

LE PERMIS TACITE DE BATIR ET DE LOTIR DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ETAT

par

Paul J. DELAHAUT

Assistant à la Faculté de Droit de Louvain.

Cet article se propose d'examiner l'interprétation que le Conseil d'Etat a donné des dispositions invoquées pour justifier l'existence de la faculté d'obtenir un permis de bâtir ou de lotir, à caractère tacite, qui sont contenues dans la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme¹.

A onze reprises jusqu'à présent, la juridiction administrative a été amenée à se prononcer sur ce mécanisme, inhabituel, qu'est l'obtention d'une autorisation par l'effet du silence gardé par l'administration durant un délai déterminé.

Au fil de ces onze arrêts, son attitude s'est d'abord orientée dans un certain sens, puis nuancée, jusqu'à aboutir finalement à un renversement complet de la jurisprudence initiale. Pour cette raison, il a paru opportun de relever le sort fait aux divers recours introduits devant la Haute juridiction administrative et ayant trait à la mise en application de ce mécanisme : en particulier il y a lieu d'examiner comment a été accueilli le moyen pris de la tardiveté de l'arrêté royal refusant un permis de bâtir ou de lotir.

L'on retracera d'abord les traits du mécanisme tels qu'ils ressortent de la loi². Ensuite, le contenu des divers arrêts rendus sera précisé. Enfin, nous dirons quelles observations appelle, selon nous, cette jurisprudence. Les objections adressées à la solution abandonnée doivent se lire comme autant de raisons développées à l'appui de la solution nouvelle.

**

L'on sait que le système de la police de l'urbanisme consiste à subordonner l'exercice du droit de construire ou de lotir à l'obtention préalable d'un permis tacite, qui confère à son titulaire, par l'exdes bourgmestre et échevins de délivrer³. Cependant,

puisque "la liberté de construire est la règle et l'interdiction prononcée par l'administration, l'exception"⁴, le législateur a prévu que le permis pourrait être acquis directement, en vertu de la loi, lorsque les autorités administratives chargées de le délivrer omettront de se prononcer sur la demande dans les délais déterminés. C'est, en bref, le système du permis tacite, qui confère à son titulaire, par l'expiration du délai prévu pour statuer, un véritable "droit subjectif privé", selon la judicieuse expression de M. L.P. Suetens⁵. Décrivons de manière précise la procédure d'acquisition de ce droit.

Celui à qui l'autorisation de bâtir ou de lotir est refusée, soit expressément, soit tacitement⁶ par l'autorité communale ou dont l'autorisation est assortie de conditions qu'il n'admet pas, peut introduire un recours en réformation auprès de la Députation permanente. Si, à ce niveau, la décision défavorable est maintenue, il peut ensuite se pourvoir auprès du Roi. A défaut pour le Roi de statuer dans le délai de 60 jours⁷ à dater du dépôt à la poste de l'envoi recommandé contenant le re-

⁴ J.M. Lavielle, "Le permis de construire tacite automatique", R.D.P. 1974, p. 196, et, sur les conséquences de ce principe quant à la nature juridique et à la portée réelle du permis, voy. obs. Fr. Leurquin - De Visscher, sous Appel Toulouse, 7 février 1974, in *L'Entreprise et le Droit*, 1975, n° 2, p. 137 et ss.

⁵ In "De stilzwijgende bouw- en verkavelingsvergunning", R.W. 14 février 1971, col. 1128. Encore ne faut-il pas se méprendre sur la portée pratique du mécanisme. En omettant de statuer dans le délai légal et en permettant donc l'obtention d'un permis tacite, l'administration risque de placer l'administré en état d'infraction : l'article 55 permet en effet à l'intéressé de construire mais dans le respect des lois et règlements qu'il est présumé connaître en vertu du principe général selon lequel "nul n'est censé ignorer la loi". L'urbanisme préventif cède alors la place à l'urbanisme répressif. Ce n'est plus dans le cadre d'une procédure organisée qu'on appréciera la conformité des demandes de bâtir ou de lotir aux mesures réglementaires d'aménagement du territoire, mais à l'occasion de procès éventuels entrepris contre celui qui, sur la foi d'un permis tacitement obtenu, aura construit ou loti.

⁶ Puisque, depuis la réforme introduite par la loi du 22 décembre 1970, le silence gardé par l'administration au premier degré de la procédure vaut décision de refus (art. 54).

⁷ Ce délai est porté à soixante-quinze jours lorsque les parties sont entendues (art. 55). Les délais impartis pour statuer sont doublés lorsqu'il s'agit d'une demande de lotir (art. 57).

¹ Actuellement, loi citée, modifiée par la loi du 22 décembre 1970, art. 55, § 2, al. 5, M.B. du 12 avril 1962 et M.B. du 5 février 1971.

² Pour une étude d'ensemble de la question, voy. R. Jacobs, "Over de door beslissingscommissie verworven bouwvergunning", in R.W. du 17 janvier 1971, col. 921 et s. ; "Le permis de construire", étude comparative, Inst. Int. Sc. Adm. Martinus Nijhof, La Haye, 1972, pp. 53 à 56.

³ Articles 44 et 56 de la loi.

cours, le demandeur peut, par lettre recommandée, adresser un rappel au Ministre⁸.

Le Ministre dispose alors de 30 jours à dater du dépôt à la poste de l'envoi recommandé contenant le rappel, pour statuer et notifier sa décision sur la demande. Si à l'échéance de ce nouveau délai, le demandeur n'a pas reçu communication d'une décision, il peut sans formalité aucune passer à l'exécution des travaux, à condition toutefois qu'il se conforme aux indications du dossier déposé et aux prescriptions légales ou réglementaires contenues notamment dans les plans approuvés, dans les règlements de bâtisse ou dans les permis de lotir.

Ajoutons, pour compléter ces indications de procédure, que si le droit naît du silence, il est cependant de pratique administrative de constater l'acquisition du permis tacite par une lettre adressée au demandeur⁹.

**

L'arrêt Mathieu¹⁰ est le premier à l'occasion duquel la Haute juridiction administrative a examiné les conséquences du silence gardé par l'administration sur une demande de permis. Ce qui était postulé par le requérant limite toutefois la portée de la décision rendue ; celui-ci entendait en effet faire déclarer qu'à tort le Ministre des travaux publics ne lui reconnaissait pas, en application de l'article 55, al. 5, de la loi sur l'urbanisme, le droit d'exécuter les travaux projetés. Comme il s'agissait de la reconnaissance d'un droit, pareille requête se heurtait aux limites assignées à la compétence du Conseil d'Etat. Celui-ci examinant la question sous l'angle de la recevabilité du recours, a pu considérer à raison que "si le Roi n'a pas statué dans les délais fixés par l'article 55 de la loi du 29 mars 1962, il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer sur l'application de l'article 55, al. 5, au profit de la requérante... (et qu'en outre) ... le législateur a laissé aux tribunaux de l'ordre judiciaire le soin de contrôler si les travaux exécutés par un particulier étaient conformes à un permis de bâtir accordé tacitement par le Gouvernement".

Par la suite, le Conseil d'Etat sera amené à exa-

miner, non plus la légalité d'une absence d'intervention de l'administration, mais la légalité d'une intervention tardive de l'administration dans la procédure de délivrance des permis, c'est-à-dire l'adoption par elle d'une décision après l'expiration du second délai fixé à l'article 55, al. 5, de la loi du 29 mars 1962. A la différence de ce qu'elle avait fait dans le cas résolu par l'arrêt en cause Mathieu, l'autorité administrative a rompu cette fois son silence.

Le Conseil d'Etat, pour apprécier la portée juridique d'un tel acte de l'autorité administrative, examinera le non-respect des délais entourant l'action administrative tantôt à la lumière de la théorie des formalités, tantôt par référence aux principes qui règlent la compétence *ratione temporis* des autorités publiques.

Il le fera en puisant dans une jurisprudence d'inspiration française¹¹, qu'il a reprise en d'autres matières¹², les principes de solution des affaires De Waele¹³, Heulens et Verlinden¹⁴, de Rouge de Boisgelin¹⁵, Pannecoucke¹⁶ et enfin Heirman et Van Doren¹⁷.

Estimant que dans les cas où les lois administratives fixent les délais dans lesquels un acte administratif doit être émis, il faut voir d'ordinaire dans ces dispositions la volonté du législateur d'assurer l'application rapide de la loi et non pas une interdiction de prendre l'acte après l'expiration du délai, le Conseil d'Etat considère "qu'il suffit de constater que la notification tardive de l'arrêt royal attaqué n'affecte pas la régularité de celui-ci"¹⁸ et "que l'expiration des délais prévus à l'article 55, al. 4, n'a pas soustrait l'affaire au pouvoir du Roi de statuer sur le recours"¹⁹.

Le plus souvent et conformément à la jurisprudence Mathieu, le Conseil d'Etat ajoute à ces considérations qu'il n'est pas compétent pour se prononcer sur l'obtention, par le requérant, d'un permis tacite ; mais qu'il appartient au juge pénal ou au juge civil de statuer, le cas échéant, sur le droit des requérants de passer à l'exécution des travaux sur la base de l'article 55, § 2, al. 5, de la loi.

¹¹ J.M. Auby, "L'incompétence *ratione temporis*, recherche sur l'application des actes administratifs dans le temps", R.D.P. 1953, p. 10 ; M. Stassinopoulos, "Traité des actes administratifs", Athènes 1954, p. 102. Dans la plupart des matières où les délais sont impartis aux autorités administratives, ils ont seulement pour but d'obliger celles-ci à statuer sans retard : ce sont des "délais d'ordre", dont l'expiration ne met pas fin au pouvoir de ces autorités.

¹² J. Sarot, "Répertoire des arrêts et avis du C.E. 1948-1953", p. 103 et, J. Sarot, J. Ligot, J. Coolen, "Répertoire des arrêts et avis du C.E. 1954-1958", p. 191.

¹³ N° 13.419 du 25 février 1969.

¹⁴ N° 13.747 du 28 octobre 1969.

¹⁵ N° 14.335 du 4 novembre 1970.

¹⁶ N° 15.563 du 14 novembre 1972.

¹⁷ N° 16.051 du 16 octobre 1973.

¹⁸ De Waele, Heulens et Verlinden, Pannecoucke.

¹⁹ de Rouge de Boisgelin, Heirman et Van Doren.

⁸ Relevons que cette faculté appartient au seul demandeur de permis même lorsque le recours au Roi est dû à l'initiative du Collège ou du fonctionnaire délégué. Système périlleux, — mais rendu nécessaire par le caractère suspensif du recours — puisque le demandeur du permis doit en quelque sorte mettre l'autorité administrative de réformation en demeure de lui refuser le permis que la Députation permanente lui a accordé.

⁹ "L'Aménagement du territoire et l'urbanisme", travaux de la faculté de droit de Namur n° 9, Larcier 1972, pp. 124-125, comp. avec l'automatisme de la délivrance, introduite en France par le décret du 28 mai 1970, voy. l'article déjà cité de J.M. Lavielle.

¹⁰ N° 10.347 du 20 décembre 1963.

Saisi d'une contestation du même ordre, un arrêt Mestrez²⁰ s'inscrit, par sa solution pragmatique, en marge de cette jurisprudence. Après avoir fourni une justification partielle à la jurisprudence antérieure qui n'avait pas admis l'incompétence de l'autorité administrative, il pose le problème de la tardiveté sous l'angle de la recevabilité du moyen²¹. "Considérant, dit le Conseil d'Etat, que la procédure prévue à l'article 55, § 2, al. 4 et 5, de la loi du 29 mars 1962 a pour but de combattre l'inertie de l'administration et de contraindre celle-ci à prendre une décision, à défaut de laquelle le demandeur peut passer à l'exécution des travaux ; que le requérant ayant préféré attendre que le Roi statue sur son recours ne peut se prévaloir des effets que la loi attache à l'absence de décision pour demander l'annulation pour ce motif de l'arrêté royal qui a statué sur le recours".

Plus récemment, le Conseil d'Etat a été amené à revoir partiellement les solutions qu'il avait adoptées dans ses premiers arrêts.

Dans un arrêt Commune d'Ixelles²², la Haute juridiction administrative considère qu'est entachée d'excès de pouvoir la décision du fonctionnaire délégué octroyant un permis après l'expiration des délais prévus à l'article 54, § 1er, al. 2, de la loi du 29 mars 1962 ; le fait que le demandeur peut introduire, en cas d'absence de décision du fonctionnaire délégué, un recours auprès de la Députation permanente n'a pas pour résultat de prolonger la période durant laquelle ledit fonctionnaire a compétence pour octroyer le permis. Par l'effet de l'écoulement du délai, le permis est, en vertu de la loi, refusé de manière implicite et, le fonctionnaire délégué est de plein droit dessaisi de la demande.

Dans un arrêt De Muynck²³ prononcé dans une affaire où le requérant poursuivait notamment l'annulation de "l'acte administratif consistant dans l'abstention de l'Etat belge de prendre, dans le délai fixé par la loi, un arrêté royal rejetant le recours", le Conseil d'Etat, bien qu'il n'accueille pas la requête, apporte également certaines indications sur la question. Il modifie d'abord la formulation qu'il avait estimé pouvoir adopter dans l'arrêt Mathieu en déclarant que le permis tacite "résulte de la loi même, sans qu'il soit besoin d'une intervention de l'autorité administrative".

Le Conseil d'Etat ajoute aussi que la disposition de l'article 55, § 2, al. 5, a été insérée dans le but exclusif de préserver les intérêts du demandeur de permis et non des tiers. En outre, dit l'arrêt, l'ar-

ticle 55, § 2, ne trouve pas à s'appliquer lorsque le permis de bâtir a été tardivement accordé.

Enfin, au terme des évolutions qui viennent d'être tracées, le Conseil d'Etat a rendu deux arrêts où il se départit complètement de la jurisprudence initiale.

Dans un arrêt Mostinckx²⁴, la Haute juridiction administrative examine, en premier lieu, si la lettre adressée par le requérant au Secrétaire d'Etat à l'aménagement du territoire, constitue, en dépit des objections de la partie adverse, le rappel visé à l'article 55, § 2, al. 4, de la loi sur l'urbanisme. Elle conclut que ce caractère peut lui être accordé compte tenu des circonstances de la cause comprises de manière raisonnable.

Ensuite, le Conseil d'Etat, après avoir distingué la situation du requérant selon qu'il est déjà en possession d'un permis délivré par la Députation permanente ou selon qu'il en est dépourvu, constate que l'arrêté royal de refus "intervenu bien après l'expiration du délai de décision imposé à peine de forclusion par l'article 55, § 2, al. 5, a dès lors été pris en violation d'une règle touchant la compétence".

Par sa motivation développée, cet arrêt constitue incontestablement un progrès par rapport aux formules laconiques et préemptoires des arrêts précédents. Il est toutefois curieux que le Conseil d'Etat ait, d'abord, examiné, en fait, la validité de la lettre de rappel, avant de trancher en droit la portée du délai imposé pour statuer que fait courir l'envoi de ladite lettre.

Ce renversement de jurisprudence vient d'être confirmé par un arrêt Nelis²⁵ de la IIIème Chambre. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat applique la solution nouvelle au refus tardif d'un permis demandé en vue de régulariser des travaux exécutés sans autorisation. Il limite, semble-t-il, cette extension au seul cas où les travaux non autorisés ne contreviennent pas aux prescriptions légales et réglementaires en la matière. Rappelant les motifs de son arrêt Mestrez, la IIIème Chambre, à la suite de l'arrêt Mostinckx, considère que "le délai prévu à l'article 55, § 2, al. 5, de la loi du 29 mars 1962 étant un délai prévu à peine de forclusion, le Roi a violé cette disposition en statuant hors des délais". Dans cette hypothèse où les travaux ont été exécutés sans attendre qu'il soit statué sur la demande de permis, le mécanisme de l'autorisation tacite conserve, par suite de cette solution, une utilité spéciale, non pas à strictement parler en tant qu'il permet l'accomplissement de travaux qui par hypothèse ont déjà été effectués, mais plus précisé-

²⁰ N° 16.788 du 20 décembre 1974.

²¹ Les Nouvelles, Droit administratif, T. VI, Le Conseil d'Etat, n° 1.198.

²² N° 16.979 du 17 avril 1975.

²³ N° 17.068 du 10 juin 1975.

²⁴ N° 17.658 du 18 mai 1976.

²⁵ N° 18.213 du 1er avril 1977, publié dans cette revue, infra, p. 344

ment en tant qu'il élimine la situation d'infraction dans laquelle se serait trouvé le demandeur si l'arrêté de refus n'avait pas été annulé.

Une telle évolution dans la jurisprudence appelle évidemment des tentatives d'explication. L'on voudrait y procéder en deux temps ; d'abord en exposant les problèmes qui sont nés de la solution ancienne et qui constituent autant de justifications du changement intervenu ; ensuite, en indiquant brièvement les questions que la jurisprudence nouvelle laisse encore sans solution.

A. LES PROBLEMES POSES PAR LA JURISPRUDENCE ANCIENNE

Les décisions que le Conseil d'Etat a prises, aussi bien en déclarant le recours ou le moyen non recevable qu'en déclarant le moyen non-fondé, se heurtent à des objections juridiques et pratiques qu'on voudrait relever dans cette première partie.

D'une façon générale, le Conseil d'Etat semblait ne plus adopter une solution cohérente lorsqu'il admettait simultanément la légalité d'un refus tardif de permis et qu'il renvoyait les parties devant les juridictions ordinaires si elles entendaient débattre de l'existence d'un droit de bâtir ou de lotir.

Ce manque de cohérence, même s'il est imputable au démembrement des compétences juridictionnelles en matière d'urbanisme²⁶, aurait pu être évité, comme en témoigne l'évolution récente de la position du Conseil d'Etat, en demeurant à l'intérieur des cadres issus de ce partage : ou bien, le Conseil d'Etat se déclarait systématiquement incompétent pour tous les recours introduits par les demandeurs de permis contre les refus de l'administration, au motif qu'un droit civil est un jeu et qu'un recours est ouvert auprès des juridictions ordinaires pour connaître des contestations sur ce droit ; ou bien, il maintenait sa compétence et déclarait recevable les recours, au motif que les décisions de refus, bien qu'ayant trait à des droits civils, impliquent l'exercice d'un pouvoir d'appréciation par l'autorité administrative. En ce dernier cas, la question demeurait de savoir s'il existait ou non, dans chaque espèce, un excès de pouvoir. A peine de créer un nouveau manque de cohérence, la réponse à cette question ne devait faire, en règle générale, aucun doute.

A défaut de s'être fondée sur le raisonnement qui vient d'être exposé, la jurisprudence ancienne suscitait des objections à la fois au plan de la compétence du Conseil d'Etat et au plan de la compé-

tence de l'autorité administrative dont l'acte était incriminé.

1. LA RECEVABILITE DU RECOURS FORME CONTRE UN REFUS TARDIF DU PERMIS, ET DU MOYEN PRIS DE L'ILLEGALITE D'UN TEL REFUS.

a. La délimitation des compétences du pouvoir judiciaire et du Conseil d'Etat en matière d'urbanisme reste entourée d'une certaine obscurité²⁷.

Depuis un arrêt de la Cour d'Appel de Gand du 28 mai 1964, il semble admis que les cours et tribunaux ne peuvent interdire des constructions qui font l'objet d'un permis de bâtir régulier²⁸, pour le motif qu'elles contreviendraient à un plan d'aménagement. La vérification de la conformité du permis aux plans relève, selon cet arrêt, de la seule responsabilité des autorités administratives.

La jurisprudence dont on vient de retracer les étapes indique par ailleurs que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour se prononcer sur la question de savoir si le demandeur peut passer à l'exécution des travaux sur la base d'un permis tacite. Cette solution, formulée initialement par l'arrêt Mathieu, n'est pas douteuse.

Mais à côté de ces hypothèses relativement claires, il faut considérer les cas où le Conseil d'Etat n'est pas directement invité à se prononcer sur le droit de bâtir ou de lotir résultant du permis tacite mais sur la légalité d'un refus, légalité contestée par suite du caractère tardif de ce refus, donc de sa non-compatibilité avec le droit né du silence gardé. La cause d'annulation invoquée dissimule alors la prétention réelle, "l'objet véritable" du recours.

Malgré cette circonstance, la compétence du Conseil d'Etat trouve une justification dans le fait que les refus sont des actes par lesquels l'autorité administrative usant d'un pouvoir discrétionnaire vient restreindre l'exercice d'un droit civil, et non des actes par lesquels l'autorité administrative se borne à prétendre pouvoir constater que, dans un cas déterminé, le droit allégué n'existe pas²⁹.

La présence d'un pouvoir d'appréciation dont la mise en œuvre est susceptible d'avoir une influen-

²⁷ Les Nouvelles, Droit administratif, T. VI, Le Conseil d'Etat, n° 829.

²⁸ En ce sens qu'il est délivré par l'autorité compétente, selon les formes prescrites, dans le délai fixé et conformément à toutes les règles de droit applicables abstraction faite de celles qui sont contenues dans les plans d'aménagement.

²⁹ Voy. Ch. Huberlant, "Le Conseil d'Etat et la compétence générale du pouvoir judiciaire", extrait du J.T. 1960, spécialement col. 63 et col. 81 à 91. Le problème est toutefois compliqué à raison du fait que le droit est complètement acquis, par l'effet du permis tacite, avant que n'intervienne l'acte administratif qui pourrait en restreindre l'exercice et qui, en pratique, ne fait qu'en dénier l'existence. La reconnaissance d'une telle portée au mécanisme légal devrait alors conduire le Conseil d'Etat à se déclarer incompétent.

²⁶ H. Buch, "La délimitation des compétences du pouvoir judiciaire et du Conseil d'Etat en matière d'urbanisme", note d'obsv. sous Gand 28 mai 1964, R.C.J.B. 1966, p. 275 et ss.

ce sur l'exercice du droit en cause, autorise le Conseil d'Etat à se déclarer compétent.

En outre, l'administré a un intérêt pratique à attaquer par voie d'action un arrêté de refus plutôt qu'à demander au juge judiciaire, à l'occasion de poursuites civiles ou pénales, de ne pas appliquer cet arrêté de refus. En effet, l'administration avant d'invoquer la violation des prescriptions légales ou réglementaires applicables en l'absence de permis exprès, soulèvera devant le juge un premier moyen pris de la violation de l'arrêté royal refusant le permis, car commet l'infraction prévue à l'article 64 de la loi sur l'urbanisme, celui qui sans permis préalable et exprès, construit, démolit...³⁰.

Sur ce problème, la position adoptée par la jurisprudence ancienne n'a pas été remise en cause.

b. L'arrêt Mestrez concerne un problème moins théorique ; il permet de résoudre, du moins dans de nombreux cas³¹ la question de la distinction qu'il est peut-être possible de faire entre le contrôle de la légalité d'un refus tardif du permis et la reconnaissance du droit à construire. Par l'effet du système établi par le législateur en matière d'urbanisme, ces deux éléments sont très intimement liés même s'ils peuvent être distingués, et même en certains cas, être dissociés.

Selon cet arrêt, le moyen pris de la tardiveté du refus de permis serait, en l'espèce, irrecevable puisque le requérant a préféré attendre que le Roi statue sur son recours au lieu de se prévaloir immédiatement des effets que la loi attache à l'absence de décision. La cause d'irrecevabilité n'est pas ici déduite de l'objet du recours, mais de la renonciation par le requérant au bénéfice d'une règle établie en sa faveur³².

La rédaction du considérant ne permet toutefois pas de discerner avec exactitude les raisons qui ont conduit le Conseil d'Etat à décider en ce sens. Est-il fait référence au retrait du rappel par le requérant ? Le Conseil d'Etat estime-t-il plutôt, comme semblent l'indiquer les arrêts Heulens et Verlinden, et

Pannecoucke qu'il est loisible au requérant, qui croit avoir reçu notification de l'arrêté attaqué en dehors du délai fixé par l'article 55, de donner exécution au permis sous sa propre responsabilité ; auquel cas le fait de ne pas user de la possibilité légale³³ équivaldrait à une renonciation tacite à demander l'annulation de l'acte pour le motif pris de sa tardiveté.

Cette seconde justification de l'irrecevabilité du moyen est difficilement admissible. Le raisonnement qui l'appuie, même s'il est séduisant, n'est pas exempt de faiblesses. En admettant que, d'une part toute autorisation est conférée pour exercer les droits dont elle permet l'exercice et, d'autre part, que le défaut d'usage de l'autorisation — celle-ci fût-elle tacite — restituée à l'autorité compétente le pouvoir de statuer à nouveau sur le droit, l'on comprend mal pourquoi lorsqu'il s'agit d'une autorisation tacite de construire, le bénéficiaire serait tenu d'entreprendre la réalisation des travaux projetés le jour même où il obtient cette autorisation, alors que tel n'est pas le cas s'il s'agit d'une autorisation expresse³⁴.

La première justification paraît plus sérieuse et s'inscrit davantage dans "l'intérêt qu'une bonne justice commande"³⁵. Encore conviendrait-il, pour lui reconnaître ce caractère, de s'interroger, plus amplement que ne le fait le Conseil d'Etat, sur la validité d'un retrait de rappel.

Toutefois, même ainsi justifiée, la solution n'en conservera pas moins son caractère purement empirique et restera donc d'une valeur limitée. Au surplus elle n'est pas adéquate sur le plan pragmatique dans l'hypothèse où un requérant, ayant entrepris les travaux sur base du permis tacite et sans attendre que le Roi statue sur son recours, poursuivrait l'annulation de l'arrêté royal de refus pris ultérieurement.

2. L'EXISTENCE D'UN EXCES DE POUVOIR DANS LE REFUS TARDIF D'UN PERMIS

La recevabilité du recours et la recevabilité du moyen étant supposées admises dans la mesure indiquée ci-dessus, le Conseil d'Etat aurait dû, à peine de faire naître de nouvelles incertitudes, constater l'illégalité d'un refus tardif de permis³⁶.

³⁰ Comp. p.ex. avec la situation d'un étranger faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion, voy. Ch. Huberlant, "Les garanties de procédure et de recours actuellement accordées aux étrangers", in *Annales de droit*, T. XXX/1970, spécialement pp. 499 et 504.

³¹ Observons que dans la plupart des espèces citées dans cette note, l'Administration a soutenu qu'elle conservait, malgré l'expiration du délai, le droit de statuer sur les demandes introduites devant elle. Elle a notamment contesté la validité du rappel au motif qu'il aurait été retiré (Mestrez) ou serait intervenu dans des circonstances compliquant la computation des délais (de Rouge de Boisgelin). Elle a aussi prétendu parfois avoir exercé sa compétence dans les délais impartis (Heulens en Verlinden, Pannecoucke). Si l'on excepte l'arrêt Mestrez, et plus tard l'arrêt Mostinckx, le Conseil d'Etat n'a jamais cru devoir puiser dans ces arguments, des motifs suffisants pour lui permettre de conclure au rejet.

³² Les Nouvelles, *Droit administratif*, T. VI, Le Conseil d'Etat, n° 1198.

³³ Il est plus vraisemblable de croire que le requérant ne renonce pas à user de son droit mais qu'il en diffère l'exercice jusqu'au moment où il sera, par suite de la décision du Conseil d'Etat, plus fermement assuré de la réalité de ce droit.

³⁴ Qui n'est périmée qu'après un an, cfr. art. 52, de la loi du 29 mars 1962.

³⁵ Les Nouvelles, *Droit administratif*, T. VI, Le Conseil d'Etat, n° 1198.

³⁶ Monique Pauti, "Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative", *R.D.P.* 1975, p. 1544 et ss.

L'on doit en effet reconnaître l'existence d'un excès de pouvoir dans l'acte administratif qui refuse, hors des délais impartis pour son émission, ce que la loi accorde en raison précisément du non-respect de ces délais. Deux raisons peuvent, semble-t-il, appuyer cette affirmation. Pour comprendre la portée des observations qu'on va faire, il faut en effet envisager le problème successivement sous l'angle du seul acte attaqué puis, sous l'angle des rapports que cet acte entretient avec les décisions qu'il infirme. Dans le premier cas, les objections porteront sur le caractère injustifié de la prolongation de la compétence de l'autorité administrative. Dans le second cas, elles porteront sur le caractère inexplicable et insoluble des contradictions résultant de la coexistence de deux décisions.

a. D'une part, n'est pas transposable ici, la théorie adoptée en beaucoup de matières par le Conseil d'Etat et selon laquelle, lorsqu'un texte législatif ou réglementaire fixe un certain délai à une autorité administrative pour prendre une décision, l'expiration de ce délai ne fait pas disparaître la compétence de l'autorité qualifiée. Si elle devait être transposée à la matière du permis tacite, c'est en tout cas sous les deux réserves suivantes.

Premièrement, cette théorie dépend de la conception que se fait l'auteur de la norme attributive de compétence, du délai imparti pour statuer. Le délai pour statuer revêt simplement un caractère comminatoire lorsqu'il n'est pas prescrit à peine de nullité. La volonté de législateur n'étant pas, sur ce point, énoncée expressément dans l'article 55 de la loi sur l'urbanisme, il s'indique, sauf à trouver dans l'adage "pas de nullité sans texte", un argument a contrario, de chercher ailleurs sa volonté. Or. il n'y a dans les travaux préparatoires aucun passage où le législateur se serait prononcé sur la portée du délai qu'il impartissait aux autorités administratives pour statuer sur les demandes de permis³⁷. Le législateur ne s'est-il pas exprimé par préterition ? Ayant réglé l'effet du silence gardé, il n'a pas envisagé l'éventualité où ce silence serait rompu tardivement.

En outre, à la théorie à laquelle le Conseil d'Etat semble faire référence, des exceptions ont déjà été admises en France. Parmi celles-ci, R. Odent note le cas des délais dont l'expiration provoque une décision implicite d'autorisation ou d'acceptation. A défaut de trouver réponse ailleurs, on peut affirmer que le mécanisme juridique mis en place éclaire,

par lui-même, la volonté du législateur et sa conception des délais³⁸.

Deuxièmement, cette théorie est fondée sur la distinction faite entre acte décisoire et acte post-décisoire, distinction qui permet de dissocier l'existence même de l'acte et sa divulgation. L'absence de notification ou l'irrégularité de celle-ci n'entache alors pas la validité de la décision proprement dite, mais en diffère l'efficacité juridique. L'hypothèse est, par exemple, celle où le requérant poursuit l'annulation d'un arrêté de la Députation permanente refusant le permis en dehors des délais prévus à l'article 55, § 1er, de la loi. En ce cas, le Conseil d'Etat rejette très justement le recours. Le silence gardé par l'autorité provinciale n'est susceptible de conférer aucun droit et la date de la notification n'a d'autre effet que d'ouvrir le recours au Roi et de faire courir le délai dans lequel ce recours doit être introduit. Dès lors, l'inobservation des délais de notification ne saurait vicier l'acte attaqué puisque ceux-ci ne sont pas prescrits à peine de nullité et qu'ils ne revêtent pas, à ce stade de la procédure, un caractère substantiel, car aussi longtemps que la formalité de la notification n'a pas été accomplie, le requérant conserve un droit de recours au Roi³⁹. Par contre, lorsque l'écoulement du délai imparti pour notifier une décision revêt des effets juridiques plus fondamentaux qu'une influence sur le moment d'entrée en vigueur de l'acte, ne fallait-il pas considérer l'obligation de notifier, dans un délai déterminé, l'acte dont il s'agit comme impliquant l'obligation de le prendre, sous peine d'annulabilité, dans le délai ainsi prévu ?⁴⁰

b. D'autre part — et c'est la deuxième objection qu'on voudrait faire à la jurisprudence ancienne — il y a manifestement une violation de la règle de droit au fond qui vient entacher la décision administrative puisque l'objet même de celle-ci est de refuser ce que la loi accorde ou ce qu'une autre autorité administrative a définitivement accordé.

Dans le premier cas — celui où, par effet d'une fiction, le permis tacite est réputé, comme l'a dit le Conseil d'Etat dans l'arrêt Mathieu, accordé par le

³⁸ R. Odent, "Contentieux administratif", Cours I.E.P., Paris, 1970-1971, p. 1439, et les références à la jurisprudence du Conseil d'Etat de France.

³⁹ Voy. C.E. n° 13.906 du 20 juin 1970, Commune de Kessel-Lo ; n° 16.154 du 11 décembre 1973, Lebeck ; n° 16.321 du 26 mars 1974, Commune d'Uccle et Leroy.

⁴⁰ Par son caractère d'opération complexe, ce mécanisme peut être rapproché de la tutelle d'approbation où le législateur détermine également le délai dans lequel l'autorité de tutelle doit intervenir et attache un effet à l'absence de décision. L'acte est privé d'effets aussi longtemps qu'il n'est pas approuvé. L'acte est considéré comme définitif si le délai pour cette approbation vient à échéance sans qu'elle soit intervenue, et un refus tardif d'approuver est entaché d'excès de pouvoir. Voy. J. Dembour, "Les actes de la tutelle administrative en droit belge", 1955, n° 76.

³⁷ Voy. les commentateurs : C. Bricmont, "Aménagement du territoire et urbanisme", Larcier, 2ème éd. 1963, n° 155 et n° 1 ; J. de Suray, "Traité pratique du droit de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire", Story Scientia, Gand 1969, n° 36 ; voy. Cependant *contra* une allusion discrète dans l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi, *Pasim*. 1962, p. 254.

Gouvernement — comment admettre que deux décisions, ayant un objet identique, soient prises en sens contraire par la même autorité ? L'on pourrait sans doute considérer la seconde décision comme l'acte contraire opérant le retrait du permis tacite⁴¹. Toutefois, envisager la solution de cette contradiction dans la perspective d'actes successifs émanant de la même autorité serait cautionner l'erreur qui a initialement échappé à la vigilance du Conseil d'Etat, en réputant accordé par le Gouvernement le permis tacite. En réalité, le permis tacite n'est pas tacitement accordé par le Gouvernement. Il résulte directement de la loi. En refusant le permis sollicité, l'autorité administrative ne retire pas un acte antérieur, elle accomplit un acte d'insubordination à la loi. La contradiction est à ce point évidente qu'on s'étonne qu'elle ait un temps échappé à l'attention de la Haute juridiction administrative. Croire que le permis tacite était un permis tacite accordé par le Gouvernement, c'était permettre de prolonger la compétence de l'autorité administrative ou admettre qu'elle retire son acte. La volonté du législateur est au contraire qu'après l'écoulement du délai déterminé, l'autorité administrative soit privée de son pouvoir de police et que le droit de propriété retrouve ses attributs, le droit de construire ou de lotir, sans restrictions autres que celles qui sont prévues à l'article 544 du Code Civil.

Dans le second cas, lorsque le demandeur a obtenu de la Députation permanente le permis qu'il sollicite mais que celui-ci est tardivement refusé par le Roi, le trouble juridique résultant de l'arrêté tardif n'est pas moins flagrant.

A moins de considérer spécialement ici — parce que le problème se présente comme en matière de tutelle — que, puisqu'il s'agit de réformer la décision prise par l'autorité subordonnée, les règles de compétence sont d'ordre public, si le Conseil d'Etat avait maintenu sa thèse, deux actes également valables auraient pu subsister bien que leur contenu les rende inconciliables : d'une part l'arrêté de la Députation permanente accordant le permis, maintenu faute d'avoir été réformé dans les délais imposés ; d'autre part l'arrêté royal le refusant, maintenu également puisque, selon la jurisprudence ancienne, le fait que cet arrêté avait été pris et notifié tardivement n'en affectait pas la régularité.

B. LES PROBLEMES NON RESOLUS PAR LA JURISPRUDENCE NOUVELLE

L'ancienne jurisprudence du Conseil d'Etat s'explique, on l'a déjà dit, par une compréhension in-

⁴¹ Mais tel n'est pas, à première vue, son objet et, en outre, la technique du retrait se heurte à de sérieux inconvénients en ce qui concerne les décisions implicites positives. Voy. infra.

exacte du mécanisme des décisions implicites d'autorisation. Il faut porter au crédit des arrêts Mostinckx et Nelis d'avoir mis en évidence la clé de ce mécanisme : le délai pour statuer dont la signification doit naturellement s'apprécier en tenant compte de la portée qui est reconnue au silence gardé par l'autorité administrative.

Deux hypothèses doivent, à cet égard, être distinguées.

Le législateur n'a reconnu aucune portée au silence gardé par la Députation permanente lorsqu'elle est invitée à statuer sur les recours introduits devant elle. Le délai qui lui est imposé pour statuer est un délai d'ordre. Très logiquement donc, le Conseil d'Etat n'a annulé aucune des décisions tardives de l'autorité provinciale⁴².

Par contre, le délai imposé au fonctionnaire délégué ou au Roi pour statuer a une portée juridique d'une importance décisive : celle d'entraîner implicitement l'obtention, par le demandeur, du permis sollicité. Son dépassement entraîne, dans le premier cas, le refus du permis et, dans le second cas, l'octroi. C'est un délai qui constitue une condition du maintien du pouvoir de l'autorité⁴³. Cet effet spécial explique, selon l'heureuse expression du Conseil d'Etat, dans l'arrêt Commune d'Ixelles, entraîne «le dessaisissement d'office» de l'autorité administrative et son incompétence ratione temporis lorsqu'elle statue hors délai. Cette solution devait logiquement être étendue au silence gardé par le Roi, pour la même raison qu'il produit une décision, mais aussi parce qu'à ce stade, l'écoulement du délai n'ouvre plus aucune recours administratif⁴⁴.

Les décisions implicites d'acceptation ou d'autorisation ont été conçues non seulement pour améliorer des procédures et assurer un meilleur respect des droits des administrés, mais aussi en vue de rendre plus supportables et moins rigoureuses les contraintes croissantes imposées par la réglementation étatique⁴⁵.

⁴² Voy. supra les décisions citées à la note (39). Une solution analogue devrait être réservée à l'intervention tardive du Collège des Bourgmestre et Echevins (art. 54, § 1, de la loi du 29 mars 1962) sauf lorsque la procédure visée à l'article 54, § 2, est appliquée.

⁴³ Le Conseil d'Etat indique dans l'arrêt Mostinckx et dans l'arrêt Nelis qu'il s'agit d'un *délai de forclusion*. A cette expression, il faut préférer celle de *délai de rigueur* ou de *délai péremptoire*. (Voy. M. Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 102). Le délai de forclusion fixe la période de temps dans laquelle un recours doit être introduit au "for" compétent, plutôt qu'il n'assigne un temps à l'action d'une autorité administrative.

⁴⁴ Cette jurisprudence, par suite de la signification particulière qu'elle reconnaît au délai, fait de l'autorisation de bâtir ou de lotir un acte complexe où l'existence propre de l'acte est inséparable de sa divulgation : la décision et la notification se confondent et l'irrégularité de celle-ci ou son absence entraîne inévitablement l'invalidation de celle-là.

Voy. Cyr. Cambier, "La censure de l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat", Bruxelles, Larcier, 1956, col. 108.

⁴⁵ Sur la fonction du mécanisme, voy. les conclusions du Commissaire du Gouvernement Bertrand devant l'arrêt Sieur

Pour ces motifs, et afin de résoudre les difficultés pratiques⁴⁶ et théoriques que la jurisprudence ancienne suscitait, il était éminemment souhaitable que le Conseil d'Etat revît sa position et reconnût à l'administré les garanties prévues par la loi.

Tous les problèmes posés par le mécanisme du permis tacite ne sont pas pour autant résolus. Le mouvement jurisprudentiel dont on a tracé les étapes a laissé certaines questions inexplorées ; il en a suscité aussi de nouvelles. L'on voudrait conclure cette brève étude en indiquant les difficultés qui, selon nous, subsistent.

1. LA SOLUTION NOUVELE EST-ELLE APPLICABLE AU CAS D'UNE DECISION TARDIVE MAIS FAVORABLE AU DEMANDEUR ?

S'il fallait suivre les enseignements de la jurisprudence De Muynck, le dessaisissement d'office de l'autorité administrative par l'expiration du délai prévu pour statuer n'aurait pas lieu lorsque la décision tardive de l'administration est favorable au demandeur de permis. Il faudrait donc distinguer le refus tardif, censuré comme étant entaché, par son caractère même, d'un vice d'incompétence, d'un octroi tardif inattaquable par le demandeur de permis qui aurait perdu tout intérêt par suite du caractère favorable de la décision, ou par un tiers qui en serait dépourvu au motif "que l'article 55, § 2, alinéa 5, a été inséré dans la loi sur l'urbanisme dans le but exclusif de préserver les intérêts de la personne dont la demande de permis de bâtir n'a pas fait l'objet d'une décision prise par le Roi dans le délai fixé par la loi, et non pas dans le but de protéger les intérêts des voisins". Cette solution n'a que l'apparence du bon sens ; elle ne vaudra qu'à condition que la décision explicite tardive soit purement confirmative de la décision implicite⁴⁷.

En effet, il peut se trouver que le demandeur de permis ait intérêt à construire ou à lotir sous un régime plus favorable que celui qui découlerait d'un permis exprès mais tardif, soit que l'arrêté d'autorisation contienne des restrictions par rapport au

permis délivré par une autorité précédente, soit que la situation d'assujettissement aux prescriptions légales ou réglementaires qui serait celle du titulaire d'un permis tacite paraisse plus favorable que la situation qui découlerait d'un permis exprès. A l'inverse, le tiers, un voisin par exemple, pourra avoir intérêt à l'application au demandeur de permis des prescriptions légales ou réglementaires si celles-ci sont plus sévères que les dispositions du permis tardif.

Une autre question subsiste toutefois, qui est de savoir si, "résultant de la loi-même sans qu'il soit besoin d'une intervention de l'autorité administrative", le permis tacite, ou plutôt l'absence d'agir, est encore un acte susceptible de recours, un acte qu'un tiers intéressé pourrait attaquer devant le Conseil d'Etat⁴⁸.

2. LE PERMIS TACITE PEUT-IL ETRE RETIRE ?

Le Conseil d'Etat n'a pas encore eu l'occasion d'examiner dans quelle mesure un arrêté tardif de refus pourrait être considéré comme un acte de retrait de permis tacite. Cette analyse ne saurait toutefois manquer de lui être proposée par l'administration pour déjouer la jurisprudence nouvelle et pour faire échec à la rigueur de la disposition légale. En effet, elle permettrait, en admettant la légalité du retrait, de mettre à néant le permis acquis par l'expiration des délais prévus pour statuer.

L'adoption de cette solution présenterait toutefois de graves inconvénients. Il resterait aussi à démontrer qu'elle ait davantage que les apparences de la rigueur juridique⁴⁹.

Elle aboutirait à prolonger le délai légal à l'expiration duquel la décision est acquise, d'une durée égale au délai du recours contentieux, c'est-à-dire en fait indéfiniment. Un acte de retrait peut, en effet, être pris aussi longtemps que le délai de recours demeure ouvert aux "intéressés" ; il peut donc survenir à n'importe quel moment puisqu'il est, comme le confirme le texte de l'article 55, § 2, alinéa 5, de la loi sur l'urbanisme, dans la nature d'une décision implicite de ne faire l'objet d'aucune publicité.

A supposer qu'il puisse être satisfait à la condition de délai à laquelle est soumise la légalité d'un retrait, par la mise en place d'un système assurant la publicité des permis tacites, il faudrait encore que

Eve du 14 novembre 1969, Rec. Lebon, pp. 503-504 ; et Monique Pauti, "Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative", R.D.P. 1975, pp. 1544 et 1550.

⁴⁶ Parmi les difficultés pratiques, notons, par exemple, les difficultés déjà indiquées qui naissent du démembrement des compétences juridictionnelles en matière d'urbanisme. La position du Conseil d'Etat affirmant, en somme, la régularité de l'arrêté royal tardif risquait de conduire à ce que M. G. Liet-Veaux a appelé de façon imagée "La guerre des juges". Le juge judiciaire appréciant, comme on peut à raison le supposer, en sens opposé la légalité de cet arrêté royal.

Voy. G. Liet-Veaux, *in* "La guerre des juges aura-t-elle lieu ?", La Revue Administrative n° 163, Janvier/Février 1975, p. 27 ; aussi Civ. Bruges 29 juin 1965, R.W. 65-66, col. 1.444 ; et M. A. Vander Stichele, "De l'exécution des décisions juridictionnelles en matière administrative", R.J.D.A. 1975/1, p. 89.

⁴⁷ Voy. Monique Pauti, article cité, p. 1557.

⁴⁸ Voy. sur ce problème, "Les Nouvelles, Droit administratif, T. VI, Le Conseil d'Etat", n° 987 et n° 1016.

⁴⁹ Le Conseil d'Etat de France a déjà eu l'occasion de se prononcer dans un sens défavorable à cette solution ; voy. C.E. Fr. Sieur Eve, 14 novembre 1969, Rec. Lebon, p. 498 et C.E. Fr. Epoux Roulin, 1er juin 1973, A.J.D.A., p. 478 ; voy. aussi Monique Pauti, article cité, pp. 1557, 1571 et 1572 ; et M. Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 247.

la condition d'illégalité de l'acte retiré soit remplie.

Et celle-ci ne saurait l'être pour deux raisons. D'une part, les travaux exécutés sur base d'un permis tacite doivent, en toute hypothèse, être conformes aux prescriptions légales et réglementaires. D'autre part, s'ils ne l'étaient point, il est vraisemblable que le délai de retrait serait expiré avant que le commencement des travaux ne révèle l'illégalité de la décision d'obtention implicite du permis. L'éventuelle infraction aux prescriptions en question ne pourra dès lors être empêchée que dans les conditions prévues au chapitre III du titre IV de la loi sur l'urbanisme.

3. A QUELLES CONDITIONS LA LETTRE DE RAPPEL FAIT-ELLE COURIR LE DELAI POUR STATUER ?

Lorsqu'on lit les arrêts cités dans cette note, l'on ne peut manquer d'y découvrir une modification des questions contestées. Centrés à l'origine sur les conséquences de l'expiration du délai au plan de la compétence de l'autorité administrative, les débats devant la juridiction administrative ont ensuite porté, depuis les arrêts Mestrez et Mostinckx, sur la "validité" de la lettre de rappel.

La procédure de rappel, dans la mesure où elle conduit à produire une décision, fait penser à une mise en demeure. Cette particularité explique les discussions qui entourent, et entoureront sans doute à l'avenir, cette question. Il est à craindre, au vu de la solution nouvelle, que l'administration trouve intempestifs les rappels qui lui seront adressés, et refuse, sans examen attentif, les permis demandés. L'administré, pour se prémunir de ce risque, sera

vraisemblablement enclin à présenter sa démarche comme une requête ou même comme une interrogation sur l'état de la procédure (Mostinckx), ou bien il sera enclin à avancer et à reculer à pas feutrés dans sa correspondance avec l'administration (Mestrez). Faudra-t-il voir dans ces attitudes incertaines la mise en demeure requise par la loi pour que le mécanisme du permis tacite soit appliqué ?

A défaut d'indications plus précises, dans la loi et dans les travaux préparatoires, l'intention du demandeur de recourir à la disposition de l'article 55, § 2, alinéas 4 et 5, et la validité de la lettre de rappel devront chaque fois, comme l'indique l'arrêt Mostinckx, s'apprécier raisonnablement compte tenu des circonstances de la cause⁵⁰.

Au-delà des questions qui demeurent, d'aucuns objecteront, peut-être, à la solution admise par les arrêts Mostinckx et Nelis, que l'intérêt général requiert quelquefois que la compétence de police soit maintenue, au-delà des délais prescrits, pour que, dans les affaires délicates et compliquées, la sauvegarde du bon aménagement et de la destination future des lieux ne soit pas compromise.

A ce point de vue, l'apport le plus significatif de cette jurisprudence tient sans doute dans le rappel que les méthodes les plus sages d'examen des cas sont souvent les méthodes les moins péremptoires, et dans l'invitation faite à l'administration de rechercher, dans ces affaires délicates et compliquées, l'opportunité d'un dialogue plutôt que de garder le silence.

⁵⁰ En attendant une réforme législative du type de celle qui a été introduite en France par le décret du 28 mai 1970 assurant l'automatisme de la délivrance faute de réponse de l'administration dans les délais prescrits ; voy. l'article déjà cité de J.M. Lavieille.