annulation notifié le 28 juin 1989, il fût décidé de recommencer l'enquête *de commodo et incommodo* qui fut terminée le 13 février 1990. Ne voyant plus rien venir, M. Lavent mit, le 5 juin 1991, le gouverneur en demeure de prendre une décision et introduisit, le 28 octobre 1991, sa demande d'astreinte devant le Conseil d'Etat.

La 7ème chambre constata que «lorsque la députation permanente redevint compétente, le 1er septembre 1991 ⁵⁵ , la mise ne demeure en cours lui échut par là même de plein droit ; qu'elle aurait dû, dès lors, réclamer sans délai le dossier du requérant et statuer sur sa demande ⁵⁶ ; qu'elle demeure en

défaut ; qu'il se justifie de lui imposer l'astreinte demandée».

Lui signifiant ainsi son obligation de se prononcer sur le recours du requérant, le Conseil d'Etat examine ensuite si «le rétablissement de la légalité à effectuer n'implique pas l'obligation d'accueillir nécessairement la demande» en passant en revue les motifs déterminants des trois arrêts d'annulation : «Il n'est pas permis de supposer qu'après avoir examiné jusqu'à cinq fois la demande du requérant, à savoir une fois en premier ressort et quatre fois en appel, des aspects essentiels de la demande auraient pu échapper encore à la vigilance des autorités ayant compétence d'avis et de celles qui délivrent l'autorisation ; que, s'il y a lieu, toutefois, d'adapter la demande du requérant, par exemple en raison des modifications apportées à cette réglementation depuis 1973, l'administration doit y aider le requérant au lieu de l'éconduire ; que l'arrêt n° 32.698 a déjà montré la voie à suivre ; qu'il incombe à la (députation permanente) de faire le nécessaire pour compléter ou corriger, s'il y a lieu, la demande d'exploitation, en accord avec Astère Lavent» ⁵⁷ .

2° *Lorsqu'elle exécute mal ou incomplètement l'arrêt d'annulation* : la détermination de tels manquements, lors de l'examen de la demande d'astreinte, ne pose guère de difficultés lorsque l'arrêt d'annulation a tracé avec précision les limites du pouvoir d'appréciation dont dispose encore l'autorité administrative, ce qui est notamment le cas lorsque l'administration n'a plus le choix de la décision à prendre et qu'elle ne peut plus que faire droit à la demande du requérant. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque l'administration est saisie d'une demande de permis de démolir un immeuble introduite à la suite d'une décision judiciaire ordonnant la démolition de cet immeuble : «son pouvoir d'appréciation, sans disparaître, se trouve en principe restreint dans ces circonstances aux modalités de la démolition ; (elle) ne pourrait s'opposer que dans l'hypothèse exceptionnelle où celle-ci serait contraire à des nécessités de l'aménagement du territoire dont il serait établi que le juge n'a pas pu y avoir égard» ⁵⁸ . En refusant à nouveau de délivrer le permis de démolir au terme d'une motivation qui «atteste la volonté du roi de s'opposer par principe à la démolition de l'immeuble

⁵² C'est-à-dire sous réserve de l'existence éventuelle d'un pouvoir d'appréciation du Conseil d'Etat dans l'examen d'une demande d'astreinte ; cf *infra*.

⁵³ Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, article 36, §1er, alinéa 2 ; arrêté royal du 2 avril 1991 précité, article 2 (cf. *infra*).

⁵⁴ Arrêts Lavent, n° 17.762, du 9 août 1976, n° 21.192 du 21 mai 1981 et n° 32.698 du 1er juin 1989.

⁵⁵ En raison d'un arrêté de l'Exécutif flamand du 21 mars 1990 qui cessa de produire ses effets le 1er septembre 1991, le ministre flamand de l'environnement était compétent pour statuer sur les recours relatifs à des porcheries de plus de deux cents animaux, devenues des établissements de classe 1.

⁵⁶ Conformément à une jurisprudence constante, l'autorité de recours dont la décision de rejet est annulée par le Conseil d'Etat reste saisie du recours sans qu'il soit besoin de le réintroduire.

⁵⁷ Dans un considérant surabondant, le Conseil d'Etat ajoute : «Considérant qu'en outre, il y a lieu de rappeler à la première partie défenderesse l'existence de l'article 1er du protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, aux termes duquel elle ne peut réglementer l'usage des biens qu'en vue de l'intérêt général ; que la même partie défenderesse devrait se poser la question de savoir, à la lumière de cette disposition de la Convention, si pendant près de 20 ans, par ses interventions illicites, elle n'a pas empêché le requérant d'exercer son droit de propriété».

⁵⁸ C.E., Pirson, n° 26.341, du 9 avril 1986, *Amén.*, 1986, p. 87-97, rapport J. HOFFLER et obs. F. HAUMONT.

litigieux», «le Roi a excédé les limites du son pouvoir d'appréciation» délimité par l'arrêt d'annulation⁵⁹ ; depuis le 13 novembre 1990, ce second refus aurait également pu déboucher sur une demande d'astreinte.

Par contre, dans les cas où la compétence de l'administration n'est pas liée, la conformité à la chose jugée des décisions prises s'appréciera, non pas tant par rapport à l'obligation d'agir qui en découle, mais plutôt par rapport à l'obligation de s'abstenir⁶⁰.

3° *Lorsqu'elle exécute tardivement l'arrêt d'annulation*: dans ce cas, l'administration ne manifeste pas d'opposition à l'exécution de l'arrêt mais n'agit pas avec diligence. Il résulte de la combinaison de l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et de l'article 2 de l'arrêté royal du 2 avril 1991 que l'absence d'empressement de l'administration doit désormais être appréciée par rapport au délai de trois mois qui court à partir de la notification de l'arrêt et à l'expiration duquel le requérant peut mettre en demeure l'administration de se conformer à la chose jugée, préalable légalement requis à l'introduction d'une demande d'astreinte.

Section III. – Contenu d'un arrêt prononçant une astreinte

14. – Après avoir cerné les cas dans lesquels est instaurée la faculté de requérir du Conseil d'Etat une astreinte, il convient de déterminer le contenu d'un arrêt du Conseil d'Etat imposant une astreinte. Outre la condamnation à l'astreinte, c'est-à-dire au paiement d'une somme d'argent, et la fixation de ses modalités, le Conseil d'Etat peut-il prononcer d'autres mesures ?

Pour d'aucuns, le Conseil d'Etat doit se limiter à l'imposition de la seule astreinte sans pouvoir indiquer, dans son arrêt, les mesures qu'appelle le rétablissement de la légalité, s'il échec.

Trois arguments nous paraissent pouvoir contrer une telle opinion.

Il faut tout d'abord avoir égard à la nature même de l'astreinte qui «est toujours l'accessoire d'une dé-

cision principale»⁶¹ ; le recours à un tel procédé ne peut être envisagé qu'à titre de complément d'une condamnation principale. «L'existence d'une condamnation dite principale est une condition nécessaire pour prononcer une astreinte, celle-ci constituant un moyen de coercition imposé par le juge à la partie condamnée pour l'inciter à exécuter cette condamnation»⁶². Il en résulte que dans l'arrêt imposant une astreinte, le Conseil d'Etat doit à tout le moins indiquer quelle est la «condamnation principale» à l'appui de laquelle il recourt à ce moyen de coercition. Or, qu'est-ce que cette «condamnation principale», sinon celle qui résulte de l'arrêt d'annulation, c'est-à-dire de son dispositif et de ses motifs déterminants, dont l'autorité de chose jugée a été violée.

L'arrêt du Conseil d'Etat prononçant une astreinte à charge d'une administration doit donc rappeler l'obligation de s'abstenir ou d'agir qui découlait déjà de l'arrêt d'annulation, en la précisant s'il échec, et déterminer en quoi l'autorité a failli à cette obligation et quelles sont les mesures à prendre par celle-ci pour se conformer à cette obligation, c'est-à-dire les mesures de rétablissement de la légalité. En réalité, il ne s'agit ni plus ni moins que de répondre à l'obligation de motiver qui, en vertu de l'article 97 de la Constitution, pèse sur toute décision juridictionnelle.

Ensuite, et dans le même ordre d'idées, toute norme doit être interprétée dans un sens logique et qui lui donne un effet utile. Conférer au Conseil d'Etat le pouvoir de recourir à ce moyen comminatoire implique nécessairement le pouvoir de prononcer la condamnation principale dont le respect est assuré par ce procédé coercitif, c'est-à-dire «l'injonction donnée par le juge à l'autre partie de faire, de ne pas faire ou de donner»⁶³. Raisonner autrement revient à accorder au créancier de l'astreinte une rente ininterrompue, le débiteur ne connaissant pas les mesures à prendre pour ne pas l'encourir ou pour y mettre fin. Obtenir la condamnation à une astreinte n'est pas le but recherché en soi ; il s'agit, par l'astreinte, de contraindre le justiciable à respecter la condamnation lui adressée par le juge.

Enfin, l'article 36 lui-même des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne confie pas cette juridiction à la seule prononciation de l'astreinte. Cette dispo-

⁵⁹ C.E., Pirson, n° 36.336, du 1er février 1991, *J.L.M.B.*, p. 1350, obs. J.F. NEURAY.

⁶⁰ En l'absence de compétence liée de l'autorité pour exécuter un arrêt d'annulation, la question n'est pas tant de savoir si la décision prise pour rétablir la légalité est contraire à l'obligation d'agir, laquelle ne doit pas être accomplie dans un sens déterminé. Il importe plutôt d'examiner si l'autorité n'a pas excédé la latitude d'exécution que lui laissait l'arrêt d'annulation. Dans l'arrêt Vanrie déjà cité, le Conseil d'Etat a ainsi constaté que «la partie adverse a exécuté l'arrêt (d'annulation) selon l'une des possibilités qui s'offraient à elle ; que, dès lors, la demande d'astreinte n'est pas fondée». De même, dans l'arrêt De Caster (n° 38.295, du 10 décembre 1991, déjà cité), le Conseil d'Etat a rejeté la demande d'astreinte tendant à obtenir, en exécution d'un arrêt d'annulation, une nomination au motif que «la nouvelle décision à prendre par l'autorité n'était pas nécessairement celle de nommer le requérant».

⁶¹ Avis du Conseil d'Etat L. 16.054/1 du 31 octobre 1984 (*Doc. parl.*, Chambre, s.o. 1984-1985, n° 733/2) ; J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 29-30 et 39 : «Le caractère comminatoire et punitif de l'astreinte implique que celle-ci ne puisse être encourue qu'en cas d'inexécution de l'injonction (judiciaire) constitutive de la condamnation principale» (n° 88, p. 63).

⁶² C.J. Benelux, 1er juillet 1988, *J.T.*, 1988, p. 603 ; *J.L.M.B.*, 1988, p. 1201, obs. B. Haubert et Chr. Panier ; *R.W.* 1988-1989, p. 145, note G.L. Ballon ; *A.P.T.*, 1989/1, p. 51, concl. av. gén. C. Wampach.

⁶³ C.J. Benelux, 1er juillet 1988, précité.

sition permet en effet au requérant de «demander au Conseil d'Etat d'ordonner à l'autorité, sous peine d'une astreinte, de retirer les décisions qu'elle aurait prises en violation de l'obligation de s'abstenir découlant de l'arrêt d'annulation». De même, lors des débats parlementaires, le ministre de l'Intérieur a affirmé sans soulever d'objections que «l'introduction de l'astreinte implique que, dans l'arrêt prononçant l'astreinte, le Conseil d'Etat devra indiquer clairement quelles en sont les conséquences concrètes, ce qui, à l'heure actuelle, pose parfois des problèmes»⁶⁴.

En conclusion, il nous paraît que «le procédé de l'astreinte est lié à un pouvoir d'injonction»⁶⁵. La loi du 17 octobre 1990 met fin à «l'imperium étouffé» du Conseil d'Etat en lui reconnaissant le pouvoir d'ordonner des obligations positives et négatives. Encore ne faut-il pas se méprendre sur le sens de cette conclusion.

15. — Le législateur ne permet en effet au Conseil d'Etat d'exercer cette prérogative qu'après avoir constaté, à la demande du requérant, l'inexécution de l'arrêt d'annulation. Autrement dit, le Conseil d'Etat ne se voit pas conférer un tel pouvoir d'injonction dès l'arrêt d'annulation, mais seulement lorsque la violation de l'autorité de la chose jugée est consommée⁶⁶; alors, il peut ordonner le rétablissement de la légalité. Comme l'écrit E. Baraduc-Berrebent, «On a déjà relevé que le législateur n'avait pas voulu remettre en cause l'interdiction que s'impose le juge administratif de prononcer des injonctions à l'encontre de l'administration active. Cette «autolimitation» cède cependant lorsqu'il s'agit d'assurer le respect de l'autorité de la chose jugée. On ne saurait dès lors s'étonner que l'astreinte ne puisse

assortir la condamnation que prononce le juge à l'encontre de l'administration (puisque cette condamnation ne peut constituer une injonction) mais vienne sanctionner la méconnaissance par l'administration de l'obligation d'assurer le respect de la chose jugée. L'injonction qui sert de base à la prononciation de l'astreinte ne fait donc que se déplacer : l'obligation de faire qui incombe à l'administration ne résulte pas de l'ordre que lui adresserait directement le juge, mais naît de l'obligation qui lui est faite de respecter l'autorité de la chose jugée»⁶⁷.

16. — Quelles sont les mesures de rétablissement de la légalité qui pourront être ordonnées, sous astreinte, par le Conseil d'Etat?

A. En cas de violation de l'obligation de s'abstenir, le Conseil d'Etat peut, aux termes de l'article 36 précité, «ordonner à l'autorité, sous peine d'une astreinte, de retirer les décisions prises». Le législateur crée ainsi une nouvelle hypothèse de retrait sur laquelle nous reviendrons⁶⁸.

Faut-il exclure de l'éventuel ordre de retrait les actes matériels ou les actes préparatoires contraires à l'arrêt d'annulation? Un parallèle doit, à notre sens, être fait avec la notion d'acte susceptible de recours. Si l'acte matériel ou préparatoire échappe à la compétence d'annulation de la section d'administration du Conseil d'Etat, on voit mal comment le retrait d'un tel acte pourrait être ordonné par cette juridiction. Raisonner autrement impliquerait une extension des compétences du Conseil d'Etat à ces actes qui ont toujours échappé à sa censure. Rien dans les travaux préparatoires ne permet à cet égard d'induire un transfert des compétences du juge judiciaire au profit de la haute juridiction administrative⁶⁹.

B. En cas de violation de l'obligation d'agir, le Conseil d'Etat peut, «si l'autorité ne remplit pas ses obligations (...), imposer une astreinte à l'autorité en question» les obligations en cause consistant, selon l'article 36 précité, à ce que pour rétablir la légalité, «l'annulation d'un acte juridique comme mentionné à l'article 14 doit être suivie d'une nouvelle décision des autorités ou d'un nouvel acte des autorités».

Il s'ensuit que, si l'autorité n'a pas agi, n'agit pas avec diligence ou agit partiellement pour donner suite à un arrêt d'annulation, le Conseil d'Etat a la possibilité de lui enjoindre d'agir, éventuellement dans un sens déterminé si l'autorité ne conserve plus de

⁶⁴ Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1989-1990, n° 984/2, p. 3. Il a en outre été affirmé à plusieurs reprises que l'introduction de l'astreinte devant le Conseil d'Etat répondait à un souci d'augmenter «l'efficacité d'un recours devant le Conseil d'Etat qui est de plus en plus compromise par le fait qu'un bon nombre d'arrêts ne sont pas exécutés par les autorités» (*Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1989-1990, n° 984/1, p. 8 et 9; rapport du Sénat précité, p. 17; rapport, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1989-1990, n° 1269/2, p. 10 et 11). La simple répétition dans un nouvel arrêt d'annulation de la condamnation principale déjà contenue dans le premier arrêt d'annulation ne permet pas de dépasser les difficultés actuelles d'exécution d'un arrêt; or, tels sont l'objectif et la volonté réaffirmés du législateur par l'introduction de l'astreinte devant le Conseil d'Etat.

⁶⁵ P. LEWALLE, «L'astreinte et le droit administratif. Etat actuel du droit français», *op. cit.*, p. 127 et réf. cit.; D. DEOM, *op. cit.*, p. 466: «Le législateur reconnaît ainsi que, malgré leur caractère objectif, les arrêts d'annulation du Conseil d'Etat peuvent comporter des injonctions implicites ou du moins faire naître des obligations dans le chef des autorités administratives».

⁶⁶ C'est une raison supplémentaire pour soutenir qu'en instaurant la faculté pour le Conseil d'Etat de condamner l'autorité récalcitrante à une astreinte, le législateur lui a en même temps reconnu un pouvoir d'injonction. Comment en effet assurer l'exécution d'un arrêt d'annulation lorsque l'administration a d'ores et déjà violé la chose jugée, si ce n'est par l'ordre ou l'injonction.

⁶⁷ *Rec. Dalloz Sirey*, Paris, 1981, Chr. XIII, p. 96.

⁶⁸ *Voy. infra*, n° 25.

⁶⁹ L'acte matériel de l'administration accompli en violation de la loi, à laquelle s'apparente la violation de la chose jugée, est constitutif d'une voie de fait à laquelle il appartient au seul juge judiciaire de remédier, et ce même depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 1991 instaurant un référé administratif devant le Conseil d'Etat (*voy. à ce sujet*, l'étude déjà citée de J.F. Neuray, parue dans les *Mélanges J. Velu*).

pouvoir d'appréciation, et ce sous peine d'astreinte. Si l'autorité agit mal par rapport à la chose jugée, le Conseil d'Etat peut, moyennant astreinte, lui ordonner de rapporter les décisions contraires à l'arrêt d'annulation et lui enjoindre d'agir conformément à la chose jugée.

Cette injonction d'agir ne constitue en réalité que le rappel et la traduction en mesures concrètes de l'obligation contenue à l'état déclaratif dans l'arrêt d'annulation. A cet égard, l'on n'aperçoit pas pourquoi le Conseil d'Etat ne pourrait pas enjoindre à l'autorité d'adopter non seulement des actes juridiques, mais aussi des actes matériels qu'implique le rétablissement de la légalité⁷⁰. Cependant, ces actes matériels sont bien souvent les corollaires indissociables des actes juridiques qui doivent être accomplis par l'autorité de telle sorte que le Conseil d'Etat se dispensera sans doute d'en ordonner l'exécution.

Le Conseil d'Etat nous paraît pouvoir indistinctement recourir au procédé de l'astreinte et exercer son pouvoir d'injonction, tant à l'égard d'un acte individuel que d'un règlement. Ainsi, si l'autorité, titulaire du pouvoir exécutif, est tenue d'émettre une norme réglementaire pour l'exécution de la loi⁷¹, le Conseil d'Etat pourrait enjoindre, moyennant astreinte, l'adoption de nouvelles mesures d'exécution en remplacement de celles qui ont été annulées, sous réserve du caractère discrétionnaire ou lié de la compétence de l'administration.

Il en va de même lorsque le Conseil d'Etat a, dans le cadre de l'article 14, alinéa 2, des lois coordonnées, censuré la décision implicite de refus de pourvoir à l'exécution de la loi⁷².

Section IV. — Conséquences sur le fonctionnement du Conseil d'Etat

17. — La possibilité pour le Conseil d'Etat d'assurer par le biais de l'astreinte le respect de ses arrêts

⁷⁰ Il convient de remarquer que sans que les travaux préparatoires ne l'expliquent, l'article 36, §1er, décrit l'obligation d'agir comme suit : «Lorsque le rétablissement de la légalité signifie que l'annulation d'un acte juridique comme mentionné à l'article 14 doit être suivie d'une nouvelle *décision* ou d'un nouvel *acte* des autorités (...)». Peut-on en déduire que le terme «décision» vise les actes juridiques alors que le terme «acte» a trait aux actes matériels ? Il ne semble pas en tout cas que le terme «décisions» ne vise que les actes juridiques individuels à l'exception des actes réglementaires, ce même terme étant utilisé peu après dans le même alinéa, à propos de l'obligation d'abstention, pour désigner aussi bien les actes individuels que réglementaires. La version néerlandaise du texte — qui parle d'*overheidsbeslissing*» et de *overheidshandeling*» — ne nous apporte pas plus d'éclaircissement. Présumé ne pas employer de mots inutiles, le législateur semble donc bien avoir visé par le mot «acte», l'acte matériel. En ce sens, rapport inédit de M. le Premier auditeur J. Salmon dans l'affaire A. 40.424/III-11.002, Smets c/ Etat belge.

⁷¹ M. LEROY, «Une nouvelle arme contre l'inertie du pouvoir : le recours contre la carence réglementaire», *A.P.T.*, 1986, p. 80 à 89.

⁷² *Ibid.*

d'annulation en cas d'inexécution de ceux-ci nous paraît impliquer certaines conséquences au niveau cette fois de l'arrêt d'annulation lui-même.

Tout d'abord, cette nouvelle compétence du Conseil d'Etat constitue un incitant supplémentaire à rédiger encore plus précisément, lorsque faire se peut, les motifs déterminants de l'arrêt d'annulation afin d'éviter que le Conseil d'Etat n'encoure le reproche d'ajouter à la chose jugée lors de la prononciation de l'astreinte.

Ensuite, le choix et l'étendue de ces motifs conditionnent l'efficacité et l'utilité du recours à l'astreinte.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que «l'objet de la demande et le dispositif de l'arrêt sont déterminés par l'intérêt du requérant au recours»⁷³, le motif d'annulation «étant indissociablement lié au dispositif du prononcé» et «déterminant ce qu'exigera en substance, après l'arrêt d'annulation et en exécution de celui-ci, la réparation par l'autorité de la perturbation juridique constatée ; il détermine tout ce qui sera exigé ou ce qui le sera seulement»⁷⁴. Il en résulte qu'«un arrêt d'annulation doit également servir à procurer au requérant un rétablissement de la légalité réel — en d'autres mots, la prise en considération de son intérêt à la cause ne doit pas seulement servir de fondement pour rejeter son recours, mais elle doit également servir à déterminer jusqu'où le recours devra produire ses effets pour que le rétablissement de la légalité soit véritablement utile»⁷⁵.

En dotant le Conseil d'Etat de la compétence de sanctionner la violation de l'autorité de la chose jugée, le législateur a entendu mettre fin au carrousel des arrêts d'annulation⁷⁶. Dans cette optique, la recherche de l'annulation la plus efficace du point de vue de la sécurité juridique et des intérêts des administrés devrait désormais primer dans la rédaction de l'arrêt⁷⁷.

⁷³ J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 59.

⁷⁴ C.E., Tibax, n° 20.599, du 30 septembre 1980, considérant 2.1.

⁷⁵ Arrêt Tibax, précité, considérant 2.6.

⁷⁶ Exposé des motifs de la loi du 17 octobre 1990, *op. cit.*, p. 8 et 9.

⁷⁷ Le Conseil d'Etat a fait application de ce principe dans un arrêt récent (Brike-Bleus, n° 33.298, du 25 octobre 1989) : alors qu'il avait jugé le deuxième moyen fondé (qui avait trait à l'incompétence de l'auteur de l'acte), le Conseil d'Etat a néanmoins réouvert les débats afin de permettre à l'auditorat de poursuivre l'instruction en considérant que «si le premier moyen était fondé, aucune mesure disciplinaire ne pourrait plus être prononcée à l'égard du requérant ; que si le troisième moyen était accueilli, l'autorité compétente devrait recommencer la procédure disciplinaire *ab initio* ; que si le quatrième moyen était retenu, elle ne pourrait plus prononcer qu'une mesure autre que le renvoi». Le Conseil d'Etat en a déduit que «l'annulation aurait donc des effets plus étendus (plus efficaces) si elle n'était pas prononcée uniquement sur la base du deuxième moyen». Cette observation a

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que la faculté de requérir une astreinte devant le Conseil d'Etat ne fait pas obstacle à l'autre voie de droit existante qu'est l'introduction d'un recours en annulation, éventuellement assorti d'une demande de suspension et de mesures provisoires, devant cette même juridiction pour assurer le respect de la chose jugée. Le requérant conserve en effet la possibilité de demander soit l'annulation de l'acte ou du règlement accompli en violation de l'obligation de s'abstenir ou de l'obligation d'agir résultant de l'arrêt d'annulation, soit l'annulation du silence de l'administration valant décision implicite de rejet sur la base de l'article 14, alinéa 2, précité en violation de l'obligation d'agir. Le choix des procédures appartient au requérant⁷⁸ dans le respect bien entendu des conditions de recevabilité et de compétence propres au contentieux de l'excès de pouvoir.

18. — Que se passe-t-il si le requérant meurt, simultanément ou non peu importe, les deux procédures ?

Dans la mesure où les demandes d'annulation et d'astreinte ont pour but de contester pour les mêmes motifs⁷⁹ un même acte — ou une même absence d'acte — par le biais de deux voies de droit différentes, il est de l'intérêt d'une bonne justice de les

d'autant plus de poids au regard du nouvel article 24, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat selon lequel «le rapport (de l'auditeur) peut se limiter à la fin de non-recevoir ou du moyen qui permet la solution du litige»

⁷⁸ Le requérant privilégiera sans doute la procédure d'astreinte, plus rapide, à celle du recours en annulation dont l'issue est cependant plus radicale. Sauf à combiner son recours avec une demande de suspension et de mesures provisoires accompagnée d'une demande d'astreinte ; si ces demandes sont déclarées fondées, le requérant aboutira, dans le même temps à un meilleur résultat, que s'il avait introduit une demande d'astreinte, le dispositif d'un arrêt de suspension et de mesures provisoires étant plus complet que celui d'un arrêt prononçant une astreinte. Il en va d'autant plus ainsi, pour ce qui est de la rapidité des procédures, en cas d'extrême urgence ; pour un cas d'application récent, voy. C.E., Coppens et Van Impe, n° 41.591, du 15 janvier 1993.

⁷⁹ A savoir la violation de la chose jugée. Si la nouvelle requête en annulation se base sur d'autres moyens que celui pris de la violation de l'autorité de la chose jugée du précédent arrêt d'annulation, la contestation n'est en effet plus la même. Pour ces moyens, une instruction et un examen simultanés ne se justifient plus. Pour rappel, seule la violation de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à un arrêt d'annulation habilite le Conseil d'Etat à prononcer une injonction d'agir ou un ordre de retrait sous peine d'astreinte. L'exemple suivant illustre le propos : un permis de bâtir est annulé par le Conseil d'Etat pour non respect de la destination de la parcelle prévue au plan de secteur ; un nouveau permis est délivré par l'administration, cette fois sur la base des dispositions du C.W.A.T.U.P. qui admettent, sous certaines conditions, des constructions dont la destination ne correspond pas à la zone figurant au plan de secteur (articles 185 à 188). Ce fondement juridique n'ayant pas été examiné par le Conseil d'Etat dans l'arrêt d'annulation, le requérant n'est pas recevable à introduire une demande d'astreinte contre le nouveau permis de bâtir, l'autorité de la chose jugée de l'arrêt ne s'étendant pas à la question de savoir si un permis de bâtir pouvait être délivré sur la base des articles 185 à 188 du C.W.A.T.U.P.

instruire et de les juger simultanément si cela est possible.

A. En cas de traitement simultané des demandes, la primauté à réserver à l'une des deux procédures varie, nous semble-t-il, selon que les demandes ont pour objet un acte ou une décision implicite de rejet. Dans la première hypothèse, il y a lieu d'examiner en premier lieu la demande d'annulation de l'acte, laquelle, si elle est déclarée fondée, prive en effet d'objet la demande d'astreinte, l'annulation opérant par elle-même la disparition *ex tunc* de l'acte attaqué ; l'annulation de l'acte est pour cette raison juridiquement plus radicale qu'un ordre de retrait, même assorti d'une astreinte, lequel nécessite encore et toujours l'intervention de l'auteur de l'acte⁸⁰.

A l'inverse, dans la seconde hypothèse, la demande d'astreinte nous paraît devoir être traitée avant la demande d'annulation. En effet, l'annulation de la décision implicite de rejet n'équivaut pas à une décision d'octroi de la demande ou à une décision sur recours⁸¹. En pareil cas, l'imposition d'une astreinte est plus efficace, même lorsque la compétence de l'administration est liée⁸², car l'injonction d'agir est explicite et précisée dans l'arrêt et est en outre assortie d'une astreinte. C'est ainsi que dans l'arrêt Lavent déjà cité, le Conseil d'Etat a rejeté le recours en annulation de la décision implicite de refus du permis d'exploiter après avoir accueilli la demande d'astreinte destinée à contraindre la députation permanente de Flandre orientale à statuer sur le recours du requérant.

⁸⁰ Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt Funken, n° 38.985, du 13 mars 1992, lequel fait suite à l'arrêt d'annulation d'un permis de bâtir (n° 27.948, du 15 mai 1987), le requérant avait introduit un recours d'annulation et une demande d'astreinte, tous deux dirigés contre le nouveau permis de bâtir. Dans son rapport, M. l'auditeur P. Gilliaux a privilégié l'examen du recours en annulation pour les motifs que nous venons d'indiquer. A la suite du rapport qui concluait au bien-fondé de requête en annulation et au rejet de la demande d'astreinte, le requérant s'est désisté, dans son dernier mémoire, de sa demande d'astreinte. Pour un examen simultané, voy. l'arrêt De Caster, n° 38.295, du 10 décembre 1991 (déjà cité) qui annule les actes attaqués et rejette la demande d'astreinte.

⁸¹ Comme l'expose M. l'auditeur général DUMONT, «Lorsque l'autorité, obligée de statuer sur demande ou sur recours, a un pouvoir d'appréciation, son silence vaut certes rejet de la demande ou du recours. L'annulation de cette décision implicite n'aura d'autre effet que de contraindre l'autorité à exercer enfin son pouvoir de statuer, non de déterminer le sens de la décision à prendre, sans quoi le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, substituerait son appréciation à celle qui est du domaine de l'administration active. Généralement dans ces cas, l'arrêt ne constituera pour l'autorité qu'un coup de semonce qui lui rappellera par exemple qu'elle est compétente si elle s'est simplement méprise sur sa compétence, ou qu'elle doit se prononcer dans un délai raisonnable si elle n'a été que négligente» (rapport sous C.E., ASBL Les amis de la terre-Belgique, n° 18.852, du 19 mars 1978, A.P.T., 1978-1979, p. 226).

⁸² Dans ce cas, l'annulation d'une décision implicite de rejet correspond, on le sait, à une injonction de faire (M. DUMONT, rapport précité ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, éd. 1977, p. 1162).

B. Le traitement simultané, par le Conseil d'Etat, des demandes d'annulation et d'astreinte demeure sans doute une hypothèse rare étant donné que l'arrêté royal du 2 avril 1991 a instauré une procédure plus rapide d'examen des demandes d'astreinte⁸³.

Lorsque — cas exceptionnel — le recours en annulation est en état d'être jugé avant la demande d'astreinte, l'annulation de l'acte entraînera le rejet de la demande d'astreinte dont l'objet a, de ce fait, disparu. Par contre, l'annulation de la décision implicite de rejet n'a pas pour effet de priver d'objet la demande d'astreinte si, lors de son examen, l'autorité n'a toujours pas agi et ce, pour les raisons évoquées ci dessus.

Dans l'hypothèse plus fréquente où l'examen de la demande d'astreinte précède celui de la requête en annulation, l'ordre de retirer l'acte qui résulte du bien-fondé de la demande d'astreinte n'a pas pour conséquence le rejet de la demande d'annulation, du moins si, à ce stade, l'administration n'a pas encore rapporté l'acte qui continue dès lors d'exister. Dans le cas d'une décision implicite de rejet, l'accueil préalable de la demande d'astreinte prive de toute utilité le recours en annulation de cette décision, lequel ne pourrait déboucher à l'état latent que sur le rappel de l'injonction d'agir contenue dans l'arrêt prononçant l'astreinte, sauf s'il s'avérait qu'au moment de statuer sur le recours en annulation, l'administration persiste dans son abstention.

Il s'agit donc de privilégier, parmi les voies de droit empruntées par le requérant, celle qui présente le plus d'efficacité tant pour le requérant que pour le respect de la chose jugée.

Section V. — Compétence respective des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat en matière de rétablissement de la légalité.

19. — On le sait, l'administration peut voir sa responsabilité civile aquilienne engagée devant les juridictions de l'ordre judiciaire à la suite de l'inexécution *sensu lato* d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat⁸⁴.

⁸³ La partie adverse ne dispose que d'un délai de quinze jours pour déposer le dossier administratif et une note d'observations ; le requérant ne peut déposer de note en réplique ; le membre de l'auditorat a quinze jours pour faire rapport sur l'affaire ; l'audience doit avoir lieu dans les dix jours de la réception du rapport, etc. Les demandes d'astreinte sont dès lors instruites et jugées par le Conseil d'Etat dans un délai de deux à trois mois à partir du dépôt de la demande au greffe alors que la durée moyenne d'une procédure en annulation est de dix-huit à vingt-quatre mois.

⁸⁴ Pour de plus amples développements, nous nous permettons de renvoyer aux études doctrinales récentes : P. LEWALLE, «La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge. Antécédents et perspectives», in *L'administration face à ses juges*, Ed. J.B. Liège, 1987, p. 5 à 63 ; P. LEWALLE, «La responsabilité déli-

Comme on l'a vu, la violation de l'autorité de la chose jugée d'un arrêt d'annulation est assimilée à la violation de la loi. Or, depuis l'arrêt du 13 mai 1982, la Cour de cassation reconnaît l'équivalence de l'illégalité et de la faute dans les conditions suivantes : «Sous réserve de l'existence d'une erreur invincible, ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des dispositions constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée»⁸⁵.

Il s'ensuit que l'administration peut commettre une faute à l'occasion de l'exécution d'un arrêt d'annulation. Dans quel cas ?

Sans entrer dans les détails, il suffit de rappeler que selon la doctrine la plus récente⁸⁶, l'administration commet une faute, sauf pour elle à démontrer l'existence d'une cause d'exonération de responsabilité, lorsqu'elle viole une obligation déterminée de faire ou de ne pas faire qui résulte d'un arrêt d'annulation⁸⁷.

Comment ne pas apercevoir la similitude qui existe entre les hypothèses dans lesquelles il est possible de requérir à l'encontre de l'administration une astreinte devant le Conseil d'Etat et les hypothèses dans lesquelles une faute au sens de l'article 1382 du Code civil peut être imputée à l'administration à l'occasion de l'exécution d'un arrêt d'annulation⁸⁸.

20. — Tout comme les particuliers, la responsabilité des pouvoirs publics ne peut être affirmée qu'après constatation non seulement d'une faute, mais aussi d'un dommage et d'un lien de cause à effet entre la faute et le dommage. Quel mode de réparation du dommage le juge judiciaire peut-il imposer à l'administration ?

L'arrêt déjà cité du 13 mai 1982 de la Cour de cassation contient l'attendu de principe suivant : «L'Etat et les autres personnes de droit public sont, comme les gouvernants, soumis aux règles de droit, et notamment à celles qui régissent la réparation des dommages découlant des atteintes portées par des fautes aux droits subjectifs et aux intérêts légitimes des par-

tuelle de de l'administration et la responsabilité personnelle de ses agents : un système ?», *A.P.T.*, 1989, p. 6 ; *La responsabilité des pouvoirs publics*, ouvrage collectif, Bruylant, Bruxelles, 1991.

⁸⁵ *J.T.*, 1982, p. 772 et s. concl. J. Velu ; *R.C.J.B.*, 1984, p. 10 et s., obs. R.O. Dalcq ; Liège, 16 janvier 1986, Ann. dr. Liège, 1986, p. 240, note P. Lewalle.

⁸⁶ D. LAGASSE, «Responsabilité de l'administration à l'occasion de l'exécution des décisions des juridictions administratives», in *Responsabilité des pouvoirs publics*, ouvr. cit., p. 195 à 225.

⁸⁷ Ce qui est le cas lorsqu'elle prend un acte violent l'obligation d'abstention ou lorsque, obligée d'agir, elle n'exécute pas l'arrêt ou l'exécute mal ou tardivement (voy. les différentes hypothèses décrites par D. LAGASSE, *op. cit.*, p. 210 à 212).

⁸⁸ Selon d'autres, il s'agit même d'une «réelle identité» entre ces deux hypothèses : B. BLERO, *op. cit.*, p. 126-127.

ticuliers». Déjà dans son arrêt du 26 juin 1980, la Cour de cassation affirmait que «les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à cette autorité (administrative), lorsqu'aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable»⁸⁹. Le juge judiciaire est donc compétent pour condamner, sous astreinte, l'administration à prendre les mesures d'exécution matérielles et juridiques d'un arrêt d'annulation ou à retirer les actes qui lui sont contraires⁹⁰.

Comment ici aussi ne pas apercevoir que la réparation en nature du dommage causé fautivement par l'administration à l'occasion de l'exécution d'un arrêt d'annulation s'apparente au rétablissement de la légalité que le Conseil d'Etat peut désormais ordonner, sous astreinte, à la suite de l'inexécution d'un arrêt d'annulation.

21. — Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, les compétences du Conseil d'Etat et des juridictions de l'ordre judiciaire paraissent parallèles ou concurrentes, selon les opinions, tant en ce qui concerne les hypothèses de mise en oeuvre de la responsabilité de l'administration ou du procédé de l'astreinte qu'en ce qui concerne les mesures d'exécution d'un arrêt d'annulation. Cette conclusion révolutionne quelque peu le traditionnel partage des compétences entre le Conseil d'Etat et le pouvoir judiciaire, lequel entend cloisonner ces deux ordres de juridiction dans des compétences bien distinctes, mais elle résulte de la volonté du législateur lui-même tant de 1990 que de 1946 déjà.

En effet, d'une part, rien ne permet de soutenir qu'avec l'entrée en vigueur de la loi du 17 octobre 1990, le juge judiciaire aurait perdu sa compétence de prescrire à l'administration, moyennant une astreinte, les mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable dans les cas où le Conseil d'Etat peut désormais imposer un tel moyen de coercition. La volonté du législateur a été d'élargir les voies de droit contre l'inexécution d'un arrêt d'annulation et

non d'opérer un transfert de compétence du pouvoir judiciaire au profit du Conseil d'Etat.

D'autre part, l'on ne pourrait se rallier à l'opinion suivant laquelle eu égard à la compétence de principe des cours et tribunaux en matière de droits subjectifs, le Conseil d'Etat ne se serait vu reconnaître qu'une compétence limitée à la seule prononciation de l'astreinte sans pouvoir ordonner les mesures nécessaires au rétablissement de la légalité, voire même qu'une telle compétence serait inconstitutionnelle⁹¹.

En créant le Conseil d'Etat, le législateur l'a investi du contentieux objectif de légalité, c'est-à-dire de la compétence de constater l'illégalité éventuelle d'un acte d'une autorité administrative indépendamment des griefs subjectifs que cette illégalité est susceptible d'occasionner, et ce sans violer pour autant les articles 92 et 93 de la Constitution. De même, ces dispositions constitutionnelles n'interdisent pas au législateur de donner compétence au Conseil d'Etat pour imposer une astreinte destinée à faire respecter l'autorité de la chose jugée qui s'attache à ses arrêts d'annulation, les décisions du juge administratif étant tout autant revêtues de cette autorité que les décisions du juge judiciaire. La possibilité pour le Conseil d'Etat de comminer une astreinte s'inscrit dans les mêmes limites que le pouvoir qui lui a été reconnu en 1946 de prononcer un arrêt d'annulation⁹².

Dénier une telle faculté au Conseil d'Etat revient en réalité à ne pas accepter les conséquences de sa création.

Il s'en déduit que le Conseil d'Etat ne peut prononcer d'astreinte ayant pour but d'assurer l'exécution d'un ordre de rétablissement de la légalité pour lequel il n'est pas compétent au principal, c'est-à-dire d'une obligation qui est corrélatrice à un droit subjectif dans le chef du requérant⁹³.

A l'inverse, le Conseil d'Etat n'empiète pas sur les compétences du pouvoir judiciaire lorsqu'à l'appui d'un arrêt d'annulation auquel il n'est pas donné suite, il enjoint, sous astreinte, à l'administration de prendre les mesures qu'impose un rétablissement effectif de la légalité⁹⁴. Le fait que dans cette hypothèse, le requérant dispose aussi, comme nous l'avons vu, du droit à la réparation en nature, qualifié

⁸⁹ *Pas.*, 1980, I, p. 1361.

⁹⁰ D. DEOM, De la réparation en nature du préjudice causé par les pouvoirs publics, *A.P.T.*, 1981, p. 131 ; F. DE VISSCHER, Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration, *J.T.*, 1981, p. 683 ; F. DELPEREE, «La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration», note sous Cass. 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 173 à 198 ; P. LEWALLE, «La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge», in *L'administration face à ses juges*, Ed. J.B. Liège, 1987, pp. 35 à 36 et les références citées ; B. JADOT, «Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'administration : le pouvoir d'injonction et la réparation en nature», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, ouvr. cit., p. 441 à 456.

⁹¹ En ce sens, voy. B. BLERO, *op. cit.*, p. 131 à 134.

⁹² Voy. les arrêts Rammant et Servais précités ; l'avis L. 16.054 du 31 octobre 1984 sur une proposition de loi visant à améliorer les relations entre le citoyen et l'administration (*Doc. parl.*, Chambre, s.o. 1984-1985, n° 733/2, p. 68 à 71) et l'avis L. 18.574/1 du 9 mars 1989 sur une proposition de loi sur la protection collective de l'environnement (*Doc. parl.*, Chambre, s.o. 1988-1989, n° 351/2, p. 19 à 22).

⁹³ M.L. WILLOT-THOMAS, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁴ Tel est le cas lorsque l'objet véritable du recours en annulation ne porte pas sur la méconnaissance par l'administration d'un droit subjectif.

par la jurisprudence de la Cour de cassation de droit civil⁹⁵, ce qui lui permet d'agir devant les cours et tribunaux pour les mêmes raisons, ne contredit pas un tel raisonnement⁹⁶. Comme dans d'autres contentieux «accessoires» au contentieux de l'annulation⁹⁷, il faut en conclure que les juridictions des deux ordres peuvent intervenir en matière d'astreinte dans les mêmes circonstances, mais selon un objectif différent : les cours et tribunaux sous l'angle de la réparation en nature du dommage résultant d'un excès de pouvoir de l'administration, en vue de rétablir le demandeur dans ses droits subjectifs lésés ; le Conseil d'Etat, sous l'angle du respect de l'autorité de la chose jugée, en vue d'ordonner le rétablissement objectif de la légalité.

Cette complémentarité entre ordres juridictionnels risque d'être parfois à l'origine de décisions contradictoires ou de conflits de compétence, la distinction entre «le rétablissement de la légalité» et «la réparation en nature» étant des plus nuancées⁹⁸ ; elle représente cependant une garantie nouvelle pour l'administré confronté au non-respect de la chose jugée, laquelle constitue, désormais, une fois objectivement constatée, la cause suffisante permettant de demander au Conseil d'Etat d'inciter, sous astreinte, l'administration récalcitrante à rétablir la légalité violée sans en rechercher le caractère subjectivement culpeux.

CHAPITRE II : LES MODALITES DE LA MISE EN OEUVRE DE L'ASTREINTE .

22. S'agissant de l'application de la loi dans le temps, il est unanimement admis que les lois nouvelles sont d'application immédiate et ne peuvent avoir d'effet rétroactif.^{99 100}

En application de ces principes, le Conseil d'Etat peut-il comminer une astreinte pour assurer l'exé-

cution d'un arrêt prononcé antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 36 des lois coordonnées ? La réponse à cette question diffère, selon que l'on considère cette disposition comme une loi de compétence et de procédure ou comme une loi ordinaire.

Au regard de la définition des **lois de compétence et de procédure**¹⁰¹, l'article 36 des lois coordonnées pourrait se comprendre comme étant une de ces lois.

Selon la Cour de Cassation, de telles lois ont un effet immédiat¹⁰². Elles s'appliquent aux procès en cours, c'est-à-dire aux procès devant encore donner lieu à jugement au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi¹⁰³.

Quant aux voies de recours ouvertes contre une décision judiciaire, la Cour considère que la loi applicable est celle qui était en vigueur au jour de la prononciation de la décision¹⁰⁴. La doctrine se prononce dans le même sens¹⁰⁵.

A suivre ces principes, et à défaut d'une intention expresse du législateur qui aurait pu y déroger, le Conseil d'Etat ne pourrait imposer une astreinte pour assurer l'exécution d'un arrêt d'annulation prononcé antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 36 précité^{106 107}.

Cette analyse a été défendue tant par la partie adverse que par l'auditeur rapporteur devant la quatrième chambre du Conseil d'Etat saisie d'une nou-

¹⁰¹ "Les lois de compétence judiciaire règlent les pouvoirs des cours et tribunaux. Elles régissent le choix du juge qualifié par cela qu'elles assignent aux diverses juridictions de l'ordre judiciaire la part qui leur revient dans l'exercice de la fonction de juger en définissant les affaires dont elles peuvent connaître et les ressorts territoriaux impartis à leur action.

Les lois de procédure déterminent les conditions et les modes selon lesquels la justice est saisie et accomplit son oeuvre. Elles englobent les règles relatives à l'introduction et à l'instruction des demandes, au prononcé et à l'exécution des jugements ainsi qu'aux voies de recours contre les décisions rendues" (G. CLOSSET-MARCHAL, *op.cit.*)

¹⁰² Cass. 27 octobre 1977, *Pas.* 1978, I, 252 ; Cass. 15 décembre 1977, *Pas.* 1978, I, 443

¹⁰³ *Ibidem*

¹⁰⁴ Cass. 10 février 1972, *Pas.* 1972, I, 532 ; Cass. 27 octobre 1977, *op.cit.* ; Cass. 24 janvier 1983, *Pas.* 1983, I, 605 ; Cass. 10 mars 1983, *Pas.* I, 759.

¹⁰⁵ P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1960, p.76 ; A. WERNER, Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public, *R.D.P.*, 1982, pp.760 et svtes ; *contra* G. CLOSSET-MARCHAL, *op.cit.*, pour qui la loi applicable, en matière de voies de recours, est celle du jour du recours.

¹⁰⁶ Soit le 13 novembre 1990

¹⁰⁷ Dans cette hypothèse, il ne reste plus aux bénéficiaires de ces arrêts que la faculté de mettre en cause, devant les cours et tribunaux, la responsabilité civile de l'administration à raison de l'inexécution de ces arrêts ou, encore, dans le cas où l'autorité est tenue d'agir, de lui adresser une mise en demeure conformément à l'article 14 des lois coordonnées. En cas de refus explicite ou implicite de l'autorité, l'auteur de la mise en demeure pourra postuler l'annulation de ce refus ; l'arrêt d'annulation qui serait prononcé pourra, le cas échéant, en cas de mauvaise foi persistante de l'administration, faire l'objet d'une requête en astreinte.

⁹⁵ Voy. B. BLERO, *op. cit.*, p. 131.

⁹⁶ Tout comme pour les mêmes motifs, l'illégalité d'un acte d'une autorité administrative peut être invoquée devant les cours et tribunaux par le biais de l'article 107 de la Constitution ou devant le Conseil d'Etat à la suite d'un recours en annulation : «si les procédures offertes aux uns et aux autres sont différentes, le contrôle de légalité qu'elles organisent est équivalent» (C. Arb., arrêt n° 80/92 du 23 décembre 1992, *Monit.*, 19 janvier 1993 ; n° 57/92, du 14 juillet 1992, *Monit.*, 20 octobre 1992).

⁹⁷ D. LAGASSE arrive à la même conclusion en ce qui concerne le référé administratif : «La loi du 19 juillet 1991 instituant un référé administratif devant le Conseil d'Etat a-t-elle modifié la compétence du juge judiciaire des référés ?», *J.T.*, 1993, p. 9.

⁹⁸ Ce constat de plus en plus répandu d'un parallélisme, voire d'un cumul, des compétences entre le Conseil d'Etat et les cours et tribunaux devrait inciter le législateur à clarifier la situation.

⁹⁹ Cass. 22 octobre 1970, *Pas.* 1970, I, 144 et les conclusions de Monsieur le procureur général W.J. GANSHOF van der MEERSCH ; Cass. 14 mars 1974, *Pas.* 1974, I, 732 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruylant, 1983, pp.12 à 22, 51 à 56, 64 et svtes

¹⁰⁰ Voy. également l'article 3 du Code judiciaire.

velle requête de Madame Nicole Zoete. Cette dernière entendait obtenir la condamnation de la Communauté flamande (succédant à l'Etat Belge) à une astreinte pour qu'elle se conforme à un arrêt d'annulation prononcé le 8 juillet 1982 ¹⁰⁸.

Le Conseil d'Etat n'a pas tranché la question ¹⁰⁹ et a rejeté la demande d'astreinte au motif que s'il y était fait droit, l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de la Cour de Cassation du 23 mars 1983, rendu dans la même affaire ¹¹⁰, serait violée.

Pour sa part, la **loi ordinaire** nouvelle est d'application immédiate. Elle s'applique non seulement aux situations nées à compter de son entrée en vigueur, mais également aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi ancienne qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle ¹¹¹.

Appliquant ces principes, la septième chambre du Conseil d'Etat a accueilli, dans un arrêt Lavent ¹¹², une demande d'astreinte sollicitée à l'appui d'un arrêt prononcé le 1er juin 1989 et notifié avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 octobre 1990 ¹¹³.

Pour notre part, la solution de cette controverse est à chercher dans la nature même de l'astreinte, soit un moyen de coercition qui s'attache à la force exécutoire de l'arrêt ¹¹⁴. Ainsi, comme le souligne le Professeur J. Van Compernelle ¹¹⁵, l'astreinte n'est pas une voie d'exécution. Pas plus, elle ne constitue une voie de recours puisqu'elle ne tend pas à une réformation de l'arrêt, mais seulement à son exécution.

Il s'en déduit que le Conseil d'Etat peut connaître d'une demande d'astreinte se rapportant à un arrêt prononcé avant l'entrée en vigueur de l'article 36 des lois coordonnées.

23. Au contraire des cours et tribunaux ¹¹⁶, le Conseil d'Etat ne peut assortir ses arrêts d'annulation d'une astreinte. Autrement dit, l'astreinte ne peut être prononcée qu'à l'issue d'une procédure distincte de la procédure d'annulation et pour au-

tant qu'il n'ait pas été procédé à une exécution de l'arrêt. Ce mécanisme oblige, ainsi, le requérant à revenir devant le Conseil d'Etat.

Cette différence s'explique par le souci, d'une part, de respecter le principe de la séparation des pouvoirs et, d'autre part, de laisser à l'autorité la possibilité de se conformer à l'arrêt d'annulation ^{117 118}. Cette dernière dispose ainsi d'un délai pour en tirer toutes les conséquences voulues, délai dont l'ampleur dépend à la fois de la volonté de l'autorité d'exécuter l'arrêt et de celle du bénéficiaire de l'arrêt.

L'article 36 des lois coordonnées précise, en effet, que la requête en astreinte ne sera "*recevable que si le requérant a enjoint à l'autorité, par lettre recommandée à la poste, de prendre une nouvelle décision et qu'au moins trois mois se sont écoulés depuis la notification de l'arrêt d'annulation*".

Le respect de ce délai de trois mois nous paraît seulement devoir s'appliquer en l'absence d'une décision de l'administration, c'est-à-dire dans l'hypothèse où, en violation de l'obligation d'agir résultant de l'arrêt d'annulation, l'autorité s'est abstenue de prendre une nouvelle décision. Un tel respect ne nous paraît, par contre, pas s'imposer dans le cas où, au mépris de l'autorité de la chose jugée, l'administration a repris, immédiatement après l'arrêt, un nouvel acte ¹¹⁹.

En effet, même si l'article 36 précité ne distingue pas formellement ces deux hypothèses, il n'empêche qu'il recourt sans ambiguïté aux termes "*prendre une nouvelle décision*". L'examen des travaux préparatoires de la loi du 17 octobre 1990 révèle que ces termes visent uniquement l'hypothèse où l'autorité est tenue d'agir pour l'exécution de l'arrêt et non celle où elle est tenue de rapporter les décisions qu'elle a prises en violation d'une obligation de s'abstenir ¹²⁰.

Il en résulte que le requérant qui veut obtenir, sous astreinte, le retrait d'une décision violant l'autorité de chose jugée d'un arrêt d'annulation n'est soumis à aucun délai d'attente. Il n'est pas plus soumis à l'obligation d'adresser une mise en demeure ¹²¹.

Dans les autres cas, à l'expiration du délai de trois mois et après l'envoi de la mise en demeure, il faut encore distinguer entre le refus explicite de l'autorité d'exécuter l'arrêt et son abstention de donner

¹⁰⁸ C.E., Zoete, n° 22.446, du 8 juillet 1982. Pour les antécédents de cette affaire sur laquelle nous ne reviendrons pas, voy. *supra*, chapitre I, n° 3.

¹⁰⁹ C.E., Zoete, n° 37.990, du 29 octobre 1991, *A.P.M.*, 1991, p.129. Pour un autre cas où le Conseil d'Etat a réservé cette question, voy. l'arrêt De Caster, n°38.295, du 10 décembre 1991.

¹¹⁰ Cass., 23 mars 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 863. Dans cet arrêt, la Cour avait conclu à l'incompétence du Conseil d'Etat de prononcer une astreinte pour assurer l'exécution de ses arrêts d'annulations (Voy. *supra*, chapitre I, n°3).

¹¹¹ Cass.19 février 1987, *Pas.* 1988, I, pp.723 et svtes ; Cass. 8 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p.129

¹¹² n°38.802, du 20 février 1992. Voy. *supra*, le chapitre I, section n°II, n°13.

¹¹³ n°32.968, en cause d'Astère Lavent.

¹¹⁴ Dans ce sens, voy.C.J. Benelux, 5 juillet 1985, *RW.*, 1985-1986, col.929 et concl. de E.Krings

¹¹⁵ *op.cit.*, p.61.

¹¹⁶ Voy. les articles 1385 bis à 1385 sexies du Code judiciaire

¹¹⁷ Rapport fait au nom de la commission de l'Intérieur, des Affaires générales, de l'Education et de la Fonction publique, *Doc. parl.* Ch., s.o., 1989-1990, 1269/ 4, p.10 ; *Doc.parl.*, Sénat, s.o., 1989-1990, n°984/1, p.7.

¹¹⁸ On notera que la règle est différente au contentieux de la suspension où l'astreinte, si elle est ordonnée, est prononcée en même temps que l'arrêt de suspension. Voy.*infra*, le chapitre V.

¹¹⁹ D. DEOM, *op.cit.*, p.468

¹²⁰ *Doc.parl.* Sénat, s.o., 1989-1990, n°984/1, pp.27 et 48

¹²¹ D.DEOM, *op.cit.*, p.468

suite à la mise en demeure. L'article 2 de l'arrêté royal du 2 avril 1991 dispose, en effet, que " *la requête n'est recevable qu'après que l'autorité a refusé de déférer à la mise en demeure de prendre une nouvelle décision ou, en cas de silence de l'autorité, après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la mise en demeure*".

24. A supposer que les différentes conditions inscrites à l'article 36 des lois coordonnées soient remplies le Conseil d'Etat dispose-t-il d'une compétence discrétionnaire de prononcer ou non l'astreinte ¹²²?

L'article 36 des lois coordonnées ne comporte guère d'indications, hormis son paragraphe 2 qui précise que le Conseil d'Etat peut fixer l'astreinte soit à un montant global, soit à un montant par unité de temps ou d'infraction ¹²³. Les travaux préparatoires de la loi du 17 octobre 1990 ne sont guère plus éclairants.

Le Conseil d'Etat n'a pas encore été saisi de cette question au contentieux de l'exécution des arrêts d'annulation. Il a, par contre, examiné ce point au contentieux de la suspension, dans un arrêt en cause de Vannerem ¹²⁴. Selon le Conseil d'Etat, il n'y avait pas lieu d'accueillir la demande d'astreinte car il n'était pas démontré que l'autorité ne mettrait pas en oeuvre ses prérogatives qui permettaient le respect de l'autorité de l'arrêt de suspension ¹²⁵.

On pourrait déduire de cet arrêt, qu'en cas d'absence de l'autorité à répondre à la mise en demeure qui lui a été adressée, le Conseil d'Etat dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder l'astreinte sollicitée ¹²⁶.

¹²² Cette hypothèse n'est pas à confondre avec celle d'une exécution impossible de l'arrêt. Sur cette question, voy. *supra* chapitre I, section II, n° 10.

¹²³ A ce propos, on notera avec l'arrêt Lisabeth (n° 38.508, du 16 janvier 1992) qu'il appartient au requérant de préciser le montant de l'astreinte. A défaut, le Conseil d'Etat ne pourrait, sur ce point, compléter la demande du requérant. Lorsque le montant de l'astreinte demandée est précisé, le Conseil d'Etat retrouve son pouvoir d'appréciation quant au montant de l'astreinte et à ses modalités sans pouvoir statuer *ultra petita*.

¹²⁴ n° 39.343, du 8 mai 1992, *J.T.*, 1992, p.600

¹²⁵ " *Considérant que le requérant demande " la condamnation de la partie adverse à payer une astreinte de 500.000 francs par jour au Fonds de gestion des astreintes prévu à l'article 36, par 5, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour le cas où elle s'abstiendrait de faire cesser les travaux de construction autorisés par les permis attaqués et, ce, à partir de la notification de l'arrêt à intervenir". Considérant qu'un arrêt de suspension prononcé par le Conseil d'Etat produit ses effets à l'égard de tous ; que les bénéficiaires des permis contestés ne peuvent donc plus continuer à mettre ceux-ci en oeuvre ; qu'en l'espèce, il n'est pas démontré que la partie adverse permettrait la poursuite des travaux litigieux, laquelle constituerait l'infraction prévue à l'article 60 du Code wallon ; que la demande d'astreinte doit être rejetée*".

¹²⁶ Tel n'est pas le cas, par contre, dans l'hypothèse d'un refus explicite de l'autorité car il n'y a pas lieu à appréciation de ses intentions

On objectera toutefois que l'arrêt Vannerem a été prononcé au contentieux de la suspension où l'astreinte est comminée en même temps que le sursis à exécution. A ce moment, l'administration n'a pas encore été confrontée à l'arrêt de suspension et l'on ne saurait dès lors spéculer sur ses intentions. Par contre, au contentieux de l'annulation, l'astreinte n'est prononcée que lorsque l'inexécution de l'arrêt est consommée et constatée.

La réponse est, à notre sens, à chercher dans la jurisprudence rendue antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 17 octobre 1990. Un arrêt Rammant, n° 25.491, du 18 juin 1985 a, ainsi, rejeté une demande d'astreinte sur la circonstance que rien ne laissait présumer une inexécution de l'arrêt : " *Considérant que, s'il n'y a donc aucune raison de rejeter comme manifestement irrévocable, la demande visant à prononcer une astreinte, il n'y a pas davantage de raison, pour le moment, d'accéder à pareille demande*" ¹²⁷.

Un tel raisonnement peut être admis, dès lors que l'autorité de la chose jugée de l'arrêt déboutant le requérant de sa demande d'astreinte ne ferait pas obstacle à la réitération de la demande en cas d'inexécution patente de l'arrêt d'annulation ¹²⁸.

En cas de refus explicite de l'autorité, la seule hypothèse dans laquelle la requête en astreinte peut être rejetée, est celle où il peut être considéré que l'exécution de l'arrêt entraînerait, pour l'ordre public, un trouble encore plus grave que celui résultant de son inexécution ¹²⁹. Cette solution consacrée par le Conseil d'Etat de France est également défendue chez nous ¹³⁰.

Ces différents cas de figure ne sont pas à confondre avec celui d'une exécution imparfaite de l'arrêt d'annulation. Ainsi, dans un arrêt Société Notre-Dame des Fleurs ¹³¹, alors que l'administration n'avait tiré les conséquences que pour l'avenir, le Conseil d'Etat de France a considéré que ces mesures témoi-

¹²⁷ Dans le même sens, voy. C.E., arrêt de Leye, n° 23.572, du 13 octobre 1992 ; voy. également l'avis de monsieur le Conseiller d'Etat J.C. GEUS, alors auditeur, avant l'arrêt Servais, n° 27.479, du 28 janvier 1987, *A.P.T.*, 1989, pp.47 et svtes. : " *Quant à l'opportunité de condamner la partie adverse à une astreinte, on peut penser qu'un arrêt d'annulation se suffirait à lui-même, même si tel était également le cas pour les trois arrêts déjà rendus sur recours de madame Servais. L'attitude adoptée antérieurement par la partie adverse permet donc de penser qu'une telle mesure s'avère, en l'espèce, une garantie nécessaire pour que l'arrêt du Conseil d'Etat soit pleinement exécuté*".

¹²⁸ Dans ce sens, voy. l'arrêt Rammant déjà cité.

¹²⁹ S. HULAC et J. SCHOETTI, *Chronique générale de jurisprudence administrative*, *A.J.D.A.*, 1985, pp.399 à 402

¹³⁰ J.F. NEURAY, Responsabilité de l'administration à l'occasion de l'exécution de décisions judiciaires, in *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op.cit.*, pp.163 à 194 ; voy. par analogie, au contentieux de la suspension : C.E. arrêt Grenade, n° 40.296, du 11 septembre 1992.

¹³¹ C.E. Fr. 28 mai 1986, *Dal.* 1986, I.R., pp. 355-356 et obs. F. LLORENS

gnaient de la volonté de respecter l'arrêt d'annulation. Cet élément a été jugé suffisant pour écarter la commination de l'astreinte.

Cette jurisprudence doit être accueillie avec la plus grande prudence. En effet, l'article 36 des lois coordonnées, lorsqu'il recourt à la notion de "*rétablissement de la légalité*", ne fait aucune distinction entre le passé et l'avenir. Or, les arrêts d'annulation produisent leur effets *ex tunc*. Du reste, admettre pareil raisonnement obligerait le requérant à agir, pour le passé, devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire dans le cadre d'une action en dommages et intérêts. Un tel constat va à l'encontre de l'intention du législateur belge qui était d'offrir au requérant un élargissement de ses voies d'action en lui laissant le libre choix ¹³². En outre, comme exposé ci-dessus, le rejet d'une demande d'astreinte au motif que l'autorité exécutera vraisemblablement l'arrêt n'exclut pas l'introduction d'une nouvelle requête en astreinte ¹³³.

Une telle éventualité n'est pas possible dans le cas d'un rejet de la demande d'astreinte fondé sur une exécution imparfaite de l'arrêt.

25. A la question de savoir si le Conseil d'Etat dispose ou non d'une compétence discrétionnaire pour prononcer une astreinte, s'ajoute celle de savoir quel sort réserver à une telle demande, lorsque l'acte contenant le refus de l'autorité d'exécuter l'arrêt n'a pas été querellé par le recours en annulation prévu à l'article 14 des lois coordonnées.

Autrement dit, notre Haute juridiction devra-telle rejeter cette demande en constatant que le requérant en astreinte a négligé de postuler l'annulation du refus de donner suite à l'arrêt d'annulation, lequel serait de la sorte devenu définitif?

Il faut, à notre sens, distinguer deux hypothèses, selon que le refus d'exécuter ¹³⁴ l'arrêt d'annulation intervient ou non avant l'expiration du délai de trois mois à compter de la notification de l'arrêt.

Dans le premier cas, à l'instar du Conseil d'Etat de France, il faut admettre que la négligence du requérant qui n'aurait pas attaqué ce refus dans le délai de 60 jours prévu par l'article 4 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 ¹³⁵ doit être sanctionnée par le rejet de la demande d'astreinte ^{136 137}. On se situe, en ef-

fet, dans cette hypothèse, en dehors du mécanisme de l'article 36 des lois coordonnées. On en revient dès lors au droit commun du contentieux de l'annulation consacré par l'article 14 des lois coordonnées.

Dans le second cas, lorsque le refus, explicite ou implicite, se manifeste après l'envoi de la mise en demeure du requérant, une nouvelle distinction s'impose selon que la requête en astreinte a été ou n'a pas été introduite.

Si la requête a été introduite, il faut considérer avec l'arrêt Lavent déjà cité que la saisine du Conseil d'Etat le rend compétent pour connaître de la légalité d'un acte qui méconnaît l'autorité de la chose jugée d'un arrêt d'annulation.

Si la requête n'a pas été introduite, la question se pose de savoir si le requérant peut laisser s'écouler le délai imparti pour introduire un recours en annulation du refus explicite ou implicite de l'autorité et peut, dès lors, déterminer, à son gré, le moment où il introduira sa requête en astreinte? Autrement dit, le requérant peut-il laisser s'écouler plusieurs mois, voire plusieurs années après l'envoi de sa mise en demeure alors qu'il se trouverait en présence d'un refus explicite ¹³⁸ ou implicite ¹³⁹ de l'autorité qu'il n'aurait pas querellé?

Un tel raisonnement implique que l'article 36 ¹⁴⁰ des lois coordonnées ait été conçu comme étranger à l'article 14 des mêmes lois en ce que cette nouvelle disposition aurait créé une hypothèse légale supplémentaire à la théorie du retrait de l'acte administratif ^{141 142}.

droit français, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, *op.cit.*, pp.130 et 131.

Encore faut-il préciser que ce refus définitif doit avoir créé des droits au profit de tiers. Ainsi, dans des arrêts postérieurs, le Conseil d'Etat français a-t-il revu sa position et accordé une astreinte, en constatant que l'abstention de quereller le refus d'exécution de l'arrêt n'avait pas créé de tels droits. Une même restriction paraît devoir être admise chez nous (dans ce sens, voy. J. SALMON, *op.cit.*, pp.199 et svtes).

On notera toutefois que rares sont les hypothèses où le refus d'exécuter l'arrêt d'annulation n'aura pas entraîné la création de droits dans le chef de tiers (P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, 1975, pp. 223 et 306-307).

¹³⁷ Il lui restera la possibilité d'agir devant les cours et tribunaux en réparation du préjudice, en mettant en cause la responsabilité civile de l'autorité concernée

¹³⁸ Le refus explicite peut consister soit en la manifestation expresse du refus d'exécuter l'arrêt, soit en l'acte positif contraire à l'autorité de la chose jugée.

¹³⁹ Découlant de l'absence de réponse de l'autorité, au terme du délai d'un mois à compter de la notification de la mise en demeure (arrêté royal du 2 avril 1991, *op.cit.*, art.2).

¹⁴⁰ L'article 36 des lois coordonnées et l'arrêté royal du 2 avril 1991 (*op.cit.*) se bornent à préciser à partir de quel moment cette requête peut être formée, sans toutefois fixer de délai de prescription de l'action.

¹⁴¹ Sur cette question, voy. P.LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, *op.cit.*; M.A.FLAMME, *op.cit.*, pp. 523 à 549.

¹⁴² En ce sens, D.DEOM, *op.cit.*, p.467

¹³² Exposé des motifs, *Doc.parl.*, Sénat, n° 984/1.

¹³³ C.E. arrêt Rammant déjà cité.

¹³⁴ Il ne peut s'agir que d'un refus explicite. En effet, le délai de quatre mois visé à l'article 14, alinéa 2 des lois coordonnées qui a instauré la notion de décision implicite de rejet, laquelle peut faire l'objet d'un recours en annulation, ne permet pas de tenir le même raisonnement

¹³⁵ déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat

¹³⁶ C.E. Fr. 2 décembre 1983, Dame Leroux, *Rec.Lebon*, p.482; P. LEWALLE, *L'astreinte et le droit administratif. Etat actuel du*

On remarquera, toutefois, que le refus explicite ou implicite ne change pas de nature par le seul fait qu'il constitue une des suites d'un arrêt d'annulation. Il demeure, en effet, un acte administratif contre lequel un recours en annulation peut être introduit soit par le bénéficiaire du précédent arrêt d'annulation, soit par un tiers, lequel ne peut réclamer à son profit l'exécution de l'arrêt en recourant à l'article 36 des lois coordonnées ¹⁴³.

Par ailleurs, les travaux préparatoires étant muets sur ce point, le législateur ne semble pas s'être écarté du principe général de la non-rétroactivité des actes administratifs ¹⁴⁴ lorsqu'il a adopté l'article 36 des lois coordonnées.

Il en résulte que toute méthode d'interprétation de cette disposition doit tenir compte de ce principe général et de l'impératif essentiel de la sécurité juridique qui en est le fondement. Ce principe de base qui gouverne le contentieux administratif veut que les actes administratifs restent précaires le moins longtemps possible, tant dans l'intérêt de l'autorité que des tiers ¹⁴⁵. Ainsi, le Conseil d'Etat, au contraire des juridictions de l'ordre judiciaire et de la Cour des comptes, considère qu'un acte administratif individuel créateur de droits ne peut être remis en cause, une fois expiré le délai du recours en annulation ¹⁴⁶. Face à ces considérations, deux thèses se dégagent.

Ou bien on considère avec D.Déom que le législateur a créé une nouvelle hypothèse de retrait d'acte, l'article 36 ne faisant d'une part aucune distinction selon que l'acte est ou non créateur de droits et d'autre part aucune référence à la condition bien connue du délai de soixante jours ¹⁴⁷.

¹⁴³ L'article 36 des lois coordonnées déroge, en effet, à l'effet *erga omnes* des arrêts d'annulation, en réservant au seul bénéficiaire de l'arrêt le droit de demander la condamnation au paiement d'une astreinte.

¹⁴⁴ P.LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op.cit.

¹⁴⁵ Pasin. 1948, pp.586 et 587; P.LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op.cit., pp. 222 et 223; M.LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruylant, 1987, p.128; C.E., arrêt Veeckman, n°22.270, du 18 mai 1982: "Il ne saurait appartenir à un requérant potentiel, s'il est en mesure de prendre connaissance de l'acte administratif qu'il souhaite attaquer par un recours en annulation, de différer pour un temps indéterminé cette prise de connaissance et de reculer arbitrairement le point de départ du délai, de sorte que la validité et le maintien visé resteraient incertains à l'insu tant de l'autorité dont il émane que de tous les autres intéressés, avec toutes les conséquences préjudiciables que cela comporte".

¹⁴⁶ M. LEROY, op.cit.; Cass. 21 avril 1988, R.C.J.B., 1990, p. 402 et svtes et la note Ph. Quertainmont.

¹⁴⁷ L'absence d'un délai pour opérer le retrait d'un acte n'est pas totalement inconnue de la théorie du retrait des actes administratifs. Autrement dit, un acte administratif peut demeurer incertain à l'égard des tiers s'il n'a pas fait l'objet de mesures de publicité. Dans un arrêt Leuridan, n°20.173, du 11 mars 1980, le Conseil d'Etat a été saisi de cette question à propos d'une nomination irrégulière qui n'avait pas fait l'objet de mesure particulière de publicité. L'arrêt distingue entre les relations entre le requé-

Ou bien, privilégiant la sécurité juridique, on doit admettre que le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation ne peut, dès lors, qu'il a manifesté l'intention d'obtenir son exécution, tenir indéfiniment en suspens cette question. Ainsi, s'agissant de l'exécution d'un acte administratif individuel ¹⁴⁸, il pourrait être soutenu que la requête en astreinte doit être introduite dans le délai de soixante jours prescrit au contentieux de l'annulation ¹⁴⁹; à défaut, la demande d'astreinte devrait être, en effet, rejetée, le refus explicite ou implicite d'exécuter l'arrêt étant devenu définitif.

CHAPITRE III. LE CREANCIER DE L'ASTREINTE

26 - S'écarter radicalement du système prévu par le Code judiciaire, la loi du 17 octobre 1990 a exclu le paiement de l'astreinte au requérant en astreinte. Celle-ci revient à un fonds spécial dénommé "Fonds de gestion des astreintes" et chargé de la modernisation de l'organisation de la jurisprudence administrative ¹⁵⁰. Un arrêté royal doit déterminer les modalités de cette affectation. Il n'a toutefois pas encore été pris.

27 - Ce choix résulte, en premier lieu, de la conception même de l'astreinte qui est un moyen de contrainte et n'a dès lors pas un caractère indemnitaire ¹⁵¹. Elle ne tend donc pas à réparer le préjudice que le bénéficiaire de l'arrêt subit du fait de son inexécution ¹⁵². Le Conseil d'Etat a confirmé tout récemment cette analyse au contentieux de la suspension ¹⁵³.

Le législateur a également rejeté le paiement de l'astreinte au profit du requérant en se fondant sur l'article 92 de la Constitution ¹⁵⁴. Cette analyse est

rant et l'autorité et les relations entre le requérant et les autres agents de l'administration pour vérifier à l'égard de qui cette nomination est devenue définitive.

¹⁴⁸ Cette conclusion peut être nuancée à propos des actes réglementaires, dans la mesure où il est admis qu'ils peuvent être remis en cause en tout temps par le recours à l'article 107 de la Constitution.

¹⁴⁹ Pour le cas où un refus implicite serait suivi ultérieurement d'un refus explicite, un recours en annulation devrait être introduit contre ce deuxième refus, à l'instar de ce qui est prévu par le mécanisme de l'article 14, alinéa 2 des lois coordonnées.

¹⁵⁰ L'article 148 de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses a modifié l'article 36 des lois coordonnées en y insérant un nouveau par.5.. Voy. *supra*, la note 21.

¹⁵¹ Doc. parl., Sénat, s.o., 1989-1990, n°984/2, p.3

¹⁵² "Le versement de l'astreinte au requérant provoquerait un enrichissement de ce dernier, ce qui n'est pas le but de l'astreinte" (Doc. parl., Sénat, s.o., 1989-1990, n° 984/1, p.8). Selon la section de législation du Conseil d'Etat, un tel motif est insuffisant à justifier une dérogation au droit commun de l'article 1385 quater du Code judiciaire (Doc. parl., Sénat, s.o., 1989-1990, n° 984/1, p.48).

¹⁵³ Cf. *infra*, le chapitre V, n°30

¹⁵⁴ Doc.parl., Ch., s.o., 1989-1990, n°1269/2, p.11:

éminemment controversée. Loin de reprendre la controverse qui a animé la doctrine avant l'adoption de la loi du 17 octobre 1990, on observera que la question s'inscrit dans un cadre plus large, celle de savoir si le droit au rétablissement de la légalité est un droit civil et par conséquent ressortit exclusivement à la compétence des cours et tribunaux ¹⁵⁵.

Quelque soit le bien-fondé de ce choix, le risque court, dès lors que l'astreinte ne lui profitera pas, que le requérant n'en poursuive pas l'exécution, celle-ci n'intervenant qu'à sa demande, ou, encore, qu'il préfère obtenir devant les cours et tribunaux le rétablissement de la légalité résultant de l'arrêt d'annulation sous astreinte, laquelle lui reviendra conformément à l'article 1385 quater du Code judiciaire ¹⁵⁶.

Le législateur aurait pu sur ce point s'inspirer de la solution retenue par son homologue français ¹⁵⁷. La loi du 16 juin 1980 a, ainsi, prévu que si l'astreinte revenait de principe au requérant, le Conseil d'Etat pouvait toutefois décider qu'elle ne lui serait pas versée et qu'elle reviendrait à un fonds de compensation de la T.V.A.. Ceci pour éviter un enrichissement inconsideré du requérant ¹⁵⁸.

28 - L'absence de texte législatif organisant une procédure d'exécution forcée contre les personnes publiques nuit également à l'efficacité de l'astreinte ¹⁵⁹. A quoi bon ordonner une telle contrainte si lors de son recouvrement les autorités administratives peuvent se retrancher derrière le principe de l'immunité d'exécution ?

La doctrine ¹⁶⁰ a déduit du texte de l'article 36 des lois coordonnées une exception à ce principe. Son paragraphe 4 précise, en effet, que "*les dispositions de la cinquième partie du Code judiciaire qui ont trait à la saisie et à l'exécution, sont également applicables à l'exécution de l'arrêt imposant une astreinte*".

La lecture des travaux préparatoires de la loi du 17 octobre 1990 donne à penser qu'il en serait bien ain-

"En tant que juridiction administrative, le Conseil d'Etat ne peut créer de droits civils. Si, fût-ce à certaines conditions, le Conseil d'Etat attribuait une astreinte à la partie requérante, cela ouvrirait dans le chef de l'intéressé un droit subjectif à être dédommagé quand bien même il ne s'agirait pas de dommages et intérêts. Les tribunaux civils sont dès lors seuls compétents en la matière".

¹⁵⁵ B. BLERO, *op.cit.*; voy. *supra*, n° 20

¹⁵⁶ Voy. à propos de la compétence concurrente du Conseil d'Etat et des juridictions de l'ordre judiciaire en matière de rétablissement de la légalité, *supra*, n° 18.

¹⁵⁷ Sous réserve de la controverse évoquée ci-avant

¹⁵⁸ P. BON, *op.cit.*, pp.44-45

¹⁵⁹ Pour une synthèse récente de cette question, voy J. LINSMEAU, L'immunité d'exécution des pouvoirs publics, in *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op.cit.*, p.479 à 502.

¹⁶⁰ E. BOIGELOT, *op.cit.*; P. NIHOUL, *op.cit.*; J. VAN COMPERNOLLE, *op.cit.*.

si. Répondant à une question relative à l'inscription d'office d'une astreinte au budget d'un pouvoir subordonné par l'autorité de tutelle ¹⁶¹, le ministre de l'Intérieur a rappelé qu'indépendamment de cette faculté, il convenait de se référer au paragraphe 4 précité ¹⁶².

Par ailleurs, une lecture attentive des dispositions de la cinquième partie du Code judiciaire conduit à la même conclusion. En effet à quoi bon préciser, entre autres, que les dispositions relatives aux modalités des saisies sont applicables à l'astreinte, si son débiteur peut se retrancher derrière l'immunité d'exécution. Du reste, il n'était pas nécessaire de renvoyer à l'intégralité de cette cinquième partie s'il s'agissait seulement de rendre applicable l'article 1386 qui a trait à la formule exécutoire des jugements ¹⁶³ et l'article 1395 du même code qui institue la compétence du juge des saisies ^{164 165}.

On remarquera, toutefois, que cette analyse est quelque peu contredite par l'option retenue par le législateur, à la même époque, lors de débats relatifs à d'autres projets de loi traitant de la même question.

Ainsi, le texte de la proposition de loi insérant un article 1412 bis dans le Code judiciaire, tel que transmis par le Sénat à la Chambre ¹⁶⁶, réaffirme-t-il le principe de l'immunité d'exécution dont jouissent les personnes publiques. De même, le législateur a rappelé la prépondérance de ce principe lors de la discussion de l'article 8, alinéa 2 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ¹⁶⁷.

CHAPITRE IV. LE DEBITEUR DE L'ASTREINTE

29 - Après de longs débats, le législateur a écarté la possibilité de prononcer l'astreinte à la charge des

¹⁶¹ *Doc. parl.*, Ch., s.o., 1989-1990, n° 1269/2, p.11

¹⁶² Dans une interpellation antérieure devant la Commission de l'Intérieur du Sénat, le même ministre avait répondu sur ce point que le contrôle exercé par le parlement sur l'action gouvernementale garantirait l'exécution des arrêts (*Doc.parl.*, Sénat, s.o., 1989-1990, n° 984/2, p.17)

¹⁶³ "*Nul jugement ni acte ne peuvent être mis à exécution que sur production de l'expédition ou de la minute revêtue de la formule exécutoire déterminée par le Roi*".

¹⁶⁴ "*Toutes les demandes qui ont trait aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution sont portées devant le juge des saisies*".

¹⁶⁵ Il s'agit des seules dispositions de cette partie du Code judiciaire qui n'ont pas trait spécifiquement aux saisies et aux voies d'exécution

¹⁶⁶ *Doc.parl.*, Ch., s.o., 1990-1991, n° 1476/1

¹⁶⁷ Selon cette disposition, les entreprises publiques comprises dans le champ d'application de cette loi "*bénéficient de l'immunité d'exécution pour les biens entièrement ou partiellement affectés à la mise en oeuvre de leurs tâches de service public*". Le caractère dérogatoire de ce texte a été explicitement examiné au cours des travaux préparatoires.

fonctionnaires et agents responsables de l'inexécution d'un arrêt d'annulation. Une telle possibilité "menerait à la démotivation des fonctionnaires et ne ferait qu'augmenter l'inertie et l'apathie des autorités. L'autorité est responsable pour ses fonctionnaires et doit par conséquent assumer les conséquences des actions normales et légitimes des fonctionnaires" ¹⁶⁸. Seule l'autorité ¹⁶⁹, personne morale de droit public, pourra se voir infliger une telle condamnation.

Pourtant les autorités administratives doivent leur action et leur gestion aux hommes et femmes qui les composent et les dirigent. En écartant toute menace sur le patrimoine individuel de ces personnes, le législateur a, non seulement réduit l'efficacité d'un tel moyen de contrainte, mais également dédoublé les actions que le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation peut introduire pour obtenir son exécution. Ainsi, s'il entend mettre personnellement en cause le ou les fonctionnaires responsables de l'inexécution de la chose jugée, le bénéficiaire peut - et doit - agir devant le juge judiciaire en vue d'obtenir, sous astreinte, sa ou leur condamnation à ce faire, indépendamment d'éventuels dommages et intérêts ¹⁷⁰.

Rien n'empêchait toutefois de retenir la solution contraire ¹⁷¹. Ainsi, à l'instar de l'article 7 de la loi française du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements contre la puissance publique, on aurait pu imaginer un système de responsabilité pécuniaire de l'agent ¹⁷².

¹⁶⁸ *Doc.parl.*, Sénat, s.o., 1989-1990, n° 984/8, pp.6 et 48; *Doc.parl.*, Ch., s.o., 1989-1990, 1269/2, p. 5.

¹⁶⁹ La notion d'autorité est la même que celle figurant à l'article 14 des lois coordonnées

¹⁷⁰ Sur cette question, voy. notamment P. LEWALLE, La responsabilité délictuelle de l'administration et la responsabilité personnelle des agents, un système ?, *A.P.T.*, 1989, pp.6 à 29; FR. GLANS-DORFF, Réflexions sur la théorie de l'organe, in *La responsabilité des pouvoirs publics*, op.cit., pp.61 à 86; D.LAGASSE, L'astreinte et le droit administratif, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, op.cit., p.117.

¹⁷¹ On rappellera que dans son arrêt Zoete, n° 22.446, du 8 juillet 1982, la quatrième chambre du Conseil d'Etat avait prononcé une astreinte à la charge des membres du jury d'examen

¹⁷² Dans ce système, l'agent qui soit n'a pas ordonné la dépense résultant d'une décision juridictionnelle condamnant pécuniairement l'administration, soit par ses agissements a entraîné la condamnation de l'autorité au paiement d'une astreinte pour inexécution de la chose jugée, peut se voir infliger le paiement d'une amende par la Cour de discipline budgétaire. Celle-ci peut être au maximum du montant du traitement ou du salaire brut annuel à la date de l'infraction. La faiblesse de ce système réside d'une part dans la circonstance que le bénéficiaire de l'arrêt ne peut saisir lui-même la Cour et d'autre part dans l'immunité qui couvre les ministres et les maires qui pourront en étendre le bénéfice à leurs subordonnés en prenant en charge la carence de ces derniers (P.BON., op.cit., pp.45 à 51). On notera qu'en Belgique, la doctrine avait, avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 octobre 1990, suggéré que le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation engage une action contre le ou les fonctionnaires responsables de son inexécution en vue d'obtenir sa condamnation à ce faire, sous

Quant au plan interne de l'administration, il a été admis au cours des travaux préparatoires que des sanctions disciplinaires pourront être prononcées à la charge d'un fonctionnaire, dans l'hypothèse où la condamnation de l'autorité au paiement d'une astreinte serait due à son comportement ¹⁷³.

30 - La seule condamnation de l'autorité au paiement de l'astreinte entraîne une autre conséquence. Elle a trait à la distinction entre les actes dits permissifs et les autres actes administratifs auxquels le privilège du préalable confère la qualité de titres exécutoires ¹⁷⁴.

Le législateur a écarté, du champ d'application de l'article 36 des lois coordonnées, la possibilité pour le Conseil d'Etat de prononcer une astreinte à l'encontre du titulaire de l'acte permissif annulé. Il appartient dès lors à l'autorité de veiller à l'exécution par ce titulaire de l'arrêt d'annulation. Cette analyse a été confirmée par le Conseil d'Etat dans son arrêt Vannerem, prononcé, certes, au contentieux de la suspension ¹⁷⁵. Quant à l'administré, il doit agir au judiciaire contre ce titulaire pour faire cesser cette violation. Ce partage de compétence nuit à l'efficacité des objectifs de la loi du 17 octobre 1990.

Toutefois, même s'agissant des actes permissifs, une condamnation de l'autorité n'est toujours pas dépourvue d'intérêt. Un exemple permet d'illustrer le propos.

Dans le cadre de la législation relative à l'aménagement du territoire et à l'urbanisme, la remise en état des lieux litigieux ne peut être poursuivie par un particulier que devant le pouvoir judiciaire et, en cas d'intervention du collège échevinal ou du fonctionnaire délégué, de l'accord de ceux-ci ¹⁷⁶. Le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître de la légalité du choix, par ces autorités, de l'un des modes de réparation ¹⁷⁷. Le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation ne peut donc solliciter du Conseil d'Etat la condamnation de ces autorités en vue de les contraindre à

astreinte (D.LAGASSE, L'astreinte et le droit administratif, in *Dix ans d'application de l'astreinte*, op.cit., p.117).

¹⁷³ *Doc.parl.*, Ch., s.o., 1989-1990, n° 1269/2, p.10

¹⁷⁴ Sur cette distinction, voy. notamment B. JADOT, Le sursis à exécution face aux prérogatives de l'administration, *A.P.T.*, 1982, pp.244 à 284, spc. pp.247 à 250.

¹⁷⁵ "Considérant qu'un arrêt de suspension prononcé par le Conseil d'Etat produit ses effets à l'égard de tous; que les bénéficiaires des permis contestés ne peuvent donc plus continuer à mettre ceux-ci en oeuvre; qu'en l'espèce, il n'est pas démontré que la partie adverse permettrait la poursuite des travaux litigieux, laquelle constituerait l'infraction prévue à l'article 60 du Code wallon; que la demande d'astreinte doit être rejetée".

¹⁷⁶ Loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, art.65; Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, art. 67; Ordonnance du 29 août 1991 du Conseil de la Région de Bruxelles - Capitale organique de la planification et de l'urbanisme, art. 185. Voy Cass., 20 janvier 1993, *Jur. F.*, 1993/3, p. 5.

¹⁷⁷ C.E., arrêt Schyns, n° 34.098, du 16 mai 1990.

choisir la remise en état des lieux comme mode d'exécution de l'arrêt d'annulation. Il pourra toutefois influencer directement ce choix dans l'hypothèse où l'autorité aurait délivré une autorisation violant l'autorité de la chose jugée d'un premier arrêt d'annulation. Dans cette hypothèse, la condamnation de ces autorités pour méconnaissance de l'arrêt d'annulation peut en effet les amener à se prononcer en faveur de la remise en état des lieux. En outre, la reconnaissance de l'illégalité qu'implique cette condamnation facilite la tâche du juge judiciaire dans son contrôle de la légalité du choix du mode de réparation de l'infraction ¹⁷⁸.

31. Tout comme le juge judiciaire, le Conseil d'Etat peut être saisi d'une demande en annulation, en suspension et en diminution de l'astreinte, "*en cas d'impossibilité permanente ou temporaire ou partielle pour l'autorité condamnée de satisfaire à la condamnation principale*". Saisi d'une demande d'annulation de l'astreinte qu'il avait prononcée dans son arrêt Lavent ¹⁷⁹, le Conseil d'Etat a fait une juste application de ces principes en constatant que la demande ne répondait pas aux critères de l'article 36, § 3 des lois coordonnées ¹⁸⁰.

CHAPITRE V. LES AUTRES CAS DE RECOURS A L'ASTREINTE

Section première : Le contentieux de la suspension

32. Poursuivant sa réforme du contentieux administratif, le législateur a, par une loi du 19 juillet 1991, confié au Conseil d'Etat "*le référé administratif*" ¹⁸¹ et a introduit la faculté d'assortir les arrêts de suspension d'une astreinte ¹⁸².

Celle-ci est prononcée, à la requête du demandeur en suspension, en même temps que le sursis à exécution ¹⁸³, étant donné qu'à ce stade de la procédure le Conseil d'Etat dispose d'un véritable pouvoir d' jonction.

¹⁷⁸ Mons, 20 janvier 1982, *J.T.*, p.481 et obs.J.SACE ; Cass.25 septembre 1990, *R.W.*, 1990-1991, p.887 ; Corr. Liège, 14 janvier 1991, *Aménagement*, 1991, p.104 et la note Ph. BOUILLARD

¹⁷⁹ n° 38.802, du 20 février 1992. Voy. *supra*, n°13 et n°21.

¹⁸⁰ n° 40.040, du 15 juillet 1992

¹⁸¹ Voy. les références citées sub (4)

¹⁸² Article 17, § 5, des lois coordonnées : "*L'arrêt qui ordonne la suspension ou la suspension provisoire de l'exécution d'un acte ou d'un règlement peut, à la demande de la partie requérante, imposer une astreinte à l'autorité concernée. Dans ce cas, l'article 36, par.2 à 4, est d'application*".

¹⁸³ A proprement parler, il convient de recourir au terme "*suspension*". En effet, la suspension a un effet *erga omnes* que le sursis à exécution prononcé par le juge judiciaire n'a pas, puisqu'il n'a qu'un effet relatif entre les parties à la cause (M.Leroy, *op.cit.*, pp.132 et 133).

Ceci n'est pas sans soulever des difficultés car il ne saurait être question, lors de la commination de l'astreinte, d'inexécution consommée de la chose jugée, comme au contentieux de l'annulation ¹⁸⁴.

Le Conseil d'Etat doit donc opérer au cas par cas, en procédant non seulement à un examen des intentions de l'autorité quant aux suites à donner à l'arrêt de suspension, mais également à une balance des intérêts en présence, notamment en ayant égard à la gravité du préjudice ou au vice de légalité dont l'acte serait entaché.

La jurisprudence témoigne de la prise en compte de ces critères.

- Ainsi, dans l'arrêt Vannerem, la demande d'astreinte a été rejetée aux motifs qu'il n'était pas démontré que l'autorité ne mettrait pas en oeuvre à l'encontre du titulaire des actes suspendus - la modification d'un permis de lotir et un permis de bâtir - ses pouvoirs de police, lesquels lui permettent d'empêcher la mise en oeuvre de ces actes ¹⁸⁵.

Par contre, dans l'arrêt De l'Arbre et consorts, le Conseil d'Etat a condamné la Région Wallonne "à payer au Fonds de gestion des astreintes une astreinte d'un million de francs par jour où les travaux d'exécution du permis auraient lieu à partir du lendemain de la notification du présent arrêt" aux motifs que "les requérants soutiennent, sans être contredits", que "les travaux autorisés par le permis du 10 août 1992 sont menés tambour battant"; qu'à l'audience, leur achèvement a été présenté comme prévisible dans un délai d'un à deux mois ; que l'exécution du présent arrêt est compromise si des lenteurs administratives empêchaient l'arrêt, qui doit être notifié au ministre de l'Aménagement du territoire, du Logement et du Budget, d'être porté immédiatement à la connaissance du service qui est le maître de l'ouvrage " ¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Cf. *supra*, n° 27.

¹⁸⁵ n° 39.343, du 8 mai 1992, *J.T.*, 1992, p.600. Voy. également C.E., Legrand n° 41.994, du 17 février 1993 : "qu'aucun élément du dossier n'établit que la partie adverse refuserait d'adopter les mesures qu'impose le présent arrêt".

¹⁸⁶ Arrêt n° 41.112, du 20 novembre 1992. En l'occurrence, les demandeurs sollicitaient la suspension d'un permis de bâtir autorisant la construction d'une liaison routière à Nivelles entre la RN 25 et la RN 237. Un premier permis de bâtir ce même raccordement avait déjà été suspendu par le Conseil d'Etat en extrême urgence (arrêt n° 39.211, du 13 avril 1992), suspension confirmée ensuite par une chambre à trois conseillers (arrêt n° 39.395, du 15 mai 1992). L'arrêt d'annulation n'a pas été prononcé à ce jour. Voy. également C.E., Coppens et Van Impe, n° 41.591, du 15 janvier 1993 (astreinte de 1.000.000 F par jour en matière d'urbanisme).

Pour un autre cas où le Conseil d'Etat estimait, si la requête en astreinte avait été déclarée recevable, qu'il y avait lieu de la prononcer eu égard à l'attitude de la partie adverse, voy. l'arrêt Lisabeth, *op.cit.*; voy. également, pour un cas d'application dans la fonction publique, l'arrêt Wouters, n°40.700, du 12 octobre 1992 : "La volonté manifeste de la partie adverse de ne pas exécuter l'arrêt (de suspension) qui sera prononcé suffit pour assortir cet arrêt d'une astreinte de 100.000 fr par jour". Voy. encore C.E.,

- Dans l'arrêt Demiri et Xhelili, le Conseil d'Etat a lié l'imposition de l'astreinte à la gravité du préjudice subi par les requérants et, après avoir constaté celui-ci, a prononcé celle-ci¹⁸⁷.

- Enfin, il semble ressortir de l'arrêt Legrand déjà cité que l'astreinte, ne serait pas nécessairement prononcée dès lors que le vice de légalité retenu n'interdit pas à l'autorité de prendre une décision identique à l'acte suspendu. Dans cette espèce, le moyen déclaré sérieux par le Conseil d'Etat était pris de la violation des droits de la défense.

33. Au plan procédural, la demande d'astreinte, en référé, n'est soumise à aucune modalité particulière. La demande de suspension doit seulement contenir le montant et les modalités de l'astreinte¹⁸⁸.

Le renvoi aux paragraphes 2 à 4 de l'article 36 des lois coordonnées suscite les mêmes interrogations que celles rencontrées au contentieux de l'annulation, notamment quant à l'immunité d'exécution derrière lesquelles les autorités administratives pouvaient se retrancher.

Par contre, aucune affectation précise n'a été donnée à l'astreinte ordonnée pour assurer l'exécution des arrêts de suspension. En effet, la loi du 19 juillet 1991 précitée introduisant le référé devant le Conseil d'Etat s'est bornée à préciser que l'article 36, paragraphe 2 à 4 des lois coordonnées était dans ce cas d'application¹⁸⁹. Or, ces paragraphes ne prévoient nullement que l'astreinte doit être versée au Fonds de gestion des astreintes¹⁹⁰.

Le Conseil d'Etat a été, ainsi, saisi de la question de la débiton de l'astreinte au profit du demandeur en suspension. Il y a été répondu négativement dans la mesure où "rien n'indique que le législateur aurait entendu s'écarter de la volonté exprimée dans les travaux préparatoires de la loi du 17 octobre

1990 qui a introduit le principe de l'astreinte, selon laquelle l'astreinte n'a pas pour but de provoquer un enrichissement du requérant et ne crée pas de droits subjectifs dans son chef"¹⁹¹.

En réalité, cette absence d'affectation résulterait, toujours selon le même arrêt, d'une erreur de légistique tenant à l'adoption presque concomitante de la loi du 19 juillet 1991 modifiant l'article 36 des lois coordonnées par l'insertion d'un paragraphe 5 relatif à l'affectation du produit de l'astreinte¹⁹².

34. A lire l'ancien texte de l'article 18 des lois coordonnées, l'astreinte ne pouvait être ordonnée pour assurer l'exécution de mesures provisoires. En effet, au contraire de l'article 17, inséré par la même loi du 19 juillet 1991, cette disposition ne précisait pas que l'arrêt qui ordonne des mesures provisoires pouvait être assorti d'une astreinte.

Cette thèse n'a pas été retenue par la quatrième chambre du Conseil d'Etat dans son arrêt Demiri et Xhelili déjà cité. La partie adverse a été ainsi condamnée, à titre de mesure provisoires, à délivrer, sous astreinte, un certificat d'inscription au registre des étrangers, en même temps qu'elle se voyait obligée, comme conséquence directe de la suspension du refus d'inscription, d'inscrire, également sous astreinte, les requérants dans son registre des étrangers.

La chambre n'a pas explicité son raisonnement. Peut-être peut-il s'expliquer par la circonstance qu'au contentieux de la suspension et des mesures provisoires, le Conseil d'Etat dispose d'un véritable pouvoir d'injonction et peut donc condamner au paiement d'une astreinte, conformément à l'article 1385bis du Code judiciaire¹⁹³. Très récemment, le législateur a tranché le débat par une modification de l'article 18 précité, lequel prévoit désormais la possibilité de prononcer une astreinte à l'appui de mesures provisoires¹⁹⁴.

Section II: Le contentieux des étrangers

35. La loi du 19 juillet 1991 a prévu la possibilité pour le Conseil d'Etat d'assortir ses arrêts de suspension d'une astreinte. Cette compétence ne vaut toutefois que dans les limites du champ d'application de cette même loi.

Schouleur, n° 41.992, du 17 février 1993: "que les événements qui ont suivi l'arrêt n° 39.492 du 27 mai 1992 font craindre que la partie adverse ne réintègre pas le requérant dans ses fonctions; qu'il convient de faire droit à la demande d'astreinte" (50.000 F par jour de retard).

¹⁸⁷ n°39.094, du 30 mars 1992.: "Les conséquences du refus d'inscription (de candidats réfugiés politiques dans le registre des étrangers) sur l'emploi exercé par les requérants constituent un dommage difficilement réparable et une base suffisante pour imposer à la partie adverse une astreinte de 2.000 F par jour en cas de refus de délivrance de l'attestation d'immatriculation"

¹⁸⁸ Arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, *op.cit.*. Voy. sur ce point l'arrêt Lisabeth, *op.cit.*.

¹⁸⁹ Voy. le texte reproduit à la note (181)

¹⁹⁰ Que ce soit dans la version originelle de l'article 36 des lois coordonnées contenue dans la loi du 17 octobre 1990 qui prévoyait, en son paragraphe 1er, le versement de l'astreinte au profit d'un fonds pour la modernisation de l'organisation de la jurisprudence administrative que dans sa version actuelle résultant de l'article 148 de la loi du 20 juillet 1991 portant diverses dispositions sociales. Dans ce dernier texte, l'attribution de l'astreinte est, en effet, régie par le paragraphe 5 de l'article 36 des lois coordonnées et non par ses paragraphes 2 à 4.

¹⁹¹ Arrêt De l'Arbre et cts, n°41.112, du 20 novembre 1992.

¹⁹² "... qu'en effet, le paragraphe 5 de l'article 36 des lois coordonnées a été inséré par la loi du 20 juillet 1991, postérieurement à celle du 19 juillet 1991 qui a rétabli l'article 17, sans que le texte de cet article 17 ne soit adapté en conséquence " (*Ibid.*)

¹⁹³ Voy. en ce sens, Ch.PANIER et B. HAUBERT, *op.cit.*, p.1211; P. LEWALLE, Le référé administratif, *op.cit.*, p.983 et la note (338)

¹⁹⁴ Loi du 22 décembre 1992 (*Monit.* 4 mars 1993).

Ce constat revêt une certaine importance dans la matière du droit des étrangers où la suspension des mesures qui peuvent être prises à leur encontre sur la base de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers est prévue, désormais, à la fois par l'article 70 de la loi du 15 décembre 1980¹⁹⁵ et par le nouvel article 17 des lois coordonnées¹⁹⁶. Seuls les arrêts de suspension prononcés en vertu de l'article 17 précité peuvent être assortis d'une astreinte à l'exclusion de ceux qui peuvent être rendus sur le fondement de l'article 70 de la loi du 15 décembre 1980.

Même si l'introduction d'une demande de sursis à exécution d'un arrêté de renvoi ou d'expulsion a un caractère suspensif¹⁹⁷, on doit regretter que le législateur n'ait pas modifié l'article 70 précité lors de l'adoption de l'article 36 des lois coordonnées. Encore peut-on se demander si, s'agissant du contentieux de la suspension, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour assortir ses arrêts d'une astreinte, conformément à l'article 1385bis du Code judiciaire¹⁹⁸.

Section III : La communication du dossier administratif

36. L'article 21 bis, par.2 des lois coordonnées, inséré également par la loi du 17 octobre 1990, permet la production du dossier administratif, sous astreinte, en cas de carence dans la transmission de ce dossier¹⁹⁸. Cet article renvoie sans autre précision à l'ar-

¹⁹⁵ " Lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un recours en annulation formé contre un arrêté de renvoi ou d'expulsion, il peut, à la demande du requérant, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution si, à l'appui du recours, le requérant invoque des moyens, qui dans les circonstances de l'affaire, paraissent sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée et si l'exécution immédiate de celle-ci risque de causer à l'étranger un préjudice difficilement réparable.... "

¹⁹⁶ Le Conseil d'Etat a, en effet, considéré qu'il était compétent pour ordonner, sur la base de cet article 17, la suspension des décisions prises dans le cadre de la loi du 15 décembre 1980, autres qu'un arrêté royal d'expulsion ou un arrêté ministériel de renvoi. Voy. notamment les arrêts Bennami des 17 et 22 mars 1992, J.L.M.B., 1992, pp. 834 à 846 et obs. E. GILLET.

¹⁹⁷ Article 5, alinéa 2 de l'arrêté royal du 22 juillet 1981 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat en cas de recours contre des décisions prévues par la loi du 15 décembre 1980

¹⁹⁸ " Si l'autorité administrative qui a posé l'acte litigieux ne transmet pas le dossier administratif dans les délais, la partie requérante ou l'auditeur général peuvent demander le dépôt du

ticle 36 des lois coordonnées. Cette imprécision a été dénoncée par la section de législation du Conseil d'Etat, saisie du projet devenu l'arrêté royal du 2 avril 1991 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat en matière d'astreinte¹⁹⁹, lequel y remédie en son article 19. Selon cette disposition, l'astreinte peut être prononcée soit d'office par la chambre saisie du recours, soit à la requête de l'auditeur général. Les parties et l'auditeur rapporteur sont entendus par la chambre, préalablement au prononcé de l'astreinte.

CHAPITRE VI. CONCLUSIONS

37. Sur le vu de la douzaine d'arrêts rendus par le Conseil d'Etat depuis l'entrée en vigueur de l'article 36 des lois coordonnées, dont l'essentiel au contentieux de la suspension, il s'avère que la Haute juridiction administrative n'hésite pas à être sévère et à condamner lourdement les administrations récalcitrantes ; le montant des astreintes comminées varie ainsi entre 25.000 Fr. et 1.000.000 Fr. par jour.

Cette réforme ne suscite pas pour autant un engouement de la part des requérants, le nombre d'arrêts prononcés en deux ans en témoigne. Cela tient vraisemblablement au fait - plus au contentieux de l'annulation qu'au référé - que l'astreinte ne revient pas au requérant. De même, la saisine du Conseil d'Etat est subordonnée dans cette matière, à des conditions strictes qui tiennent au caractère objectif du contentieux de l'excès de pouvoir. Ainsi, les requérants doivent-ils notamment déterminer si l'arrêt d'annulation implique nécessairement un rétablissement supplémentaire de la légalité, ce qui est loin d'être évident comme nous l'avons démontré.

La loi du 17 octobre 1990 constitue une garantie supplémentaire pour le justiciable confronté aux administrations récalcitrantes. Elle ne jouera cependant complètement son rôle que lorsqu'auront été levées certaines incertitudes, ce à quoi nous avons tenté de contribuer.

janvier 1993

dossier dans les trente jours après l'expiration du terme fixé. La chambre saisie du recours ordonne le dépôt du dossier administratif dans le délai fixé par elle, qui peut excéder le délai fixé en vertu de l'article 21 alinéa 1er. Le cas échéant, elle peut fixer une astreinte au dépassement de ce délai, conformément aux dispositions de l'article 36 "

¹⁹⁹ Avis n° L.20.440/9, du 28 décembre 1990.