

LA MOTIVATION FORMELLE DES ACTES ADMINISTRATIFS

par

Robert ANDERSEN

Conseiller d'Etat

Professeur extraordinaire à l'U.C.L.

et

Paul LEWALLE

Professeur ordinaire à l'U.L.G.

INTRODUCTION

Jusqu'il y a peu, prévalait en Belgique le principe de non-motivation des actes administratifs. Certes, ce principe n'était pas absolu. D'une part, des exceptions — de plus en plus nombreuses — y avaient été apportées dans des textes à caractère législatif ou réglementaire. D'autre part, la section d'administration du Conseil d'Etat avait fait oeuvre prétorienne en imposant, dans certains cas, la motivation formelle en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires la prévoyant ¹.

Le besoin d'un changement plus radical se fait sentir. Le principe est contesté dans ses fondements mêmes ; il est dénoncé comme anachronique et rétrograde. Comme l'écrit E. CEREXHE, citant J. LEMASURIER, le principe de non-motivation relève *"du concept traditionnel d'une administration de souveraineté et de commandement, hiérarchisée et centralisée à l'extrême, aux décisions de type militaire, unilatérales, impératives, contraignantes, fondées sur l'assujettissement de l'individu à la puissance publique et à ses prérogatives : une administration qui interdit, ordonne, réglemente, accorde ou refuse ses bienfaits, sans rendre compte aux administrés"* ².

Sous l'impulsion du Conseil de l'Europe — on pense tout particulièrement à la résolution n° 77-31 du 28 septembre 1977 sur la protection de l'individu et à la recommandation n° 80-2 du 11 mars 1980 concernant l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration — les Etats membres consacrent et traduisent, de la manière qui leur paraît le mieux convenir, dans leur ordre juridique interne les principes d'une procédure administrative équitable. Parmi ceux-ci figure la motivation des actes administratifs, l'acte administratif devant être entendu dans un sens restrictif comme étant l'acte individuel pris dans l'exercice de l'administration active, qui est de nature à produire des effets directs sur les droits, libertés ou intérêts des administrés.

Désireuse d'exécuter les résolutions précitées du Conseil de l'Europe, éclairée par les réformes législatives opérées à l'étranger et par l'exemple du droit communautaire, la Belgique, après plusieurs tentatives restées infructueuses, renverse, avec la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, le principe de non-motivation des actes administratifs.

Le nouveau principe devrait être bénéfique tant pour l'administré que pour l'administration ³.

En ce qui concerne l'administré, la motivation formelle, par la révélation qu'elle lui donne des circonstances de fait et de droit qui servent de soutien à la décision administrative, est de nature à entraîner sinon son adhésion à la dite décision, du moins son acceptation de celle-ci. L'efficacité de l'action administrative devrait être ainsi renforcée.

Etant de la sorte mieux informé, l'administré peut, en meilleure connaissance de cause, introduire les recours administratifs et juridictionnels dont il dispose à l'encontre de la décision administrative. Dans plusieurs arrêts récents rendus sous l'empire de la nouvelle loi, la section d'administration du Conseil d'Etat a rappelé cette fonction de la motivation formelle : *"le but de l'obligation de motiver formellement les actes administratifs consiste à informer l'intéressé des raisons pour lesquelles la décision qui lui est défavorable a été prise de telle sorte qu'il puisse, au moyen des voies de droit mises à sa disposition, se défendre contre cette décision en montrant que les motifs qui lui sont révélés par la motivation ne sont pas fondés"* ⁴.

³ Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs, A.J.D.A., 1974, pp. 349 à 367 ; M. NAUWELAERS et L. FA-BIUS, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1976, p. 418 ; P. SABOURIN, *Réflexions sur les rapports des citoyens et de l'administration*, D., 1978, *Chronique XIV*, p. 63 ; R. VIARGUES, *Forme et contenu de la motivation des actes administratifs*, R.D.P., 1982, p. 779 ; D. LAGASSE, *La motivation. Faut-il rendre obligatoire la motivation des actes administratifs ?*, A.P.T., 1981, pp. 69 et s. ; F. DELPEREE, *Aspects nouveaux de la relation administration-administrés*, A.P.T., 1981, p. 153.

⁴ Voir notamment C.E., arrêt Rondelez, n° 39.161, du 3 avril 1992 ; arrêt Van Laeken, n° 39.295 du 4 mai 1992 ; arrêt De Koning, n° 39.433, du 21 mai 1992 et arrêt Martens, n° 40.053, du 28 juillet 1992.

¹ Cfr. infra les développements consacrés, dans le chapitre II, à la situation existant antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991.

² Doc. parl., Sénat, doc. n° 215-1 (SE 1988), pp. 3 et 4.

Dorénavant, l'intéressé ne sera plus astreint à introduire, à l'aveuglette, un recours en annulation auprès du Conseil d'Etat afin d'avoir accès, pour la première fois, à une information jusqu'alors tenue secrète. Ainsi conçue, la motivation formelle remplit une fonction préventive: elle permet de faire l'économie de procédures contentieuses.

En ce qui concerne l'administration, la motivation formelle devrait valoriser le travail accompli. L'obligation de révéler dans l'instrumentum les motifs de fait et de droit sur lesquels se fonde la décision oblige son auteur à faire preuve de rigueur dans le raisonnement et est de nature à le dissuader de prendre des décisions irréfléchies ou fondées sur des motifs inavouables. Obligée de mettre cartes sur table, l'administration est bien contrainte à jouer franc-jeu! L'obligation de motivation formelle, outre qu'elle constitue un frein contre l'arbitraire administratif, est une garantie de meilleure administration.

L'obligation qu'a l'auteur de l'acte administratif de motiver formellement celui-ci est également de nature à favoriser le contrôle administratif et juridictionnel. Les autorités de contrôle trouvent dans l'acte lui-même les motifs de fait et de droit qui servent de soutien à la décision administrative et peuvent, en principe, faire porter exclusivement leur contrôle sur ces motifs.

Comme le Conseil d'Etat, section de législation, l'a fait observer, les propositions qui se sont succédé, relatives à la publicité et à la motivation des décisions administratives⁵ procèdent, toutes, de la volonté de leurs auteurs de consacrer l'existence d'un droit fondamental dans le chef des administrés: le droit d'être informé. De correspondre à un droit fondamental fait que l'obligation corrélatrice, que ces propositions mettent à charge de l'administration, de motiver en la forme les actes administratifs ne peut forcément avoir qu'une portée générale⁶.

⁵ V. notamment: proposition de loi relative à la réforme des actes des autorités administratives déposée par MM. NEYBERGH, ROLIN, DUVIEUSART et CLAEYS, Doc. parl., Sénat, sess. 1956-1957, n° 235; proposition de loi relative à la motivation des actes des autorités administratives déposée par M. DESMARETS, Doc. parl., Ch., sess. 1975-1976, n° 964/1; proposition de loi relative à la motivation des actes des autorités administratives déposée par M. LAGASSE, Doc. parl., Sénat, sess. 1979-1980, n° 449/1; sess. 1984-1985, n° 33/1 et 33/2; proposition de loi visant à améliorer les relations entre le citoyen et l'administration déposée par M. COLLA, Doc. parl., Ch., sess. 1983-1984, n° 733/1 et 733/2; sess. 1985-1986, n° 387/1; proposition de loi visant à améliorer les relations entre le citoyen et l'administration déposée par M. TIMMERMANS, Doc. parl., Ch., sess. extra 1988, n° 486/1; proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs déposée par M. CEREXHE, Doc. parl., Sénat, sess. 1985-1986, n° 197-1; sess. extra. 1988, n° 212-1 et 215-2.

⁶ Avis L. 15.848/V.R. du 15 février 1984 sur une proposition de loi relative à la motivation des actes des autorités administratives (Doc. parl., Sénat, sess. 1981-1982, doc. n° 33/2); avis L. 16.054/1 du 31 octobre 1984 sur une proposition de loi visant à améliorer les relations entre le citoyen et l'administration (Doc. parl., Ch., sess. 1983-1984, n° 733/2); avis L. 16.005/1 du 31 octobre 1984

Il n'en va pas différemment de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Celle-ci pour objectif *"d'introduire dans le système administratif belge une législation autonome visant à ériger en principe général l'obligation de motiver formellement les actes des autorités administratives, obligation qui constitue la contrepartie de ce droit fondamental qu'a l'administré d'être informé des motifs ayant conduit à la décision le concernant. Cette obligation peut avoir un champ d'application très large, aussi bien ratione personae que ratione materiae, considérant que c'est de cette condition que dépend l'effectivité du système"*⁷.

CHAPITRE PREMIER. – LE CHAMP D'APPLICATION RATIONE PERSONAE.

Ce champ d'application doit être défini à un double point de vue: quels sont les auteurs des actes soumis à l'obligation de motivation formelle? Quels sont les destinataires de ces actes?

Section 1. – Les auteurs des actes administratifs soumis à l'obligation de motivation formelle⁸.

Il ressort des termes de l'article 1er de la loi du 29 juillet 1991 que l'acte administratif qui doit être motivé se caractérise, notamment, par cela qu'il émane d'une autorité administrative. Soucieux de ne pas enfermer cette notion dans une définition abstraite qui s'avèrerait à l'usage trop rigide et d'éviter de donner une énumération incomplète, le législateur a préféré se référer à l'article 14, alinéa 1er, des lois coordonnées, sur le Conseil d'Etat, et laisser ainsi à la haute juridiction administrative le soin de dessi-

sur une proposition de loi portant des mesures propres à assurer la publicité de l'administration (Doc. parl., Ch., sess. 1981-1982, n° 102/2); avis L. 17.302/V.R. du 21 octobre 1987 sur une proposition de décret du Conseil de la Communauté française relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs (C.C.F., session 1990-1991, n° 185/2); avis L. 19.969/9 du 10 décembre 1990 sur une proposition de décret du Conseil régional wallon concernant la liberté d'accès des citoyens et des travailleurs à l'information relative à l'environnement (C.R.W., session 1989-1990, n° 154/4); avis L. 20.347/A.G.-9 du 10 décembre 1990 sur le projet d'ordonnance (Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, sess. 1990-1991, doc. n° A-128/1), devenue l'ordonnance du 20 août 1991 sur l'accès à l'information relative à l'environnement dans la Région de Bruxelles-Capitale (M.B. du 1er octobre 1991); avis L. 20.939/8 du 28 juin 1991 sur le projet de décret du Conseil flamand relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements de l'Exécutif flamand (Vl.R., 1990-1991, 535/1), devenu le décret du 23 octobre 1991 portant le même intitulé (M.B. du 27 novembre 1991).

⁷ Doc. parl., Sénat, doc. n° 255-1 (S.E. 1988), p. 8.

⁸ V. R. ANDERSEN, L'obligation de motiver. Pour quelles autorités administratives?, rapport à la journée d'études du 8 mai 1992 organisée par le Centre de droit régional de la Faculté de droit de Namur sur le thème de la motivation formelle des actes administratifs. La Charte 1992, pp. 55 à 75.

ner, au gré de sa jurisprudence, les contours de cette notion ⁹.

Actuellement, le Conseil d'Etat, section d'administration, procède de la manière suivante. Lorsqu'il s'agit de définir négativement la notion d'autorité administrative, c'est-à-dire de distinguer les autorités administratives des autorités publiques qui ressortissent au pouvoir législatif et au pouvoir judiciaire, le critère organique joue un rôle prépondérant : tous les actes accomplis par des autorités qui, organiquement, relèvent du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire, sont, en raison même de ce lien organique et à condition qu'il soit suffisamment étroit, soustraits à la censure d'annulation du Conseil d'Etat, quand bien même ces actes ressortiraient à la fonction d'administration. Il advient toutefois que le critère organique cède le pas au critère fonctionnel. Par une sorte d'entraînement, des actes accomplis par des autorités administratives sont soumis au même régime contentieux que les actes des autorités législatives ou judiciaires. Ces sont les actes par lesquels les autorités administratives prêtent leur concours au pouvoir législatif ou au pouvoir judiciaire.

Bien que les travaux préparatoires de la loi du 29 juillet 1991 soient muets à leur égard, il ne paraît pas douteux que cette catégorie d'actes n'entre pas dans les prévisions de cette loi.

Lorsqu'il s'agit de définir, cette fois de manière positive, ce qu'il y a lieu d'entendre par "*autorités administratives*", la méthode utilisée par la haute juridiction administrative est celle dite des critères multiples. Cette méthode lui laisse un large pouvoir d'appréciation non seulement quant au choix et au nombre des critères à utiliser, mais également quant à leur poids relatif. Le nombre des critères utilisés est d'autant plus élevé que l'organisme est complexe ; selon l'organisme considéré, l'accent est mis davantage sur tel critère que sur tel autre. C'est à cette méthode que se réfère la note gouvernementale annexée au rapport de la Commission de l'intérieur du Sénat sur la proposition devenue la loi du 29 juillet 1991 : "*Pour établir si un organisme peut être considéré comme autorité administrative, la forme juridique qu'il a adopté — personne de droit public ou de droit privé — n'est pas déterminante. Bien plus importante est la réponse aux questions suivantes :*

- a) l'organe ou l'institution dispose-t-il ou dispose-t-elle d'un pouvoir de décision ? Exerce-t-il ou exerce-t-elle une part de la puissance publique, en ce sens qu'il ou qu'elle peut prendre des décisions unilatérales et exécutoires ?*

⁹ Doc. parl., Sénat, doc. n° 215-3 (SE 1988), p. 13 et Ch., doc. n° 1595/4 (1990-1991), p. 2.

- b) quel est l'objet et la mission de la personne morale ? S'agit-il d'un objet d'utilité publique, d'intérêt général ou n'est-ce pas le cas ?*

- c) la personne morale a-t-elle été constituée ou reconnue par l'autorité publique par ou en vertu de la loi ou du décret ?*

- d) l'autorité publique dispose-t-elle d'un pouvoir de contrôle sur l'organisme en question ?*

Les deux premiers critères sont les plus importantes" ¹⁰.

De prime abord, à s'en tenir à la référence faite à l'article 14, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, il n'est pas douteux que par autorités administratives, il y a lieu d'entendre non seulement celles de l'Etat fédéral, des organismes qui en dépendent, des provinces et des communes, mais également celles des entités fédérées et des organismes qui en relèvent. Il convient toutefois de vérifier si cette première conclusion n'est pas infirmée par les règles supérieures de répartition des compétences entre l'Etat fédéral, les communautés et les régions. La question est délicate. Deux thèses ont été avancées. Selon la première, l'obligation de motivation formelle des actes administratifs constitue la mise en oeuvre d'un droit fondamental, dont l'existence est affirmée par plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme et qui, en raison même de sa nature, s'impose avec la même force et la même évidence à toutes les autorités administratives, qu'elles soient fédérales, communautaires, régionales ou locales, et profite à tous les administrés, sans aucune distinction. Adopter une réglementation présentant ces caractères de généralité et d'uniformité ressortit à la compétence du législateur fédéral.

Selon la seconde thèse, l'autonomie des communautés et des régions s'oppose à ce que la loi fédérale, fût-ce en affirmant le caractère fondamental d'un droit et en prétendant en assurer de manière uniforme le respect, puisse imposer aux autorités administratives communautaires et régionales des obligations en matière de motivation formelle de leurs actes, qui limiteraient tant soit peu leur autonomie.

Dans son avis donné le 21 octobre 1987, sur la proposition devenue la loi du 29 juillet 1991 ¹¹, la sec-

¹⁰ Doc. parl., Sénat, doc. n° 215-3 (SE 1988), p. 13. Il y a toutefois lieu de préciser que la personnalité morale n'est pas indispensable pour qu'il y ait autorité administrative (Novelles, Droit administratif, t. IV, Le Conseil d'Etat, p. 286, n° 976 et Tables permanentes des arrêts du Conseil d'Etat, v° Notion d'autorité administrative, III, g).

¹¹ Doc. parl., Sénat, avis S.L. du Conseil d'Etat, doc. n° 215-2 (SE 1988). Ce n'est pas sans hésitation que le Conseil d'Etat, section de législation, a fait ce choix, l'une et l'autre thèse pouvant comporter des arguments de poids. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil a estimé souhaitable l'insertion dans le titre II de la Constitution d'une disposition reconnaissant solennelle-

tion de législation du Conseil d'Etat, après avoir rappelé les deux thèses en présence, opte pour la première, tout en ajoutant un argument supplémentaire en faveur de celle-ci : la motivation formelle constitue également une garantie essentielle pour le bon fonctionnement de la justice administrative qui ressortit à la compétence du législateur fédéral.

C'est à la suite de cet avis, que le texte initial de la proposition qui visait expressément, outre les administrations de l'Etat, celles des régions et des communautés, fut amendé et établi dans sa rédaction actuelle. Il devenait en effet superflu de préciser que la loi s'appliquait également aux autorités administratives communautaires et régionales ¹².

Section 2. – Les destinataires des actes administratifs soumis à la motivation formelle.

Aux termes de l'article 1er de la loi du 29 juillet 1991, l'acte administratif présente comme autre caractéristique celle d'avoir pour destinataires un ou plusieurs administrés ou une autre autorité administrative, selon le cas.

L'administré est défini comme étant *"toute personne physique ou morale dans ses rapports avec les autorités administratives"*. Cette définition suscite la question de savoir si les actes administratifs ayant comme destinataires des associations de fait ou des groupements dépourvus de la personnalité juridique doivent être formellement motivés. La réponse est négative à moins qu'il ne s'agisse de ces associations et groupements reconnus par les autorités administratives et associés par elles au fonctionnement des services publics, qui se voient reconnaître par le Conseil d'Etat, section d'administration, la capacité d'agir devant lui pour attaquer les actes qui mettent en cause les prérogatives qui leur sont

conférées en tant qu'associations ou groupements reconnus ¹³.

L'obligation de motiver formellement la décision est la même que celle-ci ait comme destinataire une personne de droit privé ou une personne de droit public dès lors que cette dernière est une autorité administrative au sens de l'article 14, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, la décision d'accorder ou de refuser un permis de bâtir ou de lotir doit être formellement motivée sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que l'impétrant est une personne de droit privé ou une personne de droit public.

CHAPITRE II – LE CHAMP D'APPLICATION RATIONE MATERIAE

Section 1. – L'acte juridique

§1. Les fondements de l'obligation de motivation formelle – Evolution

A. La période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991

Il ressort d'une abondante jurisprudence qu'en ce qui concerne la motivation, une distinction très nette devait être faite entre les actes juridictionnels, d'une part, et les actes de l'administrateur actif, d'autre part.

1° Les actes juridictionnels devaient, sans exception, être motivés en la forme. La règle n'a jamais été mise en doute en ce qui concerne les arrêts et jugements des Cours et tribunaux. Elle trouvait son fondement dans l'article 97 de la Constitution, aux termes duquel tout jugement est motivé et prononcé en audience publique. Elle s'imposait également aux juridictions administratives, fréquemment en vertu d'un texte spécial (ainsi de l'article 28 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat ; de l'article 22 de l'arrêté royal du 9 mars 1977 relatif aux Chambres de recours instituées par la loi du 8 juillet 1976 organique des Centres publics d'aide sociale).

On remarquait encore que l'article 104bis, introduit dans la loi provinciale par la loi du 6 juillet 1987, impose à la députation permanente de motiver toutes les décisions qu'elle prend dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle.

ment le droit fondamental de l'administré en termes lapidaires et abandonnant à des règles de rang inférieur la mise en oeuvre précise de ce droit et la détermination des limitations qui doivent ou peuvent y être apportées. La même disposition pourrait déterminer quelles normes pourraient donner effet aux principes qu'elle aurait tout d'abord affirmés (Doc. parl., Sénat, avis du Conseil d'Etat sur une proposition de loi relative à la motivation des actes des autorités administratives, doc. 733 (1984-1985), n° 2, pp. 5 et 6). Le titre II de la Constitution est soumis à révision en vue d'y insérer notamment "un article 24ter relatif à la publicité et à la motivation des actes de l'administration et du médiateur". Des propositions ont été formulées, entre autres, par l'auteur de la proposition devenue la loi commentée du 29 juillet 1991 (Doc. parl., Sénat, doc. 100-12/1 (S.E. 1988)).

Comme le déclara le Ministre de l'Intérieur lors de la discussion générale de la proposition devenue la loi précitée en commission de l'intérieur du Sénat (Doc. parl., Sénat, rapport n° 215-3 (S.E. 1988), p. 5 : *"L'idéal serait de pouvoir inscrire un article imposant l'obligation de motivation dans la Constitution ; la proposition, si elle était adoptée, constituerait déjà un cadre général"*).

¹² Doc. parl., Sénat, avis S.L. du Conseil d'Etat, doc. n° 215/3 (S.E. 1988), p. 2 et pp. 12 et 13.

¹³ G. DEBERSAQUES, Een ingrijpende verandering in het bestuursrecht : de uitdrukkelijke motiveringswet van 29 juli 1991, T.B.P., 1992, p. 376.

Il faut souligner que, même si aucun texte ne le prévoyait explicitement, la décision juridictionnelle devait de toute façon être motivée ¹⁴.

2° Le régime applicable à l'acte de l'administrateur actif était fort différent.

La position de principe était que ces actes, qu'ils fussent individuels ou réglementaires, ne devaient être motivés que si un texte l'exigeait. Dans le silence des lois ou règlements, cette forme ne s'imposait pas.

On pouvait citer de nombreux exemples de textes selon lesquels la motivation était requise ; tel était le cas, entre autres, des suspensions ou annulations de tutelle, aux termes des articles 86 et 87 de l'ancienne loi communale, repris aux articles 264 et 265 de la nouvelle loi communale ainsi qu'aux articles 26 et 27 du décret du 7 juin 1989 fixant, pour la Région flamande, des règles relatives à l'organisation et à l'exercice de la tutelle administrative des communes, de même qu'à l'article 6 du décret du 20 juillet 1989 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne ; devaient également être motivés, les refus de permis de bâtir, selon l'article 41, § 4, du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine ; ou encore, la dérogation à l'obligation d'attribuer un marché sur adjudication au soumissionnaire régulier le plus bas, d'après l'article 12, § 2, de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

¹⁴ On sait qu'en vertu de l'article 97 de la Constitution, les jugements doivent être motivés. On a pu s'interroger sur le champ d'application de l'article 97 : inscrite dans le chapitre III "*Du pouvoir judiciaire*", cette disposition s'appliquait-elle aux jugements prononcés par les juridictions administratives ? Certains arrêts du Conseil d'Etat contiennent une réponse négative (v., notamment, C.E., 6 mars 1953, Pirotte, n° 2.258, Rec., p. 291 ; 6 décembre 1967, Daelman, n° 12.705, Rec., p. 1015 ; 17 décembre 1975, Van Isterdael et Goossens, n° 17.161, Rec., p. 773). La source de l'obligation de motiver les jugements des juridictions administratives fut recherchée dans les principes généraux du droit (v., notamment, en ce sens, J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de Droit, 1978, p. 54 ; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, J.T., 1970, p. 586).

Des arrêts plus récents font ressortir cependant que c'est en vertu même de l'article 97 de la Constitution que tous les jugements doivent être motivés (C.E., 29 février 1979, Huyskens, n° 19.466, Rec., p. 215 ; 5 juillet 1979, C.P.A.S. Lokeren, n° 19.744, R.W., 1979-1980, col. 2514-2520 ; 24 février 1983, C.P.A.S. Blankenberghe, n° 22.978, Rec., p. 421).

Selon la Cour de cassation, c'est en vertu de l'article 97 de la Constitution que la députation permanente doit motiver les décisions qu'elle prend dans le contentieux des taxes communales directes (v. Cass., 14 mars 1985, Pas., 1985, I, 868 ; 23 janvier 1987, R.W., 1986-1987, col. 2106).

La controverse paraît donc réglée : on peut observer que tant MM. MAST, ALEN et DUJARDIN (*Précis de droit administratif belge*, Bruxelles, Story-Scientia 1989, n° 631) que M. Jacques SALMON (*Conseil d'Etat, Bruxelles, Bruylant*, 1987, p. 258) rattachent l'obligation de motiver l'ensemble des jugements à l'article 97 de la Constitution.

Il n'en demeurait pas moins qu'en beaucoup d'hypothèses, il ne se rencontrait aucun texte analogue. L'auteur de la décision n'avait alors — en principe toujours — aucune obligation d'explicitement ses motifs. Ainsi jugé, à propos de sanctions disciplinaires ¹⁵ ; de mises en disponibilité par suppression d'emplois dans l'intérêt du service ¹⁶ ; de refus de nomination définitive d'un stagiaire ¹⁷ ; de l'interdiction d'occuper un logement insalubre ¹⁸.

Un examen attentif de la jurisprudence permettait d'apercevoir cependant quelques exceptions à la règle de la non-motivation ¹⁹.

Rien n'était moins simple que de découvrir un dénominateur commun à ces exceptions.

Tantôt, le Conseil d'Etat paraît avoir pris en considération le caractère quasi juridictionnel d'une décision pour en exiger la motivation formelle : tel fut le cas des décisions prises sur avis d'une commission spéciale, relativement à l'incidence de l'exercice d'une profession indépendante sur le statut d'un enseignant ²⁰.

Dans d'autres hypothèses, il semble que la motivation ait été exigée par interprétation d'un texte : ainsi de l'obligation de constatation explicite des conditions mises par la loi à l'intervention de l'autorité ²¹ ; ainsi encore de l'obligation de motiver la décision prise sur recours, lui-même soumis à une motivation formelle ²².

Dans nombre de cas, la motivation formelle a été exigée parce que la décision prise requerrait des ex-

¹⁵ V., notamment, C.E., 25 juillet 1968, Wintraecken, n° 13.121, A.A.C.E., p. 663 ; 13 novembre 1979, De Rijbel, n° 19.906, Rec., p. 1070 ; 13 novembre 1980, Kloock, n° 20.697, Rec., p. 1370 ; 16 novembre 1980, Lievens, n° 20.811, Rec., p. 1534 ; 7 mai 1981, Breuwer, n° 21.137, Rec., p. 603 ; 16 juin 1981, Sierjacob, n° 21.267, Rec., p. 906 ; 23 janvier 1982, De Bruyn, n° 22.069, Rec., p. 426 ; 23 avril 1985, Boudengen, n° 25.262, Rec. ; 3 mars 1989, Plumet c/C.P.A.S. Colfontaine, n° 32.127, A.P.M., 1989, p. 42 ; 23 juin 1989, Ghys, n° 32.781, A.P.M., 1989, p. 96 ; 8 janvier 1991, Van Droost, n° 36.187, A.P.M., 1991, p. 25.

¹⁶ C.E., 31 janvier 1967, Lombaert, n° 12.193, Rec., p. 120.

¹⁷ C.E., 9 mars 1976, Denis, n° 17.486, Rec., p. 260.

¹⁸ C.E., 5 décembre 1973, Seghers, n° 16.145, Rec., p. 914 ; 6 mars 1974, Delvaux, n° 16.280, Rec., p. 204 ; 29 octobre 1975, De Turck, n° 17.251, Rec., p. 924 ; 19 mars 1982, Mathieu, n° 22.136, Rec., p. 566.

¹⁹ V., en ce sens, F. M. REMION, *La motivation des actes administratifs en droit belge*, Bruxelles, C.I.D.C., 1970, pp. 669 et s. ; D. LAGASSE, *La motivation — Faut-il rendre obligatoire la motivation des actes administratifs ?*, A.P.T., 1981, pp. 69 et s., spécialement pp. 80 et s. et M. VANDAMME, *De motivering van bestuurshandelingen in de rechtspraak van de Raad van Staat*, V.U.B., recyclage 1992, texte ronéotype.

²⁰ C.E., 22 juillet 1980, Steeman, n° 20.538, Rec., p. 1038 ; 15 mai 1981, Audenaerde, n° 21.169, Rec., p. 683 ; 29 septembre 1981, Denis, n° 21.414, Rec., p. 1271 ; 12 mai 1982, Van Hecke, n° 22.267, Rec., p. 842 ; 16 juin 1982, De Coen, n° 22.356, Rec., p. 1021 ; 29 juin 1983, Mulpas, n° 23.408, Rec., p. 1448 ; 20 novembre 1986, De Brigode, n° 27.165, Dolphyn, n° 27.166, Vincent, n° 27.167, Rec., 23 octobre 1990, Jacobs, n° 35.715, A.P.M., 1990, p. 137.

²¹ C.E., 20 février 1970, Keutgen, n° 13.973, Rec., p. 210.

²² C.E., 18 mars 1977, Anesambi, n° 18.182, Rec., p. 401.

plications sans lesquelles le contrôle des motifs eût été impossible. Ainsi en a-t-il été, pensons-nous, d'un permis de régularisation qui faisait suite à un premier permis de même portée, annulé pour insuffisance des motifs ²³; ou encore, d'un permis de régularisation dont il convenait de vérifier le fondement ²⁴; ainsi en a-t-il été encore des décisions exprimant un revirement ²⁵.

Cette jurisprudence témoignait de la volonté des juges d'étendre l'obligation de motiver formellement les actes administratifs au-delà des prescriptions des textes; dès avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, cette obligation trouvait à s'appliquer dans une série non négligeable d'hypothèses. Mais, aussi justifiées qu'aient été les exigences du juge en ce domaine, elles n'en présentaient pas moins le sérieux inconvénient d'être exprimées *a posteriori* et au cas par cas. La formulation d'une règle générale était seule de nature à apporter sécurité et clarté sur ce point de droit.

B. La période postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991

Il ressort nettement, tant de l'article 1er de la loi du 29 juillet 1991 que de ses travaux préparatoires, que le législateur a entendu soumettre à l'exigence de motivation formelle l'acte que l'administration accomplit en vue de produire des effets juridiques — ces effets pouvant affecter aussi bien un ou plusieurs administrés qu'une autre autorité administrative.

On ne voit pas que le législateur ait fait de différence entre les décisions d'acceptation ou de refus ²⁶.

§2 L'exclusion des actes matériels

Les termes de la loi du 29 juillet 1991 font apparaître que le législateur n'a pas voulu régir la forme des actes matériels. Les travaux préparatoires expriment cette volonté: l'obligation de motiver ne s'applique pas aux décisions purement matérielles ou de pur fait ²⁷.

C'est dans l'intention de rendre la plus nette possible la dissociation entre les actes juridiques, soumis à l'obligation de motivation formelle, et les actes matériels, qui y échappent, que, sur proposition de M. le sénateur E. CEREXHE, la commission du Sénat a accepté un amendement visant à substituer à la formule acte "*susceptible de produire des effets*", les termes acte "*qui a pour but de produire des effets juridiques*" ²⁸; on retrouve ces mots à l'article 1er de la loi du 29 juillet 1991.

§3 L'exclusion des actes juridiques implicites ou non écrits

Les décisions administratives ne sont pas toujours explicites. Dans de multiples cas, le silence de l'autorité administrative peut apparaître comme un acte juridique. Mais en pareille circonstance, un problème d'interprétation se posera: sur quoi pourra-t-on se fonder pour affirmer qu'un acte administratif a été accompli? Quelle en sera la portée? ²⁹.

A partir du moment où le législateur impose, à titre d'exigence générale, la motivation des actes administratifs, une nouvelle difficulté surgit: cette obligation ne pouvant manifestement pas être satisfaite lorsque

²⁷ Doc. Parl., Sénat, *ibidem*, p. 10.

Au cours de la discussion en séance publique du Sénat, l'exemple de "*l'invitation à déjeuner*" a retenu l'attention. M. le sénateur E. CEREXHE a déclaré qu'à son sens, cette invitation ne pourrait être considérée comme un acte administratif... (Annales parlementaires, Sénat, séance du 24 avril 1991, p. 2013).

²⁸ Plusieurs membres de la commission avaient fait remarquer que de simples actes matériels ou des constatations pouvaient également entraîner des conséquences. Le ministre de l'Intérieur avait demandé alors s'il ne serait pas indiqué, pour une plus grande clarté du texte, de remplacer les mots "*qui est susceptible de produire des effets*" par les mots "*qui a pour but de produire des effets juridiques*", ajoutant que, dans le sens qu'ont ces termes dans le langage courant, des mesures internes ou des constatations sont susceptibles de produire des effets. C'est dans ces conditions que fut déposée la proposition d'amendement (Doc. Parl., Sénat, sess. extra 1988, n° 215-3, p. 11).

²⁹ En certains cas, le législateur vient au secours de l'interprète en décidant que le silence gardé en certaines circonstances par l'autorité vaut décision positive (v., en ce sens, l'article 110 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale modifié par la loi du 5 août 1992) ou décision négative (v., notamment, en ce sens l'article 51 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine; v. encore l'article 14, al. 2, des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat). Hors ces cas, seule la prise en compte d'un silence circonstancié pourrait permettre à l'interprète de sortir de l'équivoque.

²³ C.E., 24 février 1989, Comité de quartier des fonds de Bierges, n° 32.102, A.P.M., 1989, p. 29.

²⁴ C.E., 4 octobre 1989, Dehan, n° 33.111, A.P.M., 1989, p. 141.

²⁵ Tel l'acte par lequel l'autorité de tutelle revient sur l'improportion qu'elle a formulée (C.E., 2 juillet 1969, Steenkiste, n° 13.658, Rec., p. 701); ou la substitution par le fonctionnaire délégué de l'urbanisme d'un avis favorable à un avis défavorable qui devait être motivé (C.E., 10 novembre 1970, Vandecasteele, n° 14.342, Rec., p. 925; 9 avril 1974, Schiepers et De Plecker, n° 13.358, Rec., p. 384; 9 juillet 1974, Vanderheyden, n° 16.545, Rec., p. 758; 7 février 1986, Mairy, n° 26.159, Rec.); ou la décision par laquelle un conseil de l'aide sociale substitue à un avertissement une suspension disciplinaire de six ans avec privation de traitement (C.E., 11 mai 1990, Van Eycken c/C.P.A.S. La Louvière, n° 34.885, Rec.).

²⁶ Dans la note annexée au rapport fait au Sénat par la commission de l'Intérieur, on lit que seuls les actes posés délibérément en vue de créer des effets juridiques ou d'empêcher que certains effets juridiques ne se produisent, constituent des actes administratifs (Doc. Parl., Sénat, sess. extra. 1988, n° 215-3, p. 29).

l'autorité garde le silence, ne devrait-on pas conclure à l'illégalité de toutes les décisions implicites ?

On peut observer que cette question n'est réglée par aucune disposition de la loi du 29 juillet 1991. Le législateur français, soucieux d'éviter tout doute à cet égard, a précisé, par contre, à l'article 5 de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, qu'une décision implicite, intervenue dans les cas où la décision explicite devait être motivée, n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation ³⁰.

Il faut examiner les travaux préparatoires pour découvrir quelques éléments de nature à éclairer le problème posé par l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991 au plan des actes implicites.

Devant la commission de l'Intérieur du Sénat, le Ministre a déclaré qu'il faudra motiver positivement. *"Il faut indiquer qu'on nomme un candidat déterminé parce qu'il répond aux conditions. Il ne faut pas indiquer pourquoi on n'a pas retenu les autres candidats"* ³¹.

N'est-ce pas indiquer que les refus implicites opposés à tous les candidats non retenus ne doivent pas être motivés ?

Devant la commission de l'Intérieur, des Affaires générales, de l'Education et de la Fonction publique de la Chambre, le débat rebondit, suite à une proposition d'amendement déposée par M. le député A. LAGASSE : celui-ci entendait que la loi en projet ne s'applique qu'aux actes unilatéraux écrits de portée individuelle ³². Le Ministre tint à souligner que les actes administratifs visés dans la loi devaient avoir une forme écrite. A la suite de cette déclaration, M. LAGASSE retira son amendement ³³.

Ceci ne signifie-t-il pas que la loi en projet ne visait que les actes écrits et donc explicites ? Qu'en l'élaborant, le législateur n'entendait pas interdire les décisions implicites ? Pas plus que les décisions orales ? Cette version nous paraît corroborée par une remarque énoncée dans la note jointe au rapport fait au Sénat par la commission de l'Intérieur. On lit que les actes juridiques peuvent également avoir un caractère implicite. *"L'idée que des modifications implicites doivent être motivées formellement est évidemment plutôt absurde"* ³⁴.

³⁰ On lit encore, dans le même article, qu'à la demande de l'intéressé, formulée dans les délais du recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet doivent lui être communiqués dans le mois suivant cette demande. Dans ce cas, le délai de recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués.

³¹ Doc. Parl., Sénat, sess. extra. 1988, n° 215-3, pp. 7 et 8.

³² Doc. Parl., Chambre, sess. 1990-1991, n° 1595/2, p. 1.

³³ Doc. Parl., Chambre, sess. 1990-1991, n° 1595/4, pp. 8-9.

³⁴ Doc. Parl., Sénat, sess. extra. 1988, n° 215-3, p. 30.

Concluons que, selon ces déclarations, l'obligation de motiver ne concerne que l'accomplissement des actes explicites et écrits. En imposant une telle obligation, le législateur n'a pas condamné la pratique des décisions implicites, ou non écrites.

§4. Exclusion des actes de juridiction

En adoptant la loi du 29 juillet 1991, le législateur n'a entendu régler d'autres formes que celles des actes de l'administrateur actif : nulle part, il n'est question de régir la forme des jugements prononcés par des juridictions administratives, des *"décisions contentieuses administratives"*, pour reprendre les termes de l'article 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat ³⁵.

L'identification de l'acte de juridiction est fréquemment problématique ; pour y parvenir, l'interprète ne peut avoir recours, à défaut de critères véritables, qu'à des *"indices"* de juridiction ³⁶ ; l'opération n'en demeure pas moins délicate...

On constate sans surprise que la loi du 29 juillet 1991 ne régit pas les actes de juridiction : en tout état de cause, les jugements doivent être motivés ; si certaines hésitations sont apparues quant au fondement de cette obligation ³⁷, son existence n'est pas contestée.

Il nous paraît utile de faire observer que l'obligation de motiver les actes juridictionnels est sans lien avec la loi du 29 juillet 1991 ; ceci, pour éviter toute équivoque quant à la portée des exceptions mentionnées à l'article 4 de la loi précitée ; ces exceptions ne limitent en rien l'obligation générale de motiver les jugements ; ceci encore pour rappeler que, pour être régulièrement motivés, les actes de juridiction doivent répondre aux moyens soulevés par les parties ; la doctrine a souligné que pareille exigence était plus contraignante que celle qui s'impose à l'administration active dans le cas où sa décision doit être motivée ³⁸.

³⁵ Evoquons ici, pour faire bref, les actes accomplis, par exemple, par la députation permanente du conseil provincial lorsqu'elle statue sur la responsabilité incombant au receveur communal et fixe le montant du déficit mis à sa charge (art. 131, § 4, de la nouvelle loi communale) ; ou encore, lorsque ce même collège statue sur la déchéance du mandat d'un conseiller communal (art. 10 et 77 de la nouvelle loi communale) ou sur une réclamation contre des impôts communaux ou provinciaux (en vertu des lois du 22 juin 1865, du 5 juillet 1871 et du 23 décembre 1886).

³⁶ V., notamment, C. CAMBIER, Principes du contentieux administratif, Bruxelles, Larcier, 1961, T. I., pp. 113 et s. ; W. GANS-HOF VAN DER MEERSCH, concl. préc. Cass., 21 décembre 1956, Pas., 1957, I, p. 430 et s. ; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, o.c., n° 554 ; F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, obs. sous Cass., 17 novembre 1988, R.C.J.B., 1991, pp. 424 et P. LEWALLE, notes de contentieux administratif, o.c., Liège, Presses universitaires 1885, pp. 76 et s.

³⁷ V. supra, note 4.

³⁸ A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, o.c., n° 563.

Il conviendra d'être attentif à la spécificité de cette exigence ; à notre sens, la loi du 29 juillet 1991 s'applique en effet aux décisions prises sur recours administratif ; pour être dûment motivées, ces décisions devront répondre aux exigences de l'article 3 : leur motivation devra être adéquate. Est-ce à dire que l'auteur devra, tel un juge, répondre aux moyens du requérant ? Sans préjuger des solutions que dégagera la jurisprudence, nous pensons qu'une telle exigence s'exposerait au reproche de transposer, sans justification, un formalisme propre aux actes juridictionnels au domaine de l'administration active.

Nous noterons enfin que, dans de nombreux cas l'obligation de motiver son jugement est imposée au juge administratif par une loi particulière³⁹. Puisqu'il s'avère que, dans leur ensemble, les actes de juridiction échappent au champ d'application de la loi du 29 juillet 1991, ces lois particulières sont hors d'atteinte de son article 6 : il n'y a pas à s'interroger sur le point de savoir si les obligations qu'elles imposent sont plus ou moins contraignantes que celles que prévoit la loi sur la motivation formelle des actes administratifs.

§5 L'inclusion des décisions prises sur recours administratif

Les contestations que soulève le comportement des autorités administratives peuvent être tranchées, en maintes hypothèses, par voie de recours portés devant des autorités de l'administration active. Ces recours, répertoriés comme gracieux, hiérarchiques ou de tutelle, selon qu'ils sont portés à l'auteur de l'acte critiqué, au supérieur hiérarchique ou à l'autorité de tutelle, sont tantôt non prévus, tantôt organisés par des textes ; leur régime juridique varie sensiblement dans l'une et l'autre hypothèse⁴⁰.

En tout état de cause, la décision que l'administration prend à la suite d'un recours administratif, dûment identifié comme tel⁴¹, est un acte juridique ; il nous paraît incontestable qu'un tel acte doit désormais être motivé, en vertu de la loi du 29 juillet 1991, bien que, étrangement, l'hypothèse n'ait pas été évoquée au cours des travaux préparatoires.

La jurisprudence dont il ressortait que, sauf rares exceptions, de telles décisions acquises sur recours ne devaient pas être motivées, hors le cas où un texte

le prévoyait expressément⁴², nous paraît donc contredite par le législateur.

Comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, nous pensons que pour motiver adéquatement sa décision, l'organe qui statuera sur recours n'aura pas à rencontrer systématiquement les moyens du requérant, ce devoir n'incombant qu'aux juges. Au reste, ce point de vue paraît bien être consacré par la jurisprudence⁴³.

§6 Le rapport entre l'acte juridique soumis à l'obligation de motivation et l'acte pouvant faire l'objet du recours pour excès de pouvoir

À la lecture des articles 1er et 2 de la loi du 29 juillet 1991, on est porté à rapprocher, sinon à assimiler, les actes juridiques soumis à l'exigence de motivation formelle, d'une part, et les actes qui peuvent faire l'objet du recours pour excès de pouvoir, d'autre part.

L'élément commun le plus visible de ces deux catégories d'actes tient à leur origine : les uns et les autres doivent avoir été accomplis par une autorité administrative. L'article 1er de la loi du 29 juillet 1991 fait expressément référence à cette notion, telle qu'entendue à l'article 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat.

À cela s'ajoute que, au cours des discussions parlementaires qui ont précédé le vote de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs, plusieurs allusions ont été faites à la sanction, par le recours au Conseil d'Etat, de l'obligation de motivation ; ce qui supposait manifestement que les actes soumis à cette exigence de forme étaient de ceux dont le Conseil d'Etat pourrait connaître au contentieux de l'annulation⁴⁴.

⁴² V., par exemple, C.E., 5 février 1980, Vercauteren, n° 20.098, Rec., p. 167 ; 22 juillet 1980, S.A. Soc. européenne des carburants SECA, n° 20.513, Rec., p. 975.

⁴³ V. C.E., 16 juin 1992, S.A. Superconfex, n° 39.375 ; 12 août 1992, Asante Waa, n° 40.082 ; 9 septembre 1992, Opuku, n° 40.234 ; 28 octobre 1992, Lenaerts, n° 40.859.

⁴⁴ On lit notamment ce qui suit dans le rapport fait au nom de la commission de l'Intérieur du Sénat : *"Un membre relève que l'obligation de motivation vaut aussi dans les rapports entre deux administrations. Cela implique-t-il que les autorités de tutelle pourront encore se limiter à la mention "contraire à l'intérêt général" lorsqu'elles annulent ou suspendent la décision d'un conseil communal?"*... *"En ce qui concerne la dernière remarque du membre, le Ministre déclare que le Conseil d'Etat pourra constater que la motivation n'est pas véritable, ce qu'il vérifie d'ailleurs déjà à l'heure actuelle"* (Doc. Parl., Sénat, sess. extra. 1988, n° 215-3, p. 6).

La même question reviendra un peu plus loin : *"Un sénateur demande quelle est la sanction lorsque la motivation fait défaut. L'auteur de la proposition répond que l'acte pourra être annulé par le Conseil d'Etat pour non-respect d'une formalité substantielle. Le sénateur demande s'il y a pas d'autres sanctions. On n'intente pas facilement un recours devant le Conseil d'Etat"*... Le ministre fait remarquer que "il ne faut pas perdre de vue l'e-

³⁹ V., par exemple, l'article 28 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat ; l'article 104bis, 7°, de la loi provinciale.

⁴⁰ V.P. LEWALLE, notes de contentieux administratif, o.c., v. encore A. MAST, A. ALÉN et J. DUJARDIN, o.c., n° 549 et s.

⁴¹ On mesure ici toute l'importance de la détermination des critères, ou, faute de mieux, des indices de juridiction. Face à un recours organisé par un texte, ces éléments permettront, selon qu'ils sont réunis ou non, de reconnaître le recours comme juridictionnel ou comme administratif.

La volonté du législateur aurait-elle été de soumettre à l'obligation de motivation formelle exclusivement les actes juridiques qui peuvent faire l'objet du recours pour excès de pouvoir ?

A notre sens, si telle a été l'intention du législateur, tel n'est pas, en tout cas, le résultat atteint par lui ⁴⁵.

A. Les actes juridiques administratifs soustraits à la compétence du Conseil d'Etat.

On aperçoit, en effet, au moins deux catégories d'actes juridiques administratifs soumis à la loi du 29 juillet 1991, et néanmoins étrangers à ceux dont le Conseil d'Etat pourrait avoir à connaître sur recours pour excès de pouvoir.

Il s'agit, d'une part, de tous les actes des autorités administratives qui peuvent faire l'objet, en vertu d'une disposition législative spéciale, d'un recours équivalent au recours en annulation devant le juge judiciaire ⁴⁶.

De même s'avère-t-il que les décisions administratives consistant dans un refus de reconnaître ou d'exécuter l'obligation correspondant à un droit subjectif, devraient en principe être motivées ; et ceci bien que la personne à qui un tel refus a été opposé ne puisse en poursuivre l'annulation devant le Conseil d'Etat, celui-ci n'étant pas compétent pour en connaître (à partir du moment, en tout cas, où le requérant invoque comme moyen la violation de l'obligation dont procède le droit subjectif) ⁴⁷.

Dans les hypothèses envisagées ci-dessus, l'incompétence du Conseil d'Etat s'expliquait par la compétence du juge judiciaire : l'acte unilatéral administratif relevait alors d'un autre ordre de juridiction ; il n'en devrait pas moins être motivé, s'il a une portée individuelle.

xistence de la procédure accélérée devant le Conseil d'Etat lorsque la requête est manifestement fondée" (*ibidem*, p. 16).

⁴⁵ V. sur cette même question : P. VAN ORSHOVEN, *De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen*, R.W., 1991-1992, pp. 488 et s.

⁴⁶ Sur l'exclusion de la compétence du Conseil d'Etat en pareille conjoncture, v. notamment J. SALMON, o.c., pp. 78 et s. ; P. LEWALLE, notes de contentieux administratif, o.c., pp. 155 et s.

⁴⁷ Telle est la solution à laquelle conduit, en principe, la prise en compte de l'objet véritable du litige (v. J. SALMON, o.c., pp. 87 et s. ; P. LEWALLE, notes de contentieux administratif, o.c., pp. 160 et s.).

Nous pensons, par exemple, que devraient être motivés les refus de primes à l'isolation thermique, à la construction ou à l'acquisition ou à l'amélioration d'un logement, bien qu'il s'agisse d'actes soustraits, en principe, à la compétence du Conseil d'Etat (v., notamment, C.E., 18 février 1983, Van der Stappen, n° 22.965, Rec., p. 384 ; 25 février 1987, Richards, n° 27.575, A.P.M., 1987, p. 39 ; 10 juin 1987, Delahaut, n° 28.063, A.P.M., 1987, p. 90 ; 1er juillet 1987, De Flines c/Région wallonne, Revue régionale de droit, 1987, p. 422).

B. Les actes juridiques administratifs insusceptibles de recours en annulation

Plusieurs déclarations faites au cours des travaux préparatoires laissent supposer que l'acte administratif visé à l'article 1er de la loi du 29 juillet 1991 est — et n'est que — *"l'acte faisant grief"*, tel que l'évoquent les auteurs soucieux de rendre compte des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir" ⁴⁸.

Ainsi, alors qu'était posée la question de savoir si la notion d'acte administratif recouvrait les mutations entre deux services d'un même ministère, dans l'intérêt du service, M. le sénateur E. CEREXHE a déclaré que lorsqu'une réaffectation résultait exclusivement d'une réorganisation des services et n'apparaissait pas comme une mesure disciplinaire déguisée, elle ne constituait pas un acte administratif au sens du projet ⁴⁹. Le même parlementaire devait exposer par la suite que l'acte administratif avait un sens précis : *"Il faut exclure de cette notion les simples constatations de fait, les mesures d'ordre intérieur et les actes matériels. Ne constituent donc pas un acte administratif, la constatation, par la députation permanente, du fait qu'un chemin vicinal ne présente plus les caractéristiques d'un tel chemin, la décision d'une autorité administrative de procéder à une réorganisation des services et les réaffectations résultant exclusivement de cette réorganisation, ou l'ordre donné par une autorité administrative à un policier de régler la circulation à un endroit déterminé"* ⁵⁰.

Ces exemples paraissent repris de la liste des actes qui ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, faute de faire grief, de constituer de véritables décisions.

J. FALYS a proposé de reconnaître l'acte faisant grief dans celui qui produit des effets de droit, qui modifie l'ordonnement juridique ⁵¹.

Tout en adoptant une autre terminologie, J. SALMON exprime un leçon analogue, en précisant que l'objet du recours pour excès de pouvoir doit être une décision, soit un *"acte juridique accompli par"*

⁴⁸ Selon une formule bien connue, le recours pour excès de pouvoir ne peut être un *"procès de tendance"* ; le requérant doit avoir intérêt à attaquer l'acte dont il demande l'annulation. Cette condition, exprimée à l'article 19 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, présente un aspect objectif : l'acte envisagé en lui-même doit faire grief ; elle présente encore un aspect subjectif : l'acte doit causer un tort au requérant" (v. J. FALYS, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 21).

⁴⁹ Doc. Parl. Senat., sess. extra. 1988, n° 215-3, p. 6 ; C.E., 3 avril 1992, Rondelez, n° 39.161.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 11. Il a cependant été jugé qu'entre dans les prévisions de l'article 1er de la loi du 29 juillet 1991, une affectation qui modifie les conditions dans lesquelles le policier exerce ses fonctions (C.E., 12 janvier 1993, Meynaert, n° 41.567).

⁵¹ O.c., p. 22.

une autorité administrative en vue d'affecter l'ordonnancement juridique en vigueur, soit en le modifiant, soit, sans le modifier, en prenant une position sur son contenu, par exemple en rejetant une demande" ⁵².

Ainsi décrit, l'acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et l'acte administratif soumis à l'obligation de motivation formelle semblent coïncider : on se souvient de l'insistance exprimée, lors de la discussion, en commission du Sénat, de la proposition appelée à devenir la loi du 29 juillet 1991, en vue de spécifier que la motivation formelle serait requise des actes accomplis dans le but de produire des effets de droit ⁵³.

S'autorisera-t-on pour cela à soutenir que doivent être motivés tous les actes juridiques accomplis par une autorité administrative, dont le Conseil d'Etat a accepté de connaître au contentieux de l'annulation ? Qu'à l'inverse, échappent à cette exigence de forme tous les actes de même type qui auraient fait l'objet d'un arrêt de rejet pour irrecevabilité ?

Il pourrait être fort utile de conclure en ce sens ; on disposerait alors, pour s'éclairer, d'une jurisprudence abondante, dont les auteurs ont établi la synthèse ⁵⁴.

Il s'avère malheureusement que les catégories d'actes administratifs considérés ne coïncident pas.

La raison en est, tout d'abord, que de l'aveu des meilleurs interprètes, rien n'est moins simple que de rassembler en catégories les "*actes faisant grief*" ou des "*décisions susceptibles de recours pour excès de pouvoir*".

Dans la synthèse qu'il établissait en 1975, J. FALYS présentait successivement des catégories d'actes ne faisant pas grief ⁵⁵, puis nuancait le propos en précisant que certains actes relevant pourtant de ces catégories devaient être considérés comme faisant grief ⁵⁶. Des nuances du même ordre transparaissent dans l'exposé de J. Salmon ⁵⁷.

La raison en est ensuite que certains actes juridiques doivent, pensons-nous, être motivés, selon le prescrit de la loi du 29 juillet 1991, encore qu'ils ne puissent faire l'objet d'un recours au Conseil d'Etat

(ce serait le cas des décisions administratives soumises à un recours préalable obligatoire ⁵⁸) ou ne pourront faire immédiatement l'objet d'un tel recours (ce serait le cas de l'acte soumis à approbation ⁵⁹).

Malgré ces incertitudes et ces réserves, nous pensons pouvoir discerner certaines sous-catégories d'actes qui échapperont à la fois à l'obligation d'être motivés et à la censure du Conseil d'Etat.

Nous songeons notamment aux actes purement reconnaîtifs, confirmatifs, explicatifs (dépêches, notes de service simplement interprétatives), mesures d'ordre intérieur, abstention d'user d'une faculté ; si ces qualifications correspondent à la nature réelle des choses ⁶⁰ ces actes ont comme point commun de ne pas modifier l'ordonnancement juridique ; il serait dès lors vain, voire impossible, de les motiver.

Notre conclusion rejoint, à cet égard, la note annexée au rapport fait au nom de la commission de l'Intérieur du Sénat, à la demande de celle-ci ; on y lit que ne constituent pas des actes administratifs les renseignements et communications qui ont un caractère informatif, les mesures d'ordre intérieur, les actes purement déclaratifs ⁶¹.

Mais nous n'oserions en dire autant de l'ensemble des actes préparatoires, ni des avis conformes.

Il nous semble notamment qu'une proposition ou présentation à un emploi contient une décision de refus et est de nature à faire grief aux candidats évincés ; elle doit à ce titre être motivée.

Quant à l'avis conforme ou autorisation, même s'il n'est pas de nature à faire immédiatement grief, il n'en produit pas moins des effets de droit ; ne conviendra-t-il pas qu'il soit désormais motivé ?

On le constate, le repérage des actes juridiques soumis à l'article 1er de la loi du 29 juillet 1991 ne pourra pratiquement s'opérer, réserves faite d'un certain nombre d'exclusions assez nettes, qu'au cas par cas, avec comme seul critère la recherche du but poursuivi par l'auteur de l'acte : entendait-il oui ou non que celui-ci ait des effets de droit ?

Section 2. — L'acte juridique unilatéral

L'acte administratif soumis à l'obligation de motivation formelle est, aux termes de l'article 1er de la loi du 29 juillet 1991, l'acte unilatéral.

Ainsi qu'il ressort de la note annexée au rapport fait au nom de la commission de l'Intérieur du Sénat, les autorités administratives peuvent apporter unila-

⁵² O.c., 99.

⁵³ V. Doc. Parl., Sénat, sess. extra. 1988, n° 215-3, p. 11.

⁵⁴ V., outre les ouvrages de J. FALYS et J. SALMON, précités, les *Novelles*, Droit administratif, Tome VI, le Conseil d'Etat, n°s 984 à 1034.

Sans prétendre être complet, nous rappellerons que les catégories d'actes réputés généralement insusceptibles de recours en annulation recouvrent, outre les actes matériels, les pures constatations ; les mesures préparatoires, provisoires, conservatoires ; les mises en demeure et avertissements ; les mesures d'exécution ; l'abstention d'user d'une faculté ; les renseignements ; les décisions confirmatives ; les mesures d'ordre intérieur.

⁵⁵ O.c., pp. 24 et s.

⁵⁶ O.c., pp. 79 et 8.

⁵⁷ V., en particulier, la présentation des actes préparatoires (p. 109).

⁵⁸ Il est de jurisprudence constante que le recours au Conseil d'Etat n'est recevable que s'il a pour objet une décision prise en "*dernier ressort*" ou en *premier et dernier ressort*" (v. J. FALYS, o.c., pp. 99 et s. ; J. SALMON, o.c., pp. 121 et s.).

⁵⁹ J. FALYS, o.c., p. 52 ; J. SALMON, o.c., p. 107.

⁶⁰ Ce qui exigera dans la plupart des cas une analyse délicate.

⁶¹ Doc. Parl. Sénat, sess. extra. 1988, n° 215-3, pp. 29 et 30.

téralement des modifications à la situation juridique des tiers, au besoin contre leur gré ⁶².

"En droit administratif", écrit J. RIVERO, "l'administration peut modifier les situations juridiques par sa seule volonté, sans le consentement des intéressés. La décision exécutoire est l'acte dans lequel l'administration met en oeuvre ce pouvoir de modification unilatérale des situations juridiques. C'est le procédé-type de l'action administrative, le plus courant en pratique, le plus révélateur, au point de vue théorique, des prérogatives de la puissance publique" ⁶³.

Les actes juridiques unilatéraux s'opposent aux actes juridiques bilatéraux, tels que les contrats ⁶⁴.

La distinction n'est pas toujours aisée, loin s'en faut. Dans son ouvrage intitulé "*De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*" ⁶⁵, M. PAQUES a analysé les variantes qui rapprochent l'acte purement unilatéral du contrat.

On peut soutenir que la décision prise par l'autorité administrative demeure unilatérale, même si la volonté de l'administré n'est pas étrangère à son élaboration ; il n'y a contrat qu'à partir du moment où cette volonté devient déterminante de la constitution du rapport juridique et de la définition des droits et obligations respectifs.

Au surplus, selon une analyse bien connue, les actes juridiques que les autorités administratives sont obligées d'accomplir avant de conclure un marché public sont réputés actes unilatéraux détachables du contrat ⁶⁶.

⁶² Doc. Parl., Sénat, sess. extra. 1988, n° 215-3, p. 30.

⁶³ Droit administratif, Dalloz, 1987, p. 110.

⁶⁴ Doc. Parl., Sénat, sess. extra. 1988, n° 215-3, p. 30.

⁶⁵ Bruxelles, Story-Scientia, 1991.

⁶⁶ Ainsi en est-il par exemple.

- de la désignation d'un adjudicataire par l'autorité communale (C.E., 22 décembre 1961, S.A. Cobelec, n° 9.069, Rec., p. 1116 ; 18 janvier 1963, Hallet, n° 9.817, Rec., p. 44).

- de la décision du ministre de prolonger un marché conclu par adjudication (C.E., 4 juillet 1967, S.A. Entreprises Jan de Nul, n° 12.511, Rec., p. 732) ;

- des mesures de tutelle portant approbation ou refus d'approbation du contrat (C.E., 25 février 1964, De Bree, n° 10.465, Rec., p. 183 ; 24 mars 1983, Smeulders, n° 23.066, Rec., p. 659) ;

- de la décision de renoncer à une adjudication (C.E., 8 juin 1973, S.P.R.L. Hardy, n° 15.910, Rec., p. 442 ; 11 octobre 1988, S.A. Ambaro, n° 31.004, A.P.M., 1988, p. 137 ; 22 mars 1989, Orbeta, n° 32.259, Entr. et Drt., 1990, pp. 185 et s.;...).

Dans tous ces cas, on se trouve en présence d'une décision unilatérale régie par la loi du 29 juillet 1991. Les travaux préparatoires font apparaître que telle a bien été l'intention du législateur.

Interrogé par un membre de la commission de l'Intérieur du Sénat, le ministre de l'Intérieur a précisé que lorsqu'une autorité administrative était partie à une convention, la procédure comportait deux stades : "*Le premier est constitué par la décision de conclure le contrat. Il s'agit là d'un acte unilatéral bien distinct de la conclusion matérielle de la convention, et qui doit être motivé. Le deuxième stade est celui de la conclusion du contrat. Cette conclusion, qui n'est que l'exécution de la décision... n'est évidemment pas unilatérale*" (Doc. Parl., Sénat, sess. extra. 1988, n° 215-3, p. 12 ; v. aussi pp. 15, 16 et 19 ; note annexée, p. 30 ;

Il n'est pas jusqu'aux actes accomplis unilatéralement par l'administration, sur base du contrat lui-même, qui ne soient considérés aujourd'hui comme détachables par la jurisprudence et la doctrine française ⁶⁷.

Section 3. — L'acte juridique unilatéral de portée individuelle

L'article 1er de la loi du 29 juillet 1991 indique expressément que le législateur n'a entendu régir que les actes juridiques unilatéraux de portée individuelle.

L'application de la loi belge relative à la motivation formelle des actes administratifs fait ainsi référence à l'une des distinctions les plus connues du droit administratif, celle qui oppose les règlements, qui se rapportent à une situation générale, aux décisions particulières, qui statuent pour un individu nommé désigné ou à tout le moins identifiable ⁶⁸.

Les divers règlements qu'il appartient aux autorités administratives d'édicter échappent donc à l'obligation de motivation formelle.

§1 Actes réglementaires et actes individuels Difficultés et incertitudes de la dissociation

Peu de commentaires ont été consacrés, au cours de l'élaboration de la loi du 29 juillet 1991, à la distinction considérée. La volonté fut clairement exprimée de n'imposer la motivation qu'aux actes individuels et non aux règlements ⁶⁹. M. le sénateur E. CEREXHE précisa au surplus que "*les actes administratifs collectifs*" ne tombaient pas sous l'application

Annales parlementaires, Sénat, séance du 24 avril 1991, p. 2008). V. encore sur cette même question : D. LAGASSE, L'incidence en matière de marchés publics de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de la loi du 19 juillet 1991 instaurant un référé administratif devant le Conseil d'Etat, A.P.T., 1992, pp. 93 et s. ; J. STEVENS, De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten, T.B.P., 1992, p. 703 et s. ; v. encore C.E., 13 octobre 1992, Bouwbedrijf Reynders et N.V. De Coen Decor, n° 40.733.

⁶⁷ Obs. J.Y.P. sous T.A. Paris, 12 juin 1987, A.J.D.A., 1987, p. 593. V. encore Ph. TERNEYRE, Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs ; M. FORNACCIARI, Contribution à la résolution de quelques paradoxes, E.D.C.E., 1988, n° 39 ; D. de BECHILLON, Le contrat comme norme dans le droit public positif, R.F.D.A., janvier-février 1992, p. 34.

Dans son ouvrage déjà cité, M. PAQUES a montré la faiblesse de l'argument avancé par le Conseil d'Etat pour justifier son incompétence à connaître, sur recours de tiers, des actes d'exécution du contrat : l'argument est pris de ce que le contrat est générateur de droits civils ; les contestations portant sur de tels droits relèvent exclusivement des cours et tribunaux. Mais le contrat n'est pas générateur de droits subjectifs pour les tiers ; lorsque ceux-ci agissent en annulation d'un acte d'exécution contractuel, leur recours ne peut avoir pour objet véritable la reconnaissance d'un tel droit subjectif : "*ils ne postulent que la restauration de la légalité*" (De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative, o.c., pp. 412-413).

⁶⁸ En ce sens, J. RIVERO, o.c., n° 94.

⁶⁹ Doc. Parl., Sénat, sess. extra. 1988, n° 215-3, pp. 14-15.

de la loi ⁷⁰. Au cours de la discussion en séance publique, M. le sénateur J. VANDENHAUTE s'est efforcé d'établir des listes d'actes individuels que les autorités communales auraient à motiver ⁷¹.

Quelque opportunes qu'elles soient, ces indications, énoncées dans les travaux préparatoires, sont loin d'avoir rencontré toutes les difficultés que fait surgir l'identification de l'acte individuel : rien n'est moins simple que d'en donner une définition satisfaisante à la fois au plan théorique et au plan pratique.

§2 Les caractéristiques des actes réglementaires et des actes individuels

Il est impossible de revenir ici sur les contributions doctrinales – considérables – consacrées à la détermination des caractères spécifiques des actes juridiques. Nous nous bornerons donc à en rappeler certains éléments.

Il apparaît que la classification a été sinon conçue, en tout cas systématisée par l'Ecole de Bordeaux, en particulier par L. DUGUIT ⁷².

Les actes juridiques se subdivisent essentiellement en actes-règles, actes-conditions, actes subjectifs.

Les actes-règles ont pour effet de créer, de modifier ou d'éteindre une situation juridique générale ; celle-ci se caractérise par son uniformité, sa permanence, sa mutabilité...

Les actes-conditions ont pour effet d'attribuer une situation juridique générale à un individu déterminé ; ils réalisent en quelque sorte la jonction du général et de l'individuel.

Les actes subjectifs ont pour effet de créer, modifier ou éteindre une situation individuelle ; celle-ci est particulière, temporaire, intangible...

La présentation qui vient d'être résumée, et que l'on retrouve à la base des explications contemporaines du droit administratif, oppose essentiellement les actes créateurs de situations générales ou actes-règles, et les actes créateurs de situations individuelles ou actes subjectifs. On y reconnaît l'une de ces *summa divisio* qui prétend recouvrir toutes les espèces.

⁷⁰ Ibidem, p. 22.

⁷¹ Annales parlementaires, Sénat, séance du 24 avril 1991, p. 2008.

⁷² L'enseignement de L. DUGUIT est contenu dans son ouvrage intitulé *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (Paris, Fontemoing, 1901), et surtout dans le premier volume de son *Traité de droit constitutionnel*, plusieurs fois réédité.

Ces théories furent reprises par G. JEZE dans ses *Principes généraux du droit administratif* (Paris, Giard, 1925). Le Doyen R. BONNARD a rédigé son *Précis de droit administratif* (Paris, Sirey, 1935) en s'inspirant des mêmes théories.

§3 L'opposition entre actes à portée réglementaire et actes à portée individuelle : une *summa divisio* ?

Les auteurs français ont constaté que, dans la réalité, il était très difficile de rattacher tous les actes juridiques aux deux catégories considérées. Dès 1933, dans une Etude sur la classification des situations juridiques, M. LATOURNERIE observait que *"dans tous les cas, il faut exercer sur les faits une contrainte bien sévère pour les amener à rentrer dans l'une ou l'autre des deux catégories, dont ils ne sortent que méconnaissables"* ⁷³.

Les éléments présentés comme spécifiques des actes réglementaires ou individuels se sont avérés, en effet, peu éclairants. Comment classer, par exemple, en s'y référant, le décret déclaratif d'utilité publique, qui sert, en droit français, de préalable à l'expropriation ? Convient-il de prendre en considération le nombre de personnes concernées ? *"Je ne pense pas"*, énonçait M. WALINE, *"que le nombre des intéressés soit à prendre en considération, ou du moins soit décisif : car, on trouverait ici le problème bien connu du nombre de crins nécessaires pour constituer une queue de cheval : à quel nombre s'arrêter pour dire : en deçà l'acte est particulier, au delà il est réglementaire..."* M. WALINE considérait qu'un acte juridique ne pouvait se caractériser par le nombre de personnes qu'il affecte ; mais ce qui lui paraissait décisif, c'était la détermination ou l'indétermination de ce nombre : *"un acte peut avoir le caractère réglementaire, même s'il se trouve ne concerner actuellement qu'une seule personne, pourvu que, de par son caractère permanent..., il soit susceptible de s'appliquer dans l'avenir à d'autres personnes... Mais à l'inverse, un acte n'a pas le caractère réglementaire, mais au contraire constitue une "collection" de décisions particulières si le nombre de ses destinataires, si élevé qu'il soit, demeure cependant limité, de sorte qu'il ne soit pas impossible de les identifier tous"* ⁷⁴.

En vue de rendre compte le plus fidèlement possible de réalité, M.C. BERGERES a proposé l'introduction d'une catégorie *"médiane"* d'actes juridiques, qui regrouperait les actes non réglementaires. Ceux-ci ne créeraient pas de nouvelles normes ; ils se borneraient à faire application d'une norme préétablie ; mais ils seraient sans destinataires directs ou désignés ; l'arrêté de classement d'un site, l'approbation ou l'annulation de tutelle en constitueraient des exemples ⁷⁵.

⁷³ R.D.P., 1933, p. 341.

⁷⁴ M. WALINE, obs. sur C.E. fr, 10 mai 1968, commune de Brovès, R.D.P., 1968, pp. 1084 et s.

⁷⁵ M.C. BERGERES, Les actes non réglementaires, A.J.D.A., 1980, pp. 3 et s.

La doctrine belge ne s'est pas montrée moins critique face à la classification bipartite traditionnelle des actes juridiques.

Dans son ouvrage intitulé *"Les règlements et leurs juges"*, M. LEROY a décrit, à la lumière de notre jurisprudence, les infléchissements de la classification bipartite.

"Le règlement", écrit-il, "est traditionnellement opposé à l'acte administratif individuel. La proposition est exacte, mais outrancièrement simplificatrice. Le degré de généralité d'un acte administratif peut varier entre ces deux extrêmes que sont les règles de droit applicables à l'ensemble de la population et l'acte qui n'a d'effet qu'à l'égard d'une personne. Entre le plus général – dont le "code de la route" est un exemple caractéristique –, et le plus particulier – la nomination d'un commis dans une administration communale – toutes les nuances sont possibles"...

On devait s'attendre qu'une fois l'acte rangé dans l'une ou l'autre des deux catégories – règlement ou acte individuel – il soit, à tous égards, traité comme tel. M. LEROY a montré qu'il n'en allait pas toujours ainsi : on a vu les mêmes actes considérés comme non réglementaires au regard de la compétence d'avis de la Section de législation du Conseil d'Etat, et comme réglementaires par la Section d'administration (quant à l'invocation de leur illégalité par voie d'exception ou de moyen incident). Ainsi en est-il des arrêtés royaux qui fixent les *"cadres administratifs"* ou de ceux qui déterminent les barèmes de rémunération. *"Cette distinction révèle l'existence d'actes qui ne présentent que partiellement un caractère réglementaire"*.

*"L'antithèse de l'acte réglementaire est l'acte individuel". "Contrairement au règlement, l'acte individuel ne contient pas de règle de droit, et il épuise son effet par son application... Cela ne signifie pas que les effets d'un acte non réglementaire soient nécessairement éphémères et limités à une seule personne... La nomination d'un fonctionnaire ou d'un juge l'amène souvent à exercer longtemps ses fonctions, et à prendre des décisions à l'égard d'un grand nombre de personnes, administrés ou justiciables..."*⁷⁶.

§4 L'identification des actes réglementaires dans la jurisprudence du Conseil d'Etat

A titre d'exemples, nous relèverons que le Conseil d'Etat a qualifié d'arrêté organique et réglementaire soumis, en principe, à l'avis de la Section de législation :

⁷⁶ M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 20 et s.

- l'acte qui aménage, modifie ou abroge un arrêté organique ou réglementaire⁷⁷;
- l'acte qui contient une règle nouvelle⁷⁸;
- l'acte qui établit des règles générales applicables à tous les citoyens ou à une catégorie de citoyens déterminée de manière abstraite⁷⁹.

Nous relèverons aussi que le Conseil d'Etat a, indépendamment des exigences propres à l'article 3, § 1er, des lois coordonnées du 12 janvier 1973, considéré comme réglementaires :

- l'acte applicable ou susceptible d'être appliqué dans un nombre indéterminé de cas⁸⁰;
- l'acte qui comporte des dispositions valables sans limitation de temps⁸¹.

§5 L'identification des actes individuels dans la jurisprudence du Conseil d'Etat

On peut observer que le Conseil d'Etat a considéré comme actes individuels :

- la décision de réserver certains emplois aux candidats d'un rôle linguistique déterminé⁸²;
- la décision d'un jury chargé de délivrer le brevet d'aptitude à la fonction de directeur dans un établissement d'enseignement secondaire⁸³;
- la décision par laquelle est fixée la matière d'un examen⁸⁴;
- le classement des candidats à l'avancement⁸⁵;
- la suppression d'un emploi⁸⁶.

⁷⁷ C.E., 20 mai 1949, Legrand, n° 48, Rec., p. 66 ; 25 avril 1980, De Smet, n° 20.295, Rec., p. 542.

⁷⁸ C.E., 27 avril 1978, Marco et Vandendoren, n° 18.939, Rec., p. 540.

⁷⁹ C.E., 21 janvier 1952, Valkeners, n° 1267, Rec., p. 52 ; 12 mars 1960, Soc. belge d'odontologie, n° 7.718, Rec., p. 259.

⁸⁰ C.E., 25 juillet 1968, Sabbe, n° 13.119, Rec., p. 655 ; 20 mars 1991, Felix, n° 38.137, A.P.M., 1991, p. 145.

⁸¹ C.E., 25 juillet 1968, Sabbe, n° 13.119, précité.

⁸² C.E., 1er mars 1963, Lemaire et Homble, n° 9.898, Rec., p. 176 ; *a contrario*, la décision de réserver des emplois à un candidat d'un des deux sexes a été qualifiée de réglementaire (C.E., 21 juin 1973, Baise, n° 15.928, Rec., p. 504 ; Rapport Ch. Huberlant, R.J.D.A., 1973, p. 231).

⁸³ C.E., 14 mai 1979, Vaelen et consorts, n° 19.618, Rec., p. 485 ; Cooleman, n° 19.619, Rec., p. 493 ; Cool, n° 19.620, Rec., p. 499 ; 27 juillet 1979, Saerens, n° 19.773, Rec., p. 842.

⁸⁴ C.E., 9 mai 1967, Strimelle, n° 12.373, Rec., p. 454.

⁸⁵ C.E., 13 décembre 1955, Lacrosse, n° 4.736, Rec., p. 948.

⁸⁶ C.E., 6 juillet 1964, Noppe, n° 10.768, Rec., p. 693.

CHAPITRE III. — NATURE, ETENDUE ET SANCTION DE L'OBLIGATION DE MOTIVATION FORMELLE

Section 1. — La nature de l'obligation de motivation formelle

*"Motiver une décision, c'est l'expliquer, c'est exposer le raisonnement de droit et de fait, le syllogisme qui lui sert de fondement"*⁸⁷ *"c'est extérioriser dans son corps même ses prémisses logiques, en droit comme en fait ; c'est, de la part de l'auteur de l'acte, faire apparaître à l'intention des intéressés, la justification de la mise en oeuvre de sa compétence en fonction d'une situation déterminée"*⁸⁸.

Tel fut, peut-on penser, le concept de motivation dont le législateur s'est inspiré en élaborant la loi du 29 juillet 1991. C'est bien la présentation de l'acte administratif qu'il a entendu régler. L'intitulé même de la loi le fait ressortir immédiatement : le législateur entend régir la motivation formelle⁸⁹.

La loi du 29 juillet 1991 détermine donc l'une des conditions de la légalité externe⁹⁰ des actes administratifs unilatéraux de portée individuelle. Les travaux préparatoires montrent que tel a été, dès le départ, l'objectif poursuivi⁹¹.

Les commentateurs ne s'y sont pas trompés : nombreux sont ceux qui soulignent la distinction entre la motivation formelle, objet de la loi du 29 juillet

1991, et les motifs de fond⁹² ; la première relève de la légalité externe de l'acte unilatéral, la seconde, de la légalité interne.

Comme il a été montré ci-dessus, l'obligation de motiver n'a pas été créée de toute pièce, par la loi du 29 juillet 1991. Dès avant l'entrée en vigueur de cette loi, l'autorité était tenue de motiver certains de ses actes, tantôt en vertu d'un texte de portée particulière, tantôt en vertu de ce qu'on serait tenté d'appeler, sur le vu de la jurisprudence⁹³, la nature des choses.

Depuis plusieurs années, le Conseil d'Etat de France et le Conseil d'Etat de Belgique s'étaient vu obligés de préciser la distinction entre obligation de motiver et obligation d'appuyer l'acte unilatéral sur des motifs adéquats en droit et en fait ; la première est, sur le plan de l'administration active en tout cas, contingente, laissée au hasard des textes et de la jurisprudence, tandis que la seconde est essentielle.

La dissociation a été souvent évoquée dans une version négative en jurisprudence : avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991, l'administration s'est prévalu fréquemment de l'absence d'obligation de motiver pour tenter de soustraire les motifs de ses actes au contrôle du juge. Force fut donc à celui-ci de rappeler que *"la règle suivant laquelle les actes administratifs n'ont pas à être motivés a pour conséquence de supprimer à leur égard le vice de forme ; elle n'a ni pour but, ni pour effet de soustraire l'administration à l'obligation de faire connaître au juge de l'excès de pouvoir les motifs des actes attaqués devant lui, obligation qui résulte de l'existence même du contrôle juridictionnel, qui est la condition indispensable à l'exercice de ce contrôle et qui est totalement étrangère à ce qui n'est qu'une pure règle de forme"*⁹⁴.

⁸⁷ D. LAGASSE, La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, J.T., 1991, p. 737.

⁸⁸ M.-A. FLAMME, Droit administratif, Bruxelles, Bruylant 1989 T.1, n° 177.

⁸⁹ Au cours de la discussion devant la commission de l'Intérieur du Sénat, il a été souligné que le but de la proposition n'était pas d'en arriver à une motivation pour la seule forme, mais bien à une motivation sérieuse (Doc. parl., Sénat, S.E., 1988, n° 215-3, p. 21). Ainsi que l'a fait remarquer M. A. LAGASSE à l'appui d'un amendement, le recours à l'adjectif *"formel"* n'était pas sans danger d'ambiguïté ; M. le député A. LAGASSE proposait de lui substituer celui d'*"explicite"* (Doc. parl., Ch. sess. 1990-1991, n° 1595/2, p. 3).

⁹⁰ *"Un acte n'est régulier", écrit J. SALMON "qu'autant qu'il satisfasse, d'une part, à des conditions de légalité formelle ou extrinsèque relatives à l'auteur de l'acte et aux formes qui doivent précéder ou accompagner celui-ci et, d'autre part, à des conditions de légalité matérielle ou intrinsèque relatives au motif de l'acte, à son objet et à son but, — motifs et but constituant ensemble la cause de la décision —"* (Conseil d'Etat, Bruxelles-Bruylant 1987, p. 194).

⁹¹ V. notamment les développements de la proposition de loi déposée au Sénat le 29 mars 1988 par M. le sénateur E. CEREXHE : *"... C'est le raisonnement conduisant à la décision qui doit être formalisé dans l'acte"* (Doc. parl., Sénat, S.E. 1988, n° 215-1, p. 9). Au cours de la discussion devant la commission de l'Intérieur du Sénat, l'auteur de la proposition affirmera : *"pour une plus grande transparence de l'administration, il est souhaitable que ces motifs figurent expressément dans la décision. C'est là le sens de l'obligation formelle de motivation"* (Doc. parl., Sénat, S.E. 1988, n° 215-3, p. 13). A l'appui d'une proposition d'amendement, M. A. LAGASSE fera observer *"qu'en fait la loi tend à créer une obligation formelle d'exprimer les motifs dans le corps de l'acte"* (Doc. parl., Ch., sess. 1990-1991, n° 1595/2, p. 3).

⁹² V. notamment : E. CEREXHE et J. VANDE LANOTTE, L'obligation de motiver les actes administratifs, Bruges, La Charte, 1992, p. 3 et ss. ; G. DEBERSAQUES, Een ingrijpende verandering in het bestuursrecht : de uitdrukkelijke motiveringswet van 29 juli 1991, T.B.P., 1992, p. 373 et ss. ; D. LAGASSE, o.c., J.T., 1991, p. 737 ; M. LEROY, L'obligation de motiver. La nature, l'étendue et les sanctions, Rapport au colloque de Namur, 8 mai 1992, Centre régional de droit, La Charte, 1992, pp. 119 à 139 ; A. VAN MENDEL, De formele motiveringsplicht. De wet van 29 juli 1991, T.B.P. 1992, p. 384 et ss. ; P. VAN ORSHOVEN, De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen, R.W. 1991, p. 489 et ss.

⁹³ V. supra §.

⁹⁴ Conclusions du commissaire du Gouvernement LETOURNEUR précédant C.E. fr., ass. 28 mai 1954, Barel et autres, R.D.P. 1954, p. 521 ; on trouve de multiples affirmations d'une position analogue dans la jurisprudence du Conseil d'Etat belge ; ainsi en fût-il dans un arrêt du 7 mars 1961, Commune de Schoten ; on y lit que : *"Du fait que la loi n'oblige pas la députation permanente de motiver les décisions qu'elle prend en vertu de l'article 114 de la loi communale, il est tout au plus permis de conclure qu'elle n'est pas tenue de faire précéder le dispositif de sa décision de considérants qui en explicitent les motifs, mais nullement que la décision ne doit pas être inspirée par des motifs légaux. Le droit de la députation permanente d'asseoir sa décision sur des motifs d'opportunité ne va pas jusqu'à l'autoriser à agir*

La distinction se présentait plus fréquemment encore, nous semble-t-il, sous l'énoncé suivant : en l'absence d'un texte qui prévoit la motivation formelle d'une décision administrative, celle-ci ne doit pas être motivée ; il suffit que le dossier administratif relève l'existence des motifs justifiant légalement la décision ⁹⁵.

Aussi logiques qu'elles apparaissaient, ces positions jurisprudentielles, reflets d'un état du droit positif aujourd'hui dépassé, conduisaient à ce que, dans nombre de cas, les administrés intéressés à connaître les motifs des actes accomplis par une autorité administrative, n'avaient d'autre ressource que d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat ; ils étaient alors – mais alors seulement – en mesure de consulter le dossier ; il en résultait un accroissement artificiel du contentieux, critiqué, à juste titre ⁹⁶ ; l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991 devrait rendre l'emploi de cette tactique sinon inutile (faut-il rappeler que tous les actes administratifs ne sont pas soumis à l'exigence de motivation formelle), en tout cas plus rare.

Section 2. – L'étendue de l'obligation de motiver formellement les actes administratifs

§1 Les exigences de la loi du 29 juillet 1991 en matière de motivation formelle

L'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 formule une triple exigence. La motivation doit indiquer les considérations de droit et de fait qui servent de fondement à la décision. Cette indication doit figurer dans l'acte. La motivation doit être adéquate.

1°. En précisant que l'acte doit indiquer, à la fois, les circonstances de fait et les circonstances de droit, le législateur a voulu que le raisonnement apparaisse dans sa totalité, dans tous ses éléments. Autrement dit, il ne suffit pas que la décision mentionne les *"motifs de fait"*, c'est-à-dire les faits qui doivent exister au préalable pour justifier légalement la décision, elle doit également indiquer le fondement juridique de celle-ci, c'est-à-dire la règle de droit ou les principes généraux du droit administratif dont il a été fait

arbitrairement... ; du refus de la députation permanente de fournir des précisions sur les motifs de sa décision, il échut d'inérer que celle-ci n'est pas fondée sur un motif légalement admissible" (n° 8477, Rec., p. 240). V. encore, dans le même sens, C.E. 27 janvier 1967, Craps, n° 12.187, Rec. p. 107 ; 5 juillet 1973, Berckx, n° 15.960, Rec. p. 578.

⁹⁵ V. notamment : C.E., 8 janvier 1973, De Kaezmaecker, n° 15.648 Rec., p. 10 ; 29 janvier 1980, Joos, n° 20.080, Haesaerts, n° 15.960, Rec., p. 138.

⁹⁶ V. les développements présentés par M. le sénateur E. CEREXHE à l'appui de la proposition relative à la motivation formelle des actes administratifs, Doc. parl., Sénat, S.E. 1988, n° 215-1, p. 1 ; V. encore P. VAN ORSHOVEN, o.c., R.W. 1991-1992, p. 489.

application en l'espèce. Comme l'écrit M. LEROY : *"Les considérations de droit qui doivent figurer dans les actes ne peuvent... raisonnablement s'entendre que comme l'indication de la législation en vertu de laquelle l'autorité agit... Les considérations de fait, elles, consistent en l'indication des principaux éléments qui se dégagent du dossier administratif et qui justifient l'acte"* ⁹⁷.

L'acte administratif qui indiquerait seulement l'un ou l'autre de ces deux éléments serait insuffisamment motivé.

A titre d'exemple, on peut citer l'arrêt Oukbir et Taïbi, n° 40.353, du 16 septembre 1992 dans lequel le Conseil d'Etat a considéré qu'est évidemment insuffisante la motivation consistant dans la simple référence à la disposition légale dont l'administration entendait faire application en l'espèce.

2°. La deuxième exigence est que la motivation figure dans l'acte-instrumentum. Elle a pour corollaire qu'il ne peut être normalement tenu compte d'autres motifs que ceux-là. Cette exigence est appréciée avec souplesse par le Conseil d'Etat. En effet, celui-ci admet, à côté de la motivation directe dans l'instrumentum, la motivation indirecte, par référence à d'autres documents dans lesquels cette motivation se trouve contenue. Ces documents sont le plus souvent des propositions ou avis émis au cours de la procédure d'élaboration de l'acte administratif. L'examen de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat montre que la haute juridiction administrative continue à admettre la motivation par référence à ces propositions ou avis, mais à certaines conditions seulement ⁹⁸. Il est primordial que le destinataire de l'acte ait eu antérieurement à la décision ou ait concomitamment avec elle connaissance de la proposition ou de l'avis par référence auquel la décision est motivée ⁹⁹.

⁹⁷ M. LEROY, La nature, l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver, rapport à la journée d'études du 8 mai 1992 organisée par le Centre de droit régional de la Faculté de droit de Namur sur le thème de la motivation formelle des actes administratifs, La Charte 1992, p. 133.

⁹⁸ Sur la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991, voir Tables permanentes v° Procédure non contentieuse. Motivation formelle des actes. Motivation par référence. Adde : C.E. S.A. Superconfex, n° 39.735, du 16 juin 1992.

⁹⁹ C.E., arrêt Security Mediation Company, n° 39.152 du 2 avril 1992 ; arrêt Rondelez n° 39.161, du 3 avril 1992 ; arrêt Van Laeken, n° 39.285, du 4 mai 1992 ; arrêt De Koninck, n° 39.433, du 21 mai 1992 ; arrêt Van den Noortgaete, n° 39.944, du 30 juin 1992 ; arrêt De Waele, n° 40.030 du 15 juillet 1992 ; arrêt Martens, n° 40.053, du 28 juillet 1992 ; arrêt S.A. Bouwbedrijf Reynders et S.A. De Coene Decor, n° 40.733, du 13 octobre 1992. La motivation peut être contenue dans une annexe à la décision, qui en fait partie intégrante (C.E., arrêt Opucku, n° 40.234, du 9 septembre 1992 ; Shikh, n° 40.918, du 29 octobre 1992). Dans l'arrêt Halluent, n° 40.442, du 22 septembre 1992, dont il sera ultérieurement plus amplement question, le Conseil d'Etat a admis que la motivation puisse être contenue dans une lettre séparée notifiée à l'intéressé postérieurement à la décision propre-

Il faut ensuite que la proposition ou l'avis soient eux-mêmes motivés et qu'ils ne soient pas en contradiction avec la décision. Si, au cours de la procédure d'élaboration de l'acte, plusieurs propositions ou avis ont été émis et qu'il existe une contradiction entre eux, l'auteur de l'acte ne peut se contenter d'une simple référence à l'un de ceux-ci, mais doit expliquer, dans le corps même de la décision, les raisons pour lesquels son choix s'est porté sur telle proposition ou tel avis plutôt que sur un autre ¹⁰⁰.

3° Troisième exigence : la motivation doit être adéquate (en néerlandais "*afdoende*"). Cette notion a donné lieu, au cours des travaux préparatoires de la loi, à de nombreuses discussions, le plus souvent confuses. Mais il semble, toutefois, s'en dégager que "*la volonté du législateur a été d'exiger, dans l'acte administratif individuel, une motivation claire, précise et valable*" – formule qui se retrouve dans des arrêt récents du Conseil d'Etat ¹⁰¹.

Autrement exprimée, l'idée est que la décision doit être suffisamment motivée. Comme le déclarait le Ministre de l'Intérieur : "*La notion de motivation adéquate signifie que la décision doit être suffisamment détaillée par les considérations invoquées*". Et le Ministre de poursuivre que cette exigence n'était, somme toute, "*que la confirmation de la jurisprudence du Conseil d'Etat*" ¹⁰².

La jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991, recensée dans les Tables permanentes des arrêts du Conseil d'Etat sous le v° "*Procédure non contentieuse. Motivation formelle des actes. Motivation suffisante*" garde donc tout son intérêt.

Ainsi, tout comme précédemment, le Conseil d'Etat continuera à faire la chasse aux formules stéréotypées, creuses ou passe-partout. Récemment encore, dans un arrêt Van Laeken, n° 39.285 du 4 mai 1992, le Conseil d'Etat a considéré qu'"une référence à l'intérêt du service ne pouvait pas être, en raison de son caractère vague et général, une motivation adéquate de la décision querellée". De même, il reste vrai que la contradiction des motifs entre eux ou avec le dispositif ne pourra pas davantage constituer une motivation adéquate ¹⁰³. Les motifs invoqués doivent également être en rapport étroit avec

la décision proprement dite puisqu'aussi bien ils doivent lui servir de soutien. La formule néerlandaise, "*draagkrachtige motivering*" est, à cet égard, significative.

C'est, sans nul doute, à propos de cette troisième exigence, qu'il y a la plus grande difficulté à distinguer la motivation formelle de la motivation matérielle, les deux étant inextricablement liées. Si, dans la plupart des arrêts rendus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991, le Conseil d'Etat distingue les deux notions ¹⁰⁴, ce n'est pas toujours le cas ¹⁰⁵.

Le caractère suffisant des motifs invoqués dans l'acte-instrumentum est susceptible de varier en fonction des matières, du pouvoir d'appréciation plus ou moins large dont dispose l'autorité administrative compétente ainsi que des circonstances propres à chaque cas d'espèce. Dans certains cas, la compétence dont dispose l'autorité administrative est à ce point liée que la décision s'impose à elle avec la force de l'évidence. Dans ce cas, la motivation peut être succincte. Ainsi, en matière d'enrôlement des taxes communales, il a été précisé par le Ministre de l'Intérieur que chaque enrôlement constitue, certes, un acte administratif qui doit être motivé en la forme, mais que la motivation pourra, dans ce cas, consister dans un simple renvoi au règlement-taxe ou à l'article applicable de ce règlement ¹⁰⁶.

Plusieurs études sont déjà parues qui examinent l'incidence que la loi du 29 juillet 1991 est susceptible d'exercer dans tel ou tel secteur spécialisé de l'action administrative, par exemple, en matière de marchés publics ¹⁰⁷⁻¹⁰⁸. On voudra bien s'y référer. Pour notre part, nous examinerons quelle est l'étendue de la motivation formelle des décisions des jurys d'examen et des décisions prises au scrutin secret, ceci en raison des craintes et des appréhensions que l'obligation de révéler les motifs de fait et de droit de telles décisions ont suscité dans le chef des autorités administratives compétentes.

ment dite.

Voy. aussi infra C.E., arrêt S.A. Interplant, n° 40.933, du 3 novembre 1992.

¹⁰⁰ Voir notamment C.E., arrêt Dekkers, n° 40.078, du 24 septembre 1992 et arrêt S.A. La Générale-Traiteur, n° 40.578, du 2 octobre 1992.

¹⁰¹ C.E., arrêt Onoya et Malala, n° 40.800, du 21 octobre 1992 et arrêt Gyimah, n° 40.801, de la même date. Arrêt Abdi, n° 41.548, du 11 janvier 1993.

¹⁰² Doc. parl., Chambre, doc. 1595/4 (90/91), p. 11.

¹⁰³ Tables permanentes, eod. v°, XV E s et t. et C.E., arrêt De Koninck, n° 30.433, du 21 mai 1992.

¹⁰⁴ C.E., arrêt Van Laeken, n° 39.285 du 4 mai 1992 ; C.E., arrêt De Waele, n° 40.030 du 15 juin 1992, Van Hulle, n° 40.204, du 1er septembre 1992. C.E., arrêt Halluent, n° 40.442, du 2 septembre 1992 ; C.E., arrêt S.A. Interplant, n° 40.033, du 3 novembre 1992.

¹⁰⁵ C.E., arrêt Prinxten, n° 39.834, du 25 juin 1992 et arrêt S.A. Bouwbedrijf Reynders et S.A. De Coene Decor, n° 40.733, du 13 octobre 1992.

¹⁰⁶ Doc. parl., Sénat, doc. n° 215/3 (S.E.), p. 14.

¹⁰⁷ D. LAGASSE, L'incidence en matière de marchés publics de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de la loi du 19 juillet 1991 instaurant un référé administratif devant le Conseil d'Etat, A.P.T., 1992, pp. 93 à 105 et J. STEVENS, De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten, T.B.P., 1992, pp. 703 à 707.

¹⁰⁸ D. LAGASSE, La motivation des permis, d'urbanisme et de bâtir, l'urbanisme à Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles d'urbanisme et de bâtir, l'Urbanisme à Bruxelles, Ed. 1992, pp. 27 à 60.

Des exigences rigoureuses en matière de motivation formelle auraient risqué de placer les jurys d'examens appelés à délibérer, dans un court laps de temps, sur les résultats d'un très grand nombre de récipiendaires, devant une tâche quasi insurmontable. Sensible à cette situation, le Conseil d'Etat a estimé qu'en indiquant que le récipiendaire n'a pas obtenu 50% du total des points, le jury motive adéquatement sa décision ¹⁰⁹. Une motivation plus élaborée et plus circonstanciée sera réservée aux "*cas limites*", ¹¹⁰

Quant aux décisions prises au scrutin secret, en particulier les nominations et promotions des agents communaux, elles ont spécialement retenu l'attention des parlementaires ¹¹¹. Cette question n'est pas nouvelle. La jurisprudence du Conseil d'Etat est fixée en ce sens qu'aucun principe de droit ne peut contraindre le conseil communal à exprimer les motifs de sa décision, la divulgation des motifs qui ont déterminé le vote de chaque conseiller n'étant pas compatible avec l'obligation de procéder par scrutin secret ¹¹². Peut-on en déduire que la décision collégiale ne doit pas davantage être motivée formellement?

Considérer qu'une telle décision est suffisamment motivée dès l'instant où il y est constaté que l'intéressé a fait acte de candidature, qu'il remplit les conditions légales requises et qu'il a obtenu la majorité des voix exprimées au scrutin secret, comme d'aucuns l'ont proposé, ne nous apprend rien sur les raisons réelles qui ont conduit l'autorité investie du pouvoir de nomination à préférer tel candidat à tel autre.

Une telle motivation n'est, tout au plus, satisfaisante que si les titres et mérites de différents candidats en présence apparaissent comme étant d'égale valeur.

Dans ces conditions, n'est-il pas préférable – comme le propose M. HANOTIAU ¹¹³ – d'invoquer l'article 4, 4°, de la loi du 29 juillet 1991 et d'exempter l'auteur de la décision de l'obligation de motiver celle-ci en la forme?

Ce serait perdre de vue que la décision d'un organe collégial est plus que la simple somme des volontés individuelles de ses membres.

La solution la meilleure consiste, selon nous, à soumettre à cet organe un projet de délibération mentionnant les motifs de fait et de droit qui sont

de nature à servir de soutien à la décision proprement dite. Certes, il n'existe pas de certitude que dans le secret du délibéré, les membres de l'organe collégial retiendront les mêmes raisons que celles qui leur ont été proposées; mais, à défaut de certitude, il existe, à tout le moins, une forte présomption qu'en prenant la décision, à la majorité ou à l'unanimité de ses membres, l'organe investi du pouvoir de nomination s'est approprié les motifs qui lui étaient proposés.

La motivation doit, en particulier, permettre au juge de l'excès de pouvoir de vérifier si, en portant son choix sur tel candidat, l'autorité compétente est demeurée dans les limites d'une appréciation raisonnable. Lorsque les titres d'un candidat sont manifestement supérieurs à ceux des autres, l'autorité qui nomme, si elle ne tient pas compte de ces titres, ne peut être censée être demeurée dans de telles limites que si sa décision est spécialement motivée au moyen d'éléments concrets particuliers touchant à l'intérêt du service. Comme le rappelle le Conseil d'Etat dans son arrêt Charlier, n° 26.358, du 15 avril 1986: "*cette considération vaut tout autant pour les assemblées décidant au scrutin secret, lesquelles doivent rester dans les limites du raisonnable, rien ne les empêchant de procéder éventuellement à un scrutin secret à propos de la motivation formelle de leurs décisions*".

A défaut, le Conseil d'Etat devra trouver dans d'autres pièces du dossier administratif les éléments lui permettant d'exercer son contrôle sur les motifs de fait et de droit de la décision ¹¹⁴. La preuve doit, en tout cas, lui être rapportée que les membres de l'organe investi du pouvoir de nomination ont été pleinement informés des titres et mérites des candidats en présence et ont ainsi été mis à même de voter en pleine connaissance de cause.

Dans la solution préconisée, le secret du vote est pleinement compatible avec l'exigence de motivation formelle. Comme le rappelle le Conseil d'Etat dans son arrêt Vrijsens, n° 39.777, du 23 juin 1992, le secret du vote ne peut constituer un alibi empêchant le juge d'exercer son contrôle sur les motifs d'une décision administrative; l'exigence selon laquelle toute décision administrative doit pouvoir reposer sur des motifs admissibles en fait et en droit – une exigence de légalité interne – ne peut être sacrifiée au profit du secret du vote – une exigence de légalité externe.

¹⁰⁹ C.E., arrêt Bubart, n° 38.273, du 6 décembre 1991 et arrêts Devaux et Ivansky, n° 40.131, n° 40.130, du 21 août 1992.

¹¹⁰ C.E., arrêt Damilot, n° 41.281, du 4 décembre 1992.

¹¹¹ Sur cette question, voy. E. CEREXHE et J. VANDE LANOTTE, o.c., pp. 30 et 31.

¹¹² Tables permanentes, eod. v°, XV Co et C.E., arrêt Lessire, 109bis C.E., arrêt Damilot, n° 41.281, du 4 décembre 1992, n° 39.356, du 12 mai 1992.

¹¹³ Dix ans de fonctionnement du conseil communal à travers la jurisprudence du Conseil d'Etat, Droit communal, 92/3, p. 195.

¹¹⁴ C.E. arrêt Quotermans, n° 22.428, du 8 juillet 1992; arrêt Compère, n° 33.782, du 17 janvier 1990 et arrêt Noël, n° 35.468, du 13 juillet 1990. Voir aussi l'avis de M. l'auditeur Jadot sous l'arrêt Lessire précité, Journal des Procès du 12 juin 1992, pp. 28 à 30.

§2 Les exceptions à l'obligation de motiver.

Le législateur a donné à l'obligation de motiver un champ d'application très large ; il n'a prévu que quatre exceptions à la règle qu'il imposait. Ce sont celles mentionnées à l'article 4 de la loi du 29 juillet 1991. *"Il n'y a rien de bien neuf"* ¹¹⁵.

1° Exception tirée de ce que la motivation pourrait compromettre la sécurité extérieure de l'Etat (art. 4, 1°)

Les travaux préparatoires fournissent quelques indications sur la portée de cette restriction.

On lit, dans les développements de la proposition dont la loi du 29 juillet 1991 est issue, que la divulgation d'informations pourrait nuire à la sécurité extérieure de l'Etat. De telles informations doivent donc demeurer secrètes ¹¹⁶. La sécurité *"nationale"* entre donc en ligne de compte, sans autre précision qu'une brève allusion aux décisions concernant l'armée ¹¹⁷.

2° Exception tirée de ce que la motivation pourrait porter atteinte à l'ordre public (art. 4, 2°)

Les travaux préparatoires ne fournissent guère d'indication sur la portée concrète de cette exception. Lors de la discussion en séance publique du Sénat, la volonté de garantir *"la sécurité nationale et l'ordre public"* fut exprimée de façon laconique ¹¹⁸. L'autorité échappera-t-elle à l'obligation de motiver ses décisions lorsqu'elle exerce certaines fonctions de police ? Rien n'est moins sûr, puisqu'il a été expressément affirmé que les décisions inhérentes à l'exercice de la police administrative tomberont dans le champ d'application de la nouvelle législation ¹¹⁹...

3° Exception tirée de ce que la motivation pourrait violer le droit au respect de la vie privée (art. 4, 3°)

Le législateur n'a pas voulu que par la motivation, des informations de nature à nuire aux intérêts des particuliers puissent être divulguées : *"qu'on pense à des renseignements ayant trait à leur situation personnelle ou à leur activité professionnelle"*. Le

règlement grand-ducal pose comme limite *"le respect de la vie privée des tiers"* ¹²⁰.

Le législateur n'a pas précisé ce qu'il entendait par *"droit au respect de la vie privée"*. La notion évoque certes la garantie consacrée à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais aucune référence explicite n'a été faite à cette très importante disposition.

L'exception ne conduira-t-elle pas l'autorité à ne pas motiver la sanction disciplinaire par laquelle elle entend sanctionner un manquement à la vie privée ? Ou une mesure telle qu'un licenciement pour inaptitude professionnelle ? Ou la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service ?

Encore faudrait-il établir que l'explication des motifs de ces actes est de nature à léser le droit à la vie privée du destinataire. Normalement, ces mesures sont notifiées à celui-ci, et non pas publiées. On ne voit pas bien en quoi la motivation léserait la personne qui fait l'objet de la sanction ; n'a-t-elle pas intérêt à connaître le plus exactement possible les faits reprochés ?

4° Exception tirée de ce que la motivation pourrait constituer une violation des dispositions en matière de secret professionnel (art. 4, 4°)

En tant que *"confidants obligés"*, les agents de l'administration sont tenus de respecter le secret professionnel, à peine d'encourir les sanctions prévues à l'article 458 du Code pénal. Il leur incombe, en outre, de respecter l'obligation de discrétion professionnelle que leur impose leur statut. On sait qu'en vertu de l'article 7, §2, de l'arrêté royal du 22 novembre 1991 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des Exécutifs et des personnes morales de droit public qui en dépendent, les agents ne peuvent révéler aucune donnée à caractère personnel recueillie auprès des utilisateurs, sinon aux personnes habilitées à en connaître ¹²¹.

5° Exclusion de l'exception tirée de l'urgence

L'énumération des exceptions figurant à l'article 4 de la loi du 29 juillet 1991 est évidemment limitative, et les cas prévus doivent s'interpréter restrictivement ¹²². L'urgence n'étant pas reprise au nombre de ces exceptions, l'autorité ne pourra l'invoquer pour se soustraire à l'obligation de motiver : la crain-

¹¹⁵ D. LAGASSE, La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, J.T., 1991, p. 738.

¹¹⁶ Doc. parl., S.E. 1988, n° 215-1, p. 6.

¹¹⁷ Doc. parl., Sénat, S.E. 1988, n° 215-3, p. 10. Encore conviendrait-il de distinguer, selon les propos du ministre, la décision administrative et l'ordre militaire.

¹¹⁸ Annales parlementaire, Sénat, séance du 24 avril 1991, p. 2008.

¹¹⁹ Doc. parl., Sénat, S.E. 1988, n° 215-3, p. 17.

¹²⁰ Doc. parl., Sénat, S.E. 1988, n° 215-1, p. 6.

¹²¹ V. dans le même sens, l'article 10, §2, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat.

¹²² V. en ce sens, D. LAGASSE, La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, J.T., 1991, p. 738.

te qu'elle ne serve d'"échappatoire"¹²³ a conduit le législateur à l'exclure expressément, à l'article 5 de la loi, des causes de dispense.

§3 Les dispositions particulières imposant la motivation formelle des actes administratifs

Comme il a été exposé ci-dessus, de nombreuses dispositions particulières ont, antérieurement à la loi du 29 juillet 1991, imposé la motivation formelle de certains actes administratifs.

Qu'advient-il d'elles? Trois solutions sont concevables. La première est de considérer que ces dispositions particulières ne sont en rien affectées par la loi du 29 juillet 1991 et, par suite, que les exigences en matière de motivation qu'elles fixent sont les seules auxquelles il convient d'avoir égard pour les actes qu'elles concernent, que ces exigences soient moins sévères ou plus contraignantes que celles de la loi précitée. La deuxième consiste, au contraire, à se conformer pour tous les actes administratifs qui répondent à la définition qu'en donne son article 1er aux exigences de la susdite loi, à l'exclusion de celles fixées par les dispositions particulières. Enfin, la troisième solution est l'application cumulative, en matière de motivation formelle, de la loi du 29 juillet 1991 et des dispositions particulières.

Dans plusieurs de ses avis, et singulièrement l'avis L. 16.054/1 du 31 octobre 1984 sur une proposition de loi visant à améliorer les relations entre le citoyen et l'administration, la section de législation du Conseil d'Etat a attiré l'attention sur le problème du concours du régime général envisagé et des régimes particuliers existants et à venir, lequel problème "*se pose avec une acuité particulière et – en raison de sa corrélation étroite avec la question de la compétence des communautés et des régions – prend une dimension supplémentaire en ce qui concerne les régimes particuliers qui ont été ou qui seraient établis par décrets*" (ou par ordonnances)¹²⁴.

La solution retenue par la loi examinée est celle prévue à l'article 6, qui est rédigé comme suit :

"La présente loi ne s'applique aux régimes particuliers imposant la motivation formelle de certains actes administratifs que dans la mesure où ces régimes prévoient des obligations moins contraignan-

tes que celles organisées par les articles précédents".

Le législateur a donc suivi ici la règle selon laquelle la loi générale postérieure ne déroge pas à la règle spéciale antérieure, en y apportant un tempérament, dans le cas où le texte spécial antérieur serait moins exigeant¹²⁵.

Cette solution est directement inspirée de l'avis L. 17.719/VR donné le 21 octobre 1987 par le Conseil d'Etat, section de législation, sur une proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, devenue la loi précitée du 29 juillet 1991, dans lequel le Conseil d'Etat, après avoir considéré l'Etat national (actuellement d'Etat fédéral) comme étant seul compétent pour établir, en matière de motivation formelle des actes administratifs, une réglementation générale et uniforme procurant à tous une protection minimum contre l'arbitraire administratif, d'où qu'il vienne, estime que cette compétence laisse intacte celle des Communautés et des Régions de renforcer cette protection dans les matières qui ressortissent à leurs compétences. Les Communautés et les Régions peuvent compléter, affiner et renforcer les obligations minimales prévues par la loi du 29 juillet 1991¹²⁶. A cet égard, il convient de citer le décret du 23 octobre 1991 de la Communauté flamande relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements de l'Exécutif flamand. Ce décret contient un article 13 qui renforce les exigences de la loi fédérale précitée, en imposant la mention, dans l'instrumentum lui-même, des recours ouverts contre la décision administrative et les modalités de ceux-ci – ce qui est une initiative particulièrement heureuse, conforme à la résolution n° 77-31 du 28 septembre 1977 du Comité des ministres du Conseil d'Europe.

La loi du 29 juillet 1991 étant conçue comme offrant à tout citoyen une protection minimale, il faut considérer que non seulement les Communautés et les Régions, mais également l'Etat fédéral peuvent compléter, affiner et renforcer celle-ci par des lois particulières. La compétence de l'Etat fédéral est même plus étendue. En effet, comme la matière ressortit à sa compétence, il peut, à la lumière de l'expérience acquise, modifier le régime général de la loi du 29 juillet 1991, dans le sens d'une atténuation ou d'un renforcement de ses exigences. Par contre, il serait difficilement admissible qu'il puisse, par une loi nouvelle, instituer, dans une matière ressortissant à

¹²³ V. Doc. Parl., Sénat, S.E. 1988, doc. n° 215-1, p. 8 ; Chambre, sess. 1990-1991, n° 1595/4, p. 11.

¹²⁴ Doc. parl., Chambre, doc. n° 733/2 (1984-1985), pp. 4 et 5.

Voy. également l'avis donné le 12 décembre 1988 par la section de législation du Conseil d'Etat, sur une proposition de loi renforçant le caractère démocratique de la gestion provinciale, mettant en garde contre les inconvénients liés à la multiplication des textes législatifs ayant des objets similaires (Doc. parl., Chambre, avis n° 334/2-1988, pp. 1 à 3).

¹²⁵ Au cours du débat en commission du Sénat, a été cité "*l'exemple de la législation en matière de protection de l'environnement, où des règles spécifiques peuvent être prévues, ou en matière d'aménagement du territoire, lorsqu'il faut répondre à toutes les réclamations*" (Doc. parl., Sénat, S.E., 1988, n° 215-3, p. 25).

¹²⁶ Doc. parl., Sénat, avis S.L. du Conseil d'Etat, doc. n° 215/2 (S.E. 1988).

sa compétence, un régime particulier pour telle ou telle catégorie déterminée d'actes administratifs moins contraignant que le régime général prévu par la loi du 29 juillet 1991. En effet, puisque le régime est institué en vue de garantir à tout citoyen une protection minimale, une telle loi particulière devrait considérée comme contraire au principe constitutionnel de l'égalité des citoyens ¹²⁷.

Simple à première vue, la solution du cumul ne manquera cependant pas de poser des problèmes en pratique lorsqu'il s'agira d'apprécier le caractère plus ou moins contraignant des obligations prévues par les régimes particuliers. Il pourra, notamment, advenir que sur certains points, le régime particulier soit plus contraignant que le régime général et sur d'autres, moins sévère.

Jusqu'à présent, le Conseil d'Etat, section d'administration, s'est, à deux reprises, prononcé en matière de concours de dispositions imposant la motivation formelle. Il s'agit, d'une part, de l'arrêt n° 49.478 du 24 septembre 1992, Dekkers et autres, qui écarte le moyen de défense déduit de ce que la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, instituerait, en matière de permis de bâtir et de lotir, un régime particulier auquel l'article 6 ne serait pas applicable, au motif *"qu'il doit précisément être déduit de l'article 6 de cette loi que la décision qui accorde un permis de bâtir et qui ne doit pas être motivée formellement sur la base de la loi précitée du 29 mars 1962, doit effectivement mentionner les circonstances de droit et de fait et ce de manière adéquate; que la simple référence dans l'autorisation à l'avis favorable non motivé du fonctionnaire délégué, ne satisfait en rien à cette exigence, et certainement pas si l'on prend en considération les avis défavorables spécialement motivés de l'administration des monuments et des sites de l'administration de l'environnement, de la nature et de la rénovation rurale"*.

Il y va, d'autre part, de l'arrêt n° 40.933, S.A. Interplant, du 3 novembre 1992 où le Conseil d'Etat a jugé que *"la loi du 29 juillet 1991 ne modifie en rien les règles qui déterminent quand la notification est ou non requise et, par suite, ne porte pas atteinte aux dispositions légales et réglementaires qui prévoient une réglementation spécifique particulière en matière de notification de la décision motivée; qu'en ce qui concerne la notification de la décision motivée relative au choix de l'offre la plus intéressante, l'arrêté royal du 22 avril 1977 a institué une réglementation spéciale consistant en ceci que par application de l'article 46, § 3, les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue en sont informés et qu'ensuite, en vertu de l'article 44,*

dernier alinéa, la décision motivée est portée à la connaissance des soumissionnaires qui en font la demande; que la disposition citée en premier lieu prévoit donc une notification obligatoire à tous les soumissionnaires évincés et celle citée en dernier lieu, la notification obligatoire des motifs de cette décision aux seuls soumissionnaires qui manifestent leur intérêt à connaître les motifs ayant conduit au choix de l'offre la plus intéressante; qu'un soumissionnaire qui, après réception de la notification précitée prévue à l'article 46, § 3, reste inactif et n'estime pas nécessaire de demander, dans un délai raisonnable, la décision motivée, notwithstanding l'existence d'une réglementation spécifique en la matière, peut difficilement invoquer la loi du 29 juillet 1991 pour exciper d'une violation de l'obligation de motivation formelle en invoquant qu'il n'a pas eu connaissance de la décision motivée".

Section 3. — Les sanctions en matière de motivation formelle

§1er. La motivation formelle : forme substantielle et d'ordre public

L'article 14, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat cite, parmi les ouvertures au recours pour excès de pouvoir, la violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité. Le mot *"formes"* y est entendu dans une acception large, qui couvre non seulement les formes proprement dites, mais également les formalités de l'acte. Il convient cependant, ne fût-ce que par souci de clarté, de distinguer les deux. Alors que les formes concernent l'instrumentum et s'entendent des différentes mentions — facultatives ou obligatoires — que celui-ci comporte, les formalités concernent le negotium et désignent les différentes étapes de la procédure d'élaboration de l'acte administratif. Comme les mots eux-mêmes l'indiquent, la *"motivation formelle"* entre dans la première catégorie. Ainsi que le souligne la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis L. 16.054 du 31 octobre 1984 sur une proposition de loi visant à améliorer les relations entre le citoyen et l'administration : *"Imposer l'obligation de motiver, c'est prévoir une formalité à laquelle on entend, en l'occurrence, attribuer manifestement un caractère substantiel puisque... elle concerne un droit fondamental de l'administré"* ¹²⁸. Selon M.-A. FLAMME ¹²⁹ : *"Le vice de forme le plus caractéristique consiste dans l'absence de motivation"*.

¹²⁸ Doc. parl., Chambre, doc. n° 773/2 (1984-1985), p. 5.

¹²⁹ Droit administratif, Bruylant, Bruxelles, 1989, T.1, p. 349, note 1.

¹²⁷ Contra : G. DE BERSAQUES, o.c., T.B.P., 1992, p. 381.

La sanction applicable en cas de non respect de cette forme substantielle est l'annulation (article 14 précité des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat) ou le refus d'application de l'acte administratif (article 107 de la Constitution) par une juridiction ¹³⁰.

Si l'acte administratif peut être annulé par le Conseil d'Etat faute d'être motivé en la forme, la suspension de son exécution peut tout aussi bien être ordonnée pour la même cause (article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat).

L'article 14 précité laisse entendre qu'à côté des formes ou formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité, il en existe d'autres qui sont accessoires. Cette distinction est classique. Sont qualifiées de formes ou formalités substantielles celles qui sont prévues dans l'intérêt des administrés et celles dont l'accomplissement aurait pu changer le sens de la décision attaquée. En revanche, constituent des formes ou formalités accessoires celles qui ont été instituées dans le seul intérêt de l'administration ou dont l'accomplissement n'eût pas changé le sens de la décision entreprise.

Certains formes ou formalités, bien que prescrites dans l'intérêt de l'administration, sont néanmoins regardées comme substantielles parce que touchant à l'ordre public. Il en va ainsi de la consultation de la section de législation et de la délibération en Conseil des ministres, lorsque celle-ci est requise.

En France, cette distinction classique a été vivement critiquée par plusieurs auteurs pour qui il n'existe pas de formes ou de formalités substantielles mais bien des formes et des formalités qui sont, les unes, obligatoires, et, les autres, facultatives. Alors que l'omission d'une forme ou d'une formalité obligatoires vicie toujours l'acte, quel que soit l'intérêt protégé et quelle qu'aurait pu être son influence sur la décision, celle d'une forme ou d'une formalité facultatives est sans incidence sur la régularité de l'acte. Ce ne sont point, en d'autres mots, les formes ou les formalités qui sont substantielles ou non, mais les irrégularités commises dans leur accomplissement. L'irrégularité est qualifiée de substantielle si elle équivaut à une omission pure et simple de la forme ou de la formalité obligatoires. Tel est le cas si cette irrégularité a eu pour effet d'empêcher la forme ou la formalité de remplir la fonction qui lui est assignée par les textes ou les principes généraux du droit administratif ou par la jurisprudence. Dans le cas contraire, l'irrégularité est considérée comme vénielle.

Cette distinction nouvelle a pour elle la logique. Comme l'écrit R. HOSTIOU : *"en cas d'omission pure et simple d'une forme obligatoire, le juge n'a pas à rechercher si celle-ci a, ou n'a pas, eu d'influence sur la décision administrative. Aucune for-*

me imposée ne doit être présumée gratuite, et toute forme requise doit, par conséquent, être ipso facto, considérée comme ayant ou pouvant avoir eu une incidence directe sur cette décision. Il est en particulier inutile de prouver que l'omission d'une forme n'a pu changer en rien la décision finale, qu'elle a été sans influence sur le contenu normateur de l'acte attaqué" ¹³¹.

Faisant application de ces principes à la motivation formelle, G. DUPUIS considère qu'en cette matière il y a irrégularité substantielle dans deux cas : *"Ou bien la motivation est absente alors qu'elle est obligatoire ; ou bien la formulation de la motivation ne lui permet pas de satisfaire le besoin en raison duquel elle a été exigée, c'est-à-dire l'effectivité du contrôle juridictionnel des motifs et, dans certaines hypothèses tout au moins, la bonne information des destinataires de l'acte"* ¹³².

Cette idées nouvelles n'ont, jusqu'à présent, guère trouvé d'écho dans la doctrine belge ; de plus, elles ne trouvent aucun appui dans l'article 14 précité, qui, au contraire, utilise les termes *"formes substantielles"* et elles ne correspondent pas entièrement à l'état actuel de la jurisprudence dans la mesure où celle-ci considère que l'omission d'une forme ou d'une formalité obligatoire n'entraîne pas nécessairement l'annulation de l'acte administratif. Cela dépend de l'intérêt protégé.

Ainsi, l'omission d'une forme ou d'une formalité prescrites dans l'intérêt exclusif de l'administration n'est pas, en principe, regardée comme une irrégularité substantielle. S'agissant d'une formalité ou d'une forme prescrites dans l'intérêt de l'administré, le Conseil d'Etat ne prononce l'annulation que si son omission ou son accomplissement défectueux a exercé une incidence déterminante sur le contenu même de la décision administrative. A cet égard, l'omission pure et simple et l'accomplissement défectueux sont mis sur le même pied. Comme il a été relevé ci-dessus, c'est sur ce point précis que les auteurs modernes font porter l'essentiel de leurs critiques.

La motivation formelle n'est pas seulement une forme substantielle, elle est aussi d'ordre public, car l'obligation qui en résulte pour l'administration a comme corollaire un droit fondamental du citoyen ¹³³. Ceci a pour conséquence pratique que le juge administratif doit, réserve étant sans doute faite du cas où la compétence de l'administration est en-

¹³⁰ Doc. parl., Chambre, doc. n° 733/2 (1984-1985), p. 5.

¹³¹ Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français, Paris, L.G.D.J., 1975, Bibl. de droit public t. CXIX, pp. 240 et 241.

¹³² La présentation de l'acte administratif in Sur la forme et la procédure de l'acte administratif, Paris, Economica, 1989, pp. 28 et 29.

¹³³ Voir, dans le même sens, D. LAGASSE, o.c., A.P.T. 1992, p. 97.

tièrement liée, soulever ex officio le moyen déduit de l'absence ou de l'insuffisance des motifs mentionnés dans la décision administrative. Il s'ensuit également que le moyen déduit de ce vice de forme peut être invoqué à tout moment de la procédure devant le Conseil d'Etat.

§2 La couverture du vice et la régularisation de l'acte non motivé en la forme

Au-delà des différences, il y a accord pour considérer que *"la nullité n'est pas la sanction fatale ou irrémédiable de la violation d'une forme substantielle"*¹³⁴. Autrement dit, toute omission ou toute irrégularité substantielle peut exceptionnellement ne pas entraîner la nullité de l'acte administratif. Il peut y avoir soit régularisation du vice de forme ou de procédure, soit couverture de celui-ci.

Ainsi, normalement, le juge couvre le vice de forme ou de procédure s'il estime que l'omission d'une forme ou d'une formalité obligatoires ou l'irrégularité, même substantielle, commise lors de son accomplissement, ne sont en rien imputables à l'administration, soit que celui ou ceux en faveur desquels la forme ou la formalité sont prescrites en aient, eux-mêmes, rendu l'accomplissement impossible, soit que l'administration se soit trouvée, pour des raisons qui lui sont étrangères, dans l'impossibilité absolue de respecter la forme ou la formalité.

Comme autre mode de couverture, on mentionne parfois l'acquiescement de celui ou de ceux que la forme ou la formalité entendent protéger.

En matière de motivation formelle des actes administratifs, ces trois modes de couverture trouvent difficilement à s'appliquer. En effet, on voit mal comment l'administré pourrait, par son attitude, empêcher l'auteur de l'acte de motiver formellement celui-ci. On a tout autant de peine à imaginer quelles circonstances pourraient avoir pour effet de rendre impossible l'accomplissement de la forme ou de la formalité, surtout que la loi du 29 juillet 1991 dispose expressément, en son article 5, que l'urgence n'a pas pour effet de dispenser l'autorité administrative de la motivation formelle de ses actes. Quant à l'acquiescement, outre qu'il constitue un mode de couverture du vice de forme ou de procédure des plus douteux¹³⁵, on ne saurait, en tout cas, admettre qu'il puisse jouer lorsqu'il s'agit d'une formalité ou d'une forme qui, telle la motivation formelle obligatoire, revêtent un caractère d'ordre public¹³⁶.

Le vice de forme ou de procédure peut être couvert ; l'acte peut également être régularisé. La régularisation consiste dans l'accomplissement a posteriori de la forme ou de la formalité obligatoires ; elle peut être le fait tantôt de l'auteur de l'acte, tantôt d'une autre autorité administrative agissant sur recours ou encore du juge administratif.

En ce qui concerne la motivation formelle des actes administratifs, il a été relevé ci-dessus que la motivation formelle doit, en principe, figurer dans l'acte-instrumentum. Celui-ci doit, en principe, contenir les motifs et le dispositif de l'acte-negotium. Il s'ensuit que mis à part le cas d'une erreur de plume ou d'une erreur purement matérielle dans une motivation¹³⁷, on ne peut admettre que difficilement qu'il puisse y être remédié a posteriori, c'est-à-dire après l'adoption de la décision proprement dite, à l'absence ou à l'insuffisance de la motivation formelle. Une telle régularisation ne saurait, en tout cas, pas intervenir alors qu'une instance est déjà pendante devant le Conseil d'Etat car, selon la formule de l'arrêt S.A. Verenigde Brouwerijen Wintam-Willebroeck, n° 13.214, du 13 novembre 1968, *"Tolérer que de nouveaux motifs soient substitués à ceux sur lesquels repose en fait la décision entreprise reviendrait à admettre que soit rendue inopérante la garantie que constituent un examen et une étude approfondis de l'affaire par l'autorité avant qu'elle ne se prononce dans un sens déterminé et ne s'attache à faire prévaloir sa solution"*.

Par contre, rien ne s'oppose à ce qu'en cas d'annulation pour absence ou insuffisance de la motivation formelle d'un acte administratif, son auteur reprenne la même décision, à condition toutefois que ce vice de forme ne trahisse pas un vice plus profond consistant dans l'absence de tout motif susceptible de servir de soutien à ladite décision.

La régularisation de l'acte administratif qui n'est pas ou pas suffisamment motivé peut aussi être le fait d'une autre autorité administrative qui substitue à la décision viciée une autre décision qui, elle, satisfait à l'exigence de forme.

Plus délicate est la question de savoir si le juge administratif peut, lui aussi, procéder à cette régularisation par la voie de la substitution de motifs et, d'une manière plus large, par recours à la théorie des moyens inopérants. La réponse paraît devoir être positive lorsqu'il s'agit de neutraliser l'irrégularité affectant l'acte pris dans l'exercice d'une compétence liée¹³⁸.

¹³⁴ C. CAMBIER, Droit administratif, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 259.

¹³⁵ R. HOSTIOU, o.c., p. 292, note 48 et références citées.

¹³⁶ Une comparaison peut être utilement faite avec le moyen déduit de la violation des droits de la défense. A ce sujet, voir J.-C. GEUS, Le respect des droits de la défense en matière disciplinaire :

évolutions récentes du contrôle exercé par le Conseil d'Etat, A.P.T. 1989/2, pp. 61 et suiv., sp. pp. 65 et 66.

¹³⁷ C. CAMBIER, o.c., p. 259, note 3.

¹³⁸ En ce sens, voy. J.Y. VINCENT, Jurisclasseur administratif, vol. 1, fascicule 108-1, Acte administratif unilatéral. Information des administrés. Publicité et information, n° 134 et R. HOSTIOU, o.c., pp. 283 à 291 et 297 à 299. Contra : M. LEROY, La nature,

§3 Aperçu de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat

L'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat, postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991, en matière de motivation formelle des actes administratifs, ne révèle pas de grande différence avec les principes qui viennent d'être dégagés. La motivation formelle, qu'elle soit prescrite par la loi précitée ou par des dispositions particulières, constitue une forme substantielle, dont le non-respect est, sauf couverture du vice de forme ou régularisation de l'acte, sanctionné par la nullité.

Dans plusieurs arrêts, le Conseil d'Etat croit bon de rappeler la fonction assignée à la motivation formelle et, sous le bénéfice de ce rappel, vérifie si l'absence d'indication des motifs dans l'acte-instrumentum ou si l'insuffisance des motifs invoqués a empêché la forme de remplir son rôle ¹³⁹.

Dans son arrêt Halluent, n° 40.442 du 22 septembre 1992, le Conseil d'Etat a infléchi le principe selon lequel, en matière de motivation formelle, les motifs doivent être mentionnés dans l'instrumentum lui-même, soit directement, soit par la référence qui y est faite à d'autres documents dont le destinataire a eu connaissance, en admettant que *"... lorsque l'intéressé a eu connaissance d'une autre manière que par la motivation formelle des motifs de l'acte administratif et que cette connaissance a eu lieu dans des circonstances qui ne mettent pas en danger son droit à se défendre en justice contre cet acte, le but de l'obligation de motivation formelle est à son égard atteint et que, par suite, dans un tel cas, le non-respect de cette obligation ne peut entraîner l'annulation de l'acte administratif"*. En l'espèce, l'acte notifié à l'intéressé n'était pas formellement motivé; les motifs de la décision lui furent communiqués ultérieurement, à sa demande, mais avant qu'il n'introduise un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Par contre, aucune des décisions recensées n'admet que l'auteur de l'acte qui n'est pas ou qui est insuffisamment motivé en la forme puisse, pour la première fois, révéler les motifs qui jusqu'alors faisaient défaut ou invoquer d'autres motifs que ceux mentionnés dans l'instrumentum, alors que cette décision est attaquée devant le Conseil d'Etat. L'arrêt Mubani Kamwan Ve, n° 39.718, du 12 juin 1992 est, à cet égard, caractéristique : la justification fournie a posteriori au juge par l'administration est sans doute convaincante, mais elle est tardive. S'il n'est pas possible de remédier, en cours

d'instance, à l'absence ou à l'insuffisance des motifs mentionnés dans la décision, le Conseil d'Etat semble toutefois disposé à admettre la rectification d'une erreur purement matérielle ¹⁴⁰. Par ailleurs, il a été jugé, dans l'arrêt Halsberghe, n° 40.883, du 29 octobre 1992, que l'acte ayant été annulé par le juge de l'excès de pouvoir parce que ni le dossier administratif, ni l'acte lui-même n'en révélaient les motifs, son auteur a pu refaire l'acte, cette fois en le motivant, sans avoir à recommencer toute la procédure d'élaboration ¹⁴¹.

Dans un arrêt Rondelez, n° 39.161, du 3 avril 1992, le Conseil d'Etat a confirmé sa jurisprudence antérieure selon laquelle lorsque sur recours, une décision nouvelle se substitue à une décision précédente : *"Une éventuelle méconnaissance de l'obligation de motivation formelle ou matérielle doit seulement être examinée par le juge en ce qui concerne la décision nouvelle"*.

A notre connaissance, aucune décision n'a été rendue au cours de la période considérée dans laquelle le juge administratif a fait application, en matière de motivation formelle des actes administratifs, de la théorie des moyens inopérants et, pas davantage, de décision où il ait d'office suppléé l'absence ou à l'insuffisance des motifs invoqués dans la décision.

Presque toutes les décisions recensées sont intervenues en matière de référé administratif et il n'en est aucune qui considère que le moyen pris de la violation de la motivation formelle, à le supposer fondé, ne constituerait pas un *"moyen sérieux"* au sens de l'article 17 précité des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ¹⁴².

CONCLUSION

La motivation formelle des actes administratifs s'inscrit dans le cadre d'une vaste mouvement qui vise à rendre transparente l'action administrative.

Le secret derrière lequel l'administration n'avait que trop tendance à se retrancher n'est plus de mise. Le citoyen a le droit d'être informé.

Cette information implique qu'il doit avoir l'accès le plus large aux documents administratifs ; que les décisions qui le concernent directement ou indirectement contiennent l'indication des motifs de droit et de fait sur lesquels elles s'appuient ; qu'il puisse connaître l'identité du fonctionnaire qui est en char-

l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver, rapport présenté à la journée d'études du 8 mai 1992 du Centre de droit régional de la Faculté de droit de Namur sur le thème de la motivation formelle des actes administratifs, La Charte 1992, pp. 145 et 146.

¹³⁹ Même référence que sous la note (4).

¹⁴⁰ C.E., arrêt De Koninck, n° 39.433, du 21 mai 1992, T., GEM. 92/3-4, p. 228. Cet arrêt est un arrêt d'annulation. Le Conseil d'Etat y reproche à l'auteur de l'acte attaqué de ne pas avoir rectifié la prétendue erreur, même pas après que l'arrêt n° 38.056 du 26 janvier 1992 ait ordonné la suspension de son exécution.

¹⁴¹ J.L.M.B., p. 1370.

¹⁴² Voy., outre les arrêts déjà cités, les arrêts Scheire, n° 39.044, du 24 mars 1992 et Hendrickx, n° 39.312, du 5 mai 1992. La jurisprudence du Conseil d'Etat de France est également fixée en ce sens. A ce sujet, voy. J.Y. VINCENT, o.c., n° 133.

ge de son dossier et s'adresser à lui pour obtenir tous les éclaircissements souhaités ; que les documents et décisions soient rédigés dans un langage que ne soit pas hermétique et enfin qu'il dispose de voies de recours rapides et efficaces.

C'est là — on en conviendra — un programme dont la réalisation ne peut être que progressive.

La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs constitue une première étape. Elle n'est pas la plus difficile à franchir, car le législateur, dans des textes particuliers, et le juge s'étaient déjà engagés, à petits pas, dans cette direction.

C'est par son étendue plus que par sa hardiesse que la réforme qui vient d'être réalisée surprend. Les espérances que l'on a placées en elle ne seront-elles

pas déçues ? Ne va-t-on pas assister à une multiplication des recours administratifs au lieu de voir leur nombre sensiblement diminuer ? L'administration dérangée dans ses habitudes, ne va-t-elle pas sécréter des anticorps ¹⁴³ ? Il est bien trop tôt pour émettre le moindre jugement de valeur sur ses résultats pratiques.

Une chose est certaine : la réforme juridique entreprise n'a de chance de réussir que si elle s'accompagne d'un changement des mentalités. Les lois ne sont rien sans les mœurs.

¹⁴³ G. DUPUIS, Les motifs des actes administratifs, E.D.C.E., 1976, pp. 15 et ss. Voir aussi D. LAGASSE, o.c., A.P.T. 1992, p. 104-105.

TABLE DES MATIERES

Introduction

Chapitre premier. – Le champ d'application ratione personae.

Section 1. – Les auteurs des actes administratifs soumis à l'obligation de motivation formelle

Section 2. – Les destinataires des actes administratifs soumis à la motivation formelle

Chapitre II – Le champ d'application ratione materiae

Section 1. – L'acte juridique

§1. Les fondements de l'obligation de motivation formelle – évolution

A. La période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991

B. La période postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991

§2. L'exclusion des actes matériels

§3. L'exclusion des actes juridiques ou non écrits

§4. L'exclusion des actes de juridiction

§5. L'inclusion des décisions prises sur recours administratif

§6. Le rapport entre l'acte juridique soumis à l'obligation de motivation et l'acte pouvant faire l'objet du recours pour excès de pouvoir

A. Les actes juridiques administratifs soustraits à la compétence du Conseil d'Etat

B. Les actes administratifs insusceptibles de recours en annulation

Section 2. – L'acte juridique unilatéral

Section 3. – L'acte juridique unilatéral de portée individuelle

§1. Actes réglementaires et actes individuels. Difficultés et incertitudes de la dissociation

§2. Les caractéristiques des actes réglementaires et des actes individuels

§3. L'opposition entre actes à portée réglementaire et actes à portée individuelle : une summa divisio

§4. L'identification des actes réglementaires dans la jurisprudence du Conseil d'Etat

§5. L'identification des actes individuels dans la jurisprudence du Conseil d'Etat

Chapitre III. – La nature, l'étendue et la sanction de l'obligation de motivation formelle

Section 1. – La nature de l'obligation de motivation formelle

Section 2. – L'étendue de l'obligation de motiver formellement les actes administratifs

§1. Les exigences de la loi du 29 juillet 1991 en matière de motivation formelle

§2. Les exceptions à l'obligation de motiver

1° L'exception tirée de ce que la motivation pourrait compromettre la sécurité intérieure et extérieure de l'Etat (art. 4, 1°)

2° L'exception tirée de ce que la motivation pourrait porter atteinte à l'ordre public

3° L'exception tirée de ce que la motivation pourrait violer le droit au respect de la vie privée (art. 4, 3°)

4° L'exception tirée de ce que la motivation pourrait constituer une violation des dispositions en matière de secret professionnel (art. 4, 4°)

5° L'exclusion de l'exception tirée de l'urgence

§3. Les dispositions particulières imposant la motivation formelle des actes administratifs

Section 3. – Les sanctions en matière de motivation formelle

§1. La motivation formelle : forme substantielle et d'ordre public

§2. La couverture du vice et la régularisation de l'acte non motivé en la forme

§3. Aperçu de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat

Conclusion