

LA TUTELLE SUR LES OPÉRATIONS IMMOBILIÈRES DES PROVINCES, COMMUNES ET CENTRES PUBLICS D'AIDE SOCIALE

par Diane DÉOM

Professeur à l'Université catholique de Louvain

CHAPITRE 1^{er}. — Les techniques de la tutelle administrative

La tutelle administrative se définit généralement comme le mode de contrôle que le pouvoir central exerce sur les collectivités ou organismes décentralisés, afin de vérifier la conformité de leurs actes à la loi et à l'intérêt général ¹.

Ce mécanisme est considéré comme l'une des caractéristiques essentielles de la décentralisation territoriale ². Son existence permet de décrire la collectivité décentralisée comme une entité autonome mais subordonnée. Autonome, parce qu'elle échappe au pouvoir hiérarchique direct qui permettrait à l'autorité supérieure d'adresser des injonctions, d'évoquer les dossiers, de réformer les décisions ³. Subordonnée, parce qu'elle reste néanmoins soumise à la vérification systématique de la compatibilité de ses actes avec la loi et avec l'intérêt général ⁴.

Consacré dans son principe même par l'article 162 de la Constitution, ce contrôle repose sur plusieurs techniques juridiques : selon les cas, le contrôle de tutelle se traduit par des mécanismes d'autorisation, d'approbation, de suspension et d'annulation, ou encore de substitution de décision. Il doit, dans tous les cas, être prévu par un texte de nature législative.

Dans le cadre de ce premier chapitre, nous présenterons les principaux procédés de la tutelle administrative, en veillant à les distinguer selon leur champ d'application, et surtout selon les effets juridiques qu'ils produisent sur les décisions des autorités locales.

SECTION 1^{re}. — LA TUTELLE GÉNÉRALE : LA SUSPENSION ET L'ANNULATION

§ 1^{er}. — Définition et effets juridiques

La suspension et l'annulation des décisions des collectivités locales constituent les principales techniques d'intervention de l'autorité de tutelle. Elles sont désignées comme les manifes-

¹ On se référera essentiellement à l'ouvrage fondamental de J. DEMBOUR, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, Larcier, 1955.

² On peut estimer qu'elle en est une condition nécessaire, mais non suffisante : M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruylant, 1989, t. I, n° 58.

³ La distinction entre pouvoir hiérarchique et contrôle de tutelle a cependant pu, à juste titre, être remise en question dans beaucoup de ses dimensions traditionnellement admises : voy. J. FAVRESSE, « Déconcentration et décentralisation, reflets d'un monde disparu ? », *A.P.T.*, 1984, p. 15 et s.

⁴ Plusieurs pays voisins, et notamment la France, ont supprimé le contrôle de conformité à l'intérêt général et ramené la tutelle administrative à un simple contrôle de légalité. Régulièrement suggérée dans divers milieux politiques, une telle réforme nécessiterait une révision de l'article 162 de la Constitution.

tations de la « tutelle générale », pour la raison qu'elles sont applicables à la généralité des actes des collectivités soumises à une tutelle administrative.

La tutelle générale s'applique en effet à l'ensemble des actes des organes provinciaux ⁵ et communaux, à ceux des intercommunales et des centres publics d'aide sociale.

Les deux procédés typiques de la tutelle générale permettent à l'autorité de tutelle d'intervenir pour porter atteinte à la valeur juridique d'une décision qui, dès son adoption, est juridiquement parfaite et exécutoire. Il s'agit donc d'une véritable « censure », c'est-à-dire d'un procédé par lequel le contrôle de tutelle s'exerce négativement.

L'*annulation* est une mesure définitive dans sa nature ⁶. Elle permet à l'autorité de tutelle de mettre l'acte censuré à néant, avec les entiers effets d'une annulation : l'acte annulé sera censé n'avoir jamais existé ⁷. En outre, sauf éléments nouveaux, l'autorité décentralisée ne pourra reproduire sans illégalité une décision identique à celle qui a été annulée ⁸.

La *suspension* permet à l'autorité de tutelle d'interdire provisoirement qu'une décision soit mise à exécution. Par définition, cette mesure ne produit qu'un effet limité dans le temps. Le plus souvent, les dispositions qui organisent la suspension lui attribuent également un autre effet juridique important : elles permettent à l'auteur de l'acte suspendu de retirer celui-ci, même s'il s'agit d'un acte créateur de droits, sans être limité par les principes de droit administratif gouvernant le retrait d'acte ⁹.

Il convient de souligner qu'en règle générale ¹⁰, les actes soumis à la tutelle de suspension et d'annulation sont exécutoires dès leur adoption, en ce sens que l'autorité locale peut les mettre à exécution aussi longtemps qu'aucune mesure de suspension ne lui est notifiée. Les mesures d'exécution sont cependant adoptées, en pareil cas, aux risques et périls de l'autorité locale, puisque l'acte reste entaché d'une certaine précarité.

Suspension et annulation constituent elles-mêmes des actes administratifs susceptibles de faire l'objet de recours auprès du Conseil d'État. L'autorité décentralisée, de même que tout tiers intéressé, pourront introduire de tels recours dont l'objet sera, tantôt l'annulation de la

⁵ Le gouverneur de province échappe cependant à ce principe : la loi provinciale n'organise pas de tutelle générale sur ses décisions. Le décret wallon du 20 juillet 1989 est ambigu sur ce point : voy. à ce propos P. GILLIAUX, *Le concours de tutelles administratives*, Nemesis, 1990, p. 19-20 (note 20).

⁶ Même si elle peut elle-même faire l'objet de recours et donc être remise ultérieurement en cause, soit devant une autorité administrative supérieure, soit devant le Conseil d'État. Comme exemples de recours administratifs, on citera ceux qu'organisent les articles 16 et 20 du décret du Conseil régional wallon du 20 juillet 1989, qui permettent de mettre en cause une décision d'annulation prise par la députation permanente à l'égard de la décision d'une autorité communale.

⁷ J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 154 et 170. Les effets de l'annulation par l'autorité de tutelle sont comparables, sinon identiques, à ceux de l'annulation par le Conseil d'État : P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Martinus-Nijhoff, 1975, p. 289 et s.

⁸ Ce comportement, qui crée un « carrousel » devenu célèbre dans le cadre du dossier fouronnais, est considéré comme « contraire au principe de la tutelle administrative » : voy. not. C.E., 23 octobre 1981, *Commune de Bullange*, n° 21492 et 25 octobre 1989, *Tourneur*, n° 33299. Présenté en termes absolus, le principe est cependant contestable : voy. P. GILLIAUX, *op. cit.*, n° 70.

⁹ Normalement, un acte administratif créateur de droits ne peut être retiré par son auteur qu'à une double condition : que l'acte retiré soit entaché d'irrégularité, et que le retrait intervienne dans un délai de soixante jours à dater de l'adoption de l'acte. Ces principes ressortent de la jurisprudence du Conseil d'État, bien qu'ils soient loin d'être unanimement partagés par la jurisprudence judiciaire. Lorsqu'un acte fait l'objet d'une suspension par l'autorité de tutelle, son retrait devient légal, indépendamment de ces conditions, dans la mesure où il est expressément autorisé par les textes organisant la tutelle.

¹⁰ La loi prévoit le contraire dans certains cas. Ainsi, par exemple, le décret du Conseil régional wallon du 20 juillet 1989 (art. 14) suspend le caractère exécutoire des décisions portant attribution des marchés publics qui portent sur un montant supérieur à 3 ou 5 millions de francs, selon la taille de la commune, jusqu'à l'expiration des délais d'exercice de la tutelle générale.

mesure de tutelle, tantôt... sa suspension ¹¹. Le succès d'un tel recours devant le Conseil d'État aura bien entendu pour conséquence de faire revivre, provisoirement ou définitivement, l'acte qui avait été censuré par l'autorité de tutelle.

§ 2. — *Procédure*

Dans la plupart des systèmes de tutelle, la suspension constitue un préalable facultatif à l'annulation. Parfois, elle relève de la compétence de l'autorité même qui peut annuler l'acte ; parfois, elle peut être décidée par une autorité distincte.

La suspension permet en tout cas d'interdire la mise à exécution de la décision pendant que l'autorité compétente pour annuler examine plus longuement la légalité de l'acte et sa conformité à l'intérêt général ; elle donne aussi à l'autorité décentralisée l'occasion de retirer son acte, ou, au contraire, de le justifier plus amplement. Mais l'annulation peut aussi intervenir sans être précédée d'une telle mesure provisoire.

Le fonctionnement des procédés de suspension et d'annulation doit impérativement être enserré dans des délais rigoureux, sous peine de créer une insécurité juridique permanente. C'est pourquoi les législations organisant la tutelle déterminent systématiquement dans quel délai (de rigueur) les mesures de suspension et/ou d'annulation doivent être adoptées, et elles indiquent les limites dans lesquelles la prorogation du délai est possible. Passés ces délais, l'intervention de l'autorité de tutelle est bien évidemment dépourvue de valeur ¹².

Il est de pratique courante que, dès avant l'expiration du délai légal, l'autorité de tutelle fasse savoir, par la voie d'une simple mention stéréotypée sur le dossier, qu'elle n'a pas l'intention d'intervenir et que, selon une formule usuelle, « l'acte peut sortir ses effets ». Cette mention semble cependant, d'après la jurisprudence du Conseil d'État, dépourvue de toute valeur juridique, et elle ne constituerait qu'une proclamation d'intention ¹³. Seul l'écoulement du délai légal permettra donc aux tiers de s'assurer que l'acte de l'autorité locale est — sous réserve des recours juridictionnels encore possibles ¹⁴ — devenu définitif.

L'une des difficultés souvent rencontrées dans la pratique tient au point de départ de ce délai légal. Généralement, ce délai court, en effet, non pas à compter de la date d'adoption de l'acte, mais à dater de sa communication aux autorités de tutelle. Une telle communication n'est pas systématiquement imposée, la transmission de toutes les décisions s'étant avérée impossible à gérer pratiquement, eu égard aux quantités de dossiers concernés. Certaines décisions restent donc, faute d'avoir été transmises à l'autorité de tutelle, frappées d'une insécurité juridique prolongée.

¹¹ L'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable, condition pour que le Conseil d'État ordonne la suspension d'un acte attaqué devant lui, sera cependant rarement établie dans le chef de l'autorité décentralisée.

¹² La jurisprudence est constante en ce sens.

¹³ C.E., 12 juillet 1979, *R.A.C.E.*, 1979, p. 763, et 30 juin 1982, *R.A.C.E.*, 1982, p. 1108. Ces arrêts n'indiquent cependant pas de manière parfaitement claire si le Conseil d'État considère que la mention en question ne lie pas l'autorité de tutelle ou si, tout en constituant l'expression définitive d'un refus d'intervenir, elle ne revêt pas la nature d'un acte susceptible de recours (ce qui correspond à une jurisprudence constante par ailleurs). En cas de revirement d'attitude ultérieur de l'autorité, on pourrait en tout cas, à notre sens, mettre en cause la responsabilité de l'autorité de tutelle qui a ainsi induit ainsi en erreur sur son propre comportement.

¹⁴ On pense en particulier au recours auprès du Conseil d'État. Le délai d'introduction de ce recours est de soixante jours à dater de la publication, de la notification ou de la prise de connaissance de l'acte par le requérant. Mais les démarches que ce dernier aurait effectuées auprès de l'autorité de tutelle pour essayer d'obtenir l'annulation de l'acte suspendent le délai de recours au Conseil d'État, de sorte que, dans ce cas de figure, l'acte demeure susceptible de recours au maximum soixante jours après l'expiration du délai légalement imparti à l'autorité de tutelle pour intervenir.

En outre, la communication du dossier étant purement administrative ¹⁵, les tiers n'ont que très rarement connaissance de sa date exacte. Pour en être informés, ils peuvent certes invoquer les dispositions qui garantissent aujourd'hui le droit d'accès aux documents administratifs ¹⁶ ; mais tous les problèmes pratiques ne sont pas pour autant résolus, dans la mesure où la communication des pièces nécessaires à la vérification de la date exacte de transmission du dossier risque d'être tardive.

Enfin, le délai légal imparti à l'autorité de tutelle limite le temps dont celle-ci dispose pour se prononcer ; mais la notification de la décision adoptée peut fort bien avoir lieu après l'expiration de ce délai ¹⁷. Voilà la source d'une autre difficulté pratique lorsqu'il s'agit d'établir avec certitude qu'une décision des autorités locales est définitivement à l'abri de l'annulation. Le décret du Conseil flamand du 28 avril 1993 concernant la tutelle administrative sur les communes l'élimine, en prescrivant en ses articles 31 à 33 que la décision de l'autorité de tutelle doit être non seulement adoptée, mais aussi adressée à l'autorité locale dans le délai prévu.

SECTION 2. — LES TUTELLES SPÉCIALES : L'AUTORISATION ET L'APPROBATION

§ 1^{er}. — Définition et effets juridiques

Certains actes, énumérés comme tels par la loi ou le décret ¹⁸, sont soumis à une tutelle dite pour cette raison spéciale. Dans la quasi-totalité des cas ¹⁹, il s'agit d'un mode de contrôle plus contraignant que la tutelle générale, qui repose sur les procédés de l'autorisation ou de l'approbation.

L'un et l'autre se caractérisent par le fait que les actes sur lesquels ils s'exercent ne peuvent acquérir leur effet juridique entier avant l'intervention de l'autorité de tutelle. En ce sens, on les désigne parfois comme des procédés de tutelle « préventive » ²⁰. Dans les deux cas, la collectivité locale est tenue d'attendre l'issue de la procédure de tutelle avant de mettre sa décision en œuvre. Toutefois, une différence importante distingue l'autorisation de l'approbation.

Conformément au sens du mot dans le langage commun, l'*autorisation* est réellement une mesure préalable à la décision de l'autorité sous tutelle : celle-ci doit solliciter l'autorisation, et, l'ayant obtenue, prendre sa décision définitive. Les « décisions » que l'autorité locale adopterait sans disposer de l'autorisation requise n'existent pas comme telles, et n'ont que la valeur

¹⁵ Le Conseil d'État considère que seule la transmission de la décision authentifiée par l'autorité locale (à l'exclusion de la communication faite à l'autorité de tutelle par un tiers) fait courir le délai d'exercice de la tutelle administrative (arrêt n° 25130, *Petit*, du 13 mars 1985). En outre, il a été jugé que la date de la transmission est celle du cachet apposé sur le document remis au chauffeur de la commune comme accusé de réception, et non celle qui est apposée sur le document même par les services provinciaux (C.E., 4 décembre 1985, *Commune de Woluwé-St-Pierre*, n° 25933) ! Il est donc très difficile, pour le tiers concerné, de connaître avec exactitude le point de départ de ces délais, et par voie de conséquence leur date d'expiration...

¹⁶ Voy. l'article 32 de la Constitution coordonnée et les textes législatifs qui lui procurent exécution. Le législateur n'a pas encore réglé cette question pour les administrations locales ; voy. cependant l'article 1^{er} de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

¹⁷ La notification tardive ne porte en principe pas atteinte à la validité de l'acte, et de nombreux arrêts consacrent cette solution. Néanmoins, dans certains cas, le Conseil d'État a considéré que des décisions des autorités de tutelle devenaient illégales à défaut d'être notifiées à l'autorité locale dans un délai raisonnable : voy. par exemple C.E., 4 juin 1987, *C.P.A.S. d'Anvers*, n° 28048 et 21 mars 1989, *Commune d'Auderghem*, n° 32254.

¹⁸ Les tutelles spéciales requièrent un fondement législatif : C.E., 3 décembre 1963, *Ville d'Ostende*, n° 10301 ; 3 mars 1966, *Pauchet*, n° 11677 ; 21 mars 1967, *S.A. Ostende-Phare et extensions « Opea »*, n° 12295 ; 18 décembre 1990, *Fougnies*, n° 36034.

¹⁹ Comme le fait observer P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 22, il existe l'un ou l'autre cas de tutelles spéciales d'annulation.

²⁰ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Larcier, 1968, p. 453.

d'une proclamation d'intention ²¹. Toutefois, une autorisation donnée *a posteriori* suffit à régulariser la situation, et valide rétroactivement l'acte soumis à autorisation ²².

Au contraire, l'*approbation* intervient nécessairement après l'adoption de la décision par la collectivité locale, pour conférer à celle-ci sa pleine efficacité. L'acte soumis à approbation existe et il est juridiquement parfait ; mais il est affecté d'une sorte de condition suspensive, dans la mesure où il ne pourra être exécuté qu'après son approbation ²³. On pourrait donc dire qu'avant l'autorisation, aucune décision n'existe, tandis qu'avant l'approbation, il existe une décision dont les effets sont en suspens ²⁴. L'autorité locale ne peut méconnaître l'existence de sa propre décision ²⁵ et ne peut la retirer qu'en respectant les conditions du retrait des actes administratifs ²⁶.

La décision d'approbation fait en quelque sorte corps avec l'acte approuvé. C'est ainsi que l'on considère que l'approbation rétroagit au jour de l'acte approuvé ²⁷, sans que cette rétroactivité puisse néanmoins être invoquée à l'égard des tiers en violation de principes tels que la légalité des peines ²⁸.

Quant au refus d'approbation, parfois dénommé « improbation », il a pour effet de priver rétroactivement l'acte initial de toute existence juridique ²⁹, et ses effets s'apparentent donc à ceux d'une annulation ³⁰. Il semble cependant admis qu'en cas d'improbation, l'autorité locale peut soumettre à nouveau la même décision à l'appréciation de l'autorité de tutelle, ce qui n'est pas le cas après une annulation ³¹.

La terminologie utilisée par le législateur est souvent impropre. Dans plusieurs cas, le Conseil d'État a estimé que nonobstant l'utilisation du terme « autorisation » dans le texte législatif, le procédé de tutelle réellement applicable était celui de l'approbation ³².

La législation récente témoigne d'une tendance marquée à réserver les tutelles spéciales à quelques décisions essentielles de la gestion locale, telles les budgets, les comptes, le cadre et le statut du personnel, la création même d'une institution, etc., alors que les législations anciennes les prescrivaient presque systématiquement pour les opérations immobilières. Cette tendance s'étend aux centres publics d'aide sociale, que la loi du 5 août 1992 a soustraits à diverses tutelles spéciales qui alourdissaient leur gestion immobilière.

En particulier, la tutelle d'autorisation est devenue exceptionnelle, la plupart des textes récents prévoyant uniquement des tutelles d'approbation.

²¹ C.E., 20 mai 1992, *s.p.r.l. Challenge Services*, n° 39423.

²² Cass., 24 octobre 1958, *Pas.*, 1959, I, 202 et *Ann. enr. not.*, 1960, p. 68, obs. DUMONT ; dans le même sens, l'arrêt du Conseil d'État cité à la note précédente.

²³ M.A. FLAMME, *op. cit.*, n° 60.

²⁴ C'est pourquoi le défaut d'approbation n'est pas une cause de nullité de l'acte administratif soumis à approbation : C.E., 25 février 1970, *Colle*, n° 13983 et 22 mars 1973, *Meysmans*, n° 15764.

²⁵ C.E., 13 mars 1992, *Thomsin*, n° 38980.

²⁶ M.A. FLAMME, *op. cit.*, n° 60, p. 131.

²⁷ C.E., 22 mai 1970, *Wintgens*, n° 14131 ; 25 janvier 1973, *Picart*, n° 15672 ; 22 mars 1973, *Meysmans*, n° 15764.

²⁸ Corr. Gand, 3 décembre 1991, *T.G.R.*, 1992, p. 69.

²⁹ C.E., 13 juillet 1977, *Horrie*, n° 18388 et 31 mars 1982, *Gillet*, n° 22167.

³⁰ J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 115. Sur la distinction difficile entre improbation et annulation, voy. P. GILLIAUX, *op. cit.*, n°s 66 à 71. La question reste assez obscure, même pour les meilleurs auteurs : voy. M.A. FLAMME, *op. cit.*, n° 60, p. 132.

³¹ C.E., 31 mars 1955, *S.A. Dumont et Frères*, n° 4199.

³² Voy. notamment, en matière d'acquisition de biens communaux, C.E., 28 février 1955, *S.A. Éts Smets-Use et crts*, n° 4114 et, en matière de cumul de fonctions, C.E., 25 novembre 1955, *Kinique*, n° 4697.

§ 2. — Procédure

La régulation des délais d'exercice des tutelles spéciales est très importante pour éviter des blocages dans le fonctionnement du système. Le silence de l'autorité investie d'une tutelle d'approbation tient en effet en suspens toutes les suites de la procédure de décision.

Lorsque la loi ne précise pas dans quels délais l'autorité de tutelle doit se prononcer, et surtout quelle sanction s'attache à son silence prolongé, la jurisprudence se débat dans des difficultés inextricables.

Si la jurisprudence classique admettait que le silence de l'autorité de tutelle tienne indéfiniment en suspens l'exécution de l'acte soumis à approbation³³, les décisions plus récentes mettent l'accent sur l'obligation de respecter, même dans le silence de la loi, les limites d'un délai raisonnable ; elles concluent qu'après l'expiration d'un tel délai, l'acte doit être considéré comme définitivement improuvé. Cette solution s'est imposée en particulier dans le domaine des décisions disciplinaires, où le Conseil d'État a eu à connaître d'abstentions persistant pendant... plus de dix ans³⁴.

Plus simples sont les cas où le législateur tranche lui-même la question et prévoit expressément si le silence de l'autorité de tutelle au-delà du délai légal vaut approbation ou improbation. Dans les deux cas, une décision expresse intervenant après l'expiration du délai légal sera entachée d'excès de pouvoir³⁵. Les textes récents prévoient généralement que le silence de l'autorité de tutelle équivaut à une approbation³⁶.

SECTION 3. — LES AUTRES TECHNIQUES DE CONTRÔLE

§ 1^{er}. — La tutelle de substitution et la réformation sur recours

Ces deux formes de tutelle ont pour seul point commun de permettre aux autorités supérieures de prendre des décisions « à la place » des autorités locales normalement compétentes. Elles n'intéressent guère notre propos, dans la mesure où elles ne trouvent qu'exceptionnellement à s'appliquer dans des domaines en relation avec la pratique notariale.

Dans le cadre de la *tutelle de substitution*³⁷, l'intervention de l'autorité de tutelle est motivée par la constatation que l'autorité locale reste en défaut de remplir une obligation, par exemple d'exécuter un jugement. Il s'agit donc de pallier la carence d'une autorité locale.

Après avoir adressé au moins un avertissement à la commune, l'autorité de tutelle peut alors procéder d'initiative aux mesures requises, et ce aux frais de la commune défaillante, ou envoyer sur place un commissaire spécial investi d'un tel pouvoir de décision. Les mesures et décisions prises par le commissaire spécial seront réputées prises au nom de la commune et censées émaner d'elle-même³⁸.

Les textes légaux applicables dans chaque hypothèse déterminent dans quelles circonstances précises ce procédé de tutelle peut être utilisé. Sa mise en œuvre demeure rare.

Quant à la tutelle de *réformation sur recours*, elle vise les situations dans lesquelles la loi permet au destinataire d'une décision du pouvoir local, d'introduire un recours organisé auprès

³³ C.E., 4 juin 1953, *Commune d'Ixelles*, n° 2523.

³⁴ C.E., 2 octobre 1992, *Debauve*, n° 40575.

³⁵ C.E., 1^{er} décembre 1950, *Pirard*, n° 599 ; 20 janvier 1988, *Agglomération bruxelloise*, n° 29191.

³⁶ Voy. les articles 33, al. 2, et 39, al. 2, du décret du Conseil régional wallon du 20 juillet 1989, ainsi que les articles 6, al. 2, 8, § 2, al. 2, et 16, al. 2, du décret du Conseil flamand du 28 avril 1993.

³⁷ Que certains auteurs considèrent comme étrangère à la notion de tutelle administrative proprement dite : P. GILLIAUX, *op. cit.*, n° 9.

³⁸ C.E., 22 novembre 1966, *Commune de Teuven*, n° 12065.

d'une autorité supérieure. Cette dernière pourra alors se prononcer en réformant, le cas échéant, la décision rendue en premier ressort.

Il existe de nombreux exemples de ce type de procédure en matière de discipline. C'est ainsi, notamment, que les membres du personnel de la police communale, faisant l'objet d'une mesure de révocation, peuvent introduire un recours auprès des autorités supérieures.

On se trouve ici aux limites du concept même de tutelle administrative. En effet, le propre de la réformation sur recours est de permettre à l'autorité de tutelle de se prononcer sur le problème dont elle est saisie avec la même liberté d'appréciation que l'autorité de premier ressort, c'est-à-dire en appréciant directement et complètement les éléments tant de légalité que d'opportunité. La Cour d'arbitrage a cependant estimé que :

« La notion de tutelle ne s'oppose pas à ce que l'autorité fonde sa décision, en matière disciplinaire, sur des circonstances et intérêts propres à l'agent. Lorsqu'il s'agit de prendre une décision disciplinaire, de la contrôler ou de la réformer, la légalité et l'intérêt général n'empêchent nullement la prise en compte de ces circonstances et intérêts »³⁹.

L'atteinte portée ici à l'autonomie de décision du pouvoir local est donc beaucoup plus significative que dans les autres techniques de tutelle.

§ 2. — *Les contrôles issus de préoccupations financières*

Les réalités financières ont généré l'apparition de modes de contrôle administratif qui, s'ils ne sont pas d'une nature aussi fondamentale que la tutelle administrative, n'en revêtent pas moins une grande importance pratique⁴⁰.

On mentionnera tout d'abord les nombreuses interventions des *pouvoirs subsidants*. Chaque fois que la décision d'une autorité locale touche à des travaux ou à des activités bénéficiant de subsides régionaux, fédéraux ou communautaires, elle peut être soumise à des procédés d'autorisation ou d'approbation prévus par les textes particuliers qui organisent l'octroi de ces ressources financières. Les procédures relatives à ce qu'il est convenu d'appeler les « travaux subsidiés » en témoignent de façon particulièrement nette, et elles se déroulent d'ailleurs en relation étroite avec la procédure de tutelle proprement dite.

Sur le plan des principes, les autorisations ou approbations requises par les textes qui organisent l'octroi de subsides ne sauraient cependant revêtir la même signification que celles qui sont requises en vertu de la législation sur la tutelle administrative. Leur portée est uniquement en relation avec l'octroi du subside : le refus d'approbation du pouvoir subsidant a pour effet de priver le pouvoir local du bénéfice de la subvention, mais il ne porte pas atteinte à la valeur juridique de la décision adoptée par ce dernier.

Par ailleurs, certaines communes et certains centres publics d'aide sociale sont soumis à des modalités particulières de tutelle administrative, dans la mesure où leur situation financière difficile les a conduits à devoir élaborer un *plan d'assainissement*⁴¹ et à contracter par l'intermédiaire des Régions des emprunts spéciaux.

En Région wallonne, les conventions d'octroi des prêts prévoient que ces communes sont alors placées sous le contrôle permanent d'un « inspecteur régional », travaillant généralement sur place, dont le rôle consiste à vérifier l'adéquation des décisions adoptées par les autorités locales avec les dispositions du plan d'assainissement. Le visa de l'inspecteur régional est requis pour toute décision à incidence financière.

³⁹ C.A., 22 décembre 1988, n° 69, *Rec.*, p. 733, point 6.B.9.

⁴⁰ M. FYON, « Les mesures d'assainissement budgétaire et l'autonomie communale », *Ann. dr.*, 1988, p. 35 et s.

⁴¹ Voy. le décret du Conseil régional wallon du 3 juin 1993 relatif aux principes généraux du plan de gestion des communes à finances obérées.

Néanmoins, l'inspecteur régional ne dispose pas de prérogatives de tutelle particulières, et l'absence de son visa n'est pas juridiquement sanctionnée. Le cas échéant, il lui appartient seulement d'en référer aux autorités de tutelle afin que celles-ci mettent en œuvre leurs propres compétences. L'inspecteur régional constitue donc le relais privilégié des autorités de tutelle ⁴², mais il n'exerce pas de fonctions propres de contrôle.

En Région bruxelloise, l'intervention des inspecteurs régionaux est régie par des principes similaires, mais elle trouve un fondement légal dans l'article 38 de la loi du 16 juin 1989 portant diverses réformes institutionnelles. En Région flamande, les communes qui émargent au Fonds flamand de financement connaissent un régime de tutelle particulier sur les décisions budgétaires, mais font l'objet également d'un contrôle permanent destiné à vérifier le respect des plans d'assainissement ⁴³.

Enfin, pour les communes relevant encore de la compétence de l'État, l'article 254 de la nouvelle loi communale prévoit un régime plus autoritaire, en disposant simplement que l'autorité de tutelle peut prendre, à l'égard des communes dont le budget n'est pas en équilibre, « toute mesure de nature à diminuer les dépenses et augmenter les recettes ».

CHAPITRE 2. — Les particularismes régionaux en matière de tutelle administrative

La tutelle administrative est aujourd'hui régie par de nombreux textes législatifs. D'une part, chaque type d'institution locale connaît son propre régime de tutelle ; d'autre part, la régionalisation de la matière a provoqué une diversification des règles applicables. Si les grands traits de la matière restent communs, il n'en va plus de même du détail des règles applicables, en particulier sur le plan de la procédure et des délais.

Nous récapitulerons ici brièvement les principes de répartition des compétences en matière de tutelle administrative (sect. 1) ; ensuite, nous indiquerons les législations applicables aux diverses institutions locales du pays (sect. 2).

SECTION 1^{re}. — LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN MATIÈRE DE TUTELLE ADMINISTRATIVE

§ 1^{er}. — Sur les provinces et les communes

L'article 162, alinéa 3, de la Constitution permet au législateur spécial de confier aux Communautés ou aux Régions la compétence en matière de tutelle administrative sur les provinces et les communes. Il prévoit en effet que :

« En exécution d'une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, l'organisation et l'exercice de la tutelle administrative peuvent être réglés par les Conseils de Communauté ou de Région. »

Donnant suite à cette disposition, la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 détermine en son article 7 la répartition des compétences en matière de tutelle.

C'est aux Régions qu'elle attribue la compétence de principe pour organiser et exercer la tutelle sur les provinces, les communes et les agglomérations et fédérations de communes. Depuis les modifications de 1988, la compétence régionale s'est donc étendue à l'ensemble du

⁴² Pour les communes ou C.P.A.S. dont la situation financière n'est pas obérée, le contrôle de tutelle s'exerce sur base de pièces transmises par les autorités locales. Il ne fait donc pas intervenir de « commissaire du gouvernement » qui assumerait un rôle de contrôle sur place.

⁴³ Art. 14, § 2, du décret du 28 avril 1993.

règlement de la matière et non plus, comme auparavant, au seul domaine de la réglementation des « procédures » de tutelle. Les Régions sont compétentes pour régler la tutelle administrative dans son ensemble, même si cela suppose dans une certaine mesure un empiètement sur la législation relative aux institutions communales elles-mêmes ⁴⁴.

Toutefois, la compétence des Régions connaît des limitations de deux ordres.

Les premières limitations sont d'ordre territorial ⁴⁵. En effet, un certain nombre de collectivités locales sont soustraites en tout ou en partie à la compétence régionale. Ainsi en va-t-il des communes de la région de langue allemande, pour lesquelles l'organisation *et* l'exercice de la tutelle restent du ressort des autorités fédérales. Ainsi en va-t-il, aussi, de certaines communes à statut linguistique spécial ⁴⁶, pour lesquelles l'organisation de la tutelle est confiée à l'autorité fédérale, tandis que l'exercice de celle-ci appartient à la Région. Ces deux exceptions se justifient par le souci d'une protection des minorités linguistiques à l'égard des autorités régionales dont relèvent les communes concernées.

La seconde limitation à la compétence régionale est de nature matérielle. En effet, seule la tutelle administrative dite ordinaire est du ressort des Régions. Les tutelles spécifiques, au contraire, relèvent de l'État, de la Communauté ou de la Région, selon la matière dans laquelle elles s'inscrivent. Cette distinction, créée pour les besoins de la réforme de l'État, soulève de nombreux problèmes ⁴⁷.

La loi spéciale définit la tutelle ordinaire comme

« toute forme de tutelle instituée par la loi communale, la loi provinciale ou la loi du 26 juillet 1971, en ce qui concerne notamment les budgets, les comptes annuels, les cadres du personnel ».

On en déduit, *a contrario*, que les tutelles spécifiques sont celles qu'organisent des lois particulières.

La définition ainsi énoncée par la loi spéciale pêche manifestement par son formalisme. Reposant sur un critère que le législateur lui-même pouvait modifier, elle s'est avérée quasiment impraticable. Force est donc de rechercher une définition des concepts de tutelle ordinaire ou spécifique qui, sans trahir l'intention du législateur spécial, ne se heurte pas à la même impasse.

Dans cette perspective, jurisprudence et doctrine cherchent à préciser la ligne de partage entre la tutelle « ordinaire », destinée à présider aux décisions qui concernent la gestion communale en général, et la tutelle « spécifique », destinée à assurer la gestion cohérente de matières particulières. Pour ces dernières, les trois facettes du pouvoir central — État, Communauté et Région — seront tour à tour compétentes selon la matière concernée.

Il apparaît en tout cas que la tutelle spécifique ne peut se présenter que comme une tutelle d'approbation ou d'autorisation, voire sous d'autres formes plus coercitives. Les procédés de la suspension et de l'annulation paraissent voués à la qualification de tutelle ordinaire ⁴⁸.

§ 2. — *Sur les centres publics d'aide sociale*

L'exercice de la tutelle sur les centres publics d'aide sociale a été confiée dès 1980 aux Communautés, au titre de leur compétence pour la politique d'aide sociale.

⁴⁴ C.A., 13 mai 1992, n° 43/92.

⁴⁵ Art. 7, al. 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

⁴⁶ C'est-à-dire les communes de Drogenbos, Kraainem, Linkebeek, Rhode-St-Genèse, Wemmel, et Wezembeek-Oppeem (dites communes périphériques), Comines-Warneton et Fourons.

⁴⁷ Voy. not. P. GILLIAUX, *op. cit.*, n°s 91 et s. ; P. NIHOUL, « La commune et le C.P.A.S. à la suite de la réforme de 1993 », *Mouv. comm.*, 1994, p. 67 à 76.

⁴⁸ Dans ce sens, C.E., n° 25 539, du 28 juin 1985

Ce n'est cependant que lors des réformes institutionnelles de 1993 que les Communautés se sont vu reconnaître en la matière une compétence normative. Le nouvel article 5, § 1^{er}, II, 2°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 permet en effet aux Communautés de légiférer en ce qui concerne « les règles organiques des centres publics d'aide sociale », en ce compris l'organisation de la tutelle administrative sur ceux-ci ⁴⁹.

Compte tenu des transferts de compétences décidés en 1993 par la Communauté française, cette disposition a pour effet de confier à quatre législateurs différents le règlement de cette question : la Communauté flamande pour les C.P.A.S. de la région de langue néerlandaise, la Communauté germanophone pour les C.P.A.S. de la région de langue allemande, la Région wallonne pour les C.P.A.S. de la région de langue française et la Commission communautaire commune pour les C.P.A.S. de la région bilingue de Bruxelles-capitale.

§ 3. — *Sur les autres institutions locales*

La tutelle sur les intercommunales peut, depuis 1980, être réglée et exercée par les autorités régionales ⁵⁰, chacune dans son ressort territorial ⁵¹. Depuis 1993, les Régions sont d'ailleurs devenues compétentes pour l'ensemble de la législation organique des intercommunales, un accord de coopération étant obligatoire pour ce qui concerne les intercommunales dont le ressort dépasse les limites d'une Région ⁵².

Les autres institutions en relation avec les pouvoirs locaux ne sont pas soumises à une tutelle administrative légalement organisée. Tel est le cas, en particulier, des a.s.b.l. dites communales ⁵³. Bien qu'il ait parfois été soutenu que de telles institutions étaient soumises par extension à une tutelle administrative ⁵⁴, cette thèse ne nous paraît pas défendable, compte tenu du principe de légalité ⁵⁵.

On doit également relever que les futures régies communales autonomes et leurs filiales échappent, de même, à tout procédé de tutelle administrative ⁵⁶.

SECTION 2. — LES TEXTES APPLICABLES EN RÉGION WALLONNE ET EN RÉGION FLAMANDE

§ 1^{er}. — *En Région wallonne*

La tutelle ordinaire sur les *communes* de la Région wallonne est réglée par le décret du Conseil régional wallon du 20 juillet 1989 et son arrêté d'exécution du 14 novembre 1991. Ces textes règlent de manière exhaustive la tutelle générale, les tutelles spéciales et les tutelles de substitution et de réformation.

On doit cependant excepter du champ d'application de ce texte les communes de la région de langue allemande, qui sont soumises aux dispositions de la nouvelle loi communale, en particulier en ses articles 264 et suivants, de même que la commune de Comines-Warneton, également visée par la nouvelle loi communale.

⁴⁹ Voy. notre contribution in *La Belgique fédérale*, Bruylant, 1994, n° 335 et s. ; P. NIHOUL, art. cité.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 278.

⁵¹ Pour un aperçu des problèmes soulevés par cette disposition, voy. J. VAN HAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Nemesis, 1988, n° 3 et s.

⁵² Art. 6, § 1^{er}, VIII, et art. 92bis, § 2, d, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

⁵³ Sur cette notion, voy. principalement P. LEWALLE, « Les a.s.b.l. communales : organisation, missions et contrôle », *A.P.T.*, 1986/2, p. 154 et s.

⁵⁴ *R.P.D.B.*, v° Communes, n° 115.

⁵⁵ Voy., en ce sens, P. LEWALLE, art. cité, p. 156.

⁵⁶ Voy. M. BOVERIE, « Les régies communales », *Mouv. commun.*, 1995/6-7, p. 337 et s., et notre étude, « La démocratie locale et les organismes locaux d'intérêt public », *Rev. dr. commun.*, 1995, 4-5, p. 281 et s.

Les *provinces* de la Région wallonne sont visées par le décret du 20 juillet 1989, à l'exception toutefois du Brabant wallon, qui n'est pas cité, et pour cause, dans le champ d'application de celui-ci. Comme le législateur régional n'a abrogé la loi provinciale qu'en ce qui concerne les quatre provinces nommément citées par l'article 1^{er} du décret, force est de constater que la nouvelle province reste soumise aux articles 86 à 90 de la loi provinciale, le Gouvernement régional se substituant toutefois au Roi dans l'application de ces textes. Une autre interprétation ne pourrait être soutenue que par analogie, en présumant que l'intention du législateur régional n'était pas de créer une telle disparité de traitement entre les diverses provinces.

Les *intercommunales* de la Région wallonne, y compris celles qui couvrent le territoire de la région de langue allemande, sont également visées par le décret du 20 juillet 1989, en ses articles 37 à 39. Le législateur a cependant limité le champ d'application du décret aux intercommunales dont le ressort ne dépasse pas les limites de la Région, et il a exclu celles dont la Région elle-même est membre⁵⁷. Pour ces deux catégories d'intercommunales, c'est encore la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales qui trouve à s'appliquer ; l'exercice des prérogatives de tutelle qui y sont prévues devrait revenir aux Gouvernements concernés, agissant dans le cadre d'un accord de coopération⁵⁸.

Quant aux *centres publics d'aide sociale*, ils restent actuellement soumis aux dispositions de la loi du 8 juillet 1976, modifiée par le décret du 6 avril 1995.

§ 2. — *En Région flamande*

La tutelle ordinaire sur les *communes* de la Région flamande est réglée par le décret du Conseil flamand du 28 avril 1993, auquel il faut adjoindre les dispositions du décret du 24 juillet 1991, qui règle spécialement les mesures de tutelle applicables aux décisions disciplinaires à l'égard de membres du personnel communal.

Sont soustraites à ces dispositions, les communes périphériques ainsi que la commune de Fourons, dont le régime de tutelle est réglé par la nouvelle loi communale. Comme on le sait, le régime applicable à Fourons (ainsi qu'à Comines-Warneton) se singularise par l'intervention du collège des gouverneurs de province, destinée à limiter les frictions communautaires à l'occasion de l'exercice de la tutelle.

Les *provinces* flamandes sont soumises aux dispositions du décret du Conseil flamand du 22 février 1995.

La tutelle sur les *intercommunales* de la Région flamande est régie par la loi du 22 décembre 1986, jusqu'à une éventuelle modification décrétole, et les *centres publics d'aide sociale* sont sous l'empire de la loi du 8 juillet 1976. Dans l'application de ces dispositions, il convient cependant d'opérer les transpositions adéquates, et de substituer au Roi le Gouvernement régional.

§ 3. — *En Région de Bruxelles-capitale*

Les *communes* de la Région de Bruxelles-capitale se trouvent dans une situation particulièrement inconfortable quant à leur régime de tutelle administrative. En effet, le législateur régional n'a encore pu adopter à ce jour aucune ordonnance réglant cette matière.

⁵⁷ Sur les intercommunales interrégionales, voy. la contribution de S. GILQUART, in *Les intercommunales à l'heure des Régions*, CIRIEC, 1994, p. 105 et s. ; voy. aussi, dans le même ouvrage, la contribution de Ph. Coenraets consacrée au problème de la participation des Régions à des intercommunales, p. 91 et s.

⁵⁸ L'article 6, § 5, al. 1^{er}, de la loi spéciale prévoyait l'adoption de telles décisions de commun accord entre les Gouvernements respectifs ; mais cette disposition a été abrogée sur ce point par la loi spéciale du 16 juillet 1993.

Or, à l'époque où la loi communale a fait l'objet d'une coordination, intitulée « Nouvelle loi communale », le législateur national n'était déjà plus compétent pour légiférer sur la tutelle administrative à l'égard de la généralité des communes : la régionalisation de la matière date de la loi spéciale du 8 août 1988. C'est pourquoi la nouvelle loi communale ne vise que les communes qui relèvent de la compétence fédérale, soit les communes à statut linguistique spécial et celles de la Région de langue allemande.

Les communes bruxelloises restent donc soumises aux dispositions de la loi communale, telle qu'elle était en vigueur avant la coordination... dispositions qui sont devenues introuvables dans les Codes ! La procédure de tutelle est précisée par l'article 56 de la loi du 26 juillet 1971.

Cette situation devrait se trouver prochainement modifiée, par l'adoption d'une ordonnance qui réglerait la tutelle ordinaire sur les communes bruxelloises.

Pour les *intercommunales* et les *centres publics d'aide sociale*, les législations fédérales (respectivement lois des 22 décembre 1986 et 8 juillet 1976) restent actuellement applicables jusqu'à l'éventuelle intervention du législateur régional.

CHAPITRE 3. — Problèmes en relation avec la pratique notariale

En termes pratiques, l'effet principal de la tutelle administrative est de faire peser sur les décisions des autorités locales l'incertitude inhérente à l'existence de systèmes de contrôle *a posteriori*. Cette caractéristique est commune aux tutelles d'annulation et d'approbation ; seule la tutelle d'autorisation, devenue très rare, évite cette incertitude puisqu'elle subordonne la validité de la décision même à une autorisation préalable.

Dans la plupart des cas, le problème qui se posera au notaire est de devoir donner suite à une décision de vente, d'achat, d'échange, de constitution de société, etc., adoptée par une institution locale, en tenant compte de l'éventualité d'une suspension, d'une annulation ou, plus rarement, d'une improbation de cette décision par les autorités de tutelle.

Nous situerons tout d'abord en termes généraux comment se définit l'effet des actes de tutelle administrative sur les engagements contractuels. Ensuite, nous essaierons de conseiller les clauses susceptibles de fournir aux parties une sécurité juridique maximale.

SECTION 1^{re}. — L'EFFET DE LA TUTELLE ADMINISTRATIVE SUR LES ENGAGEMENTS CONTRACTUELS

§ 1^{er}. — *Actes administratifs et contrats :* *la notion d'acte détachable*

Pour mesurer exactement les termes du problème, il faut rappeler la distinction subtile — certains diront sybilline — que le droit administratif établit entre la décision prise par une administration publique de conclure un contrat (décision qui constitue un acte administratif unilatéral) et la conclusion même de ce contrat (laquelle relève bien évidemment du domaine contractuel). La décision de contracter est considérée comme un acte « détachable » du contrat, et peut être soumise à ce titre à un régime juridique distinct de celui du contrat lui-même.

Cette notion a été élaborée essentiellement par le Conseil d'État, dans le cadre du contentieux de l'annulation. Incompétent pour connaître des recours dirigés contre des contrats⁵⁹, le Conseil d'État estime, à l'instar du Conseil d'État de France, que les décisions qui concourent à la conclusion d'un contrat peuvent être distinguées de celui-ci et constituent, par elles-mêmes, des actes unilatéraux susceptibles de recours⁶⁰.

L'illustration la plus frappante de cette théorie se trouve dans la matière des marchés publics : elle permet en effet au Conseil d'État de connaître des recours dirigés contre le choix du soumissionnaire d'un marché public, et cela en dépit de la nature manifestement contractuelle de la relation juridique qui est nouée entre l'administration et l'entrepreneur. De même, la décision de mettre un bien en vente ou en location sont des actes détachables⁶¹.

L'application de cette distinction permet au requérant d'obtenir l'annulation de l'acte détachable. Mais celle-ci laisse, par définition, subsister le contrat conclu sur cette base.

L'efficacité du recours auprès du Conseil d'État trouve là ses limites. Le requérant, ayant obtenu satisfaction devant la juridiction administrative, n'aura pas pour autant fait établir la nullité du contrat. C'est pourquoi les demandes de suspension des décisions d'attribution de marchés publics sont, dans la plupart des cas, rejetées lorsqu'elles ont déjà été notifiées à l'adjudicataire et que, de ce fait, le contrat civil est déjà conclu : la suspension de l'acte détachable laisserait subsister le contrat civil déjà conclu, et n'empêcherait donc pas la réalisation d'un préjudice grave et difficilement réparable⁶².

Cela étant, la question de savoir si le requérant peut obtenir devant les juridictions judiciaires l'annulation ou la suspension du contrat, ou s'il doit se contenter d'une indemnisation⁶³, reste douteuse.

La tendance traditionnellement dominante refuse à l'entrepreneur évincé la possibilité de faire valoir le droit à une réparation en nature, et justifie cette solution principalement eu égard à l'absence de droit subjectif à l'attribution du marché⁶⁴.

Certaines décisions récentes vont à l'encontre de cette tendance. La cour d'appel de Bruxelles, statuant en référé, a considéré que la violation de la législation sur les marchés publics, constatée par le Conseil d'État dans un arrêt de suspension, constituait le fondement d'une nullité absolue de la convention, de sorte que l'entrepreneur évincé pouvait obtenir en référé l'interdiction d'exécuter le marché⁶⁵. Une décision prudente du tribunal civil de Liège semble aller dans le même sens quant au fond, tout en donnant tort à l'entrepreneur en l'espèce, eu égard à la balance des intérêts en présence⁶⁶.

⁵⁹ Le contentieux des contrats relève en effet du domaine des droits subjectifs, que les articles 144 et 145 de la Constitution réservent aux cours et tribunaux. La compétence du Conseil d'État n'est que subsidiaire par rapport à la compétence générale du pouvoir judiciaire, de sorte que si l'objet véritable d'un recours en annulation est de se prononcer sur la validité ou sur l'exécution d'un contrat, le Conseil d'État se déclare systématiquement incompétent : voy. not. J. SALMON, *Le Conseil d'État*, Bruylant, 1994, p. 259 et s., et la jurisprudence citée.

⁶⁰ Pour de plus amples développements, voy. M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Story-Scientia, 1991, p. 183 et s.

⁶¹ En revanche, le licenciement d'agents sous contrat de travail n'est pas considéré comme tel : v. not. C.E., 27 oct. 1993, *Demolin*, n° 44741, *Rev. dr. comm.*, 1994/1, p. 48, et Cass., ch. réunies, 17 nov. 1994, *J.T.*, 1995, 164.

⁶² C.E., 13 juillet 1990, *s.p.r.l. Marcel Coulier*, n° 35459 ; 22 mai 1991, *S.A. Europese Technologies*, n° 37039, *Entr. et dr.*, 1992, p. 252, avis STEVENS ; 27 octobre 1993, *S.A. Protection intégrale*, n° 44766.

⁶³ Qui, lorsqu'il s'agit d'un marché passé par adjudication, est fixée forfaitairement par la loi à 10 % du montant de celui-ci.

⁶⁴ FLAMME, MATHEI et FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 1986, p. 237 ; Ph. GÉRARD, « La responsabilité des pouvoirs publics en matière de travaux publics », in *Questions d'actualité en matière de travaux publics*, Recyclage en droit des Facultés universitaires St-Louis, 1989, p. 45 et 60 ; Bruxelles, 28 octobre 1985, *J.T.*, 1987, p. 271.

⁶⁵ 25 mars 1993, *Entr. et dr.*, 1993, p. 233.

⁶⁶ 24 novembre 1995, *Entr. et dr.*, 1996, p. 228.

En revanche, dans le cadre de la célèbre affaire des bus wallons, l'entrepreneur évincé n'a pu obtenir à ce jour de faire obstacle à l'exécution du contrat conclu ⁶⁷. L'évolution du droit communautaire des marchés publics joue, dans ce domaine, un rôle particulièrement important.

La construction jurisprudentielle de l'acte détachable trouve donc son origine et ses applications dans le contentieux objectif de l'annulation (et aujourd'hui de la suspension). On pourrait cependant penser que la notion est parfaitement transposable au domaine de la tutelle administrative, en tous cas lorsque celle-ci emprunte les voies de la tutelle générale : il s'agit, ici aussi, de suspendre ou d'annuler, *a posteriori*, des décisions administratives pouvant concourir à la conclusion d'un contrat.

Toutefois, comme nous allons le voir, la jurisprudence semble appréhender sous un jour un peu différent le problème de l'effet des interventions de l'autorité de tutelle sur les contrats conclus par les pouvoirs subordonnés.

§ 2. — *Les suites de l'annulation ou de l'improbation par l'autorité de tutelle*

A. — *Généralités*

Pour décrire les effets de l'intervention de l'autorité de tutelle sur les engagements des pouvoirs locaux, il est traditionnellement fait appel à une sorte d'analogie avec la condition suspensive ou la condition résolutoire. L'approbation constituerait une sorte de condition suspensive, puisque l'acte soumis à approbation ne peut être exécuté avant que l'approbation n'ait été donnée. L'annulation jouerait le rôle d'une condition résolutoire.

Si tentant que soit le parallèle avec les institutions du droit civil, il s'avère cependant présenter plusieurs failles ⁶⁸. La plus significative nous semble résider dans la nature même des institutions en cause. Les conditions sont des modalités des obligations, nécessairement prévues et convenues par les parties ; la tutelle administrative est une institution légale, touchant des actes administratifs, et que les parties n'ont pas nécessairement intégrée expressément dans leurs conventions. Assimiler les conséquences d'une institution légale à celles d'une disposition contractuelle paraît, en soi, contestable.

Quoi qu'il en soit, notre propos dans le cadre de la présente étude n'est pas de refaire la théorie des effets de la tutelle administrative, mais bien de circonscrire aussi clairement que possible la portée des problèmes pratiques que sa mise en œuvre peut susciter. Aussi nous attacherons-nous surtout à examiner attentivement la jurisprudence récente dont nous avons connaissance.

B. — *Examen de la jurisprudence*

Il faut tout d'abord évoquer l'arrêt remarqué de la Cour de cassation du 5 juin 1981 ⁶⁹.

Dans cette affaire, la commune avait procédé à une adjudication et désigné un entrepreneur, auquel sa désignation avait été notifiée « sous réserve d'approbation » (les travaux de l'espace étant à l'époque soumis à l'approbation de l'autorité de tutelle) ; l'issue de la procédure d'approbation devait lui être communiquée dans les 120 jours. Or, dès avant l'écoulement de ce délai, la commune, s'apercevant qu'elle n'obtiendrait pas l'approbation requise, abandonne

⁶⁷ Prés. C.J.C.E., 22 avril 1994, *J.T.*, 1994, p. 691 et Civ. Namur (réf.), 24 août 1994, *J.T.*, 1994, p. 693, obs. FLAMME.

⁶⁸ Voy. les observations éclairantes de X. DIEUX, note sous Cass., 5 juin 1981, *A.P.T.*, 1984, p. 145 et s.

⁶⁹ *A.P.T.*, 1984, p. 139 et s.

la procédure et procède à une nouvelle adjudication, de laquelle l'entrepreneur est évincé. Ensuite seulement, intervient l'improbation prévisible.

Statuant sur la demande de l'entrepreneur, la cour d'appel d'Anvers ⁷⁰ avait estimé qu'il ne pouvait mettre en cause la responsabilité de la commune, dans la mesure où la première adjudication n'avait été notifiée que sous la réserve d'une approbation qui fit ultérieurement défaut. La Cour de cassation, au contraire, estima que la commune était tenue d'indemniser l'entrepreneur dans la mesure où elle avait manqué à des obligations contractuelles ; la condition suspensive de l'approbation n'empêchait pas ces obligations d'exister, de sorte que la commune y avait manqué, *pendente conditione*, en décidant d'entamer une nouvelle procédure d'adjudication.

L'enseignement de cet arrêt, sur le plan pratique, est clair : la convention conclue sous une condition suspensive (en l'occurrence expressément prévue) existe, et les parties ne peuvent s'en délier aussi longtemps que dure l'incertitude sur la réalisation de la condition. Ce qui est en cause, ce sont les obligations des parties durant cette période d'incertitude :

« L'omission de remplir lesdites obligations tant que la condition est pendante peut donner lieu à des dommages et intérêts, dès lors que l'inexécution demeure la cause du dommage, bien qu'entre-temps la convention ait cessé d'exister. »

La solution retenue par la Cour de cassation n'aurait donc pas nécessairement été identique si la commune avait attendu l'improbation avant de recommencer la procédure.

Une deuxième affaire, très similaire, se rencontre plus récemment ⁷¹. Ici aussi, une commune procède à une adjudication, et notifie sa désignation à l'adjudicataire sous réserve d'approbation. Ladite approbation n'intervient pas, mais aucune improbation expresse n'est apparemment prononcée ⁷². La commune abandonne la procédure et la recommence, sur des bases un peu différentes ; elle désigne un autre entrepreneur et obtient cette fois l'approbation de l'autorité de tutelle.

Réformant la décision du premier juge, la cour d'appel de Liège applique la jurisprudence de l'arrêt du 5 juin 1981, en considérant que la première convention était parfaite *pendente conditione* et que la ville n'avait pu valablement s'en dédire ⁷³. L'arrêt ajoute cependant un élément à ce raisonnement en considérant que :

« Dépourvue d'effet rétroactif, la défaillance de la condition laisse subsister pour le passé l'obligation conditionnelle et le contrat dont elle provenait ; cette obligation ne s'éteint que pour l'avenir [...]. On se trouve, dès lors, dans une situation semblable à celle qui résulte de toute dissolution d'un contrat sans rétroactivité et il n'est pas contesté en pareil cas que, même après la survenance de la cause de dissolution, la responsabilité contractuelle des parties peut encore être mise en œuvre, spécialement pour des faits antérieurs à cette dissolution. »

La cour paraît donc considérer que l'effet de l'improbation (du reste non prononcée expressément) est plutôt celui d'une résiliation non rétroactive. Elle retient, de ce fait, l'existence d'une responsabilité contractuelle de la ville.

⁷⁰ 19 décembre 1979, *Entr. et dr.*, 1981, p. 295.

⁷¹ Liège, 13 juillet 1990, *Entr. et dr.*, 1993, p. 58 et *J.L.M.B.*, 1991, p. 1046 ; Cass., 18 février 1993, *Rev. dr. commun.*, 1994, p. 16, et *Pas.*, I, p. 187.

⁷² On se trouvait donc dans la situation gênante d'une incertitude prolongée, situation que les textes légaux récents rendent de plus en plus rare en prévoyant expressément que l'expiration d'un délai vaut approbation ou improbation tacites (voy. *supra*, chap. I^{er}).

⁷³ La cour estime que les motifs de l'abandon de la procédure, prérogative expressément prévue par la législation sur les marchés publics, n'étaient pas légalement admissibles. Elle constate donc ainsi l'existence d'une véritable violation des obligations contractées envers le premier entrepreneur.

La Cour de cassation confirme l'arrêt, sans s'appropriier cependant tous les motifs de celui-ci ; elle se borne à souligner, comme dans l'arrêt du 5 juin 1981, que :

« Tant que la condition est pendante, l'acte de l'autorité subordonnée est valable et complet et que, seule, son exécution est suspendue. »

Nous avons relevé une troisième espèce⁷⁴, en relation plus directe avec la pratique notariale, puisqu'elle concerne une convention de bail emphytéotique.

Le conseil communal avait arrêté un projet de bail emphytéotique et obtenu à ce sujet l'approbation de l'autorité de tutelle. Le collège échevinal, exécutant ces délibérations, fit procéder à l'établissement de l'acte notarié, mais celui-ci ne reprenait pas l'une des clauses prévues par le projet approuvé, précisément une clause résolutoire expresse.

Ultérieurement, l'emphytéote fit faillite et l'institution bancaire qui s'était portée caution de ses engagements invoqua la nullité de la convention, en raison de l'absence d'approbation du texte du bail finalement conclu entre les parties.

La cour d'appel de Liège lui donna raison, considérant que la modification introduite était de nature à porter atteinte à l'appréciation de l'autorité de tutelle et que, à défaut d'approbation sur le texte exact du bail, la convention était frappée de nullité absolue, étant conclue en méconnaissance d'une formalité d'ordre public. La Cour estime que :

« Avant ou sans l'approbation, toute mesure d'exécution de la décision est annulable ou inexistante ; cette nullité ou cette inexistence peut être invoquée par tout intéressé comme, en l'espèce, la caution. »

Saisie d'un pourvoi qui préconisait au contraire l'existence d'une simple nullité relative, la Cour de cassation le rejeta, en déclarant que :

« La tutelle administrative n'est pas instituée en vue de la protection des intérêts de la personne publique décentralisée dont les actes sont soumis à l'autorisation ou à l'approbation de l'autorité de tutelle ; l'intervention de celle-ci est destinée à lui permettre de vérifier la conformité de l'acte à la loi ou à l'intérêt général, de sorte que le défaut d'autorisation ou d'approbation peut être invoqué, non seulement par la personne de droit public décentralisée, mais par tout intéressé. »

La Cour consacrait donc par là une conception plus publiciste de la tutelle administrative, mettant l'accent sur ses finalités⁷⁵.

Une quatrième affaire met en cause une tutelle d'approbation toute particulière, étrangère aux pouvoirs locaux⁷⁶. Il s'agit d'une affaire dans laquelle l'État avait conclu avec la ville de Bruxelles une convention d'échange immobilier, opération qui, compte tenu de la valeur des biens cédés, était soumise à l'approbation législative en vertu de la loi domaniale. Après un échange de courriers actant le consentement des deux parties, l'État, ayant entre-temps reçu d'autres offres, se refusait à la passation de l'acte authentique. La « convention », concrétisée par l'échange de lettres, ne comprenait aucune disposition expresse réservant l'approbation législative.

Le tribunal civil de Bruxelles a estimé que la convention était parfaite, et il a condamné l'État à la passation de l'acte authentique, le jugement tenant lieu de titre à défaut d'exécution. L'enjeu du litige, lié à une opération de promotion immobilière entamée par la ville, était

⁷⁴ Liège, 9 mars 1990, *Rec. gén. enr. not.*, 1990, p. 491, obs. D.S. et Cass., 20 février 1992, *Pas.*, I, 551.

⁷⁵ On peut rapprocher le problème de celui que soulèvent, à l'échelon des administrations centrales, les contrôles administratifs et budgétaires et celui de la Cour des comptes : voy. P.J. DELAHAUT, « Les contrôles non juridictionnels des décisions en matière de commandes publiques », in *Les commandes publiques*, CIEAU-CREADIF, 1980, p. 225 et s., spéc. p. 252 et s.

⁷⁶ Civ. Bruxelles, 9 janvier 1992, *Entr. et dr.*, 1996, p. 186, obs. D.B. FLOOR.

non seulement la passation de l'acte, mais surtout la réalisation effective du transfert de propriété et le paiement du prix.

Comme le fait observer M. Floor ⁷⁷, la solution retenue par le tribunal rejoint une pratique constante dans la gestion des biens domaniaux : l'approbation législative se réduit à une formalité, le législateur étant systématiquement placé devant le fait accompli. Une telle solution amène évidemment à s'interroger sur la pertinence du système.

Enfin, relevons une décision en référé du tribunal civil de Namur ⁷⁸ qui porte sur la tutelle d'annulation. Il s'agit, une fois encore, d'une décision d'attribution d'un marché public. Une première procédure d'appel d'offres aboutit à la désignation d'un entrepreneur déterminé, mais l'intercommunale décide de recommencer la procédure en raison d'irrégularités non contestées. La deuxième procédure débouche sur la désignation d'un autre entrepreneur ; elle est annulée par l'autorité de tutelle. L'entrepreneur désigné dans le cadre de la seconde procédure introduit une action en référé afin d'interdire à l'intercommunale toute cessation de l'exécution du contrat, dont l'exécution était déjà en cours.

Le président du tribunal civil constate que l'annulation de la décision d'attribution du marché est, par elle-même, impuissante à affecter l'existence même du contrat ; cette constatation s'appuie notamment sur la jurisprudence du Conseil d'État. En revanche, l'ordonnance constate que cette annulation fait disparaître rétroactivement le consentement du maître de l'ouvrage, élément essentiel du contrat ; dès lors, et conformément aux principes du droit civil, le contrat est affecté d'une cause de nullité relative qui peut être invoquée (par le maître de l'ouvrage) devant les juridictions judiciaires. Dès lors, la demande de mesures provisoires est rejetée.

C. — *Appréciation de la jurisprudence*

Le simple examen de ces décisions fait apparaître la complexité du problème posé. Manifestement, les juridictions appréhendent la question de manière différente, voire en termes inconciliables : tantôt le pouvoir public se voit condamner sur la base d'un contrat non approuvé, tantôt ce contrat est dit frappé de nullité, et même de nullité absolue !

Peut-être est-il néanmoins possible de clarifier les données de la question, en distinguant bien les hypothèses en présence.

En ce qui concerne la *tutelle d'approbation*, il faut, nous semble-t-il, distinguer selon que l'engagement contractuel souscrit par le pouvoir local énonce ou non la « condition suspensive » ou la réserve dont est affecté le contrat.

Lorsqu'une telle *réserve* est *expressément énoncée*, la conclusion du contrat doit être considérée comme valable. En effet, si la nature même de la tutelle d'approbation est d'interdire la mise à exécution de la décision non encore approuvée, une convention conclue sous réserve n'enfreint nullement cette règle : en effet, dans ce cas, le pouvoir local ne préjuge pas de la décision de l'autorité de tutelle. Le contrat lui-même, en revanche, ne pourrait être exécuté avant que l'approbation ne soit acquise.

Dans un tel cas, il faut certainement considérer que, durant la période d'attente (*pendente conditione*), le pouvoir local ne peut se délier de ses engagements : c'est l'enseignement des arrêts de la Cour de cassation des 5 juin 1981 et 18 février 1993. Quelle que soit l'opinion que l'on professe quant à la pertinence de la notion de condition suspensive ⁷⁹, cette solution nous paraît conforme à la fois aux principes civilistes et aux données du droit administratif. Un véri-

⁷⁷ Note d'observations précitée, n° 19.

⁷⁸ 27 avril 1992, *J.T.*, 1992, p. 497.

⁷⁹ Voy. *supra*, A.

table acte administratif a été adopté ⁸⁰, une véritable convention a été conclue régulièrement (fût-ce sous une réserve qui la rend précaire) : le pouvoir local est engagé.

En revanche, lorsque la décision est improuvée, il nous paraît que le contrat ne peut plus être mis à exécution et que le pouvoir local ne peut être tenu d'indemniser son cocontractant, en tout cas sur base d'une responsabilité contractuelle ⁸¹. Le cocontractant, ayant été dûment avisé de la précarité de son contrat, ne peut que prendre acte de la non-réalisation de la condition suspensive.

Il nous paraît donc contradictoire de considérer, comme semble le faire la cour d'appel de Liège dans son arrêt du 13 juillet 1990, qu'une convention conclue sous réserve expresse de l'approbation de l'autorité de tutelle, lierait néanmoins le pouvoir local après que cette approbation a été refusée. Nous n'apercevons pas quel sens revêtirait encore, dans ce cas, la tutelle d'approbation et la réserve expresse qui s'y réfère.

Si, au contraire, le contrat est conclu *sans mentionner la réserve de l'approbation*, quelle est sa valeur juridique ?

Sur ce point, deux des décisions examinées divergent radicalement, puisque la Cour de cassation, suivant en cela la cour d'appel de Liège, a estimé le 20 février 1992 qu'un tel contrat était frappé de nullité absolue, tandis que le tribunal civil de Bruxelles a ordonné à l'État de procurer exécution à une convention conclue dans des conditions comparables, quoique dans un contexte législatif distinct. Il est vrai que, dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, la demande émanait d'un tiers dont les intérêts s'opposaient à ceux de la commune ; tandis que, dans le cas tranché à Bruxelles, c'est l'État lui-même qui entendait se soustraire à ses obligations.

Il faut tout d'abord souligner que, en tous cas dans le contexte de la tutelle sur les pouvoirs locaux ⁸², la conclusion d'un engagement contractuel sans réserve sur le fondement d'une décision non approuvée est, en soi, une irrégularité : il s'agit en effet d'une mesure d'exécution donnée à l'acte détachable en contradiction avec la notion même d'approbation. Le pouvoir soumis à tutelle s'engage délibérément à l'égard du cocontractant en méconnaissant la précarité de sa propre décision.

Quelle est la sanction de cette irrégularité ? Conformément à l'enseignement de l'arrêt du 20 février 1992, elle nous paraît être celle de la nullité absolue. La méconnaissance du mécanisme même de la tutelle d'approbation viole des principes d'organisation de l'administration et porte donc atteinte à un intérêt supérieur à celui des parties. Tant les parties que les tiers pourront donc faire constater judiciairement la nullité du contrat, sans préjudice de la réparation du dommage ainsi causé.

Sans doute est-il assez choquant d'admettre que, dans ce contexte, le pouvoir public qui a pris un engagement contractuel irrégulier pourra lui-même se retrancher derrière cette irrégularité. La Cour de cassation a cependant admis, dans un contexte plus large, que les pouvoirs publics pouvaient user de l'exception d'illégalité prévue par l'article 159 de la Constitution ⁸³, et arguer ainsi de l'illégalité de leurs propres actes.

⁸⁰ Contrairement à ce qui est enseigné dans le cas d'une tutelle d'autorisation.

⁸¹ Une responsabilité reste envisageable si, par exemple, la cause de l'annulation par l'autorité de tutelle est une illégalité commise par le pouvoir local ; mais il s'agirait alors d'une *culpa in contrahendo*, de nature aquilienne.

⁸² La portée de l'approbation législative en matière d'aliénation des biens domaniaux pourrait éventuellement être interprétée différemment, s'agissant d'une « tutelle » interne à une même personne juridique, et liée à un système de responsabilité politique. Voy. les observations précitées de D.B. Floor.

⁸³ Cette jurisprudence est en contradiction avec celle du Conseil d'État, qui reste attachée aux principes de la théorie du retrait d'acte, rappelés ci-avant. Mais cette théorie ne s'applique en tout état de cause qu'aux actes unilatéraux et non aux contrats.

Néanmoins, la rigueur de ce principe peut être atténuée par deux considérations. D'une part, le pouvoir public encourt, bien entendu, une responsabilité à l'égard du cocontractant lorsqu'il manque ainsi à ses engagements, pour avoir méconnu une obligation légale. Une telle responsabilité doit en tout cas être établie si — ce qui est loin d'être toujours vrai — le cocontractant ignorait les aléas de la tutelle d'approbation, de sorte que l'administration a manqué de loyauté en ne l'en informant pas, et si l'illégalité commise incombe exclusivement à l'administration. D'autre part, ne serait-il pas possible que le juge ordonne à l'administration, au titre d'une réparation en nature, de faire le nécessaire pour obtenir l'approbation qui fait défaut, et de faire ainsi renaître le contrat ⁸⁴ ?

Quant à la *tutelle d'annulation*, les problèmes qu'elle soulève sont dans certains cas analogues à ceux que nous venons d'évoquer.

En effet, lorsque la décision soumise à la tutelle générale est frappée d'une suspension provisoire, ou lorsque la loi prévoit qu'elle ne peut être exécutée ⁸⁵, on se trouve dans une situation tout à fait comparable à celle d'un acte en attente d'approbation.

Dans les autres cas, l'acte soumis à la tutelle générale peut recevoir exécution, et le pouvoir local peut donc conclure sans restriction des engagements contractuels valables. Il restera, cependant, à déterminer quel est l'effet d'une annulation survenant ultérieurement.

Le tribunal civil de Namur nous paraît avoir raisonné très justement en estimant que l'annulation du contrat par l'autorité de tutelle fait disparaître rétroactivement le consentement de la personne publique, et frappe dès lors le contrat de nullité relative. Cette solution traduit en quelque sorte mécaniquement l'effet juridique de l'annulation : le consentement au contrat est censé n'avoir jamais existé.

Faut-il aller au-delà de cette interprétation, et admettre que l'annulation puisse être cause d'une nullité absolue ? La question est pertinente, car la faiblesse de la thèse de la nullité relative est de priver de tout recours efficace les tiers, souvent directement concernés par l'irrégularité sanctionnée par l'autorité de tutelle : à défaut d'action en nullité introduite par l'une des parties, le tiers devra s'incliner devant la force du fait (contractuel) accompli.

À notre avis, l'existence d'une cause de nullité absolue devra, dans un tel cas, être appréciée par le juge lui-même et non pas être déduite automatiquement de l'intervention de l'autorité de tutelle. Celle-ci peut, en effet, se fonder sur toutes sortes de considérations, depuis la méconnaissance de l'intérêt général, jusqu'à des irrégularités relativement mineures (non-respect d'une circulaire, convocation d'un organe collégial incomplète ou tardive, etc.) ou au contraire substantielles (méconnaissance de règles de compétence, etc.).

Si le juge estime que le contrat est affecté d'une irrégularité touchant à l'ordre public, il dira ce contrat entaché de nullité absolue ; dans le cas contraire, il rejettera l'action en nullité introduite par des tiers. Dans cette perspective, l'annulation par l'autorité de tutelle ne serait pas en soi considérée comme cause de nullité absolue, mais elle pourrait révéler l'existence d'une telle cause.

SECTION 2. — COMMENT ASSURER UNE PLUS GRANDE SÉCURITÉ DES OPÉRATIONS SOUMISES À TUTELLE ?

De manière générale, le notaire agira prudemment en informant les parties de l'existence et de la teneur des dispositions relatives à la tutelle administrative sur l'acte juridique

⁸⁴ En effet, l'approbation produirait, comme il a été exposé ci-avant, un effet rétroactif, de sorte que la cause de nullité du contrat disparaîtrait.

⁸⁵ Ce qui est souvent le cas en matière d'attribution des marchés publics : voy. *supra*, chap. I^{er}, sect. 1, § 2.

concerné. Cette information s'adresse plus particulièrement au cocontractant de l'administration.

Pour couvrir sa responsabilité, et établir qu'il a attiré l'attention des parties sur la question, le notaire pourrait faire inscrire dans les actes une clause selon laquelle les parties reconnaissent avoir reçu connaissance des dispositions de la législation applicable en l'espèce, régissant la tutelle administrative.

Au-delà de cette précaution, l'insertion de certaines clauses dans les engagements contractuels des parties peut limiter l'insécurité juridique causée par les mécanismes de tutelle et illustrée par la jurisprudence que nous avons analysée.

§ 1^{er}. — Dans le cas de la tutelle d'approbation

Lorsque la décision de l'administration est soumise à une tutelle d'approbation, ce qui est devenu rare, le contrat conclu suite à cette décision doit être assorti d'une réserve mentionnant la nécessité de l'approbation. À défaut d'une telle réserve, le contrat constitue un acte d'exécution irrégulier de l'acte administratif non encore approuvé.

Il y a donc lieu de recommander aux parties d'inscrire dans la convention la mention selon laquelle elle est conclue sous réserve de l'approbation, par l'autorité de tutelle compétente, de la délibération du pouvoir local. On précisera utilement que la convention ne peut être mise à exécution avant que cette approbation n'ait été obtenue, soit expressément, soit par expiration des délais légaux ⁸⁶.

Pour faciliter l'application de ce principe, et compte tenu des difficultés pratiques qu'implique la mise en œuvre de la procédure de tutelle ⁸⁷, on peut également recommander que le pouvoir local s'engage à transmettre la décision aux autorités de tutelle et à aviser sans délai son cocontractant :

- de la date exacte de transmission de sa délibération aux autorités de tutelle ;
- de toute décision d'approbation ou d'improbation lui notifiée par ces autorités ;
- des recours éventuellement introduits par le pouvoir local à l'encontre d'une improbation, et de l'issue qui leur est réservée.

Par ailleurs, la sécurité juridique est fortement accrue si les parties règlent clairement dès la conclusion de la convention les conséquences d'une improbation ou d'un défaut d'approbation.

Sans doute cette technique se heurte-t-elle à un cercle vicieux : les clauses de la convention censurée par l'autorité de tutelle voient évidemment *ipso facto* leur propre valeur mise en question. Néanmoins, si l'on raisonne en distinguant nettement l'acte détachable (soumis à la tutelle) et le contrat, cette objection perd de son intérêt ; en outre, sur le plan pratique, il nous semble que l'insertion de clauses contractuelles réglant spécifiquement les effets de la tutelle est de nature à clarifier les relations entre les parties et à limiter les risques de contentieux.

Il peut, par exemple, être convenu qu'en cas d'improbation, la convention devient définitivement caduque, sans qu'aucune des parties ne puisse prétendre de ce chef à aucune indemnité à charge de l'autre. Une telle clause n'exclut nullement, bien entendu, la responsabilité contractuelle d'une partie qui manquerait à ses obligations avant que la décision d'improbation ne soit connue.

Par ailleurs, il peut aussi être utile de régler l'hypothèse du silence prolongé de l'autorité de tutelle, du moins dans les cas où la loi n'assimile pas ce silence à une approbation ou improbation tacites. Pour éviter de prolonger indéfiniment l'incertitude, et de maintenir en vigueur

⁸⁶ Ce second cas n'étant envisageable que lorsque la législation applicable prévoit une approbation tacite par écoulement d'un délai.

⁸⁷ Voy. ci-dessus, p. 4 ; ces considérations valent également pour la tutelle d'approbation.

une convention en quelque sorte paralysée, il paraît raisonnable de permettre aux parties de se délier de leurs engagements après une certaine durée. Ceci pourrait se traduire par une clause prévoyant :

- que, sous réserve des dispositions qui suivent, la durée de la convention est de ... (durée normale prévue en cas d'approbation) ;
- qu'en cas d'improbation, la convention devient caduque immédiatement (cf. ci-dessus),
- qu'en l'absence d'approbation ou d'improbation, la convention reste en vigueur jusqu'à (telle date).

*§ 2. — Dans le cas de la tutelle
de suspension et d'annulation*

Pour les actes conclus dans le cadre de délibérations qui sont seulement soumises à la tutelle générale, on peut opter entre deux formules opposées quant à la valeur des engagements conclus.

Dans une première variante, la plus prudente, la convention ne sera pas exécutoire avant d'être à l'abri de l'intervention de l'autorité de tutelle. Elle suivra alors un régime analogue à celui qui résulterait de la tutelle d'approbation. Si telle est l'intention des parties, on prévoira une clause selon laquelle la convention est conclue sous réserve de l'absence d'annulation, par l'autorité de tutelle compétente, de la délibération du pouvoir local.

Les obligations d'information que nous évoquions ci-avant dans le cas d'une tutelle d'approbation peuvent également être prévues dans le cas présent.

L'acte pourrait aussi régler les conséquences d'une éventuelle annulation par l'autorité de tutelle, en prévoyant par exemple ⁸⁸ qu'en cas d'annulation, la convention sera rétroactivement mise à néant, de plein droit, sans qu'aucune des parties ne puisse prétendre de ce chef à une indemnité à charge de l'autre partie. Une telle clause étendrait donc l'effet de l'annulation au-delà de la nullité relative qui en est la conséquence reconnue par la jurisprudence ⁸⁹.

Dans une seconde variante, plus audacieuse, les parties souhaiteront mettre leur accord en œuvre, avant même que l'expiration des délais légaux ne confère à la délibération un caractère définitif.

Pareille attitude est légalement admissible, la tutelle générale ne portant pas atteinte au caractère exécutoire des décisions qui y sont soumises. Aucune clause particulière n'est alors requise, la convention pouvant sortir immédiatement ses pleins et entiers effets. Mais il s'avérera particulièrement utile de régler les conséquences d'une suspension et d'une annulation par l'autorité de tutelle.

On prévoira que la suspension par l'autorité de tutelle équivaut à une cause de force majeure et dispense en tout cas le pouvoir local, et éventuellement les deux parties, de l'exécution de leurs obligations respectives, sans indemnisation de part ni d'autre. Quant à l'annulation, on pourrait convenir, selon la nature du contrat et l'intention des parties, de lui conférer l'effet d'une résolution sans effet rétroactif, ou au contraire d'une mise à néant intégrale de la convention, avec *restitutio in integrum* ; les conséquences de l'annulation en termes de responsabilité pouvant également être réglées en des sens divers.

⁸⁸ Rien n'empêche, bien entendu, de prévoir, selon la volonté des parties, d'autres clauses limitant ou confirmant la responsabilité du pouvoir local. Celui-ci peut éventuellement garantir son cocontractant contre une annulation éventuelle.

⁸⁹ Voy. *supra*, sect. 1, § 2, B, *in fine*.