

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 245.978 du 5 novembre 2019

A. 216.440/VIII-9762

En cause : **XXXX**,
 ayant élu domicile
 XXXX,
 XXXX

 contre :

 l'État belge, représenté par
 le ministre des Finances.

I. Objet de la requête

Dans le mémoire en réplique déposé le 27 avril 2016 dans le cadre de son recours en annulation contre « l'Arrêté Royal n° 4 du 16 avril 2015 (M.B. 17 juin 2015) désignant les trois membres francophones du Collège du Service des Décisions Anticipées en matière fiscale au sein du SPF Finances à savoir :

- XXXX [...],
- XXXX [...],
- XXXX [...] »,

XXXX sollicite également que lui soit allouée une indemnité réparatrice de 1.500 euros.

II. Procédure

L'arrêt n° 235.162 du 21 juin 2016 a décidé qu'il n'y avait plus lieu à statuer sur le recours en annulation en raison du retrait de l'acte attaqué, a considéré qu'« en retirant l'acte attaqué dans la présente affaire, la partie adverse en reconnaît l'illégalité », a constaté que le requérant formulait une demande d'indemnité réparatrice dans son mémoire en réplique, a invité la partie adverse à déposer le mémoire en réponse prévu à l'article 25/3, § 4, alinéa 1^{er}, du règlement général de procédure et a indiqué que la procédure relative à l'indemnité réparatrice sera poursuivie conformément à ce règlement.

L'arrêt n° 240.829 du 27 février 2018 a rouvert les débats, a chargé l'auditeur désigné par l'auditeur général adjoint de déposer un rapport complémentaire portant sur les conséquences qu'aurait l'arrêt de la Cour de cassation n° C.15.0465.F du 15 septembre 2017 sur la présente cause, et a accordé, à dater de la notification de ce rapport, un délai de trente jours aux parties pour déposer simultanément un dernier mémoire.

Les parties ont communiqué leurs observations le 13 avril 2018 dans le cadre de la mesure d'instruction diligentée par l'auditeur rapporteur.

M^{me} Claudine MERTES, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé le 26 avril 2019 un rapport complémentaire sur la base de l'article 25/3 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 13 septembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 25 octobre 2019.

M. Frédéric GOSSELIN, conseiller d'État, a fait rapport.

Le requérant, comparissant en personne, et M. Pierre BAILLY, conseiller, comparissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Claudine MERTES, premier auditeur, a été entendue en son avis.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans l'arrêt n° 233.102 du 1^{er} décembre 2015, précité.

IV. Incidence de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 2017 (C.15.0465.F)

IV.1. Derniers mémoires des parties

Le requérant fait valoir que l'article 11bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 (ci-après : les lois coordonnées) n'impose pas que l'illégalité soit constatée par le Conseil d'État ni « au travers d'un acte d'annulation » de celui-ci, et qu'il suffit, selon l'interprétation qu'il fait des travaux préparatoires, qu'il y ait nullité d'un acte pour que celle-ci puisse faire l'objet d'une indemnité réparatrice. Il estime que l'arrêt précité de la Cour de cassation « organise un débat entre deux concepts contradictoires qui ne ressortent nullement de la loi, mais simplement de l'alinéa 2 des travaux préparatoires de l'article 11bis des LCCE qui fait référence à “un arrêt ayant constaté l'illégalité” », et que la Cour de cassation « interprète cette précision de manière encore plus restrictive que ce qui est repris dans lesdits travaux préparatoires en imposant *in fine* que la nullité découle d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État pour qu'une indemnité réparatrice puisse être octroyée ». Il estime que « ledit arrêt ajoute une condition à l'exposé des motifs de l'art. 11bis des LCCE qui lui-même ajoute une condition à la loi » alors que le texte légal est « suffisamment clair pour qu'on ne puisse de quelque manière justifier la nécessité de l'éclairer au travers d'une lecture des travaux préparatoires qui, de toute façon, n'imposent pas la condition imposée par la Cour de cassation ». Il relève que l'arrêt n° 235.162 précise qu'« en retirant l'acte attaqué dans la présente affaire, la partie adverse en reconnaît l'illégalité », et observe que « cette constatation a bien été faite par le Conseil d'État dans un arrêt et cette phrase est dès lors parfaitement compatible avec la condition ajoutée à la loi dans les travaux préparatoires de l'article 11bis des LCCE qui fait référence à “un arrêt ayant constaté l'illégalité” ». Il fait valoir qu'en faisant référence, dans son arrêt, au fait que la partie adverse reconnaît l'illégalité de l'acte, le Conseil d'État constate également lui-même cette illégalité, de sorte qu'il est, selon lui, « pleinement satisfait non seulement au texte légal n'imposant aucune contrainte particulière, mais également auxdits travaux préparatoires qui ajoutent une condition à la loi ». Il relève que si le législateur avait souhaité exiger, pour l'octroi d'une indemnité réparatrice, qu'un acte ait fait l'objet d'un arrêt d'annulation, il aurait simplement dû le préciser dans le texte légal lui-même ou de manière explicite dans les travaux préparatoires.

Il estime encore que l'application stricte de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 2017 aboutirait à une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, parce qu'elle aurait pour effet que l'autorité

administrative ayant adopté une décision susceptible d'être annulée par le Conseil d'État pourrait, « de manière totalement potestative », empêcher le Conseil d'État de prononcer la nullité en retirant l'acte et éviter de ce fait tout paiement d'une indemnité réparatrice, alors qu'en cas d'annulation, une indemnité réparatrice aurait effectivement pu être imposée par le Conseil d'État. Il relève que l'auditeur rapporteur avait, « *in tempore non suspecto* [...] déjà spontanément évoqué cette discrimination en réponse aux arguments invoqués par le défendeur » et précise que « cela reviendrait à permettre l'application de deux traitements différents à deux situations suffisamment identiques (à savoir qu'un acte est illégal et qu'un préjudice a été subi par le requérant) à la seule distinction purement potestative que la nullité ait été reconnue par la partie adverse au travers d'un retrait d'acte plutôt qu'au travers d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État ». Il fait valoir que le retrait d'un acte contesté devant le Conseil d'État peut être assimilé à un aveu de nullité de la part de la partie adverse et il rappelle qu'en l'espèce, la note au Conseil des ministres accompagnant le projet d'arrêté royal retirant l'acte attaqué se réfère explicitement aux deux recours devant le Conseil d'État et n'évoque aucun autre argument que ces deux recours afin de justifier ce retrait et la désignation quasi immédiate des trois mêmes personnes aux mêmes fonctions. Il estime que c'est donc à juste titre que le Conseil d'État a constaté que la partie adverse « avait reconnu la nullité de l'acte au travers de son retrait ». Il rejoint en conclusion la proposition l'auditeur rapporteur de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, qu'il amende en ces termes :

« En ce qu'elle aboutit à traiter différemment des requérants ayant introduit un recours en annulation, la notion de préjudice du fait de l'illégalité de l'acte au sens de l'article 11bis LCCE, telle qu'interprétée par l'arrêt de la Cour de Cassation N° C.15.0465.F du 15 septembre 2017 viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle prive les requérants dont l'acte attaqué a été retiré de voir leur demande d'indemnité réparatrice examinée par le Conseil d'État ? »

Il considère enfin que « l'application stricte » des enseignements de l'arrêt de la Cour de cassation « aboutirait à [une] entrave grave au principe constitutionnel fondamental de séparation des pouvoirs », parce qu'elle « aboutirait à une annexion pure et simple du Conseil d'État, organe du pouvoir judiciaire, par le pouvoir exécutif puisqu'il permet, *in concreto*, au pouvoir exécutif (autorité administrative) d' "utiliser" le Conseil d'État comme un simple cabinet de conseil juridique lui permettant d'obtenir un premier avis juridique du Conseil d'État, au travers du rapport du premier auditeur précédent l'arrêt, et qui, dans la grande majorité des cas, prédit la teneur de l'arrêt du Conseil d'État. En effet, sur base du rapport du premier auditeur, l'autorité administrative dont la décision est attaquée pourra aisément appréhender le risque réel d'annulation de la décision querellée et, si ce risque est tangible, cette dernière pourra retirer cet acte. Dans ce contexte, l'arrêt de la Cour de cassation N° C.15.0465.F du 15 septembre 2017 ne modifie en

rien cette possibilité qu'a (et qu'avait) l'autorité administrative d'éviter une annulation en retirant l'acte querellé, mais l'application stricte des enseignements de cet arrêt lui permettrait, dorénavant, de le faire en toute impunité, c'est-à-dire en enlevant au Conseil d'État toute possibilité de forcer ladite autorité administrative qui opère un tel abus de pouvoir, à réparer le préjudice subi par le plaignant au travers de l'indemnité réparatrice que le Conseil d'État a le droit d'octroyer ».

La partie adverse observe que si, dans la grande majorité des cas, le retrait intervient en raison de l'existence d'une illégalité affectant l'acte attaqué, tel n'est pas toujours le cas. Elle estime qu'admettre que le retrait peut ne pas reposer sur une illégalité suffit à invalider le raisonnement de l'auditeur rapporteur et la « fiction juridique prétorienne imaginée » par celui-ci. Elle ajoute que ce n'est pas parce qu'il ne peut prononcer l'annulation d'un acte retiré que le Conseil d'État ne peut constater l'illégalité d'un tel acte, par exemple lors de l'examen de la validité du retrait intervenu. Elle se réfère à la doctrine pour considérer que la décision du Conseil d'État qui constate seulement le défaut d'objet du recours dirigé contre un acte retiré ne peut être assimilée à un arrêt d'annulation, de sorte que dans la perspective de l'action en indemnité réparatrice, il est dès lors préconisé que le Conseil d'État se prononce explicitement sur l'illégalité. Elle estime que cette position doctrinale permet aussi de neutraliser le risque de discrimination et rappelle que comme elle le soutenait dans son courriel du 13 avril 2018 répondant à la mesure d'instruction, « rien ne s'opposant à ce que le Conseil d'État constate, le cas échéant, l'illégalité d'un acte retiré, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce, il n'y a pas lieu de poser de question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur la problématique ». Elle se réfère aux arrêts de la Cour constitutionnelle n° 148/2018 du 8 novembre 2018 et n° 175/2018 du 6 décembre 2018, dont elle fait valoir que la doctrine « déduit que désormais le requérant a “la liberté de choisir, au terme de son recours en annulation, la meilleure voie pour obtenir réparation de son dommage puisqu'il n'a [...] plus à introduire prématurément une citation pour interrompre la prescription de son action civile et finalement se voir opposer l'exception *electa una via* s'il voulait, au bout du compte, demander une indemnité réparatrice devant le Conseil d'État” ». Elle ajoute que la même doctrine indique que « la jurisprudence de la Cour constitutionnelle permet, de manière générale, à tous les requérants de disposer du même délai de cinq ans à partir du prononcé de l'arrêt du Conseil d'État pour décider d'éventuellement introduire une action en responsabilité devant les juridictions de l'ordre judiciaire, quelle que soit la raison pour laquelle le Conseil d'État a rejeté leur demande en annulation », « en ce compris donc », selon la partie adverse, « en raison de la perte d'objet du recours à la suite du retrait de l'acte querellé comme en l'espèce ». Elle se réfère à l'arrêt de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État n° 244.015 du 22 mars 2019,

et le motif selon lequel « les moyens invoqués en vue de l'annulation doivent encore être examinés et l'illégalité éventuelle de la mesure d'ordre doit être constatée dans la mesure où cet examen et cette constatation sont nécessaires pour pouvoir statuer sur l'indemnité réparatrice demandée » et considère que cet arrêt accrédite sa thèse. Elle en conclut qu'il ne s'impose pas de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

IV.2. Appréciation

Par son arrêt n° C.15.0465.F du 15 septembre 2017, la Cour de cassation s'est prononcée comme suit :

« Aux termes de l'article 144, alinéa 1^{er}, de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. Toutefois, poursuit le second alinéa de cette disposition, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions.

L'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, inséré dans ces lois par l'article 6 de la loi du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, dispose, en son alinéa 1^{er}, que toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence, et, en son alinéa 2, que la demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité et qu'il est statué sur cette demande dans les douze mois qui suivent cette notification.

Il suit de ces dispositions qu'une demande d'indemnité réparatrice suppose qu'une illégalité soit constatée par un arrêt du Conseil d'État statuant sur un recours en annulation visé à l'article 14, § 1^{er} ou § 3, desdites lois coordonnées.

En vertu de l'article 40 de la loi du 6 janvier 2014 déjà citée, ledit article 11*bis* s'applique dès son entrée en vigueur, fixée au 1^{er} juillet 2014 par l'article 73 de cette loi, aux demandes d'indemnités réparatrices liées aux recours introduits à partir de cette date en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, précité, ou aux arrêts prononcés à partir de cette date en application de cet article 14, § 1^{er} ou § 3.

L'arrêt attaqué constate que le défendeur a formé devant le Conseil d'État une demande en suspension et un recours en annulation de la décision du demandeur du 1^{er} juillet 2013 refusant de lui délivrer une carte d'identification d'agent de gardiennage au sens de la loi du 10 avril 1990 relative à la sécurité privée et particulière; que, par l'arrêt n° 225.305 du 31 octobre 2013, cette juridiction, jugeant sérieux le premier moyen invoqué par le défendeur, a ordonné la suspension de l'acte attaqué; que celui-ci a été retiré le 26 novembre 2013 par son auteur, qui a pris le 19 décembre 2013 une nouvelle décision en vertu de laquelle la carte d'identification sollicitée a été délivrée au défendeur le 7 janvier 2014, et que, par l'arrêt n° 228.108 du 24 juillet 2014, le Conseil d'État a déduit de ces faits "que le recours a perdu son objet, qu'il n'y a plus lieu de statuer et que la suspension ordonnée par l'arrêt [du 31 octobre 2013] doit être levée".

Pour écarter le déclinatoire du demandeur faisant valoir que “le Conseil d’État n’est pas compétent pour [...] connaître” de la demande d’indemnité réparatrice formée le 22 septembre 2014 par le défendeur dès lors que, les conditions d’application *ratione temporis* de l’article 11bis, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d’État n’étant pas réunies, seuls les cours et tribunaux de l’ordre judiciaire peuvent connaître d’une demande en réparation du dommage allégué, l’arrêt attaqué considère que “l’arrêt de suspension [du 31 octobre 2013] a jugé un moyen sérieux, ce qui ‘constate’ une illégalité, fût-ce *prima facie* et au provisoire; [...] que le retrait [de l’acte attaqué] ne peut s’expliquer que par le ralliement [du demandeur] à la teneur [de cet] arrêt [...]; que, par l’arrêt [...] du 24 juillet 2014, le Conseil d’État a pris acte de ce retrait, observant notamment que [le demandeur] avait porté à sa connaissance que ‘c’est à la suite de l’arrêt [du 31 octobre 2013]’ qu’[il] avait retiré la décision attaquée; qu’ainsi l’arrêt [...] du 24 juillet 2014 a constaté que [le demandeur] a reconnu l’illégalité retenue comme moyen sérieux par l’arrêt de suspension et, nécessairement, la réalité de cette illégalité”.

En tenant l’arrêt qui constate la perte d’objet du recours en annulation du défendeur en raison du retrait de l’acte attaqué pour “un arrêt qui constate une illégalité au sens de cet article” et en en déduisant que “la demande d’indemnité réparatrice est recevable», l’arrêt attaqué viole les dispositions constitutionnelles et légales précitées” ».

En l’espèce, l’arrêt n° 235.162, prononcé avant l’arrêt de la Cour de cassation, a considéré ce qui suit:

- « Considérant que l’acte attaqué a été retiré avant qu’un rapport ne soit déposé sur le recours en annulation; que le rapport déposé dans l’affaire enrôlée sous le n° A. 216.253/VIII-9735 portant sur le même arrêté royal n° 4 du 16 avril 2015 et qui conclut à son annulation, ne peut être considéré comme étant à l’origine du présent retrait puisque celui-ci a été déposé le jour même dudit retrait, soit le 24 février 2016; que tel pourrait, par contre, bien être le cas du rapport déposé le 25 novembre 2015 dans l’affaire enrôlée sous le n° 216.258/VIII-9737, fondé sur l’article 93 du règlement général de procédure, qui conclut à l’annulation, sur la base d’une argumentation similaire à celle reprise dans le rapport déposé dans l’affaire inscrite sous le n° A. 216.253/VIII-9735, d’un arrêté royal qui porte également la date du 16 avril 2015, désignant des fonctionnaires appartenant au rôle linguistique français comme membres francophones du collège de dirigeants du service de conciliation fiscale et qui a également fait l’objet d’un retrait par un arrêté royal du 16 février 2016, acté par l’arrêt n° 234.854 du 25 mai 2016; qu’il ressort de ces différents éléments qu’en retirant l’acte attaqué dans la présente affaire, la partie adverse en reconnaît l’illégalité ».

Cet arrêt, qui clôt définitivement la procédure en annulation, dispose notamment en son article 4 :

- « Lors de la notification du présent arrêt, la partie adverse sera invitée à déposer le mémoire en réponse prévu à l’article 25/3, § 4, alinéa 1^{er}, du règlement général de procédure et la procédure relative à l’indemnité réparatrice sera poursuivie conformément à ce règlement ».

L’article 25/3 du règlement général de procédure, tel qu’en vigueur au moment où l’arrêt n° 235.162 a été prononcé, est libellé comme suit:

- « [...] »

§ 2. Lorsque la demande d'indemnité réparatrice est formée au cours de la procédure en annulation, l'examen de cette demande est tenu en suspens jusqu'à l'arrêt qui statue définitivement sur le recours en annulation.

§ 3. Si aucune illégalité n'est constatée, l'arrêt qui clôt la procédure en annulation rejette aussi la demande d'indemnité réparatrice.

§ 4. Lorsque la demande d'indemnité réparatrice est formée dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité ou la correction de celle-ci par application de la boucle administrative, ou si cette demande a été tenue en suspens et n'a pas été rejetée conformément au paragraphe 3, le greffier en chef envoie une copie de la demande à la partie adverse. La partie adverse a soixante jours pour transmettre au greffe un mémoire en réponse. Le greffier en chef transmet une copie du mémoire en réponse à la partie demanderesse d'indemnité ou l'informe de l'absence de mémoire en réponse. La partie demanderesse d'indemnité a soixante jours pour faire parvenir au greffe un mémoire en réplique ou ampliatif. Une copie de celui-ci est transmise par le greffier en chef à la partie adverse.

Il est ensuite procédé conformément aux articles 11, 12 à 14^{bis}, 14^{sexies}, premier et deuxième tirets, 16, 17 et 19 à 25. Le rapport sur la demande d'indemnité réparatrice est transmis au greffe dans le mois du jour où le membre de l'auditorat désigné est en possession des mémoires et du dossier complet de l'affaire. La demande de poursuite de la procédure visée à l'article 14 n'est pas applicable à la procédure de demande d'indemnité réparatrice. Le dernier mémoire déposé après le délai de trente jours est écarté d'office des débats ».

En l'espèce, à la différence de ce qui a été constaté dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité de la Cour de cassation, l'arrêt n° 235.162 n'a pas rejeté la demande d'indemnité réparatrice mais a invité la partie adverse à déposer le mémoire prévu à l'article 25/3, § 4, alinéa 1^{er}, du règlement général de procédure, ce qui implique nécessairement qu'il a constaté une illégalité dès lors que, dans le cas contraire, il aurait dû rejeter la demande d'indemnité réparatrice, conformément au paragraphe 3 de cette disposition.

Par conséquent, le Conseil d'État, en ne rejetant pas la demande d'indemnité réparatrice dans son arrêt n° 235.162 qui clôt la procédure en annulation, a bien constaté l'illégalité de l'acte attaqué. L'examen de la demande d'indemnité réparatrice doit donc être poursuivi.

V. Réouverture des débats

En raison des modifications survenues dans la composition du siège depuis l'audience du 23 février 2018 à la suite de laquelle a été prononcé l'arrêt n° 240.829 du 27 février 2018, il y a lieu d'ordonner la réouverture des débats pour permettre aux parties de faire valoir leurs observations orales sur les autres aspects de la demande d'indemnité réparatrice.

VI. Dépersonnalisation

Dans sa requête en annulation, la partie requérante sollicite la dépersonnalisation du présent arrêt.

Selon l'article 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 7 juillet 1997 relatif à la publication des arrêts et des ordonnances de non-admission du Conseil d'État, toute personne physique partie à un litige porté devant le Conseil d'État peut requérir dans la requête et, le cas échéant, jusqu'à la clôture des débats que, lors de la publication de l'arrêt ou de l'ordonnance, l'identité des personnes physiques ne soit pas mentionnée.

Rien ne s'oppose à cette demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Lors de la publication du présent arrêt, l'identité des personnes physiques ne sera pas mentionnée.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre,
le cinq novembre deux mille dix-neuf, par :

Luc DETROUX,
David DE ROY,
Frédéric GOSSELIN,
Florence VAN HOVE,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence VAN HOVE

Luc DETROUX