

LA PREUVE DANS LA PROCEDURE  
DES JURIDICION ADMINISTRATIVES

R A P P O R T    G E N E R A L

présenté par

M. J. MASQUELIN

Conseiller d'Etat de Belgique

Nonobstant la généralité des termes qui désignent le premier sujet mis à l'ordre du jour du colloque de Bruxelles 1972, la plupart des rapporteurs s'en sont tenus principalement, sinon exclusivement, à l'exposé du système de preuves en usage devant la juridiction administrative suprême de leur pays.

Ils ont estimé, sans doute, que tenter d'exposer même succinctement une théorie générale de la preuve dans le droit juridictionnel de leur pays aurait été une oeuvre trop considérable pour pouvoir être utilement envisagée dans le cadre de ce colloque et que, même limitée à une doctrine générale de la preuve dans le contentieux administratif, ce sujet eût encore été beaucoup trop vaste.

Il vous est donc proposé de limiter nos débats à des considérations qui nous intéressent plus particulièrement, c'est-à-dire au système de preuve en usage devant nos juridictions administratives suprêmes respectives.

Par ailleurs, l'attention des rapporteurs nationaux s'est portée surtout sur les règles d'administration de la preuve dans le contentieux d'annulation.

La variété des compétences attribuées aux Conseils d'Etat de nos six pays amène à penser qu'il serait judicieux de limiter nos débats à la comparaison des systèmes de preuves dans le contentieux d'annulation.

L'on ne perdra pas de vue, cependant, que certains rapporteurs ont donné à leur rapport un champ plus vaste en exposant le système des preuves en usage soit devant l'ensemble de leurs juridictions administratives, soit en des matières autres que le contentieux d'annulation. Pour les motifs qui viennent d'être exposés, ces développements ne seront retenus dans le présent rapport que dans la mesure où, à raison de leur généralité, ils intéressent nos Conseils d'Etat, et cela dans l'exercice de leur compétence d'annulation.

\*

\*                   \*

Il a paru à votre rapporteur général que quelques considérations préliminaires ne seraient point dépourvues d'intérêt pour situer dans une synthèse les diverses questions qui ont été étudiées par les rapporteurs nationaux.

Selon l'expression consacrée, la mission fondamentale du juge, lorsqu'il statue au contentieux, que ce soit en matière civile, répressive, disciplinaire ou administrative, est de dire le droit, c'est-à-dire de vider les litiges qui lui sont régulièrement soumis et par lesquels des parties se contestent mutuellement des droits, en appliquant aux cas d'espèce les règles de droit dans le champ d'application desquelles tomberont ces cas d'espèce.

Pour que le juge puisse exercer correctement cette mission, il faut d'abord que la si-

tuation de fait qui a engendré le litige soit établie. Le juge doit, en effet, pouvoir préciser, dans tous ses éléments, la situation de fait qui lui est soumise pour pouvoir appliquer correctement à cette situation de fait la règle de droit qui lui paraît devoir régler le cas.

L'on voit ainsi que tout litige comporte deux sortes d'éléments : des éléments de fait et des éléments de droit, ce qui est de la nature même des choses puisque, en définitive, juger c'est toujours, d'une manière ou de l'autre, appliquer une règle générale à une situation particulière et en déduire les conséquences que la loi y attache.

En vertu de l'adage du droit romain que le rapporteur italien rappelle opportunément "*Jura novit curia*", le juge est censé connaître la loi. Son rôle est de l'interpréter et de l'appliquer correctement. Il n'est point nécessaire pour cela que l'existence de la loi et sa portée fassent l'objet d'une procédure tendant à l'administration d'une preuve.

Il en est tout autrement des éléments de fait qui varient de litige à litige et que, pour appliquer correctement la règle de droit, le juge doit pouvoir considérer comme établis. C'est la diversité des éléments de fait propres à chaque litige et la nécessité de vaincre l'incertitude qui existe *a priori* dans l'esprit du juge quant à leur exactitude, c'est-à-dire quant à leur adéquation —effective ou présumée— à la réalité, qui implique, pour que la justice soit bien administrée, l'existence d'un système de preuve, soit général, soit propre aux diverses juridictions ou à la nature des litiges dont elles connaissent.

L'établissement de ce système de preuves est tantôt l'oeuvre de la loi, tantôt celle du juge lui-même. Si, dans les conflits de droit privé, ce système est généralement établi par le législateur, il n'en est pas du tout de même dans le contentieux administratif de nos six pays : en Allemagne, en Italie et au Grand-Duché, le système de preuves est réglé, d'une manière plus ou moins précise, par le législateur ; en Belgique, en France et aux Pays-Bas, au contraire, il est, en très grande partie sinon presque exclusivement, l'oeuvre de la jurisprudence.

Mais tout système de preuve, qu'il soit établi par la loi ou construit par le juge, doit régler un certain nombre de questions. Nous en exposerons, sous l'angle du contentieux administratif, cinq qui ont retenu l'attention de nos rapporteurs et qui sont les suivantes :

- 1 . Qu'est-ce qui, pour le juge, est un fait susceptible de devoir être prouvé ?
2. A qui appartient l'initiative des mesures tendant à entraîner la conviction du juge quant aux éléments de fait du litige ?
3. Par quels moyens la preuve des faits peut-elle être apportée ?
4. A qui incombe la charge de la preuve ?
5. Quelle est l'étendue des pouvoirs du juge dans l'appréciation de la valeur probante des éléments de preuve qu'il possède ?

La suite du présent rapport montrera que, dans les réponses qui sont données à ces cinq questions, il existe de très remarquables similitudes entre les systèmes en usage devant le Conseil d'Etat de nos six pays, au point que ce n'est très souvent que dans des questions de détail ou de simple procédure que des divergences apparaissent.

## 1. QU'EST-CE QUI, POUR LE JUGE, EST UN FAIT SUSCEPTIBLE DE DEVOIR ETRE PROUVE ?

Cette question revêt plusieurs aspects : Qu'est-ce qu'un fait ? Quels faits doivent-ils être établis aux yeux du juge ? Quels faits doivent-ils être prouvés pour que le juge puisse les considérer comme établis ? Quels faits ne peuvent-ils être admis à la preuve ?

### A . Notion du fait

Est d'abord et d'évidence un fait, le fait matériel pur et simple, dans l'acception usuelle de ce terme : la constatation d'une simple réalité objective.

C'est aussi l'acte par lequel se réalise un comportement déterminé, c'est-à-dire l'acte dans lequel une situation juridique subjective trouve son origine. Ce n'est pas cette situation elle-même, comme l'observe le rapporteur italien. Ainsi, dans une vente, les faits, ce sont les actes matériels qui conduiront le juge à qualifier ces actes de vente ou à reconnaître que les parties les ont correctement qualifiés de vente ; ce n'est pas la vente elle-même ; celle-ci n'est que la qualification juridique d'un ensemble de faits.

Le rapporteur belge signale, parlant de l'appel des décisions contentieuses administratives, que dans la mesure où le Conseil d'Etat étend son contrôle de légalité non seulement sur la décision, mais également sur ses motifs, la réalité de ces motifs, c'est-à-dire leur exactitude, est une question de fait et est donc susceptible de devoir être établie. Cette observation vaut également, semble-t-il, dans le contentieux d'annulation lorsque la régularité des motifs est une condition de légalité de l'acte.

Le rapporteur français se prononce dans le même sens : le juge qui a le contrôle des motifs peut en rechercher l'exactitude.

Comme on l'a déjà signalé, et les rapporteurs allemand et italien le soulignent, la règle de droit n'est pas un fait, et n'est donc pas susceptible de devoir être établie. Mais la question se pose à ce sujet de savoir si la loi étrangère est un fait. Le rapporteur allemand donne à cette question une réponse affirmative ; le rapporteur italien signale que, dans son pays, la réponse est généralement considérée comme devant être affirmative, mais qu'il ne partage pas cette opinion : la détermination et l'appréciation des règles de droit qu'il convient d'appliquer au cas d'espèce sont inhérentes à la charge du juge, écrit-il. En vertu de cette obligation, le juge ne peut pas se considérer délié

à l'égard de la règle étrangère, par le fait que la connaissance de cette règle ne fait pas partie de son savoir officiel.

En revanche, pour le rapporteur italien, la coutume est un fait à raison de son caractère imprécis et du doute qui peut exister quant à sa réalité; elle est donc susceptible de devoir être prouvée pour être considérée comme établie. Il en est de même, selon le rapporteur italien, des règlements non gouvernementaux, dont la publicité n'est pas suffisante pour que le juge doive, de plein droit, être considéré comme en ayant connaissance.

L'on peut se demander si cette raison n'est pas valable aussi pour ce qui concerne la connaissance —ou plutôt l'absence de connaissance— de la loi étrangère dans le chef du juge.

Les autres rapporteurs nationaux ne soulèvent pas la question de savoir comment il faut considérer la loi étrangère. Il serait sans doute intéressant de connaître leur point de vue à ce sujet. L'on signalera que pour la Cour de cassation de Belgique, la loi étrangère est un fait et que sa violation n'est donc pas censurée par la Cour.

### **B. Quels faits doivent-ils être établis aux yeux du juge ?**

L'on a vu que pour pouvoir être pris en considération par le juge, tout fait qui est de nature à avoir une influence sur sa conviction et, dès lors, sur sa décision doit pouvoir être considéré par lui comme établi, c'est-à-dire comme réel. C'est dire que doit être établi aux yeux du juge tout fait qu'il estime pertinent en la cause.

### **C. Quels faits doivent-ils être prouvés pour que le juge puisse les considérer comme établis ?**

Parmi les faits qui auront une influence sur la décision du juge, il en est qu'il peut —et parfois qu'il doit— considérer comme établis indépendamment de toute recherche et de toute vérification. D'autres, au contraire, ne peuvent être considérés comme réels qu'après que leur réalité aura été vérifiée par la mise en oeuvre de certains procédés susceptibles de dégager des éléments de conviction suffisants et qui constitueront respectivement les moyens de preuve et la preuve elle-même de ces faits.

La preuve d'un fait peut donc être définie comme l'ensemble des éléments qui, par la mise en oeuvre de procédés destinés à en vérifier l'existence ou l'exactitude, sont de nature à entraîner la conviction du juge quant à cette réalité. L'on trouvera à ce sujet d'intéressantes considérations dans le rapport italien notamment sur la distinction que le rapporteur fait entre le système "fondamental" des preuves et le système "procédural" dans lesquels les moyens de preuve sont respectivement "les instruments pour attester le fondement d'un fait par celui qui l'allègue" et "les éléments aptes à fonder la conviction du magistrat sur le fond du litige". Nous pensons à ce sujet que même envisagé dans son aspect fondamental, le rôle de la preuve est toujours d'entraîner la conviction du juge quant à la réalité des faits.

Si l'on admet la définition de la preuve proposée plus haut, l'on admettra aussi qu'une

distinction doit être faite entre "fait établi *a priori*", celui que le juge admet comme réel sans devoir le soumettre à un contrôle ou à une vérification, et "fait prouvé", celui que le juge n'admet comme réel que si sa réalité a été établie par la mise en oeuvre d'un moyen de preuve.

Dès lors, se pose la question de savoir quels faits devront être soumis à vérification d'adéquation à la réalité pour que le juge puisse et doive les considérer comme établis.

A cette question, il ne me paraît possible de répondre qu'en recherchant quels sont les faits qui peuvent ou doivent être considérés comme établis *a priori*, plutôt qu'en tentant de fixer un critère général propre à déterminer quels faits pourraient ou devraient être soumis à preuve.

Abordant la question de cette manière, l'on devra citer d'abord comme faits établis *a priori* ceux qui se déduisent d'une présomption légale irréfragable. Les présomptions de l'espèce portent sur des faits qui doivent être considérés comme vrais indépendamment et même à l'encontre de la réalité effective et dont il n'est pas permis d'établir la fausseté éventuelle. Ces faits doivent légalement être tenus pour vrais par le juge et ne sauraient donc faire l'objet d'une preuve quelconque. Ainsi, la connaissance, par ceux à qui elle s'adresse, de la loi régulièrement publiée, est un fait que le juge doit tenir pour acquis, sans qu'il puisse en ordonner ou en admettre la preuve, directe ou contraire.

La question de savoir si les faits rapportés dans un acte authentique doivent être considérés comme établis *a priori* n'a pas retenu la particulière attention des rapporteurs. Les rapports allemand, belge, luxembourgeois et néerlandais y font certes allusion mais ne la traitent pas de manière exhaustive. Il semble que, pour eux, les actes authentiques ont, devant le juge administratif, la même force probante que celle qui leur est reconnue en droit civil quant à l'exactitude des déclarations qu'ils contiennent : ils font foi de ce que l'autorité instrumentante atteste elle-même, mais non de ce qu'elle constate lui avoir été déclaré par les parties.

Cette question revêt une importance certaine pour les juridictions suprêmes statuant au contentieux de l'annulation, lorsqu'il s'agit des actes administratifs. L'autorité instrumentante y est en même temps partie à l'acte, et même souvent partie unique. Faut-il reconnaître à ces actes l'autorité des actes authentiques ? ou faut-il ne leur reconnaître autorité que jusqu'à preuve contraire ? c'est-à-dire le juge doit-il, sauf inscription de faux et constatation éventuelle de faux, accorder aux faits constatés par ces actes valeur de fait établi *a priori* ? ou peut-il considérer que ces actes n'ont valeur que jusqu'à preuve contraire et dès lors ordonner des mesures de preuve quant à leur véracité ?

En France, la jurisprudence du Conseil d'Etat sur cette question —qui accordait aux actes administratifs même valeur qu'aux actes notariés— a été profondément modifiée depuis une quinzaine d'années. Désormais, sauf texte législatif contraire, les actes administratifs font foi seulement jusqu'à preuve contraire.

Les faits rapportés dans un jugement ou un arrêt antérieurs, rendus soit par le Conseil d'Etat, soit par une autre juridiction, doivent-ils être considérés comme établis *a priori* ?

Pour le rapporteur allemand, les jugements et arrêts des tribunaux et des cours du même ordre de juridiction ou d'un ordre juridictionnel autre que celui auquel appartient le tribunal saisi de l'affaire, ont la force de la chose jugée à la condition qu'il s'agisse des mêmes parties et du même objet en litige, ce qui est le rappel de la doctrine classique en la matière. Mais il est des cas, expose le rapporteur allemand, où des jugements et arrêts ont un effet *erga omnes* non seulement dans leur dispositif, mais également quant aux faits qu'ils constatent. Ceux-ci devront donc ou pourront être considérés par le juge comme établis *a priori*, sans devoir ou pouvoir faire l'objet d'une vérification d'adéquation à la réalité. Le rapporteur allemand cite à titre d'exemple : la nullité ou l'inexistence d'un acte administratif qui a été constatée par un juge est un fait qui s'impose aux autres juges ; l'état de divorcé de deux personnes dont le divorce a été prononcé ; les faits pour lesquels une personne a été condamnée pénalement et qui fondent le retrait d'une autorisation ou d'un permis.

Le rapporteur belge s'étend longuement sur la question de l'autorité qui s'attache pour les autres juges aux décisions rendues par le Conseil d'Etat, par les juridictions administratives et par les juridictions de l'ordre judiciaire. Il établit le principe que lorsqu'une juridiction administrative a considéré des faits déterminés comme établis ou a rendu une décision en relation avec ces faits, cette juridiction, en premier lieu, et les autres juridictions sont liées par là, pour autant cependant que cette juridiction soit demeurée dans les limites de sa compétence et il rappelle diverses applications que le Conseil d'Etat a faites de ce principe. Il examine également dans quelle mesure le Conseil d'Etat a estimé que l'autorité disciplinaire est tenue par la constatation de l'existence de faits qui ont fondé une condamnation pénale et rappelle la jurisprudence du Conseil d'Etat belge sur cette question.

Le rapporteur néerlandais signale de son côté que si, devant certaines juridictions administratives, la question de la valeur probante *a priori* de décisions antérieures a reçu des réponses diverses, cette question ne s'est jamais posée devant la section du contentieux du Conseil d'Etat néerlandais, où il est sans exemple que la réalité de faits constatés dans une décision antérieure ait été contestée.

A côté des faits que le juge doit, de plein droit, considérer comme établis, il y a ceux qu'il peut considérer comme tels sans devoir recourir aux éléments particuliers du dossier ou à la mise en oeuvre d'un moyen de preuve.

Le rapporteur italien et le rapporteur néerlandais citent comme exemples des faits notoires ou ceux dont l'expérience du juge atteste la réalité. Il nous paraît devoir être sous-entendu que le juge conserve cependant l'appréciation du caractère notoire d'un fait.

Le rapporteur italien signale également comme ne devant pas être prouvés les faits reconnus et non contestés. Ici aussi, il nous paraît qu'une réserve doit être faite : il faut qu'aucune considération d'ordre public ne s'oppose à ce que le juge considère comme établi un fait non contesté. Ainsi, l'absence de contestation d'un fait contraire à une prescription légale irréfragable ne pourrait amener le juge à considérer ce fait comme établi. De plus, comme on l'exposera plus loin, le juge conserve intégralement son droit d'appréciation quant à la valeur convaincante d'une absence de contestation.

Ainsi, le juge conserve le pouvoir, nonobstant l'absence de contestation d'un fait, d'en ordonner la preuve si cette absence de contestation ne lui paraît pas entièrement régulière.

Le rapporteur néerlandais signale que le juge ne pourrait tenir pour établis des faits dont la réalité ne lui serait connue que de science personnelle.

#### **D. Quels faits ne peuvent-ils être admis à la preuve ?**

Le rapporteur italien signale que dans son pays on admet unanimement le principe que le juge n'est pas tenu d'autoriser de nouveaux moyens de preuve quand, d'après les éléments déjà fournis par les pièces du dossier, les faits contraires à ceux que l'on voudrait démontrer sont déjà prouvés à suffisance. En revanche, la simple invraisemblance des faits allégués ne constitue pas un motif valable pour ne pas en ordonner ou en autoriser la preuve. L'invraisemblance du fait allégué ne peut jamais constituer une raison valable pour exclure une preuve : elle représente seulement un critère d'appréciation *a posteriori* des résultats de la preuve.

L'on peut citer encore comme ne pouvant ni être considérés par le juge comme établis ni être admis à la preuve, les faits qui doivent demeurer secrets. Ainsi, en Belgique, l'on ne pourrait ni établir ni chercher à établir, directement ou indirectement, le contenu d'une conversation ou d'un échange de correspondances entre le Souverain et un ministre. Le colloque constitutionnel doit demeurer secret et la Couronne ne peut être découverte.

De même, l'on ne pourrait prouver ni offrir de prouver et le juge ne pourrait ordonner la preuve ou faire état du contenu d'un document dont la loi prohibe la divulgation. Par exemple, toujours en Belgique, la loi interdit la communication à l'administration fiscale, des déclarations faites en matière d'investigations statistiques. La production de ces déclarations ne pourrait être ni offerte ni ordonnée comme moyen de preuve de faits qui seraient allégués dans un litige où une administration fiscale serait en cause.

Le rapporteur français signale que si le juge ne peut ordonner que soient produits devant lui des documents dont la communication est exclue par une prescription législative, il a cependant une tendance certaine à réduire au maximum les conséquences de ces restrictions sur ses pouvoirs d'investigation. Et il cite des exemples en matière de défense nationale et de secret médical.

Par ailleurs, et dans un autre ordre d'idées, aux yeux du droit italien, qui reconnaît aux parties une certaine initiative en matière d'administration de la preuve, ne pourraient être admis à la preuve, des faits autres que ceux sur lesquels les parties fondent leur demande et qui la justifient. Il semble en être de même en droit néerlandais.

## 2. A QUI APPARTIENT L'INITIATIVE DES MESURES TENDANT A ENTRAINER LA CONVICTON DU JUGE QUANT AUX ELEMENTS DE FAIT DU LITIGE ?

Cette question est celle du rôle respectif des parties et du juge dans la recherche des preuves. Elle se résout généralement d'une manière différente selon qu'il s'agit du contentieux de droit privé ou du contentieux administratif.

Dans les litiges portant sur des droits privés, les parties sont maîtres du procès : elles apportent au juge des allégations et lui soumettent les éléments de preuve qu'elles possèdent ou qui résulteront des moyens de preuve qu'elles lui demandent d'autoriser et le juge statue sur les éléments qui sont ainsi mis en sa possession. Son seul rôle dans l'administration de la preuve est d'admettre des faits à la preuve ou de les y refuser selon qu'il les estime pertinents ou non et, ensuite, d'apprécier la valeur probatoire des résultats de la mise en oeuvre des moyens de preuve utilisés. Si la preuve d'un fait allégué ne lui paraît pas apportée soit par les pièces du dossier, soit par les mesures de preuve qu'il a ordonnées à la demande des parties, il rejette les prétentions fondées sur ces faits. Les litiges de l'espèce ne mettant en cause que des intérêts privés, il est normal que soit laissé aux parties le soin de décider des moyens propres à les défendre efficacement.

Dans le contentieux administratif, au contraire, et plus spécialement dans le contentieux de l'annulation, la partie requérante ne fait en somme que dénoncer au juge un comportement illégal de l'autorité publique. C'est, dès lors, à travers l'intérêt privé du requérant lésé par ce comportement, l'ordre public lui-même qui est mis en jeu et celui-ci ne peut dépendre des insuffisances d'une partie qui n'apporterait pas la preuve de ses allégations. Comme en matière répressive, où l'ordre public est également en jeu, le juge, une fois saisi, doit pouvoir mener l'affaire en vue de la découverte de la vérité et, en conséquence, en vue de la restauration de la légalité qui aurait été violée.

Si, dans un pareil système, il n'est pas interdit aux parties d'apporter au juge *de motu proprio* des éléments de preuve ou, éventuellement, de lui faire des offres de preuve, la mission du juge administratif ne saurait, comme en matière civile, se limiter à déterminer la pertinence des preuves offertes ou la valeur des seuls éléments de preuve qui lui seraient fournis par les parties.

C'est le juge qui appréciera quels faits sont pertinents et quels faits sont ou ne sont pas suffisamment établis à ses yeux ; c'est le juge qui décidera si une mesure de preuve est nécessaire et laquelle ; c'est le juge enfin qui désignera celle des parties à qui incombera la charge d'apporter la preuve.

Cette différence entre les règles qui président à l'administration de la preuve en matière civile et celles qui régissent la preuve dans le contentieux administratif se marque, selon une observation judicieuse du rapporteur français, dans le fait que dans le procès administratif, l'on parlera de l' "instruction" plutôt que de l'administration des preuves, pour désigner l'ensemble des mesures tendant à établir ce que le rapporteur italien appelle le "matériel probatoire". C'est aussi cette différence qui implique que, souvent, une phase d'instruction précède l'examen d'une affaire à l'audience alors que, dans le procès civil, c'est de l'exposé à l'audience qu'apparaît, aux yeux du juge, l'opportunité de faire droit à une offre de preuve ou de la rejeter.

Si le caractère inquisitorial de la procédure au contentieux administratif, spécialement au contentieux de l'annulation, est reconnu dans chacun de nos six pays, il y existe cependant des différences, d'une part, dans les procédures tendant à la mise en oeuvre des moyens de preuve et, d'autre part, dans le rôle que la loi et la jurisprudence permettent aux parties de jouer quant à l'initiative de cette mise en oeuvre.

### **Quant à la procédure**

Selon le droit allemand, lorsque le juge ordonne une mesure de preuve, il le fait généralement par une décision d'avant faire droit, qui indique les faits à prouver et les moyens à employer. Les parties doivent être mises à même d'en connaître les résultats.

En Belgique, l'instruction préalable est faite par l'Auditorat sous le contrôle du Conseil. L'Auditorat peut demander à toutes autorités et aux parties tous renseignements et documents utiles. L'instruction se clôture par un rapport qui porte tant sur les faits que sur les points de droit. Si la chambre du Conseil d'Etat saisie de l'affaire estime que l'instruction devrait être complétée sur quelques points, elle peut ordonner des mesures complémentaires —comme une enquête ou une expertise— qui seront accomplies soit à l'audience, soit par le membre du Conseil d'Etat ou de l'Auditorat que la chambre désigne. Cette instruction complémentaire se termine par un rapport complémentaire dont les parties peuvent prendre connaissance et qu'elles peuvent discuter.

En Italie, les mesures d'instruction doivent faire l'objet d'une décision du président de la section saisie et sont adoptées soit au cours d'une audience préliminaire, soit à l'audience fixée pour la discussion du recours avant que celle-ci ait lieu, avec le consentement —qui peut être tacite— des parties et dans le respect du "principe du contradictoire".

En droit néerlandais, la situation est plus spéciale du fait que le Conseil d'Etat possède une compétence d'avis seulement et que c'est la Couronne qui tranche les recours. Lorsque le Conseil d'Etat est saisi, il reçoit en même temps tous les éléments d'une enquête qui a déjà faite par l'autorité compétente. L'instruction de l'affaire au Conseil d'Etat constitue déjà une seconde phase de la procédure. Celle-ci comporte d'abord l'injonction faite aux intéressés de déposer, dans le délai à fixer par le président, les mémoires et documents qu'ils jugent nécessaires au règlement du litige. Vient ensuite la phase de l'instruction à l'audience, au cours de laquelle peuvent être ordonnées des auditions de témoins ou d'experts, lesquelles se feront selon les règles établies par la loi.

L'on voit ainsi que, comme le souligne le rapporteur français, le pouvoir du juge, s'il est très étendu quant à l'initiative des mesures d'instruction, n'est ni illimité ni arbitraire et qu'il est assorti de conditions de formes et de procédure, plus ou moins précises selon les pays, que le juge doit respecter.

### **Quant au rôle laissé aux parties**

L'on ne parlera pas ici de l'initiative laissée aux parties quant à la communication de

pièces. Cette matière sera exposée plus loin.

Dans le droit allemand, tout au moins, semble-t-il, devant les juridictions du premier degré, les parties peuvent offrir d'apporter la preuve de faits qui leur paraissent pertinents. Ces offres ne lient pas le juge, mais il doit statuer sur l'offre de preuve par une décision motivée et distincte du jugement au fond.

Le rapporteur belge écrit : "L'instruction de l'affaire ne se fait pas principalement à l'initiative des parties, mais elle est conduite par le juge lui-même. Les parties donnent uniquement leur version des faits et présentent leurs moyens, mais pour le surplus, c'est le Conseil d'Etat lui-même qui conduit le déroulement de la procédure et qui exécute les mesures d'instruction qui, à son avis, sont requises pour mettre l'affaire en état d'être jugée". L'initiative des parties est donc extrêmement limitée, ce qui ne les empêcherait pas, d'ailleurs, de faire au juge toutes propositions ou suggestions qu'elles estimeraient adéquates, mais sans que le juge soit tenu de les suivre.

Devant le Conseil d'Etat français, les parties sont libres dans le choix des preuves, mais, sauf dans un seul cas —celui de la demande de désignation d'un tiers expert en cas de désaccord des parties en matière de police des immeubles menaçant ruine — le juge n'est pas tenu de faire droit aux offres de preuve qui lui sont faites.

En Italie, toute liberté est laissée aux parties de rechercher et d'affirmer les faits qu'elles estiment nécessaires pour démontrer au juge le bien-fondé de leurs prétentions respectives. Par ailleurs, si le juge peut ordonner d'office toute mesure probatoire qu'il estime opportune, les parties peuvent également prendre l'initiative de lui demander le recours à un moyen d'enquête et le président de la section saisie, s'il estime pouvoir y donner suite et si l'autre partie ne s'y oppose pas, notifie aux parties qu'il prend acte de la demande et avise pour son exécution.

Le rapporteur néerlandais, soulignant aussi le caractère inquisitorial de l'instruction, écrit : "Le citoyen n'a qu'un devoir : rendre ses affirmations à ce point plausibles qu'elles offrent au juge des rapprochements suffisants pour son instruction personnelle, le devoir aussi de fournir au juge administratif des renseignements".

L'on voit ainsi que, dans nos six pays, les conceptions sont les mêmes, tout au moins au contentieux de l'annulation, quant au caractère inquisitorial de la procédure devant nos Conseils d'Etat et que si des différences se manifestent, c'est non sur des questions de principe, mais sur des modalités d'application.

### 3. PAR QUELS MOYENS LA PREUVE DES FAITS PEUT-ELLE ETRE APPORTEE ?

Sur cette question, la différence essentielle dans les régimes des preuves en usage dans nos six pays réside, non pas tant dans la différence des modes de preuve admissibles que dans le fait que ces modes sont fixés par la loi dans certains d'entre eux ou abandonnés à la jurisprudence dans d'autres.

En Allemagne, en Italie et au Grand-Duché de Luxembourg, les modes de preuve admissibles dans le contentieux administratif sont déterminés par la loi ; en Belgique, en France

et aux Pays-Bas, les textes sont rares et fragmentaires et les modes de preuve admissibles devant le Conseil d'Etat ont été en grande partie dégagés par la pratique.

Si la fixation légale des modes de preuve assure une certaine sécurité dans la justice administrative, elle se concilie mal cependant avec les exigences de l'instruction inquisitoire dans laquelle le juge apprécie lui-même quels sont les éléments de l'affaire qui sont de nature à entraîner sa conviction, et doit pouvoir décider lui-même quels sont les moyens les plus propres à asseoir cette conviction.

Par ailleurs, la conséquence de cette différence entre le régime légal et le régime jurisprudentiel des moyens de preuve admissibles sera que, dans le premier système, le juge ne pourra recourir qu'aux moyens de preuve admis par la loi tandis que, dans le second, il pourra recourir à tous moyens de preuve qu'il estimera lui-même admissibles, sous la seule réserve de ceux que la loi aurait expressément exclus.

\*

\*           \*

Parmi les moyens de preuve admissibles, il faut faire une distinction fondamentale entre, d'une part, ceux dont la mise en oeuvre n'est pas nécessairement subordonnée à un jugement et ceux qui ne peuvent être mis en oeuvre que moyennant pareille décision. A cet égard, la pratique n'est pas uniforme dans nos six pays. Mais l'on peut considérer que sont généralement compris parmi les moyens de preuve dont la mise en oeuvre ne nécessite pas un arrêt ou un jugement : le dépôt de pièces et documents, les vérifications, les renseignements et éclaircissements, l'audition des parties. Ces moyens peuvent être mis en oeuvre d'office ou relèvent d'une instruction préalable à la venue de l'affaire à l'audience, encore que, évidemment, le juge puisse les ordonner aussi par une décision avant faire droit. En revanche, sont généralement subordonnés à une décision du juge, l'enquête, l'expertise, le serment, la descente sur les lieux.

#### **A. Les pièces et documents**

Il est signalé dans plusieurs rapports et il n'est contesté dans aucun, que les parties ont la faculté de déposer toutes pièces et tous documents qu'elles estiment de nature à entraîner la conviction du juge quant à la réalité des faits qu'elles allèguent.

L'Administration a, en outre, tantôt de plein droit, tantôt sur injonction du juge, l'obligation de déposer tous documents et toutes pièces et, en général, de fournir tous renseignements qui intéressent la solution du litige, c'est-à-dire, selon une précision relevée par le rapporteur belge, toutes les pièces qui ont un rapport avec l'affaire et qui peuvent être utiles au jugement de celle-ci.

Toutefois, l'Administration peut s'abstenir et refuser de communiquer certaines pièces lorsque la loi ou l'ordre public s'opposent à cette communication ; par exemple, le rapporteur belge le relève, lorsque ces pièces concernent le colloque constitutionnel et que leur communication serait, dès lors, de nature à découvrir la Couronne.

En Belgique, l'Administration peut également s'abstenir de communiquer les notes adressées par les services administratifs à l'autorité qui a le pouvoir de décision lorsque ces notes ont un caractère confidentiel. Il en est de même des pièces qui ont servi à la préparation d'une décision.

Le rapporteur allemand signale comme ne devant pas être communiqués par l'Administration, les résultats des examens dans la magistrature.

Plusieurs rapporteurs signalent les conséquences qui découlent, dans leur pays, du défaut de production des pièces. Ces conséquences peuvent être résumées comme suit : à défaut de production des pièces par l'Administration, les affirmations du requérant —sérieuses et non dénuées de fondement— seront tenues ou pourront être tenues pour exactes. C'est ce que signalent, avec des nuances, les rapporteurs belge, italien et luxembourgeois. La prudence des juges dans l'appréciation de la valeur d'une absence ou d'un refus de communication de pièces s'explique une fois de plus par le caractère des litiges mus devant le Conseil d'Etat. Dans de pareils litiges, la conviction du juge ne saurait être obligatoirement liée par le comportement que les parties ont adopté devant lui. Il appartient, au contraire, au juge de déduire de ce comportement les conséquences qu'il estime lui-même devoir y être attachées.

#### **B. Les vérifications**

Le rapporteur français et le rapporteur italien soulignent que le juge peut procéder à toutes vérifications qu'il juge utiles et ordonner d'office de pareilles mesures. Il peut, par exemple, consulter la minute d'un texte litigieux.

#### **C. Les renseignements et éclaircissements**

Le juge peut demander aux parties de lui fournir tous renseignements qu'il juge utiles. Il peut ordonner à l'Administration de lui faire connaître les motifs de ses décisions.

#### **D. L'audition des parties**

Ce moyen de preuve est admis expressément par la législation allemande ; il est admis par la jurisprudence du Conseil d'Etat belge et du Conseil d'Etat français.

#### **E. L'enquête**

Le droit allemand, le droit belge, le droit français, le droit italien (avec des réserves) et le droit néerlandais admettent l'audition de témoins comme moyen de preuve ; le droit luxembourgeois l'exclut.

L'étendue du droit d'enquête, l'objet et la procédure d'enquête —points qui sont généralement réglés par la loi— font l'objet d'observations de la part de certains rapporteurs.

Le rapport allemand, par exemple, signale que le juge peut entendre des parents et alliés en ligne directe, les conjoints et même des personnes que les parties ont été d'accord pour tenir à l'écart d'une enquête ; qu'en principe, l'enquête doit être orale et tenue à la barre du tribunal, de façon que tous les juges puissent avoir une connaissance personnelle des éléments que l'enquête révélera ; que les commissions rogatoires sont cependant possibles dans des cas déterminés, mais doivent rester exceptionnelles. Dans certains cas, les témoins peuvent refuser de témoigner.

Le rapport belge rappelle que le juge n'est pas tenu de faire droit à une demande d'enquête lorsque cette demande ne contient pas la mention des faits précis dont la preuve devrait être apportée.

Les rapporteurs allemand, belge et néerlandais signalent qu'en principe les témoins ne sont pas tenus de prêter serment, mais que le serment peut leur être imposé.

## **F. L'aveu**

La législation ou la jurisprudence de la plupart de nos six pays rejettent l'aveu comme moyen de preuve admissible. Le droit allemand l'admet.

## **G. La descente sur les lieux**

Dans nos six pays, il est admis que le juge peut opérer une descente sur les lieux.

## **H. L'expertise**

Les rapporteurs allemand, belge et néerlandais mentionnent expressément l'expertise comme moyen de preuve auquel le juge peut recourir et résumant les règles plus ou moins précises qui doivent être suivies par le juge et les experts.

## **I. Les présomptions**

Il ne s'agit pas ici des présomptions irréfragables qui ont pour conséquence d'obliger le juge à considérer les faits comme établis *a priori* et donc non susceptibles d'être soumis à un moyen de preuve quelconque, mais de l'ensemble de circonstances qui permettent au juge, faute de conviction contraire, de tenir un fait ou un ensemble de faits pour établi.

Tous les rapporteurs ne mentionnent pas ce moyen de preuve comme admissible dans leur pays, mais aucun ne l'exclut. Le rapport allemand s'y étend longuement en faisant entre les présomptions des distinctions intéressantes et en exposant les conséquences de celles-ci quant à la conviction du juge.

#### 4. A QUI INCOMBE LA CHARGE DE LA PREUVE ?

Dans la procédure accusatoire, qui est ordinairement celle des tribunaux de l'ordre judiciaire, la charge d'apporter la preuve des faits incombe à celle des parties qui les invoque.

Dans la procédure inquisitoire, au contraire, où c'est le juge qui dirige le procès, qui détermine quels faits doivent être soumis à un moyen de preuve et qui fixe le mode de preuve à mettre en oeuvre, il est normal que ce soit le juge aussi qui détermine à qui incombera la charge de prouver les faits destinés à asseoir sa conviction.

A cet égard, une unanimité complète se manifeste dans les six rapports, notamment pour considérer que la charge de la preuve et la détermination de celle des parties qui supportera les conséquences de l'absence de preuve ne sont pas régies par le principe "Actori incumbit probatio". Le requérant n'a, à cet égard, tout au moins au stade initial, qu'à fournir des éléments qui rendent ses allégations vraisemblables.

La même unanimité se constate quant aux raisons qui justifient cette règle : l'inégalité de l'administré et de l'administration dans le procès administratif. Comme le souligne en termes heureux le rapporteur français, l'administration oppose à l'administré deux sortes de barrages : "le mutisme de ses agents et le secret de ses dossiers". Le juge, dans la recherche de la vérité, doit donc pouvoir forcer ces barrages et faire peser la charge de la preuve sur celle des parties qui est en mesure de lui apporter les éléments dont il a besoin pour trancher le litige.

Tous les rapporteurs consacrent de nombreuses observations à cette question, que certains considèrent même comme la plus importante dans l'ensemble du système de preuves. (L'on consultera spécialement les rapports allemand, belge et français, qui donnent de nombreux exemples tirés de la jurisprudence dans leurs pays respectifs).

Mais si le principe est unanimement admis, il n'est pas sans admettre quelques restrictions.

Le rapporteur belge, par exemple, signale que le renversement de la charge de la preuve n'implique pas que le requérant puisse se borner à faire quelques allégations vagues et imprécises ; une simple allégation qui ne reposerait pas sur le plus petit élément du dossier ne pourrait conduire à une instruction ; il en est spécialement ainsi en ce qui concerne le contrôle de légalité des motifs des actes administratifs. Si le Conseil d'Etat a, dans certains cas, annulé faute de preuve quant à la réalité des motifs, il ne faudrait pas en déduire qu'il suffit d'alléguer n'importe quoi pour que l' "appareil d'instruction" (het onderzoeksapparaat) doive être mis en mouvement.

Le rapporteur belge signale, d'autre part, que la preuve de certains faits ne peut être mise à la charge que de la partie qui l'invoque. Ainsi, la preuve de la tardiveté d'une demande incombe à la partie qui l'invoque et la partie requérante ne pourrait devoir assumer la preuve de la non-tardiveté. De même, c'est la partie qui invoque l'intérêt qu'elle a à agir et le grief que l'acte lui cause qui doit les prouver.

Le rapporteur belge signale enfin que le renversement de la charge de la preuve n'est

possible que dans le contentieux de l'annulation, non dans le contentieux de pleine juridiction, comme le contentieux des élections communales, ni dans le cas de recours en cassation administrative où la question ne se pose pas puisque le juge de cassation ne connaît pas du fait.

Le rapporteur français signale également que le Conseil d'Etat rejette les requêtes non étayées d'allégations précises.

Le rapporteur italien fait la même observation : si le requérant n'a d'autre obligation que celle d'étayer des faits, il faut cependant que ceux-ci soient de nature à constituer un commencement de preuve.

Les rapporteurs allemand et néerlandais exposent que la question de la charge de la preuve doit être résolue différemment selon que l'acte envisagé est de ceux qui accordent une faveur ou de ceux qui imposent une charge. Si l'acte est attaqué parce qu'il n'a pas accordé une faveur à laquelle le requérant estimait avoir droit, c'est à lui à prouver qu'il se trouvait dans les conditions pour l'obtenir; si, au contraire, l'acte attaqué impose une charge que le requérant estime lui avoir été imposée illégalement, c'est à l'Administration qu'il incombe de justifier son comportement.

##### 5. QUELLE EST L'ETENDUE DES POUVOIRS DU JUGE DANS L'APPRECIATION DE LA VALEUR PROBANTE DES ELEMENTS DE PREUVE QU'IL POSSEDE ?

Cette question n'a pas retenu l'attention de tous les rapporteurs. Des rapports qui l'ont abordée, l'on peut, semble-t-il, retenir les considérations suivantes :

En cette matière, comme en celles qui ont été exposées plus haut, le juge a la plus grande latitude pour apprécier la valeur probante des éléments qui lui ont été fournis. Il n'est lié ni par les affirmations non contredites des parties, ni par le résultat des mesures qu'il a ordonnées.

C'est d'ailleurs normal et conforme à la mission même du juge à quelque juridiction qu'il appartienne: pour trancher, le juge doit être convaincu et nul, si ce n'est lui-même, ne peut décider s'il l'est ou s'il ne l'est pas.

A ce principe, il est cependant une exception, celle qui se rattache à la notion de "fait établi" dont on a parlé plus haut. Le juge doit accorder valeur probatoire à tous les faits dont le caractère établi est fixé par la loi. Il en est ainsi, on l'a vu, des faits faisant l'objet d'une présomption irréfragable, de certains faits établis par les actes authentiques et, généralement aussi, des faits établis par une décision juridictionnelle définitive. La force probatoire des résultats d'autres moyens de preuve qui auraient été mis en oeuvre cède devant la force probatoire qui s'attache à ces faits.

Le droit allemand connaît, en outre, le système de ce que le rapporteur appelle "la preuve morale", en vertu duquel toute liberté est laissée aux parties dans la charge des moyens de preuve et au juge dans l'appréciation des moyens produits. C'est le juge qui décide de ce qu'il considère comme établi. Mais il est tenu, lorsqu'il forme sa conviction,

de tenir compte du résultat complet de l'instruction et de ne pas en négliger une partie. Les motifs des jugements doivent faire connaître comment et sur quelle base le juge est arrivé à sa conviction.

## CONCLUSION

De l'analyse des six rapports nationaux, il ressort que les systèmes de preuves appliqués dans chacun de nos pays ne diffèrent pas fondamentalement les uns des autres et qu'ils peuvent se résumer comme suit : procédure inquisitoire, selon laquelle le juge, maître du procès, dirige l'instruction, détermine les éléments de fait qu'il estime devoir être soumis à un moyen de preuve, fixe les moyens de preuve qui seront mis en mouvement, décide quelle partie supportera la charge de la preuve et quelle valeur probatoire il croit pouvoir attacher aux résultats des moyens mis en oeuvre.

Des divergences dans ces différents systèmes ne se manifestent que dans des questions de procédure ou de détail, non sur les principes.

Par ailleurs, tous les rapporteurs n'ont pas mis l'accent sur les mêmes questions. Certaines de celles-ci ont été exposées et développées par tel rapporteur, alors que tel autre a porté sa particulière attention, sur d'autres questions.

Enfin, le présent rapport n'a forcément pu que résumer les intéressantes considérations contenues dans les différents rapports nationaux. Il s'est efforcé d'en retenir ce qu'il a cru en être l'essentiel, laissant aux rapporteurs eux-mêmes le soin de développer oralement les points sur lesquels ils croiraient devoir insister plus particulièrement.

Les débats auxquels nous convie le présent colloque permettront, on le souhaite, d'utiles confrontations et surtout, pour chacun de nous, d'utiles compléments d'information.