

Le droit de la défense devant l 'Administration  
et devant le juge de celle-ci.

Rapport présenté au neuvième colloque des Conseils d'Etat  
et des Juridictions administratives suprêmes des Etats  
membres des Communautés Européennes

par

Mr. Alfred Fischer

président de section à la Cour administrative suprême  
de la République fédérale d'Allemagne

P L A N

- I. Remarque préliminaire
- II. Les bases juridiques du droit d'être entendu
  1. devant l'Administration
  2. devant le juge administratif
- III. Le domaine d'application de l'audition devant l'Administration
  1. le cercle de personnes bénéficiant de ce droit
  2. L'avertissement préalable, ses formes et les délais à respecter
  3. le contenu et la portée du droit d'être entendu
  4. les limitations imposées à ce droit par la loi
  5. les sanctions aux manquements de l'Administration concernant le droit d'être entendu
- IV. Le domaine d'application du droit d'être entendu devant le juge administratif
  1. Les parties et les autres participants à la procédure comme titulaires de ce droit
  2. les obligations du juge
  3. le moment de l'audition
  4. le contenu et la portée de ce droit
    - a) questions de fait et de droit
    - b) enquête, pièces et débats oraux
    - c) rapports entre le droit constitutionnel et le droit procédural
  5. l'inobservation du droit d'être entendu par ses conséquences
    - a) réparation par le juge d'appel
    - b) renvoi ou décision au fond par le juge de cassation

c) recours extraordinaire

V. Le contrôle du respect du droit d'être entendu par la  
Cour constitutionnelle fédérale

VI. Conclusion

## I. Remarque préliminaire

Lorsqu'on parle du droit de la défense, on entend, en droit allemand, par cette notion la prérogative attribuée à un individu de se défendre contre une accusation dans une procédure pénale (articles 137 s. du code de procédure pénale) ou disciplinaire (articles 40 s. du code de procédure disciplinaire). La dernière procédure est juridictionnalisée en Allemagne. Le terme a donc un sens qui se restreint aux procédures répressives, la notion de droit d'être entendu est, à l'inverse du droit de la défense, plus vaste et comprend toutes les procédures juridictionnelles ainsi que la procédure administrative non contentieuse. C'est pourquoi, on parlera, dans ce rapport, du droit, d'être entendu (Anspruch auf rechtliches Gehör), parce qu'il s'agit, on le verra, d'un véritable droit public subjectif.

Le rapporteur s'efforcera de suivre le plan établi par le rapporteur général sans abandonner la liberté de présenter les problèmes du sujet dans le contexte qui est constitué par le droit national.

## II. Les bases juridiques du droit d'être entendu

### 1. devant l'Administration

La loi fédérale relative à la procédure administrative non contentieuse du 25 mai 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz/ - VwVfG -) qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1977 renferme une disposition qui règle le droit d'être entendu devant l'Administration. L'article 28 aliéna 1 de cette loi est conçu ainsi: L'Administration est tenue de donner à un participant de la procédure la possibilité de s'expliquer aux faits, avant qu'elle prenne une décision portant atteinte aux droits de celui-ci. On reviendra aux détails de cette disposition.

Ladite loi s'impose aux autorités administratives fédérales mais aussi aux Administrations des "länder" chaque fois que celles-ci exécutent les lois fédérales. Quant à l'exécution des lois fédérales, la loi fondamentale connaît trois procédés d'exécution: 1° exécution des lois fédérales par les "länder" à titre d'attribution propre - les articles 83 et 84; 2° exécution des lois fédérales par les "Länder" sur délégation de la fédération - l'article 85; 3° exécution des lois fédérales au moyen d'Administrations fédérales - l'article 86.

Les "Länder" exécutent tout d'abord leurs propres lois. Dans ce cas-là, le code fédéral de procédure administrative non contentieuse n'est pas applicable. Lorsque les "länder" exécutent les lois fédérales à titre d'attribution propre, il leur appartient de régler l'organisation des autorités et la procédure administrative non contentieuse à moins que les lois fédérales approuvées par le Conseil fédéral n'en disposent autrement. L'article 1<sup>er</sup> aliéna 1 no. 2 du code fédéral de procédure administrative non contentieuse dit qu'il est à appliquer par les autorités administratives des "Länder", par les communes et par les personnes juridiques de droit public placées sous la tutelle d'un "Land", lorsqu'elles exécutent le droit fédéral. Mais l'article 1<sup>er</sup> aliéna 3 du code précité renferme une exception en disant, que le code fédéral n'est pas à appliquer à l'exécution de droit fédéral par les "Länder" pour autant que les activités des autorités administratives der. "Länder" dans le domaine du droit public sont réglées par un code de procédure administrative non contentieuse du "Land" respectif.

En ce qui concerne ces lois des "Länder", leurs codes de procédure administrative non contentieuse sont fortement unifiés, puisque les "Länder" ont adopté des lois, presque identiques ou même déclaré applicable le code fédéral.

Avant l'entrée en vigueur des codes de procédure non contentieuse, la jurisprudence avait déjà consacré un droit d'être entendu devant l'Administration lorsque celle-ci voulait prendre une décision pouvant porter atteinte aux droits ou aux intérêts légitimes d'un administré. La jurisprudence a dégagé cette règle du principe de l'Etat de droit et du respect de la dignité de la personne humaine qui ne doit pas être seulement l'objet de l'action administrative.

Il fait mentionner qu'il y a des dispositions spéciales concernant le droit d'être entendu pour la procédure administrative non contentieuse devant les Administrations fiscales et sociales. Il s'agit de l'article 24 du code d'aides sociale et de sécurité sociale et de l'article 91 du code fiscal, les deux dispositions sont presque identiques à l'article 20 du code de procédure administrative non contentieuse. Elles sont adaptées aux besoins spéciaux de ces procédures.

## 2. Devant le juge administratif

C'est l'article 103 aliéna 1 de la loi fondamentale qui dit que, devant tous les ordres de juridiction, c.-à-d. devant tout juge, chacun a le droit d'être entendu. Il s'agit d'un droit fondamental de procédure qui est universellement connu sous la formule "audi alteram partem" (1). Il constitue le minimum de toute procédure juridictionnelle, mais ce principe ne crée ni directement., ni par raisonnement par analogie le caractère contradictoire de la procédure administrative non contentieuse. Dans les procédures contentieuses ce principe a pour but de garantir que la décision à prendre ne soit pas entachée d'un vice de procédure qui peut consister à ce que le juge ne tienne pas compte de manière suffisante des allégations et observations des parties. Comme on le montrera plus loin, c'est la Cour constitutionnelle fédérale qui veille à ce que ce droit soit

respecté par les juridictions.

### III. Le domaine d'application de l'audition devant l'Administration

#### 1. le cercle de personnes bénéficiant de ce droit

Le cercle de personnes qui peuvent réclamer d'être entendu dans une procédure administrative non contentieuse est déterminé par le caractère de la décision à prendre. Lorsque celle-ci peut porter atteinte aux droits d'un particulier, l'Administration est obligée de lui donner la possibilité de s'expliquer sur les faits susceptibles d'être pris pour base de la décision. Il faut préciser qu'on n'entend pas par la notion de "droits" seulement les droits subjectifs d'une personne, mais tous les intérêts qui sont dignes d'une protection juridictionnelle. Cette dignité doit résulter des dispositions de fond. En outre, il n'est pas nécessaire pour l'application de l'article 28 aliéna 1 VwVfG que l'atteinte des droits (dans le sens très large exposé ci-dessus) soit certaine. Il suffit, que la décision à prendre puisse entraver ces droits. C'est pourquoi il faut que l'Administration donne à l'intéressé la possibilité de présenter ses observations et son point de vue même dans le cas où il a demandé un avantage (p.ex. permis de construire) et l'Administration prend en considération un rejet de sa demande (2). L'audition de l'intéressé est aussi obligatoire, lorsque l'Administration envisage de modifier par un acte administratif un acte antérieur qui a créé un droit à l'intéressé (3).

Qui est l'intéressé qui doit être entendu dans une procédure administrative non contentieuse ?

C'est non seulement celui qui a donné lieu à l'ouverture de cette procédure, mais aussi tous ceux qui sont énumérés dans l'article 13 VwVfG. Selon cette disposition, il y a deux groupes de participants (Beteiligte) à la procédure. D'une part, il s'agit de personnes qui

participent de plein droit à la procédure en qualité de parties, à savoir: l'auteur de la demande et, le cas échéant, l'adversaire de la demande, c'est celui qui s'y oppose et toute personne qui est destinataire d'un acte administratif ainsi que ceux avec lesquels l'Administration a l'intention de passer un contrat (contractant). D'autre part, il y a des personnes qui n'acquièrent la qualité de parties à la procédure administrative non contentieuse qu'à la suite d'une invitation qui est, dans des cas déterminés, obligatoire pour l'Administration et, dans d'autres cas, ne constitue qu'une simple faculté de celle-ci. Lorsqu'il s'agit de personnes dont les droits (intérêts légitimes) peuvent être atteints ou modifiés, l'Administration doit les inviter d'office ou sur leur demande. La simple faculté de l'Administration de faire participer quelqu'un à la procédure administrative non contentieuse existe dans les cas où les intérêts juridiques de personnes seront vraisemblablement affectés par la décision à prendre. Cela veut dire que ces personnes ne sont pas immédiatement affectées dans leurs intérêts, mais d'une façon indirecte, p.ex. la décision qui va être prise préjugera d'une décision future, qui, elle, les affectera directement.

Toutes ces personnes qui participent à la procédure en qualité de parties doivent être entendues par l'Administration. Des personnes qui ont le droit de présenter des observations dans les procédures de masse - chacun peut le faire sans être obligé de faire valoir la lésion de ses droits ou intérêts - n'ont pas le droit d'être entendu à moins que les conditions d'une participation à la procédure dans le sens susmentionné soient réunies.

## 2. l'avertissement préalable, ses formes et les délais à respecter

Il faut que les particuliers soient avisés d'une procédure dont l'issue peut les atteindre dans leurs droits ou intérêts. Cette information doit permettre à l'intéressé de préparer ses observations. C'est pourquoi elle doit être complète, l'Administration

est tenue de communiquer à l'Intéressé tous les faits qu'elle connaît et qu'elle veut prendre pour base de sa future décision. Lorsqu'elle veut utiliser le contenu d'un dossier pour sa décision, l'intéressé doit en être informé, parce qu'il peut demander - c'est une partie intégrante du droit d'être entendu - la communication du dossier. La communication du dossier aux participants de la procédure administrative non contentieuse est réglée par l'article 29 VwVfG qui est rédigé ainsi: L'autorité administrative doit communiquer le dossier concernant la procédure en question aux intéressés pour autant que la connaissance duquel est nécessaire pour faire valoir ou défendre leurs intérêts juridiques. Cela veut garantir que les intéressés sont mis à même de pouvoir présenter utilement leurs observations et leur points de vue.

En ce qui concerne les formes de l'avertissement, il n'y a pas de formalisme. Une lettre recommandée n'est pas exigée. L'Administration a le choix d'avertir l'intéressé par écrit ou par oral. Mais en cas de contestation, c'est une question de preuve, si l'intéressé a été ou non averti préalablement. Il faut que l'intéressé ait la possibilité de présenter ses observations sur l'état de fait et son point de vue en temps utile. L'intéressé doit disposer d'un délai suffisant lui permettant de prendre une connaissance complète du dossier et de faire parvenir à l'Administration ses observations afin que celle-ci en ait connaissance avant de prendre sa décision. Si un texte prévoit un délai - ce qui est extrêmement rare -, il doit être respecté par l'Administration. Lorsque l'Administration, elle-même, a fixé un délai, celui doit être convenable. Cela veut dire qu'il permet à l'intéressé de préparer utilement, ses observations et son point de vue. L'Administration est tenue d'attendre l'expiration du délai fixé par elle-même, lorsque l'intéressé n'utilise pas la possibilité de s'expliquer, l'Administration peut prendre la décision, sans que celle-ci soit entachée d'un vice de procédure.

### 3. le contenu et la portée du droit d'être entendu

Comme on a déjà mentionné, l'article 28 aliéna 1 VwVfG dit que l'Administration doit donner à l'intéressé la possibilité de s'expliquer sur les faits susceptibles d'influencer la décision. Il en résulte que le droit de l'audition ne concerne que l'état de fait, mais pas les questions de droit que pose le cas à décider. Certes, l'intéressé peut présenter aussi ses opinions juridiques; l'Administration n'est pas tenue de l'informer de la situation de droit et de lui demander son avis. D'autre part, lorsque l'Administration a ordonné une instruction, elle doit informer l'intéressé du résultat de celle-ci et, le cas échéant, de lui faire parvenir sur sa demande une copie d'un rapport d'expert ou du procès-verbal de la déposition de témoin.

L'intéressé peut présenter ses observations par écrit ou par oral. Mais dans la plupart des cas, ce sont les observations écrites. Les intéressés n'ont droit ni à une comparution personnelle ni à une audience. § 24 VwVfG renferme le principe selon lequel l'Administration doit rechercher elle-même les faits susceptibles d'être à la base de sa décision. Pourtant, les participants de la procédure peuvent concourir à cette recherche et suggérer une audition des témoins. Mais ils n'ont pas le droit de demander l'audition des témoins. Ce droit n'existe que dans les procédures juridictionnelles.

Ce concours à la procédure lequel est une sorte de collaboration avec l'Administration, fait aussi partie intégrante du droit d'être entendu. C'est aussi le cas, en ce qui concerne la représentation des participants (intéressés) de la procédure administrative non contentieuse. Les règles relatives aux mandataires (Bevollmächtigte) et aux conseils reconnaissent aux participants deux droits: celui d'être représenté par un mandataire (l'article 14 aliéna 1 VwVfG) et celui d'être

assisté dans les débats et entretiens par un conseil (article 14 aliéna 4 VwVfG). Les avocats et les conseils juridiques agréés jouissent sans restriction du droit de représenter ou d'assister les participants.

Comme on l'a déjà exposé, le droit d'être entendu renferme aussi le droit à la communication du dossier (l'article 29 VwVfG). Ce droit a été reconnu par la jurisprudence avant la codification de la procédure administrative non contentieuse (4). Il n'est admis qu'au profit des intéressés ayant la qualité de participants. La disposition exige d'ailleurs qu'ils ont besoin de prendre connaissance du dossier pour faire valoir ou de défendre des intérêts juridiques. Bien que cette définition soit définie en termes assez larges, elle n'aboutit pas à reconnaître à l'Administration un pouvoir d'appréciation. C'est le juge qui veillera à son strict respect.

Le droit à la communication du dossier est exclu dans trois séries de cas: 1° l'exercice du droit nuirait au bon fonctionnement de l'Administration, p.ex. en raison du grand nombre d'intéressés; dans ce contexte, il faut mentionner que dans les cas de demandes uniformes ou d'intérêts identiques (les articles 17 et 18 VwVfG) exédant le nombre de cinquante, l'Administration est tenue de communiquer le dossier au représentant des signataires et à lui seul. 2° la divulgation du dossier nuirait aux intérêts de la Fédération ou des "Länder", ce qui doit être interprété de façon très restrictive. 3° certaines pièces doivent être tenues secrètes soit en vertu de la loi, soit en raison de leur nature même, c.-à-d. en vue de protéger les intérêts des participants ou des tiers.

Pour illustrer le contenu du droit d'être entendu par un cas concret, il convient de citer un arrêt qui a été rendu par la chambre disciplinaire en matière de militaires de la Cour administrative suprême. Il s'agissait d'une notation d'un

militaire qui renfermait des faits défavorables; qui pouvaient être préjudiciables au militaire. La chambre a jugé que le militaire devait être entendu avant la rédaction de la notation pour qu'il eût la possibilité de présenter ses observations et que le supérieur put les prendre en considération en rédigeant celle-ci. Si le militaire concerné n'a pas été entendu avant la rédaction de la notation, il ne suffit pas de l'entendre, mais il faut répéter l'affaire en entier c.-à-d. le supérieur est tenu de rédiger une nouvelle notation (5).

#### 4. les limitations imposées à ce droit par la loi

C'est l'article 28 aliéna 2 et 3 VwVfG qui précise les limitations. Selon l'aliéna 3 le droit d'être entendu est exclu lorsqu'un intérêt public impératif s'y oppose. En principe, ce sont les cas où la sécurité extérieure ou intérieure de l'Etat est en cause. L'aliéna 2, en revanche, laisse à l'Administration la liberté d'apprécier la nécessité d'entendre les intéressés. La loi énumère les cas, dans lesquels l'audition n'est pas nécessaire:

- 1° Nécessité d'une décision immédiate pour des raisons d'urgence ou d'intérêt public
- 2° L'audition compromettrait de respecter un délai imposé par la loi
- 3° L'Administration ne prend pour base de sa décision que les faits présentés par l'intéressé
- 4° Décisions similaires, édictées par voie d'automatisation et adressées à un grand nombre de personnes
- 5° Mesures dans le domaine de l'exécution forcée, p.ex. la menace de refoulement envers un étranger (6).

L'énumération n'est pas exhaustive et il semble que le droit d'être entendu soit fortement relativisé. Il y a des opinions très opposées de ce que l'Administration qui détient un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la nécessité d'une audition, est tenue de motiver sa décision de ne pas entendre un intéressé. Tandis que les Cours d'appel administratives de Bade-Wurtemberg et de Hesse répondent par la négative à cette question (7), les Cours d'appel administratives de Rhénanie de Nord-Westphalie et de Brème exigent que l'Administration expose les motifs qui l'ont conduite à l'omission de l'audition des intéressés (8). Compte tenu de la consécration solennelle du droit d'être entendu par le législateur ainsi que les racines constitutionnelles de ce droit, il faut suivre l'opinion de deux dernières Cours et interpréter les limitations et le pouvoir discrétionnaire de l'Administration de façon très restrictive.

5. les sanctions aux manquements de l'Administration concernant le droit d'être entendu

L'audition peut encore, contrairement à la règle de l'article 28 aliéna 1 VwVfG, avoir lieu après la décision aussi longtemps que la procédure administrative non contentieuse n'a pas encore trouvé sa fin. L'article 45 aliéna 1 no. 3 VwVfG dit qu l'acte annulable peut être guéri, lorsque l'Administration répare ce vice de procédure au cours de la procédure précontentieuse qui est déclenchée par le recours administratif; ce recours est, exception faite de rares cas, obligatoire avant la saisine du juge administratif. Cette guérison de l'acte entaché de vice de l'audition omise est possible jusqu'au jour où est introduit le recours contentieux.

Cette possibilité d'effacer les vices de procédures qui entachent les actes annulables a pour but d'atténuer la violation des règles de procédure afin d'éviter un retard de la décision définitive. Les droits de l'intéressé ne sont pas mis en cause, parce que l'Administration est obligée de supporter les frais et dépens de la procédure précontentieuse, si le recours administratif est rejeté pour la seule raison que le vice de procédure a été effacé par une audition après le coup (l'article 80 aliéna 1 VwVfG).

En outre, lorsque l'audition des intéressés n'a pas eu lieu avant la prise de la décision et que ce fait a amené l'intéressé à ne pas attaquer l'acte dans le délai imposé par la loi, l'inobservation du délai n'est pas considéré comme une faute imputable à l'intéressé.

Dans ce contexte, la question se pose du savoir, si et, dans l'affirmative, dans quelles conditions le vice de procédure qui consiste dans l'omission de l'audition de l'intéressé peut être réparé dans les procédures de protection juridictionnelle provisoire (sursis à l'exécution, référé administratif) qui ont lieu, en règle générale, avant l'introduction du recours contentieux. Ce sont les Cours d'appel administratives des "Länder" de Rhénanie de Nord-Westphalie et de Rhénanie-Palatinat qui étaient confrontées à cette question. Dans les deux procédures d'urgence il s'agissait du sursis à l'exécution d'un arrêté d'expulsion qui avait été pris sans avoir entendu l'étranger. Tandis que la Cour de Rhénanie de Nord-Westphalie a ordonné le sursis à exécution à durée déterminée, la Cour de Rhénanie-Palatinat a sursis l'exécution sans délai (9). Les deux Cours ont soutenu des opinions opposées quant à la question de savoir, si l'audition peut avoir lieu dans la procédure d'urgence pour effacer le vice de procédure initial.

A cette question la Cour de Rhénanie de Nord-Westphalie a répondu par l'affirmative, tandis que celle de Rhénanie-Palatinat y a répondu que non. D'autre part, la dernière Cour a jugé que l'audition omise de l'étranger avant la décision ne peut justifier le sursis à l'exécution du rejet de la demande en vue d'obtenir l'autorisation de séjour, si cette décision est apparemment légale du fait que l'atteinte des intérêts de la République fédérale l'exigent (10).

Une question de droit controversé est celle de savoir, si le vice de procédure consistant à ce que l'intéressé n'a pas été entendu avant la prise de l'acte peut être réparé par le fait que l'intéressé a la possibilité de faire valoir ses intérêts par voie de recours administratif. C'est l'opinion de la Cour administrative suprême (11). La Cour de Rhénanie de Nord-Westphalie y a, par contre, répondu par la négative (12). En résumé, on peut constater que le vice de procédure à l'égard de l'audition omise de l'intéressé peut être effacé, dans une mesure très large, par la possibilité offerte à l'intéressé d'interjeter un recours administratif et présenter par cette voie ses observations.

Comme on voit, la guérison d'un acte administratif avant la prise duquel l'intéressé n'a pas été entendu, est possible dans une très large mesure. Même dans la procédure devant le juge administratif, ce vice de procédure peut être réparé. On se demande donc ce qui reste de ce droit dont le non-respect, semble-t-il, n'est pas sanctionné. Eu égard à une juridiction administrative qui comprend trois degrés (première instance, appel, cassation) et à sa compétence, le droit d'être entendu devant l'Administration n'a pas une fin en soi. L'annulation de l'acte qui repose exclusivement sur l'omission de l'audition conduirait à un renvoi de l'affaire à l'Administration. Un tel renvoi est étranger à la procédure administrative devant

les juridictions administratives et ne servirait à rien. Dans la plupart des cas, l'Administration prendrait la même décision après avoir entendu l'intéressé et celui-ci saisirait une deuxième fois le juge administratif. Le droit d'être entendu a pour but d'éviter des décisions illégales. Quand l'audition omise peut être réparée au cours de la procédure devant l'Administration ou devant le juge administratif, on est parvenu à ce but. C'est pourquoi l'article 46 VwVfG dit qu'il n'y a pas d'annulation d'un acte Vicié dans le cas, où, même si l'on avait respecté le droit d'être entendu, l'Administration n'aurait pu prendre une autre décision. Mais cette constatation n'est possible que s'il s'agit d'une compétence liée. Lorsque l'Administration détient un pouvoir discrétionnaire pour prendre la décision en question ou dispose d'une marge d'appréciation, l'annulation de l'acte incrimé s'impose.

Mais l'inobservation du droit de l'intéressé d'être entendu ne reste pas sans sanction. Selon l'article 80 aliéna 1 phrase 2 l'Administration doit supporter les frais et dépens de la procédure précontentieuse, quand le recours administratif a été rejeté pour la raison qu'un vice de procédure a été réparé au cours de cette procédure. Il existe une disposition pareille dans le code de procédure devant les juridictions administratives (l'article 155 aliéna 5 de ce code). Ces sanctions sont très efficaces pour garantir que l'administration respecte le droit de l'intéressé d'être entendu.

IV. Le domaine d'application du droit d'être entendu devant le juge administratif

1. les parties et les autres participants à la procédure comme titulaires de ce droit

Comme on a déjà exposé, le droit d'être entendu devant tous les ordres de juridiction (judiciaire, administrative, prud'homale, sociale, fiscale) est garanti par l'article 103 aliéna 1 de la Loi fondamentale. Il s'agit d'un des plus importants droits de la procédure qui a pour but d'éviter que la décision à prendre ne soit entachée d'un vice de procédure consistant à ne pas avoir suffisamment tenu compte des observations des parties. Le droit d'être entendu est accordé aux parties et à d'autres participants à la procédure (p. ex. litisconsort, intervenant principal ou à titre accessoire, intervention forcée). En ce qui concerne l'intervention forcée dans la procédure administrative, elle se fait par une décision du juge administratif permettant à un tiers dont les intérêts ont été ou pourraient être lésés à participer à la procédure. La Cour constitutionnelle fédérale a souligné, dans plusieurs arrêts (13), que le droit d'être entendu est reconnu à toute personne qui, selon des codes de procédure respectifs, participe à une procédure en qualité de parties ou dans une position pareille à condition qu'elle ait la capacité d'ester en justice (14). Ce droit procédural fondamental peut être revendiqué par une société de droit civil ou commercial (15), par les étrangers et même par une personne juridique étrangère (16).

2. les obligations du juge

Le juge est obligé de veiller à ce que les déclarations d'une partie dans un mémoire ou dans une réplique soient portées

à la connaissance de la partie adverse ou des autres participants à la procédure, afin qu'ils puissent y répondre et présenter leurs observations et leur point de vue. Quand le juge a fixé un délai pour préparer la réponse de la partie aux allégations de la partie adverse, il est tenu, même s'il est d'avis que l'affaire est en état d'être jugée, d'attendre l'expiration du délai.

Lorsqu'il prend, sa décision avant l'écoulement du délai, il viole le droit d'être entendu (17). C'est aussi le cas, quand le délai fixé par le juge est trop court pour que la partie puisse s'expliquer en temps utile (18). Le juge est donc tenu de vérifier, si les parties avaient la possibilité de préparer leur défense suffisamment (19). Lorsqu'un délai n'a pas été fixé, le juge doit attendre un laps de temps convenable, dans le cours duquel les parties peuvent s'expliquer en fonction des circonstances normales (20). Une violation du droit d'être entendu est possible, lorsque le délai de citation est abrégé et la demande de renvoyer l'affaire à une autre date est rejetée (21). En raison du respect du droit d'être entendu le juge est tenu de ne pas faire des déclarations étrangères à l'affaire ou de diriger les débats d'une manière non adaptée à l'affaire (22). Puisque le droit d'être entendu comprend la possibilité de s'expliquer aux faits et aux résultats des mesures d'instruction, le juge ne peut utiliser les faits et résultats d'une enquête sur lesquels la partie ne pouvait s'expliquer (23). Cette interdiction concerne tous les faits et moyens de preuve de n'importe quelle source. Le droit d'être entendu s'étend aussi aux faits qui ont été soulevés d'office par le juge et que celui veut prendre pour base de sa décision (24). Il faut entendre les parties même aux faits notoires (25). Le juge doit donner aux parties la possibilité de présenter leurs observations avant d'annuler une décision ordonnant une mesure d'instruction (26). Le juge viole le droit d'être entendu,

lorsqu'il prend une décision surprenante c.-à-d. une décision que n'a attendu aucune partie (27). Le droit d'être entendu s'impose aussi à la récusation d'un juge. Les parties doivent avoir la possibilité de s'expliquer à la déclaration du juge récusé (28). Dans des conditions déterminées, le droit d'être entendu peut être lésé, lorsque l'audience dans une affaire d'un objecteur de conscience a lieu par défaut du demandeur (29).

En fonction de circonstances, le juge peut être tenu de vérifier, si le demandeur a reçu la convocation à l'audience. De plus, le juge doit tenir compte des observations présentées par les parties et les prendre en considération à la prise de sa décision. Pourtant, cela n'implique pas l'obligation du juge de prendre en considération de manière explicite toute observation faite par une partie dans les motifs de sa décision (30). Lorsqu'il est évident, que le juge n'a pas tenu compte d'une observation qui aurait pu influencer la décision, celle-ci est entachée d'un vice de procédure et, en principe, annulable.

### 3. le moment de l'audition

Le droit d'être entendu a pour but que les parties et les autres participants à la procédure contentieuse aient la possibilité d'influencer la décision à prendre. C'est pourquoi l'audition doit avoir lieu, en règle générale, avant que la juridiction rende son jugement (31). C'est ainsi dans les procédures d'urgence (sursis à l'exécution, référé administratif) où le juge ne prend pas une décision définitive, mais ordonne des mesures provisoires à l'égard de l'objet de litige. Elle est rendue pour prévenir un dommage imminent ou pour régler provisoirement des rapports

juridiques. La sauvegarde des intérêts en danger peut rendre nécessaire une intervention immédiate qui ne permet ni une instruction complète de l'affaire ni une audition préalable de l'adversaire; dans un cas où des intérêts importants sont compromis, il peut s'imposer de renoncer à une audition de la partie adverse afin de ne pas l'avertir. Si le législateur impose des limitations au droit d'être entendu, il est tenu de respecter le principe constitutionnel autant que possible et d'exiger des conditions sévères qui doivent être réunies pour une intervention, sans que l'adversaire soit entendu au préalable (32).

#### 4. le contenu et la portée de ce droit

##### a) questions de fait et de droit

Il va de soi que le droit d'être entendu implique la possibilité de s'expliquer pour tous les faits et allégations avancés par la partie adverse ou d'un autre participant à la procédure et, comme on a déjà dit, à tels faits qu'a introduit le juge d'office. Ce qui est aussi une partie intégrante du droit d'être entendu, c'est la possibilité accordée aux parties de demander la citation des témoins ou de présenter d'autres moyens de preuve, p.ex. une expertise, des pièces justificatives, des documents etc. Les parties peuvent, en vertu de leur droit d'être entendu, collaborer avec le juge à l'instruction de l'affaire. Ce droit est complété par la tâche du juge de donner à entendre aux parties que des conclusions non claires soient rédigées plus précises, que des déclarations de fait insuffisantes soient complétées et que toutes les déclarations qui ont de l'influence sur la constatation et l'appréciation de l'état de fait soient faites (l'article 06 aliéna 3 du code de procédure devant les juridictions administratives).

En outre, le droit d'être entendu est assuré par l'article 108 aliéna 2 du code de procédure devant les juridictions administratives ainsi rédigé: Le jugement peut s'appuyer seulement sur des faits et des résultats d'une enquête sur lesquels les parties avaient la possibilité de s'expliquer.

On a déjà parlé de la décision du juge qui surprend les parties, parce qu'aucune d'elles l'avait attendue. La violation du droit d'être entendu par une telle décision démontre que le juge est obligé de discuter avec les parties les questions de droit que pose l'affaire et qui ne sont pas évidentes. La possibilité de présenter son point de vue juridique peut contribuer à ce que le juge trouve la solution juste du litige. C'est pourquoi la jurisprudence, même celle de la Cour constitutionnelle fédérale, et la doctrine ont tendance à reconnaître le droit des parties de s'expliquer aux questions de droit qui peuvent influencer la décision du juge (33).

Le droit d'être entendu ne comprend pas dans une procédure où le ministère d'avocat n'est pas obligatoire, que l'exercice de ce droit est assuré par l'intermédiaire d'un avocat (34). Même si une partie affirme que son avocat n'a pas eu l'occasion d'assister aux débats, ce seul fait n'est pas suffisant pour prouver une violation du droit d'être entendu; il faut préciser dans quelle mesure la partie ne pouvait présenter ses observations sans l'aide de son avocat (35).

#### b) enquête, pièces et débats oraux

En ce qui concerne les mesures d'instruction, les parties ont le droit d'y assister (principe de reconstitution des faits en présence des parties). Les pièces produites par

la partie adverse ou les documents dont le juge a ordonné la présentation, doivent être communiqués aux parties afin qu'elles puissent s'en expliquer. Les parties peuvent demander la communication du dossier administratif qui a été présenté au tribunal. L'Administration peut refuser de présenter son dossier, lorsque la communication porterait atteinte aux intérêts de la Fédération ou d'un "Land" ou certaines pièces qui renferment le dossier, doivent être tenues secrètes soit en vertu d'une loi, soit en raison de leur nature même. Le juge décide, sur demande d'une partie, de ce que le refus est ou non justifié (l'article 99 du code de procédure devant les juridictions administratives). De plus, les parties ont le droit à la communication du dossier du procès et à tous les documents présentés au juge (l'article 100 du code de procédure devant les juridictions administratives). Le juge rend son jugement après une audience de débats à moins que la loi ne dispose pas autrement. Pourtant, le juge peut décider en accord avec les parties sans débats, le droit d'être entendu n'est pas lésé par une décision qui a été rendue sans débats à condition que les débats n'aient pas été nécessaires (36). Un droit à une audience qui n'est pas prévue par un texte, n'existe pas (37).

c) rapports entre le droit constitutionnel et le droit procédural

Dans ce contexte, il convient de parler des rapports qui existent entre le droit constitutionnel et le droit procédural. La Cour constitutionnelle a prononcé que l'article 103 aliéna 1 de la Loi fondamentale est le minimum du droit de l'audition qui doit être accordé aux parties d'une procédure contentieuse, mais que la réglementation plus détaillée peut être renfermée dans les codes de procédures devant les juridictions respectives (38). Toutefois, la Cour constitutionnelle a considéré l'article 103 aliéna 1 de la Loi fondamentale comme une source juridique qui est indépendante du droit procédural. C'est pourquoi, elle a toujours

tenu compte de cet article à l'interprétation du droit procédural. Quelquefois, elle a déduit le droit d'être entendu et sa portée en dépit des règles concernant ce droit dans le code de procédure respectif immédiatement de l'article 103 aliéna 1 de la loi fondamentale (39).

L'article 103 aliéna 1 de la Loi fondamentale accorde seulement aux parties le droit de présenter au juge leurs observations et points de vue, mais il ne donne pas droit à une procédure déterminée ou à une audience (40). Il appartient au législateur de décider de ce que, dans une procédure déterminée, une audience est obligatoire ou que le tribunal peut rendre sa décision sans débats (41).

Lorsqu'une audience prescrite par la loi n'a pas eu lieu, ce n'est pas, en tout cas, une violation du droit de l'audition, même si cela s'est passé dans la procédure disciplinaire (42). Il faut examiner, si la partie ou le fonctionnaire pouvait présenter ses observations ou préparer sa défense et que celle-ci a été portée à la connaissance des juges. L'article 103 aliéna 1 de la Loi fondamentale n'exige pas qu'il y a une instruction directe, c.-à-d. devant le tribunal en présence des parties (43). En outre, on ne peut déduire de l'article 103 aliéna 1 de la Loi fondamentale que, en tout cas, il y a recours à une instance supérieure (44). Du point de vue de droit constitutionnel, le droit d'être entendu n'est pas lésé par une constatation inexacte des faits par le juge (45). Bien que le juge soit tenu de prendre connaissance des observations des parties et d'en tenir compte, cette obligation du juge n'existe pas dans les cas où les dispositions procédurales excluent de prendre en considération des observations qui ont été présentées tardivement (46). Même si le juge n'est pas tenu de s'occuper de toute allégation ou observation des parties, il est obligé de les

analyser lorsqu'elles forment un support indispensable de sa décision (47).

##### 5. l'inobservation du droit d'être entendu et ses conséquences

Une violation de ce droit n'exige pas toujours impérieusement l'annulation du jugement. Lorsqu'une partie n'a pas utilisé les possibilités procédurales lui permettant de se faire entendre, le jugement n'est pas entaché de vice de procédure (48). Celui qui a omis de se faire entendre - en l'espèce: un tiers dont les intérêts ont été ou pourraient être lésés par la décision demandée, n'a pas demandé à être admis à la procédure, bien qu'il en ait eu connaissance -, ne peut faire valoir d'être lésé dans son droit d'être entendu (49). Bien entendu, le refus ou l'omission de se défendre ou de présenter ses observations et, notamment, de répondre à certaines questions ne vicie pas la procédure s'il est imputable à la personne qui fait valoir une violation de son droit. En réalité, il ne s'agit pas d'une violation du droit d'être entendu par le juge, mais une négligence de la personne en question. Dans ce contexte, il convient de mentionner le cas où le juge a rejeté une demande de renvoi de l'audience sans date au motif que l'intention de l'avocat de prendre son congé dans la période où a été fixé l'audience, ne justifie pas le renvoi de celle-ci (50). Lorsque le juge a oublié de fixer un délai prescrit par la loi pour la présentation d'une réplique, il s'agit sans doute d'un vice de procédure, mais pas d'une violation du droit d'être entendu, lorsque la partie a annoncé de présenter sa réplique à une date déterminée et le juge rend sa décision après cette date (51).

a) réparation par le juge d'appel

Lorsque le juge administratif de première instance (tribunal administratif) a violé le droit d'être entendu, l'instance d'appel (les Cours d'appel administratives) peut réparer ce vice de procédure en donnant à la partie concernée la possibilité de s'expliquer sur les faits qui sont susceptibles d'influencer la décision. Cette guérison est possible, parce que le juge d'appel, contrairement au juge de cassation, est à même de pouvoir tenir compte des faits et observations présentées devant lui, parce qu'il est juge de fait (52). Le juge d'appel est, à son tour aussi, tenu de respecter le droit d'être entendu (53). Lorsque le demandeur en appel a annoncé de présenter des arguments supplémentaires à l'appui de son appel, il faut que le juge, même s'il n'a pas fixé un délai, attende un laps de temps convenable avant qu'il rende sa décision (54).

b) renvoi ou décision au fond par le juge de cassation

Le juge de cassation (la Cour administrative fédérale suprême) ne peut accueillir de nouveaux faits et des observations qui n'ont pas été présentées dans les instances inférieures et de les prendre en considération, parce qu'il est juge de droit. Lorsqu'une partie n'a pas eu la possibilité de s'expliquer devant le premier juge ou juge d'appel, ce vice de procédure est irréparable et conduit à un renvoi de l'affaire au juge d'appel. La violation du droit d'être entendu est donc un moyen de cassation qui est énuméré dans l'article 138 no. 3 du code de procédure devant les juridictions

administratives. Il s'agit, ici des moyens de cassation à caractère absolue. L'article 130 du code de procédure devant les juridictions administratives est rédigé ainsi: L'arrêt (du juge d'appel attaqué par le pourvoi en cassation) doit être considéré qu'il repose toujours sur une violation de droit ... (3) lorsque le droit d'être entendu a été refusé à une partie. Aux termes de cette disposition, le renvoi est obligatoire. Pourtant, la jurisprudence de la Cour administrative suprême estime qu'un arrêt en dépit de l'article 138 no. 3 du code de procédure devant les juridictions administratives, ne repose pas sur une violation de droit lorsque le refus de l'exercice du droit d'être entendu concerne une constatation de fait qui ne peut, sous aucun point de vue juridique, influencer la décision (55). Lorsqu'une partie fait valoir une violation de son droit d'être entendu en affirmant que le président de la Cour d'appel lui avait coupé la parole, il ne suffit pas de l'indiquer. Il faut avancer un argument concluant en exposant ce qu'il aurait voulu déclarer au-delà ce qu'il avait déjà dit (56). Lorsque l'arrêt est seulement partiellement entaché de vice de procédure, parce que la violation du droit d'être entendu concerne une partie détachable de l'arrêt, la cassation et le renvoi se restreint à cette partie. La présomption de l'article 130 du code du procédure devant les juridictions administratives est donc, contrairement aux termes de cette disposition, à l'égard d'une violation du droit d'être entendu, réfutable. Lorsque la constatation d'un fait était, sous tout point de vue imaginable, sans influence sur la décision, celle-ci ne repose pas sur ce vice. La partie n'est pas restreinte

au moyen d'une violation du droit d'être entendu, mais elle peut faire valoir le non-respect de toute disposition procédurale qui sert, à son tour, à la sauvegarde de ce droit (57).

Quand la violation du droit d'être entendu consiste à ce que la partie ne pouvait présenter ses arguments et points de vue juridiques devant le juge d'appel, elle peut le faire devant le juge de cassation ce qui a pour conséquence que le vice a été couvert (58). Cet arrêt est fort discuté et considéré comme faux dans le cas où l'allégation de la violation du droit d'être entendu est le seul moyen de cassation.

#### c) recours extraordinaire

On peut se poser la question de savoir si la violation du droit d'être entendu donne droit à des recours supplémentaires notamment dans le cas où la décision qui repose sur cette violation, est inattaquable et, par conséquent, définitive. Il faut y répondre par la négative. Un recours inexistant ou irrecevable ne peut se créer ou devenir recevable par le seul fait, qu'il y a violation du droit d'être entendu (59).

#### V. Le contrôle du respect du droit d'être entendu par la Cour constitutionnelle fédérale

Comme on a déjà dit dans ce rapport, la Cour constitutionnelle était très souvent appelée à se prononcer

sur la sauvegarde du droit d'être entendu. Elle peut être saisie par le recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde). Ce recours peut être formé par chaque personne qui prétend être lésée dans ses droits fondamentaux. Le droit d'être entendu est un de ces droits pour autant qu'il s'agit de son exercice devant une juridiction. En ce qui concerne l'Administration, le droit de l'audition n'est pas un droit fondamental et sa violation n'est, en principe, pas susceptible d'un recours constitutionnel. Dans des cas spéciaux, la violation de ce droit accordé aux administrés par la loi relative à la procédure administrative non contentieuse peut porter atteinte au principe de l'Etat de droit. Mais cela arrive très peu. Les actes administratifs peuvent être attaqués devant la juridiction administrative et le recours constitutionnel n'est recevable que si les voies de droit devant les juridictions ont été épuisées. Ce sont donc les arrêts des Cours suprêmes qui peuvent être déférés à la Cour constitutionnelle par le recours spécial dit constitutionnel. Comme le montrent les arrêts de la Cour constitutionnelle, il est arrivé à plusieurs fois que des arrêts des Cours suprêmes ont été cassés. De toute façon, le respect du droit d'être entendu est assuré de manière efficace.

## VI. Conclusion

Le droit d'être entendu est assuré de manière efficace devant l'Administration et, dans une mesure particulière, devant le juge administratif. Il convient de mentionner

que l'importance de la procédure administrative non contentieuse et les sanctions d'une audition omise sont en rapport avec l'organisation de la juridiction administrative en Allemagne fédérale. Lorsqu'il y a trois degrés de juridiction (tribunaux administratifs, Cours d'appel administratives et la Cour administrative suprême), l'administré qui ne pouvait se faire entendre, a toutes les possibilités d'avoir la parole et de présenter ses observations. Le contrôle par la Cour constitutionnelle fédérale fait le point d'une protection juridique sans précédent en Allemagne.

## NOTES

- (1) BVerfGE 17, 132 [140]; 17, 356 [361], 21, 362 [373]; Congrès international de droit comparé de Barcelone 1956; compte rendu de C. Eisemann, R.I.D.C. 1957 p. 07; Smith, The principle "audi alterum partum" in Comparative administrative Law, Harvard Law Review vol. 68 N° 4, Fév. 1955
- (2) Sendler, DÖV 1978, 342; OVG Münster DÖV 1983, 986; v. aussi BVerwG Buchholz 451.78 § 8 KHG Nr. 3
- (3) VG Köln Inf Ausl R 1981, 91
- (4) BVerwGE 13, 187
- (5) BVerwGE 43, 255
- (6) VG Berlin NJW 1981, 540; VGH Kassel ES VGH 32, 221
- (7) VGH Mannheim ES VGH 32, 40; VGH Kassel ES VGH 32, 221
- (8) OVG Münster NJW 1978, 1765; NVwZ 82, 326; OVG Bremen DÖV 1980, 180
- (9) OVG Münster NJW 1978, 1765; OVG Koblenz DÖV 1979, 606
- (10) OVG Koblenz AS 15, 198
- (11) BVerwGE 54, 276 (280)
- (12) OVG Münster DVBl. 1981, 689 (690)
- (13) BVerfGE 17, 132 [140]; 21, 362 (371)
- (14) BVerfGE 19, 52 (56); 21, 362 (373)
- (15) BVerfGE 18, 399 (403); 42, 374 (304) société en commandite simple ou on nom collectif.
- (16) BVerfGE 40/95 (90); 42, 120 (123)
- (17) BVerfGE 12, 110 (113); 42, 243 (247, 249)
- (18) BVerfGE 49, 212 (210); 50, 280 (284) ; BVerwGE: 16, 289
- (19) BVerfGE 36, 85 (86); 50, 280 (285 f.)
- (20) BVerfGE 49, 212 (215); 50, 280 (284)

- (21) BVerwGE 44, 307
- (22) BVerwGE 17, 170; 24, 264
- (23) BVerfGE 7, 239 (240); 50, 200 (284)
- (24) BVerfGE 15, 214 (218); 32, 195 (197)
- (25) BVerfGE 10, 177 (182)
- (26) BVerwGE 17, 172
- (27) BVerwGE 18, 315; BVerfGE 18, 406; 34, 8
- (28) BVerfGE 24, 56 (62)
- (29) BVerwGE 50, 275
- (30) BVerfGE 13, 149; 28, 384; 54, 91
- (31) BVerfGE: 9, 89 (96)
- (32) BVerfGE 49, 329 (342)
- (33) BVerfGE 31, 370; 42, 68 (70, 75)
- (34) BVerwG Buchholz 310 § 338 Ziff. 3 VwGO Nr. 25
- (35) BVerwG Buchholz 310 § 138 Ziff. 3 VwGO Nr. 31
- (36) BVerwG Buchholz 310 § 101 VwGO Nr. 63
- (37) BVerfGE 15, 307; 50, 285 ff.
- (38) BVerfGE 9, 89 (95); 18, 399 (405)
- (39) BVerfGE 6, 95 (98); 20, 280 (282); 24, 56 (62)
- (40) BVerfGE 6, 19; 31, 364 (370)
- (41) BVerfGE 11, 232 (234)
- (42) BVerfGE 9, 231 (236)
- (43) BVerfGE 1, 418 (429)
- (44) BVerfGE 54, 277 (291)
- (45) BVerfGE 22, 267 (273)

- (46) BVerfGE 22, 267 (273)
- (47) BVerfGE 47, 182 (109); 54, 86 (91)
- (48) BVerfGE 21, 132, 137; 28, 10 (14)
- (49) BVerfGE 15, 256 (267); 21, 132 (137)
- (50) BVerfGE 14, 195 [196]
- (51) BVerfGE 3, 359 (365)
- (52) (BVerfGE 5, 22 [24]; 22, 282 [286 f.]
- (53) BVerfGE 7, 95 (98); 30, 406 (409)
- (54) BVerfGE 8, 89 (91); 18, 399 (406)
- (55) BVerwGE 24, 264
- (56) BVerwG Buchholz 310 § 138 Ziff. 3 VwGO Nr. 23
- (57) BVerwGE 22, 271
- (58) BVerwGE 21, 274
- (59) BVerfGE 28, 88 (95); 42, 243 (247); 49, 329 (343)

## Liste des abréviations employées

AS ou ES	= Amtliche Sammlung - Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel indiquée
Buchholz	= Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts - Ouvrage de collection et de référence de la jurisprudence de la Cour suprême administrative fédérale
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht - Cour constitutionnelle fédérale
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - Décisions de la Cour constitutionnelle fédérale (On donne et cela aussi pour les autres indications, la référence d'une citation comme suit: 13, 157 - tome 13, page 157)
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht - Cour suprême administrative fédérale
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts - Décisions de la Cour suprême administrative fédérale
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung - L'Administration publique (périodique de droit administratif et de politique administrative)
DVB1.	= Deutsches Verwaltungsblatt - Revue de l'Administration allemande
OVG Bremen	= Cour d'appel administrative de Brème
OVG Koblenz	= Cour d'appel administrative de Thénanie-Palatinat
OVG Lüneburg	= Cour d'appel administrative pour les Pays de Basse-Saxe et de Schleswig-Holstein
OVG Munster	= Cour d'appel administrative pour le Pays de Rhénanie de Nord-Westphalie
Baden-Württ. VGH ou VGH Mannheim	= Cour d'appel administrative de Bade-Wurtemberg
VGH Hessen ou VGH Kassel	= Cour d'appel administrative de Hesse