

LA PROCEDURE D'ELABORATION DES ACTES DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES *

par

MM. H. BUCH et M. DUMONT

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. - La présente étude est fondée sur la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique telle qu'elle s'est créée et consolidée au fil des litiges dont cette institution a eu à connaître. Aussi, plutôt que d'utiliser les termes « actes administratifs », a-t-il paru préférable de s'en tenir à la terminologie de la loi du 23 décembre 1946 organique du Conseil d'Etat de Belgique. L'article 9 de cette loi dispose : « la section d'administration statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre *les actes et règlements des diverses autorités administratives* ou contre les décisions contentieuses administratives ». L'expression a ainsi acquis un contenu juridique suffisamment précis pour que l'on puisse en faire usage.

A) *Le concept d'autorité administrative.* — Le concept d'autorité administrative, tel qu'il est actuellement reçu dans la jurisprudence et la doctrine belge, est l'oeuvre du Conseil d'Etat. Ce concept, que la Cour de Cassation a repris, a été défini en ces termes par M. le Procureur général HAYOIT DE TERICOURT : « ... ont le caractère d'autorités administratives, visées par l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946, les institutions ou organes, ne ressortissant pas au pouvoir judiciaire ou au pouvoir législatif, créées par un pouvoir public pour assurer un service public ou d'intérêt public, dont le pouvoir public établit et peut modifier les règles d'organisation et de fonctionnement, ou statuts, et à qui est conféré le pouvoir de prendre des décisions ayant effet à l'égard de tiers. Précisément parce que le pouvoir de décision est l'une des caractéristiques de l'autorité administrative, ce ne sont que les actes se rattachant à l'exercice de ce pouvoir qui sont soumis au contrôle du Conseil d'Etat » (1). Ainsi se trouvent justifiés à la fois les deux termes de l'expression « autorité administrative » : le caractère administratif et le caractère d'autorité.

B) *La notion d'acte.* — L'interprétation que le Conseil d'Etat a donnée à

(*) Le présent rapport a été préparé pour la réunion des Conseils d'Etat italien et belge, tenue à Bruxelles le 7, 8 et 9 décembre 1964.

(1) Conclusions inédites sous Cassation, 27 novembre 1957, S. N. B. c/ *Henrard*. Voir également H. BUCH, *Le contrôle juridictionnel des actes administratifs*, dans *Journal des tribunaux*, 1957, p. 1-5; E. de BETHUNE, *Essai de définition de certaines autorités administratives au Congo*, dans *Journal des tribunaux d'outre-mer*, 1959, p. 1-2. Ce serait sortir du cadre de ce rapport que d'analyser la portée des critères de l'autorité administrative et de les discuter. On observera cependant que la jurisprudence à la fois reconnaît le caractère d'autorités administratives à des personnes privées chargées d'une mission de droit public et ne considère pas comme actes des autorités administratives les actes où une autorité intervient selon les procédés du droit privé (voir sur cette question M. DUMONT, note *sub* Trib. civil de Bruxelles, 16 novembre 1960, dans *Annales du notariat et de l'enregistrement*, 1961, p. 184-209).

l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946 a pour effet de restreindre le sens du terme « acte ». Il ne s'agit pas en effet de tout acte juridique quelconque posé par l'administration.

Une première limitation résulte de la lecture du texte même de la loi. Celle-ci fait une distinction nette entre « actes des autorités administratives » et « décisions contentieuses administratives ». La jurisprudence, qui se fonde sur les travaux préparatoires de la loi, a réservé l'expression « décisions contentieuses » aux décisions juridictionnelles. Des « actes » sont, dès lors, exclues les décisions des juridictions administratives.

La question de savoir ce qu'est l'acte juridictionnel est complexe, en raison spécialement du manque de structure ordonnée des juridictions administratives en Belgique.

Il paraît toutefois utile de rappeler que, dans la conception belge, l'administration est le premier interprète des lois et règlements; s'il est vrai qu'elle n'est pas juge puisqu'elle est partie, elle n'en doit pas moins, en raison même de la charge qu'elle a de l'intérêt général, veiller à donner à la règle de droit toute la portée que ses auteurs ont voulu lui conférer. Ainsi les « actes des autorités administratives » n'ont pas un caractère juridictionnel; ils n'en doivent pas moins constituer une interprétation impartiale donnée par l'autorité compétente aux normes juridiques.

La deuxième restriction résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

De manière sinon expresse, du moins certaine, le Conseil d'Etat considère que l'acte est une décision de la seule autorité administrative: « l'acte » a donc un caractère unilatéral, ce qui exclut de cette catégorie les contrats administratifs.

Enfin, troisième limitation, l'acte au sens de l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946 doit avoir le caractère d'une décision. Et il n'y a décision que si l'acte modifie, par lui-même, la règle de droit ou une situation juridique particulière. L'acte préparatoire tel que l'avis ou la proposition, l'acte de pure exécution tel que la notification ou la publication, ne sont pas considérés par le Conseil d'Etat comme des « actes des autorités administratives ».

C) *L'élaboration des actes des autorités administratives.* — L'élaboration des actes des autorités administratives peut être étudiée de deux points de vue également intéressants. On peut la considérer en fait ou en droit.

Personne n'ignore que l'acte qui se présente formellement comme la manifestation unilatérale de la volonté de l'autorité publique n'est souvent que le résultat de demandes, de démarches émanant de l'administré, d'accords entre l'administré et l'autorité, d'accords entre administrés que l'autorité se borne à entériner, etc. ... Les lettres patentes des rois de France et des ducs de Bourgogne au moyen âge et sous l'ancien régime prenaient souvent soin de rappeler ces demandes, démarches, accords, auxquels le souverain jugeait bon de faire droit. Les règlements et arrêtés individuels de notre époque se présentent plus sèchement. On n'y retrouve généralement pas la trace des rapports sociaux qu'ils normalisent ou règlent, ou des sollicitations des administrés. Ce silence est la conséquence de la conception abstraite que le droit moderne se fait de la règle juridique.

Mais il en va autrement lorsqu'un acte n'est valide que si son élaboration s'est faite dans le respect d'une procédure comprenant notamment la proposition ou l'avis d'une autorité autre que celle qui le prend; ou encore que si des particuliers ou des groupements privés ont formulé des demandes. Dans ce cas, l'acte relate généralement ces présentations, avis, demandes et requêtes. Il arrive même que le texte de l'acte doive mentionner l'accomplissement des formalités et indiquer le sens des actes préparatoires.

Une telle procédure est généralement qualifiée de « procédure non contentieuse ». Elle peut être prescrite par la loi, par le règlement. Lorsque la procédure non contentieuse tend à se généraliser, les formalités d'élaboration des actes présentent un grand intérêt même pour d'autres que le juriste. Elles permettent notamment de déterminer où gît, dans une nation, le véritable pouvoir, ou de déceler des formes de démembrement du pouvoir de l'Etat. Mais ce n'est pas notre propos que d'examiner cet aspect du problème.

Ce qui doit retenir plus spécialement l'attention des juridictions de deux pays différents qui confrontent leurs conceptions, ce sont les remèdes aux inévitables imperfections et lacunes de la procédure préalable. Que fait le juge administratif italien ou belge dans un système généralisé de procédure non contentieuse si la loi ou le règlement ne prévoient aucune formalité pour un acte déterminé ou ne règlent qu'imparfaitement la procédure? Au-delà de cette constatation, et par une sorte de décalque de l'article 4 du Code civil Napoléonien (2), le juge administratif supplée-t-il au silence de la loi?

Pour remédier aux insuffisances du système de procédure non contentieuse en vigueur, établit-il des règles d'interprétation ou va-t-il jusqu'à dégager de l'ensemble des normes existantes, des principes généraux grâce auxquels il étaiera des solutions jurisprudentielles?

C'est à l'examen de ces problèmes qu'est consacré le présent rapport.

D) *Procédure et formes*. — On peut distinguer deux grandes étapes dans la procédure d'élaboration des actes des autorités administratives.

Avant l'acte se place: l'intervention d'autorités ou d'organismes différents de l'autorité qui prend l'acte, ou se produisent des dialogues entre l'autorité administrative et des administrés.

Au moment de manifester sa volonté en prenant l'acte, l'autorité est tenue d'imprimer à celui-ci certaines caractéristiques (3).

Dans la première étape se manifeste l'aspect préparatoire que paraît impliquer le terme procédure; la seconde étape comprend la décision prise sous des formes sans lesquelles l'acte est inexistant ou irrégulier.

Procédure antérieure à l'acte, formes de l'acte, tels sont les deux aspects sous la forme d'un acte. La procédure couvre la délibération, la discussion du Belgique. Les termes « procédure » et « forme » seront donc employés dans les acceptions plus étroites que celles qui sont généralement les leurs et dans lesquelles elles apparaissent interchangeables.

La distinction de la « procédure » et de la « forme » est en rapport avec les deux moments de l'élaboration d'une décision administrative exprimée sous la forme d'un acte. La procédure couvre la délibération, la discussion du but et l'objectif que l'autorité poursuit, des moyens et des instruments qu'elle se propose d'utiliser.

La forme est le moule juridique de la volonté de l'autorité administrative.

La conjonction de ces deux éléments de la décision administrative, les connexions de la procédure préalable à l'acte et de la forme de l'acte lui-même et les rapports qui naissent entre les deux constituent sans doute un problème des plus intéressants. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans les conclusions de ce rapport.

CHAPITRE PREMIER. - AVANT L'ACTE: LA PROCEDURE. - L'INITIATIVE DE L'ACTE. — En principe, l'autorité appelée à prendre l'acte a l'initiative de la procédure qui doit y aboutir. Ainsi l'autorité investie du pouvoir de nommer en procédant à

(2) Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

(3) Le présent rapport ne s'occupe pas des mesures d'exécution.

un choix parmi les candidats que lui présentent une ou plusieurs autres autorités, a le pouvoir de requérir de ces autorités les présentations qui lui permettent d'user de son pouvoir de nomination.

Il ne faut pas confondre avec le droit d'initiative le cas où l'autorité administrative ne peut que donner ou refuser force obligatoire à la décision d'un organisme qui n'est pas nécessairement une autorité administrative.

Ainsi en vertu de l'article 12 de l'arrêté-loi du 9 juin 1945 fixant le statut des commissions paritaires, « à la demande de la Commission (paritaire) ou d'une organisation représentative un arrêté royal peut donner force obligatoire aux décisions prises (par une commission paritaire) ». Les commissions paritaires ne sont pas des autorités administratives (4): sans arrêté royal, leurs décisions n'ont pas la force obligatoire. Mais sans décision de commission paritaire, le Roi n'a pas, en principe, de pouvoir réglementaire dans les matières qui relèvent de la compétence des commissions paritaires.

Dans le même ordre d'idées, on aura égard à l'article 1er de la loi du 24 décembre 1958 permettant d'instituer des conditions d'exercice de la profession dans les entreprises de l'artisanat, du petit et du moyen commerce et de la petite industrie.

Cette disposition porte que: « dans les entreprises de l'artisanat, du petit et du moyen commerce et de la petite industrie, le Roi peut, à la demande d'une Fédération professionnelle et de l'avis favorable du Conseil supérieur des Classes moyennes instaurer des conditions d'exercice de la profession dans le secteur intéressé de ladite Fédération ».

Dans ces deux cas, il n'y a pas d'initiative dans le chef de l'autorité administrative. Mais le pouvoir de l'autorité peut varier. Il peut consister dans le choix de l'attribution ou du refus de la force obligatoire à la décision de l'organisme. Il peut aller jusqu'à fixer les mesures d'exécution de la réglementation nouvelle qu'on lui demande d'établir.

Le pouvoir de l'autorité peut même être modalisé. Il ne suffit pas, pour que le Roi accueille une demande de réglementation économique de la production qu'il ait été saisi d'une demande; il faut encore que les autorités ou le Conseil du contentieux économique n'aient pas émis d'avis défavorable.

Le pouvoir d'initiative reconnu en principe à l'autorité qui édicte l'acte n'a pas fait l'objet de jurisprudence marquante. On observe qu'il ne s'agit pas en l'occurrence d'un démembrement de la compétence de l'autorité qui a le pouvoir d'édicter la réglementation. Les matières où la loi subordonne l'exercice du pouvoir exécutif à une demande d'un groupement privé sont du domaine de la loi. La loi qui attribue en ces matières un pouvoir réglementaire au Gouvernement se borne à subordonner l'exercice de cette compétence à une condition.

L'ACTE CONJOINT DE PLUSIEURS AUTORITÉS. — En regard des actes dont l'initiative échappe à une autorité, mais qui relèvent de la volonté d'une seule autorité, il existe une catégorie d'actes qui requièrent la volonté conjointe de plusieurs autorités.

Ici il faut distinguer suivant la nature de l'intervention des diverses autorités dont le concours est prescrit:

— l'acte émane de plusieurs autorités;

— l'acte émane d'une autorité, mais celle-ci ne peut le prendre que de l'accord ou de l'avis conforme, ou de l'avis favorable (5) d'une autre autorité;

— l'acte émane d'une autorité, mais celle-ci ne peut le prendre que sur la proposition, ou sur la présentation d'une autre autorité;

(4) Conseil d'Etat: *Senten.*, n° 1539, et *Vereniging van kolenhandelaars der provincie Antwerpen et consorts*, n° 1543, du 7 mai 1952, et *Félix*, n° 9011, du 5 décembre 1961,

(5) Ces expressions sont équivalentes,

— l'acte d'une autorité doit être contresigné par une autre autorité.

A) *L'acte émane de plusieurs autorités.* — Tel est le cas de l'arrêté inter-ministériel.

L'obligation imposée à l'autorité de prendre collectivement la décision, a pour but de donner une garantie supplémentaire aux administrés. Tel est le cas pour les réquisitions militaires. Aux termes de l'article 132 de l'arrêté royal du 3 mai 1939, « la réquisition des exploitations et établissements privés dénommés aux articles 4 et 5 de la loi du 12 mai 1927 est notifiée à l'exploitant ou à son représentant pas les autorités déléguées par les ministres de la Défense nationale, des Affaires économiques, du Travail et de la Prévoyance sociale, de l'Agriculture et des Travaux publics et de la Résorption du chômage collectivement ». Ainsi que le dit un arrêt: « le législateur a voulu une protection spéciale au bénéfice de ces établissements, en raison de leur importance pour la vie économique du pays ».

B) *L'acte pris par une autorité doit recueillir l'accord, l'avis conforme ou l'avis favorable d'une autre autorité.* — Il y a des divergences quant à la nature d'une telle procédure.

Pour certains arrêts, l'omission d'un accord, d'un avis conforme ou d'un avis favorable, constitue un vice de forme. Pour d'autres arrêts, cette omission constitue un excès de pouvoir ou plus exactement « ... l'omission de cette forme substantielle entache la décision attaquées d'excès de pouvoir ».

L'on notera à ce sujet que l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946 mentionne séparément la violation des formes et l'excès de pouvoir.

C) *L'acte pris par une autorité sur la proposition ou sur la présentation d'une autre autorité* (6) - *Nature de la proposition.* — Des arrêts récents ont dégagé la véritable nature de la proposition, et particulièrement établi la distinction entre la proposition, d'une part, et le simple avis, d'autre part. La proposition lie l'autorité qui décide, l'avis ne lie pas celle-ci. Ainsi « la nomination subordonnée par les lois et règlements à une proposition faite par une autorité autre que celle qui nomme, ne peut se confondre avec la nomination sur avis d'une telle autorité; ... dans ce dernier cas, l'autorité consultée n'a d'autre prérogative que de donner son avis sur les membres du personnel susceptibles d'être nommés, alors que l'autorité chargée de faire des propositions en vue d'une nomination peut limiter le choix de l'autorité investie du pouvoir de nomination aux agents qu'elle propose ». En revanche, l'autorité qui le reçoit excéderait ses pouvoirs en se considérant comme liée par un simple avis.

Ce qui est moins clair, c'est de savoir si l'omission de la proposition constitue un vice de forme ou un excès de pouvoir. Un arrêt fait même de l'omission d'une proposition un cas d'incompétence, qui peut être soulevé d'office.

Toutefois, la procédure de la proposition ne peut avoir pour effet de juguler l'autorité qui a le pouvoir de décision. Cette autorité peut renvoyer la proposition à ses auteurs et leur demander d'en formuler de nouvelles. Le refus de formuler des propositions ne peut lui non plus paralyser l'autorité. A fortiori en est-il ainsi en cas d'impossibilité de faire des propositions.

La proposition ou la présentation est généralement considérée substantielle. — Mais le caractère substantiel se perd lorsque, ainsi qu'on l'a déjà vu, l'absence de proposition empêche l'autorité compétente d'agir. Certaines dispositions réglementaires ont d'ailleurs prévu le cas.

Contenu de la proposition. — Il n'y a pas sur ce point de conception formaliste dans la jurisprudence. Il est satisfait à la formalité dès que l'autorité qui propose a été saisie de la question, a formulé une proposition et,

(6) Il n'y a pas, quant à leur portée, de différence sensible entre la proposition et la présentation. Nous employerons dès lors le premier terme,

éventuellement, a laissé à son administrateur général le soin de la compléter.

Caducité de la proposition. — La proposition devient caduque lorsque de nouvelles conditions de nomination interviennent régulièrement, et doivent être suivies d'une nouvelle présentation de candidats.

Forme. — Là encore, le Conseil d'Etat ne se livre à aucun formalisme.

Tardivité. — La proposition tardive est valable si, intervenant avant l'acte, elle n'a pas entravé l'action de l'administration.

Qu'en est-il des régularisations de propositions? — La proposition d'un agent qui ne remplit pas les conditions de nomination du fait qu'il n'a pas réussi l'examen requis, n'est pas valable; le vice de forme qui entache une telle proposition ne peut être couvert par la circonstance que l'agent intéressé a réussi l'examen postérieurement à la proposition mais avant la nomination.

Mais l'on admet aussi que la régularisation peut intervenir par l'accord donné ultérieurement par l'autorité qui aurait dû faire la proposition.

D) *L'acte qu'une autorité doit soumettre au contreseing d'une autre autorité.* — Sans nul doute, le contreseing ministériel des actes du Roi prévu par l'article 64 de la Constitution (7) tient à la substance même de l'acte.

Lorsqu'il est prescrit, le contreseing du ministre qui a des attributions déterminées, est une formalité substantielle; mais la disposition qui le prescrit n'est pas nécessairement d'ordre public.

Et le contreseing n'est pas substantiel s'il n'est prescrit que dans l'intérêt de l'administration.

L'ACTE QUE L'AUTORITÉ NE PEUT PRENDRE QUE DE L'AVIS D'UNE AUTRE AUTORITÉ. -

A) *Nature de l'avis.* — A la différence de la proposition ou de la présentation, l'avis ne lie pas l'autorité qui décide, *a fortiori*, lorsque l'avis n'a pas été prescrit.

Il n'y a pas d'unanimité sur la nature du vice qui affecte la procédure d'avis. La plupart des arrêts le considèrent comme vice de forme, mais certains arrêts y voient un excès de pouvoir.

B) *Caractère substantiel de l'avis.* — Le caractère substantiel ou non substantiel de l'avis est justifié de diverses manières par la jurisprudence: celle-ci tient compte en effet de la législation applicable. Lorsque l'avis est prescrit par une disposition impérative, il devient une formalité substantielle, au point que le moyen tiré de son absence doit être soulevé d'office.

Pour certains arrêts, la disposition qui prescrit un avis comme une formalité substantielle n'est pas nécessairement d'ordre public.

L'avis qui n'est prescrit que par une circulaire n'est évidemment pas substantiel.

Le caractère substantiel d'un avis peut-il être déduit de l'usage? C'est ce que semble admettre un arrêt qui dit que le requérant n'établit pas l'existence d'un usage ayant l'autorité d'une règle de droit en la matière.

Certains arrêts déduisent le caractère substantiel de l'avis du seul fait qu'il est prescrit.

D'autres encore admettent que l'avis peut être requis en vertu de la théorie de l'acte contraire. Ils y apportent toutefois une réserve importante, d'ailleurs tout à fait logique. L'acte « contraire » ne doit pas seulement avoir l'effet opposé de l'acte original, il doit avoir le même fondement. L'acte de nomination apprécie les mérites individuels du titulaire d'une charge d'enseignement. Aussi, quand le retrait de cette charge ne tient pas à des motifs d'ordre individuel, il ne doit pas être précédé des mêmes avis que ceux qui étaient requis pour la nomination. D'autre part, le principe de droit suivant

(7) «Aucun acte du Roi ne peut avoir d'effet s'il n'est contresigné par un Ministre qui, par seul, s'en rend responsable».

lequel un acte, lorsqu'il a été entouré de certaines formalités, ne peut être mis à néant que moyennant l'accomplissement des mêmes formalités, ne s'applique qu'autant qu'il s'agisse de formalités obligatoires.

Le but de l'avis est lui aussi un critère du caractère substantiel de celui-ci.

En principe, l'avis qui n'est prévu que dans l'intérêt de l'administration à laquelle il est destiné ne constitue pas une formalité substantielle. L'on ne peut invoquer la non-observation des règles de discipline intérieure.

En revanche, la formalité de l'avis est substantielle quand l'avis est prévu à la fois dans l'intérêt de l'administration et dans l'intérêt de l'autorité consultée ou d'une catégorie d'administrés que l'acte concerne particulièrement. Ces administrés peuvent être des agents de la fonction publique ou des particuliers. L'on notera une conséquence de cette jurisprudence: lorsqu'une modification du cadre du personnel d'une administration doit être soumise à un organisme consultatif, et que la formalité est ainsi prescrite dans l'intérêt du personnel, l'omission ne peut en être réparée par un arrêté ultérieur modifiant le cadre du personnel.

On doit aussi relever que certains arrêts se bornent à affirmer le caractère substantiel de l'avis sans donner de justification de cette conception. Il faut dire que dans bien des cas celle-ci paraît logique: qui n'admettrait le caractère substantiel des avis des supérieurs hiérarchiques concernant l'aptitude des officiers à exercer le grade pour lequel ils sont proposés? Il n'en reste pas moins que cette appréciation ne se fonde sur aucune disposition légale ou réglementaire.

Il faut tirer hors pair un genre d'avis que le pouvoir exécutif doit recueillir. C'est l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat. En vertu de l'article 2 de la loi organique du 23 décembre 1946, l'avis de cette section doit être recueilli sur « le texte de tous avant-projets de lois ou d'arrêtés d'exécution, organiques et réglementaires ». Nous ne nous étendrons pas sur cette procédure qui fait l'objet d'un autre rapport présenté à ce colloque. Nous nous bornons à rappeler que cet avis constitue une formalité substantielle et que la section d'administration du Conseil d'Etat statuant au contentieux soulève d'office l'absence d'avis de la section de législation.

C) *L'avis facultatif*. — L'autorité qui doit prendre l'acte peut demander des avis que rien ne lui prescrit de recueillir: en principe toute autorité peut s'entourer des avis qu'elle juge nécessaires pour autant qu'une pareille consultation ne soit pas interdite. Notamment, la faculté pour l'autorité statuant en degré d'appel, d'ordonner de nouveaux devoirs destinés à parfaire son information, participe de la nature même de tout recours. Dès lors, la consultation surabondante n'entraîne pas la nullité de la consultation obligatoire: et il en est *à fortiori* ainsi lorsqu'un avis, loin de faire grief au fonctionnaire intéressé, lui a permis d'exposer ses moyens de défense.

Mais il va de soi que l'autorité ne peut être contrainte, notamment par une autorité de tutelle, de prendre des avis qui ne sont pas prescrits, plus particulièrement lorsqu'une telle obligation constituerait une ajoutée à la loi.

Et il est tout aussi clair que l'avis facultatif ne peut avoir pour effet de dispenser l'autorité de recueillir les avis obligatoires: ce faisant elle violerait une forme substantielle.

D) *L'autorité qualifiée pour donner l'avis*. — L'avis n'est régulier que s'il émane de l'autorité désignée pour le donner. Ainsi, lorsque l'avis du supérieur hiérarchique doit être recueilli, celui-ci est seul qualifié pour le donner. De même l'avis d'un membre d'un collège ne peut être substitué à l'avis que le collège aurait dû émettre.

D'ailleurs, comme nous le verrons à l'occasion de l'étude de la procédure

des collègues administratifs, l'autorité qui doit émettre l'avis doit être composée régulièrement si elle est collégiale.

Toute autorité administrative se doit d'être impartiale; l'intérêt général est la condition même de la légalité de son activité. Aussi, et sans que l'on puisse parler d'un préjugé favorable, faut-il admettre que la partialité des fonctionnaires et agents de l'administration ne se présume pas, pas plus d'ailleurs que la mauvaise foi d'un particulier. Une telle présupposition aurait pour effet de paralyser l'action administrative. C'est pourquoi un médecin de l'Etat qui a examiné un agent au cours « de la tutelle sanitaire » peut parfaitement donner son avis sur la mise à la pension de cet agent. On notera que le Conseil d'Etat a admis qu'il est d'usage constant de demander l'avis d'un haut magistrat sur les personnes qui exercent leurs fonctions sous son autorité.

E) *De l'ordre dans lequel les avis doivent être donnés.* — L'ordre des avis peut avoir des répercussions: les premiers peuvent influencer sur ceux qui les suivent.

En l'absence de dispositions légales ou réglementaires, les avis ne doivent pas être recueillis dans un ordre déterminé. Dans les cas où l'ordre résulte de textes ou même de l'économie de la loi, il doit être respecté.

F) *De la manière dont la demande d'avis est formulée.* — Le contenu d'une telle demande ne peut être fixé de manière rigide. Ce qu'il faut, c'est que la demande soit formulée de telle sorte que l'autorité consultée soit à même de donner son avis en connaissance de cause.

Ainsi, le Gouvernement n'est pas tenu de transmettre à un comité de consultation syndicale le texte même des avant-projets d'arrêtés; mais il faut que les questions aient trait aux dispositions projetées, que la demande d'avis porte de manière concrète sur la réglementation projetée. S'il résulte de la modification du projet, intervenue postérieurement à la consultation, que l'autorité avait l'intention de soustraire les problèmes à la connaissance de l'organisme consultatif, il y aurait violation des dispositions imposant la consultation. Dans le même ordre d'idées, il faut que l'autorité communique les renseignements que lui demande l'organe consulté et qu'elle ne rende pas impossible toute discussion de l'avis.

De même, il n'y a pas, à défaut de texte, de forme déterminée pour solliciter l'avis d'une commission paritaire.

Mais en contrepartie, la violation des formes prescrites entraîne l'annulation de l'acte pris sur base d'un avis donné dans de telles conditions. Fonder une décision sur l'avis d'une commission irrégulièrement saisie, c'est commettre une violence des formes substantielles que le Conseil d'Etat n'hésite pas à relever d'office.

Bien entendu, le ministre qui reconsidère les besoins d'un service est en droit de demander un nouvel avis.

G) *Moment et contenu de l'avis.* — L'avis peut être demandé à tout moment, à condition d'être antérieur à l'acte de l'autorité. Quant à son contenu, il doit évidemment porter sur l'objet de la consultation. Mais son contenu est aussi valide si l'organe consulté constate sa propre incompétence ou rejette le projet dans son ensemble.

H) *Forme de l'avis.* — Dans certains cas, lorsqu'il s'agit de l'avis motivé qu'une autorité doit donner à une autre autorité administrative, le Conseil d'Etat estime que la forme écrite s'impose. Mais la proposition d'un supérieur hiérarchique peut parfaitement être formulée verbalement.

Un problème plus important est celui de la motivation.

Celle-ci constitue de toute manière une garantie sérieuse pour celui dans l'intérêt de qui l'avis est prescrit.

Dans sa motivation, l'avis doit être suffisamment précis et indiquer les

raison de sa position. L'ambiguïté doit en être exclue, de même que la contradiction. Quand il s'agit d'un avis collégial, la motivation peut résulter des motifs invoqués par chacun des membres du collège.

I) *L'avis doit être donné en temps utile.* — Il doit être donné dans le délai indiqué, mais si celui-ci n'est pas prescrit à peine de nullité et si le retard n'a pas porté préjudice à l'intéressé, la tardiveté n'entraîne pas la nullité de l'avis.

D'autre part, la situation de fait peut évoluer de manière telle que l'avis soit manifestement périmé. Il peut se faire que l'autorité ait connaissance de l'avis et prenne l'acte avant que le procès-verbal qui le relate en ait été dressé: une telle anticipation n'entame pas la validité de l'avis.

J) *Effets de l'absence de l'avis.* — Celle-ci peut être due à différentes causes.

Si l'organe consulté se soustrait par un refus ou par le silence à ses obligations, son abstention délibérée de s'acquitter de sa mission ne peut faire obstacle à l'action de l'autorité investie du pouvoir de décision.

Sans doute en est-il différemment lorsque l'organe se trouve dans l'impossibilité d'émettre un avis, par exemple parce que le *quorum* requis de membres présents n'est pas atteint. Dans ce cas l'autorité n'excède pas ses pouvoirs en passant outre, pour autant que l'impossibilité soit réelle; il doit y avoir impossibilité objective absolue et matérielle de consulter l'organe qui doit émettre l'avis. De plus l'autorité pourra avoir égard à l'avis de ceux des membres du collège qui ont fait connaître leur opinion.

LA PROCEDURE DES COLLÈGES ADMINISTRATIFS. — L'autorité administrative peut être collégiale, aussi bien celle qui édicte l'acte que celle qui intervient sous la forme d'une proposition ou d'un avis au cours de la procédure d'élaboration de l'acte. La méconnaissance des règles de la composition et du fonctionnement des autorités collégiales risque d'affecter la validité de l'acte. Il importe, dès lors, d'examiner comment le Conseil d'Etat a élaboré ces règles et quels effets il attache à leur violation.

LA COMPÉTENCE DES COLLÈGES. — Les dispositions qui organisent une autorité collégiale en fixent généralement la composition. Elles énumèrent les personnes, nommément ou *qualitate qua*, qui en font partie, ou elles déterminent les autorités qui désignent les membres; mais elles présentent souvent des lacunes importantes notamment quant aux effets des désignations irrégulières ou des modifications intervenues dans la composition du collège au cours d'une procédure. Elles sont plus laconiques encore en ce qui concerne les séances: c'est la jurisprudence qui a dégagé les règles du *quorum* déterminé, les effets de l'absence de certains membres ou de la participation des personnes qui ne sont pas membres, et établi les normes de l'impartialité et de la récusation.

A) *La désignation du collège et sa composition.* — C'est une garantie d'impartialité que la loi poursuit en prévoyant la constitution du collège pour une durée déterminée. Aussi une formalité substantielle n'est-elle pas respectée lorsque l'avis est donné par un collège constitué pour les besoins de la cause.

Les membres doivent réunir les conditions légales de nomination à peine de ne pas délibérer valablement.

Mais le changement de la composition du collège qui résulte d'une modification de dispositions réglementaires ne constitue pas une irrégularité dès lors que la modification du règlement n'est point dénoncée comme un détournement de pouvoir. De même si le changement est le résultat de circonstances de fait comme la mise à la pension d'un membre de la commission, il n'y a pas d'irrégularité, surtout si le collège procède à un nouvel examen de l'affaire.

En principe, le maintien de la composition du collège est une garantie d'impartialité. Mais cette constance peut au contraire devenir un motif de suspicion. Qu'en est-il en effet lorsque l'acte a été annulé par un arrêt du Conseil d'Etat fondé sur une irrégularité commise par le collège consulté? Renvoyer l'affaire devant ce même collège, n'est-ce pas risquer une certaine partialité?

La partialité, nous l'avons vu, ne se présume pas. Dès lors, si aucune disposition légale ou réglementaire n'impose une autre composition ou un renouvellement intégral, le maintien total ou partiel de la formation du collège n'est pas une irrégularité.

Si l'on veut que les collèges aient une durée déterminée, il faut organiser un système de suppléance. Il appartient à l'autorité qui a la charge de la composition du collège de veiller à ce que ce système fonctionne efficacement. Le suppléant doit remplacer le titulaire dans la plénitude de ses attributions.

B) *La présence aux séances.* — Ce problème peut être réglé par la loi ou le règlement. Si rien n'est dit à ce sujet, un collège délibère valablement lorsque la moitié de ses membres plus un sont présents.

Des circonstances exceptionnelles peuvent faire que le *quorum* n'est pas atteint: par exemple, si la majorité des membres du conseil de direction d'un département ministériel sont candidats à une fonction et, partant, tenus de se récuser. Dans ce cas, l'autorité peut avoir égard à l'avis des seuls membres du conseil de direction qui étaient autorisés à apprécier les mérites et les aptitudes des candidats, voire même procéder à la nomination sans l'avis du conseil de direction.

Mais l'on ne peut déroger à la règle du *quorum* pour des causes accidentelles, par exemple en raison de l'envoi en mission de certains membres du collège.

En principe, il suffit que le *quorum* soit atteint. Dès lors, même si l'absence de membres au moment du vote a manifestement pu influencer le résultat de la délibération, celui-ci n'en pas vicié pour autant, lorsqu'aucune disposition réglementaire n'impose à peine de nullité la présence de tous les membres lors du vote. L'on sait que les dispositions réglementaires en la matière n'exigent qu'un nombre minimum de présents.

Mais il se conçoit aisément que tous les membres doivent avoir été régulièrement convoqués et qu'il faut avoir veillé à la suppléance éventuelle.

Qu'en est-il en revanche de la présence à une séance d'une personne qui n'est pas membre du collège?

Fidèle à une ligne de conduite qui attache plus de prix au fond qu'à la forme, le Conseil d'Etat recherche l'influence que cette présence peut avoir sur l'acte.

Si elle n'en a pas eu, elle n'entachera pas la régularité de l'acte.

Mais comment le constater?

Ce sera le plus souvent le résultat numérique du vote qui donnera des indications sur ce point: si l'intéressé l'a emporté, il ne peut pas se plaindre d'une présence irrégulière.

Dans un jury d'examen, la présence de tiers porterait atteinte à la garantie que donne le secret des délibérations: d'où il résulte qu'une offre de preuve quant à des déclarations faites au cours de délibération ne sont pas recevables.

Mais une telle présence peut constituer une pression directe ou indirecte sur la délibération du collège; si elle devait être établie, ce serait sans aucun doute un élément d'irrégularité.

Reste le problème important de l'impartialité et du moyen particulier de la garantir: la récusation.

C'est une matière que la procédure civile règle dans son code. Mais selon

la jurisprudence du Conseil d'Etat, les règles de ce code relatives à la récusation des juges ne s'appliquent pas aux comités consultatifs de l'administration.

Il existe dans le droit administratif des dispositions en la matière. Ainsi, l'article 63 de la loi provinciale interdit à tout membre du conseil provincial de prendre part à une délibération à laquelle lui ou un de ses parents ou alliés, jusqu'au troisième degré inclusivement, ont un intérêt personnel direct. Mais un lien de famille qui n'est pas constitutif de la parenté ou de l'alliance au sens de la loi ne peut, par lui-même, créer la présomption d'existence, entre un membre de jury d'examen et un candidat, d'une communauté d'intérêts ou d'une affection naturelle qui rendraient sujette à caution l'impartialité de ce membre de jury.

Le principe que celui qui a un intérêt ne délibère pas est consacré pour toute délibération d'un collège administratif, étant entendu qu'il s'agit d'un intérêt personnel et direct.

C'est une question de fait : mais l'intérêt peut être constaté objectivement, par exemple, dans le chef de celui qui est lui-même candidat à une fonction pour laquelle des propositions doivent être faites ou un avis recueilli.

Celui qui de toute évidence ne jouit pas de l'impartialité requise ne doit même pas être convoqué.

Il appartiendra dans d'autres cas à celui qui invoque le manque d'impartialité, de le prouver.

L'intérêt peut parfois se résumer. Celui qui renonce à une candidature peut-il encore délibérer objectivement et d'une manière désintéressée? La jurisprudence semble divisée sur ce point: mais il est clair que les éléments de fait jouent un rôle important. Des mesures prises ou des jugements émis antérieurement à rencontre de l'intéressé ne suffisent pas à prouver une véritable animosité et la partialité à son égard.

En cette matière, il faut, comme le fait d'ailleurs le code de procédure civile (8), commencer par s'adresser à la conscience de ceux qui doivent prendre position. C'est aux membres des collèges, comme le dit un arrêt, qu'il appartient en premier lieu de juger de l'opportunité, pour certains membres, de ne pas participer aux délibérations pour des motifs qui peuvent aller jusqu'à la délicatesse.

LE FONCTIONNEMENT DES COLLÈGES. — Le collège doit se réunir sur convocation et avec un ordre du jour.

Il faut établir s'il siège publiquement ou à huis clos.

Il exprime sa position par le moyen du vote.

A) *Convocation et ordre du jour.* — Ce point peut être réglé par la loi ou le règlement. *S'il* ne l'est pas, il faut que ceux qui délibèrent soient en état d'émettre une opinion en connaissance de cause: généralement cela signifie qu'ils doivent avoir été avertis des points mis en discussion et avoir été mis à même de se préparer à leur examen. C'est aux délibérants qu'il appartient d'apprécier si ces conditions ont été réunies.

B) *Publicité et huis clos.* — Lorsqu'elle est prévue, la publicité est une condition substantielle de la validité des délibérations. Elle doit se réaliser dans les conditions prévues par la règle qui l'établit.

La publicité implique l'admissibilité de quiconque désire assister à la séance.

Lorsque le législateur impose le huis clos, c'est essentiellement pour permettre aux membres du collège de s'exprimer en toute liberté. Dès lors, il s'agit d'une formalité substantielle dont l'omission peut entraîner l'illégalité du scrutin. Eu égard à l'importance de la formalité, celle-ci doit être constatée par le procès-verbal.

(8) Article 380: tout juge qui saura cause de récusation en sa personne sera tenu de la déclarer à la chambre, qui décidera s'il doit s'abstenir.

C) *Le vote.* — Pour ce qui concerne la présence des membres du collège, nous renvoyons à ce qui a été dit ci-dessus.

Le vote peut être « global » ou « distinct » : le règlement qui impose que chaque certificat fasse l'objet d'un vote particulier d'un jury d'homologation, établit une formalité substantielle.

Le secret du vote, lorsqu'il est imposé, doit être respecté. Un vote public en ce cas ne peut avoir d'effet. Cette règle doit être suivie même lorsqu'un candidat à une nomination ou à une promotion jouit d'un droit de préférence en vertu de dispositions légales ou réglementaires. En raison de son importance, cette formalité doit; elle aussi, être consignée au procès-verbal. Sauf interdiction de la loi, un collège peut procéder à un vote secret, même dans un cas où cette formalité n'est pas prévue.

Le secret du vote n'est pas nécessairement violé par le fait que les membres délibérants se sont mis d'accord sur un vote à émettre, pour autant qu'aucun contrôle n'ait été exercé au cours du vote sur la manière dont les voix ont été émises. Un vote cesse d'être secret s'il est interrompu et que des délibérants quittent la réunion.

Le caractère secret du vote n'est pas méconnu par la déclaration faite par un membre, avant le scrutin sur la manière dont il votera, ou après la proclamation du résultat sur la manière dont il a voté. L'on comprend d'ailleurs que toute autre solution permettrait trop facilement de rendre inopérants les votes émis au scrutin secret.

Il en est différemment quand un votant rend incontestablement identifiable par un membre, avant le scrutin sur la manière dont il votera, ou après la proclamation du résultat sur la manière dont il a voté. L'on comprend d'ailleurs que toute autre solution permettrait trop facilement de rendre inopérants les votes émis au scrutin secret.

L'unanimité n'entraîne pas la violation du secret.

D) *Les avis des collègues.* — La délibération collective est autre chose que l'addition de réflexions individuelles: c'est l'échange des opinions et leur interaction qui en fait la valeur. Mais la pratique montre qu'il n'est pas exceptionnel que « l'avis » d'un collège soit remplacé par l'ensemble des avis individuels de ses membres.

Sur ce point aussi, l'on notera des solutions différentes: pour certains arrêts, une proposition ne peut être censée émaner d'une assemblée délibérante, telle une commission, paritaire, que lorsqu'elle répond à la volonté de celle-ci, exprimée conformément aux règles régissant l'élaboration des décisions au sein des assemblés délibérantes. En d'autres termes, la délibération n'est effective que si elle est collégiale, et la consultation individuelle de chacun des membres n'est pas tenue pour suffisante.

Dans d'autres cas où, en raison sans doute du caractère paritaire du collège, aucun avis majoritaire n'a pu être dégagé, le fait de porter la discussion à la connaissance de l'autorité paraît suffisante pour que celle-ci puisse décider; par exemple, le fonctionnement de la sécurité sociale ne peut être paralysé par l'impossibilité pour les délégués des employeurs et des travailleurs d'arriver à un accord au sein de la commission paritaire où ils siègent en nombre égal.

L'on notera encore que s'il est vrai que l'avis collectif résulte en principe de l'adoption d'une proposition précise par le vote de la majorité, l'on ne peut, à défaut de texte, imposer un tel procédé.

LES DROITS DE LA DÉFENSE. — Les sections précédentes avaient pour objet l'intervention, dans l'élaboration de l'acte, d'autorités autres que l'auteur de l'acte et étrangères à la personne que l'acte concerne spécialement.

La section consacrée aux droits de la défense étudie dans quelle mesure la personne intéressée peut intervenir dans l'élaboration de l'acte.

Lorsque l'acte est de nature à porter atteinte à une situation juridique individuelle, la personne qui se trouve dans cette situation prétend fréquemment que l'acte ne peut être pris sans qu'elle ait eu l'occasion de défendre ses intérêts. Cette possibilité lui est-elle donnée?

On examinera le cas où le Conseil d'Etat admet que la personne intéressée présente une telle défense et les cas où il le refuse. Lorsque cela est admis, l'on parle de « droit de la défense ». Ce droit s'exerce donc au cours de la procédure non contentieuse. Une fois reconnu, le droit de la défense implique que l'autorité qui décide ait connaissance de tous les éléments que l'intéressé a produits pour faire usage de ce droit; en d'autres termes la contradiction doit être portée avant que la décision ne soit prise.

Dans quel cas y a-t-il droit de défense? — En tout premier lieu, le droit de se défendre peut être reconnu et organisé par la loi et le règlement.

Dans ce cas, la jurisprudence a une tendance à souligner la nécessité de respecter les formalités prescrites pour le respect de ce droit.

Le droit de la défense peut être plus ou moins étendu: quoique l'on puisse en penser, il n'implique pas toujours l'audition orale. Si une commission doit se prononcer sur pièces et qu'aucune disposition ne prévoit de comparution ou de débat contradictoire, il n'y a pas de violation du droit de la défense dans le cas où l'intéressé n'a pas été entendu.

Mais le droit de la défense doit être compris largement.

L'organisation d'une procédure d'appel devant une commission administrative implique la volonté d'accorder une garantie; celle-ci serait inopérante si les intéressés étaient maintenus dans l'ignorance des éléments qui ont déterminé la première décision et se trouvaient ainsi dans l'impossibilité de rectifier les erreurs éventuelles; statuer sur un appel sans laisser l'intéressé prendre connaissance du dossier et sans lui permettre de réaliser son intention de se défendre, c'est violer le droit de la défense.

De même ce n'est pas respecter le droit de défense, lorsque celui-ci est reconnu, que de ne pas porter des éléments nouveaux à la connaissance de l'intéressé et de ne pas l'inviter à présenter ses moyens de défense.

Le droit de défense doit servir à éclairer l'autorité.

Lorsqu'un élément tel que le résultat de l'audition par un conseil d'appel disciplinaire n'est pas communiqué à l'autorité, le droit n'est pas respecté.

En second lieu, le droit de la défense peut exister même en l'absence de textes légaux ou réglementaires.

Il s'agit alors d'une création jurisprudentielle et il convient de dégager les critères suivant lesquels le Conseil d'Etat admet l'existence de ce droit.

Ces critères sont tirés de la nature de la décision que l'autorité doit prendre.

Pour ce qui concerne les particuliers, le Conseil d'Etat n'admet pas le droit de défense lorsqu'il s'agit de mesures de police. L'interdiction de débiter des boissons dans un immeuble est une mesure de police; dès lors, l'administration peut prendre une telle mesure sur base de documents sans devoir au préalable entendre les intéressés. Ou encore celui qui demande l'autorisation d'exploiter un établissement incommode, n'a, pour la défense de ses intérêts, d'autres garanties que celles qui sont expressément assurées par les lois et règlements.

Le Conseil d'Etat admet un droit de la défense, en l'absence de textes, lorsqu'il s'agit de mesures particulièrement graves. Avant de retirer à un pilote d'avion sa licence de vol, l'administration doit procéder à l'audition de l'intéressé au sujet des griefs formulés; on notera que, pour en décider ainsi, le

Conseil se réfère à une pratique administrative constante. La même solution est admise pour le retrait du bénéfice du statut de prisonnier de guerre.

Pour ce qui concerne une autorité: en principe, l'autorité subordonnée n'a pas à l'égard de l'autorité de tutelle d'autres droits de défense que ceux que les textes établissent. Cela vaut pour les autorités locales comme pour les établissements publics décentralisés. Ceux-ci ne peuvent se prévaloir que des textes qui règlent le mode d'exercice de leur tutelle et ne peuvent demander l'application par analogie de dispositions applicables à d'autres organes de la puissance publique.

Le cas le plus difficile est incontestablement celui des fonctionnaires. A leur égard, le Conseil d'Etat ne reconnaît de droit de défense qu'en matière disciplinaire. L'autorité disciplinaire lèse les droits de la défense lorsqu'elle n'offre pas à l'intéressé l'occasion de présenter ses justifications sur les faits retenus à sa charge.

Cette conception est sans doute inspirée par l'analogie avec le droit pénal : dans l'intérêt du service, ni à celui qui est démis d'office de ses fonctions, ni au stagiaire que l'on licencie, ni à celui qui est déchargé de l'exercice de fonctions supérieures ou d'un intérim.

Mais le droit de la défense n'est pas reconnu, en l'absence de texte, à l'agent évincé de la promotion, ni à celui qui se voit refuser un avancement ou l'admission à une école militaire, ni à l'agent qui fait l'objet d'une mesure d'ordre telle qu'une mutation ou une mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service, ni à celui qui est démis d'office de ses fonctions, ni au stagiaire que l'on licencie, ni à celui qui est déchargé de l'exercice de fonctions supérieures ou d'un *intérim*.

Cette jurisprudence soulève un problème: de telles mesures ne sont-elles pas en fait plus graves qu'un avertissement qui constitue une mesure disciplinaire et est dès lors protégé par un droit de défense? (9).

Dans le cadre du droit de la défense rentre encore la question de savoir si l'autorité doit prévenir l'intéressé de son intention de prendre l'acte.

En l'absence de texte, l'autorité n'y est pas tenue.

Les modalités de l'exercice des droits de la défense. — La loi peut impliquer la faculté pour l'intéressé de se défendre, mais sans préciser l'étendue de cette faculté. Le Conseil d'Etat s'est attaché à déterminer un certain nombre de règles de procédure concernant notamment la communication à l'intéressé des griefs et du dossier, l'audition de l'intéressé, l'assistance d'un conseil, les témoignages.

Une remarque générale s'impose à la lecture des arrêts. Autant le Conseil d'Etat se montre restrictif pour admettre les droits de la défense sans texte, autant il insiste sur le caractère substantiel des formalités prescrites par des textes exprès, notamment par la loi sur l'emploi des langues en matière administrative. Toutefois, ce caractère substantiel est tempéré dans de nombreux arrêts qui refusent d'annuler nonobstant l'inobservation de la procédure prescrite, dès lors que l'intéressé a bénéficié de garanties équivalentes et que la procédure n'est pas d'ordre public.

Le titulaire de droits de défense est libre de les exercer comme il l'entend: le droit de défense implique que l'agent appelé à se justifier demeure juge de la manière dont il présentera sa défense.

A) *Communication des griefs et du dossier.* - *Caractère substantiel.* — Lorsqu'elle est prescrite par un texte, la communication des griefs a un caractère substantiel. Il faut distinguer toutefois la formulation des griefs de l'opi-

(9) Depuis la présentation de ce rapport, on décèle une certaine évolution de la jurisprudence, qui aurait tendance à reconnaître à l'agent la faculté de s'expliquer en égard avec effets graves de la mesure non disciplinaire».

nion d'un supérieur au sujet de la peine à appliquer, opinion qui ne devrait d'ailleurs être donnée qu'après l'audition de l'intéressé.

La communication des griefs doit être claire : il ne suffit pas que l'intéressé ait pu se douter de ce qu'on lui reprochait. Il faut qu'il ne puisse avoir aucun doute sur les griefs qui seront formulés. Si la communication des griefs justifiant une peine disciplinaire est prévue par un texte, l'omission de cette formalité est soulevée d'office. La communication du dossier est également substantielle lorsqu'elle est prescrite. Elle doit se faire dans des conditions telles que l'intéressé puisse réellement se défendre. Il n'en est pas ainsi lorsqu'un rapport n'a pas été communiqué avant une comparution et que, s'agissant de faits complexes exigeant des recherches et des vérifications, le délai dont l'intéressé déclarait avoir besoin pour s'expliquer ne lui a pas été accordé.

Le dossier doit être complet. Tous les éléments utiles susceptibles d'éclairer le débat doivent s'y trouver. Mais cette obligation ne s'étend pas à des éléments sans importance. De nouveaux éléments postérieurs à la comparution justifient une nouvelle audition. Mais la communication du dossier doit d'une manière générale être demandée. L'autorité n'est pas tenue de mettre d'office le dossier à la disposition de l'intéressé; le Conseil d'Etat ne réprime que le refus de communication.

B) *L'audition de l'intéressé.* — Elle a un caractère substantiel quand elle est prévue par un texte exprès. Dans ce cas, il n'appartient pas à l'administration de décider arbitrairement de l'audition d'un réclamant.

Mais quelle est l'autorité qualifiée pour y procéder?

La réponse dépend de la formulation de la règle qui impose l'audition. Si le texte porte, comme le fait l'article 130/bis de la loi communale, que « les employés sont préalablement entendus; il est dressé procès-verbal de leurs explications », cela implique que l'audition doit avoir lieu devant l'autorité qui décide de la peine disciplinaire; et il n'appartient pas au ministre de dispenser. Une autorité communale d'une formalité prescrite par la loi. Mais en général, il est admis qu'en l'absence d'une disposition expresse, le ministre ne doit pas entendre personnellement l'intéressé: l'audition se fait devant la commission chargée d'instruire les faits et qui souvent est tenue de donner un avis sur une proposition de peine. Il peut aussi être satisfait à cette formalité par l'audition par un chef hiérarchique, surtout si elle a lieu en présence de délégués syndicaux.

Quant à l'étendue de l'audition: il faut que l'intéressé ait la possibilité de se justifier sur tous les faits mis à sa charge, qu'il ait été admis à présenter ses observations et ses justifications au sujet des avis émis à leur sujet.

La défense ne doit pas nécessairement être orale.

Mais la présentation des justifications n'est plus une garantie lorsqu'elle a lieu après que la décision a été prise.

Le procès-verbal d'audition, lorsqu'il est prescrit par la loi, est obligatoire. Mais l'absence de procès-verbal est sans effet sur le droit de la défense s'il n'y a pas de contestation. Le droit de relire et de signer le procès-verbal fait l'objet de décisions en sens divers.

L'on peut être sûr de son droit, il n'en est pas moins utile d'être assisté d'un conseil. Le droit de défense implique celui de se faire assister d'un avocat de son choix. Il faut que celui-ci soit mis à même de répondre à la convocation, et de prendre notamment connaissance de toutes les pièces du dossier pour pouvoir accomplir dûment sa mission. Mais cette assistance n'est pas garantie lorsque l'intéressé doit présenter sa justification par écrit.

C) *Les enquêtes.* — En principe, l'autorité ne doit les tenir que si le règlement les prescrit. Quant à l'obligation de motiver le refus d'entendre les témoins, il y a des nuances.

Mais une fois l'enquête décidée, l'autorité doit en attendre les résultats, sinon elle excède ses pouvoirs.

La disposition qui prévoit que l'audition doit être contradictoire constitue une forme substantielle pour la garantie du droit de défense du réclamant.

Le serment ne peut être imposé aux témoins en l'absence de texte.

CHAPITRE II - L'ACTE: SA FORME. - L'acte consiste essentiellement en un dispositif. Il doit parfois être pris dans un certain délai. Il doit parfois comporter certaines mentions. Il doit ou peut être motivé. Il est généralement écrit; doit-il être prononcé en public?

LE DISPOSITIF. — La forme du dispositif des actes n'a pas donné lieu à une jurisprudence abondante. Cette forme est ou bien fixée par la tradition — c'est le cas des arrêtés royaux — ou bien libre. Les arrêtés ministériels,

Les arrêtés ministériels, dont la forme est libre, posent cependant certains problèmes; les ministres prennent leurs décisions sous la forme d'arrêtés, mais aussi par de simples lettres, voire de paraphes apposés sur des propositions. Mais si la décision a été prise dans une certaine forme, celle de l'arrêté ministériel, par exemple, l'acte contraire doit revêtir la même forme.

LE DÉLAI DANS LEQUEL L'ACTE DOIT ÊTRE PRIS. — La loi fixe fréquemment un tel délai. Par exemple, l'article 87 de la loi communale fixe le délai dans lequel le gouverneur de la province ou le Roi peut annuler les actes des autorités communales.

Deux problèmes se posent à propos des délais: celui de leur nature, celui des effets de leur expiration.

A) *Nature du délai.* — Sur ce point, la jurisprudence n'est pas toujours nette. Certains arrêts considèrent que l'expiration du délai fait (ou ne fait pas) perdre la compétence à l'autorité qui était tenue de le respecter.

Pour d'autres, la non observation du délai est — ou n'est pas — la violation d'une formalité substantielle.

B) *Les effets de l'expiration du délai: délai de rigueur ou délai d'ordre.* — Selon qu'il a voulu que l'autorité perde ou ne perde pas le pouvoir de faire l'acte, le législateur a fixé un délai de rigueur ou un délai d'ordre. C'est donc à l'intention du législateur qu'il faut se référer pour savoir de quelle sorte de délai il s'agit. Le pouvoir d'annuler la décision d'une autre autorité doit être interprété restrictivement: le délai dans lequel ce pouvoir doit être exercé sera donc un délai de rigueur. Quand la loi fixe un délai pour prendre une décision sur recours, elle entend évidemment que de toute manière une décision intervienne, même tardivement: ce sera donc un délai d'ordre.

Seront également des délais d'ordre, les délais prescrits dans le seul intérêt de l'Etat, en matière d'adjudication, par exemple.

LES MENTIONS OBLIGATOIRES. — Une mention n'est obligatoire que si elle est imposée par un texte.

Un acte ne doit pas mentionner sa base légale; ni rappeler les rétroactes de l'affaire, la procédure suivie, l'ordre des votes, etc...

Même quand une mention est prescrite, le Conseil ne se montre pas formaliste, il suffit qu'il soit clair que l'opération qu'il faut relater a eu lieu.

LA MOTIVATION DE L'ACTE. - A) *L'obligation de motiver.* — Cette question a donné lieu à une abondante jurisprudence.

Très fréquemment des requérants se prévalent de l'article 97 de la Constitution, qui dispose: « tout jugement est motivé ». Mais par de très nombreux arrêts, le Conseil d'Etat a rappelé que cette prescription n'était pas applicable aux actes administratifs: ceux-ci ne sont pas des jugements.

De très nombreux arrêts décident que les actes ne doivent être motivés que lorsqu'un texte le prévoit, ainsi qu'en matière disciplinaire et dans des

cas très rares où il n'est d'ailleurs pas toujours aisé de distinguer s'il est question d'une condition de forme ou d'une condition de légalité. On pourrait croire que le Conseil d'Etat ne reconnaît que parcimonieusement ces garanties aux administrés. Mais son absence de formalisme va de pair avec un contrôle toujours plus rigoureux de l'existence, de la pertinence et de la légalité des motifs révélés par la lecture du dossier (10). Les administrés gagnent ainsi sur le plan du contrôle de la légalité interne plus qu'ils n'auraient jamais pu espérer sur le plan de la procédure.

L'absence d'obligation de motiver signifie que l'autorité n'est pas tenue d'indiquer les raisons d'opportunité ou de convenance qui l'ont conduite à prendre sa décision.

Si les sanctions doivent être motivées, c'est parce que les dispositions, légales imprimant à l'exercice du pouvoir disciplinaire un caractère juridictionnel.

Mais la nomination d'un secrétaire communal ou la mise à la pension d'office d'un agent ne relèvent pas de la matière disciplinaire. Or, les décisions non disciplinaires prises sur recours ne doivent pas nécessairement être motivées.

Le Conseil d'Etat fait donc une position privilégiée aux décisions disciplinaires; on compterait sur les doigts de la main les autres matières où il a imposé la motivation.

Mais il ne faut pas confondre la motivation et la nécessité pour la décision administrative d'être justifiée. Toute décision doit avoir sa raison d'être.

Si la loi n'oblige pas l'autorité de motiver une décision, de faire précéder le dispositif de cette décision de considérants qui en explicitent les motifs, elle ne lui permet pas pour autant de prendre des décisions qui ne soient pas inspirées par des motifs légaux. D'ailleurs la justification doit permettre au Conseil d'Etat d'exercer son contrôle sur la légalité de la mesure, spécialement sur la compétence de l'autorité: c'est le cas en matière d'adjudications ou d'abaissement du signalement d'un agent de l'Etat, d'expulsion d'un étranger, de décision sur recours en matière d'autorisation d'exploiter une station de taxis. Il en est différemment si l'intéressé se réclame d'un usage. Même si celui-ci est acquis, il peut y être dérogé sans motivation.

Ce n'est pas parce qu'une décision est exprimée par un vote qu'elle ne doit pas être motivée. La question est de savoir si un texte prescrit cette obligation.

La gravité de la mesure ne suffit pas à entraîner l'obligation de motiver: c'est le cas pour le retrait d'une distinction honorifique, d'une atteinte au droit au mariage d'un officier ou à la liberté du commerce; ou pour les agents des services publics: le licenciement d'un stagiaire, la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service, une mutation, etc...

Même prescrite par un texte, la motivation n'est pas nécessairement substantielle. Pour qu'elle le soit, il faut qu'elle soit prescrite dans l'intérêt de l'autorité subordonnée s'il s'agit du pouvoir de tutelle, de l'administré en général et du fonctionnaire en particulier. C'est pourquoi la motivation de la peine disciplinaire est substantielle.

B) *Etendue de la motivation.* — Le Conseil d'Etat est aussi peu formaliste sur l'étendue de la motivation que sur l'obligation de motiver. La motivation doit comporter la référence aux conditions légales et indiquer les faits retenus; ceux-ci peuvent résulter du dossier pour autant que leur indication soit suffisamment précise. Aussi des formules générales et imprécises, ou des clauses de style ne constituent-elles pas des motivations. L'obligation de motiver n'im-

(10) L'analyse de cette jurisprudence sort du cadre de ce rapport, mais il convenait de la signaler pour ne pas donner une idée fautive du système belge du contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs.

plique pas celle de rencontrer tous les moyens et arguments présentés, même ceux qui n'ont aucune pertinence, mais ceux qui ont une portée doivent être rencontrés.

En d'autres termes, la réponse donnée doit être de nature à démontrer le bien-fondé de la mesure.

A la rigueur la motivation peut consister dans la référence à un autre acte pour autant que cet acte soit lui-même motivé et soit dans le même sens que l'acte qui s'y réfère.

C) *Vices de la motivation.* — L'erreur dans les motifs équivaut à l'absence de motifs.

Quant à l'imprécision, elle peut avoir des effets: l'imprécision d'un seul motif est de nature à entacher l'acte d'excès de pouvoir, s'il n'est pas démontré que le motif critiqué aurait été sans influence sur la décision finale.

L'ambiguïté dans les motifs peut être une cause d'annulation: tel est le cas lorsqu'il n'est pas possible de distinguer si la décision est fondée sur le manque de capacité, ou sur une faute susceptible d'être réprimée ou sur les deux griefs. Quant à la contradiction dans les motifs, elle équivaut à l'absence de motifs, à moins qu'elle ne se présente entre motifs surabondants.

Le vice dans la motivation ne peut évidemment pas être couvert par des explications données par l'autorité à l'occasion d'un recours en annulation de l'acte.

LE PRONONCÉ DE L'ACTE. — Tout comme pour la motivation, l'article 97 de la Constitution est souvent invoqué pour soutenir que la décision administrative doit être rendue en audience publique. Il n'en est rien si le prononcé public n'est pas rendu obligatoire par une disposition légale ou réglementaire: l'article 97 s'applique aux cours et tribunaux, non aux autorités administratives.

CONCLUSIONS. — L'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique en matière d'élaboration des actes des autorités administratives permet, nous semble-t-il, de conclure de la manière suivante:

1. - La phase d'élaboration, des décisions de l'autorité est importante. C'est à ce moment que sont rassemblés et pesés les éléments de la prise de position de l'autorité administrative qui, ne l'oublions pas, est tenue d'agir.

La délibération des décisions administratives doit conduire à des décisions fondées, qui tiennent compte certes, à la fois des buts et objectifs posés à l'administration et des moyens et instruments dont elle dispose, des nécessités propres du corps administratif, des besoins des administrés et de leurs réactions aux mesures prises. Mais elles doivent fondamentalement respecter les normes posées pour l'action administrative. Dans un Etat de droit, ces décisions se présentent sous la forme d'actes juridiques dont le fondement légal doit toujours pouvoir être établi.

La légalité ne doit apparaître qu'au moment de la prise de l'acte, mais elle est déjà latente dans la phase d'élaboration; son examen montre ce qu'il est et ce qu'il n'est pas loisible de faire.

Au fur et à mesure que l'examen préalable de l'action administrative se généralise, nous assistons au développement de l'analyse juridique des données de l'acte avant même que celui-ci ne soit fait, au développement de la procédure non contentieuse.

2. - L'expression même « procédure non contentieuse » fait apparaître l'étendue mais aussi les limites de cet examen. Rappeler constamment l'administration au respect de la norme ne doit pas avoir pour effet de juguler l'action de l'administration. S'il est vrai que l'on n'admet pas l'action arbitraire de l'administration, l'on ne peut pas perdre de vue que celle-ci dispose, dans de très larges domaines, d'une compétence discrétionnaire.

L'autorité administrative est, chronologiquement, la première interprète

non seulement du texte mais encore de l'esprit de la disposition. Elle a de larges pouvoirs d'appréciation quant à l'opportunité de la mesure.

La limite de ce pouvoir est le but recherché par la disposition qui règle l'action de l'administration, c'est la finalité de la norme. La confrontation du but poursuivi et de la téléologie de la norme indiquera les limites du pouvoir laissé à la discrétion de l'administration.

Il va de soi qu'à la différence des matières traditionnelles dont la procédure d'élaboration est bien établie, ces limites ne se discernent pas avec la même facilité dans les domaines neufs, spécialement le domaine économique et social, où le développement quantitatif et qualitatif de l'action étatique trace sans arrêt de nouvelles voies. Mais dans tous les domaines, le rôle d'une procédure non contentieuse est de rendre l'administration bien informée et de permettre l'élaboration de règles et de normes dans des conditions telles que l'adage « *patere legem quam ipse fecisti* », ne présente pas des difficultés réelles.

3. - Si l'on examine plus particulièrement le rôle du Conseil d'Etat, tel qu'il se dégage de l'analyse de sa jurisprudence, l'on peut dire que son action est un effort constant pour adapter son contrôle au mouvement des affaires administratives.

Deux choses paraissent certaines: si le Conseil d'Etat est conscient de la spécificité du droit administratif, il tient compte des nécessités de la cohésion de l'ensemble du système juridique belge.

De là, rétablissement de ce que l'on appelle parfois « le droit prétorien administratif », la recherche et l'établissement de normes propres aux exigences de la fonction administrative. Et en second lieu, si le Conseil d'Etat est une juridiction, il n'exige pas pour autant que l'interprétation de la loi opérée par l'administration se transforme en acte juridictionnel: orientée vers le futur, l'administration n'est un tribunal ni dans son action ni dans sa procédure.

4. - Le contrôle du Conseil d'Etat, ainsi qu'il a été dit, s'attache plus au fond des choses qu'à la formule.

C'est ce qui apparaît notamment en matière de motivation. Le Conseil d'Etat admet que, lorsqu'elle n'y est pas tenue par un texte, l'administration ne doit pas énoncer les motifs de sa décision. Mais il estime qu'elle doit en toutes circonstances être à même d'en donner une justification qui porte tant sur les faits de la cause que sur la base légale de la décision. A défaut de quoi, le Conseil d'Etat estime n'être pas en mesure d'exercer le contrôle que la loi lui a donné pour mission d'opérer.

5. - Le point délicat c'est le passage de la phase de la « procédure » de la préparation, au moment de « l'acte », de la décision. La solution du Conseil d'Etat consiste à exiger de l'administration dans la phase de l'élaboration un respect sincère de la norme, afin que la décision repose sur des bases solides en fait et en droit.

Sans tomber dans le paradoxe, on pourrait dire que plus la procédure non contentieuse est respectée et moins il y aura de procès au contentieux.

6. - Cette jurisprudence présente des points faibles. Nous en indiquerons trois:

a) certaines distinctions pourtant nécessaires entre la forme et la compétence ne sont pas établies avec la clarté requise;

b) les décisions à caractère normatif et les actes à caractère individuel se différencient dans leur élaboration. On peut se demander si la jurisprudence y est toujours suffisamment attentive;

c) enfin, les tâches administratives modernes exigent et exigeront toujours davantage une adaptation de la procédure non contentieuse. Sans doute est-ce là, avant tout, un problème pour le législateur et pour l'exécutif.

Mais l'action du Conseil peut contribuer à poser avec clarté les nécessités nouvelles.

* * *

Ainsi le Conseil d'Etat de Belgique, en dégageant les normes et les principes d'une procédure non contentieuse adaptée aux besoins de l'administration et aux garanties dont doivent jouir les citoyens, s'efforce de contribuer à ce que les autorités administratives se montrent respectueuses de la légalité.

H. BUCH

Conseiller d'Etat de Belgique

M. DUMONT

Auditeur près le Conseil d'Etat de Belgique