

-Droit administratif-

[26/01/2009]

On découpe le cours en deux parties de trente heures. Partie A et partie B.

3 objets :

- L'organisation de l'administration (Partie A)
- L'action de l'administration (Partie B)
- Les contrôles de l'administration (Partie A)

On comprend mieux comment fonctionne l'action à partir du moment on connaît les sanctions que l'administration peut encourir.

Instruments du cours : syllabus (2) tome 1er : organisation et contrôles de l'administration et tome 2 : l'action de l'administration. Dans le syllabus il n'y a pas les exemples du cours. Il est donc nécessaire de venir au cours. + ouvrage 1001 idées pour l'étudiant en droit public.

Permanence : vendredi de 10h45 à 12h B207 – david.renders@uclouvain.be – 010/47.47.05 ou 06 ou 09

Examen : les notes comptent, ce qu'on voit au cours compte donc si on n'aborde pas un point du syllabus, ce n'est pas à connaître. Une partie écrite 30 min. 2 questions (petites et précises – réponses précises pas forcément longue et qui portent sur l'organisation et les contrôles). 1 partie orale devant un assistant : 15 à 20 min. 2 questions sur la partie B (action de l'administration). Plus c'est court mieux c'est bon signe. Partie orale devant le professeur. 5 min à 7 min. c'est une seule question très précise qui peut porter n'importe où dans le cours et surtout qui nous balade d'un endroit à un autre. 5 points par chaque partie. Attention, tous les exemples sont importants pour l'examen. Il faut savoir donner plusieurs exemples à l'examen ou être sûr de questionner sur un exemple.

Introduction

Le droit administratif englobe l'ensemble des questions juridiques qui, sous un angle ou sous un autre, touchent aux rapports entre le citoyen et l'administration ou entre les administrations entre elles. Cela implique, comme dit ci-dessus, l'examen de trois objets : l'organisation de l'administration, les contrôles sur l'administration et l'action de l'administration.

A priori, il n'est pas possible de mesurer l'utilité pratique des trois objets d'études sauf en se mettant directement en situation. On va se placer dans 5 situations très concrètes dans lesquelles le droit administratif et ses trois objets vont prendre place.

Situation 1 – La motion de méfiance constructive communale wallonne à l'égard d'un échevin carolorégien

Début septembre 2005 - affaire de « la Carolorégienne ». Plusieurs échevins sont entendus dans l'affaire. Certains sont inculpés d'autres pas. L'affaire suit son cours. Vient dans les semaines qui surviennent, une grande réforme législative sur le droit local en région wallonne. Elle donne lieu à l'élaboration du code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation – CWADEL – qui aboutit le 8 décembre 2005. L'un des échevins qui n'est pas inculpé va essuyer une motion de méfiance constructive communale. En clair, il s'agit du fait que le conseil communal de la ville de Charleroi démet l'intéressé dans la mesure où le conseil communal n'a plus confiance en lui sur le plan politique. On ne fait pas de responsabilité pénale, civile ou disciplinaire, il s'agit uniquement d'un point de vue politique. L'intéressé va au Conseil d'Etat en vue de faire suspendre l'exécution de cette motion de méfiance communale. Notre échevin empreinte la procédure d'extrême urgence. C'est la suspension d'extrême urgence. Il obtient gain de cause et la motion est suspendue dans ses effets, elle existe toujours mais ne produit pas ses effets donc l'échevin reprend ses fonctions (arrêt *Vanbergen* du CE du 28 mars 2006). Dans la presse, la classe politique wallonne se rebelle et affirme que cet acte n'est pas un acte juridique administratif unilatéral et donc que le CE n'est pas habilité pour la contrôler. Ils disent que c'est un acte politique. En suspendant l'exécution de la motion litigieuse, le CE serait sortit de son rôle.

La classe politique veut modifier le CWADEL, puisque le CE croit qu'il peut censurer une motion alors je vais démontrer que pas du tout et que c'est du politique et souverain à la politique. Le 8 juin 2006, un décret est adopté pour modifier le régime de l'adoption de la motion de méfiance constructive communale. Dans cette modification, on affirme que la motion constructive communale ne doit plus être motivée en la forme, ce qui revient à dire que le CE voit son pouvoir de contrôle annihilé sur ce point. Par ailleurs, il est interdit que la personne à qui le conseil communal s'apprête à infliger la motion soit assistée d'un avocat ce qui, dans le silence du décret, était jusqu'alors admis.

Sur le fondement de ce nouveau dispositif, le conseil communal de la ville de Charleroi souhaite donc adopter à la fin du mois de juin une nouvelle motion de méfiance en étant donc sûr que le CE n'y touchera plus. Certains auteurs de doctrine considèrent qu'indépendamment des faits, la motion de méfiance était bel et bien un acte administratif unilatéral qui donne le droit au CE de le suspendre. A la Cour constitutionnelle on y consacre donc que le décret est

contraire à une disposition constitutionnelle (arrêt du 19 décembre 2007). (Un des deux auteurs est le professeur Renders).

→ Il y a donc bien une question de l'**organisation** de l'administration : il s'agit du statut de l'échevin du contrôle politique que peut assurer le conseil communal à l'égard de sa personne et de son action. L'on parle, plus précisément, d'action externe de l'administration, dans la mesure où le statut de l'échevin et le pouvoir de contrôle politique dévolu au conseil communal participent à la structure administrative, non des règles qui s'appliquent aux services internes de l'administration, incarnée par les fonctionnaires.

Une question d'**action** de l'administration se révèle aussi : l'action, c'est la motion de méfiance constructive communale dont la qualification d'acte administratif unilatéral a été discutée, mais qui, de l'aveu du législateur wallon, en est bien un.

Une question de **contrôle** sur l'action de l'administration est soulevée : c'est le contrôle qu'a opéré le CE dans le cadre d'une procédure quelque peu exceptionnelle : la procédure d'extrême urgence.

Situation 2 : la prétendue mesure de réaffectation d'un fonctionnaire

Une jeune femme de 30 ans est haut fonctionnaire dans une zone de police pluri communale à Bruxelles. Cette jeune femme se voit proposée des avances par le numéro 1 de la zone, son chef (son supérieur hiérarchique). Elle refuse ces avances. De ce jour là, catastrophe, le chef ne cesse de la harceler moralement. Elle se confie à quelques collègues, et l'une de ces confidentes va répéter cela au chef. Le chef va donc déposer plainte contre elle pour calomnies et diffamations. Le chef souhaite donner un autre emploi à la jeune femme dans un autre bâtiment qui est difficile d'accès en termes de transport. Elle vient trouver M. Renders pour savoir ce qu'elle doit faire. Il conseille de contester l'acte de mutation. Ce n'est pas au sens propre un acte administratif causant grief mais comme il a été pris en vue soit de sanctionner la personne soit de modifier tellement substantiellement la situation juridique de la personne que la mesure devient une mesure grave. La réaffectation en tant que telle n'est pas un acte administratif susceptible de recours devant le CE car ne cause pas griefs sauf dans les deux cas énoncés ci-avant. On peut plaider qu'il s'agit d'une mesure grave eu égard aux circonstances et eu égard aux conséquences que cela implique. La décision de réaffectation devient un AAU si l'on démontre que les conséquences juridiques et factuelles de l'acte sont telles qu'il s'agit d'une mesure grave, voire d'une sanction disciplinaire déguisée.

→ Il s'agit donc bien d'une question de l'**organisation** car il exerce un emploi public donc organisation interne à l'administration. Nous sommes en plus dans une zone pluri communale de police qui répond donc à une figure juridique différente, c'est une forme d'établissement public. La zone uni communale n'a pas

la personnalité juridique la pluri communale oui. Comment donc on organise l'administration. Il ne s'agit plus d'organisation externe de l'administration, en ce sens qu'il n'est plus question ici de structures administratives – encore que se pose la question de savoir à quoi correspond une zone de police -, ni de mode de fonctionnement de structures administratives _ encore que se pose la question de savoir comment fonctionne une zone de police-. Il s'agit d'organisation interne de l'administration, à savoir les règles applicables aux agents de l'administration.

On a pris à l'égard de ce fonctionnaire une mesure de réaffectation et donc en principe c'est une mesure d'ordre intérieure prise dans l'intérêt du fonctionnaire, mais on peut disqualifier la mesure en mesure grave ou en sanction administrative déguisée donc rejoint l'objet de l'**action** de l'administration.

On applique également les mesures de **contrôle** pour savoir qui est compétent pour connaître de cette mesure. Le CE est appelé à censurer, au contentieux de la suspension et de l'annulation, l'acte qui cause grief à la jeune femme, s'il s'agit bel et bien d'un AAU causant grief.

Situation 3 : Le permis d'urbanisme d'environnement indispensable au tenancier d'une discothèque

Je tiens une discothèque et je souhaiterais l'exploiter. J'achète tout le matériel technique mais pour avoir du monde, je ne peux pas faire n'importe quoi. Le droit administratif va exiger l'obtention d'un permis d'environnement (matière régionale). Ce n'est pas un permis d'urbanisme. On parlait avant d'un permis d'exploitation. Dans le cadre de l'introduction du cours, si je ne dispose pas du permis d'environnement (AAU), je demande donc si je suis prévoyant ce permis à l'autorité publique compétente. C'est le collège communal de la commune sur laquelle se trouve la discothèque (article 13 du décret du 11 mars 1999). Ce permis est refusé, qu'est ce que je peux faire. Le décret de la région wallonne du 11 mars 1999 prévoit que dans ce cas, le demandeur de permis doit adresser un recours qu'il convient d'adresser au Ministre ayant l'environnement de la région wallonne dans ses attributions (article 13 al.3 du décret du 11 mars 1999). En quoi consiste le recours ? Il s'agit d'un recours administratif par opposition à un recours juridictionnel. On ne saisit pas un juge mais l'administration. Le ministre de l'environnement est en effet une autorité administrative et non une juridiction. L'autorité qui statue sur recours peut s'il estime le recours fondé, solliciter la réformation de la décision communale (article 40 du décret du 11 mars 1999). Soit le Ministre me donne gain de cause et le citoyen peut commencer à exploiter la discothèque soit il ne me donne pas gain de cause. Dans ce dernier cas, les recours juridictionnels s'ouvrent à moi. Il y a d'abord la section du contentieux administratif du CE qui est en mesure de connaître de deux types de recours en particulier : le recours en annulation et la demande de suspension (référé administratif – équivalent de l'article 584 C.Jud – voir articles 14 et 17 LCCE). La décision de refus de permis du Ministre est un acte AAU susceptible de recours en annulation et si les conditions sont réunies, en suspension. Le but de cette section

est de faire de l'ordre dans l'ordonnancement juridique. L'idée est que le CE lorsqu'on le saisit peut dans un contentieux objectif –corps de règles cohérent – on va extraire un acte pour le purifier. La SCACE qui est saisie va vérifier la régularité de l'acte de refus, autrement dit la comptabilité de cet acte avec les règles et principes du droit qui s'imposent à lui.

Dans un deuxième temps, le recours peut être fait devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Le juge judiciaire va connaître de cette situation administrative lorsqu'on peut lui soumettre un droit subjectif (droit qui nous est accordé par le droit objectif). Le but sera de garantir l'efficacité d'un droit subjectif de caractère civil –article 144 de la Constitution). Dans notre exemple, j'ai le droit d'exploiter un commerce, le droit d'avoir une activité commerciale. Il s'agit donc de la liberté d'entreprendre. Le décret d'Allarde qui est un décret du 3 et 17 mars 1791 est un décret qui garantit la liberté d'entreprendre. Donc j'ai bien un droit subjectif, le droit d'entreprendre. On a donc bien deux juges. La question fondamentale est de se dire quelle est la ligne alors qui sépare la possibilité de saisir tel ou tel juge.

→ **L'organisation** de l'administration est, une fois de plus, en cause, à travers la commune, et un ministre régional. **L'action** de l'administration est, une fois de plus, présente : le permis d'environnement et, en l'occurrence, le refus de le délivrer. Des **contrôles** sont, enfin, ouverts : un recours administratif, devant le ministre ayant l'environnement dans ses attributions, puis différents recours juridictionnels ; la SCACE et les juridictions judiciaires.

Situation 4 : Le soumissionnaire évincé d'un marché public de désamiantage

Cette situation nous place dans une partie de la matière la plus difficile. Je suis sous missionnaire dans le cadre d'une procédure administrative qui doit conduire à l'attribution d'un marché public ayant pour objet le désamiantage d'un bâtiment appartenant à une société anonyme de droit public (La poste). Malheureusement, je suis sous missionnaire (je participe au marché public – je dépose une offre mais je n'emporte pas le marché public, je suis évincé). Un autre candidat, un concurrent est retenu et se voit attribuer le marché qui consiste au désamiantage du bâtiment. Le marché public est un acte administratif mais pas unilatéral. Il ne s'agit pas d'une manifestation unilatérale de la volonté mais bilatéral, multilatéral. On est face à un contrat. Ce n'est pas un contrat administratif mais un contrat de l'administration. L'un des co contractants est une administration, un pouvoir public. Ce contrat est réputé conclu avec le sous missionnaire retenu lorsque le pouvoir public qui attribue le marché, le pouvoir adjudicateur notifie au candidat retenu que c'est lui qui est retenu pour le marché. Il fait savoir, il informe par la voie d'une lettre, par la voie épistolaire que c'est lui qui est retenu. Quel est le moment où le marché est attribué ? C'est le cachet de la poste qui fait foi. Loi sur les marchés publics du 24 décembre 1993 (article 21bis) + arrêté royal du 8 janvier 1996 article 117. Loi du 9 juillet 2004 modifie la loi du 24 décembre pour y injecter une disposition qu'est l'article 21bis sur la loi sur les

marchés publics. Cet article prévoit qu'entre le moment où le pouvoir adjudicateur a décidé d'attribuer le marché au sous missionnaire X et le moment où il notifie cette décision à X le pouvoir adjudicateur doit notifier aux autres candidats la décision par laquelle il décide de ne pas leur attribuer le marché mais de l'attribuer au candidat X. l'article ne dit pas simplement cela mais dit aussi qu'il faut laisser à compter de l'envoi de la décision portant refus de la décision du candidat évincé. Il faut laisser un délai de 10 jours calendriers au minimum entre le moment où le pouvoir adjudicateur envoie une lettre au candidat évincé pour l'en informer et le moment où la lettre est envoyée au candidat retenu. Si on réfléchit le mieux est de faire ça un vendredi car on ne reçoit bien souvent rien avant le lundi ou le mardi. Pendant ce délai, Z ou Y peut faire valoir ses contestations et aller voir un juge. On ne pouvait pas faire autrement de créer ce délai de 10 jours car le soumissionnaire évincé n'avait pas de recours effectif. Avant que la notification de la décision au candidat retenu ne soit intervenue, le contrat n'est pas noué. La décision d'attribution demeure, durant cette période un AAU, avec la conséquence qu'il est possible à ce stade de saisir la SCACE.

Premier recours, SCACE : on va dire que la notification a eu lieu et le CE ne peut en connaître car c'est un contrat qui est effectif. Elle n'est pas compétente pour contrôler les contrats. Ce n'est pas tout à fait vrai car dans ce cas le CE ne pourrait jamais faire de marché public. Mais on a établi une théorie de l'acte détachable du contrat. On crée une fiction et on va dire qu'en réalité que le contrat est la rencontre de deux volontés. C'est la rencontre de la volonté de l'administration et du sous missionnaire retenu. En fait, on va considérer que la volonté de l'administration est un AAU. C'est une manifestation unilatérale de volonté. Pourquoi le délai alors ? Car le CE aime les marchés publics mais il n'aime pas trop en connaître en urgence. Il ne peut en connaître en suspension utilement car le CE même s'il censurait l'acte détachable, le contrat est quand même conclu. Donc celui qui vient en suspension, je suis d'accord qu'il existe un acte détachable mais il n'y a pas de risque de préjudice grave et difficilement réparable et donc je ne pourrai en connaître. Dès que le contrat est conclu on n'obtient plus jamais la réparation en nature du contrat. On ne peut plus qu'obtenir des DI. Pas besoin donc de saisir en référé. Il a fallu donc ces 10 jours pour permettre d'obtenir la réparation en nature pour éviter que le préjudice soit déjà consommé. Deuxième recours, les cours & tribunaux. Mais ils avaient un autre problème. Ils peuvent en connaître en référé (Article 584 du C.Jud). Urgence – provisoire et apparence de droit. Je peux donc en connaître car je suis le juge naturel des contrats. Mais la jurisprudence majoritaire considère que le droit des marchés public n'est pas d'ordre public. Dès qu'un contrat est noué, le tiers n'a rien à dire sauf s'il peut se prévaloir d'une nullité absolue, d'une inégalité d'ordre public (article 1165 du code civil). Le sous missionnaire évincé ne peut donc pas bénéficier d'une nullité absolue. Elle est relative. Et donc pas de raisons de saisir un juge en urgence. Si on ne prévoyait pas ce délai de 10 jours, il n'était pas possible de saisir le juge utilement. On a donc prévu un principe de Standstill : le pouvoir adjudicateur doit interrompre son action pendant un délai de minimum 10 jours pour permettre

au sous missionnaire de saisir utilement le juge. Avant l'entrée en vigueur de la loi-programme du 9 juillet 2004 il était impossible – à quelques décisions isolées près – de voir un contrat de marché public annulé – et même suspendu – pour être réattribué. Seule l'obtention de DI demeurait possible.

Comment choisir tel ou tel recours ? Si on a des inégalités à faire valoir en justice ; qui sont techniques il vaut mieux aller au CE car c'est le juge naturel du droit administratif. Un des critères est de savoir si l'inégalité est technique. Mais plus il est important de savoir si on a un risque de préjudice grave et difficilement réparable. Le CE est très rude sur cette notion. Dans l'ordre judiciaire, on n'a pas cette condition. Il faut se grouiller pour voir si c'est bon mais c'est tout.

→ La situation révèle, une nouvelle fois, l'existence d'une question d'organisation de l'administration : quelle est l'autorité compétente pour passer le marché public ? Il est aussi question de l'action de l'administration : la passation du marché public et les questions qui y sont relatives, notamment la question de la notification du marché. L'action est enfin sujette à des contrôles, en l'occurrence à des contrôles juridictionnels : celui de la SCACE et celui des cours & tribunaux.

Situation 5 : L'aménagement d'une voirie et les droits des riverains.

Je suis riverain dans une ville de la province de Namur. Les autorités publiques viennent faire des travaux afin de rétablir les trottoirs et décident de supprimer l'intégralité des places de parking parce qu'ils veulent rendre la rue plus conviviale. Cela signifie que les riverains doivent aller se parquer à 200 mètres. Dans la rue, il y a un cabinet médical et le médecin qui officie se plaint du projet et les patients n'ont pas facilement accès au cabinet. Une personne souffrant d'un malaise cardiaque avait du marcher 200 mètres pour arriver chez le médecin. Il y avait également une friagerie et bien souvent on se gare vite fait devant. Le troisième commerce est une épicerie et perd une partie de sa clientèle si plus de possibilité de se parquer. Les habitants eux aussi sont mécontents car s'ils ne disposent pas de garage, doivent se garer à 200 mètres avec la difficulté qui se pose en termes d'accès à la propriété.

Je suis avocat de ces riverains. Que puis-je faire ? Ces riverains disposent-ils de voies de recours ?

Il s'agit d'un AAU, ce n'est pas un contrat. L'autorité administrative est une commune, c'est une collectivité décentralisée et donc engendre un contrôle spécifique qui est le contrôle de tutelle. En région wallonne, la tutelle qui est exercée sur ce type de décisions est une tutelle ordinaire générale d'annulation, laquelle est exercée par le Gouvernement wallon, poursuites et diligences du ministre wallon ayant la tutelle dans ses attributions (articles L3122-1 et s du CWADEL). Un premier contrôle possible est donc ce contrôle. On se trouve auprès du Ministre des affaires intérieures et de la fonction publique (Philippe Courart).

Il peut annuler la décision communale. Soit la décision est irrégulière donc contrôle de légalité par le motif que cette décision est incompatible avec des règles et principes qui s'imposent à la commune et deuxièmement, le contrôle relatif à l'intérêt général, autrement dit incompatible avec le bien public.

D'autres recours : contrôle de la SCACE et les cours & tribunaux de l'ordre judiciaire. Cela dépend de l'objet du litige. Si nettoyage de l'ordonnancement de l'ordre juridique alors CE si c'est plutôt une prérogative individuelle alors cours et tribunaux. Il faut avoir égard à l'objet véritable du recours (théorie).

→ La situation recèle, ici encore, une question d'**organisation** de l'administration : la question de savoir ce qu'est une commune, et de manière plus générale, ce à quoi correspond une collectivité décentralisée. La situation recèle, par ailleurs, une question touchant à l'**action** de l'administration : la décision d'aménager une rue, en vue de rendre celle-ci plus conviviale, notamment par la suppression de places de parking. Enfin, la situation peut conduire à la mise en œuvre de **contrôles** institués en vue de contenir les débordements de l'action administrative : le contrôle exercé par l'autorité de tutelle et les recours juridictionnels exercés par la SCACE et par les juridictions judiciaires.

Ce qui importe est de nous inviter par les 5 exemples, à comprendre l'intérêt pratique d'appréhender l'action, l'organisation et les recours de l'administration.

Titre Ier : Organisation de l'administration

Chapitre Ier : L'organisation externe de l'administration

Organisation du système d'organisation administrative

La Belgique est un Etat fédéral qui se compose de communautés et de régions (article 1^{er} de la Constitution). Il existe également des collectivités locales (articles 41 et 162 de la Constitution) car la Belgique est un Etat décentralisé. Il y a, à tout ces niveaux de pouvoirs (locales, communautaires, régionales, fédéraux etc.) il existe des administrations. On distingue :

- Les administrations fédérales, régionales et communautaires
- Les administrations locales

Section I : les administrations fédérales, régionales et communautaires

Premièrement, le ministre et le cas échéant doté d'un secrétariat politique ou d'un cabinet ministériel. Deuxièmement, mesurer la variété des administrations que l'on trouve aux échelons fédéral, communautaire et régional.

A. Les ministres et les cabinets ministériels

§ 1^{er} : Les ministres

1. La désignation du ministre

Il est nommé par le Roi à l'échelon fédéral (article 96 de la Constitution). Au niveau communautaire et régional, les ministres sont élus par les parlements. Aux échelons régional et communautaire, c'est le Parlement qui élit les membres du Gouvernement (article 59 §1^{er} de la loi spéciale du 8 aout 1980), lesquels prêtent serment entre les mains du président du Parlement (article 62 de la loi spéciale du 8 aout 1980) et s'agissant du ministre-président, entre les mains du Roi, en sa qualité de chef de l'Etat fédératif (article 60 §4 al.3 de la loi spéciale du 8 aout 1980).

2. La fonction du ministre

Chaque Ministre se voit confier des attributions : affaires économiques, affaires intérieures, la défense, la justice, la santé etc. les attributions confiées ne sont pas dans les mêmes termes en fonction du ministre. Si le ministre est fédéral, il exerce en propre les attributions qui lui sont dévolues. Il ne les exerce pas de façon collégiale sauf si un texte en dispose autrement. Si on affirme que tel ou tel point doit être délibéré en Conseil des ministres ; il faut donc une délibération collégiale. Un ministre régional ou communautaire n'exerce pas seul, ces attributions. Le ministre Ludgen n'exerce pas seuls ses pouvoirs. Ils prennent leurs décisions suite à une délibération gouvernement auquel il appartient (article 69 de la loi du 8 aout 1980). Dans le cas contraire, l'acte est irrégulier. Si tout le monde doit prendre toutes les décisions quel est l'intérêt de dire que le Ministre Antoine à l'aménagement du territoire dans ses attributions. L'intérêt est qu'une décision n'est pas seulement une décision. Dans un processus décisionnel il y a trois temps. Premièrement, la préparation (Le ministre seul). Deuxièmement, la décision en gouvernement sauf délégation et troisièmement l'exécution (le Ministre seul).

Pour exercer les attributions qui lui sont dévolues, le ministre – qu'il dispose, à lui seul, du pouvoir de décider ou qu'il ne dispose pas, à lui seul de ce pouvoir -, est doté d'une administration. Il s'agit d'un ensemble de services à l'égard desquels il assume un pouvoir hiérarchique, celui de donner les ordres destinés à ce que les missions qui lui incombent soient accomplies.

§2 : Les cabinets ministériel et secrétariat politique

Les deux noms désignent a priori la même chose. Mais échelon régional et communautaire : secrétariat politique et pour le fédéral : cabinet ministériel.

1. La désignation des membres

Le Ministre dispose d'une marge d'appréciation. C'est un pouvoir hautement discrétionnaire. C'est de la confiance qui doit exister entre les collaborateurs. Cette marge d'appréciation comprend les compétences des collaborateurs mais aussi la grande confiance entre eux (voilà pourquoi on dit hautement discrétionnaire). Par ailleurs, l'acte de nomination doit être prouvé. Son pouvoir n'est pas arbitraire. Il doit respecter des règles et des principes qui s'imposent à lui. L'un d'elle doit être d'expliquer pourquoi telle personne est compétente et pourquoi j'ai confiance en elle. C'est l'*instrumentum* qui doit comprendre cette motivation.

Bien souvent les litiges n'ont pas lieu à la nomination. Ce type de litige là est très rare. Il n'y a pas de contentieux autour de cela. Les choix sont discrétionnaires, ils se font vite et donc on n'est pas vraiment en mesure de contester cette décision.

Il advient qu'un ministre entende se débarrasser d'un collaborateur parce qu'il est encombrant, peu performant ou les deux. Ex : défense du chauffeur d'un Ministre fédéral (communication et mobilité – Isabelle Durant). Le chauffeur avait été révoqué pour incompatibilité d'humeur. Le CE doit rendre un arrêt *Italiano* du 6 décembre 2005. La SCACE juge que « la rupture du lien de confiance n'est pas nécessairement fondé sur des faits précis et par conséquent difficile à objectiver, ce qui réduira forcément la motivation formelle de l'acte mettant un terme aux fonctions du collaborateur du ministre » et donc on peut en faire un stéréotype. Le chauffeur est donc révoqué. Le CE dit donc qu'à partir d'un moment où le collaborateur doit être en confiance avec le Ministre, le seul désaccord relationnel peut suffire à la révocation d'un collaborateur.

Si un AAU concerne une mesure grave, défavorable à son auteur. Ce n'en est pas pour autant une sanction disciplinaire. C'est un acte qui dont est susceptible de recours au CE mais qui implique le respect d'un adage latin : *audi alteram partem*. Il convient d'entendre préalablement les personnes. C'est l'audition préalable avant de prendre une mesure grave au plan administratif. La décision même si elle est fondée sur des motifs valables n'en est pas moins irrégulière.

2. La fonction des membres

Les membres vont aider le Ministre dans la tâche de direction de l'administration qui lui incombe. Tantôt, il s'agira d'expert juridique tantôt, il s'agira d'expert économique, financier etc. De même que des chauffeurs, secrétaires etc. c'est le Ministre lui-même qui juge de quel collaborateur il a besoin. Il a besoin de renfort et fait appel à des collaborateurs nécessaires.

Le Ministre est un Ministre Belge et en Belgique c'est la participation qui s'impose. Les présidents de partis conservent un pouvoir et parfois imposent au Ministre de prendre telle ou telle personne. Le cabinet est donc une courroie de

transmission entre le chef de l'administration et l'administration proprement dite.

B. Les administrations

Une administration correspond à un ensemble d'agents servant un ou plusieurs ministre(s), aux fins d'intérêt général qu'il est appelé à assumer.

- Administrations générales
- Administrations spéciales
- Administrations collatérales

1. Administrations générales

La distinction s'impose depuis l'an 2000. Importante réforme dite de Copernic par Luc Van Den Boss. Il est actuellement administrateur délégué.

a. Administrations générales à l'échelon fédéral

Elle est divisée en Service public. Ex : SPF intérieur. Les services publics ne constituent pas des personnalités juridiques distinctes les uns des autres. Ils ne sont pas distincts de l'Etat fédéral lui-même. Ce sont des entités qui se distinguent par les attributions qui leur reviennent et par les moyens qui leur sont alloués (TUYAU).

Ces services sont organisés par le Roi. Le fondement juridique de la compétence du Roi est une double disposition constitutionnelle : Article 37 de la Constitution qui dispose qu'appartient au Roi le pouvoir exécutif fédéral & l'article 107 al. 2 de la Constitution, c'est le Roi qui nomme aux emplois d'administration générale et de relations extérieures et qui par voie inductive, puisqu'il est en mesure de nommer, il est en mesure de déterminer le cadre dans lequel ces nominations vont s'exercer. On permet donc au Roi, au niveau fédéral, de régler l'administration générale au niveau fédéral. En l'an 2000, le Roi a décidé de revoir cette organisation. Ce résultat s'est traduit par la mise sur pied de services publics.

Les services publics

- En termes de service public, il existe deux catégories de services publics. Les **services publics fédéraux** et les services publics de programmation.
 - Services publics fédéraux verticaux

- SPF affaires étrangères – commerce extérieur – coopération au développement
- SPF intérieur
- SPF finances
- SPF mobilités et transports
- SPF emplois – travail – concertation sociale
- SPF sécurité sociale
- SPF défense
- SPF santé publique – sécurité de la chaîne alimentaire – environnement
- SPF justice
- SPF économie – PME – Classe moyenne –Energie

Ils sont verticaux car ils soutiennent de l'action gouvernementale du ou des Ministres qui les dirigent.

- Services publics fédéraux horizontaux

Ils sont moins nombreux

- SPF P&O – SPF personnel & organisation
- SPF budget et contrôle de gestion
- SPF chancellerie du Premier Ministre
- SPF nouvelle technologie de l'information et de la communication

Cette horizontalité prend différentes formes. Ex 1 : les deux premiers sont représentés directement au sein des différents services publics verticaux par des cellules de coordination. Cela vient en appui aux différents SPF. On cherche à ce que d'une part que les gens soient performants et former en continu. On étudie la manière dont on doit organiser l'administration etc. Par le budget on essaye qu'il réalise des manières budgétaire la plus respectueuse des deniers publics. Ex 2 : Le SPF chancellerie du Premier Ministre. Il est établi en dehors des piliers verticaux. Il travaille séparément. Il va assurer un rôle de coordination générale de l'action gouvernementale. Il doit donc disposer d'une vue d'ensemble sur les politiques menées par chaque département ministériel. Il est horizontal car il appuie l'ensemble des SPF verticaux.

➔ Ils sont calqués sur les domaines d'attributions du domaine fédéral. L'autorité fédérale peut décider d'affecter certains services à des objectifs temporaires. A côté des services publics fédéraux se trouvent les services publics de programmation.

- **Services publics de programmation**

Leurs missions sont temporaires.

- SPP télécommunication
- SPP développement durable
- SPP protection des consommateurs
- SPP lutte contre la pauvreté et économie sociale
- SPP gestion des actifs
- SPP politique scientifique

Ils sont rattachés à un SPF vertical. Les agents affectés au SPP sont des agents issus des SPF verticaux auxquels ils sont attachés. Ce service va recevoir des moyens financiers spécifiques et une autonomie en termes de gestion.

L'organisation des services publics

Ils sont divisés en directions générales.

Le **SPF intérieur** groupe 5 divisions générales : sécurité civile – institutions et populations – politique de sécurité de prévention – centre de crise – office des étrangers. Le relais entre le ministre et les directions générales s'opèrent par trois cellules.

Premièrement, le **Conseil stratégique** (ministre en personne, président du comité de direction (numéro 1 de l'administration), directeur du secrétariat politique, responsable de la cellule stratégique et d'experts externes au SPF et au SPP). Le conseil stratégique fixe les directives générales en matière d'exécution des décisions politiques. Au-delà de cette mission, le conseil dispose d'une mission d'évaluation de la politique menée.

Deuxièmement, le **comité de direction** (président du comité de direction (numéro 1 de l'administration) - responsables des services opérationnels - directeurs fonctionnels – responsable de la cellule stratégique). Le comité de direction est chargé de la gestion quotidienne du SPF. Il est chargé du management. Il prépare par exemple le budget, il assure la coordination entre les différents services, il propose le plan du personnel. Toutes les missions vont être accomplies dans le respect du plan stratégique du SPF.

Troisièmement, la **cellule stratégique** composée de techniciens issus du SPF ou issus de l'extérieur du SPF. Ce sont des agents statutaires dont la nomination au sein de la cellule intervient au moment de l'entrée dans une nouvelle législature. Elle va assurer la traduction de l'action politique dans l'exécution des missions du SPF. Elle sert d'interprète entre les décisions politiques et leurs transmutations en actes administratifs. Elle sert de soutien dans la préparation et dans l'exécution des décisions administratives voir même dans l'évaluation de l'action administrative.

+ **Cellules d'encadrements et de contrôle** : ils assurent le soutien de la politique propre du SPF sous un aspect particulier. Ex 1 : cellule gestion du personnel : composée des membres du SPF horizontal (P&O). Ex 2 : cellule gestion financière : elle émane du SPF horizontal (budget et contrôle de gestion). Ces cellules assurent un relai d'information vers les services publics verticaux (? ou horizontaux – vérifier). Ce sont des fonctionnaires exerçant des fonctions d'encadrement.

Ce schéma d'organisation n'existe que dans le cadre des 10 SPF verticaux. Dans la mesure des SPP sont créés pour exercer un objectif précis et temporaire. Leur nombre est susceptible de varier dans le temps.

b. Administrations générales à l'échelon régional et communautaire

Il existe des administrations générales régionales et communautaires. Il n'y a pas eu de réforme Copernic et donc la terminologie est plus classique. A la tête de ce qu'on appelle donc un ministère il y a un secrétaire général d'administration. L'équivalent du président du comité de direction. Il va lui aussi servir de courroie de transmission entre le ministre et l'exécution des décisions.

2. Les administrations spéciales

Il y a 4 administrations spéciales. Ces 4 administrations se voient confier des responsabilités qui engagent le respect de la séparation des pouvoirs.

a. Administration de justice

L'Etat est associé à l'administration de la justice sous différents angles. Justice des cours & tribunaux de l'ordre judiciaire. Ce sont des fonctionnaires de justice. Le MP défend l'intérêt général par voie d'action, de réquisition ou d'avis. De même que les greffiers qui assurent l'exercice des pouvoirs réservés au Roi par l'article 40 de la Constitution. Il peut ordonner l'exécution des jugements et arrêts. Les commis et les employés de greffe assurent le fonctionnement administratif de la justice, de même que la tenue et la conservation des archives et des pièces. Les services de police judiciaire rassemblent les éléments de preuve, demandent des mesures d'instruction, opèrent des constats et par là, rassemblent tous les éléments de preuve nécessaires à forger la conviction du juge. Pour assurer les différentes fonctions administratives, tous les services vont être organisés sans le concours du pouvoir exécutif. C'est le pouvoir législatif qui assure cette répartition et cette fonction. Ex 1 : article 151 de la Constitution exige cela pour les juges et les membres du MP. Ex 2 : l'article 184 de la Constitution l'impose

pour la police notamment la police judiciaire. Loi du 7 décembre 1998 portant création d'une police intégrée structurée à deux niveaux. Le Roi demeure compétent pour certaines tâches. La marque que ce que la justice constitue néanmoins un service administratif. Les juges, les MP, les greffiers et un certain nombre d'employés sont nommés par le Roi après filtre par le conseil supérieur de la justice pour un bon nombre d'entre eux (article 151 de la Constitution).

b. Administration de la police

La police judiciaire concourt à la répression des délits & des crimes. La police judiciaire contribue à la manifestation de la vérité. En ce qu'elle est liée à l'administration de la justice, on sait désormais qu'elle est organisée par le pouvoir législatif. Le maintien de l'ordre est sans rapport direct avec l'administration de la justice. La raison pour laquelle l'organisation de cette police est réservée au pouvoir législatif ne tient, dès lors, pas à la circonstance que le principe de séparation des pouvoirs serait menacé.

La police administrative a un autre rôle. Elle a pour mission le maintien de l'ordre, la tranquillité, la salubrité publique etc. elle est préventive. La police judiciaire intervient lorsque celle-ci n'est pas respectée. La police, on s'en méfie un peu aussi parce que le maintien de l'ordre touche quand même au respect des droits et libertés. La police administrative limite ces libertés. L'administration de la police est donc placée sous la direction du pouvoir législatif. Ce pouvoir va assurer cette organisation plutôt que le pouvoir exécutif car il est moins sûr qu'il respecte nos droits fondamentaux. L'article 184 de la Constitution réserve au législateur fédéral, le pouvoir d'organiser la police.

c. Administration de l'armée

La Constitution réserve à la loi le soin d'organiser l'armée. (Article 182). Le mode de recrutement de l'armée est déterminé par la loi qui règle l'avancement, les droits et les obligations des militaires. L'article 74 de la Constitution, loi monocratique, le Roi et la Chambre des représentants sont en mesure d'adopter une loi notamment le contingent de l'armée. Le nombre de militaires affectés à l'armée. Article 183 avec l'article 74 dit cette fois que ce contingent est voté annuellement. On soustrait l'organisation d'une administration, l'armée, à un pouvoir exécutif pour le placer sous le pouvoir du législateur. Raisons : d'une part, il peut être dangereux pour le régime politique de faire de l'armée un instrument sous la maîtrise de l'autorité gouvernementale. D'autre part, l'enrôlement des citoyens dans le contingent de l'armée touche directement aux droits et libertés de ces citoyens et réclame que les limites des droits fondamentaux soient déterminées par la loi. Il y a trois forces : force terrestre – force maritime – force aérienne. Au sein de ces forces il y a des corps et au sein des corps il y a des services. Le Roi conserve certaines prérogatives notamment le

Roi commande les forces de terre et de mer. De même, c'est le Roi qui confère les grades dans l'armée. Le Roi effectue donc certaines missions à l'égard de l'armée.

d. Administration de l'enseignement

Il ne faut pas confondre l'administration générale de l'enseignement placée sous l'autorité du gouvernement communautaire. Et d'autre part, l'administration spéciale de l'enseignement placée sous l'autorité du législateur. Réalisation des objectifs que s'assigne le gouvernement communautaire en matière d'enseignement. Au niveau spécial, cela concerne les services requis de dispenser l'enseignement ou d'assumer le soutien direct de cette mission.

Pourquoi réserver au législateur cette tâche d'organisation ? A nouveau, en raison de la Constitution, l'article 24 § 5 du texte est sans ambiguïté : « l'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret ». Il résulte de cette disposition que le statut de tous les enseignants est défini par le décret, quel que soit le réseau d'enseignement dans lequel ils évoluent, autrement dit, qu'ils dépendent de l'enseignement de la communauté, de l'enseignement officiel subventionné – c'est-à-dire des communes, des provinces ou des commissions communautaires bruxelloises – ou de l'enseignement libre.

Pourquoi la Constitution a-t-elle établi ce principe ? La réponse tient au fait que la liberté d'enseignement constitue une liberté fondamentale dont la mise en œuvre méritait d'être assumée, compte tenu de l'enjeu, par des assemblées délibérantes démocratiquement élues.

[29/01/2009]

Article 3 – Les administrations collatérales

On ne rencontre pas ce terme dans le vocabulaire général du droit administratif. On le retrouve uniquement dans certains précis. L'appellation groupe un certain nombre d'administration que l'on trouve dans le giron des administrations fédérales, régionales et communautaires. Ces administrations sont soit le fruit d'un AU soit d'un AB.

Alinéa 1^{er} – Les administrations collatérales établies par acte unilatéral

A – les services administratifs autonomes ou services administratifs à comptabilité autonome

Ce sont des services administratifs que l'on a détaché de l'administration générale. Parmi ceux-ci, il faut encore distinguer deux catégories de services. Certains ont une autonomie tout en continuant de faire corps avec

l'administration générale dont ils sont détachés. Ce sont des services à gestion séparée mais lorsque la loi du 22 mai 2003 dont l'entrée en vigueur a été encore reportée, sera entrée en vigueur les services s'appelleront services à comptabilité autonome (article 2 de la loi du 21 décembre 2007 portant des dispositions diverses). L'intérêt de séparer ce service c'est celui de permettre au service d'exercer avec cette autonomie, une action dont les organisations administratives et financières sont assouplies.

Ex1 : le Selor : service administratif à gestion séparée. C'est un service qui recrute les agents statutaires à l'échelon régional, communautaire et fédéral. Le Selor est un service qui n'est pas doté de la personnalité juridique. C'est l'Etat qui dispose de cette personnalité. Ce service est maintenu sous l'autorité hiérarchique du ministre compétent à savoir, le ministre. C'est-à-dire le ministre du SPF horizontal P&O.

Ex2 : service national de congrès.

Ex3 : aéroports d'Anvers et d'Ostende

Ex4 : office wallon de développement rural.

Ex5 : institut national de criminalistique et de criminologie

Ex6 : Régies ordinaires qui dépendent de l'Etat, des communautés et des régions notamment la régie foncière.

Parmi les services administratifs détachés on trouve par ailleurs des services auxquels on a reconnu la personnalité juridique. On a créé un nouvel être juridique. Ce ne sont pas seulement des administrations autonomes, mais elles sont aussi personnalisées. Une loi, un décret ou une ordonnance en définit le statut. Pour doter quelqu'un de la personnalité juridique, il faut nécessairement une loi. On institue unilatéralement ce nouvel être juridique. Elles demeurent toutefois sous l'autorité hiérarchique du ministre même si c'est un service distinct. Le ministre dispose toujours d'un pouvoir d'injonction.

Ex1 : les régies personnalisées (différentes donc des régies ordinaires vue ci-dessus). Notamment la régie des bâtiments ou des transports maritimes.

Ex2 : Agence pour la sécurité de la chaîne alimentaire.

Ex3 : Commissariat général aux relations internationales

Ex4 : Agence pour la promotion d'une agriculture de qualité

B – les établissements publics

Il en existe également à tous les niveaux de pouvoirs. On ne s'occupe pas encore des administrations locales. On ne s'intéresse qu'aux échelons fédéral, régional et communautaire. Les établissements publics possèdent la personnalité juridique mais ce n'est pas ce qui les distingue des services autonomes car certains ont la personnalité juridique. La spécificité est que ces services ne sont plus sous l'autorité hiérarchique du ministre, ces services sont contrôlés par un mécanisme

de Tutelle. La Tutelle c'est ce qui distingue les établissements publics des services administratifs organisés.

Ex1 : échelon fédéral : ONSS – Institut géographique national – Commission bancaire, financière et des assurances – Centre pour l'égalité des chances et lutte contre le racisme – Office national des pensions – Office national de l'emploi – Théâtre royal de la monnaie – Donation royale

Ex2 : échelon communautaire : Office de la naissance et de l'enfance (ONE)

Ex3 : échelon régional : agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées (AWIP) – l'agence wallonne pour l'exportation (AWEX).

Alinéa 2 – Les administrations collatérales établies par acte bilatéral

Il existe des administrations collatérales créées par acte bilatéral, autrement dit par contrat.

Les principales associations de droit public se retrouvent ici encore spécialement à l'échelon local, on en reparlera à ce moment. Mais il en existe aussi au niveau fédéral, régional et communautaire.

Ex : ASTRID qui a pour objet la constitution, l'exploitation, l'entretien et les adaptations et élargissements évolutifs d'un réseau de radiocommunication pour la transmission de voix et de données au bénéfice des services belges de secours et de sécurité, de la sûreté de l'Etat et d'institutions, sociétés ou associations, de droit public ou de droit privé, qui jouissent des services dans le domaine des secours et de la sécurité (article 3 de la loi du 8 juin 1998 relative aux radiocommunication des services de secours et de sécurité).

Ex1 : la banque nationale

Ex2 : la société wallonne du logement (Ministre Antoine l'appelle la wallonne du logement)

Ex3 : La société wallonne des eaux

Ex4 : la loterie nationale

Ex5 : La SNCB

Ex6 : Infrabel (infrastructure ferroviaire de la SNCB)

Ex7 : institut de réescomptes et de garantie

Il existe certaines associations qui sont le fruit d'une association des pouvoirs publics et des personnes privées. Tant que ces associations sont pour une large part détenues par des personnes de droit public, elles demeurent publiques. On parle de société d'économie mixte. On applique alors le droit public en grande partie. Sous l'angle des marchés publics, ces associations sont soumises aux lois

sur les marchés publics. Critère : détention majoritaire des parts par une personne de droit public (50% + 1 part)

Ex1 : Belgacom : les parts sont détenues majoritairement par les pouvoirs publics

Ex2 : La poste l'était avant. Elle est maintenant une société de droit privé (// Biac)

Ex3 : Biac (aéroport de Bruxelles). Elle est devenue une société de droit privé car le public ne détient plus de parts majoritaires

Contrôle administratif financier et budgétaire particulier. Contrôle a été institué par la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public. (Aller lire la loi. Il y a une liste exhaustive des administrations collatérales disposant de la personnalité juridique qui subissent ce contrôle)

Les administrations collatérales qui exercent une activité industrielle ou commerciale et pour lesquelles une autonomie accrue de gestion s'avère nécessaire en raison de leur insertion dans un marché concurrentiel, sont assujetties à la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

Si on est face à une administration collatérale dotée de la personnalité juridique alors on doit se demander si on entre dans le contrôle administratif financier et budgétaire et deuxièmement on doit se demander si cette administration exerce des missions d'ordre industriel et commercial et savoir si elles sont sous l'application de la loi du 21 mars 1991.

Section II : Les administrations locales

Ce sont avant toute chose des collectivités locales. A travers l'examen de ces collectivités locales, on va se rendre compte qu'il existe des administrations locales qui ne sont pas des collectivités locales. Voilà pourquoi la section s'appelle les administrations locales, car cette notion peut regrouper les collectivités locales et celles qui ne le sont pas.

§ 1^{er} – La notion de « collectivité locale »

AUTONOMIE + CONTROLES

La notion de collectivité locale sert à désigner un ensemble de collectivités politiques, de dimensions et d'attributions variées, qui sont investies par la Constitution – ou en vertu de celle-ci – de responsabilités autonomes, qu'elles mettent en œuvre sur une portion déterminée du territoire, mais qui sont assujetties, dans leurs actions et dans leurs interventions, aux contrôles qu'exerce

à leur égard une collectivité plus générale – soit l’une des collectivités fédérées, soit la collectivité fédérale -.

Article 1^{er} – Une collectivité politique

Il y a réellement, au-delà de la gestion administrative, une dimension politique. Leur action n’est pas toujours tributaires de choix posés à des échelons de pouvoirs supérieurs. Toutes les collectivités locales sont dotées de plusieurs autorités proprement politiques. Ces autorités sont élues et elles assument des fonctions de direction et non pas seulement de gestion. Elles n’agissent pas sous l’autorité d’un pouvoir supérieur, elles agissent sous le contrôle de collectivités supérieures auxquelles elles sont subordonnées. Le Titre III de la Constitution se nomme : les pouvoirs et renvoie aux collectivités locales. Cette présentation ne correspond pas à la réalité institutionnelle. Les collectivités locales sont dotées d’autorités proprement politiques. Pour l’essentiel, ces autorités sont élues. Elles assument, à cette fin, des fonctions qui sont tant des fonctions de direction que des fonctions de gestion. Elles n’agissent – ainsi que nous le verrons – non pas sous l’autorité, mais sous le contrôle de collectivités supérieures, auxquelles elles sont subordonnées.

Ex1 : article 41 al. 1^{er} : « les intérêts exclusivement communaux et provinciaux sont réglés pour les gouvernements communaux ou provinciaux tels que déterminés par la Constitution »

Ex2 : Article 41 al. 2 : « la règle visée à l’article 134 de la Constitution définit les compétences, les règles de fonctionnement et le mode d’élection des organes territoriaux intra communaux (districts et secteurs) ». Ce sont des collectivités locales.

Ex3 : Article 162 al. 1^{er} : « les institutions provinciales et communales sont réglées par la loi suivant les principes énoncés par la loi » : élection des conseils provinciaux et communaux.

Ex4 : Article 165 § 1^{er} : « la loi crée des agglomérations et fédérations de communes, elle les organise en consacrant le principe de l’élection de l’assemblée de l’agglomération ou de la fédération de communes ».

Les collectivités locales sont des collectivités politiques car elles sont dotées d’un pouvoir politique, elles prennent des décisions politiques autonomes sans se contenter d’exécuter administrativement des décisions politiques issues d’ailleurs. La Constitution le veut ainsi, en proclamant leur existence comme autant de véritables « pouvoirs » publics dotés d’institutions de nature politique.

Article 2 – Une collectivité autonome

C'est une collectivité politique mais aussi autonome. Elles sont autonomes sur le plan institutionnel, sur le plan des attributions et sur le plan de la fiscalité.

Alinéa 1^{er} – l'autonomie institutionnelle

Toutes les collectivités locales sont autonomes sur le plan institutionnel. Elles ne disposent pas du droit d'arrêter leurs propres règles d'organisation qui sont, depuis la réforme de la St Polycarpe, fixées non plus par le législateur fédéral mais par le législateur régional. Néanmoins, les collectivités locales sont institutionnellement autonomes car elles disposent d'autorités qui pour l'essentiel tout au moins sont sélectionnées par le biais d'élection politique distincte. La sélection des autorités se fait distinctement. L'existence de ces autorités sélectionnées par et pour une collectivité locale démontrent que ces collectivités sont autonomes sur le plan institutionnel.

Ex1 : les conseils communaux sont élus tous les 6 ans par les citoyens donc de façons directes. Il y a bien là l'expression de ce qu'institutionnellement la commune est autonome.

Ex2 : les nombres de collèges communaux procèdent d'une élection au second degré. Les collèges communaux ne sont pas élus par le citoyen, ils sont élus au second degré au sein du conseil communal. On a donc bien à faire à des autorités autonomes.

L'essentiel de l'organisation des pouvoirs locaux se fait par le régional. Le fédéral était compétent, il ne l'est plus sauf à la marge pour certaines collectivités particulières comme les communes à facilités.

Alinéa 2 – L'autonomie d'attributions

Toutes les collectivités locales disposent d'une autonomie institutionnelle mais aussi d'une autonomie d'attribution. Les collectivités locales ne sont pas, pour l'essentiel, les instruments de politique arrêté à des niveaux de pouvoirs supérieurs. Il existe des tâches qui sont administratives, déléguées par le fédéral, le régional ou le communautaire mais elles ne sont pas compétentes que pour cela. En principe, la collectivité locale est l'outil institutionnel pour mener une mission qu'elle a déterminée elle-même. Les collectivités locales, disposent tout au moins au départ, d'un pouvoir de libre initiative. Ce pouvoir, les collectivités le tiennent de la Constitution. Pas besoin d'un acte de valeur législative. La Constitution elle-même attribue un pouvoir d'initiative. On va voir aussi que les collectivités supérieures peuvent par l'entre mise de leur législateur respectif venir restreindre les contours des attributions qui sont assumées par les collectivités locales. Il y a donc le fait que des législateurs peuvent venir limiter cette initiative dans une série de matières.

Alinéa 3 – L'autonomie fiscale

Commune – province et les agglomérations et fédérations de communes. Les autres collectivités locales (districts, secteurs, commission communautaire bruxelloise) ne disposent pas de l'autonomie fiscale. Cette autonomie signifie que cette collectivité locale dispose du droit d'établir des taxes, droit de lever des impôts. Article 170 de la Constitution qui détermine qui a le droit d'élever des impôts en Belgique (§ 3 pour les collectivités locales). Le § 4 dispose pour sa part qu'aucune charge ou imposition ne peut être établie par l'agglomération, fédération de communes etc. que si elle est édictée par son conseil. Cette autonomie lorsqu'elle est reconnue est une autonomie très relative. Cette autonomie fiscale entre en concurrence avec le pouvoir fiscal du niveau supérieur. Les collectivités locales ne peuvent pas taxer de n'importe quelle manière. Les articles 170 et s ajoutent que la loi détermine relativement à ses impositions les exceptions dont la nécessité est démontrée. Cela veut dire que le législateur (fédéral et seulement lui) peut empêcher de lever l'impôt dans certaines matières ou de moduler leurs pouvoirs de taxation.

Ex1 : interdiction d'une matière : le législateur fédéral peut empêcher les provinces et les communes de lever l'impôt notamment en matière d'impôt des sociétés. Les collectivités locales n'ont pas le droit de lever l'impôt des sociétés. Dans le cas contraire, la taxe serait irrégulière. Elle est contraire à la disposition de l'article 464-1 du code des impôts sur le revenu. Exception : en ce qui concerne le précompte immobilier. Dans ce cas, les communes, les provinces, les agglomérations et les fédérations de communes si elles existent peuvent taxer les sociétés.

Ex2 : modulation : Article 464-2 : cette disposition leur interdit d'établir des taxes sur le bétail. L'idée est ici de combattre la hausse des prix des produits alimentaires de première nécessité. Il vient limiter le pouvoir fiscal pour s'assurer que certains produits soient plus accessibles que d'autres.

La collectivité locale lorsqu'elle dispose d'une autonomie fiscale, en dispose de façon limitée. Ils ne peuvent pas en vivre, il leur faut d'autres financements que sont les subventions (sommes allouées par des niveaux de pouvoirs supérieurs) pour permettre de réaliser tel ou tel projet et les dotations (allocation de sommes d'argent qui sont des sommes allouées chaque année pour l'existence même de l'institution communale, provinciale, etc.). Dans ces conditions, il est inutile de préciser que ce n'est pas grâce à l'exercice de cette autonomie fiscale que les collectivités locales qui en disposent sont en mesure de maintenir leurs finances en équilibre. Pour l'essentiel, ces dotations et subventions proviennent de la région sur le territoire de laquelle la collectivité locale s'inscrit. L'on se rend compte, cependant, que ces moyens ne sont pas alloués sans contrepartie. Il va sans dire que les dotations et subventions allouées moyennant le respect de

certaines conditions qui amenuisent, partiellement au moins, l'autonomie des collectivités locales.

Article 3 – Une collectivité contrôlée

« contrôlée » n'est pas un adjectif qui s'oppose à « autonome ». Les collectivités locales n'ont pas à recevoir d'injonctions de la part de l'autorité centrale.

Elle est autonome institutionnellement, sur le plan des attributions et le cas échéant sur le plan fiscal mais avec le contrôle des autorités supérieures. Il y a des vérifications qui sont portées sur les actes accomplis par la collectivité locale. Vérification également de l'utilisation des moyens consentis à la collectivité locale pour agir. Le contrôle n'est pas antinomie de l'autonomie mais c'est la vérification de celle-ci. Les mandataires publics eux-mêmes qui exercent une charge dans les collectivités locales sont affectés dans leur personne par les contrôles.

Ex : affaire Anne-Marie Lizin. C'est une affaire qui touche en partie à la gestion d'un hôpital, a tout le moins en tant que Bourgmestre, elle s'est rendue coupable de fait qui sont ou non répréhensibles. La personne du bourgmestre ici est contrôlée.

Ces vérifications sont de trois ordres : juridictionnels – administratifs (internes, tutelle etc.) – financiers

Dans le titre II du présent cours, l'on étudie les contrôles juridictionnels et administratifs qui s'appliquent du reste, non seulement à l'action administrative des collectivités locales, mais de manière plus générale, à l'action administrative de toutes les collectivités et même de toutes les administrations.

Ces trois caractères se résument au travers de la notion de décentralisation. C'est la technique institutionnelle car elle touche à des institutions par laquelle une personne morale de droit public crée un autre être juridique de droit public, lui confie des responsabilités autonomes et exerce à son égard des contrôles de tutelle. Décentralisation politique (elle ne l'est pas toujours) sert plus spécifiquement à identifier la technique institutionnelle qui conduit l'Etat et désormais la région plutôt que l'Etat à créer des collectivités politiques particulières, lui attribuer des attributions propres et à faire exercer à leur égard des contrôles de tutelle. Ce n'est pas nécessairement la collectivité qui crée le nouvel être juridique qui va exercer tous les contrôles de tutelle à son égard. Toutes les collectivités locales en Belgique sont des collectivités décentralisées.

La technique de décentralisation s'accommode parfaitement de différents types de structure étatique. On peut y recourir dans des Etats unitaires tout comme dans des Etats fédéraux. Elle n'a rien à voir avec le fédéralisme ou l'unitarisme. Une chose est la structure d'un Etat toute autre chose est de savoir comment dans

cet Etat on décide d'organiser l'administration. Une des techniques d'organisation est la décentralisation.

Ne pas confondre avec la déconcentration qui est une autre technique d'organisation administrative. On en trouve au niveau unitaire mais également au niveau fédéral. La déconcentration c'est la technique d'organisation administrative qui conduit à placer ailleurs qu'au sein des services d'administrations générales et le plus souvent ailleurs que dans la Capitale certains services en vue de rendre l'action administrative plus efficace tout en maintenant ces services sous l'autorité hiérarchique du Ministre responsable et sans conférer à ces services la moindre autonomie.

L'un et l'autre organise l'administration, ce qui les distingue c'est que dans la décentralisation on a l'autonomie et la tutelle tandis que dans le cadre de la déconcentration, on ne crée pas une nouvelle personne de droit public et on ne lui donne pas de l'autonomie.

Ex1 : Placement des services de douanes aux frontières. Ces services sont obligatoirement placés aux frontières. On ne sait pas contrôler les frontières rue royale assis sur une chaise. La douane est une personnalité juridique mais c'est l'Etat. Ce sont des agents qui dépendent de l'Etat fédéral et que l'on déploie sur le territoire. Les frontières c'est aussi les aéroports, les gares, les ports etc. ce sont endroits stratégiques

Ex2 : création de multiples bureaux de contributions à travers le pays. Si on habite Arlon, on ne doit pas se taper Bruxelles pour rendre sa déclaration d'impôt, on peut la déposer à Arlon voir même à deux endroits. Pourtant c'est l'administration des finances fédérales qui est en cause. On n'a pas voulu laisser tous les guichets au cœur de Bruxelles ça n'aurait aucun sens.

Ex3 (TUYAU) : les **communes qui sont des collectivités décentralisées (autonomie + tutelle)** portent également la casquette d'administrations déconcentrées. Si la nature première de la commune est d'être décentralisée entre par ailleurs dans le schéma de la déconcentration. Notamment dans le cas de la délivrance des cartes d'identité. Elles répondent toutes aux mêmes caractéristiques. Les cartes d'identité sont gérées par le Ministre de l'intérieur. On profite donc de ce que la commune existe et de son autonomie pour ouvrir un guichet en plus permettant d'obtenir la carte d'identité. Ce n'est pas une compétence communale, c'est une compétence fédérale exercée à travers de la commune. Elle joue alors le rôle de l'administration déconcentrée et non pas sa casquette de collectivité décentralisée. Le ministre dispose donc d'un pouvoir d'injonction aux communes. Voir aussi la réception des demandes de pension. On ne va pas à Bruxelles à l'office national des pensions mais on le

rend à la commune qui agit avec la même casquette que pour les cartes d'identité.

[30/01/2009]

§ 2 – La commune

Article 1^{er} – La collectivité communale dans sa globalité

Alinéa 1^{er} – La constatation

Tous autant que nous sommes, nous vivons dans une commune. L'ensemble du territoire de la commune est fait de communes. Il n'existe pas de territoire en Belgique qui échappe à la division communale. C'est la collectivité de base, la collectivité que nous connaissons le moins en la pratiquant le plus.

Alinéa 2 – La question

Y a-t-il des textes qui fondent la commune ? Oui, l'article 7 de la Constitution précise les limites des communes qui ne peuvent être changées ou rectifiées qu'en vertu d'une loi (loi dans le sens de décret ou d'ordonnance et non pas de loi au sens strict depuis la réforme de la St Polycarpe). L'article 41 de la Constitution dispose que les intérêts exclusivement communaux sont réglés par les conseils communaux d'après les principes établis par la Constitution. L'article 162 de la Constitution dispose dans un alinéa 1 : les institutions communales sont réglées par la loi (loi au sens de décret et d'ordonnance depuis la réforme de la St Polycarpe).

Au sein de l'article, on distingue 6 principes :

Premier principe : élection directe des membres des conseils communaux

Deuxième principe : L'attribution aux conseils communaux de tout ce qui est d'intérêt communal.

Troisième principe : la décentralisation d'attributions vers les institutions communales

Quatrième principe : la publicité des séances des conseils communaux

Cinquième principe : La publicité des budgets et des comptes

Sixième principe : l'intervention de l'autorité de tutelle ou du pouvoir législatif fédéral pour empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt général blessé

Article 8 de la Constitution concernant l'élection des conseils communaux par l'entremise de la question de la citoyenneté. L'article 159 qui évoque un contrôle juridictionnel d'exception d'inégalité. Un AAU peut être écarté parce qu'il est irrégulier devant les cours & tribunaux ou devant le CE. Article 162 al. 3 et 4. Article 170 § 4 qui concerne l'autonomie fiscale. Article 173, 190. La Constitution

parle de la commune et en parle beaucoup car elle y consacre une dizaine d'articles.

Alinéa 3 – Les précisions

A – Le territoire

Il n'est pas possible de modifier les limites territoriales de la commune sans qu'un décret ou une ordonnance (article 6 §1^{er} VIII 2° de la loi spéciale du 8 août 1980) ne soit adopté (article 7 de la Constitution). Dans les années 70, le nombre de commune a été substantiellement diminué. Opération dite de fusion des communes. A l'époque, la matière était fédérale et donc c'était au moyen d'une loi nationale, la loi du 23 juillet 1971 a autorisé l'opération de fusion au moyen d'un stratagème juridique reconnu en droit par le CE. Pas moins de quatre Etat jalonnent l'opération de fusion.

Dans un premier temps, le Roi propose de fusionner des communes ou bout de communes limitrophes (Article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1971).

Dans un deuxième temps, il doit recueillir l'avis des conseils communaux des communes concernées. Il doit recueillir l'avis du conseil provincial dans le ressort de la province dans laquelle se trouve la commune (article 2 de la loi du 23 juillet 1971). Un avis est la formalité qui consiste en la formulation d'une opinion adressée par une autorité administrative ou une instance agréée quelconque voire même un particulier ou des particuliers à l'autorité investie du pouvoir de décision. Cet avis ne lie pas l'autorité qui le reçoit sauf si le texte qui impose cette formalité en dispose autrement.

Troisièmement, le Roi arrête la décision de fusion par Arrêté-Royal.

Quatrièmement, l'Arrêté-royal de fusion est ratifié par le législateur et par ce fait il assume le contenu de l'opération comme s'il l'avait fait lui-même. Il donne à cet arrêté de fusion, la valeur de la loi.

Dans les années 70, l'opération était soustraite à tout contrôle juridictionnel. Il n'y avait pas de cour constitutionnelle. Il n'y avait pas de contrôle de constitutionnalité des lois mais on commençait à contrôler par rapport à la légalité (Arrêt Le Ski). La cour constitutionnelle entre dans la Constitution le 20 juillet 1980. En vérité, c'est un stratagème car sur le terrain, dans les communes, les autorités locales n'étaient pas heureuses de la fusion. Les autorités locales voyaient des mandats de bourgmestre, de conseillers, etc. qui devaient être réduit. Le ministre de l'intérieur à l'époque, Joseph Michel, avait décidé d'adopter le stratagème pour couvrir les Arrêtés-royaux de fusion par une loi. L'opération devenait incontestable en justice. La loi ne fiat que ratifié. Aujourd'hui, on n'a plus vraiment besoin d'utiliser ce stratagème. Si cette loi devait être réutilisée, elle

devrait être lue avec des lunettes régionales. L'article 7 entend dire que le mot loi doit être lu comme le mot décret ou ordonnance et donc il faudrait recueillir les avis, décidé et ratifié l'opération par le biais des autorités régionales. Le mieux serait que chaque région établisse un nouveau système de fusion. Au jour d'aujourd'hui, elle reste cependant en vigueur.

B – La population

Distinction terminologique qui a des implications sur le plan juridique : s'agissant de la population de la commune, il faut distinguer les habitants de la commune des citoyens de la commune.

La population de la commune renvoie à l'ensemble des habitants qui résident sur le territoire de la commune

Le critère pris en compte est le critère de la résidence. Savoir si quelqu'un habite la commune a un sens oui car cela permet de procéder au recensement général de la population du Royaume. C'est la comptabilisation du nombre d'habitants, belges et étrangers, hommes et femmes, jeunes et moins jeunes de chacune des communes de Belgique. Il y a une utilité en terme juridique et en termes d'organisation de la commune. C'est en fonction du résultat de ce recensement que le nombre de conseillers communaux et le nombre d'échevins dans la commune sont déterminés. Les articles L1122-3 du CWADEL et 8 de la nouvelle loi communale (+ article 5 du décret flamand) précisent que le nombre de conseillers communaux est fixé à 7 pour une commune qui compte moins de 1000 habitants et à l'autre bout maximum 55 pour une commune qui compte 300000 habitants et +. Article L1123-9 du CWADEL et 16 de la nouvelle loi communale précise que le nombre d'échevins est de 2 pour les communes de moins de 1000 habitants et 10 pour les communes dont le nombre d'habitants de plus de 300000 ou de 300000 habitants.

Pourquoi CWADEL et nouvelle loi communale ? CWADEL : région wallonne et nouvelle loi communale est la norme qui s'applique en région de Bruxelles-Capitale. Il y a un décret communal qui s'applique en Région flamande.

Pour une commune de moins de 1000 habitants, il n'y a que 2 échevins. Plus la commune est petite plus le nombre de mandataires est réduits, plus le nombre du personnel est réduits et doivent jongler avec un grand nombre de problèmes sur très peu de tête. Dans les grandes communes, on a un grand nombre d'échevin et chapeaute l'administration. Les services juridiques y sont très développés. La commune a des compétences extrêmement varié et a donc besoin d'un grand nombre d'effectif. Les belges et les étrangers qui sont des habitants de cette commune ne sont pas tous des citoyens de cette commune.

Les belges, tous les belges, pour autant qu'ils soient âgés de 18 ans accomplis, pour autant qu'ils disposent de leurs droits civils et politiques, qu'ils soient inscrits au registre de la population de la commune, tous ces belges là sont électeurs pour la commune. Les étrangers qui sont ressortissants d'un pays de l'UE peuvent acquérir la qualité d'électeur. C'est pour autant que l'article 1^{er} bis de la loi électorale communale du 4 août 1932, pour autant qu'ils aient consigné par écrit la volonté d'obtenir le droit de vote. On n'acquiert pas automatiquement la qualité d'électeur on doit le demander en suivant une procédure. Les étrangers qui ne sont pas ressortissants de l'UE : un débat avait éclaté et on peut dire que les partis francophones étaient favorables à l'élection des étrangers hors union et les néerlandophones étaient contre sauf SPA et Groen. Une loi autorise le droit de vote de certains étrangers. C'est une loi du 19 mars 2004 qui vise à octroyer le droit de vote aux élections communales à des étrangers et pas tous. Cette loi apporte une série de modification à la loi du 4 août 1932 en injectant un article 1^{er} ter qui a égard aux étrangers hors union. Cet article dispose que « peuvent acquérir la qualité d'électeur pour la commune les étrangers pour lesquels l'article 1^{er} bis ne s'applique pas pour autant qu'ils remplissent deux conditions ».

Condition 1 : une demande écrite qui précise quelle est leur nationalité, l'adresse de leur résidence principale, mais aussi une déclaration par laquelle il s'engage à respecter la Constitution, les lois belges et la CEDH. On ne demande pas au Belge ni aux ressortissants de l'UE de respecter la CEDH pourquoi le demander aux non ressortissants. Pour nous ça coule de source pas pour eux ? On trouve cela tendancieux.

Condition 2 : ces étrangers, pour pouvoir recevoir la qualité d'électeur doivent avoir leur résidence principale en Belgique de manière interrompue durant les 5 ans qui précèdent. Tout étranger hors union ne pourra être admis au vote que s'il est en Belgique depuis 5 ans. Cela ne signifie pas 5 ans dans la même commune.

Disposition L1122-3 : L pour dire valeur législative car d'autre dispositions étaient réglementaires et portaient le R. cependant on n'a jamais fusionné les deux et donc on ne trouve que des dispositions prenant le L.

Article 2 – Les autorités de la commune

Article L1121-1 et article 1^{er} de la nouvelle loi communale : il y a dans chaque commune un corps communal composé du bourgmestre, des conseillers et des échevins. La nouvelle loi communale et le CWADEL souligne une réalité essentielle sur la composition de la commune. Unicité du corps communal, lequel corps est formé de trois membres qui ne sont pas séparés. Au niveau fédéral et au niveau fédéré on procède à la séparation des pouvoirs tandis qu'au niveau communal, on ne retrouve pas ces principes. Dans la commune, pas de séparation, il y a unicité du corps. Il y a un seul corps composé de plusieurs membres. Cette unicité se traduit de deux façons dans la réalité juridique :

- Elle tient à son **mode de sélection** à l'exception notoire du bourgmestre en région bruxelloise, les autorités communales sont toutes sélectionnées par l'entremise d'une élection directe ou indirecte.
- L'unicité du corps communal tient aussi à son **mode de fonctionnement**: le collège traduit l'existence d'une collaboration étroite entre d'une part le bourgmestre et d'autre part les échevins. Ils forment ensemble le collège. (on dit collège communal en région wallonne et on dit collège de bourgmestre et échevins en région flamande et en région de Bruxelles-Capitale). D'autre part, le conseil d'une part et le collège d'autre part vivent sous le signe de l'irrévocabilité mutuelle. En clair et en principe, le conseil communal ne peut dissoudre le collège et inversement. Ils sont l'un et l'autre en principe voués à coexister voir à collaborer pendant une période immuable de 6 ans (article L1121-1 du CWADEL et article 2 et 3 NLC).

Tempérament le 8 décembre 2005, adoption du nouveau CWADEL à la suite de l'histoire de la carolorégienne. En région wallonne, le collège peut être renversé depuis 2005 (E.V. 2006) en tout ou en partie à certains moments et dans certaines conditions. A charge pour le conseil de trouver une composition alternative au collège. C'est ce qu'on appelle la motion de méfiance constructive communale (Article L1123-14 du CWADEL).

Alinéa 1^{er} – Le conseil communal

Article L1121-1 du CWADEL et 1^{er} de la nouvelle loi communale. Le conseil communal est l'autorité la plus importante. L'article 41 de la Constitution confie au Conseil communal ni plus ni moins que de régler les intérêts exclusivement communaux. L'article 6 § 1^{er} VIII, 1 al. 3 de la loi spéciale du 8 août 1980 confirme la prescription constitutionnelle de l'article 41 de la Constitution. L'article va plus loin parce qu'elle confie la possibilité de délibérer sur tout objet qui lui est soumis par l'autorité fédérale ou les communautés. Article 117 de la nouvelle loi communale et article L1122-30 du CWADEL précise que le conseil communal règle tout ce qui est d'intérêt communal et délibère aussi sur tout autre objet qui lui est soumis par toute autre autorité supérieure. On leur confie la gestion de la commune. C'est vraiment donc l'autorité communale la plus importante. « Tout au conseil communal »

Qui est le conseil communal ? C'est une assemblée qui est composée selon le procédé de l'élection directe. Tous les conseillers communaux sont élus directement en Belgique. Pourrait-on envisager un changement suite à une réforme semblable à la réforme de la St Polycarpe (L1122-2 CWADEL, article 7 NLC, Article 6 décret flamand)? Non, nous avons lu une disposition qui dit que la

réponse est non par l'article 162 al. 2 de la Constitution qui dit que les conseils communaux sont élus par élection directe. C'est affirmé par la Constitution. Il faudrait donc modifier la Constitution. Article L1122-1 du CWADEL et l'article 2 de la nouvelle loi communale sont élus pour un terme de 6 ans. Du 1^{er} janvier qui suit l'élection jusqu'au 31 décembre 6 années plus tard. Les articles L4124-1 du CWADEL et 7 de la loi électorale communale (code électoral Bruxellois) précise que la réunion ordinaire des électeurs a lieu de plein droit tous les 6 ans le deuxième dimanche d'octobre. Ce délai de 6 ans pourrait-il être modifié ? Oui car la Constitution ne précise pas quel est le délai de la représentation. Ces dispositions disposent que les conseillers communaux sont rééligible (article 2 NLC). Pas de limite à ce sujet car le délai est énoncé dans une loi et non pas dans la Constitution.

Il faut remplir les conditions (article L4121-1 du CWADEL et article 65 du code électoral bruxellois). Il faut être belge ou ressortissant de l'UE, âgé de 18 ans et enregistré au registre de la population de la commune et disposer de ses droits civils et politiques.

De plus, article 68bis de la loi électorale communale du 4 août 1932 et article 72bis de la nouvelle loi communale. Tout conseiller communal doit avoir la connaissance de la langue de la région linguistique dans laquelle la commune est située et cette connaissance est nécessaire à l'exercice du mandat visé. Il y a la région de langue française, langue néerlandaise, langue allemande et région bilingue de Bruxelles-Capitale. Le § 2 de l'article 72 bis de la nouvelle loi communale ajoute que les conseillers communaux sont présumés connaître cette langue sachant que la présomption en cause est irréfragable (elle ne peut être renversée). On présume qu'on connaît la langue une fois élu. Ils sont élus directement par le corps électoral qui ne se trompe jamais. La volonté électorale est plus forte que la connaissance de la langue. Il n'y a pas de recours possible pour faire annuler une élection sous prétexte qu'il ne connaîtrait pas la langue.

Article L11221 et article 2 de la nouvelle loi communale, les conseils communaux sont renouvelés intégralement tous les 6 ans. D'une part, il faut déduire du mot intégralement que les conseils ne sont pas renouvelés partiellement ou par fraction. Il existe des assemblées qui sont renouvelées par fraction. D'autre part, il faut entendre le fait que le conseil communal ne saurait être dissout avant terme, ce qui diffère des assemblées législatives fédérales. Une législature fédérale peut ne pas durer 4 ans comme prévu.

Les conseillers communaux sont élus sous le système de la représentation proportionnelle (article L4111-1 al. 2 CWADEL). Emergence d'un résultat efficace au prix d'une injustice. Pour autant que de besoin, on rappelle que le système majoritaire favorise l'émergence d'un résultat efficace, au prix d'une injustice. Il correspond, en effet, à une forme de scrutin dans lequel la formation politique qui recueille la majorité des voix au sein d'une circonscription – en l'occurrence il

s'agirait du territoire de la commune ou d'une fraction de ce territoire – obtient automatiquement le ou les sièges qui constituent l'enjeu de l'élection.

Au contraire, le système de la représentation proportionnelle est un système qui se veut le plus respectueux possible d'une justice électorale, mais qui favorise, dans le même temps, l'émergence d'un résultat électoral duquel une majorité – symbole d'efficacité – est généralement trouvée au prix d'une coalition, donc de compromis et, partant, de lignes politiques moins cohérentes. Le système de la représentation proportionnelle, en quoi consiste-t-il ? Chaque parti politique propose autant de candidats qu'il y a de sièges à pourvoir. Une fois l'élection terminée, chaque formation politique reçoit un nombre de sièges proportionné au nombre de voix que cette formation a recueillies.

Le système électoral auquel il est recouru, à l'occasion de l'élection des conseillers communaux est un système de représentation proportionnelle.

S'agissant de l'élection du conseil communal, il faut formuler une précision à propos du mode de contrôle électoral qui est organisé.

A l'issue de l'élection, le conseil communal n'est pas habilité, comme la Chambre des représentants ou le Sénat, à vérifier le pouvoir de ses membres (article 48 de la Constitution). En réalité, l'opération de contrôle qui est mise en place est opérée par le collège provincial (articles L4146-4 à L4146-17 du CWADEL) et à Bruxelles territoire extra provincialisé, par ce qu'il est convenu d'appeler le collège juridictionnel (articles 75 et s. du code électoral communal Bruxellois).

Collège provincial : mission : contrôle d'office à l'égard de toutes les communes se trouvant dans la province, l'exactitude de la répartition de sièges entre les listes et l'ordre dans lequel les conseillers communaux ont été déclaré élus. Il y a une sanction, le cas échéant, s'il échait, si une irrégularité est décelée le collège provincial modifie d'office la répartition des sièges. Article L4146-6 du CWADEL et 75 § 2 de la loi électorale. Les candidats peuvent dénoncer eux aussi des irrégularités qu'ils auraient constaté au cours de l'élection. Première instance : collège juridictionnel ou provincial. Et en deuxième instance : SCACE. Elle ne statue pas sur le fondement de l'article 14 LCCE ici on parle d'un contrôle électoral et d'une annulation électorale et pas d'un AAU. On se base donc sur l'article 16 LCCE. Ces organes sont purement en droit d'annuler l'élection, ce qui conduit à devoir réorganiser de nouvelles élections. L'annulation ne peut être prononcée que si le motif d'irrégularité invoqué est susceptible d'influencer la répartition des sièges **entre les différentes listes**. S'il n'y a pas d'influence possible alors on ne peut annuler l'élection. (+ articles L4146-5 et 74bis du code électoral communal bruxellois)

Une fois élus, les conseillers communaux exercent ce qu'il est convenu d'appeler un mandat public qui ne peut, en aucune circonstance, leur être retiré, si ce n'est

au travers d'une condamnation pénale qui aurait pour objet de déchoir la personne en cause de ses droits civils et politiques.

Alinéa 2 – Le bourgmestre

C'est une autorité communale elle aussi. Ce n'est pas une autorité nécessairement élue.

A – Les conditions auxquelles le bourgmestre est investi de sa charge

Le bourgmestre est élu en Région wallonne. Il est nommé en Région bruxelloise.

1 – L'élection du bourgmestre en Région wallonne

Le bourgmestre est élu et non plus nommé depuis l'élection de 2006 mais il n'est pas élu par les électeurs. Il est élu par le conseil communal. L'opération électorale se présente de la manière où le conseil communal est appelé à adopter un pacte de majorité (article L1123-1 CWADEL). Ce pacte c'est un document qui contient pour l'essentiel des noms et des prénoms, identité du bourgmestre, l'identité des échevins et dans les communes qui sont situées dans la région de la langue française sur le territoire de la région wallonne excepté les 9 communes de région allemandes, on ajoute l'identité du président du CPAS. Le pacte contient aussi l'identité des formations politiques qui sont appelées à constituer la majorité communale. Le pacte ne contient nullement de programme politique. Il n'y a pas de déclaration gouvernementale. Ni de répartition des attributions entre les échevins.

L'identité du bourgmestre ne peut pas être n'importe quelle identité. On ne peut indiquer le nom de n'importe qui. Le CWADEL est très précis à cet égard. L'article L1123-4 § 1^{er} dispose qu'est élu de plein droit le conseiller de nationalité belge qui a obtenu le plus de voix de préférence sur la liste qui a obtenu le plus de voix (pas de préférence) parmi les groupes politiques qui sont parties au pacte de majorité. Le pacte de majorité est ainsi conduit à identifier une personne très précise. Au sein du groupe politique le plus fort, il s'agit de repérer dans la liste le

candidat de nationalité belge qui possède le plus de voix de préférence. Il ne fait pas nécessairement partie de la majorité communale.

On observe donc que le groupe politique le plus important au sein de la commune ne fait pas nécessairement partie de la majorité communale. L'on peut parfaitement imaginer que les autres groupes se liguent contre lui et assoient la majorité communale. C'est, au sein de cette majorité, dans le groupe politique le plus important, qu'il faudra trouver le bourgmestre.

Si le conseiller communal que le CWADEL désigne bourgmestre décide de refuser. On pourrait imaginer un accord pré électoral au terme duquel on désigne M. Dupont comme étant le futur bourgmestre, quel que soit le nombre de voix de préférences qu'il va faire. De renoncement en renoncement, on arriverait au conseiller désigné. Pour éviter cela, le CWADEL dit que le conseiller est remplacé par le conseiller communal du même groupe qui a obtenu le nombre de voix immédiatement inférieur. Mais pour éviter les accords pré électoraux, l'article L1123-4 §3 prononce l'interdiction de participer au collège communal ; renoncement pendant les 6 années à être échevin et éventuellement président de CPAS. Formellement c'est le conseil communal qui élit le bourgmestre mais sur la base d'un résultat électoral.

2 – La nomination du bourgmestre en Région bruxelloise

En région bruxelloise, le problème ne se pose pas de la même façon. On pratique encore le système applicable avant 2006 dans tout le pays. Le bourgmestre est nommé. Ce n'est pas le CWADEL qui s'applique mais la nouvelle loi communale (1988). Article 13 : le bourgmestre est nommé par le gouvernement de la région de Bruxelles-Capitales. Qui peut être nommé bourgmestre ? Il est nommé suivant deux formules très différentes. Une première formule : de principe et une seconde formule : d'exception (utilisée dans des cas limités).

Formule de principe = c'est la première formule dont l'article 13 de la nouvelle loi communale parle. Le gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale nomme le bourgmestre parmi les élus belges du conseil communal. La fonction de bourgmestre est donc une fonction dont seul un belge peut en avoir l'exercice. Il faut être présenté par un acte de présentation signé au moins par une majorité des élus de la liste du candidat bourgmestre. Non seulement la majorité des élus de la liste du candidat bourgmestre signent l'acte de présentation mais de plus cette liste doit être soutenue et signée par la majorité des élus du conseil. (Article 18bis NLC)

Parmi les présentations, le gouvernement régional va choisir « le plus apte » à exercer la fonction de bourgmestre. Qui est ce bourgmestre ? Ce plus apte doit répondre à un certain nombre de critères qui sont en commun avec les critères devant être respecté pour la formule d'exception (voir après).

Formule d'exception = article 13 de la nouvelle loi communale. On nomme le bourgmestre en dehors du conseil communal. Le bourgmestre ne peut pas être n'importe qui quand même. Il doit s'agir d'un électeur de la commune de nationalité belge qui a 25 ans accomplis. Ce n'est pas le cas lorsque le bourgmestre est désigné dans la formule de principe car pour être conseiller communal il faut avoir 18 ans. Il n'est pas impossible de trouver un bourgmestre très jeune dans la formule de principe. Dans la formule d'exception on va chercher ailleurs mais de plus mature donc il faut 25 ans.

Jurisprudence de la SCACE pour les critères = s'il suit la jurisprudence du CE il y a 3 critères (en plus des autres conditions mécaniques) :

- Politique = le gouvernement régional doit se demander si le candidat bourgmestre dont il est question bénéficie de la confiance de l'opinion publique. Particulièrement la confiance d'une majorité politique qui s'est révélée au sein du conseil communal.
- Technique = le candidat bourgmestre dispose-t-il des qualifications requises pour assurer la gestion d'une commune, diriger une administration, pour présider un conseil communal, un collège, exercer à lui seul des compétences fondamentalement importantes ? etc. Ca laisse une marge de manœuvre qui ne va pas procéder à une comparaison des titres et mérites de chacun des candidats. On va choisir celui qui a un appui politique suffisant et des aptitudes en mesure de correspondre à la fonction.
- Moral = le candidat bourgmestre ne peut pas être un délinquant. Il doit assurer la fonction qu'il postule avec les qualités morales requises. On attire l'attention sur les éventuels méfaits qu'aurait commis l'éventuel bourgmestre.

Ex : le candidat bourgmestre était bruxellois et s'était rendu coupable de 7 infractions pénales ayant conduit à une triple condamnation. Cela a conduit le gouvernement chargé de sa nomination à ne pas le nommer. On doit avoir des qualités morales parfaitement en règle. Le gouvernement n'a pas de marge de manœuvre.

3 – Les connaissances linguistiques dont le bourgmestre doit faire preuve

Tant en Région wallonne qu'en Région Bruxelloise et en Région flamande, le candidat bourgmestre doit, pour être nommé, avoir connaissance de la langue de la région linguistique dans laquelle commune est située.

De la même manière que pour les conseillers communaux, cette connaissance, précise la loi, est nécessaire à l'exercice du mandat visé. Mais, à la différence des conseillers communaux, la présomption de connaissance est, ici, réfragable, si bien qu'un bourgmestre nommé, qui serait pris en défaut sur ce point, pourrait on voir sa nomination annulée par la section du contentieux administratif du CE, dans les formes et selon les modalités déterminées aux articles 72bis § 3 à 6 de la NLC, demeurés fédéraux.

Le critère linguistique a une grande importance dans le choix du candidat bourgmestre, surtout lorsqu'on se trouve dans les communes comme Fourons, en région de langue néerlandaise, ou Comines-Warneton, en région de langue-française.

B – Les conditions auxquelles le bourgmestre peut être démis de sa charge

Ce sont deux ordres de contrôle différents. Qui ne conduisent pas à la même sanction et ne sanctionnent pas le même type de comportement.

1 – La sanction disciplinaire

Valable pour les trois régions. En cas de faute disciplinaire, le bourgmestre peut encourir la suspension ou la révocation.

a – L'autorité compétente pour infliger la sanction

C'est le gouvernement régional qui suspend et qui révoque le bourgmestre (article L1123-6 CWADEL).

b – Les conditions auxquelles la sanction peut être infligée

Région wallonne article 1123-6 du CWADEL et article 82 de la nouvelle loi communale. Le gouvernement régional peut (pas doit) pour inconduite notoire ou négligence grave suspendre ou révoquer le bourgmestre qui sera préalablement entendu. La suspension ne pourra excéder trois mois.

Trois observations :

- La suspension est la sanction la moins lourde dans l'échelle des sanctions pouvant être infligées au bourgmestre. La révocation constitue la sanction la plus lourde.

- L'une comme l'autre de ces sanctions ne peuvent être infligées que si le bourgmestre s'est rendu coupable d'un comportement déterminé. Les comportements ne sont pas listés. Contraire à l'adage *nullum crimen sine lege*. Cet adage ne veut pas dire la même chose en droit administratif. On vise quand même deux ensembles de comportements qui sont des comportements abstraits au sien duquel se rangent des comportements concrets. Soit négligence grave soit inconduite notoire. Arrêt Evrard (31 juillet 1957) : Monsieur Evrard est bourgmestre de la commune de Woluwe St Pierre. Par arrêté royal (car avant la réforme de la St Polycarpe), du 16 août 1965, il se voit infligé une mesure disciplinaire suspension pour une durée de 3 jours. Le service financier de la commune avait admis la production d'une facture de 15 150 FB. Ce qui à l'époque n'est pas une petite somme. Cette facture était relative à des fournitures de bureau qui n'ont jamais dans les faits été livrés. Le but de la manœuvre comptable était de justifier le paiement envers le fournisseur d'autres fournitures qui avaient été effectivement livrées mais que le fournisseur avait perdues. On a fait une facture pour couvrir la perte, l'égaré d'une facture elle effective. L'échevin des finances de la commune avait apposé son visa sur la fausse facture pour réception conforme. Dans ces conditions, le montant de la fausse facture fait l'objet à la commune d'une ordonnance de paiement signée de la main du bourgmestre Jean Evrard. Le Roi n'est pas content. Il va sanctionner M. Evrard disciplinairement. On reproche au bourgmestre de ne pas avoir vérifié les factures signées par l'échevin. Il devait avoir connaissance qu'il couvrait une opération irrégulière. Apprenant qu'il s'agissait d'une fausse facture il n'a ni proposé ni poursuivi disciplinairement le personne communal concerné par la fausse facture en vue d'infliger une sanction disciplinaire. Le CE saisit par M. Evrard d'un recours en annulation (suspension pas possible car n'existait pas en 1957 elle existe depuis 1989 et était par ailleurs toujours limité). Il agit en annulation sollicitant la censure de la sanction disciplinaire infligée par le Roi. Un arrêt est rendu en 1957 qui va conduire le CE à annuler la sanction disciplinaire infligée au bourgmestre Evrard. Considérant qu'il ne peut être requis du bourgmestre d'une commune telle que Woluwe (grosse commune) qu'il vérifie la concordance entre la fourniture et la facture lorsque cette dernière est visée par un échevin pour réception conforme. Le CE ajoute que la confiance que le bourgmestre met dans le visa de l'échevin lorsque ce membre atteste la régularité de la facture ne signifie pas qu'il se désintéresse de l'exercice de ses fonctions au point de les négliger gravement. Considérant que le pouvoir d'infliger des sanctions disciplinaires aux employés de la commune appartient au conseil communal. En invoquant que des sanctions disciplinaires devaient être infligées au personnel communal qui s'est rendu coupable, le Roi est sorti de ses

attributions. Il a pris en compte un grief qui ne pouvait être reproché au bourgmestre. On ne peut pas considérer que ce grief est malade. La notion de négligence grave doit être interprétée avec mesures. Il en va par ailleurs de même de la notion d'inconduite notoire.

Ex : négligence grave : refus d'assistance à l'autorité judiciaire : je suis bourgmestre d'une commune, membre d'un collège, je sais qu'un enseignant de ma commune est poursuivi pour des faits de mœurs, le parquet m'interroge et je ne réponds pas aux questions du parquet parce que j'apprécie cet enseignant. De même que le refus d'accomplir des tâches administratives qui sont imposées par la loi (sens large). Ou encore la dissimulation volontaire d'irrégularité dans la comptabilité communale (falsification des comptes de la commune ou complice). Par ailleurs, ces mêmes faits peuvent donner lieu à des poursuites pénales en plus. L'un n'exclut pas l'autre. Le principe non bis in idem n'empêche pas d'être poursuivi au pénal et au disciplinaire.

Ex : inconduites notoires : ivresse publique. Délit de fuite. Fraude fiscale à titre personnel.

- Les sanctions disciplinaires évoquées ne peuvent être infligées que moyennant le respect des principes généraux du droit applicable en matière disciplinaire. Cette poursuite disciplinaire doit être faite dans le respect de certaines garanties. Le bourgmestre doit être préalablement entendu. Renvoi au respect du principe de la défense. Ces droits doivent être respectés. Quand on est passé à une mesure dite grave (*audi alteram partem*) prévoit une audition plus légère. Dans une procédure disciplinaire, l'audition préalable ressort aux droits de la défense. Alors même que la loi ne garantit que l'audition préalable, ce sont tous les droits de la défense qui doivent être respectés.

2 – La sanction politique

En région wallonne uniquement. Le bourgmestre tout comme les échevins peuvent faire l'objet d'une motion de méfiance constructive communale (CWADEL). Article L1123-14 : il s'agit pour le conseil communal de marquer un désaccord politique. Elle est adoptée à la majorité absolue des membres du conseil.

Depuis l'adoption du décret de la Région wallonne du 8 décembre 2005, le bourgmestre – tout comme les échevins – peut essuyer une motion constructive communale (article L1123-14 CWADEL).

Conditions :

- La motion doit être signée par la moitié au moins des conseillers de chaque groupe politique participant à la majorité actuelle (article L1123-14 § 1^{er} al. 6 CWADEL).
- Cette motion de méfiance constructive communale ne peut être mise au vote qu'au minimum 7 jours francs après son dépôt (al. 7).
- Le mandataire en cause peut se défendre mais il ne peut être assisté d'un avocat. Il s'agit d'une sanction politique donc pas de raison d'être défendu par quelqu'un d'autre (al.8)
- La motion est acquise à la majorité absolue des membres du conseil (al.9)
- La motion de méfiance constructive communale doit être motivée en la forme. Elle doit répondre à l'exigence de motivation formelle.

Cela implique que le bourgmestre est automatiquement démis de ses fonctions (al. 11). Dans la mesure où elle est constructive elle doit mentionner le successeur au bourgmestre inquiété. Le mécanisme de désignation est donc que le conseiller belge du même groupe politique disposant du nombre de voix de préférence le plus important après les voix accordées au bourgmestre déchu (article L1123-14 §2). Le nouveau bourgmestre est naturellement déjà désigné par le CWADEL.

Dispose-t-il un recours ?

C'est un AAU qui est pris par le conseil communal. C'est une autorité administrative qui prend une mesure administrative. Cela répond donc bien à toutes les caractéristiques de l'AAU. L'article 14 et 17 LCCE ne sont pas exclus pour ce type d'acte. Admis donc par des arrêts du CE et puis un décret est venu modifier le décret du 8 décembre 2005 pour laisser entendre alors qu'il y a un contrôle possible, le conseil communal ne statue dès lors pas de manière souveraine. La région wallonne ne pouvait pas dire que cette motion ne relavait pas de la compétence du CE. Le décret de 2005 a été attaqué devant le Cour constitutionnelle qui a dit qu'il s'agissait bien d'un AAU et qui pouvait dès lors être porté devant le CE.

Le bourgmestre démis dispose d'une voie de recours. La SCACE se déclare compétente pour en connaître. Elle l'a notamment fait valoir dans trois arrêts – des 8 mars, 28 mars et 11 juillet 2006 – à propos, non d'un bourgmestre, mais d'un échevin. Il s'agissait en l'espèce d'un échevin de la ville de Charleroi, M. Serge Vanbergen. Dans la mesure où le système des motions de méfiance est identique pour les bourgmestres et pour les échevins, la jurisprudence peut être transposée à la situation du bourgmestre.

La motion de méfiance peut être individuelle et ne peut concerner qu'un bourgmestre ou un échevin. La motion de méfiance peut aussi être collective. Elle

entraîne alors la démission de l'ensemble du collège et son remplacement par un collège alternatif (article L1123-14 §1^{er} al. 5 CWADEL). Tout ce qui est démis doit être remplacé. De toute façon ce qui compte c'est qu'il y ait un remplacement, une substitution.

Elle ne peut pas avoir lieu à tout moment. La motion doit être signée par la moitié au moins des conseillers formant une majorité alternative. Si on modifie tout un collège alors on modifie aussi le pacte de majorité et on est tenu que la motion soit signée par la moitié de cette nouvelle majorité. Elle ne peut être déposée entre le 18^{ème} mois qui suit l'installation du collège et le 30 juin de l'année qui précède celle au cours de laquelle auront lieu les élections communales (article L1123-14 §3 al. 1 et 3 CWADEL). De plus, le renvoi d'un collège ne peut être suivi d'un nouveau renvoi que douze mois après le premier (article L1123-14 §3 al. 2 CWADEL).

C – Les attributions du bourgmestre

Chargé de l'exécution concrète des règles édictées par l'autorité supérieure à moins que ce ne soit le collège s'il le dit (article L1123-29 CWADEL). Le bourgmestre a également une compétence de police. Il dispose de prérogatives en matière de police administrative : maintien de l'ordre, c'est-à-dire de la sécurité, de la salubrité et de la tranquillité publique.

Alinéa 3 – Le collège communal ou collège des bourgmestres et échevins

Autorité publique qui associe à certaines tâches des personnes d'horizons différents. Le bourgmestre (article L1123-19 CWADEL et l'article 103 NLC) assignent au bourgmestre un rôle particulier au sein du collège. Ils disposent que « le bourgmestre est de droit président du collège ».

On trouve au sein du collège le bourgmestre, on retrouve dans un certain nombre de communes, le président de CPAS (uniquement en région de langue française – Article L1123-3 CWADEL). Les autres personnalités qui composent le collège sont les échevins. Comment les échevins sont-ils désignés ? De quelle manière peuvent-ils être démis ? Comment fonctionne le collège ? Quelles sont ses attributions ?

A – Les conditions auxquelles l'échevin peut être désigné

1 - La désignation de l'échevin en Région wallonne

Ils sont désignés via le pacte majorité (article L1123-1 §2 al. 2). Il doit contenir l'identité du bourgmestre, l'identité des groupes politiques de la majorité, l'identité des échevins et l'identité du président du CPAS. Il ne peut pas s'agir de n'importe qui. Il doit s'agir de conseillers communaux (Article L1123-8 §2 al. 1 CWADEL), de nationalité belge ou non. L'article 11bis alinéa 3 de la Constitution : impose la présence d'homme et de femme au sein de tous les organes inter - et intra - provinciaux et communaux. On pourrait imaginer que seules des femmes soient élues échevins ou plus logiquement que des hommes. Le CWADEL permet au cas où l'élection conduirait à élire que des hommes, la désignation d'un échevin en dehors du conseil communal (Article L1123-8 §2 al.2 CWADEL) dans ce cas de figure spécifique.

2 - La désignation de l'échevin en Région Bruxelloise

Procédure qui prévalait habituellement qui demeure. Article 15 NLC prescrit les conditions et les modalités selon lesquelles on procède à la désignation des échevins. Premièrement, les échevins sont élus parmi les conseillers communaux. Deuxièmement, chaque échevin est élu par le conseil communal. Troisièmement, il n'est élu que dans l'hypothèse où sa candidature recueille la majorité absolue des suffrages. Le conseil communal procède à autant de scrutin qu'il n'y a de sièges à pourvoir. L'article prescrit enfin qu'un acte de présentation, daté, doit, pour chaque mandat d'échevin, être déposé, à cet effet, entre les mains du secrétaire communal qui en accuse réception. Le secrétaire transmet l'acte de présentation au président du conseil au plus tard trois jours avant la séance (article 18bis al. 1 et 2 NLC).

Pour être recevable, l'acte de présentation doit être signé par la majorité au moins des élus de la liste du candidat présenté et par la majorité au moins des élus du conseil (article 15 §1^{er} al. 1^{er} NLC)

3 - La désignation de l'échevin dans les communes périphériques de Fourons et de Comines-Warneton

A la différence du système de désignation de l'échevin qui prévaut en Régions Bruxelloise et wallonne, et qui conduit à une élection au second degré, les échevins des 6 communes de la périphérie bruxelloise : Kraainem - Wezembeek-Oppem - Linkebeek - Rhode-Saint-Genèse - Wemmel et Drogenbos, ainsi que ceux des communes de Comines-Warneton et Fourons, sont élus directement par des électeurs.

Le système qui prévaut à leur sujet est fixé à l'article 15 §2 de la NLC et est demeuré fédéral à la suite de la régionalisation de l'organisation des provinces et des communes.

4 – Les connaissances linguistiques dont l'échevin doit faire preuve

Il doit avoir la connaissance de la langue de la région linguistique sur le territoire duquel se trouve la commune. Mais il doit faire état de cette connaissance. S'il est présumé connaître la langue de la région linguistique, la présomption est une présomption réfragable et s'il s'avère qu'il ne connaît pas la langue de manière suffisante alors l'article 72bis §2 NLC prévoit que l'élection pourra faire l'objet d'une annulation devant la SCACE.

Dans les fameuses communes périphériques (6) + Fourons + Comines-Warneton, la présomption de connaissance linguistique est irréfragable. Si on ne connaît pas le néerlandais, on est présumé le connaître et si ce n'est pas le cas, l'élection ne peut pas être annulée. L'article 72bis est demeuré fédéral et donc s'applique pour toutes les régions.

Rappel : ils doivent tous connaître la langue dans les organes de la commune. Finalement ou bien on est élu directement (conseiller communal, échevin dans les communes périphérique + Fourons et Comines-Warneton) et dans ce cas la présomption est irréfragable. Dans les autres hypothèses, elle est réfragable.

B – Les conditions de démission de l'échevin

L'échevin n'est pas absolument immunisé. Il peut être déchu de son mandat. Il est assujéti à un régime disciplinaire (article L1123-13 CWADEL et article 83 al. 1^{er} NLC. Par ailleurs, il peut, s'il est échevin d'une commune de la Région wallonne, essuyer une motion de méfiance constructive, qu'elle soit individuelle ou collective (article 1123-14 §1^{er} al. 2 CWADEL). Les conditions qui président à l'adoption d'une telle motion sont identiques à celles applicables au bourgmestre.

C – Les règles de fonctionnement du collège

3 règles président au fonctionnement du collège :

- **La collégialité** : le bourgmestre et les échevins voire le président de CPAS sont tenus de travailler selon le principe de collégialité signifie que si une répartition des tâches s'instaure entre ces différents protagonistes notamment pour la préparation et l'exécution des dossiers (échevin des travaux publics, échevin de l'emploi, échevin de l'urbanisme etc.), la décision proprement dite revient toujours au collège.

Si l'échevin prend lui-même la décision a juridiquement tort même si politiquement il a peut-être raison. La théorie du mandat apparent ne vaut pas en droit public. On ne peut pas dire qu'on croyait légitimement que l'échevin vendait lui-même tel ou tel bien, on ne pourra pas valablement invoquer la théorie du mandat apparent.

Exception : fonctions assignées à l'officier de l'Etat civil : article 125 al. 2 NLC : le bourgmestre ou l'échevin désigné comme tel exerce les fonctions de l'officier de l'Etat civil particulièrement chargé de faire observer tout ce qui concerne les actes et la tenue des registres. Ici une disposition de nature législative prévoit expressément que dans cette hypothèse l'échevin dispose d'une compétence qui n'est pas collégiale. Il est donc compétent par exemple pour célébrer un mariage.

Une exception existe en la matière : les fonctions assignées à l'officier de l'état civil. L'article 125 al. 2 NLC dispose, à cet égard, que « le bourgmestre, ou un échevin désigné à cet effet par le Collège, remplit les fonctions d'officier de l'état civil et est particulièrement chargé de faire observer tout ce qui concerne les actes et la tenue des registres ».

- **Technique du gouvernement d'assemblée** : Si les échevins s'expliquent devant le collège, les membres du collège ne sauraient être renvoyés par le conseil communal comme peuvent l'être les membres du gouvernement régional ou fédéral (article 96 de la Constitution et 70 à 72 de la loi spéciale du 8 août 1980). On niveau communal, on ne peut renvoyer un membre du collège. En d'autres termes, le bourgmestre - mais aussi les échevins - bénéficient, pendant 6 années, d'un régime de continuité dans l'action politique et administrative qu'ils mènent. Cependant, il existe tout de même la motion de méfiance constructive communale qui peut renvoyer individuellement ou collégialement mais uniquement en Région wallonne.
- Le collège ne travaille pas suivant la **règle du consensus** : le conseil des ministres travaille selon la règle du consensus. On cherche par là à atteindre un point de convergence entre les avis émis autour de la table. A la commune, la règle est la majorité. Il n'y a pas à atteindre telle ou telle solution par tous les membres du collège, c'est la majorité qui l'emporte. Ce n'est pas forcément ce qui se passe tous les jours au collège. Le mieux n'est pas d'imposer une idée et de suivre une

majorité. Article 106 NLC et article L1123-22 du CWADEL : « les résolutions sont prises à la majorité des voix », en sachant que si la majorité du collège a, préalablement à la discussion, reconnu l'urgence, la voix du président est décisive.

D – Les attributions du collège

Articles L1123-23 CWADEL et 123 NLC :

Rappel : Il revient au conseil communal de gérer les questions d'intérêt communal et les questions attribuées par une autorité supérieure.

Le collège lui est chargé d'assurer une série de tâches :

- Assurer l'exécution concrète des règles établies par l'autorité supérieure quand le bourgmestre n'est pas compétent donc dans les cas déterminé par un texte
- Il assure l'administration des établissements communaux, il assure la direction des travaux communaux
- Il va concrètement passer les contrats : si un contrat doit être passé entre une commune et un partenaire, les règles de principe sont déterminées par le conseil mais la signature et la concrétisation, c'est le collège qui l'exerce.
- Représenter en justice soit en demande soit en défense la commune. Après autorisation du conseil communal.

Alinéa 4 – Les services communaux

La commune est animée par une grande règle : l'autonomie. La commune est autonome (article 162 de la Constitution). Ça ne veut pas simplement dire qu'elle peut se débrouiller par elle-même mais en termes d'organisation administrative, chaque commune peut s'organiser comme elle l'entend. La loi ne dit pas comment une commune doit s'organiser sur le plan administratif. Cela relève alors quand un texte ne dit rien, de l'autonomie.

C'est le motif pour lequel l'organisation des services communaux d'une commune n'implique pas de s'inscrire dans un moule prédéfini par le décret ou, le cas échéant, par l'ordonnance.

Les services communaux sont accomplis de 4 façons différentes. Une commune ne choisit pas l'un des quatre à l'exclusion des trois autres, elle peut les utiliser comme elle le veut bien souvent les communes utilisent les 4.

A – L'administration communale

Elle prend en charge un grand nombre de missions confiées à la commune. Tous ces services vont fonctionner sous la responsabilité d'une personne.

Exemples ?

C'est la clé de voute. C'est le secrétaire communal (article L1121-4 CWADEL). On le retrouve dans toutes les communes, il assume la responsabilité de l'ensemble des services communaux. Point de passage obligé entre le conseil communal et le collège. Ces trois autorités prennent des décisions qui passent par le filtre du secrétaire communale qui redistribue aux membres de l'administration communale.

Les articles L1124-4 §2 CWADEL et 26bis NLC attestent cette réalité. Aux termes de ces dispositions, le secrétaire communal « dirige et coordonne les services communaux », sous l'autorité du collège. Elles ajoutent que le secrétaire communal est « le chef du personnel ».

Par contre si la commune est peu développée, le secrétaire communal sera le point de passage mais sera aussi celui qui exécute une partie des fonctions. Il ne peut pas tout déléguer car il n'a pas assez de services à sa disposition. Article 1124-4 CWADEL et 26bis NLC : le secrétaire communal dirige et coordonne les services communaux. Il est le chef du personnel mais demeure par ailleurs sous l'autorité du collège. Lui-même doit répondre au conseil communal. C'est l'occasion de dire qu'il y a un autre personnage important : le receveur communal. Il exerce un certain nombre de tâches en matière de comptabilité communale. Le régime de responsabilité est assez particulier. En ce sens que le receveur communal répond sur ses deniers propres des fautes et des erreurs qu'il pourrait commettre dans sa comptabilité communale. Il existe par ailleurs des assurances pour cela. Article 1124-21 CWADEL et 52 et s. NLC

B – Les régies

Pouvoir identifier dans chaque commune, les services qui doivent être accomplis par voie d'une régie. Il appartient au conseil communal de faire le choix entre deux formes de régies. Le conseil communal doit apporter au moment où il le décide, doit choisir entre la régie ordinaire et la régie autonome. Le CWADEL et la NLC prévoient qu'il revient au conseil communal d'identifier, dans chaque commune, les services qui sont accomplis en régie (Article L1231-4 CWADEL et 26bis NLC).

1 – La régie ordinaire

Elle n'a pas la personnalité juridique. Ce n'est pas un être juridique en dehors de la commune (articles L1231-1 à L1231-3 CWADEL et 261 à 263 NLC). Sur le plan juridique elle agit en tant que commune. La commune gère l'entière maîtrise de la gestion des actions conférées à la régie. la régie ordinaire assume alors un service qui est ou non de caractère industriel ou commercial. Ce peut être n'importe quel service : sociaux, sportifs, institutions culturelles, institutions chargées d'administrer des bâtiments, ...

Elle va pouvoir utiliser des méthodes qui en tant que telles sont incompatibles avec les services publics. Assouplissement des règles sur le plan financier et comptable. Une régie ordinaire peut aussi, pour le développement de l'activité qui lui est confiée, recourir, si besoin est, à des méthodes commerciales.

Ex : la régie foncière de la ville d'Ottignies Louvain-la-Neuve qui administre certains biens communaux.

Ex : la régie loisirs jeunesse et sports de Namur

Ex : la régie urbaine de l'équipement qui gère les parkings publics. Le mobilier urbain (abri bus) ou le contentieux des horodateurs

2 – La régie autonome

Elle se distingue de la régie ordinaire parce qu'elle dispose **toujours** de la personnalité juridique (Article L1231-4 CWADEL et article 263bis NLC). Elle est issue du procédé de la fondation. Qu'est ce que la fondation ? C'est l'affection d'un patrimoine à un organisme public personnalisé en vue de gérer les intérêts publics en l'occurrence, des intérêts communaux. La fondation est toujours l'œuvre d'une autre personne publique qui joue à l'égard de la régie le rôle de fondatrice et qui dispose des moyens de mettre fin à l'existence de la régie. La régie est donc la création d'une personne de droit public qui va créer une autre personne de droit public et qui lui attribue un patrimoine propre lorsqu'elle est créée. Puisque l'on se situe à l'échelon communal, la personne publique qui joue le rôle de fondatrice est la commune, qui par l'intermédiaire de son conseil communal, crée la régie communale autonome, mais peut aussi en supprimer l'existence le jour où elle juge que les missions qui sont imparties à la régie de ne doivent plus être exercées à la faveur de ce mode d'organisation.

Qui joue le rôle de fondateur de la régie ? C'est la commune.

A la différence de la régie ordinaire, l'activité est ici nécessairement commerciale ou industrielle. On ne peut aller en dehors de ces secteurs parce que la loi l'exclut. Les activités commerciales et industrielles recouvrent uniquement la liste d'activité définie par un arrêté royal du 10 avril 1995. Les gouvernements des régions n'ont pas modifié l'arrêté royal pris avant la St Polycarpe. La matière n'était pas encore régionalisée à l'époque.

Ex : la fourniture d'eau de gaz et d'électricité.

Ex : l'exploitation d'entrepôt ou de parkings

Ex : achat et/ou la construction d'immeubles en vue de la vente ou d'opérations de leasing

Ex : installation d'infrastructures touristiques et culturelles

Ex de régie communale autonome : la régie du port d'Anvers – régie foncière de Malmedy – régie liégeoise qui a en charge les Horodateurs.

Différence entre personne publique et organisme public personnalisé : une personne publique a une responsabilité propre. L'organisme est une espèce du genre de personne publique. La notion d'organisme public renvoie aux administrations collatérales dotées de la personnalité juridique.

C – Les services intercommunaux

Article 162 al. 4 de la Constitution : « en exécution d'une loi, adoptée à la majorité adoptée à l'article 4 dernier alinéa (loi spéciale) le décret ou la règle visée à l'article 134 (règle législative régionale – décret et ordonnance) règle les conditions et le mode suivant lesquels plusieurs communes peuvent **s'entendre ou s'associer** ».

Possibilité de nouer des relations juridiques entre communes qui prennent tantôt la forme d'une entente tantôt la forme d'une association.

Ex : j'achète un immeuble en commun avec une autre commune

Ex : je crée avec une autre commune un service intercommunal d'incendie.

Soit on est associé (association de communes) soit on se met d'accord avec une autre commune pour entreprendre telle ou telle opération (entente de communes).

L'intercommunale est une des catégories de services intercommunaux.

Les services intercommunaux sont l'œuvre d'une collaboration entre plusieurs communes. Ces collaborations peuvent prendre deux grandes formes, les ententes et les associations. Intercommunale = association de commune créée pour gérer certaines matières d'intérêt communal comme par exemple les travaux publics, la santé publique, la distribution du gaz et d'électricité.

Ex : les amateurs de football supporters du Standard ont pu observer qu'ALE marque les maillots de l'équipe. C'était une intercommunale aujourd'hui remplacée par Luminus. C'est une association, de

pouvoirs publics à savoir les communes, qui disposent de la personnalité juridique et qui va avoir un objet social.

Intercommunales pures = elles ne comptent que des communes ou d'autres pouvoirs publics comme par exemple les communes.

Ex : ALE

Ex : IBW (s'occupe des déchets) mais elle comprend parmi ses membres, la province du Brabant Wallon

Intercommunales mixtes = les communes doivent conserver la prépondérance mais collaborent avec des personnes juridiques privées.

Ex : CEDILEC (vend l'électricité notamment en Brabant Wallon)

Ex : IEH et IGH (électricité et gaz à Charleroi)

Ce qui suit n'a pas été vu au cours :

Il appartient aux régions et non aux communautés – ce depuis, bien avant la réforme institutionnelle de la St Polycarpe – de déterminer les conditions et le mode d'association que peuvent emprunter les communes pour former une intercommunale.

Il existe toutefois une limite importante dans le cadre de la compétence qui revient aux Régions en la matière ; il s'agit de ce que , si les régions peuvent définir le mode d'association que les intercommunales sont susceptibles de revêtir au sein de cette région, il faut avoir à l'esprit qu'en termes de répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les régions et les communautés, l'article 6 §1^{er} VI alinéa 5, 5° de la loi spéciale du 8 août 1980 a maintenu, dans l'escarcelle de l'autorité fédérale, la compétence de légiférer en droit des sociétés.

A ce titre, seule l'autorité est en mesure d'inventer des formes d'associations juridiques, que ces associations revêtent ou non un caractère commercial. Ce qui revient à écrire que, s'il appartient aux régions de définir le mode d'association, que les communes peuvent emprunter pour s'associer, les régions ne peuvent retenir que les modes d'association préalablement consacrés par le législateur fédéral.

Dans la réalité, certaines intercommunales prennent la forme d'association sans but lucratif, d'autres sociétés anonymes, d'autres encore de sociétés coopératives.

D – Les établissements publics

Les établissements publics constituent, eux aussi, un mode de gestion administrative très utile qu'on rencontre à l'échelon communal, mais que l'on a aussi rencontrés aux échelons fédéral, régional et communautaire, sans pour autant les définir à ce stade.

C'est un organisme public personnalisé, il dispose de la personnalité juridique, qui dispose de l'autonomie organique et technique et qui est doté d'organes de gestion. Il est créé unilatéralement par une ou plusieurs personnes de droit public. Qui joue à son égard le rôle de fondatrice. Selon qu'il est créé par une ou plusieurs personnes de droit public, il reçoit la personnalité juridique d'un ou plusieurs législateurs. Il n'existe pas un statut qui est fixé pour tous les établissements. C'est chaque loi, décret ou ordonnance qui crée l'établissement public qui définit pour lui son statut.

Ex : fabrique d'Eglise qui s'occupe de la construction des Eglises.

Ex : les agences légales pour l'emploi

Ex : les zones pluri communales de police (les zones uni communale ne sont pas des établissements publics car correspond directement à la commune elle-même c'est la même personnalité juridique).

Tous constituent des établissements publics qui sont chargés d'accomplir des missions de service public à l'échelon communal ou para-communal.

Les trois qui suivent ont soit une originalité juridique, soit une utilité pratique.

1 – Le wateringue

Le mot est une bizarrerie du droit public belge. Ce mot désigne avant tout un territoire spécifique. Ce territoire correspond à un ensemble de terrains qui sont situées dans les parties basses des vallées humides. Ces terrains ont fait l'objet de travaux d'endiguement, d'écoulement des eaux, d'irrigations en vue de permettre l'habitation dans ces lieux, et de permettre de cultiver les terres.

De cette acception géographique, le mot wateringue a reçu un sens juridique. Juridiquement, il s'agit d'un établissement public institué en vue d'assurer que les terrains par nature submersibles soient protégés pour y permettre l'agriculture et pour tâcher des les préserver d' l'inondation. L'assemblée générale de la wateringue réunit l'ensemble des personnes titulaires de droits réels dans la circonscription de la wateringue.

Observations :

- Ainsi que le permet l'article 173 de la Constitution, elle dispose par l'assemblée générale du pouvoir de lever l'impôt. La wateringue peut donc lever l'impôt. Il est destiné à la réalisation de la mission d'intérêt

public que constitue le maintient à l'abri de terrains par nature submersible. D'ordinaire, un établissement public se voit attribué annuellement une dotation.

- La personne de droit public qui joue le rôle de fondatrice de la wateringue était à la base le législateur fédéral à travers la loi du 5 juillet 1956 relative aux wateringues. Cette loi toujours en vigueur doit être mise entre () car la matière a été régionalisée (article 6 §1^{er}, III, 10° de la loi spéciale du 8 août 1980). Il se fait cependant que les régions ont modifié la loi du 5 juillet 1956 et l'on même abrogée pour ce qui concerne la région wallonne et la région flamande. L'article classe les wateringues parmi les compétences confiées aux régions en matière de « rénovation rurale » et « conservation de la nature ».
- Pour éviter que la mer reprenne le dessus sur la terre on a établi des digues.

2 – Le polder

Au sens géographique du terme, le « polder » - l'on en rencontre notamment sur la route qui mène à la mer du nord – désigne une étendue de terre qui a été conquise sur la mer et qui a été endiguée pour empêcher que cette étendue de terre soit couverte et découverte par la marée.

- Le polder constitue juridiquement un établissement public institué en vue d'assurer que des terrains, par nature submersibles soient protégés pour y permettre l'agriculture et l'habitation.
- Comme la wateringue, le « polder » est doté d'une assemblée générale qui réunit l'ensemble des personnes titulaires de droits réels sur les terrains situés dans la circonscription du polder.
- Le polder est un établissement public qui a le pouvoir de lever l'impôt pour assumer le caractère insubmersible des terrains. (article 173 de la Constitution).
- La personne de droit public qui joue le rôle de fondatrice de la wateringue était à la base le législateur fédéral à travers la loi du 3 juin 1957 relative aux polders. Cette loi toujours en vigueur doit être mise entre () car la matière a été régionalisée. Il se fait cependant que les régions ont modifié la loi du 3 juillet 1957. Article 6 §1^{er} III 10° de la loi du 8 août 1980. Les polders sont classés parmi les matières régionales.

L'autorité qui pourrait modifier le statut des polders ou qui pourrait décider d'en supprimer l'existence, est dès lors, l'autorité régionale.

A cet égard, la Région wallonne et la Région flamande, qui ont modifié le statut de la wateringue, ont également modifié le statut du polder, à l'exclusion de la Région bruxelloise.

3 – Le centre public d'action sociale

Il n'y a qu'un par commune. Sa mission d'intérêt générale est de prodiguer de l'aide aux plus démunis. Il peut s'agir de moyens financiers ou d'assistance sociale dans les bureaux du CPAS. Il peut s'agir d'assurer un service de gardiennage d'enfants en bas âge (Crèche).

Le président va assumer la gestion quotidienne du centre (article 28 de la loi organique du 8 juillet 1976). C'est lui qui agit en justice au nom du centre (article 115bis de la loi). A propos du président, dans les régions de la langue française, le président du CPAS fait partie intégrante du collège communal. Il y a le président qui assume la gestion quotidienne mais il y a aussi le secrétaire du CPAS. Il constitue la pierre angulaire de l'administration. Par exemple, il organise le travail au sein des différents services (Article 45 de la loi).

Il y a aussi le conseil de l'aide social. C'est l'organe investit du pouvoir de décision. Il va prendre les décisions concernant l'attribution d'une aide à quelqu'un, ou qu'elles concernent l'organisation même du centre, par exemple, la construction d'un nouveau bâtiment destiné à abriter ses locaux (article 24 de la loi).

Particularités :

- Organe investit du pouvoir de décision : les membres du conseil de l'aide social sont élus par le conseil communal (article 11 §2 de la loi). Ce sont donc de véritables acteurs de la politique d'aide social. Ce sont des élus des élus en plus d'être des gestionnaires administratifs.
- Le centre voit, par ailleurs, ses décisions soumises à une autorité de tutelle (article 108 à 113 de la loi organique du 8 juillet 1976). Dans certains cas, l'autorité de tutelle est la personne de droit public qui l'a créée – à l'origine l'autorité fédérale mais, la matière ayant été régionalisée, il s'agit aujourd'hui de l'autorité régionale -. Dans d'autres cas, l'autorité de tutelle qui peut examiner les décisions du CPAS est la commune.
- CPAS : le fait que la loi qui crée ces centres, loi du 8 juillet 1976, permet à ces centres de s'associer. Cette loi a été régionalisée et en partie communautarisée. Elle n'est plus fédérale pour l'essentiel. Ce qui compte c'est de constater qu'avec d'autres centres, d'autres personnes de droit public, ou de droit privé. Notamment en matière d'aide médicale. Avec d'autres partenaires, un centre peut parfaitement créer

une association pour gérer une institution hospitalière par exemple. En région bruxelloise, il y a une association hospitalière de Bruxelles – centre hospitalier universitaire St Pierre créé pour gérer l'hôpital St Pierre. Cet hôpital est le fruit d'une association qui groupe la commune de Bruxelles, le CPAS de Bruxelles, l'ASBL centre universitaire St Pierre et deux universités (ULB – VUB). Lorsque le CPAS s'associe il crée alors une personne juridique qui a une autre forme. Ca n'empêche pas de s'associer et de créer une personnalité juridique différente. C'est une association chapitre 12 car c'est dans ce chapitre de la loi du 8 juillet 1976 qu'on trouve le droit pour les CPAS de s'associer (article 118 de la loi).

Article 3 – Les attributions de la commune

Alinéa 1^{er} – Les attributions de la commune en général

Les attributions de la commune ne sont énumérées nulle part. Il y a une disposition constitutionnelle importante, l' article 41 al. 1^{er}. « les intérêts exclusivement communaux sont réglés par les conseils communaux d'après les principes établis par la Constitution ».

L'article 41 présente un avantage : celui de ne pas figer, de façon arbitraire, à un moment donné, les questions qui intéressent la collectivité communale. Les questions qui intéressent la collectivité communale peuvent, par essence, évoluer. Une commune au 19^{ème} siècle, n'a pas les mêmes centres d'intérêt qu'au 21^{ème} siècle.

Il revient à une autorité particulière dans la commune d'exercer cette matière, c'est le conseil communal. Ce que les communes peuvent régler c'est ce qui les intéresse personnellement. Ce texte pose davantage de questions qu'il n'en résout. Mais ce texte répond à toutes les questions. Il ne fige pas de façon arbitraire, à un moment donné ou à une époque donnée. Les questions qui intéressent les questions communales peuvent évoluer. Il a un seul inconvénient c'est que dans la mesure où il ne définit pas clairement l'ensemble des matières, permet à d'autres niveaux de pouvoir de s'emparer d'attributions qui auraient pu intéresser la commune mais qui du fait que ces matières sont exercées par d'autres niveaux de pouvoir sortent du champ de l'article. La commune exerce toutes les attributions qui intéressent la collectivité à l'exclusion des attributions disqualifiées. Le mécanisme de disqualification a particulièrement bien fonctionné. Un grand nombre de matière qui par nature pouvait être qualifiée d'intérêt communale ont été disqualifiée pour devenir fédéral comme la police de la sécurité routière, l'urbanisme pour devenir régional et l'enseignement pour devenir communautaire.

Si on veut ériger un centre sportif, les régions, communautés ou l'Etat fédéral ne va pas vouloir s'emparer de la matière. Si ce n'est via des subventions pour encourager les communes à prévoir de faire du sport. De même si on veut ériger un centre culturel. Ex : ouverture d'une ludothèque, bibliothèque etc. Jusqu'au moment où une autorité supérieure viendrait s'emparer de la matière.

Pourquoi la commune a par ailleurs d'autres attributions ? Parallèlement à l'entreprise de disqualification de l'intérêt communal, il y a une autre entreprise. Une entreprise de recépage menée par l'autorité fédérale, les communautés et les régions. Ces autorités assignent par la voie d'un texte, un certain nombre de mission qui ne sont pas d'intérêt communal fondamentalement.

Ex : Tenir les registres électoraux – délivrer les permis de conduire – dresser les actes de l'état civil.

Au nom de quoi peut-on faire cela ?

L'article L1131-1 CWADEL & 116 de la NLC disposent « *les actes des autorités des communes ne peuvent être contraire aux décrets, ordonnances, règlements et arrêtés des régions ou communautaire qui peuvent charger ces autorités de leur exécution* ». Les articles L1122-30 CWADEL & 117 NLC, « *le conseil règle tout ce qui est d'intérêt communal ; il délibère sur tout autre objet qui lui est soumis par l'autorité supérieure* ».

La commune peut donc se voir confier des attributions qui ne sont pas d'intérêt communal mais qui sont exercées pour le compte d'une collectivité supérieure.

Se peut-il que des dispositions de valeur législative peuvent ajouter une autre chef de compétence aux communes en plus de leur seul chef de compétence prévu à l'article 41 de la Constitution ? Il faut lire très attentivement l'article 41 et l'article 162. Ils ne disent pas que les communes sont limitées à l'exercice des matières d'intérêt communal. Ils disent seulement que ces matières doivent être réglées par les conseils communaux. Ils ne disent pas qu'on ne peut attribuer aux communes d'autres compétences.

Les attributions des communes sont les matières d'intérêt communal à savoir celles que la commune estime nécessaire de régler pour autant que ces matières ne soient pas déjà réglées par une autorité supérieure ainsi que les matières d'intérêt fédéral, communautaire et régional qui aurait été confié à la commune par leur autorité respective (autorité fédérale, communautaire et régionale).

Alinéa 2 – Les attributions de la commune en particulier

A – L'enseignement communal

Le droit à l'enseignement est une liberté fondamentale. L'enseignement est une liberté qui était fédérale et qui a été communautarisée en 1988, qui a justifié à cette époque un accroissement de compétences dans le chef de la Cour Constitutionnelle. On voulait être sûr que l'égalité dans l'enseignement serait préservé. La cour constitutionnelle exerce donc un contrôle sur les actes administratifs qui traitent de l'enseignement.

Cette matière a été disqualifiée pour être nationalisée, fédéralisée et communautarisée en 1988. Cette disqualification a confié une partie de l'organisation aux communes. Une autorité supérieure attribue aux communes l'enseignement des plus petits, entre 3 et 12 ans. L'enseignement a partiellement été attribué aux communes qui peuvent créer des établissements d'enseignement au niveau communal.

Les lois coordonnées du 20 août 1957, article 22 dispose que « *toute commune est tenue de créer et d'entretenir au moins une école primaire communale pour autant qu'au moins les parents de 15 enfants réclament ce type d'enseignement* ». Si les parents de 35 enfants âgés de 3 à 6 ans, la commune est tenue d'ouvrir une école gardienne en vertu de l'article 28 de cette même loi. L'école communale est dirigée par la commune. Le pouvoir organisateur de cette école c'est la commune.

C'est donc au conseil communal par exemple que revient le pouvoir de désigner les instituteurs. C'est au conseil communal que revient le pouvoir de sanctionner disciplinairement un instituteur qui se serait rendu coupable d'une faute institutionnelle. C'est au conseil communal d'adopter une mesure de suspension dans l'intérêt du service.

On sait que tout établissement d'enseignement n'est pas organisé par les pouvoirs publics. Il y a des établissements qui dépendent du réseau officiel subventionné par les pouvoirs publics. Il y a également le réseau libre des personnes privées organisent l'enseignement. Ce qui veut dire qu'en termes idéologiques, cet enseignement est soumis à une obligation de neutralité ce à quoi le réseau libre n'est pas soumis, article 24 de la Constitution. Il dispose que « les écoles organisées par les pouvoirs publics offrent jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement des religions reconnues ou celui de la morale non confessionnelle ».

B – La police communale

1 – Les contours de la police communale

Parmi les attributions que la NLC, demeurée sur ce point fédéral, assigne aux communes il y a une disposition article 135 §2 qui dispose « *les communes ont pour mission de faire jouir les habitants d'une bonne police, notamment de la propreté, de la tranquillité, salubrité et sûreté dans les lieux publics et édifices* ».

publics ». La police est pour sa part une matière qui fait partie (article 41 et 162 de la Constitution) des matières d'intérêt communal.

Observations :

- La NLC confie expressément la commune la mission d'assurer la police, que la police ne serait pas une matière d'intérêt communal mais serait plutôt d'intérêt supérieur. Ca ne veut pas dire cela, la NLC n'assigne pas une mission complémentaire aux communes. La NLC c'est le texte organique de la collectivité communale qui attire l'attention particulière des communes.
- Bien que la police relève des matières dites d'intérêt communal, on aura sans doute observé que certaines parties de la police relève d'autres niveaux supérieurs. Ces attributions sont des attributions qui relèvent pour la province d'un intérêt provincial et pour l'autorité fédérale d'un intérêt fédéral. Les communes disposent d'une compétence de police dans la stricte mesure où cette police a vocation à assurer ou favoriser la tranquillité publique, sécurité publique, salubrité publique sur le territoire de la commune.

Il peut exister des situations ou des circonstances qui touchent à la tranquillité, à la salubrité ou à la sécurité publiques et qui sont telles que leur envergure dépasse le territoire communal. C'est le motif pour lequel, à l'échelon provincial, il est d'intérêt provincial de confier, aux autorités qui sont en place, des prérogatives en matière de police. C'est le motif pour lequel, à l'échelle fédérale, il en est de même.

2 - L'autorité compétente en matière de police communale

La NLC et le CWADEL procurent une triple réponse : une de principe et deux réponses d'exception.

a. Le principe

Il appartient au conseil communal d'assurer l'exercice des attributions communales en matière de police communale. Au sein des autorités communales, c'est le conseil qui est compétent. **Art 119, al. 1^{er} NLC** qui le dit. Nous sommes en matière de police communale et la police administrative est demeurée communale. **Art 119, al. 1^{er}** : « *Le conseil fait les ordonnances de police communale* ».

b. Les exceptions

La compétence de principe est mise en échec dans deux domaines entre autre.

b.a. La police des spectacles

C'est la 1^{ère} des 2 exceptions. **L'art 130 NLC** encore fédéral dispose « *la police des spectacles appartient au collège* ». Et d'ajouter que « *le collège peut, dans des circonstances extraordinaires, interdire toute représentation pour assurer le maintien de la tranquillité publique* ». C'est donc le collège qui vielle à ce que la représentation des spectacles ne compromette pas l'OP.

Les conditions assignées à l'exercice de ce pouvoir extraordinaire sont au nombre de 3 :

- L'interdiction doit être temporaire : ça en peut en aucun cas être permanent.
- L'interdiction doit se justifier par des raisons qui touchent au maintien de l'OP et pas à une autre considération.
- L'interdiction doit répondre aux exigences du principe de proportionnalité. Autrement dit, on ne tue pas une mouche avec un bazooka et on ne tue pas un spectacle avec un bazooka. La mesure doit être la moins attentatoire possible aux droits et libertés qui sont en cause.

Le recours à ce pouvoir extraordinaire, par le collège, est mesuré. Quelques arrêts du CE ont trait à l'existence de ce chef particulier de compétence.

Ex : L'affaire de Dieudonné le comique : il devait donner un spectacle à Woluwe Saint Pierre. Il vient donner son spectacle. Dont certains sketches sont empreints d'un humour déplacé envers les Juifs. Ce qui risque de porter atteinte à la tranquillité publique voir même à la sécurité publique. Un certain nombre de citoyens sont fâchés et pourraient venir manifester devant le spectacle, voir plus loin. Ce qui pourrait atteindre la tranquillité et la sécurité publique.

L'échevin a refusé à Dieudonné de donner son spectacle dans la commune. Et il le refuse quelques jours avant. Le CE va accueillir la demande du comique, non pas parce que le CE trouve son humour envers les Juifs drôle, mais parce qu'il a estimé que les compétences reconnues au collège n'étaient pas remplies en l'occurrence. L'idée était de dire qu'il faut une atteinte proportionnée. Une manifestation de la liberté d'expression est de donner des spectacles comiques.

L'idée était de dire qu'une disproportion existait entre la tranquillité publique qui n'était pas très inquiétante et la liberté d'expression qui est un droit absolu.

Rem : en matière d'extrême urgence, il faut 4 conditions :

- L'intérêt : c'est une notion directe, personnelle, actuelle, certaine et légitime.
- Il faut être sur dans la requête qu'il y a extrême urgence. Il faut démontrer pourquoi il faut saisir le CE en quelques jours, qu'il y a péril imminent.
- Il faut qu'il y ait un risque de préjudice grave et difficilement réparable.
- Au minimum, un moyen sérieux de régularité doit pouvoir être saisi.

Ex : un préjudice matériel en argent peut être grave mais n'est pas difficilement réparable. Et pour être sérieux, il faut une disproportion entre l'objectif et le moyen. Si le CE nous renvoie en extrême urgence parce qu'il y aurait défaut d'extrême urgence. Mais si on s'est battu sur des 3 autres postes, c'est terminé, il faut attendre l'annulation qui arrivera entre 4 et 8 ans.

b.b. — L'extrême urgence

C'est l'hypothèse où le maintien de l'ordre impose aux autorités communales une intervention en extrême urgence. **Art 134 NLC** : « *en cas d'émeutes, d'attroupements hostiles, d'atteintes graves portées à la paix publique ou d'autres éléments imprévus, lorsque le moindre retard pourrait occasionner des dangers ou des dommages pour les habitants, le bourgmestre peut faire des ordonnances de police, à charge d'en donner sur le champ communication au conseil, en y joignant les motifs pour lesquels il a cru devoir se dispenser de recourir au conseil* ». **L'art 134** ajoute « *ces ordonnances cesseront immédiatement d'avoir d'effets si elles ne sont pas confirmées par le conseil à sa plus prochaine réunion* ».

Le bourgmestre reçoit de cet **article 134**, un pouvoir extraordinaire en matière police qui lui vaut, non pas d'assurer une tâche particulière, mais d'assurer une tâche de police, de quelque objet qu'elle soit, en suppléance de l'autorité communale à qui la compétence est confiée en principe, à savoir le conseil.

Donc, quelque soit le domaine d'intervention, le bourgmestre peut intervenir en suppléance de l'autorité communale. Le collège se réunit au moins une fois par semaine donc il est plus souple que le conseil qui ne se réunit qu'une fois par mois.

Des conditions sont là aussi assignées pour l'exercice de ce pouvoir extraordinaire, il y en a 4 :

- Le bourgmestre ne peut user de son pouvoir qu'« *en cas d'émeutes, d'attroupement hostiles et d'atteintes graves portées à la paix publique ou*

autre élément imprévu ». Ce n'est donc pas à tout moment mais à des moments précis moyennant un péril grave.

- Il peut le faire *« lorsque le moindre retard pourrait occasionner des dommages ou des dangers pour les habitants »*.
- Il faut que le bourgmestre *« donne sur le champ communication au conseil de l'ordonnance qu'il vient de rendre et joignant les motifs pour lesquels le bourgmestre a cru dispenser de recourir au conseil »*.
- En sachant tout cela, les ordonnances prises par le bourgmestre vont cesser de produire leurs effets si elle n'est pas confirmée par le conseil communal à l'occasion de sa prochaine séance. Le bourgmestre doit le confirmer en l'assumant, en la faisant sienne.

Le bourgmestre est corseté (fort limité) dans ses attributions. Il peut tout faire sauf n'importe quoi. Et au final, c'est le conseil qui reprend la main et qui confirme les décisions du bourgmestre.

1. Les services de police

La question est de savoir qui va exécuter les décisions prises par les conseils communaux. Bien sur la concrétisation, ce sont les services de police. Que fait la police ?

Tout un temps a existé la police communale mais des événements dramatiques ont marqué la Belgique, en 1996, toute entière et qui ont eu raison de la police communale, bien qu'elle n'y soit pas pour beaucoup dans cette affaire. Pendant l'affaire Dutroux et consorts, une enquête parlementaire a été menée par une commission de la Chambre des représentants. Cette enquête a débouché sur un rapport d'enquête qui a mis en exergue un certain nombre de dysfonctionnements entre les différents corps de police, surtout entre la gendarmerie et la police judiciaire.

C'est ainsi qu'un accord politique « OCTOPUS » a été signé et tous les partis démocratiques (de la majorité et de l'opposition) l'ont signé. Il y a lieu de revoir toute l'organisation des corps de police belges pour aboutir à une seule et même police. L'idée était que s'il y n'y en a qu'une seule, il ne peut pas avoir confrontation entre les corps et on évite par là la guerre des polices.

Le **7 décembre 1998** a vu le jour une police intégrée structurée à deux niveaux. Le 1^{er} étant la police fédérale et le 2^{ème} c'est la police locale. Ici, on s'intéresse à la police locale.

La police locale est l'héritière de l'ex police communale qui n'avait pas fait grand-chose dans l'affaire Dutroux. On assigne à la police locale l'accomplissement de toutes les missions de police administrative (préventive) et de police judiciaire (répressive) nécessaires à la gestion des événements et des phénomènes locaux (article 3 de la loi).

La police administrative est une police préventive qui s'assure du maintien de l'ordre. Le but est d'éviter la commission d'infractions. La police judiciaire étant la police répressive qui cherche les auteurs d'infraction.

La police locale peut avoir à réprimer des auteurs d'infraction à un niveau local. Le territoire national est divisé en zones de police qui couvrent le territoire d'une ou de plusieurs communes. On ne peut avoir dans une zone de police, des communes qui appartiendraient à différentes provinces. Une commune n'est jamais à cheval sur deux provinces.

Dans chaque zone de police, on trouve un conseil zonal de sécurité au sein duquel une concertation systématique est organisée entre les différents acteurs de la police locale : le ou les bourgmestre(s), le procureur du roi, le chef de corps (le numéro un) de la police locale et le directeur coordonateur administratif de la police fédérale (article 35 de la loi).

Ce conseil zonal a une importante mission : il va construire un plan zonal de sécurité qui est soumis à l'approbation des deux ministres fédéraux qui ont la police dans leurs attributions : le Ministre de l'Intérieur d'une part et le Ministre de la Justice d'autre part. Une fois qu'il est approuvé, les différents conseils communaux ou le conseil de la zone sont informé du plan zonal de sécurité. Ils vont alors déterminer les priorités qui sont celles que s'assignent les autorités.

A la différence des zones uni communales, les zones pluri communales disposent, dans la mesure où il s'agit d'un établissement public, de la personnalité juridique. Dans les zones pluri communales, parce qu'il y a plusieurs communes, un conseil de police est institué qui exerce les compétences de police du collège échevinal et du bourgmestre. C'est vrai dans les zones uni communale et pas pluri communales. Il y en a par hypothèse plusieurs.

De la même manière des compétences sont assignées au collège des bourgmestres et échevins, sont assignés à un collège de police (article 11 al. 2 de la loi). Le conseil seul dispose de compétences comme le conseil communal, en matière de police (article 11 al. 1^{er} de la loi). Dans les zones pluri communales ce sera le collège de police qui exercera les compétences. Nous sommes face à une entité, une personnalité différente, avec des organes propres : un collège de police et un conseil de police.

Le conseil de police est composé de conseillers communaux des différentes communes qui constituent, ensemble, la zone pluri communale (article 12 al. 2 de la loi).

Le collège de police est, pour sa part, constitué des bourgmestres des différentes communes de la zone pluri communale.

§3. — La province

Article 1er. — La collectivité politique

On va, comme pour la commune, l'examiner en opérant un constat, en posant une question et en formulant deux précisions.

Alinéa 1er. — Le constat

Si la commune se définit comme étant la collectivité de base parce que chacun de nous s'inscrit dans une commune. Ce n'est pas le cas de la province qui doit être qualifiée de « collectivité intermédiaire ». Elle se situe à mi-chemin entre les communes qu'elle englobe et la région dans laquelle elle s'inscrit. En tant que maillon intermédiaire, la province doit collaborer avec des communes mais aussi avec la région. Souvent, la province sert de relai entre les préoccupations locales et les autorités régionales. C'est un peu le courtier des communes à l'égard de la région, elle sert d'intermédiaire entre les deux.

Il y a un double handicap dont souffre la région :

- À la différence de la commune, la province a peu de contact direct avec les citoyens. On se demande toujours un peu ce que c'est. Il y a un manque de contact
- Le rôle confié à la province n'est pas de nature à lui permettre d'assurer un réel développement économique et social. Elle n'est pas en mesure de faire de la circonscription territoriale dont elle a la charge une circonscription très développée.

Ce double handicap – qui frappe la province dans ses racines comme dans son déploiement – est tellement apparent que le rôle de la province – et parfois même son existence – est mis en cause.

Alinéa 2. — La question

Est-ce qu'on parle de la province dans la Constitution ? OUI, elles sont même plutôt nombreuses.

- **Art 5, al. 2** nous informe sur les frontières, les limites territoriales des régions et on nous dit que la région wallonne comprend : le Hainaut, le Brabant wallon,... idem en région flamande.
- **Art 7** dispose « *les limites des provinces ne peuvent être changées ou rectifiées qu'en vertu d'une loi* ».
- **Art 41** : « *Les intérêts exclusivement provinciaux sont réglés par les conseils provinciaux, d'après les principes établis par la constitution* ».
- De même **l'art 162** : « *les institutions provinciales sont réglées par la loi* ». Son **al. 2** dispose : « *La loi consacre l'application des principes suivants : 1° L'élection directe des membres des conseils provinciaux ; 2° l'attribution aux conseils provinciaux de tout ce qui est d'intérêt provincial, sans préjudice de l'approbation de leurs actes, dans les cas et suivant le mode que la loi détermine ; 3° la décentralisation d'attributions vers les institutions provinciales,...* ». On peut de plus encore citer les **articles 170, 173 et 190**. Il existe donc bien des dispositions qui sont plutôt nombreuses, comme pour la commune.

La réforme de la Saint-Polycarpe a régionalisé beaucoup. La Région wallonne à travers le CWADEL et la Région flamande à travers le décret provincial du 9 décembre 2005, n'ont pas manqué de faire usage de leur nouvelle compétence dévolue. À Bruxelles, on n'a rien et on n'a rien parce que la région bruxelloise exerce ses compétences sur un territoire extra provincialisé. À Bruxelles, il n'y a pas de provinces. À Bruxelles, on est dans la région de Bruxelles Capitale, l'agglomération bruxelloise,... Il n'y a pas de provinces donc on ne fait pas d'ordonnance pour organiser le néant. Il existe à Bruxelles des institutions particulières, mais leur organisation relève de la compétence de l'autorité fédérale.

Alinéa 3. — Les précisions

A. Le territoire de la province

S'agissant du territoire, 3 ordres de considérations sont à formuler :

- La Belgique comprend 10 provinces. **L'art 5 al. 1^{er}** les identifie. Il y en a 5 wallonnes : BW, Hainaut Liège, Luxembourg et Namur ; et 5 flamandes : Anvers, BF, Flandres Occidentale, Flandres Orientale et le Limbourg. Au milieu, il y a un trou qui correspond au territoire de la région de Bruxelles-Capitale ou au territoire de l'agglomération bruxelloise (ce qui revient au même), un arrondissement administratif, le territoire des 19 communes bruxelloises et une région linguistique de langue bilingue, tout cela revient au même. Le territoire est administré non pas par les autorités provinciales mais

pour l'essentiel par des autorités propres, des autorités de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale.

- « Les limites des provinces ne peuvent être changées ou rectifiées qu'en vertu d'une loi » **art 7 de la Constitution**. C'est plus compliqué que pour les communes puisque le territoire est celui d'une région. Le mot « loi » = ?
 - o Le mot loi doit se lire avec des lunettes régionales parce la détermination des limites des provinces, est une compétence qui a, elle aussi, été transférée aux régions. Ce sont deux mêmes terminologies pour désigner une même réalité. Le mot loi doit se lire dans le sens de décret.
 - o Le mot loi doit s'examiner au sens du mot décret et pas ordonnance puisque la région correspond à un territoire extra provincialisé. Tant que la région n'englobe pas des provinces, elle ne pourrait pas procéder au changement ou à la rectification des limites des provinces.
- La Région bruxelloise ne contient pas de province mais est encerclée par une province : le Brabant Flamand. Si la région bruxelloise est sans compétence en matière de limite de province, est-ce à dire que la région flamande pouvait seule modifier les limites de cette province, avec la conséquence que la région flamande pourrait réduire l'importance du territoire extra provincialisé ? L'importance d'une autorité.
Est-ce qu'on aurait dans les mains, le pouvoir d'anéantir le territoire de l'arrondissement administratif ? NON. La rectification ou le changement des limites d'une province qui entrainerait, par là même, la rectification ou le changement des régions linguistiques répond aux exigences, non plus de la procédure, mais aux exigences et beaucoup plus drastiques du changement des limites des régions linguistiques.

L'art 4 dernier alinéa précise que ces limites des 4 régions linguistiques ne peuvent être changées qu'en vertu d'une loi spéciale.

Si ces limites correspondent aux limites des provinces, c'est la condition, le régime le plus fort de la loi spéciale. Le changement des limites implique l'adoption d'un décret de la région dans le ressort de laquelle intervient la rectification (le changement) à moins qu'il n'ait une incidence sur les limites des régions linguistiques, auquel cas, l'adoption d'une loi spéciale s'impose.

Rem : si les limites des communes viennent à être changées ou rectifiées et qu'elles impliquent le changement des frontières, le recours à la loi spéciale est impératif.

- ➔ Les limites des provinces sont du ressort du décret régional sauf si elle touche aux frontières linguistiques, il faut alors une loi spéciale.

Art 5, al. 3 de la Constitution : « *une loi peut soustraire certaines territoires dont elle fixe les limites à la division en provinces, les faire relever directement du pouvoir exécutif fédéral, et les soumettre à un statut propre. Cette loi doit être adoptée à la majorité prévue à l'art 4 dernier alinéa* ».

Il faut se méfier des apparences. Cet article n'est pas la disposition qui fonde l'existence de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale en tant que territoire extra provincialisé. Ce n'est pas de cet article que l'on déduit, que l'on fonde l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale qui ne relève pas directement du pouvoir exécutif fédéral, cet arrondissement administratif relève des autorités de la région bruxelloise et, dans une moindre mesure, d'autorités propres. C'est **l'article 163 de la Constitution** qui le dit.

La question suivante est quelle le territoire qui répond à l'art 5, al. 3 ? Pour l'heure, il n'en est guerre. Il n'y a pas de mise en œuvre de la constitution en Belgique. Cette constitution existe pour le jour où on ferait d'un territoire un territoire qui ressortirait du pouvoir exécutif fédéral.

B. La population de la province

Un 2^{ème} ordre de précision concerne la population de la province. Il y a une distinction à opérer entre les habitants et les citoyens de la province.

Les *habitants de la province* sont tous ceux qui résident officiellement dans la province. L'intérêt de connaître le nombre de ces habitants est de déterminer le nombre de conseillers provinciaux. Lequel nombre varie en fonction de ce nombre d'habitants. En région wallonne, il varie entre 47 et 84 conseillers provinciaux, selon le CWADEL (article L2212-5 CWADEL).

Attention : si, au sein d'une commune, le nombre d'habitants détermine le nombre d'échevins, au sein d'une province, il n'influe absolument pas sur le nombre de députés provinciaux. Il y a un nombre immuable de députés provinciaux qui est de 6 députés provinciaux par province, quelle que soit l'importance quantitative des habitants de la province (article L2212-40 §1^{er} al. 1^{er} CWADEL).

À côté des habitants de la province, il y a les *citoyens de la province* qui sont les électeurs pour la province. Il s'agit des électeurs belges qui sont électeurs pour les communes et plus précisément, pour toutes les communes qui ressortissent du territoire de la province en cause. Seule l'élection communale est prise en compte (article L4111-2 et L2212-5 al.2 CWADEL)

.

Il n'y a pas de conseil provincial à Bruxelles puisqu'il n'y a pas de province. Les électeurs de Bruxelles ont donc un traitement différent. A Bruxelles, les citoyens votent pour la commune et pas pour la province.

Les citoyens bruxellois se trouvent donc dans une situation différente des autres citoyens de Belgique.

Article 2. — Les autorités de la province

Attention à ne pas comparer deux éléments : comme la commune et la province sont deux collectivités locales et même décentralisées, on serait tenté de comparer la situation institutionnelle qui prévaut dans la commune et celle qui prévaut dans la province.

À la province, il n'y a pas, comme à la commune, d'unicité des institutions. L'unicité du corps communal, que rappelle la loi communale et le CWADEL, et qui prévalait à l'échelon communal, laisse place à une « trinité » du pouvoir provincial.

Différents motifs justifient cette affirmation :

- 1) D'abord, le CWADEL ne consacre pas la notion de « corps provincial ». **L'art 1^{er} de la loi provinciale** (remplacée par le **CWADEL, art. 2212-1**) évoque directement l'existence d'institutions provinciales, à commencer par le conseil provincial.
- 2) 2^{ème} motif : le rôle du gouverneur des provinces ne consiste pas à défendre les intérêts de la province (article L2212-51 CWADEL) mais au contraire à vérifier ce qui se passe dans la province, vérifier que les autorités exercent bien leurs missions dans le respect des exigences instituées au niveau fédéral, régional et communautaire. Seuls le conseil provincial et le collège provincial correspondent à des institutions consacrées à l'échelon provincial pour défendre les intérêts spécifiques de la province. Ce 2^{ème} motif permet de constater qu'il n'y a pas d'unicité, c'est parce qu'il y en a un qui n'a pas vocation à assurer la défense, un qui vérifie ce que les autres font.
- 3) 3^{ème} motif : le gouverneur est désigné sans que le conseil provincial et sans que le collège provincial n'aient leur mot à dire (article L2212-51 al.2 CWADEL). Aucune relation de confiance politique ne doit exister entre le gouverneur d'une part (autorité nommée), le conseil (autorité élue) et le collège provinciaux d'autre part. Bien sur, si de bonnes relations existent

entre ces autorités, c'est tant mieux pour le fonctionnement de la collectivité provinciale, mais si ça en se passe pas bien, tant pis. Sinon, le collège provincial risque de jouer le rôle de modérateur.

On va examiner ci-dessous les autorités provinciales.

Alinéa 1er. — Le conseil provincial

Il est élu directement par les citoyens de la province (article L2212-6 al.1^{er} CWADEL). Comme les membres du conseil communal, le conseil provincial est élu tous les 6 ans. Comme le conseil communal, le conseil provincial ne peut être dissout avant terme. Il est donc élu tous les 6 ans et élu pour 6 ans, ni plus ni moins.

L'art 4121-1, § 1^{er} du CWADEL fixe 3 conditions pour être électeur à l'élection provinciale :

- Être belge
- Être âgé de 18 ans accomplis au plus tard au jour de l'élection
- Être inscrit au registre de la population d'une commune de la province.

Un étranger non ressortissant d'un Etat de l'Union européenne ne peut donc pas être membre du conseil provincial.

Ici, le CWADEL a choisi un système de représentation proportionnelle (article L4145-7 CWADEL). Qu'en est-il du contrôle provincial ? Au même titre que les assemblées fédérales, communautaires et régionales, chaque conseil provincial vérifie les pouvoirs de ses membres. C'est une différence notoire avec les conseils communaux. Le conseil provincial exerce donc, à un moment donné, à cette occasion, à son installation (1^{ère} tâche qu'il exerce) une fonction de juger et ses décisions en la matière ne sont susceptibles d'aucun recours (article L4146-18 CWADEL).

Ses attributions :

L'art 41 de la Constitution confie au conseil « *les intérêts exclusivement provinciaux* ». **L'art 2212-32 du CWADEL** va le répéter et préciser que « *le conseil règle, dans le respect du principe de subsidiarité, tout ce qui est d'intérêt provincial* ». Il précise que « *le conseil exerce ses compétences de manière complémentaire et non concurrente avec l'action régionale et celles des communes* ». Il ajoute encore que « *le conseil provincial délibère sur tout autre objet qui lui est soumis par les autorités fédérales, communautaires et régionales* ».

En somme, le conseil provincial détient la plénitude de compétences au sein des provinces. C'est donc « le tout au conseil provincial », comme au conseil

communal. Il détient les questions d'intérêt provincial et les attributions dévolues par l'autorité supérieure.

La province statue dans le respect du principe de subsidiarité et dans l'action de non concurrence. Sous-entendons que la province va boucher les trous pour ce qui ne sera pas d'intérêt communal mais réglé par les autorités supérieures, cela seul pourra revenir aux provinces.

La province passe en dernier. Subsidiairement, ça passe aux autres. C'est donc la province qui, dans le système institutionnel, va pouvoir mettre le système en dernier.

Alinéa 2. — Le collège provincial

Comme son nom ne l'indique pas, il contient des députés. On parlait avant de la députation permanente du conseil provincial, aujourd'hui on parle du collège provincial. Le nombre de députés est invariable dans chaque province du royaume, ils sont au nombre de 6. **L'art 2212-40 du CWADEL.**

Comment les députés provinciaux sont-ils choisis? Ils sont élus, mais à la différence des conseillers provinciaux, leur élection n'est pas une élection directe. Ils sont élus par les membres du conseil provincial et ils le sont de la même manière que les échevins (article 2212-40 §3 al.1^{er} CWADEL).

Un projet de pacte de majorité doit être déposé. Dans ce projet de pacte de majorité, on propose un nom par mandat de député provincial (L2212-39 CWADEL). Les personnes proposées doivent faire partie du conseil provincial, à tout le moins en principe, parce que l'un d'entre eux peut être proposé en dehors du conseil. L'idée étant ici qu'il faut respecter **l'art 11bis al. 3 de la Constitution** lequel requiert pour des organes tels que le conseil provincial, qu'il y ait au moins un représentant de chaque sexe dans chaque collège.

Art 2212-40 §1^{er} CWADEL prescrit que les députés provinciaux sont élus pour 6 ans. Et ils ne peuvent être suspendus ou révoqués pour des raisons disciplinaires. Par contre, le mécanisme de la motion de méfiance constructive leur est applicable *mutatis mutandis* à l'échelon provincial, dans les mêmes termes qu'à l'échelon communal (Article L2212-44 CWADEL). Même si elle n'a pas encore été mise en œuvre au niveau provincial, du moins à sa connaissance.

Un gouverneur de la province se trouve au sein du collège, il n'y a donc pas que des députés provinciaux. Le gouverneur n'en assume pas la présidence (Article L2212-46 CWADEL). Il est nommé sans limitation de temps mais il peut être révoqué, pour autant que cette place ne lui donne pas la présidence du collège.

Concernant le statut des députés élus et le bourgmestre désigné à vie, le fait que leur statut soit si différent rejaillit sur le fonctionnement de cette institution.

3 Règles de fonctionnement méritent d'être épinglées à cet égard :

- Le gouverneur assiste aux réunions du collège provincial, sans y avoir ni voix consultative, ni voix délibérative (article L2212-46 al.3 CWADEL).
- Il ne pourra être renversé par le conseil provincial. En revanche, tel est le cas des conseillers provinciaux en région wallonne qui peuvent, individuellement ou collectivement, être démis en raison de l'adoption d'une motion de méfiance constructive provinciale.
- Le gouverneur et les députés provinciaux dirigent les services administratifs selon les modalités que fixe la région wallonne (le CWADEL).

En termes d'attributions, ils ont chacun des responsabilités en la matière. Le collège provincial assume l'administration journalière de la province (Article L2212-48 al. 2) et c'est en cela qu'il veille à l'instruction préalable des affaires provinciales (Article L2212-48 al.3 CWADEL) tout comme à l'exécution des décisions prises par le conseil provincial ou par le collège provincial (lui-même – Article L2212-48 al.4 CWADEL).

[19/02/2009]

Alinéa 3. — Le gouverneur

Remarque concernant le bourgmestre : à Charleroi, il n'est pas celui qui correspond aux critères de base. On a adopté une disposition le 27 juin 2007 par un décret qui modifie les articles 1123-1 et 1123-4 CWADEL et qui permet également de désigner le bourgmestre hors conseil avec voix délibérative dans le collège, il participe à la prise de décision mais il a voix consultative au sein du conseil communal. Le bourgmestre doit être de nationalité belge mais l'idée était qu'on ne pouvait pas se contenter de la règle de principe car il y avait un blocage avec le parti socialiste à Charleroi. Allez chercher le décret, publication au MB du 29 juin 2007.

Le gouverneur est le commissaire du gouvernement dans la province (article L2212-51 CWADEL). A la différence du conseil et du collège provincial, il n'est pas une institution qui reflète la tendance politique qui se dégage dans la province. Il est un commissaire du gouvernement dans la province.

4 questions :

- 1) Mode de désignation : article 6 §1^{er} VIII, 1 al. 4 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réforme institutionnelle. En vertu de cette disposition, le gouverneur de province est nommé par le gouvernement régional. Il est nommé sur avis conforme du Conseil des ministres fédéral. C'est donc un haut fonctionnaire de la région car il est nommé par le gouvernement régional choisit de façon discrétionnaire par le gouvernement de la région dans laquelle se trouve la province considérée (article L2212-51 al.2 CWADEL).

On est donc face à un fonctionnaire et non pas un mandataire. Discrétionnaire ne signifie pas arbitraire. Il faut tenir compte de certaines règles et de principes mais dispose d'une marge d'appréciation. Selon que l'on dispose d'un pouvoir discrétionnaire ou hautement discrétionnaire, la marge d'appréciation est plus large. Nous sommes ici dans le cas d'un pouvoir hautement discrétionnaire. Le gouvernement régional choisit mais il doit notamment exposer dans l'acte de nomination les raisons pour lesquelles il choisit telle ou telle personne. Il est vrai que la SCACE laisse, en la matière une marge d'appréciation importante à l'autorité de nomination. Suivant l'expression consacrée, l'autorité de nomination – le gouvernement régional – nomme le gouverneur de province « au grand choix ». Nommé au grand choix : la nomination du gouverneur n'est pas conditionnée par les couleurs de la coalition dans la province ou qui prévaudrait au niveau régional et national. On a réparti les mandats mais ce n'est pas parce qu'une province (notamment le Brabant wallon) est bleu et vert, que le gouverneur l'est aussi, la preuve en Brabant wallon, elle est rouge. C'est le motif pour lequel on peut écrire que le gouvernement régional dispose d'un pouvoir largement discrétionnaire. Il n'en demeure pas moins que l'acte de nomination peut être censuré par le CE ou les cours & tribunaux sur le fondement de l'article 159 de la Constitution, si les règles de régularité qui conditionnent ce type de mesure – par exemple la motivation formelle ou la compétence de l'autorité qui nomme – n'ont pas été respectées.

La deuxième conséquence c'est que le gouverneur ne doit pas être domicilié dans la province dans laquelle il est amené à exercer la fonction de gouverneur. Une fois nommé, par contre, il y a une obligation de résidence (article L2212-54 CWADEL).

- 2) Durée : le gouverneur est nommé pour une durée illimitée. Dans les faits, le gouverneur exerce ses fonctions jusqu'à l'âge de la retraite. La circonstance que le gouverneur de province soit nommé pour une période illimitée constitue un indice supplémentaire de l'absence de lien politique qui existe entre la fonction de gouverneur de province et la tendance politique que reçoit le soutien des citoyens de la province.
- 3) Les attributions : le gouverneur de province ne préside pas les séances du conseil provincial, il y assiste. Il est chargé de l'exécution des lois, des décrets, des ordonnances, des arrêtés. Cette mission d'exécution des textes venus du niveau fédéral, régional et communautaire se traduit de deux façons. Tantôt il agit au côté du conseil et du collège provincial pour assurer l'exécution des règles supérieures. Tantôt le gouverneur va adopter une posture de contrôle. Il va contrôler le conseil et le collège provincial pour s'assurer de la bonne exécution des règles supérieures.

Il n'exerce les attributions fédérales et communautaires qu'en vertu d'un détriplement fonctionnel qui tient à sa position privilégiée dans la province. On va profiter de sa présence pour assurer l'exécution des règles fédérales et communautaires. Il a donc une triple casquette. C'est la raison pour laquelle l'avis conforme du conseil des ministres est requis (article L2212-51 al.2). Grâce à l'autorisation, dont le conseil des ministres dispose ainsi, l'Etat fédéral conserve un droit de regard sur celui ou celle qui va notamment contribuer à l'exécution des normes fédérales.

Dans le cadre des missions qui lui sont imparties, le gouverneur de province est aidé par des

commissaires d'arrondissement. Chaque province est divisée en différents arrondissements administratifs. Le commissaire d'arrondissement est un commissaire du gouvernement régional dépêché dans un ou plusieurs arrondissements administratifs. D'où le nom qui lui est conféré (article 133 de la loi provinciale du 30 avril 1836). (voir suite dans syllabus Page 101 mais pas vu au cours).

- 4) Révocation : C'est le gouvernement régional qui, le cas échéant, révoque le gouverneur de province, mais, ici encore, sur avis conforme du conseil des ministres fédéral (article 6 §1^{er} VIII 1° al.4 de la loi spéciale du 8 août 1980). Les conditions de révocation du gouverneur de province sont lâches. Le gouverneur de la province peut être révoqué s'il manque gravement aux devoirs de la charge qu'il exerce ou lorsqu'il se trouve dans une situation telle qu'il n'est plus en mesure de poursuivre avec autorité et efficacité les attributions qui lui sont confiées. Ces conditions méritent des explications. Premièrement, la nomination se fait au grand choix, grande marge d'appréciation pour l'autorité. Raison pour laquelle, la révocation se fait dans les termes correspondant à la nomination. L'autorité qui révoque à elle aussi une grande marge de manœuvre. Les hypothèses de révocation sont dès lors énoncées de manière très large. illustration : arrêt du 5 février 1970 : arrêt Lamalle (TUYAU) Chevalier Désiré Lamal contre Etat Belge, représenté par le Ministre de l'intérieur. Nous sommes en 1964, Désiré Lamal est gouverneur de la province de Luxembourg. Avec le budget qui lui est alloué par le ministre des affaires économiques de l'époque pour exercer les fonctions qui lui reviennent, M. Lamal achète des matériaux qui servent à son usage personnel. On s'aperçoit qu'il a fait acheter un lit de camp et quelques crayons de couleurs. Le Ministre des affaires économiques qui s'aperçoit de l'utilisation irrégulière des fonds, saisit immédiatement le Ministre de l'intérieur qui **à l'époque**, est l'autorité qui détient le pouvoir de révocation et de nomination du gouverneur. Le ministre de l'intérieur convoque immédiatement M. Lamal. Ce dernier prend le train qui le conduit d'Arlon (palais du gouverneur) jusqu'au Cabinet du Ministre

de l'intérieur. Ce dernier fait savoir au Chevalier Lamal qu'une enquête va être ouverte pour mettre en lumière les faits qui lui sont reprochés. Il met M. Lamal en congé pendant l'enquête. Celle-ci a lieu et quelques semaines plus tard, le ministre de l'intérieur prend connaissance du dossier et celui-ci corrobore les faits. Il est donc bien coupable. Le ministre de l'intérieur d&charge M. Lamal de l'exercice de ses fonctions de gouverneur. Il le révoque. M. Lamal saisit la SCACE d'une requête destinée à solliciter l'annulation de l'arrêté de révocation. (voir le considérant dans le syllabus). Le Roi dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui ne peut pas dégénérer en arbitraire. Le CE ajoute que le gouverneur ne peut exercer efficacement sa fonction que si se maintienne des confiances (pas politiques car pas l'appui politique d'une majorité quelconque) avec les autorités régionales et provinciales. Si cette confiance est compromise il appartient au ministre d'en tirer les conséquences. → la révocation peut donc intervenir dès que le lien de confiance est rompu entre le gouverneur et l'autorité de nomination.

5)

Illustration expliquée autrement :

Illustration [TUYAU] : ces conditions de révocation ont été rappelées dans l'arrêt du 5 février 1970 de la section du contentieux administratif du CE. Chevalier Désiré Lamalle vs. Ministre de l'intérieur.

A l'époque, Monsieur Lamalle est gouverneur de la province du Luxembourg.
A l'époque c'est le gouvernement régional qui nomme et révoque le gouverneur.
Mais l'entretien des relations pour le moins tendues avec la députation permanente et la

Ministre de l'Intérieur.

1964 : avec le budget qui lui est alloué pour exercer les fonctions de gouverneur de la province du Luxembourg, Lamalle achète différents matériaux servant à son usage personnel : un lit de camp, quelques crayons de couleur et des cahiers pour ses enfants.

Constatant l'utilisation irrégulière des deniers publics, le ministre des affaires économiques saisit le ministre de l'intérieur qui a dans ses attributions la nomination et la révocation des gouverneurs de province.

Lamalle est convoqué par le ministre mais l'entrevue se passe mal, il lui est fait savoir qu'une enquête sera ouverte pour faire toute la lumière sur les faits qui lui sont reprochés.

Le ministre de l'intérieur décide de mettre Lamalle en congé durant le temps de l'enquête.

Il apparaît que l'enquête corrobore les soupçons portés à l'endroit de Lamalle, ce dernier est dès lors révoqué par un arrêté royal de révocation adopté par le Ministre de l'Intérieur.

Lamalle saisit alors le CE d'une requête destinée à faire annuler l'arrêté de révocation le concernant et sollicite également l'annulation de la nomination de son remplaçant.

Le CE rejette son recours car il a perdu la confiance du Ministre de l'intérieur (et cela suffit)

Il intente donc de se défendre en opposant trois types d'arguments :

- Des arguments politiques : Monsieur Lamalle prétend qu'il a été révoqué parce que l'on voulait installer à sa place un gouverneur PSC (et il est vrai que dès sa révocation, c'est un gouverneur PSC qui reprend ses fonctions).
- Des arguments de procédure pénale : une enquête avait été mise en œuvre au sujet de Monsieur Lamalle, au terme de laquelle il avait été acquitté.
- Des arguments administratifs : Monsieur Lamalle intente un recours en annulation contre l'arrêté royal de révocation et l'arrêté royal de nomination du gouverneur PSC

En effet, si les faits de révocation ne sont pas établis, la révocation n'a plus de fondement. Cependant, la requête est rejetée pour la raison que Lamalle a perdu la confiance de l'autorité qui le nomme.

Le Conseil d'Etat n'annule pas soutenant que le Roi peut révoquer un ministre ou un commissaire de gouvernement pour deux types de motifs :

- Des motifs disciplinaires : le ministre ou le commissaire du gouvernement a commis une faute grave.
- Sans faute, en raison d'un manque de confiance du gouvernement dans son agent.

Un gouverneur peut donc être révoqué pour manquement ou parce qu'il ne peut poursuivre sa mission avec autorité et efficacité. Le gouvernement bénéficie donc d'un large pouvoir d'appréciation pour révoquer. Dans le cas d'espèce, le ministre

de l'intérieur a pu estimer que, compte tenu de la situation, Monsieur Lamalle ne pouvait assumer son rôle avec autorité et efficacité.

« Considérant que les gouverneurs de province peuvent être écartés de leurs fonctions aussi bien parce qu'ils manqueraient gravement aux devoirs de leur charge, que parce qu'ils se trouveraient ou seraient placés dans une situation telle qu'ils ne peuvent plus poursuivre avec autorité et efficacité les attributions qui leur sont confiées ;

Que le roi jouit à ce dernier point de vue d'un large pouvoir d'appréciation qui ne peut cependant dégénérer en arbitraire. »

« Le gouverneur qui est appelé à être tantôt autorité de contrôle à l'égard des autorités provinciales, tantôt autorité associée à l'action du conseil provincial, ne peut exercer efficacement et sans heurt le rôle qui est le sien que si se maintiennent des rapports de confiance avec les autorités centrales et avec les autorités provinciales ».

Si les rapports de confiance entre les autorités régionales et les autorités provinciales sont définitivement compromis, il appartient au gouvernement d'en tirer les conséquences dans l'intérêt de la bonne marche de l'administration générale et de prendre les mesures adéquates à savoir la révocation et ce dès que le lien de confiance est rompu, au grand choix.

Alinéa 4 — Les services provinciaux

Ils se présentent sous des formes diverses. Dans la mesure où l'on retrouve les mêmes modes de gestion administrative que pour la commune, on les aborde brièvement.

Les services provinciaux sont sous l'autorité d'un haut fonctionnaire, le greffier provincial. Ils sont nommés et révoqués par le conseil provincial mais il s'agit bien d'un agent régional dont le statut est fixé par la région. Article 2212-56 CWADEL.

Il y a l'administration provinciale proprement dite qui est chargée de gérer toutes les questions d'intérêt provincial. Certaines sont toutefois confiées à des services de la province qu'elle a elle-même décentralisés. Ils disposent d'une personnalité juridique propre et d'une certaine autonomie de gestion. Certaines questions d'intérêt provincial y sont donc gérées. Ex : la fédération touristique installée à Waterloo.

Article 2223-1 et s. CWADEL, certaines questions peuvent être traitées par des régies provinciales. Il y a aussi une distinction entre les régies ordinaires (articles L2223-1 à L2223-3 CWADEL) et les régies personnalisées (autonome) qui ne

peuvent exercer des activités commerciales ou industrielle (L2223-4 CWADEL). Le régime est donc le même que pour les communes.

Déconcentration : on sait le gouverneur de province est un agent de la région. Il exerce aussi des missions que lui confient l'Etat fédéral et les communautés. Des agents vont l'aider. Ces agents qui constituent des services déconcentrés relèvent de l'autorité fédérale. D'autres proviennent des régions et des communautés. Au titre de la déconcentration, ils viennent aider le gouverneur. Ils traitent en fonction des questions qui leur son propre, intérêt communal, fédéral ou régional.

Alinéa 5 — Les institutions spécifiques à l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale

L'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitales est – on l'a vu – extra provincialisé. La question se pose de savoir qui exerce, dans cet arrondissement, les attributions qui sont, ailleurs, dévolues aux autorités provinciales. La réponse est triple.

- 1) Les attributions confiées aux provinces par l'autorité communautaire sont en vertu de l'article 163 de la Constitution, exercées à Bruxelles par les autorités communautaires donc par la COCOM, COCOF et COCON. Exercées par la COCOM si les matières sont bi communautaires.
- 2) Toutes les attributions provinciales qui ne sont pas confiées par les communautés, autrement dit les attributions confiées par l'Etat fédéral et la région de même que celles qui ressortent de l'intérêt provincial sont exercées par l'autorité régionale bruxelloise. (article 83 quinquies de la loi du 12 janviers 1989 relative aux institutions bruxelloises).
- 3) Il existe dans cet arrondissement, des institutions qui ne sont pas provinciales mais sont des institutions propres à cet arrondissement. Il y a 3 autorité : un gouverneur de l'arrondissement, un vice gouverneur et un collège juridictionnel (article 5 de la loi provinciale du 30 avril 1836). Ces trois autorités vont exercer un certain nombre de compétences ailleurs dévolues aux institutions provinciales. Le gouverneur est nommé par le gouvernement régional sur avis conforme des ministres fédéraux (article 6 §1^{er} VIII al.3 de la loi spéciale du 8 aout 1980). Comme les autres gouverneurs, il assure le respect des règles définies par les pouvoirs supérieurs. Le gouverneur n'assiste pas non plus aux réunions du conseil et collège provincial car il n'y en a pas. Le vice gouverneur est également nommé par le gouvernement régional, de l'avis conforme des ministres fédéral. Le vice gouverneur peut remplacer le gouverneur en cas d'absence. Les principales missions qui lui sont confiées consistent à veiller au respect de la législation linguistique dans l'exercice des missions attribuées à l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale, de même qu'à

remplacer le gouverneur en son absence ou en cas de vacances de la fonction.

Le gouverneur et le vice gouverneur sont assistés par des membres du personnel de l'Etat mis à leur disposition par le Gouvernement fédéral. Ils ont la direction de ces personnes (article 5 §3 de la loi provinciale du 30 avril 1836).

Le collège juridictionnel exerce les missions juridictionnelles dévolues dans les autres provinces au collège provincial. Le collège provincial a notamment et essentiellement comme compétence le fait de statuer au premier degré de juridiction sur le contentieux électoral communal. Les candidats peuvent saisir le collège provincial en vue de solliciter l'annulation de l'élection (article 83 quinquies §2 de la loi spéciale du 12 janvier 1989).

Article 3 — Les attributions de la province

Alinéa 1er — Les questions d'intérêt provincial

Article 41 de la Constitution qui dispose que la province par l'entre mise du conseil provincial règle les questions d'intérêt provincial. L'article 65 de la loi provinciale voir dans le CWADEL, s'inscrit dans la même perspective en ce sens que le conseil provincial se voit confier les questions d'intérêt provincial.

Ces questions manquent de détermination précise. Il revient à la province de circonscrire la sphère des intérêts qui leur sont propres. Ces décisions doivent cependant se limiter à des objets qui ne sont pas d'une part des questions qui reviendraient aux communes (attribuées expressément aux communes soit qu'elles revêtent l'intérêt communal – Article L2212-32 §2) ou à une autorité supérieure (fédérale, communautaire et régionale). La province ne peut pas s'emparer de questions déjà réglées à des niveaux supérieurs et doit même laisser tomber la question si les autres pouvoirs souhaitent en traiter même si à la base la question traite d'un intérêt provincial. Son action est complémentaire et non concurrente.

Il en résulte de la double limitation évoquée qu'en termes d'intérêts provinciaux, la province est appelée à faire œuvre complémentaire, en agissant là où les autorités communales, d'une part, les autorités supérieures, de l'autre, ont laissé libres des espaces d'action.

Au nombre des matières d'intérêts provinciaux, l'on trouve notamment la police à l'échelon provincial, c'est-à-dire celle du maintien de l'ordre public en cas de désordre qui dépasserait le territoire de la commune. Cette question d'intérêt

provincial est, du reste, inscrite à l'article 85, al. 1^{er} de la loi provinciale du 30 avril 1936.

L'on trouve également l'organisation d'établissements scolaires, notamment d'établissements scolaires techniques ou professionnels, la promotion du tourisme ou encore la promotion d'activités économiques.

Alinéa 2 — Les questions d'intérêt général

On peut observer qu'en qualité d'autorité administrative déconcentrée, la province assure via le gouverneur l'exécution des normes fédérales et fédérées dans le ressort de la province. En qualité d'autorité administrative décentralisée, la province peut se voir confier la responsabilité de délibérer sur des questions d'intérêt général. En qualité de juridiction administrative, une institution de la province, le collège provincial statue en première instance sur les contestations relatives aux élections communales (article L4146-5 CWADEL). La province a donc bien une utilité.

§4. — L'agglomération et la fédération de communes

Plutôt que de procéder à une fusion des communes, qui risque de dissoudre les identités locales, plutôt que de réaliser des associations de communes, destinées à gérer des intérêts partagés par plusieurs communes sur des questions déterminées, un certain nombre d'hommes et de femmes politiques proposent de créer une collectivité politique nouvelle et de l'investir de responsabilités particulières.

Il faut observer que la Constitution projette l'existence d'agglomérations et de fédérations au pluriel, tout en ne déterminant pas le nombre requis et, notamment, sans exiger que la carte de la Belgique soit couverte d'agglomérations et fédérations de communes. L'idée est en 1970 de permettre l'instauration d'agglomérations et de fédérations, là où les nécessités locales le requièrent.

Article 1er. — L'agglomération de communes

L'arrêt Lamal est en train d'être prononcé. Le but est de trouver des intérêts qui dépassent les intérêts communaux. Une idée voit le jour, on veut créer une agglomération de commune et l'article 165 de la Constitution voit le jour.

Ces agglomérations seront créées là où on en aura besoin. C'est la loi du 26 juillet 1971 qui va procurer exécution à l'article 165 de la Constitution. Elle évoque l'existence des agglomérations et des fédérations de commune. Cette loi institue sur papier l'existence de 5 agglomérations de communes : Anversoise – Bruxelloise – carolorégienne – Gantoise – Liégeoise. Cependant, dans la mesure

où le ressort territorial de chaque agglomération doit être fixé par une autre loi. Article 6 §1^{er} VIII, 3 du 8 août 1980. Seul le ressort de l'agglomération Bruxelloise n'a été fixé il n'existe que celle là. La constitution chouchoute cette agglomération car elle a une disposition particulière. Elle est réglée par l'article 166 de la Constitution. Il apporte deux précisions. Premièrement, en principe, l'agglomération bruxelloise est soumise au régime que la Constitution et la loi du 26 juillet 1971 prescrivent pour toutes agglomérations. Deuxièmement, par dérogation au premier principe « les compétences de l'agglomération bruxelloise sont exercées par les institutions de la région de Bruxelles capitales de la manière établie par la loi spéciale du 12 janvier 1989 ».

C'est donc une institution particulière qui dispose de la personnalité juridique propre (article 3 §3 de la loi du 29 juillet 1971). Elle dispose en compétences : les immondices, la lutte contre les incendies, l'aide médicale urgente et le transport de personnes (taxi – Article 4 §2 de la loi). Ce sont les institutions bruxelloises qui exercent ces responsabilités.

Mais, si l'agglomération bruxelloise est une collectivité politique à part entière, l'article 166 de la Constitution, auquel la loi spéciale du 12 janvier 1989 procure exécution, précise que ce sont les institutions de la Région bruxelloise – le parlement et le gouvernement – qui exercent les responsabilités qui devaient échoir au conseil et au collège d'agglomération, institués par l'article 165 de la Constitution organisés par la loi du 26 juillet 1971.

Dans ces matières, les autorités régionales n'agissent pas dans le cadre de l'action régionale. Les moyens utilisés sont ceux de l'agglomération. On trouvera des règlements et des arrêtés d'agglomération et non pas des décrets et des ordonnances. Si les intérêts de l'agglomération sont pris en charge par les autorités régionales, l'article 59 de la loi de 1989 dispose que les contrôles de tutelle s'efface car sinon il devrait être exercé par les autorités régionales.

Article 2. — La fédération de communes

La loi de 1971 institue sur papier les fédérations de commune. On en parle aussi à l'article 165 de la Constitution. La fédération de communes est l'idée qu'une commune ne peut y appartenir que dans la mesure où elle n'est pas déjà comprise dans une agglomération de commune (article 2 de la loi). Il n'y a jamais eu de fédération de communes. On les prévoit mais elles n'ont toujours pas vu le jour.

§5 — Les commissions communautaires bruxelloises

Par l'article 136 et 166 § 3 de la constitution. L'article 60 de la loi 1989 s'efforce de concrétiser l'existence de ces 3 commissions communautaires.

- COCOF
- COCON

- COCOM

Ce sont des collectivités politiques à part entière. Elles disposent chacune de la personnalité juridique. Elles sont dotées d'institutions propres. Elles sont dotées de compétences propres et sont assujetties au contrôle qui pèse sur les autres collectivités locales.

Article 1er — Les institutions

La COCOF est dotée d'une assemblée et d'un collège. L'assemblée se compose (article 136 Const) des membres du groupe linguistique français du parlement bruxellois, qui entre eux forment une assemblée délibérante à part entière. Le collège comporte les deux ministres et les secrétaires d'Etat du gouvernement bruxellois qui appartiennent au groupe linguistique français. Elle est dotée de compétences communautaires et non plus de compétences régionales.

La COCON est également dotée d'une assemblée et d'un collège (article 136 de la Constitution). L'assemblée est composée des membres du parlement bruxellois qui appartiennent au groupe linguistique néerlandais du parlement et le collège réunit les ministres et secrétaires d'Etat du gouvernement bruxellois qui appartient au groupe linguistique néerlandais. Si le Ministre-Président du Gouvernement régional bruxellois fait partie de ce même groupe linguistique, il appartient également au collège français.

La COCOM (article 60 de la loi du 12 janvier 1989) procure exécution à l'article 135 de la Constitution. Cet article dit que législateur spécial doit créer les institutions communautaires communes. Assemblée réunies = membres du parlement bruxellois. Ce sont deux assemblées fondamentalement distinctes même si elles sont composées de la même façon. Le collège réunit comprend l'ensemble des ministres du gouvernement exception faite des secrétaires d'Etat. Au sein du gouvernement régional, le président dirige mais au sien de la COCOM il siège mais dispose uniquement d'une voix consultative. Les matières sont bi communautaires et donc la stricte parité est souhaitable.

Article 2. — Les attributions

Ce sont les attributions qui reviennent au titre de collectivités décentralisées puisque nous nous situons dans le cadre de l'examen des administrations locales qui ont la particularité d'être une collectivité décentralisée.

Deux des trois commissions (COCOF et COCOM) revêtent une seconde casquette, celle de collectivité fédérée. Les COCOF et COCOM exercent aussi des attributions mais celles-ci leur donne la possibilité de prendre des actes de valeurs législatives.

Collectivité décentralisée : 3 ordres :

- L'article 166 §3, 1 et 3 de la Constitution, les trois commissions communautaires exercent les mêmes compétences que les autres pouvoirs organisateur pour les matières culturelles, d'enseignement et personnalisables. Dans la mesure où elles en ont les moyens, ces trois commissions communautaires sont habilitées par des actes administratifs à créer des écoles, instituer des musées, ouvrir des centres de médecine préventive. Elles jouent à leurs égards le rôle du pouvoir organisateur.
- L'article 166 §3, 2 de la Constitution, deux de ces trois commissions, la COCOF et la COCON exercent les compétences réglementaires qui leurs sont respectivement déléguées par la communauté française pour la COCOF et la communauté flamande pour la COCON. L'arrêté d'exécution peut dans certains cas, donner lieu à une exécution différente sur le territoire de la communauté française et sur le territoire de Bruxelles capitales. Dans ce cadre, la COCOF va assurer l'exécution du décret de la communauté française sur la région bilingue de Bruxelles-Capitales.
- Article 163 al. 1^{er} de la Constitution. Les trois commissions communautaires héritent à Bruxelles des missions communautaires qui sur le territoire des deux autres régions étaient délégué ou sont déléguées aux Provinces. La province reçoit des missions par la communauté.

Article 3. — Les contrôles

Sur l'action administrative que les trois commissions exercent en vertu de la décentralisation. Par les attributions reconnues par l'article 166 les commissions communautaires ne sont pas habilitées à faire œuvre législative. Elles ne prennent que des règlements et des arrêtés. Les contrôles peuvent donc être exercés par le CE et par les cours & tribunaux.

L'article 166 de la Constitution prévoit que les principes applicables aux agglomérations et fédérations de communes s'appliquent à l'agglomération bruxelloise, laquelle est relayée, dans les matières communautaires, par les trois commissions. Or, l'un des principes applicables aux agglomérations et fédérations de communes est l'intervention de l'autorité de tutelle pour empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt général blessé.

Par ailleurs, il y a également un contrôle politique qui est le contrôle de tutelle. C'est un contrôle administratif. Article 166 de la Constitution confirme ce contrôle mais d'une façon complexe. (+article 162).

Il faut toutefois observer qu'en pratique, le contrôle de tutelle n'est organisé qu'en ce qui concerne deux des trois commissions communautaires, à savoir la COCOF et la COCON. L'organisation de la tutelle sur la COCOF, est l'œuvre du décret de la communauté française du 18 juin 1990 « organisant la tutelle sur la

Commission communautaire française ». L'organisation de la tutelle sur la COCON est, pour sa part, l'œuvre du décret de la Communauté flamande du 5 juillet 1989 « portant organisation de la tutelle sur la commission communautaire flamande ».

Curieusement, la loi spéciale du 12 janvier 1989 « relative aux institutions bruxelloise » ne contient aucune disposition organisant la tutelle sur la commission communautaire commune, en sorte que, pour l'heure, l'action de cette commission n'est sujette, en pratique, à aucun contrôle de tutelle.

§6. — Le secteur ou district

Article 41 al. 2 de la Constitution. Article 41 al. 3 « ces organes territoriaux intra communaux sont créés dans les communes de plus de 100 000 habitants, à l'initiative de leur conseil communal. Les membres sont élus directement [...] ».

Al. 4 : « ce décret ou la règle visée à l'article 134 ne peuvent être adoptés qu'à la majorité des deux tiers des suffrages émis si la majorité des membres du conseil concerné se trouve réunie ».

3 observations :

- La Constitution établit un certain nombre de principes relatifs à la création et à l'organisation des organes territoriaux intra communaux. La Constitution précise que les organes ne peuvent être institués que dans la commune. Ces organes ne peuvent pas être institués à l'intérieur de n'importe quelle commune, ils ne peuvent être créés que dans les communes de plus de 100 000 habitants. Ce sont uniquement quelques communes en Belgique. Il y en a peu. Ces organes ne peuvent pas être institués à l'initiative de n'importe qui, il faut une délibération du conseil communal. Les membres de ces organes doivent être élus directement par le citoyen.
- L'article 41 établit qu'il appartient au législateur régional de définir les compétences, les règles de fonctionnement et le mode d'élection des organes intra communaux. Avant la réforme de la St Polycarpe, c'était le législateur fédéral maintenant c'est le législateur régional. Ajout du Titre XVI de la nouvelle loi communale. Cette loi a également été intégrée dans le CWADEL articles 141-1 et s qui reprennent l'ensemble des dispositions reprises dans le titre XVI. La manifestation la plus importante de la régionalisation, c'est leurs noms. L'étiquette n'est pas la même dans les différentes régions. Région bruxelloise = district, région flamande = district, en région wallonne = secteur. Derrière c'est la même réalité.
- Il appartient à une loi spéciale de préciser qui des communautés ou des régions se voit attribuer la mission d'organiser les districts, au-delà des principes de création et d'organisation des districts consacrés par la

Constitution elle-même et au-delà des compétences assignées au législateur régional en matière de compétences, de règles de fonctionnement et de mode d'élections des organes territoriaux intra communaux.

(Quelques trucs en plus page 119)

Article 1er. — Le conseil de district

Alinéa 1^{er} – La composition du conseil

Il est composé de membres élus directement dont le nombre est égal aux deux tiers du nombre de membres destinés à composer le conseil communal d'une commune ayant un nombre d'habitant correspondant (au district). L'élection des membres du conseil aura lieu le deuxième dimanche d'octobre 2012. Les articles 331 NLC et 1412-1 CWADEL crée une incompatibilité entre la fonction de membre du conseil communal et membre du conseil de district (article L1412-1 §1^{er} CWADEL).

L'élection des membres du conseil a lieu le même jour que l'élection des conseillers communaux et provinciaux.

Les articles 331 NLC et L1412-1 §4 CWADEL créent une incompatibilité entre les fonctions de conseiller communal et les fonctions de membre du conseil de district.

Alinéa 2 – Les attributions du conseil

Le conseil peut se voir délégué des compétences d'intérêt communal par le conseil communal article 340 NLC et 1412-4 CWADEL.

Premièrement, certaines compétences d'intérêt communal ne peuvent en aucun cas être déléguées ce sont par exemple le budget et les comptes communaux.

Les compétences d'intérêt fédéral, régional ou communautaire que la commune peut se voir confié ne peuvent être déléguée au conseil de district que l'autorité qui avait conféré aux communes ces matières spécifiques ont prévus que les communes pouvaient subdéléguer les matières correspondantes. Le conseil va alors pouvoir prendre des règlements et ordonnances dans les mêmes conditions que le conseil communal sans pouvoir être contraire aux décisions du conseil communal.

Article 2 – Le bureau et le président

Les articles 332 NLC et L1413-1 CWADEL précisent que le bureau et le président sont élus par le conseil en son sein.

Le nombre des membres du bureau en ce compris le président est égale aux deux tiers du nombre d'échevins dans une commune ayant un nombre correspondant d'habitants, sans que ce nombre puisse être supérieur à 5 (article L1413-1 §3 CWADEL).

Le bureau peut se voir déléguer des compétences par le collège communal – ou, le cas échéant, le collège des bourgmestres et échevins – et ce, dans les mêmes termes que ceux qui viennent d'être indiqués à propos des délégations autorisées au profit du conseil.

De son côté, le président peut se voir déléguer des compétences par le bourgmestre, en sachant que les compétences du bourgmestre en matière de police ne peuvent en aucun cas être déléguées.

Chapitre II. — L'organisation interne de l'Administration

Sous l'intitulé « organisation interne de l'administration », on étudie les règles relatives aux services internes de l'administration, autrement dit les règles applicables aux fonctionnaires ou ce que l'on appelle encore le droit de la fonction publique.

Section Ière. — Les concepts génériques

§1^{er} — L'agent statutaire et l'agent contractuel

Article 1^{er} — L'agent statutaire

Celui, dont la situation juridique est déterminée unilatéralement dans tous ces éléments par l'autorité publique compétente à travers des dispositions générales qui sont susceptible d'être modifiée à tout moment dans l'intérêt supérieur du service.

Le statut c'est le corps de règles, l'ensemble des règles générales et abstraites qui régit la catégorie abstraitement définie d'agents publics en fixant de manière impersonnelle les droits et les obligations.

La nomination, acte unilatéral, susceptible de recours au CE. Acte unilatéral qui rend le statut applicable à l'agent. L'acceptation de l'agent n'exprime pas une adhésion qui le placerait dans un lien contractuel, ce n'est pas un contrat d'adhésion, il s'agit d'un acte condition.

L'acceptation de l'agent est un *acte condition* (ce n'est pas un acte adhésion) qui doit se réaliser pour que soit rendue effective la nomination.

Trois statuts :

- statut administratif
- statut pécuniaire
- statut syndical

Ces trois statuts peuvent se retrouver dans un même texte dans le cadre notamment d'une administration spéciale.

Alinéa 1^{er} — Le statut administratif

Ce statut comprend l'ensemble des règles relatives aux conditions de recrutement, de promotion, et d'une manière générale à la situation administrative des agents donc les règles relatives aux devoirs et aux droits des agents. Il règle aussi le régime disciplinaire de l'agent.

Ce statut est établi pour les agents de l'Etat par le Roi à l'échelon fédéral (**art. 107, al. 2, C.**) qui précise que « Le Roi nomme aux emplois civils et militaires » -> il organise le statut des agents. On suppose qu'il organise le cadre dans lequel il va nommer. On considère donc qu'en vertu de cet article, le Roi est bien l'autorité compétente pour établir ce statut.

Le statut des agents à l'échelon communautaire et régional est fixé par les gouvernements des régions et de communautés sur le fondement de **l'art. 87 §3, Loi spéciale du 8/8/80. « Sans préjudice du §4, les communautés et les régions fixent les règles du statut administratif de leur fonctionnaire ».**

Le statut des agents des provinces et des communes est fixé par les conseils provinciaux et les conseils communaux sur le fondement du CWADEL en Région wallonne et de la NLC en Région bruxelloise. Il faut toujours avoir égard pour les pouvoirs subordonnés aux deux textes.

En termes de statut administratif, la seule question résolue par le législateur est la question de la nationalité dont il convient d'être titulaire pour accéder à un emploi public.

L'art. 10, C précise que seul les belges sont admissibles aux emplois civils et militaires sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.

La circonstance que l'Etat belge soit un Etat fédéral composé de régions et de communautés a conduit l'autorité publique à penser que, dans un si petit pays, il serait heureux d'harmoniser un minimum de principes applicables tant à la fonction publique fédérale, qu'à la fonction publique régionale et la fonction publique communautaire. Attention lire article 87 §4 de la loi spéciale du 8 août 1980.

Le Roi en concertation après avis des gouvernements régionaux et communautaires a été appelé à pointer ceux des principes de la fonction publique qui sont applicables au niveau fédéral devait se retrouver parmi les règles applicables aux agents régionaux, communautaires et les para régionaux et para communautaires. ARPG : arrêté royal des principes généraux de la fonction publique. C'est un arrêté royal du 22 décembre 2000 (voir énoncé syllabus – page 125).

Dans la mesure où le principe veut en Belgique que l'agent soit statutaire et que l'arrêté royal précité comprend les principes majeurs en matière de fonction publique, c'est à ces principes que la section II est consacrée.

Alinéa 2 — Le statut pécuniaire

C'est un ensemble de règles générales et abstraites relatives à la fixation des échelles de traitement et à leurs différents échelons aux calculs du traitement à la détermination de classe d'âge, de la carrière barémique, de l'imputation éventuelle des services antérieurs, ainsi qu'aux modalités de paiement du traitement.

Le statut pécuniaire est établi par le Roi au niveau fédéral, par les gouvernements de régions et de communautés au niveau régional et communautaire et par les conseils communaux et provinciaux au niveau communal et provincial.

En matière de pension, article 179 de la Constitution dispose qu'aucune pension ne peut être accordée qu'en vertu d'une loi. C'est donc le législateur fédéral qui est compétence.

Article 87 § 3 de la loi spéciale du 8/8/80 dispose que « page 126 ».

Au sein du statut pécuniaire, un élément est en droit et en fait très important, c'est le traitement. C'est la contrepartie du service accompli. Dès lors que le service est accompli, il existe un droit acquis à la liquidation du traitement sur la base même des règles du statut pécuniaire. C'est la théorie du service fait. Le droit acquis porte non seulement sur le traitement proprement dit mais aussi sur ses différents accessoires, le cas échéant. Ex : les frais de fonction, les allocations de résidence, l'allocation versée en raison de l'exercice momentané d'une fonction supérieure.

Ces droits sont acquis à l'agent statutaire mais aussi pour l'agent contractuel

Trois précisions complémentaires :

- En vertu de l'ARPG, c'est à chaque autorité habilitée à fixer le statut que revient le pouvoir de fixer le statut pécuniaire de son personnel. L'autorité devra cependant tenir compte pour l'établissement des règles du statut pécuniaire du niveau du personnel, de la nature des tâches dévolues au personnel et des compétences requises pour les exercer.
- Dès lors que le traitement est une composante du statut, le traitement se situe en dehors de toute tractation contractuelle. Ex : je ne peux pas dire moi je le fais mieux que lui alors je dois gagner plus. Ce n'est pas possible car ce sont des agents statutaires, c'est le statut qui définit les règles. S'il y a une tractation contractuelle alors nullité absolue.
- En vertu de la loi du changement ; qui fait partie des trois grandes règles du service public : l'égalité, la continuité et le changement. En vertu de ces principes, le traitement est toujours susceptible de modification. On ne peut modifier le traitement que pour l'avenir et non pour le passé. Cela serait contraire aux droits acquis.

[26/02/2009]

Alinéa 3 — Le statut syndical

Le statut syndical groupe l'ensemble des règles qui organisent les relations sociales entre l'autorité et les organisations syndicales représentatives des agents. À la différence des statuts administratif et pécuniaire qui – exception faite des questions de nationalité et de pensions – ressortissent à la compétence du Roi, des gouvernements régionaux et communautaires et des conseils provinciaux et communaux, le statut syndical des agents est, tout entier, du ressort du législateur, en l'espèce du législateur fédéral, tout au moins pour l'essentiel.

Lire l'article 87 § 5 de la loi spéciale du 8 août 1980.

Sur le fondement de sa compétence, le législateur fédéral a adopté, bien avant l'adoption de l'article 87 § 5 de la loi spéciale du 8 août 1980, une loi importante : la loi du 19 décembre 1974 « organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités ». Un arrêté d'exécution du 28 septembre 1984 doit, lui aussi, être pris en considération. Les agents assujettis à la loi du 19 décembre 1974 sont nombreux. Il s'agit des membres du personnel définitif comme temporaire, en ce compris les agents contractuels qui, en ce domaine, se voient appliquer les mêmes règles que les agents statutaires. Les agents concernés par cette loi sont ceux des administrations générales fédérales, régionales et communautaires, autant que ceux des personnes morales de droit public qui en dépendent et des administrations locales.

Sont exclus du champ d'application de la loi les personnels des services qui dépendent du pouvoir législatif.

Ex : Palais de la nation, les magistrats, les militaires, les professeurs d'université. Certains sont néanmoins assujettis à un statut syndical mais un autre.

Ex : les fonctionnaires de police. Une loi différente en assure les règles. D'autres sont dépourvus de statut syndical comme les magistrats et les professeurs d'université. (TUYAU) Cette loi impose à l'autorité l'obligation de soumettre les mesures générales qu'elle envisage de prendre à l'égard de son personnel à une consultation préalable avec les organisations syndicales représentatives.

A — Le principe de consultation

En termes de principe, la loi du 19 décembre 1974 impose à l'autorité l'obligation de soumettre les mesures générales qu'elle envisage de prendre à l'égard de son personnel à une consultation préalable avec les organisations syndicales représentatives.

Seuls les actes (administratifs et législatifs) de portée réglementaire doivent être soumis à la consultation à l'exclusion des AAU de portée individuelle.

Ex : projet de modification des statuts administratifs des agents de l'Etat. C'est un arrêté royal du 2 octobre 1937 (le statut est adopté par le Roi au niveau fédéral). Un agent de la fonction publique n'est pas soumis à cette consultation car l'acte est de portée individuelle.

Ex : nomination et promotion d'un agent.

B – Les formes de consultation

1 – La concertation

La concertation implique que l'autorité et les organisations syndicales représentatives conviennent, ici encore de rechercher ensemble des solutions acceptables pour chacun des partenaires de la négociation (article 10 de la loi du 19 décembre 1974).

Quelque soit l'hypothèse, la concertation ne débouche que sur un avis. On se concerte et on rend un avis. Il n'y a donc pas d'engagements. Cet avis doit être impérativement motivé. Il reprend les mesures formulées lors de la concertation et se positionne sur ce qui est proposé. L'idée est que l'autorité est heureuse de recevoir l'opinion des organisations représentatives pour prendre une mesure en

plein connaissance de cause. Elle est imposée lorsque les questions touchant au statut du personnel et à l'organisation du travail sont de moindre importance (article 11).

Ex : l'adaptation des cadres du personnel.

Ex2 : les règles particulières en matière de durée et d'organisation du travail.

Ex3 : la sécurité et l'hygiène

Ex4 : l'amélioration des relations humaines et la productivité

Les organisations syndicales ne disposent pas, cette fois, d'un droit d'initiative. Elles sont dès lors, condamnées à devoir formuler leur opinion sur ce qui fait l'objet d'une proposition de la part de l'autorité.

2 – La négociation (TUYAU)

Elle implique que l'autorité et les organisations syndicales représentatives conviennent de rechercher ensemble par un dialogue approfondi ces solutions acceptables pour chacun des partenaires à la négociation (articles 2 et s. de la loi du 19 décembre 1974).

De deux choses l'une, ou bien des solutions sont trouvées entre les partenaires à la négociation (si elles le sont, les conclusions de la négociation sont consignées dans un protocole d'accord (article 9) qui juridiquement n'engage pas mais politiquement il engage en ce sens que l'autorité se dit prête à prendre toutes les initiatives nécessaires et à les mettre en œuvre juridiquement). Ou bien l'accord n'est pas trouvé, le défaut d'accord est constaté dans le protocole de désaccord. Le résultat est que ce protocole de désaccord laisse libre l'autorité publique d'adopter ou non la mesure soumise à la négociation.

Ex : les modifications apportées au statut administratif relativement aux conditions de nomination, aux droits et devoirs des membres du personnel, au régime disciplinaire, au système d'évaluation, aux conditions de mobilités, aux calculs de l'ancienneté, aux modalités de congé ou encore aux règles qui concernent la cessation des fonctions. Toutes ces modifications sont soumises à la négociation syndicale.

Ex2 : toutes les adaptations qui concernent le statut pécuniaire impose une négociation préalable.

Ex3 : les changements apportés au régime des pensions impliquent une négociation syndicale. Avec le cas échéant un protocole d'accord ou de désaccord.

L'autorité publique n'est pas la seule à pouvoir apporter des mesures projetées en négociations. Les organisations syndicales peuvent également faire valoir des mesures ; elles disposent d'un droit d'initiative. Elles peuvent suggérer des aménagements au statut du personnel concerné par la loi. Pas de monopole dans le chef de l'autorité.

Article 2 – L'agent contractuel

C'est l'agent qui faisant partie du personnel de l'administration y est attaché par le truchement d'un contrat. Pas de statut auquel l'agent est relié, il est plutôt relié à son employeur par un contrat.

Dans la mesure où les principes généraux de la fonction publique ne sont pas nécessairement applicables à l'agent contractuel on détermine ici les règles qui régissent l'engagement, l'exécution et le terme du contrat.

La loi applicable est la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail. En faisant du droit administratif, on fait du droit du travail.

Alinéa 1^{er} – L'engagement

Il faut savoir que cet engagement est permis mais ce n'est pas la règle ou le principe. C'est donc une dérogation au principe selon lequel l'engagement, dans la fonction publique, se fait par voie statutaire. On peut être agent contractuel qui est réglé par l'ARPG du 22 décembre 2000. C'est un arrêté qui établit les principes qui transcendent les différents niveaux de pouvoirs mais pas les administrations communales et provinciales.

L'ARPG définit les hypothèses où l'engagement contractuel est autorisé. Elles sont au nombre de 4 :

- Il conviendrait de répondre dans cette hypothèse à des besoins temporaires et exceptionnels en personnel, qu'il s'agisse soit de la mise en œuvre d'actions limitées dans le temps, soit d'un surcroît extraordinaire de travail.
- Il s'agirait de remplacer des agents en cas d'absence totale ou partielle quand la durée de cette absence implique un remplacement. Et pour autant que les modalités de ce remplacement soient fixées dans le statut.
- En vue d'accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques (cette liste doit être établie par l'exécutif compétent pour engager sur le plan administratif à chacun des niveaux de pouvoirs).
- Pourvoir à l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une connaissance large de haut niveau.

Malgré le fait que le principe consacré soit celui du statut, l'on note qu'en Belgique, tous niveaux de pouvoirs confondus, près d'un agent sur deux est contractuel.

Pour engager de manière contractuelle, on ne doit pas exiger des candidats qu'ils se présentent et faire des sélections. Étant entendu qu'il s'agit d'emploi public, une exigence cardinale doit être respectée c'est l'égalité (article 10 al. 2 de la Constitution). Les belges sont égaux devant les emplois publics. L'égalité doit être pratiquée à l'égard des belges mais également à l'égard des ressortissants de l'UE. Pour les emplois auxiliaires, qui n'impliquent pas l'exercice de la puissance publique. La CJCE interprète le traité de Rome (article 39 §4 et 45) comme signifiant que tels emplois sont ouverts aux nationaux mais également aux étrangers de l'UE.

Arrêt du 17 décembre 1980 : commission européenne contre Etat belge : la CE vient dire que l'étranger de l'UE doit pouvoir accéder de la même manière que le Belge pour les emplois qui n'impliquent pas l'exercice de la puissance publique.

L'exigence d'égalité implique, à notre estime, que des formalités de publicité soient respectées. Cette exigence implique aussi que les titres et mérites des différents candidats soient comparés. Et, pour que ceux-ci puissent être utilement comparés, il nous paraît que la meilleure façon de procéder consiste à organiser des épreuves de sélection.

Il serait inexacte de penser que cela est organisé nulle part. Bien qu'on est face à des agents contractuels, ils procèdent à des examens pour être sur de respecter le principe d'égalité. Au niveau fédéral, un AR est adopté qui veut que l'autorité qui entend recruter un agent contractuel soit tenue de s'adresser au Selor en vue d'examiner la banque de CV accessibles à chaque demandeur d'emploi qui veut y verser le sien.

Le Selor, non seulement vérifie que l'administration fédérale a pris en compte chacun des CV pertinents qui figurent dans la banque de données, mais marque, en outre, son accord sur le dispositif de sélection établi par l'autorité en cause, ainsi que sur le procès verbal de délibération aux termes duquel il est décidé de recruter l'un des candidats.

Cette procédure est établie par l'arrêté royal du 13 mars 2002 « fixant les conditions d'engagement par contrat de travail de certains services publics ».

Alinéa 2 – L'exécution

Le régime juridique est tout entier celui défini par la loi du 3 juillet 1978. Voir cours de droit social. Question se pose de savoir si dans la mesure où l'employeur

est une autorité publique, celle-ci pourrait par sa nature qui est la sienne modifier les droits et les obligations des parties de façon unilatérale.

Est-ce que le contrat de travail est le contrat de l'administration (contrat usuel régit par les règles du droit privé) ou est-ce qu'il s'agit d'un contrat administratif qui se voit appliquer les règles du droit privé sauf dérogations apportées par des règles du droit public.

La loi d'égalité, de continuité et les lois du changement. La loi du changement autorise l'autorité administrative à modifier les clauses du contrat de façon unilatérale. Si le changement l'impose alors les modifications unilatérales peuvent avoir lieu. Le cas échéant un dédommagement sera requis.

Au regard du sort réservé à l'agent statutaire, l'on peut donc affirmer que les deux situations sont précaires. Mais celle de l'agent statutaire aboutira à une modification du statut, c'est-à-dire à une modification générale et abstraite, alors que celle de l'agent contractuel aboutira - même si c'est théoriquement dans le respect des règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination - à une modification du contrat particulier.

Alinéa 3 – Le terme

Le terme du contrat de travail est, lui aussi, régi par la loi du 3 juillet 1978. Pour cette raison, l'on renvoie, ici encore, au droit social.

Il impose d'observer, à cet égard, qu'un agent contractuel peut être licencié moyennant préavis. Le juge qui aura à connaître de l'éventuel litige qui découle de ce préavis, comme de toute autre question juridique en rapport avec la relation de travail de l'agent contractuel, est le tribunal du travail, à l'exclusion du CE.

Article 3 – L'intérêt de la distinction

- Le texte applicable à l'agent statutaire est le statut = foyer juridique différent
- Recrutement = que l'agent soit contractuel ou statutaire. Il faut respecter le principe d'égalité mais elle est pratiquée différemment. Pour les agents statutaires, les règles d'égalité sont strictes et tout est détaillé. Pour l'agent contractuel, en pratique aucunes règles n'existent pour la sélection sauf maintenant avec le Selor au niveau fédéral.
- Application de loi dite du changement. S'agissant de l'agent statutaire les conditions de travail **pour l'avenir** peuvent être revues unilatéralement. Pour l'agent contractuel, les modalités de la relation de travail peuvent en

tout temps être revues mais les formalités requises pour procéder aux modifications vont rendre les modifications moins évidentes pour le statut que pour le contrat. Contrat = un seul agent, statut = applicable à une catégorie générale et abstraite d'agents et donc il faut passer par une organisation syndicale. Le processus est plus rigide.

§2 – L'agent organe et l'agent préposé

Article 1^{er} – L'agent organe

Arrêt de la cour de cassation du 27 mai 1963 : elle définit ce qu'est un agent organe. Il s'agit de celui qui en vertu de la loi ou des décisions prises ou des délégations données dans le cadre de la loi, dispose d'une parcelle, si minime soit-elle, de la puissance publique exercée par lui ou qui a le pouvoir de l'engager vis-à-vis des tiers.

Ex : Un fonctionnaire de police, quelque soit son grade (commissaire général ou agent de circulation), est reconnu comme agent organe.

Ex2 : Un militaire quelque soit son grade est un agent organe

Ex3 : Un ministre est un agent organe

Ex4 : Tous les mandataires publiques : bourgmestre, échevin, député provincial, gouverneur etc.

Article 2 – L'agent préposé

Il ne dispose pas d'une parcelle si minime soit elle de la puissance publique. Celui n'est pas organe est préposé et inversement.

Ex : ouvrier de la voirie

Ex2 : une secrétaire ou un secrétaire

Ex3 : chauffeur de voiture (même d'un ministre ou même si c'est une Porsche)

Ex4 : agent d'accueil dans une administration

Article 3 – L'intérêt de la distinction

Triple niveaux

Alinéa 1^{er} – Au niveau des conditions d'accès dans la fonction publique

L'agent organe doit impérativement être belge sauf si la loi en dispose autrement. C'est l'exigence de l'article 10 al. 2 de la Constitution qui est interprété à la lecture du traité de Rome (article 39 §4 et 45), ces articles étant eux-mêmes interprétés par la cour de justice des communautés européennes. En revanche, l'agent préposé pour la même raison peut être belge mais de tels emplois comme ils

n'impliquent pas une parcelle de la fonction publique, doivent être ouverts aux ressortissants des Etats de l'UE.

Alinéa 2 - Au niveau de l'application 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Il garantit le droit au procès équitable et ne s'applique dans le contentieux des litiges de la fonction publique qu'aux agents préposés et donc pas pour les agents organes (Principe énoncé aux termes d'un arrêt du 8 décembre 1999 de la Cour européenne des droits de l'homme). C'est idiot parce qu'on ne voit pas pourquoi un agent préposé y aurait droit au détriment d'un agent organe. Explication : certains pays de l'UE ou du conseil de l'UE ne feraient pas un procès à certains hauts fonctionnaires en disant qu'il s'agit d'un lien de confiance. La Cour européenne avait admis que pour les hauts fonctionnaires le droit au procès équitable n'est pas exigé. Tout le monde a droit à un procès équitable. C'est un principe général de droit et donc même si on n'invoque pas la CEDH on peut invoquer le principe général de droit.

En pratique, l'application des garanties du procès équitable de l'agent trouve à s'appliquer dans deux hypothèses en particulier.

La première hypothèse groupe l'ensemble des litiges en matière disciplinaire ou apparentés, dans le cadre de l'infliction d'une sanction administrative entendue au sens large.

La seconde hypothèse vise les multiples cas de figure dans lesquels il est procédé à la consolidation législative d'un AAU. Il s'agit, en substance, de l'opération par laquelle le législateur protège un AAU contre la mesure des autorités chargées du contrôle de l'administration ou pour relever un AAU de la censure déjà prononcée par l'une de ces autorités.

La Cour européenne s'est rendu compte de son erreur et dans son arrêt Vilho c. Finlande, la cour dit que c'est exagéré. En substance, les préposés ont droit au procès équitable mais les agents organes aussi, à tout le moins plus qu'avant. Il faut d'abord vérifier que le droit national garantisse lui aussi le droit au procès équitable. Si ce n'est pas le cas, on a égard à la justification du pourquoi il ne le garantit pas. Si la justification est raisonnable alors tant pis pour l'organe, il n'aura pas droit à ce droit. Si elle n'est pas raisonnable alors la cour peut en ultime recours condamner un Etat du conseil de l'Europe pour le non respect de la garantie de ce droit.

Tout ce qui concerne les sanctions disciplinaires, et ce, dès le stade administratif il ne faut pas attendre d'être au CE, pour appliquer le procès équitable. Le deuxième domaine est la consolidation administrative d'AAU (validation administrative).

Thèse de M. Renders :

Il s'est préoccupé de se poser la question de savoir s'il est admissible sur le plan de la régularité que l'autorité administrative (en difficulté) puisse venir taper à la porte du législateur. L'intérêt est de consolider son action pour ne pas être sanctionné. Elle veut donc que le législateur couvre l'acte de nomination irrégulier par exemple. L'idée est que puisqu'on va protéger législativement un AA on va le prémunir contre le contrôle juridictionnel en charge des AA. Ca dépend de la technique utilisée (23)

Dans cette entreprise qui conduit le législateur à intervenir dans un procès en cours, est-ce qu'on ne porte pas atteinte au droit au procès équitable.

Alinéa 3 – Au niveau de la responsabilité civile de l'Administration (TUYAU)

A – Le régime antérieur à la loi du 10 février 2003

Loi relative à la responsabilité des services publics.

Avant cette loi, il fallait toujours se demander si l'agent à qui était reproché d'avoir engagé la responsabilité de l'administration était un agent organe ou préposé.

Si l'agent était organe alors on appliquait l'article 1382 du code civil duquel on sait que la personne qui cause à autrui un dommage répond de toutes les fautes qu'il commet. Que ce soit un dol, une faute lourde ou une faute légère habituelle ou occasionnelle. Dol = acte commis dans l'intention de nuire. Faute lourde = faute inexcusable, violation d'une obligation élémentaire qui incombe à toute personne sensée. Faute légère habituelle = elle est commise à répétition. Faute occasionnelle = témoigne d'un manque de conscience professionnelle. Elles sont commises dans le cadre de ses fonctions et non pas forcément dans l'exercice de ses fonctions.

Etant considéré comme faisant corps avec la personne publique qu'il « incarne », l'agent organe répond, en cette qualité, des seules fautes qu'il aurait commises « dans les limites » de ses fonctions. La faute que l'agent organe commettrait « dans l'exercice de ses fonctions », mais qui ne s'inscrirait pas dans les limites de ses fonctions, relève également de sa responsabilité, mais non plus en sa qualité d'organe : en sa qualité de particulier.

Parce que l'agent organe incarne la personne publique, la personne publique engage sa responsabilité civile dans la même mesure que l'agent organe. S'agissant d'une faute commise « dans les limites » des fonctions de l'agent, la

victime a ainsi le choix d'assigner soit l'agent, soit la personne publique, soit les deux qui seront, le cas échéant, condamnés in solidum.

Pour l'agent préposé, on applique l'article 1384 du code civil. Il conduit à devoir répondre du dol, de la faute lourde, de la faute légère habituelle (commise dans l'exercice de ses fonctions) **mais non de la faute légère occasionnelle**. Pour cette dernière, seule l'employeur, personne publique n'est susceptible d'être inquiété.

Attention uniquement ce qui est dit au cours passer les pages en trop dans l syllabus. Donc pas la théorie de la fonctionnalité.

B – Le régime consacré par la loi du 10 février 2003

Cette loi est révolutionnaire en la matière. Elle ne balaye pas les articles 1382 et 1384 du code civil qui restent applicables pour els agents qui n'entrent pas dans le champ d'application de la loi mais ils sont très rares. Ces agents sont des agents membres du personnel au service d'une personne publique dans un lien de subordination hiérarchique.

La loi s'applique aux agents statutaires à l'exclusion des agents contractuels et des mandataires. Les agents contractuels se voient appliqués la loi du 3 juillet 1978, qui prévoit en son article 18 un régime juridique de personnalité identique à l'article 1384 du code civil et à la loi de 2003. Ces fautes sont commises dans l'exercice des fonctions.

Si la personne publique est condamnée pour un fait commis par l'agent, l'action récursoire est possible contre l'agent par la personne publique moyennant le respect de conditions. Il y a un cas dans lequel on en peut assigner l'agent, dans l'hypothèse de la faute légère occasionnelle. On ne peut assigner que la personne publique car l'agent n'en répond pas.

Il existe des mandataires (conseillers communaux par exemple), ils ne sont assimilés aux agents contractuels mais non plus comme agents statutaires. Mais le prof dit qu'il faut faire attention parce qu'ils ont deux casquettes : agent décentralisé (s'il commette une faute ils en répondent sur base de 1382 code civil) mais aussi agent déconcentré et dès lors se trouve dans la même position que l'agent statutaire.

Tous ces mandataires en fonction déconcentrée doivent selon le prof entrer dans le champ d'application de la loi 2003 car cela leur est plus favorable.

§3 : Le cadre, l'emploi et la fonction

Article 1^{er} : Le cadre

En droit de la fonction publique, arrêter un cadre c'est définir mais aussi classer un nombre d'emplois nécessaires à l'accomplissement d'un service public déterminé. Concrètement, le cadre se présente sous la forme d'un tableau qui reproduit d'une part un ordonnancement et d'autre part un recensement. Ordonnancement = c'est l'indication des catégories d'emplois. Le recensement = c'est l'inscription d'un nombre en regard de chaque catégorie d'emplois qui correspond à celui qui est nécessaire pour satisfaire à l'accomplissement du service public en cause.

Ex : le cadre du conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitales. Elles se sont dotées d'un organisme para régional qui est ce conseil. C'est une institution juridique qui a la personnalité juridique et qui aide les institutions bruxelloises dans leurs rapports économiques et sociaux. Il faut un certain nombre de fonctionnaire. En termes d'ordonnancement, le cadre présente : le directeur – le directeur adjoint – le premier attaché – l'attaché – l'assistant principal – l'assistant – l'adjoint principal – l'adjoint et le commis. En termes de recensement, le cadre présente en regard de la catégorie : directeur (1) – directeurs adjoint (1) – premier attaché (2) etc.

On veut savoir ce qui est nécessaire au service. Dans chaque cadre, il y a un ordonnancement et un recensement. En droit de la fonction publique belge, il y a deux types de cadre.

- Cadre organique = il sert à établir les catégories d'emplois et le nombre requis pour chaque catégorie d'emplois.
- Cadre linguistique = il sert à répartir dans certains services administratifs à savoir les services fédéraux et les services de la région de Bruxelles-Capitales par rôle linguistique. Il doit pouvoir s'adresser à l'administration en français et en néerlandais.

Ex : cadre linguistique du SPF mobilités et transports. Dans ce service, le cadre linguistique se présente : on distingue les degrés de la hiérarchie.

- 1 – 50% d'emplois catégorisés francophones et 50% néerlandophones
- 2 - 50%/50%
- 3 – 41,97%/58,03%
- 4 – 41,97%/58,03%
- 5 - 41,97%/58,03%

Ceci est dit par la loi sur l'emploi des langues en matières administratives, article 43. En réalité, l'arrêté de laisse pas apparaître qu'au premier degré et au deuxième degré il existe un cadre bilingue qui comprend 20% des emplois.

Aux premier et deuxième degrés de la hiérarchie, les pourcentages recensés dans le cadre linguistique pris en exemple correspondent ainsi à une répartition entre les deux cadres unilingues à concurrence de 80% des emplois et non de 100% des emplis, comme on pourrait le croire.

Pour établir un cadre linguistique, deux opérations préalables sont nécessaires.

Il s'agit d'abord d'établir des rôles linguistiques français et néerlandais, pour savoir à quel rôle appartient l'agent. Tout agent appartient nécessairement à l'un ou à l'autre de ces rôles. L'appartenance à un rôle linguistique dépend, à titre principal, du régime linguistique de l'examen d'admission et, à titre subsidiaire, de la langue véhiculaire du diplôme dont on se prévaut pour occuper l'emploi en cause (article 43 §2 al. 3 des lois coordonnées).

Il s'agit, par ailleurs, que le Roi définisse les classes de métiers et les grades qui ressortissent à un même degré de la hiérarchie (article 43 §3 al. 4 lois coordonnées sur l'emploi des langues).

Article 2 : L'emploi

L'emploi est une entité administrative qui exprime un besoin. L'emploi c'est le « fonctionnaire à l'état de prévision ». Contribue à satisfaire le fonctionnement d'un service public. Ce n'est pas seulement l'expression d'un besoin, c'est aussi une unité de compte et une charge budgétaire. C'est le motif pour lequel, l'autorité qui fixe le cadre et évalue les services, doit se demander si tel emploi qui implique une charge financière supplémentaire doit ou non être créé.

Article 3 : La fonction

La fonction désigne l'ensemble des tâches, des missions et des responsabilités qu'un agent de l'Etat doit assumer en raison de sa désignation à un emploi.

Article 4 : Intérêt de la distinction

Ces trois notions ne renvoient pas à la même idée et ces trois sont nécessaires pour comprendre comment fonctionne une administration.

Quel est l'intérêt du cadre ? Cir Cambier disait dans son précis de droit administratif : « *l'arrêté de cadre assigne à l'autorité de nomination ses limites, c'est dans ce sens que nul ne peut être nommé qu'à un emploi vacant, nommer sans* »

respecter cette condition serait méconnaître l'utilité du service dont les besoins sont exprimés dans les prévisions du cadre».

Autrement dit, un arrêté de cadre est la limite assignée à l'autorité qui détient le pouvoir de nommer les agents, autorité qui ne peut davantage nommer d'agents que ce qui est permis par l'autorité qui a arrêté le cadre et qui a, par là, évalué les besoins humains destinés à l'accomplissement du service public considéré.

Nommer à un emploi hors cadre, c'est illégal. Quel est l'intérêt de l'emploi ? Identifier le nombre d'entité de travail pour accomplir le service et auquel on va pourvoir. Quel est l'intérêt de la fonction ? La fonction sert à identifier les tâches attachées à un emploi.

§4 : Le niveau, le rang et la classe de métiers avec titre ou le grade

L'administration est un corps de fonctionnaires hiérarchisé. Les différents termes permettent d'identifier la hiérarchie et de permettre de comprendre l'évolution de la carrière de l'agent. Les agents contractuels ne s'inscrivent pas dans la hiérarchie administrative. Cela ne veut pas dire qu'ils sont soustraits au pouvoir hiérarchique du supérieur. S'il ne les respecte pas, des sanctions disciplinaires pourront être prises contre l'agent mais sans nul doute sans faire référence à un statut étant agent contractuel.

Article 1^{er} : Le niveau

A l'échelon fédéral par exemple, il y a 4 niveaux.

A – B – C – D

L'appartenance d'un agent statutaire à chacun de ces différents niveaux est liée à la nature des tâches à accomplir. Ces tâches sont réparties en fonction du diplôme d'enseignement dont l'agent considéré est titulaire.

Niveau A = universitaire

Article 2 : Le rang

Le rang précise la hiérarchie. Au sein de chacun des niveaux, il existe des rangs. Ils définissent l'ordre hiérarchique des agents au sein des niveaux. La détermination de cet ordre doit être jugée nécessaire. Si ce n'est pas le cas, on juge les différents membres comme équivalent.

Article 3 : La classe de métiers et le titre ou le grade

Alinéa 1^{er} : La classe de métiers et le titre

A chaque niveau correspond une ou plusieurs classes de métiers auxquelles on attache des titres. Au niveau fédéral, le niveau A comprend des filières de métiers. C'est-à-dire des groupes de fonction relevant d'un domaine d'expertise particulière. Chaque filière de métier compte au maximum 5 classes allant de A1 à A5 (plus élevées dans la hiérarchie). Les agents du niveau A sont nommés dans une classe de métier et porte alors un titre qui lorsqu'ils sont A1 ou A2 (attaché) – A3 (conseiller) – A4 et A5 (conseiller général). Ce sont des notions qui ne sont pas répandues dans le droit de la fonction publique belge. Pour l'essentiel, elles ne sont organisées que dans la fonction publique fédérale, depuis la réforme dite Copernic qui date de l'an 2000. La notion qui – jusqu'alors dominait – et qui continue de dominer partout ailleurs est celle de « grade ».

Alinéa 2 : Le grade

Aux termes de l'article 3 §5 al. 2 de l'arrêté royal du 22 octobre 1937 qui fixe le statut administratif des agents de l'Etat : « le grade est le titre qui habilité l'agent à occuper un des emplois correspondant à ce grade ».

Ex : dans la fonction publique fédérale, le niveau B comprend les grades d'expert administratif, d'expert financier ou encore d'experts techniques. Au niveau C, assistant administratif et assistant technique. Au niveau D, collaborateur administratif et collaborateur technique.

Article 4 : L'intérêt de la distinction

L'agent est par principe statutaire et les agents contractuels sont l'exception. Il existe des agents statutaires à chaque niveau de pouvoir, il existe des agents statutaires au sein de toutes les personnes morales de droit public. On ne peut pas observer tous les statuts.

Section II : Les principes généraux

Les agents publics sont particulièrement nombreux et répondent tantôt à des règles statutaires, tantôt à des clauses contractuelles. Dans la mesure où le droit de la fonction publique consacre le principe selon lequel l'agent est statutaire et qu'il n'autorise l'existence d'agents contractuels que par voie d'exception, l'on

opte pour un examen plus circonstancié des règles applicables à l'agent statutaire. On va étudier les règles statutaires les plus communes. Il s'agit de celles consacrées dans l'arrêté royal du 22 décembre 2000 établissant les principes généraux de la fonction publique (en abrégé ARPG, lesquelles sont applicables au niveau fédéral, parafédéral, régional, pararégional, et paracommunautaire.

Il faut observer que les provinces et les communes, mêmes si elles n'y sont pas tenues, consacrent, pour l'essentiel, les règles contenues dans cet arrêté.

L'on peut ainsi affirmer que ces règles constituent le noyau dur du droit de la fonction publique en Belgique, tous niveaux de pouvoir confondus.

On verra seulement le statut administratif et non pas le statut pécuniaire.

§1^{er} : le recrutement, le stage et l'éventuelle nomination

Article 1^{er} : le recrutement

Alinéa 1^{er} : Les principes

Le statut doit déterminer les conditions générales à remplir pour être recruté en qualité d'agents dans ces services.

Ne peut être recruté que celui qui est porteur du diplôme ou du certificat d'étude au regard de l'emploi à conférer. Il faut un rapport nécessaire entre le diplôme et l'emploi en cause.

Les procédures de sélection pour les vacances d'emplois sont au minimum publiées au MB. Un délai raisonnable doit séparer la publication de la vacance de l'emploi et la date ultime de candidature.

Le statut est tenu de régler la procédure de sélection, le mode de détermination des épreuves ainsi que le mode de détermination des critères de recrutement et de sélection de même encore que leur publicité.

Le système de recrutement doit être un système objectif, il doit offrir dans sa forme comme dans son contenu les garanties nécessaires à la fois concernant l'égalité de traitement des candidats et à la fois l'interdiction de l'arbitraire. Il faut l'indépendance et l'impartialité du jury qui contribue à l'évaluation du travailleur.

Alinéa 2 : La mise en œuvre des principes

A – Les fonctionnaires de l'administration fédérale

A l'échelon fédéral, le concours de recrutement a lieu sous la forme de ce qu'il est convenu d'appeler une sélection comparative (Article 20 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 relatif au statut des agents de l'Etat). La sélection est assurée par une autorité administrative indépendante : le SELOR-Bureau de sélection de l'administration fédérale qui est chargé du recrutement des fonctionnaires fédéraux, mais aussi du recrutement des fonctionnaires communautaires et régionaux.

Il appartient au SELOR d'organiser les épreuves et de classer, dans l'ordre, les lauréats. Jusque là, l'indépendance et l'impartialité sont au rendez-vous. Mais le rendez-vous est rapidement perturbé. Un invité de dernière minute fait irruption : c'est l'autorité investie du pouvoir de nomination, à qui est transmis le classement. Cette autorité peut, à ce moment encore, entendre les lauréats.

L'autorité investie du pouvoir de nomination : elle peut encore, après les épreuves et le classement par le Selor, entendre les candidats, les lauréats. Elle peut aussi demander au Selor de classer les lauréats par ensemble.

B – Les tops managers de l'administration fédérale

A la différence des fonctionnaires fédéraux pris dans leur généralité, les tops managers fédéraux sont engagés pour un temps déterminé : six ans (Article 7 §1^{er} de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux et les services publics fédéraux de programmation). Il s'agit d'agents statutaires mais d'agents statutaires temporaires, à raison de leur désignation limitée dans le temps.

1^{ère} épreuve organisée par le SELOR : tester les aptitudes de gestion et d'organisation des candidats. Ainsi que la personnalité (article 7 §2 al. 3 AR ci-dessus).

Le résultat de cette première épreuve est directement transmis à la commission de sélection qui elle, a en charge de participer à la seconde épreuve. Il s'agit d'un entretien. Il faut évaluer les compétences spécifiques à la fonction en vue. Il s'agit aussi d'évaluer les aptitudes requises à l'exercice d'une fonction de management, tout en comparant les titres et les mérites des différents candidats, au regard de leur cv respectifs (article 7§2 al. 2 AR)

A l'issue des épreuves, la commission de sélection classe les candidats en quatre catégories : « très aptes », « aptes », « moins aptes » et les « inaptés » (article 7§3 al. 1^{er}).

S'agissant du recrutement, on peut penser que le recrutement de top manager c'est parfait. Ce n'est en réalité qu'en partie exacte. La fameuse commission de sélection qui participe à la sélection est déterminée par le Selor mais c'est en

concertation avec le ministre sous les ordres duquel le top manager va travailler. Le ministre peut donc faire part de son point de vue et donc on ne respecte pas l'impartialité exigée.

Article 2 : Le stage et l'éventuelle nomination

Alinéa 1^{er} : Le principe

Il faut aller à l'article 9 §4 de l'ARPG. Il n'exige pas qu'un stage doive être effectué. Il ne faut pas créer de stage pour tous les emplois à pourvoir. Si le statut arrête, fixe le principe du stage, le statut doit alors définir les règles relatives au stage, il doit dire par exemple, quelle est la durée du stage, qu'elle sera le programme à suivre, les critères d'évaluation du stagiaire. L'article 9 ne s'arrête pas là, il précise encore que, si l'autorité décide de licencier le stagiaire au cours du stage où à l'issue du stage, le stagiaire doit se voir garantir un préavis de trois mois. Il n'est qu'une hypothèse dans laquelle la garantie du délai de trois mois ne doit pas être consacrée : c'est si le stagiaire s'est rendu coupable d'une faute grave.

L'on observe que le stagiaire n'est pas considéré comme un agent au sens de l'ARPG. Les dispositions de l'ARPG qui ne sont pas relatives au stage, ne leur sont, dès lors, applicables que dans la stricte mesure où le statut le prévoit.

Alinéa 2 : La mise en œuvre du principe

L'agent est tenu de réussir le stage avant d'être nommé. Le stagiaire est accueilli comme tel au sein de l'administration fédérale par le ministre ayant la fonction publique fédérale dans ses attributions.

Les articles 27 à 39 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 lui sont applicables.

De la même manière que pour l'ARPG, le stagiaire n'est pas considéré comme un agent de l'Etat au sens du statut. Il en résulte que les dispositions du statut qui ne sont pas relatives au stage ne sont applicables au stagiaire que dans la stricte mesure où le texte le prévoit. En revanche, le statut pécuniaire des agents de l'Etat est tout entier applicable au stagiaire. C'est le motif pour lequel les années de stage seront comptabilisées pour le calcul de la rémunération, une fois la nomination définitive intervenue.

La durée de stage varie en fonction du niveau pour lequel le stagiaire est candidat. A – B – C = 1 an
D = 3 mois

A l'issue du stage, une évaluation va avoir lieu. Le stagiaire doit être entendu et peut faire valoir ses moyens de défense il peut même être accompagné (avocat, ami, etc.) Soit le stage est probant dans ce cas, le stagiaire est nommé en qualité

d'agent de l'Etat au grade auquel il s'est porté candidat. Les agents du niveau A sont nommés par AR. Les autres agents sont nommés par le président du comité de direction.

La nomination d'un agent ne produit ses pleins et entiers effets que par acceptation de son destinataire. **Pas dérogatoire dans le syllabus mais suspensif** (pas trouvé). L'acceptation ne constitue pas une condition suspensive, mais résolutoire. Elle ne rencontre pas une offre pour donner naissance à un contrat. Il y a simplement, que tant qu'elle n'est pas manifestée, la nomination demeure dépourvue de tout effet.

L'acceptation d'une nomination est d'abord officieuse. Mais elle va se concrétiser par une prestation de serment. C'est la manifestation officielle de l'acceptation.

C'est au moment de la prestation de serment que l'agent entre en fonction : article 45 à 48. L'omission de prêter serment n'entraîne pas de plein droit la nomination. Elle doit être constatée par l'autorité compétente.

Soit le stage n'est pas probant : le stagiaire n'est pas nommé. S'il estime que les motifs de son éviction ne sont pas valables ou que la procédure n'est pas régulière il peut aller se plaindre devant la SCACE.

Ex : secrétaire du CPAS engagé comme stagiaire au CPAS de Thuin. Il prolonge le stage mais il ne convient toujours pas ; ils mettent fin à ses fonctions. Il se rend au CE et obtient 5 ans plus tard gain de cause. Mais il n'est pas nommé pour autant. Il va alors en responsabilité civile devant les cours et tribunaux. Il obtient en partie gain de cause, perte de chance. Il obtient une réparation financière trop faible à son goût et va en appel. A la cour d'appel de Mons il perd tout parce qu'on dit que le CPAS n'a pas engagé sa responsabilité civile. Cependant pas de texte ne prévoyait que le CPAS puisse faire un stage mais la cour trouve comme excuse que comme la jurisprudence est absente, le CPAS n'aurait pas pu savoir que les statuts devaient prévoir le stage.
En plus, le stagiaire n'a jamais contredit le fait qu'on lui demande de faire un stage.

[05/03/2009]

§2 – Les devoirs et les droits

Article 1^{er} – Les devoirs

Sous la réserve des devoirs soumis par le statut indépendamment des devoirs prévus par l'ARPG.

Alinéa 1^{er} – Les principes

- L'agent est censé remplir ses fonctions avec loyauté, conscience et intégrité sous l'autorité de leur supérieur hiérarchique. L'agent est tenu de respecter les lois et règlements en vigueur ainsi que les directives parmi lesquelles les règles de conduite concernant la déontologie de l'autorité dont ils relèvent.

Ex : supérieur hiérarchique a qui un agent subalterne vient déposer sa candidature à une épreuve de sélection en vue d'être promu dans le cadre de sa carrière, d'une échelle barémique en vue d'obtenir une augmentation de traitement. Ce supérieur est tenu de transmettre cette candidature au Selor. S'il omet volontairement de procéder à cette démarche, il n'est pas entre autre chose pas loyal, il ne fait pas preuve de loyauté dans l'exercice de sa fonction. S'il omet de la transmettre de façon involontaire, dans ce cas, on dira qu'il manque de conscience professionnelle. Il se heurte au devoir qui lui est imposé.

- Article 5 §1^{er} : « l'agent traite les usagers du service avec compréhension et sans aucune discrimination ». Il doit faire preuve de sollicitude. Une discrimination est une différence de traitement qui n'est pas valablement justifiée. Certaines discriminations sont des identités de personnes qui s'appliquent à des catégories de personnes différentes.

Ex : Un fonctionnaire ne saurait procurer une information à un citoyen et pas à un autre sous prétexte que le premier est sympathique à l'exclusion du second. De même si le premier est flamand et le deuxième francophone ou le premier libéral et le second socialiste.

- Aux termes de l'article 5 §2 : « l'agent est tenu d'éviter tout comportement qui pourrait ébranler la confiance du public dans le service que cet agent est appelé à rendre ».

Ex : un gardien de prison ne peut se retrouver sur un site internet à faire de l'exhibitionnisme et à être repéré par des familles de détenus qui surfant sur la toile viendraient à le reconnaître. Le comportement de l'agent a bien une influence sur le public et met en cause sa fonction publique.

Ex : le fait pour un agent de police d'encourager une bagarre en dehors de ses prestations de service

Ex : le fait pour un agent de police d'organiser des parties de poker payantes.

Ex2 : le commissaire divisionnaire (numéro 1 de la police locale) d'une zone de police locale ne peut être retrouvé ivre mort sur la voie publique à tout le moins sur la zone dont il est le commissaire mais de manière plus large sur toutes les zones.

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat du 8 juin 1966, arrêt Holemans : il convient d'apprécier la question de savoir si un agent doit être poursuivi disciplinairement pour violation de la fonction en cause en ayant égard à un faisceau d'indices. D'une part, il faut avoir égard à la qualité de l'agent (niveau inférieur, niveau supérieur dans la fonction publique). D'autre part, la place qu'il occupe dans la hiérarchie administrative, la mesure dont les faits ont été connus en dehors de l'administration et également du lien que ces faits entretiennent avec l'emploi. Ces différents éléments seront pris en considération pour savoir si oui ou non il y a atteinte au devoir. Eu égard à ces différents éléments, seuls les gros dérapages sont puni disciplinairement.

- Article 5 §2 ARPG : « l'agent ne peut solliciter, exiger ou recevoir directement ou par personne interposée et cela même en dehors des fonctions exercées mais à raison de celles-ci, des dons, des gratifications ou tout avantage quelconque ».

Ex : un agent ne saurait demander un pourboire en raison d'avoir effectué une opération qui entre dans sa fonction. Ou pour une opération qui n'entrerait pas dans sa fonction. S'il le fait, il viole un devoir mais même accepter un pourboire alors qu'il n'a pas été demandé constitue aussi une atteinte à l'un des devoirs de sa charge qu'est celui énoncé ci-dessus.

Ex2 : un agent qui opère un contrôle fiscal ne peut se faire payer pour fermer les yeux sur une déduction qui n'avait pas lieu d'être. Le contrôleur est censé travailler de façon parfaitement licite, objective, consciencieuse et sans accepter aucun avantage.

Certaines de ses obligations peuvent donner lieu à des poursuites disciplinaires mais également à des poursuites pénales.

Sanction pénale de corruption.

- Statut de l'agent prévoit notamment à l'échelon fédéral, arrêté royal du 2 octobre 1936 définit des autres devoirs que ceux définis par l'ARPG. Premièrement l'obligation de se tenir au courant de l'évolution des

techniques, des réglementations et des recherches dans les matières dont l'agent est chargé. Il ne peut entrer en 1967 et décider qu'il ne tiendra pas compte de l'ordinateur. Deuxièmement, obligation d'être à son poste de travail sous peine d'un délai de 10 jours d'être considéré comme démissionnaire.

Alinéa 2 – la mise en œuvre des principes

A l'échelon fédéral, l'arrêté royal du 2 octobre 1937 définit d'autres devoirs que ceux qui viennent d'être énumérés. Ainsi en est-il de l'obligation de se tenir au courant de l'évolution des techniques, réglementations et recherches dans les matières dont l'agent est chargé (Article 11 §2 de l'AR du 2 octobre 1937). Ainsi en est-il également de l'obligation d'être à son poste de travail, sous peine, au-delà du dixième jour, d'être considéré comme démissionnaire, ce qui constitue l'une des hypothèses de fin de carrière (Article 112 de l'AR du 2 octobre 1937).

Article 2 – Les droits

Alinéa 1^{er} – Les principes

Les droits reconnus à l'agent par l'ARPG, sont au nombre de 4. Ils sont consacrés aux articles 6 à 8 du texte.

- ARPG : l'agent dispose d'une liberté d'expression concernant les dossiers qu'il connaît dans l'exercice de ses fonctions. Mais cette liberté est assortie d'exception. D'une part, l'agent ne peut jamais révéler les faits qui auraient trait à la sécurité nationale, il ne peut révéler des faits contraires à l'ordre public, les intérêts financiers de l'autorité ou à la prévention ou à la répression de faits délictueux. De même concernant le secret médical, les droits et libertés des citoyens (droit au respect de la vie privée) ou qui pourraient porter préjudice à la position de concurrence de l'organisme dans lequel se trouve l'agent. Il ne peut non plus porter atteinte et dévoiler des décisions qui sont en cours et sur le point d'être prises mais qui ne le sont pas encore.

Cette liberté et ces limites valent aussi pour l'agent qui a cessé d'exercer ses fonctions.

- ARPG : L'agent a le droit de disposer de l'information pour tous les aspects utiles à l'exercice de sa fonction. Les règles statutaires applicables à l'agent doivent être plus précises sur ce point. L'agent a le droit à la formation utile à son travail au sein de l'administration. L'autorité a l'obligation de pourvoir à cette formation.

Ex : un enseignant communal (pas assujettis à l'ARPG – soumis au statut des enseignants qui fait référence à l'ARPG) a été viré parce qu'il ne savait pas donner cours. ca n'est pas une faute professionnelle et ne peut donner lieu à une sanction disciplinaire. L'autorité administrative aurait du prévoir une formation car il dispose d'un droit à la formation continue.

- L'agent a le droit de consulter le dossier personnel qui a été ouvert à son nom au sein de l'administration. Toute la carrière de l'agent doit être consignée dans un dossier. L'agent doit avoir le droit d'y avoir accès.

Alinéa 2 – la mise en œuvre des principes

Les droits de l'agent statutaire ne se réduisent pas aux articles énoncés ci-dessus. Il y a en plus le droit au respect de la vie privée et familiale. Hormis le fait qu'il ne peut ébranler la conscience du public, il a le droit de faire ce qu'il veut dans sa vie privée.

- La liberté d'association est reconnue dans les statuts. Les fonctionnaires peuvent adhérer à un syndicat s'ils le souhaitent. Il peut être partisan d'un parti politique et peut ne pas l'être.
- Le droit de grève des fonctionnaires est reconnu. Il est notamment reconnu par l'article 6 de la charte sociale européenne, application directe en Belgique. Ce droit est également reconnu par l'article 8 du Pacte relatif aux droits économiques et sociaux. La SCACE dit que le droit de grève est reconnu sauf les abus qu'engendrerait l'exercice de ce droit. Le droit de grève est donc reconnu et peut être exercé et une réglementation peut en limiter l'exercice en droit belge mais pas de manière abusive au regard de la garantie reconnue en droit international. Cette législation pourrait émaner du législateur fédéral. Le droit de grève est en effet lié au statut syndical de l'agent. Or, l'article 87 §5 de la loi du 8 août 1980 prévoit qu'il appartient au législateur fédéral de fixer le statut syndical des agents publics, quel que soit le niveau de pouvoir auquel l'agent est attaché.
- Droit au traitement (salaire). Droit à la pension. Droit aux allocations familiales et soins de santé.

§3 – La carrière

Tout être humain a vocation à évoluer. La carrière de l'agent statutaire va progresser au départ d'une place qu'il occupe dans la hiérarchie administrative. Il va tâcher de gravir les échelons.

Article 1^{er} – Les principes

L'ARPG laisse à chaque statut le soin de définir la carrière des agents statutaires qui y sont attachés. La description de la carrière constitue un élément qui correspond à l'idée que l'administration se fait de l'organisation hiérarchique. Il y a une autonomie dans le chef de chacune des administrations. Quelques principes sont malgré tout formulés et balise les principes laissés à l'agent.

- Publicité et transparence. L'autorité doit toujours faire connaître à l'agent les possibilités de la carrière.
- Les emplois doivent être classés par niveau et l'égalité entre les hommes et les femmes doit être respectée.
- La promotion ne peut avoir lieu que pour autant qu'un emploi soit vacant. Cette promotion doit s'effectuer soit via une épreuve de sélection soit par une comparaison des titres et mérites des candidats qui doivent disposer d'un délai raisonnable pour se porter candidat.
- Rien n'empêche par ailleurs, indépendamment d'une promotion, de recourir au mécanisme de la carrière plane (c'est bien une promotion mais les conditions sont différentes). Il s'agit de nominations successives dans des emplois, des échelons supérieurs au sein d'un même niveau. Ces nominations ne supposent pas d'emplois vacants. TUYAU. La promotion est en l'occurrence automatique. Rien n'empêche non plus de recourir au mécanisme du mandat (statut temporaire). Les tops managers sont des agents statutaires et sont nommés pour un temps limité. Ce statut temporaire s'applique à une catégorie d'agent mais pas d'épreuves et de sélection et de promotion.

Article 2 – la mise en œuvre des principes

On rencontre deux catégories de promotion :

- Promotion dans la carrière administrative = nomination dans une classe ou dans un grade supérieur, ou dans une classe ou dans un grade de niveau supérieur. Pas de saut de doubles niveaux sauf le cas des secrétaires du commissaire Koekelberg. Elles avaient bénéficiés d'une super promotion en passant du niveau C au niveau A. Le comité P a bien dit que c'était contraire normalement.
- Promotion dans la carrière pécuniaire = attribution à l'agent dans sa classe et dans son grade de l'échelle de traitement supérieure à celle dont il bénéficiait. On parle de promotion par avancement barémique.

Pour être promu, il faut réussir l'épreuve de sélection si elle est organisée ou disposer des titres et mérites qui sont les meilleurs au regard des autres concurrents. L'autorité tiendra également compte de l'ancienneté de l'agent et de son évaluation. Si on est agent et sanctionné disciplinairement alors cette sanction est versée au dossier individuel et on tiendra compte dans le cadre d'une promotion.

Ex : carrière diplomatique. Tour du monde mais toujours une bouteille à la main. C'était un ivre mort. Il était 19^{ème} sur la liste.

La carrière ne se déroule pas nécessairement sans heurt. Des fautes peuvent être commises qui conduisent à des poursuites disciplinaires. Les sanctions disciplinaires sont à prendre en compte dans la comparaison des titres et des mérites.

§4 – Le régime disciplinaire et la suspension dans l'intérêt du service

Article 1^{er} – Le régime disciplinaire

Alinéa 1^{er} – Les principes

A – l'énumération des sanctions

Les différents statuts ne peuvent consacrer que les sanctions énumérées par l'ARPG.

Dans l'ordre de gravité, ce sont :

- Le rappel à l'ordre
- Le blâme
- La retenue de traitement
- Le déplacement disciplinaire
- La suspension disciplinaire qui ne peut dépasser trois mois
- La régression barémique
- La rétrogradation
- La démission d'office
- La révocation

L'énumération des sanctions est une garantie pour l'agent qui ne peut se voir infliger aucune autres sanctions que celles que le texte ARPG évoque. Même principe que *nulla poena sine lege* qui se trouve consacré à l'article 14 de la Constitution. Les faits qui peuvent être reprochés à l'agent eux, ne donnent pas lieu à une nomenclature. La seule précision contenue est le manquement à un devoir. Un comportement général peut parfaitement être sanctionné. Par exemple, manque de conscience professionnelle. C'est l'autorité disciplinaire qui

apprécie si les faits sont de nature à constituer un reproche. Le Conseil d'Etat lorsqu'il sera saisi, s'il est, ne va opérer qu'un contrôle marginal, il ne censure que les erreurs manifestes d'appréciation. Il n'apprécie que ce qui est déraisonnable ou manifestement disproportionné.

B – Le déroulement de la procédure

L'article 14 de l'ARPG consacre un très grand nombre de principes.

- L'agent doit être entendu dans ses moyens de défense à l'égard de tous les moyens qui sont invoqués contre lui. L'idée que l'agent puisse faire valoir ses idées de défense c'est la consécration écrite du principe général de droit du respect des droits de la défense. Article 6 CEDH applicable oui ou non. Voir différenciation entre agent organe et préposé. L'intérêt à diminué, désormais non seulement les agents préposés mais également une bonne partie des agents organes au sein de l'europe sont protégés par l'article 6 CEDH. La SCACE, arrêt du 4 décembre 2007, dit platement que l'article 6 CEDH est applicable à tous les agents de la fonction publique.
- L'agent doit pouvoir se faire assister à tous les stades de la procédure disciplinaire de la personne de son choix. Il s'agit le plus souvent d'un avocat ou d'un délégué syndical
- L'agent doit pouvoir consulter le dossier disciplinaire avant d'être entendu. C'est une condition importante.
- La séance d'audition doit être publique si l'agent en fait la demande. Plus on fait silence sur quelque chose plus les autres veulent le savoir.
- L'agent ne saurait faire l'objet d'une sanction disciplinaire pour des faits déjà sanctionnés sauf si de nouveaux éléments viennent alimenter le dossier. Non bis in idem. Une même personne ne peut être sanctionnée deux fois pour la commission d'un même comportement par une sanction de même nature. Le principe n'interdit pas qu'il soit tenu compte en cas de nouveaux éléments et particulièrement importants pour une nouvelle sanction. Le principe n'interdit pas qu'un même fait soit sanctionné au pénal et disciplinairement car ce ne sont pas des sanctions de même nature. Un fait de corruption peut être puni pénalement mais également disciplinairement.
- L'autorité qui ordonne la sanction disciplinaire ne peut être celle qui la propose. Cette garantie revient à devoir diviser la procédure en deux temps : le premier temps est celui de la proposition, qui conduit l'agent concerné à être entendu ; le second temps est celui de la sanction.

- L'agent qui se voit reproché plusieurs faits ne peut être poursuivi qu'une seule fois et ne peut subir qu'une seule peine.
- L'agent dispose d'un recours administratif à la commission de recours et qui a le pouvoir de donner un avis. Ce qui importe c'est de constater que l'agent poursuivi a le droit d'introduire un recours auprès d'une commission dont la compétence est de donner un avis. Cette commission doit être présidée par un magistrat. Par ailleurs, cette commission doit être composée paritairement d'assesseurs désignés pour moitié par l'autorité, pour l'autre moitié par les organisations représentatives du personnel. La parité n'est toutefois requise lorsqu'un fonctionnaire dirigeant est en cause.
- L'autorité qui sanctionne ne peut pas appliquer une sanction plus lourde que celle qui est proposée par l'autorité qui la propose en dernière instance
- La sanction ne peut avoir de rétroactivité. Principe de non rétroactivité pour les AAU. Mais il y a des exceptions. Les sanctions disciplinaires ne peuvent rétroagir. Une sanction disciplinaire ne peut jamais avoir de conséquences préalables à son prononcé.
- La décision doit être motivée en la forme. Elle doit contenir l'ensemble des considérations de fait et de droit qui servent de fondement à la décision. Elle doit par ailleurs, être communiquée sans délai à l'agent.

Alinéa 2 – La mise en œuvre des principes

Deux principes complémentaires :

Impartialité : l'autorité disciplinaire ne peut être considérée comme partielle par la personne qui est poursuivie. Elle doit avoir la certitude et la sensation qu'il se trouve à un personnage qui est impartial par rapport à lui. On parle d'impartialité objective. La question est de savoir si oui ou non elle donne des signes de partialité.

Ex : Un auditeur a considéré que le ministre pour lequel l'un des candidats a une promotion n'était pas impartial pour juger des différentes candidatures qui lui étaient présentées car il pourrait favoriser le candidat qui travaillait actuellement pour lui.

Indépendance de l'action disciplinaire : le criminel tient-il le disciplinaire en état ? Non, indépendance de l'action disciplinaire. L'autorité disciplinaire n'est pas tenue d'attendre la fin du procès pénal pour intenter l'action pénale. Les circonstances de la vie sont telles qu'elles ne sont jamais univoques. La jurisprudence de la SCACE est fixée en ce sens que l'autorité disciplinaire est liée

par les constatations du juge pénal. S'il est acquitté au pénal alors la sanction disciplinaire ne saurait être régulièrement prononcée. A cet égard, si la sanction disciplinaire a été déjà prononcée, le retrait d'acte ne sera bien souvent, plus possible, mais l'action en responsabilité civile du pouvoir public pourra l'être en nature ou en DI, sur le fondement des articles 1382 et s. du code civil. Par dérogation au principe d'indépendance des actions pénales et disciplinaires, l'arrêté royal du 2 octobre 1937 qui fixe le statut des agents de l'Etat prévoit que l'autorité disciplinaire doit attendre qu'il ait été statué définitivement sur l'action pénale pour instruire le dossier (article 81). La règle est, sans doute, sage, compte tenu des termes de la jurisprudence du CE qui ont été rappelés. L'on peut cependant se demander si, dans tous les cas, l'autorité disciplinaire infligera alors la sanction disciplinaire dans un délai raisonnable.

Article 2 – La suspension dans l'intérêt du service

Ce n'est pas une sanction disciplinaire. Ne pas confondre avec la suspension en tant que sanction. L'intérêt du service peut justifier qu'un agent soit suspendu. Différent de la sanction en tant que sanction disciplinaire. Ici l'intention n'est pas de punir. On suspend l'agent pour l'éloigner du service dans la mesure où le comportement dont il se rend coupable est de nature à perturber le service. Pour éviter de continuer de perturber le service on va suspendre l'agent dans cet intérêt. C'est une mesure à prendre s'il y a de forte chance d'être sanctionné. Si les poursuites pénales ou disciplinaires déterminent que l'agent est responsable alors on peut assortir la suspension d'une retenue de traitement et l'interdiction de faire valoir ses titres à la promotion. L'obligation d'audition préalable est la consécration écrite du principe *audi alteram partem*. Dans le cadre de la suspension dans l'intérêt du service on n'applique pas tel quel tous les droits de l'ARPG.

L'article 15 de l'ARPG garantit un certain nombre de droit à l'agent à qui l'on entend infliger une mesure de suspension. Il y a le droit d'être préalablement entendu au sujet des faits reprochés : c'est la consécration écrite, non du principe général de droit dû au respect des droits de la défense mais du principe général *audi alteram partem*. Il y a par ailleurs, l'assistance, à tous les stades de la procédure, d'un défenseur de son choix. Il y a enfin, le droit à un recours auprès d'une commission disposant au moins d'une compétence d'avis.

§5 – Les positions administratives

Au cours de sa carrière l'agent statutaire peut connaître des avatars. Ceux-ci peuvent conduire à occuper différentes positions dans l'organisme de l'administration. ces positions sont qualifiées de positions administratives. La position administrative peut être définie comme étant « la situation juridique dans laquelle l'agent se trouve par rapport au service qui l'emploie ». Le nombre de positions administratives que doit arrêter le statut n'est pas précisé par

l'ARPG. Ce dernier se contente d'imposer aux régions et aux communautés de fixer et de préciser les conséquences de chaque position retenue sur le droit au traitement, sur l'avancement du traitement, sur l'ancienneté administrative et sur les titres à la carrière.

Arrêt Camu – projet d'arrêté royal du 2 octobre 1937 définit trois positions administratives :

- Position d'activité de service : c'est la position normale de l'agent. L'agent tout comme le stagiaire a droit au traitement et à l'avancement de traitement et a droit à faire valoir ses titres à la promotion.
- Position de non activité : ce n'est pas la position que l'on prend lorsque l'on fait une pause mais l'agent dans cette position n'a pas droit au traitement et ne peut faire valoir ses titres à la promotion, et bénéficier de l'avancement de traitement sauf respect des conditions. Ex : prolongement d'une mission qui n'est pas d'intérêt général dans le secteur privé (on est alors en position de non activité). De même que lorsque pour des raisons personnelles on souhaite abandonner sa carrière pendant une période.
- Position de disponibilité. Cet agent est soit celui-ci qui a fait l'objet d'un retrait d'emploi dans l'intérêt du service soit l'agent affecté de maladie ou d'infirmité entraînant pas d'incapacité au service mais dont la durée de l'absence excède la durée normale d'absence pour maladie. Dans le cas du retrait d'emploi, l'agent perd ses titres à la promotion et à l'avancement de traitement mais il bénéficie d'un traitement d'attente dont le montant est dégressif. Dans le second cas, l'agent garde ses titres à la promotion et à l'avancement de traitement et reçoit un salaire de 60% de son dernier traitement d'activité. Une partie des droits est maintenue mais pas tous.

Les trois positions se retrouvent dans tous les statuts avec parfois quelques modifications. Quelque soit la position, celui-ci bénéficie d'un congé annuel. Il bénéficie de la protection de la maternité pour les dames. Il y a donc quand même un certain nombre de garanties quelque soit la position dans laquelle on se trouve.

§6 – La fin de la carrière

L'agent cesse d'exercer ses fonctions dans des situations multiples (pas de différence entre ARPG et les statuts car l'ARPG évoque de manière précise les différentes hypothèses et les statuts ne peuvent s'en écarter). L'ARPG prévoit lui-même que seules les causes de cessation de fonction qu'il prévoit peuvent être retenues comme causes de cessation de fonction dans les statuts.

- Admission à la retraite classiquement à l'âge de 65 ans.

- La démission volontaire (on peut toujours décider de cesser ses fonctions). Il faut faire savoir que l'on décide d'arrêter par une lettre recommandée. Un mois après l'envoi de la lettre l'agent est démis peu importe si l'administration la reçoit, l'accepte ou la refuse.
- Nomination irrégulière : nomination qui peut être annulée. Elle ne peut cependant pas faire l'objet d'un retrait d'acte à tout moment. Le retrait doit avoir lieu dans les 60 jours suivant la décision. Ou s'il y a eu recours contre ce retrait d'acte durant toute la procédure jusqu'au moment où la décision est prise en délibéré.
- L'agent qui ne satisfait plus à la condition de nationalité, celui qui ne dispose pas de ses droits civils et politiques. Si on nous suspend l'exercice de nos droits civils et politiques par une mesure pénale on ne peut plus exercer dans la fonction publique
- TUYAU : abandon de poste au terme d'un délai de 10 jours. Cessation de fonction automatique.
- L'agent qui se trouve dans un cas où l'application des lois civiles et pénales a pour but la cessation de fonction.
- L'agent qui au terme de poursuites disciplinaires est démis d'office ou est révoqué.
- Hypothèse d'incapacité professionnelle. En ce cas, l'intéressé doit avoir le droit de présenter ses moyens de défense devant une commission qui, au minimum, dispose d'une compétence d'avis. Il doit également bénéficier d'une indemnité.

On l'observera parmi les 8 hypothèses, la circonstance que l'emploi serait supprimé ne peut donner lieu en tant que tel à la perte de la qualité d'agent. L'agent doit être réaffecté. L'agent que l'on qualifie d'agent en réaffectation conserve ses titres et ses droits au traitement et à l'avancement de traitement. Le délai séparant la suppression de l'emploi et sa réaffectation dans un autre poste est pris en compte pour calculer l'ancienneté administrative et pécuniaire de l'agent (article 22 ARPG).

TITRE II – Les contrôles sur l'action administrative

Chapitre Ier – Les contrôles administratifs

L'administration contrôle l'administration

Section Ière – les contrôles administratifs internes

Les contrôles administratifs internes sont ceux qui sont mis en œuvre au sein de la même administration que celle qui a entrepris l'action contrôlée.

Ceux-ci sont dits gracieux s'ils sont établis contre l'auteur de la décision. On parlera de recours hiérarchique si le recours est introduit auprès d'une autorité supérieure dans un lien hiérarchique dont l'auteur de la décision est un subordonné. Qu'il soit gracieux ou hiérarchique, le recours est soit non prévu par un texte (non organisé) soit prévu par un texte (organisé).

§1^{er} – Le recours administratif interne non prévu par un texte (non organisé)

Il est toujours possible, ça ne coûte rien, à un citoyen de s'adresser sur recours à l'administration lorsqu'il n'y a pas de recours organisé. Il n'y a qu'une hypothèse dans laquelle on ne peut redemander ce qu'on a demandé c'est si le texte écarte tout recours devant une autorité administrative.

Ex : la loi qui contrevenait à un traité international ayant effet direct dans l'ordre interne dans l'arrêt Le Ski du 27 mai 1971. Une loi, un décret, une ordonnance qui viole un traité international ayant effet

direct doit être écartée par le juge. La fameuse loi prescrivait que « les sommes versées sont définitivement acquises. Leur paiement est irrévocable et ne peut donner lieu à contestation devant quelques autorités que ce soit. Le recours non organisé n'est pas valable. C'est une fin de non recevoir. S'agissant d'un recours non organisé, il est tjrs possible de l'introduire.

Caractéristiques :

- Aucune forme particulière n'est requise. Aucun texte n'a organisé le recours, il n'a pas prévu de forme au recours, aucune forme à respecté mais il est mieux d'utiliser le recommandé pour s'en servir de preuve.
- Aucun délai n'est prescrit mais il faut être attentif au fait que le recours administratif est souvent dirigé contre un AAU avec cette conséquence qu'aux termes du délai de 60 jours pour introduire le recours en annulation ou en suspension, on ne pourra plus introduire de recours.
- Tous les arguments sont bons. Tant ceux arguant l'irrégularité de l'acte que ceux arguant de l'inopportunité de l'acte, ce qui diffère du recours juridictionnel dans lequel seuls les arguments de droit peuvent être valablement avancés.
- Le recours doit être porté soit devant l'auteur de l'acte si le recours est gracieux soit devant l'autorité qui constitue le supérieur hiérarchique dans le second cas. Dans la deuxième situation, le recours sera recevable si l'autorité supérieure avait délégué sa compétence à l'administration saisie du recours. L'autorité saisie du recours n'est pas tenue d'examiner le recours car il n'est pas organisé. Application de l'article 14 §3 des lois coordonnées sur le CE.
- La seule règle formelle importante est la loi sur la motivation formelle des actes administratifs, loi du 29 juillet 1991. L'autorité administrative va respecter le cortège de règle qui s'applique à l'action administrative. Il faut motiver en la forme sa décision. En dehors de cela, aucune règle de procédure ne préside à l'examen du recours.
- Le rejet du recours non organisé sera considéré comme un acte administratif ne causant pas grief par lui-même. On considère que c'est un acte que l'on qualifiera de confirmatif ou de purement confirmatif. Le citoyen qui décide d'introduire un recours au CE devra attaquer l'acte pris initialement, pas l'acte rejetant le recours non organisé. Parce que cet acte ne cause pas grief par lui-même. On considère que ce n'est pas le deuxième acte qui est embêtant parce qu'il ne fait que répéter le premier. Il faut donc attaquer le premier. Pour être sur il faut attaquer l'acte initial. Exception :

face à une opération complexe. Si des actes sont tellement liés intimement que le CE ne peut pas faire autrement que de les examiner tous au même moment alors on a le droit d'introduire un recours contre plusieurs actes. Ces actes ensemble doivent donc faire l'objet d'une opération complexe. Il faut toujours avoir le regard sur les 60 jours.

- Bien souvent, le délai de recours au CE pourrait expirer avant de recevoir une réponse de l'autorité relative au recours. C'est le motif pour lequel il faut se méfier du recours administratif non prévu par un texte. Ce n'est pas qu'il ne sert à rien : il coûte un recommandé et il est courtois. Mais il faut faire attention de ne pas laisser passer le délai de recours au CE.
- Le pouvoir de l'autorité administrative statuant sur recours diffère en fonction du recours gracieux ou hiérarchique. Gracieux = règles du retrait d'acte et d'abrogation. Hiérarchique = pouvoir d'injonction à l'égard du subalterne hiérarchique, il peut aussi annuler ou réformer l'acte sujet à recours.
- Le recours administratif non prévu ne dispose pas d'effet suspensif. Le caractère exécutoire de l'AA est inhérent à celui-ci. La sauvegarde de l'intérêt général impose que cet acte continue à produire ses effets.
- Il ne constitue pas un recours préalable. Si on ne fait le recours non organisé ce n'est pas grave. On ne fait pas ça pour le plaisir car fondamentalement c'est très incertain. L'acte initial est et reste le seul acte causant grief, ce qui signifie que, si le citoyen entend introduire un recours administratif interne non prévu, il doit avoir égard au délai de 60 jours qui court à compter de la publication, de la notification ou le cas échéant de la prise de connaissance de cet acte.

§2 – Le recours administratif interne prévu par un texte

Il y a beaucoup de textes qui prévoient ce type de recours. Certains textes instituent un organe de recours propre à un contentieux déterminé. D'autres désignent comme organe de recours une autorité administrative existante. D'autres encore mettent en œuvre un recours prévu par le droit commun. Le régime juridique du recours est le suivant.

- 1) La recevabilité du recours est fonction des conditions établies par le texte.
- 2) Le recours doit être examiné par l'administration ; elle est tenue d'observer le recours. Cette fois, l'article 14 §3 des lois coordonnées sur le CE est d'application. Par ailleurs, si un texte impose à l'autorité de statuer dans un délai déterminé, ce délai doit être considéré comme un délai d'ordre – délai indicatif établi dans l'intérêt du bon fonctionnement de

l'administration – non comme un délai de rigueur – délai dont le nom respect entache l'AA d'irrégularité. Il en résulte que le dépassement du délai ne libère pas l'autorité de son obligation de statuer.

- 3) Aucune règle générale de procédure n'est fixée en la matière, au-delà de celles prévues par le texte qui organise le recours.
- 4) Le pouvoir reconnu à l'autorité statuant sur recours est un pouvoir de réformation, lui permettant de remplacer la décision de l'administration par une décision propre. C'est le motif pour lequel seule la décision prise sur recours est susceptible d'un recours devant la SCACE.
- 5) Le recours prévu n'est pas non plus suspensif. L'introduction du recours ne suspend pas les effets de l'AAU en cause. L'AAU est exécutoire pour que l'intérêt général soit sauvegardé. Le recours n'est pas suspensif mais dans certains cas cependant, le texte prévoit que celui-ci est suspensif. Dans ce cas, cela est accepté.
- 6) Si le recours est prévu par un texte, il s'impose que ce recours soit épuisé avant de saisir le CE. Le recours introduit auprès du CE doit être dirigé contre l'AAU rendu sur recours, non contre l'acte initial.

Section II – Le contrôle de tutelle

La constitution elle-même fixe le contenu, article 162 al.2 pt 6 de la constitution. Il dispose que la loi consacre l'application des principes suivants : l'intervention de l'autorité de tutelle pour empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt général blessé. La nature du contrôle de tutelle est double. L'autorité qui l'exerce opère un contrôle de légalité ou de régularité.

L'autorité qui exerce le contrôle de tutelle – l'autorité de tutelle – opère un contrôle dit de « régularité ». Il s'agit de se demander si la collectivité locale a adopté un acte dans le respect des règles et principes hiérarchiquement supérieurs qui s'imposent à cet acte.

L'autorité qui exerce le contrôle de tutelle opère, par ailleurs, un contrôle d'opportunité. C'est dans cette perspective que l'article 162 al. 2 6° de la Constitution précise que l'autorité de tutelle intervient pour éviter que l'intérêt général ne soit blessé.

Le contrôle de conformité de l'intérêt général n'est pas un contrôle d'opportunité. On n'agit pas à la tête du client. Les décisions prises par l'autorité de tutelle sont également des AAU, sujets à des recours juridictionnels. Contre une décision d'autorité de tutelle, on peut agir au CE et sur base de l'article 159 de la Constitution et celui de la SCACE sur la base des articles 14 et 17 LCCE. Dans la

manière dont la notion d'intérêt général est manipulée, elle va être contrôlée. Arrêt du CE du 9 septembre 1976 : elle définit la notion d'intérêt général. Il appartient au juge de l'excès de pouvoir de vérifier que l'autorité de tutelle est demeurée dans les limites des pouvoirs qui lui ont été légalement attribués. Si la décision est fondée sur des motifs propres à justifier celle-ci et si elle a fait application de la notion d'intérêt général telle que cette notion a été entendue par le Constituant et par le législateur.

Ex : l'autorité de tutelle va censurer pour des raisons d'intérêt général pures. La légalité n'est pas mise en cause. Une collectivité locale va vendre un bien lui appartenant mais à un prix qui serait en dessous de la valeur du marché immobilier. Il vaudrait selon le marché 1 000 000 euros. Elle vend 500 000 euros et c'est contraire à l'intérêt général. Ce différentiel n'est pas contraire à la légalité mais il y a l'intérêt général qui est lésé car le bien appartient à la collectivité.

Qui est l'autorité de tutelle ?

Article 162 al. 3 : « 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 communautés ou de régions ».

Article 7 §1^{er} de la loi du 8 août 1990 précise qu'il y a deux catégories de tutelle. L'article 7 §1^{er} dispose que « les régions sont compétentes concernant l'exercice de la tutelle administrative sur les provinces, les agglomérations de communes, les communes et les organes territoriaux intercommunaux, visés à l'article 41 de la Constitution ». Al. 2 : « Mais le fédéral et les communautés peuvent organiser une tutelle spécifique dans les matières qui relèvent de leur compétence ».

Donc la tutelle est la base de la compétence des régions = tutelle ordinaire
Tutelle spécifique = communautés et le fédéral.

Tout est fonction du point de savoir à qui revient la compétence, et quelle est l'autorité qui intervient pour cette matière.

Ex : sécurité civile = fédéral

Chaque région établit une législation en matière de tutelle sur les collectivités décentralisées mais il est possible à tout législateur, fédéral, communautaire ou régional d'établir dans le cadre d'une matière qui relève de sa compétence propre de définir une tutelle spécifique sur les collectivités décentralisées.

Dans la mesure où différents contrôles de tutelles coexistent, un concours de tutelle peut intervenir dans un certain nombre de situations. Les difficultés ne manquent pas en termes de concours de tutelle.

§1^{er} – La tutelle ordinaire

La région est l'autorité de tutelle naturelle. Etablit sur l'ensemble des actes de gestion des collectivités décentralisées par l'entremise des autorités régionales. Ne pas confondre la tutelle spécifique avec la tutelle spéciale.

Article 1^{er} – La tutelle ordinaire générale

Elle veille au respect de la légalité et de préserver l'intérêt général à l'égard de tous les actes accomplis par une collectivité décentralisée. On établit un cadre organique pour définir le nombre d'agent dont on a besoin dans la commune, cet acte est susceptible d'un contrôle de tutelle au nom de la tutelle ordinaire générale. La tutelle ordinaire générale est une tutelle dite répressive en ce sens qu'elle s'exerce après que l'acte administratif ait été posé par l'administration communale.

Alinéa 1^{er} – La tutelle de suspension

C'est l'acte par lequel une autorité supérieure s'oppose provisoirement à un décision prise par une autorité locale lorsqu'elle estime que cette décision paraît méconnaître la légalité ou porter atteinte à l'intérêt général. Elle est susceptible de s'exercer sur tous les actes accomplis par la collectivité décentralisée quel qu'elle soit. C'est aussi une tutelle facultative car l'autorité de tutelle n'est pas obligée de contrôler tous les actes pris par chaque collectivité décentralisée. La suspension implique que l'acte suspendu cesse provisoirement de produire des effets juridiques jusqu'à l'expiration du délai pendant lequel l'autorité de tutelle est habilitée à incriminer l'acte. Pendant la période d'attente, on suspend pour permettre à l'auteur de l'acte de le retirer ou de le justifier. On essaye dès lors d'éviter l'annulation. Il y a des établissements publics qui sont assujettis à des contrôles de tutelle. Ce sont les zones pluri communales de police. Le contrôle de tutelle ordinaire est organisé par la région mais ce n'est pas toujours la région qui l'exerce. Très souvent c'est la région qui l'exerce mais pas toujours. L'autorité qui intervient n'est pas la région.

Ex : un commissaire de police avait posé sa candidature pour être commissaire divisionnaire dans une zone de police pluri communale. Il est classé meilleur candidat en lice mais l'autorité refuse de le nommer. La décision est assortie de diverses illégalités notoires. L'autorité de tutelle en suspension est le gouverneur. Uniquement pour la tutelle de suspension. Pour l'annulation c'est le Ministre

de l'Intérieur. En région bruxelloise, c'est en général le gouvernement lui-même qui exerce la suspension.

En tant que la tutelle de suspension constitue une façon d'exercer la tutelle ordinaire, elle est l'œuvre de la région. En Région Bruxelloise, c'est ainsi le gouvernement lui-même qui exerce la tutelle ordinaire de suspension. Il n'est cependant pas exclu que la Région puisse déléguer l'exercice de la tutelle de suspension à une autre autorité, par exemple l'autorité provinciale. C'est ce que fait la Région flamande qui délègue au gouverneur de province le soin de suspendre, par arrêté motivé, l'exécution de la délibération par laquelle l'autorité communale violerait la loi ou porterait atteinte à l'intérêt général. Enfin, il n'est pas exclu que la tutelle de suspension ne soit pas instituée. C'est l'état du droit positif en Région wallonne.

Alinéa 2 – La tutelle d'annulation

Mettre à néant l'autorité décentralisée dès l'instant où l'autorité de tutelle viole la loi ou blesse l'intérêt général. L'une des deux ouvertures à censure soit présente. Soit un problème d'irrégularité soit un problème de contrariété à l'intérêt général. C'est un pouvoir comparable confié à la SCACE. La seule différence est que s'agissant d'une autorité de tutelle, la censure s'opère à des actes administratifs posés par des entités décentralisées tandis que pour la SCACE, cela concerne les différents actes. Il s'agit d'une tutelle générale, elle s'applique à l'égard de tous les AA posés par la collectivité décentralisée. C'est aussi une tutelle répressive parce qu'elle s'applique a posteriori, après que l'acte soit accompli. C'est aussi une tutelle facultative. On ne sait pas corriger tous les actes administratifs. L'autorité de tutelle ne doit pas examiner de manière systématique tous les actes pris par la collectivité décentralisée. Elle existe à l'égard des communes.

Ex : le livre premier de la troisième partie du CWADEL prévoit notamment que le recrutement d'un enseignant au niveau communal peut être annulé par l'autorité de tutelle. L'engagement en cause doit être illégal ou contraire à l'intérêt général.

Concernant les provinces (wallonnes à l'exclusion des provinces flamandes) le contrôle de tutelle est exercé d'initiative par le gouvernement régional à l'égard de tout acte adopté par une autorité provinciale. Elle n'en demeure pas moins facultative. Le contrôle opéré par le gouverneur de province s'exerce dans le même temps. Il intervient comme autorité de tutelle, il va introduire un recours pour dire qu'une des communes a adopté un acte irrégulier ou qui blesse l'intérêt général.

Article 2 – La tutelle ordinaire spéciale

Elle poursuit des finalités plus précises. Elle est ordinaire et donc elle est ici encore l'œuvre de la région. C'est la région qui organise cette tutelle ordinaire spéciale en vertu de l'article 7 de la loi du 8 août 1980. Elle ne concerne pas l'ensemble des actes posés par les collectivités décentralisées, elle ne peut être mise en œuvre que dans certaines circonstances.

Alinéa 1^{er} – La tutelle d'approbation

C'est l'acte par lequel l'autorité de tutelle approuve l'acte accompli et permet à cet acte d'entrer en vigueur et de produire des effets de droit. En approuvant l'acte, l'autorité de tutelle dit que cet acte est régulier et que cet acte n'est pas contraire à l'intérêt général.

Ex : en région wallonne le budget communal est soumis à la tutelle d'approbation dont la région qui est compétente pour l'organiser a délégué l'exercice au collège provincial.

Alinéa 2 – La tutelle d'autorisation

C'est l'acte par lequel l'autorité de tutelle permet l'élaboration d'une décision qui n'existe pas encore si ce n'est à l'état de projet. Il y a donc un projet d'acte qui est adopté et qui est soumis à l'autorisation de l'autorité de tutelle. Cette autorisation permet à la collectivité décentralisée de concrétiser le projet en acte qui existera alors.

Différence avec la tutelle d'approbation = dans la tutelle d'approbation, l'acte de la collectivité décentralisée existe déjà, c'est seulement l'entrée en vigueur de l'acte qui fait défaut et la production des effets juridiques. Dans le deuxième cas, l'acte ne saurait exister tant que l'autorisation n'a pas été consentie.

Alinéa 3 – La tutelle de coercition

C'est le procédé de tutelle qui a pour objet de palier les carences des collectivités décentralisées en donnant à l'autorité de tutelle le pouvoir de prendre des mesures d'office en lieu et place des autorités décentralisées ou éventuellement, envoyer dans la commune un commissaire spécial, chargé d'assurer lui-même la gestion de la collectivité décentralisée.

Ex : article 3116-1 qui dispose que « l'autorité de tutelle peut par arrêté désigner un commissaire spécial lorsque la commune reste en défaut de fournir les renseignements et éléments demandés ou lorsque la commune restant en défaut de mettre en exécution les mesures prescrites par les lois, décrets, ordonnances ou les décisions qui sont coulées en force de jugée ».

Pour cela, il faut respecter deux conditions :

L'autorité de tutelle doit adresser à l'autorité communale par plis recommandé, un avertissement motivé qui explique ce qui lui est demandé ou les mesures qu'elle doit prendre.

Il faut donner à cette autorité dans le même avertissement un délai déterminé et raisonnable pour que la collectivité décentralisée puisse se mettre en ordre dans le délai. Ce n'est que si ce délai est dépassé et que la collectivité n'a pas accompli sa tâche, qu'alors un commissaire spécial sera envoyé.

§2 - La tutelle spécifique

Prolongement des compétences matérielles dévolues à une autorité supérieure qui a décidé de confier telle ou telle attribution aux communes. La région a des compétences, de même que la communauté et le fédéral. Ces collectivités peuvent déléguer et confier l'exercice de certaines tâches à des collectivités décentralisées. Elles (les collectivités qui reçoivent les compétences) ont donc une certaine autonomie et on peut se demander ce que ces autorités font et donc on crée un contrôle de tutelle spécifique.

Ex fédéral : loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile permet aux communes de prendre des exécutions dans ce sens notamment dans les services incendies. Il s'agit d'une manière fédérale. Un contrôle de tutelle a été établi par l'autorité fédérale et c'est le Roi qui établit ce contrôle.

L'on souligne que le contrôle de tutelle ne s'applique, par hypothèse, qu'à l'égard des actes des collectivités décentralisées. Toute l'action administrative n'est dès lors, pas assujettie à ce contrôle.

(Pas le numéro 474 page 191 et 192)

Chapitre II – Les contrôles Juridictionnels

Section Ière – Le contrôle du Conseil d'Etat (+ lire syllabus page 193/194 et 195)

Trois questions

D'où vient-il ?

C'est une pièce rapportée des garanties juridictionnelles qui existent en Belgique. Cela crée un complexe vis-à-vis des juridictions judiciaires. La Belgique se crée en 1831 avec la révolution, les révolutionnaires savent ce qu'est le CE car ils l'ont expérimenté avant la révolution, c'était le CE Napoléonien. C'était pour eux, un

élément d'un régime autoritaire. Entre 1815 et 1830 il est resté comme institution de gouvernement. Les constituants de 1831 décide de ne pas créé un CE mais décide de laisser la protection des citoyens aux juridictions judiciaires. Ces juridictions protègent le citoyen dans les relations avec les particuliers mais aussi dans les litiges les opposant à l'administration de même que le pénal.

On va ressentir un manque, le CE exerçait déjà les attributions qu'on retrouve aujourd'hui. Il intervenait comme aide à l'élaboration des lois et des règlements de l'autorité publique. Le CE français exerçait cette mission. Il n'est pas recréé en 1831 mais en 1832 on ressent la nécessité de cette institution dans l'exploitation des mines. Il devient le Conseil des mines. On va prendre des mesures sectorielles pour créer des commissions pour aider à la confection des lois. On va s'apercevoir que les juridictions judiciaires ne répondent pas aux souhaits des constituants de 1831. Interprétation rigoriste de la séparation des pouvoirs. Les cours et tribunaux vont refuser de juger l'administration lorsqu'elle exercer des fonctions de souveraineté. La victime ne trouve alors aucun juge qui accepte d'ordonner la réparation du dommage. Avec la révision de la Constitution on voit apparaître des souhaits de créer une juridiction administrative. Cela n'aboutira pas à ce moment mais laisser des traces. Le 15 mai 1930, une proposition de loi qui fera l'objet d'une gestation problématique mais aboutira finalement à une loi du 23 décembre 1946 qui marque la création du Conseil d'Etat. Le CE exerce en tant que SCACE une mission de juge.

Ou est-il ?

Le CE compte 50 conseillers d'Etat (président, etc.). Il y a des auditeurs au nombre de 80. Il est linguistiquement paritaire. En 1946 le CE est créé par une loi ordinaire. Il suffit donc d'une majorité pour le supprimer. Il va y avoir des souhaits d'inclure le CE dans la Constitution mais la réalisation sera d'une très grande lenteur. Il est inscrit dans la Constitution le 18 juin 1993. Le CE ainsi constitué repose sur l'article 160 de la Constitution. Entre 1946 et 1971 date d'une première coordination des lois coordonnées du CE reprenant 8 modifications. Entre 1971 et 2006, 41 modifications. C'est la caractéristique de la difficulté d'être de l'institution, le législateur est hésitant au regard de cette juridiction. Le législateur estime en 1991 de confier au CE une nouvelle compétence, le juge de référé. On peut le saisir en urgence voir en extrême urgence. Le succès de la formule dépasse les espérances. En introduisant le référé sans augmenter le nombre de magistrat, le législateur accable l'institution. Dans le contentieux des étrangers, ces litiges en référé augmentent en nombre. Il y a donc eu un arriéré catastrophique. Le législateur a commencé par multiplier les dispositions dissuasives par rapport au recours au CE, il a multiplié les éléments de procédure pour que les plaideurs laissent tomber. Si pas de mémoire en réplique dans les 60 jours, on présume que le requérant a perdu l'affaire. Les conseillers, les avocats spécialistes du contentieux administratif ont bien repérés les pièges et les ont contournés. Cela n'a donc pas donné de résultat. En 2006, on

crée une juridiction distingue qui est le conseil du contentieux des étrangers qui juge en premier ressort. Loi du 15 décembre 1980. Grâce à cela, est dévié du CE une partie considérable du contentieux et on peut espérer que l'arriéré va diminuer avec cette nouvelle juridiction. Le législateur de 2006 s'est décidé à accroître légèrement les cadres du Conseil d'Etat. 6 unités pour les conseillers et 16 pour les auditeurs. Le législateur a aussi préconisé le remplacement de la procédure classique par une procédure de débats succincts, on devra juger directement le fond. Cela est réservé au juge qui juge seul en premier et en dernier ressort.

A quoi sert-il ?

SCACE

Sur les 50 magistrats, 12 d'entre eux font partie du SLCE les autres sont pour la SCACE. Ils jugent pour l'essentiel sur recours de tout intéressé la légalité des actes et des règlements pris par l'autorité administrative (Article 14 LCCE). Le CE peut être saisi de recours en cassation contre les décisions de contentieux administratif des étrangers. Le CE est avant tout une juridiction de proximité, il faut approcher le justiciable pour savoir comment interpréter les règles techniques qui s'appliquent.

Ex : Instituteur qui a tiré les cheveux d'un de ces élèves qui voit sa nomination définitive différée et donc reportée d'un an.

Juge de cassation aussi : jusqu'en 2007 si nous, des initiés en la matière on ouvrait le site du CE on le voyait apparaître par le nom de la cour administrative suprême de Belgique. Actuellement, on retrouve le nom normal en français et en néerlandais alors qu'avant c'était en anglais. En cas de conflit d'attribution entre le CE et les juridictions judiciaires, c'est la Cour de cassation car le CE n'est pas une cour suprême sur base de l'article 158 de la Constitution. L'article 159 de la Constitution donne une compétence étendue dans l'administration. Le juge peut refuser d'appliquer tel ou tel règlement exception faite des délais, dans le cas où ce règlement administratif est contraire. A côté de ce contentieux de l'excès de pouvoir, il y a aussi dans les attributions du CE, une autre compétence souvent oubliée des praticiens qui est le contentieux du dommage exceptionnel de l'article 11 LCCE. Le CE intervient aussi dans le contentieux de la responsabilité même si c'est plus rare. Le juge judiciaire accepte de réparer le dommage, s'il y a faute, lésion d'un droit civil et s'il y a un lien de causalité. S'il y a dommage sans faute, le juge judiciaire ne répond pas. Lorsqu'il y a atteinte aux aises habituelles de voiries par exemple on admet le dommage sans faute. Le CE va donc permettre de réparer un dommage causé sans faute par la rupture de la légalité devant les charges publiques. Le CE pourra alors réparer un dommage causé par une autorité administrative. De ce sentiment généreux, on acceptera de réparer un dommage causé à un particulier même sans reproche à l'administration. On

répare avec réserve, uniquement le dommage exceptionnel. Et puis on ajoute que le CE ne peut être saisi en la matière que si aucune autre juridiction n'est compétente. C'est une bouée de secours. Si lésion d'un droit civil, les juridictions judiciaires peuvent être compétentes mais pour la lésion d'un droit d'intérêt, politique etc. pas de compétence.

Ex : dommage causé par le non respect d'un statut.

La cour de cassation dit au début que même s'il s'agit d'un droit politique, la lésion elle-même est un droit civil. Par la suite, on accepte une différence. Le CE ne va donc jamais intervenir. La cour de cassation va transformer l'article 11 LCCE, elle va donner une version utile de cet article. Conséquence de l'application de la vaccination du vaccin anti polio qui était imposé par un arrêté royal qui impose de subir la vaccination. En élaborant ce règlement d'exécution, ils n'ont pas remarqué qu'il y avait un certain risque. Sur un cas sur 100 000 il peut y avoir un incident. Il s'est produit et un enfant vacciné par la polio en bas âge est frappé d'une paralysie complète. Les parents vont directement devant le CE et il se déclare compétent pourtant il s'agit d'une lésion d'un droit civil, lésion d'un droit à l'intégrité physique. Le CE a indemnisé l'enfant et les parents. L'exemple sera suivi dans une autre affaire dont les parents vont plaider d'abord devant les juridictions judiciaires, le tribunal de première instance et la cour d'appel de Mons se déclarent compétents mais ils disent qu'il n'y a pas de faute dans le chef de l'autorité administrative qui a prescrit l'application du règlement pour la vaccination de la polio. Le CE est saisi par la suite et se déclare compétent. La cour de cassation tranche en disant que le CE statue en équité. Il est compétent lorsqu'aucune juridiction n'est compétente ou lorsqu'aucun autre juge ne peut donner satisfaction au fond.

N'importe quelle personne peut donc saisir le conseil d'Etat d'un recours en annulation d'un acte ou d'un règlement.

Il faut arriver avec la preuve d'une irrégularité de pouvoir. Saisir le CE peut ne coûter que 175 euros. Ce sont les droits qui sont réclamés pour l'introduction de la requête. Il n'est pas obligatoire pour un recours en annulation de faire appel à un avocat. On demande d'exposer les circonstances de l'espèce et de faire ressortir que celui-ci est illégal.

Pour obtenir gain de cause devant le CE le commencement de la sagesse est de demander au juge de faire ce qu'il peut faire.

On ne peut demander utilement que l'annulation d'un acte d'une autorité administrative. En aucun le juge judiciaire ne peut rendre le service qu'on espère du CE. L'article 14 LCCE énumère d'autres actes en tant que cas particulier.

Les universités œuvrent dans l'intérêt général. Les universités libres ont-elles un pouvoir d'imperium vis-à-vis des tiers ? En délivrant des diplômes, est-ce un acte obligatoire vis-à-vis des tiers ? On n'en est pas sur. L'effet obligatoire et l'acte obligatoire en lui-même est différent.

Ou va-t-il ?

Section II – Le contrôle des juridictions judiciaires

RETENIR L'ARTICLE 159

§1^{er} – Le refus d'application d'un acte administratif unilatéral fondé sur l'article 159 de la Constitution

Dans le cadre des litiges dont elles sont saisies, les juridictions judiciaires ont le pouvoir de censurer l'action administrative. C'est au travers de l'article 159 de la Constitution qui dispose que « les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois.

Si à l'occasion d'un litige devant un juge quel qu'il soit, un AAU de portée réglementaire ou individuelle est contraire à une règle ou un principe hiérarchiquement supérieur qui s'impose à l'administration, le juge a le devoir d'en écarter l'application, le mettre hors jeu et l'extraire des outils dont il va se servir pour trancher le litige.

L'intérêt particulier que revêt l'article 159 est d'autoriser à mettre en cause la régularité d'un acte administratif en tout temps.

Le juge des référés est appelé à jouer un rôle non négligeable dans le cadre du contrôle de l'action administrative.

§2 – Le contrôle fondé sur une loi particulière prise en vertu de l'article 145 de la Constitution **(Pas vu : pages 197 à 220).**

Titre III – L'action de l'administration

L'action de l'administration est animée par un seul objectif : atteindre ce que le bien public requiert, dans le respect des règles juridiques en vigueur qui s'imposent à cette action, autrement dit dans le respect des préceptes juridiques en vigueur qui ont une valeur supérieure à l'AA. Ce sont les normes de valeur législatives, les traités internationaux ayant effet direct dans l'ordre juridique interne et la Constitution.

Pour agir l'administration dispose de deux techniques : Technique du fait et technique de l'acte. L'Administration accomplit des opérations matérielles qui sont des faits juridiques. Un fait juridique = tout évènement quelconque susceptible de produire des effets juridiques. Premièrement, ce sont les faits qui se produisent sans l'intervention de la volonté humaine (tempête). Deuxièmement, ce sont les faits qui résultent de la volonté de l'homme mais sans la volonté de produire des effets de droit (accident de la circulation).

Ex : un agent du SPF Justice qui dactylographie une lettre, c'est un fait juridique.

Ex : Si en asphaltant une voirie communale, les ouvriers endommagent une voiture, le fait fautif de l'administration qui a causé le dommage et donc l'administration est obligée sur base de 1382 de réparer le dommage causé par la faute de l'administration au travers de l'ouvrier. Cette question de la responsabilité civile des pouvoirs publics intéresse la science du droit administratif.

Les faits juridiques de l'administration n'intéressent pas la science du droit mais seulement leurs effets. Ils relèvent plutôt de la sociologie, de la science administrative ou de la psychologie.

Ce sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Contrairement aux faits juridiques, les AA entrent tout entier dans le champ d'étude de la science du droit. C'est un ensemble qui peut être distingué entre deux sous ensembles.

Ex : Permis d'environnement pour la discothèque : AAU

Ex : Le désamiantage : AAB

Seuls les AA à l'exclusion des faits de l'administration entre dans le champ de la science du droit, on a coutume de n'aborder que l'examen des AA on ne procède pas à l'examen des faits juridiques.

A côté des opérations matérielles que l'administration accomplit, autrement dit, à côté des faits juridiques qu'elle pose, l'administration adopte des actes, c'est-à-dire des manifestations de volonté destinées à produire des effets juridiques.

Contrairement aux faits juridiques, les actes administratifs entrent tout entiers dans le champ d'étude de la science du droit.

Les AA constituent un ensemble qui peut être divisé en deux sous ensembles. Les AAU et les AAB. Dans la mesure où seuls les AA à l'exclusion des faits de l'administration entrent tout entiers dans le champ de la science du droit, nous n'aborderons l'examen que de ceux-ci.

Chapitre Ier – L'acte administratif unilatéral

L'administration est chargée de la gestion de la collectivité à laquelle elle ressortit, en vue d'assurer le bien commun. Pour ce faire, l'administration se voit reconnaître un pouvoir de commandement. Ce pouvoir ne vient de nulle part : il est reconnu à l'administration par la Constitution et les différentes règles prises en vertu de celle-ci. Grâce à ce pouvoir de commandement, l'administration est en mesure d'imposer, par sa volonté, des effets juridiques à la collectivité dont elle est chargée d'assurer la gestion. D'où le terme unilatéral qui témoigne de ce qu'une volonté – une seule : celle de l'administration – est nécessaire à produire des effets juridiques.

Toute manifestation de volonté d'une autorité investie de la fonction d'administrer elle peut résulter d'un acte ou d'un silence et est destinée à produire des effets juridiques.

Il existe cependant des hypothèses dans lesquelles la loi prise au sens large du terme érige, en AAU, le « silence » de l'administration.

Article 14 §3 LCCE : portée générale, il s'applique à tous les AA. L'article dispose que *« lorsqu'une autorité administrative est tenue de statuer et qu'à l'expiration d'un délai de 4 mois prenant cours à la MED de statuer qui lui est notifiée par l'intéressé et qu'il n'est pas pris de décision, le silence de l'autorité est réputé constituer une décision de rejet susceptible de recours »*. TUYAU

L'article 14 §3 LCCE ajoute que : *« cette disposition ne préjudicie pas aux dispositions spéciales qui établissent un délai différent ou qui attachent des effets différents au silence de l'autorité administrative (AA) »*.

3 observation et qui sont des conditions d'examen :

- L'article 14§3 s'applique lorsqu'est en cause une autorité administrative.

Ex : expropriation pour cause d'utilité publique, un pouvoir législatif doit autoriser l'expropriation (loi, décret ou ordonnance). Le pouvoir exécutif concerné doit autoriser concrètement le recours à l'expropriation dans une hypothèse, à l'égard d'un immeuble précis. Le bénéficiaire de l'expropriation, l'autorité administrative qui concrètement exproprie (pouvoir expropriant). Il va utiliser concrètement l'autorisation qui a été donnée. Le pouvoir n'est pas obligé d'autoriser, l'article 14 §3 n'est pas applicable car l'autorité administrative n'est pas obligée d'exproprier.

- Dans la seule mesure où l'autorité administrative est tenue de statuer.

Si elle ne statue pas, une MED peut être adressée à l'administration qui, sans réaction au bout de 4 mois, équivaudrait à un AAU de refus, qui plus est susceptible de recours devant la SCACE. Il existe en droit administratif une série de cas dans lesquels l'autorité administrative n'est pas tenue de statuer.

Dans la mesure où l'administration n'est pas tenue de statuer, le citoyen n'est pas en droit de mettre utilement en demeure l'autorité administrative pour – sans réaction ou bout de 4 mois – considérer que le silence de l'administration vaut refus. En conséquence, le citoyen ne pourra utilement attaquer, dans un cas pareil, le silence de l'administration.

- Vocation résiduelle. Elle ne s'applique que si un texte particulier ne règle pas la manière dont le silence doit être appréhendé. L'article 14 §3 n'est qu'utiliser si aucune disposition n'est prise en la matière, il est de portée générale. Bien souvent le cas en droit de l'urbanisme Bruxellois. Ex : loi sur la publicité de l'administration : de façon général, lorsqu'une autorité administrative ne s'est pas prononcée au bout d'un délai sur la demande qui lui est faite par le citoyen, le silence de l'administration vaut généralement refus d'accès aux documents administratifs sollicités. La communauté germanophone fait le contraire, quand l'administration ne dit rien cela signifie que c'est accordé.

Des développements qui viennent d'être consacrés à l'AAU écrit, de même qu'au silence de l'administration, il résulte qu'on peut définir l'AAU comme étant toute manifestation de volonté d'une autorité investie la fonction d'administrer. Cette manifestation de volonté peut résulter d'un acte ou, le cas échéant, d'un silence. Elle est destinée à produire des effets juridiques.

Section Ière – Les contours de l'acte administratif unilatéral

Les faits juridiques ne relèvent pas de la science du droit. Les AA sont soit unilatéraux ou bilatéraux.

La plupart des AAU sont l'œuvre de l'administration. Mais tous les AAU ne sont pas l'œuvre de l'administration. Il existe des AAU qui sont posés et adoptés par des personnes qui d'un point de vue organique, n'appartiennent pas à l'administration, ils ne ressortissent pas du pouvoir exécutif ni d'une autorité investie d'un pouvoir exécutif par le mécanisme de la déconcentration ou la décentralisation.

Il existe des AU qui ne sont pas AAU. Ils ne sont pas administratifs. Ils sont quand même posés par l'administration, par un organe du pouvoir exécutif ou par un de ces dérivés, déconcentrés ou décentralisés. Il ne s'agit pas de manifester la volonté de l'administration de produire des effets de droit. Ils ne peuvent être

considérés comme des AA en ce sens qu'il ne s'agit pas de manifestation d'une volonté de l'administration destinée à produire des effets juridiques.

§1^{er} – Les actes administratifs unilatéraux qui ne sont pas l'œuvre de l'Administration

Article 1er – Les actes administratifs unilatéraux des assemblées législatives.

Les assemblées législatives n'ont pas reçu la fonction d'administrer. Il n'en demeure pas moins que ces assemblées s'administrent. A cette fin, elles engagent des fonctionnaires, affectés, par exemple, à la bibliothèque de l'assemblée ou aux visites du bâtiment. Elles peuvent aussi les promouvoir, les sanctionner ou les démettre.

Les assemblées législatives, ne se contentent pas de régler la situation juridique de fonctionnaires. Elles peuvent également avoir besoin de réaliser des travaux – par exemple des travaux de peintures –, d'acquérir des fournitures – par exemple, des ordinateurs ou du papier –, ou encore de recourir à des services – par exemple, celui d'un avocat pour défendre l'assemblée dans le cadre d'une procédure en justice –. Pour accomplir ces opérations, elles procèdent à l'attribution de marchés publics.

Ces actes – relatifs au personnel et à l'attribution de marchés publics, pas exemple – sont, de manière incontestée, des AAU.

Longtemps cependant ces actes ont été distraits de tout examen dans le cadre du cours de droit administratif, dès lors qu'ils étaient l'œuvre d'autorités relevant organiquement d'un autre pouvoir que le pouvoir exécutif, à savoir le pouvoir législatif. A ce titre, ils échappaient à toute forme de censure juridictionnelle, si bien que leur examen n'avait qu'un intérêt pratique limité. Puisque que nul ne pouvait contester la régularité, qui avait intérêt à mieux les connaître ?

L'on parle au passé car, au début des années 90, un candidat à un emploi au parlement bruxellois – Charles Antoine de Meester de Betzenbroeck (MB) – s'est plaint d'un acte pris par un organe du Parlement bruxellois qui refusait de le prendre en compte dans une réserve de recrutement relative à un examen de comptable, au motif qu'il n'avait pas satisfait à l'examen linguistique.

Pourvu d'un excellent avocat, MB saisit, dans le délai imparti de 60 jours à compter de la notification de la décision, la SCACE. Sans surprise, la section lui fait savoir que le parlement bruxellois n'est pas, d'un point de vue organique ; une autorité administrative, puisqu'elle ressortit non au pouvoir exécutif, mais au pouvoir législatif. Il en résulte que le recours doit, selon le CE, être déclaré irrecevable.

MB ne se laisse pas abattre. Il demande au CE de saisir la CC par la voie d'une question préjudicielle. C'est pour lui demander si l'article 14 LCCE qui dispose que tout AAU peut être déféré à la censure d'annulation du CE – viole ou non les articles 10 et 11 de la Constitution, en tant qu'il est interprété comme excluant de son champ d'application les AAU pris par les assemblées législatives.

La CC répond, dans un arrêt du 15 mai 1996, qu'il y a une discrimination dont sont victimes les destinataires d'AAU d'assemblées législatives ou de leurs organes, en ce que ces destinataires n'ont pas accès au CE, ni accès à aucune autre juridiction investie du pouvoir d'annuler ces actes. Mais – ajoute la cour – la discrimination ne réside pas dans l'article 14 LCCE. Elle réside dans une carence du texte législatif qu'il appartient au législateur fédéral de combler. Tant que le législateur fédéral n'aura pas comblé cette carence, les destinataires d'AAU d'assemblées législatives n'auront droit à aucun recours en annulation.

MB obtient ainsi gain de cause devant la CC mais ne peut en tirer aucun profit personnel.

Ce n'est que trois ans plus tard le 25 mai 1999 que le législateur décide de modifier l'article 14 LCCE. Désormais, parmi les AAU susceptibles de recours, sont compris les AAU pris tant par les assemblées législatives elles-mêmes que par leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées. C'est toutefois à la condition que l'AAU soit relatif aux marchés publics ou aux membres de leur personnel. Tout autre AAU pris par une assemblée législative, un de ses organes ou le médiateur y attaché, en est donc encore exclu.

L'on peut légitimement se demander pourquoi on fait encore une distinction entre les AAU des assemblées législatives entre eux, même s'il est vrai qu'en pratique, il n'y a pas beaucoup d'actes administratifs d'assemblées législatives qui portent sur un autre objet que visés par l'article 14.

Ainsi les AAU des assemblées législatives et de leurs organes – en ce compris les médiateurs – sont à intégrer dans l'ensemble des AAU que l'on appréhende, même si organiquement, ils ne sont pas l'œuvre de l'administration.

C'est un précisant que ceux qui touchent aux marchés publics ou aux membres du personnel sont seuls susceptibles de recours en annulation devant le CE.

Il faut tenir le même raisonnement à l'égard des AAU pris par la cour des comptes, elle dépend organiquement des assemblées législatives. Elle s'administre. Elle adopte, depuis toujours, des AAU qui sont assujettis au régime juridique des AAU mais qui, par contre, ne sont assujettis à la censure de l'annulation du CE que depuis le 25 mai 1999.

Article 2 – Les actes administratifs unilatéraux pris par des autorités de justice ou par des autorités administratives qui assument des missions dans le giron de la justice

Par ailleurs, certaines administrations qui ressortissent d'un point de vue organique au pouvoir exécutif, exercent des missions qui les amènent à poser des AAU dans la foulée d'AJ pris par des autres pouvoirs que le pouvoir exécutif.

Ex : administration pénitentiaire, elle prend des AAU comme les sanctions disciplinaires à l'égard d'une personne incarcérée suite à une décision de justice.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 mai 1999n ces actes sont assujettis à la censure de l'annulation de la SCACE pour autant que l'acte soit relatif aux marchés publics ou aux membres du personnel.

Par ailleurs, certaines administrations qui ressortissent, d'un point de vue organique, au pouvoir exécutif exercent des missions qui les amènent à poser des AAU dans la foulée d'actes juridiques pris par d'autres pouvoirs. L'on songe, en particulier, à l'administration pénitentiaire qui prend des AAU comme par exemple les sanctions disciplinaires à l'égard d'une personne incarcérée à la suite d'une décision de justice.

Que les AAU en cause puissent être qualifiée d'actes administratifs n'a, là encore, jamais fait débat. Par ailleurs la question de savoir si ces actes pouvaient constituer des AAU susceptibles de recours en annulation devant la SCACE fait débat.

Il y avait débat parce que l'on s'est demandé si, pris dans la foulée d'une décision de justice, ces actes ne devaient pas être considérés comme l'accessoire de décisions de justice et, partant, s'ils ne devaient pas, au nom du principe de la séparation des pouvoirs, être exclus du champ d'application des actes susceptibles d'un contrôle de la part de la SCACE.

Par un arrêt du 11 mars 2003, la SCACE a tranché le problème. Elle juge que les actes pris par l'administration pénitentiaire à l'égard des détenus, lorsqu'ils ne sont pas directement liés à la peine que purge le détenu en vertu d'une décision de justice, constituent des AAU susceptibles de recours en annulation. En revanche, tel n'est pas le cas si l'AAU de l'administration pénitentiaire est adopté en lien direct avec la décision de justice.

Depuis cet arrêt, la jurisprudence du CE va, de façon constante, en ce sens. Les décisions concernent le plus souvent des mesures qui, à l'analyse doivent être qualifiées de sanctions disciplinaires.

Il en résulte des considérations qui précèdent que dans l'assemblée dénommée AAU, il faut non seulement inclure les AAU des assemblées législatives mais encore les Actes administratifs émanant d'autorités de justice ou d'autorités administratives qui assument des missions dans le giron de la justice.

[19/03/2009]

Article 3 – Les actes administratifs unilatéraux de personnes privées

La SCACE, très tôt après sa création, en 1946, sera confronté à la question de savoir si elle peut recevoir des recours dirigé contre des actes qui bien que n'étant pas pris par des administrations sont des actes de puissance publique. Le premier arrêt qui tranche cette question très importante, 13 juillet 1949, en cause de M. Bonheur. Contre la société nationale des chemins de fer belge (SNCFB). Elle adopte la forme d'une société de droit privé à l'époque.

« Considérant que l'autorité administrative ne perdrait pas ce caractère si elle était constituée sous une forme de droit privé et si dans son fonctionnement à côté des procédés de nature administrative, elle utilisait des procédés de nature de droit privé ». La forme de droit privé que revête une personnalité juridique et les procédés de droit privé qu'elle serait en droit de mettre en œuvre, n'exclut pas de façon rédhibitoire l'étiquette d'autorité administrative pouvant adopter des AAU.

Une personnalité juridique de droit privé n'est pas toujours une autorité administrative. La SCACE prévoit une méthode indiciaire. Cela conduit à coller ou non l'étiquette d'autorité administrative à la personne juridique de droit privé en cause.

Trois éléments, indices :

- Indice organisationnel = Cet indice est tiré de la manière dont la personne juridique de droit privé est organisée. On se demande si les pouvoirs publics ont un quelconque pouvoir dans l'organisation de la société. Dans l'arrêt Bonheur le CE va relever quant à l'organisation de la SNCFB, que les membres sont nommés par le Roi et c'est le gouvernement qui modifie les statuts. Nomination et établissement des statuts = intervention des pouvoirs publics.
- Indice fonctionnel = Mission de la personnalité juridique de droit privé. Le CE va se demander si cette personne accomplit des missions d'intérêt général qui correspondent à un service public fonctionnel.
- Pouvoir de décision contraignant à l'égard des tiers ou des prérogatives exorbitantes conférées à la personnalité de droit privé. Dans l'arrêt

Bonheure la société dispose à l'égard de son personnel un pouvoir de sanction qui est attribué à la société par la loi, c'est un pouvoir exorbitant.

Cela ne veut pas dire que la société doit répondre aux trois indices. Si le CE doit observer que certains indices sont rencontrés mais que d'autres ne le sont pas alors il y a mise en balance des indices. Il pose le pour et le contre et décide ensuite s'il s'agit d'une autorité administrative ou non. La Cour de cassation semble considérer que les trois indices doivent être réunis. Elle considère cela dans un arrêt du 12 juin 2001.

Ex : elle considère cela pour les établissements d'enseignement libre, à propos des diplômes, certificats ou attestations ayant une valeur légale, que ces enseignements délivrent ou refusent de délivrer.

Il faut toujours avoir égard à la jurisprudence.

§2 – Les actes unilatéraux de l'Administration qui ne sont pas des actes administratifs

Article 1er – Les actes de gestion interne

L'administration doit s'organiser et fonctionner. Le chef de l'administration, le ministre assure le fonctionnement de son administration en prenant des mesures. Ces mesures sont relayées par des sous chef qui suivent la prise de décision. Ce qui compte c'est d'observer que ces mesures sont des actes de gestion interne. Ces actes sont des mesures prises par l'administration qui visent à l'aménagement interne des services ou qui visent à déterminer le fonctionnement de ces services. Ces mesures ne sont pas des actes administratifs unilatéraux car elles ne produisent pas d'effets juridiques à l'extérieur de l'administration.

Car il est bien évident que ces mesures doivent être respectées par les agents de l'administration en cause, sous peine de désobéissance, et, partant, sous peine d'encourir une sanction disciplinaire.

En revanche, les citoyens peuvent ignorer ces mesures. Ils ne doivent pas les respecter. Ces mesures de s'imposent pas à eux.

Alinéa 1^{er} – Les circulaires

C'est une note qui contient des prescriptions formulées par le ministre ou par le chef de service à l'adresse des gens postés sous son autorité. Ces prescriptions servent à préciser l'interprétation d'un texte réglementaire ou législatif et servent à déterminer les conditions d'application d'un texte réglementaire ou législatif. Tant qu'elle contient ce type de prescription alors il s'agit d'une circulaire interprétative. Elle se contente de procurer une interprétation à un texte

juridique. Cette interprétation doit être suivie par l'administration visée par la circulaire. Ces vraies circulaires sont des actes de gestion interne qui ne produisent pas d'effets juridiques à l'égard des tiers.

Dans cette œuvre interprétative, l'auteur de la circulaire peut commettre des abus. L'auteur peut en venir à modifier un texte ou à le compléter. Ce n'est alors plus une vraie circulaire. C'est alors une circulaire réglementaire. Elle prescrit une nouvelle norme de conduite. Elle s'apparente alors à un règlement. Ces fausses circulaires, comme elles prescrivent des règles de comportement nouvelles, produisent des effets juridiques à l'égard des citoyens. Elles sont alors à des AAU qui sont assujettis au contrôle du CE ou des cours et tribunaux. Si le CE ou les cours et tribunaux constatent qu'il s'agit d'une circulaire réglementaire, ils vont immédiatement censurer la circulaire. L'adoption d'une circulaire réglementaire ne répond pas à la manière dont un AAU doit être adopté. Elle aura brûlé tous les feux rouges. Il faut respecter la forme, les conditions, la capacité de l'auteur, etc.

Si on est fautive à une circulaire, si on parvient à démontrer que la circulaire est réglementaire alors bingo on a gagné car elle est illégale.

Ex : vraies = circulaire qui se borne à rapporter des normes législatives et à les interpréter, en donner la portée – circulaire qui donne une interprétation à la loi sur l'emploi des langues en matière administrative.

Ex : fausses = circulaire prise par le ministre de l'éducation nationale qui ordonnait de suivre une procédure de nomination dans le cas où un AR prévoyait une autre procédure de nomination – circulaire prise par le ministre de la santé publique qui imposait aux organisations professionnelles qui couvrent un même territoire de se concerter pour établir une garde unique. Si elles ne le respectent pas alors il y aura des sanctions. Le ministre avait fait publier sa circulaire au moniteur belge (cela ne signifie pas que c'est une vraie).

Alinéa 2 – Les mesures d'ordre intérieur

Elles s'adressent le plus souvent à un agent déterminé, pris isolément. Elles ne produisent en principe aucun effet en dehors de l'administration. Elle ne crée pas de droit ou d'obligations pour les citoyens. Elles sont censées ne pas modifier la situation juridique des membres de l'administration. Sous couvert de mesures d'ordre intérieur le supérieur hiérarchique prend soit une sanction disciplinaire « déguisée » soit une mesure qui sans être une mesure disciplinaire est une mesure grave car elle affecte la situation juridique de l'agent auquel elle est destinée. Elles ne sont pas des AAU. Mais les sanctions disciplinaires et les mesures graves sont de véritables AAU.

Si les vraies mesures d'ordre intérieur – qui sont l'objet examiné – ne sont pas des actes AU, dès lors que la production d'effets juridiques leur manque, tel n'est ni le cas des sanctions disciplinaire déguisées, ni celui des mesures graves qui, elles, sont de véritables AAU.

Ex : vraies = transfert d'un agent d'un service vers un autre dans une même administration (c'est un acte de gestion interne) pour des raisons qui tenaient à l'intérêt du service – retrait à une surveillante d'une certaine fonction qu'elle employait en remplacement - affectation d'un médecin dans un autre hôpital psychiatrique de la Communauté française dès lors que cette affectation ne portait pas atteinte aux droits de l'intéressé ni aux prérogatives attachées à sa fonction et que la mesure est prise dans l'intérêt du service et de la restructuration des hôpitaux de la communauté.

Ex : fausses = Liège, en pleine nuit, au petit matin un agent de police est en civil décide de faire une descente dans la ville. Il prend son 4X4 et tombe né à né avec une situation de braquage. Il met son gyrophare et se met à la poursuite des voleurs. Il sera sanctionné au commissariat par la suite et sera déplacé dans un quartier de banlieue liégeoise.

Ex : mesures graves = mesure qui affecte un agent et qui l'empêche de prêter pendant les week-ends et donc qui lui font perdre le bénéfice des primes. Il a été donc défait de toutes ses primes de week-end – mutation qui ne sanctionne pas mais cause un préjudice moral considérable – refus de formation à un agent.

Pour avoir une sanction disciplinaire il faut démontrer l'intention de punir.

C'est à la partie requérante de démontrer qu'il est face à une mesure d'ordre déguisée ou une mesure grave. Il faudra montrer que le principal objectif était de porter atteinte à l'agent en cause.

Pour démontrer que la mesure est une sanction disciplinaire déguisée, la partie requérante devra prouver que la mesure a eu pour principal objectif de porter atteinte à l'agent en cause en raison des manquements aux obligations qui lui incombent en tant que collaborateur du service public. C'est là une jurisprudence constante, instituée par la SCACE depuis le 21 septembre 1984.

Pour démontrer que la mesure est une mesure grave, la partie requérante devra prouver que cette mesure affecte la situation juridique de l'agent, si possible de

façon importante, que ce soit sur le plan des prérogatives, sur le plan financier ou encore sur le plan moral.

Comment peut-elle affecter la situation juridique de l'agent.

- financier
- préjudice moral
- etc.

Cela peut entraîner la disqualification de la mesure d'ordre intérieur en mesure grave.

Article 2 – Les actes préparatoires et les actes post-décisoires

Ces actes doivent-ils être qualifiés d'AAU ?

Alinéa 1^{er} – Les actes préparatoires

Ces actes sont posés par l'administration dans le cadre du processus d'adoption d'un AAU. L'acte préparatoire devient un élément constitutif de l'acte mais il ne produit pas par lui-même des effets juridiques. Ce n'est qu'un élément du puzzle.

Ex : publication de vacance d'un emploi – acte par lequel un ministre exprime la volonté de sanction de rétrogradation. Ce n'est pas encore l'acte en tant que tel – avis simple (formalité requise parfois mais pas nécessairement contraignant car sinon on parle d'avis conforme) – enquête publique – la proposition d'avancement faite par un Conseil de direction – avis conforme.

En principe, l'acte préparatoire ne constitue pas un AAU. Cet acte préparatoire ne produit pas par lui-même des effets juridiques en dehors de ceux qu'il impose à l'administration elle-même dans le cadre de l'adoption de son AAU. L'acte préparatoire n'est **qu'une pièce de l'opération complexe qui conduit à l'adoption par l'autorité administrative de l'AAU.**

Il est possible de contester la régularité de l'acte préparatoire dans le cadre d'un recours contre l'AAU qui est le résultat de l'opération complexe. On est donc évincé dans le cadre d'une promotion, je n'ai pas été promu. Si j'attaque la promotion de mon voisin, dans le cadre des moyens que je vais soulever je peux dire que l'avis n'a pas été respecté etc. et dire que l'acte préparatoire n'est pas valable.

En principe l'acte préparatoire n'est pas un AAU. Mais il existe des hypothèses dans lesquelles un acte préparatoire produit des effets juridiques. Pour cela, il devient alors un acte administratif unilatéral.

Ex : proposition de promotion émise par le comité de direction d'un SPF. C'est un acte préparatoire. L'administration se voit proposer des candidats. Mais pour ceux qui ne sont pas dans la proposition, ils peuvent attaquer l'acte car ils sont déjà évincés par cet acte préparatoire à la promotion. Ils pourront aussi attaquer l'acte décisive et devront même le faire car sinon ils ne démontrent plus l'intérêt qui était constaté dans l'attaque de l'acte préparatoire.

Contre exemple : l'avis simple
Alinéa 2 – Les actes post-décisives

Une fois que l'acte administratif a été adopté, tout n'est pas fini. On va parler des actes qui assortissent et qui assurent l'accomplissement de l'acte décisive. C'est la publication et la notification des actes unilatéraux car ils ne produisent pas par eux-mêmes des effets juridiques. Ils permettent d'acquérir la force obligatoire. Dans certains cas, qui sont très rares, de tels actes post décisives produisent des effets juridiques à part entière et constituent dès lors des AAU.

Ex : C'est le cas de la notification de la loi sur les marchés publics. L'article 117 de l'AR du 8 janvier 1996 qui procure exécution de la loi sur les marchés publics de 93. Cet article confère à la notification des effets juridiques distincts de ceux qui s'attachent à l'AAU. C'est l'opération de notification qui fait que le contrat est conclu. On peut se demander si dans certains cas, on n'est pas face à un AAU distinct ? Il s'agit bien d'un acte de l'administration. Ordonnance du 2 mai 2000.

§3 – L'intérêt de la distinction

Savoir si un acte doit – ou non – être qualifié d'un AAU est important. De cette qualification dépend son assujettissement au régime juridique spécifique que le droit belge assigne à l'AAU. Ce régime est celui examiné à la section III du présent chapitre. Auparavant, il s'agit de procéder à un examen utile pour l'analyse du régime de l'AAU. Il s'agit de l'examen de la classification des AAU, qui est l'objet de la section II du présent chapitre.

Section II – La classification des AAU

Les AAU n'ont pas tous la même portée. Parmi ceux-ci, il existe des AAU de portée réglementaire et des AAU de portée individuelle.

§1^{er} – L'acte administratif (unilatéral) réglementaire

Accomplis en vue de pourvoir par des dispositions générales et abstraites à l'établissement de normes de conduites. L'AAU réglementaire se caractérise donc par son objet. Il ne dispose nullement pour une plusieurs personnes, nullement pour une ou plusieurs situations. Il dispose pour la généralité. Peu importe qu'il concerne en fait qu'une seule personne ou qu'une seule situation. Ce qui importe c'est que cet acte administratif réglementaire n'épuise pas ses effets par cette seule application. La vocation de cet acte est qu'il doit être opérant dans toutes les situations présentes et à venir qui répondraient aux prescriptions de cet acte.

Ex : le règlement taxe pris par la commune de Jupille. La commune de Jupille adopte un règlement aux termes duquel les brasseries qui se trouvent sur le territoire de la commune sont appelées à devoir payer une taxe. Une brasserie célèbre – qui se trouve sur le territoire de la commune – décide d'agir en justice. La brasserie constate que la taxe ne concerne qu'elle dans la mesure où il n'y a qu'une brasserie sur le territoire de la commune. La brasserie invoque, dès lors, la violation de la règle constitutionnelle d'égalité devant les charges publiques, consacrées à l'article 172 de la Constitution. Et de soutenir que le règlement en cause est un règlement qui n'en est pas un. Il s'agirait d'une taxe individuelle qui est levée à son encontre.

L'affaire est portée en cassation. La Cour de cassation va donner tort à la brasserie, dès lors que la Cour de cassation, reprenant la définition de l'AAR, juge que cet acte n'a pas vocation à épuiser ses effets sur la seule brasserie célèbre. Rien ne dit qu'une autre brasserie ne viendra pas s'installer, demain, sur le territoire de la commune de Jupille. En ce cas, il va sans dire que le règlement taxe de la commune sera également applicable à cette brasserie. C'est la démonstration que l'AA en cause est bien un AAR et pas un AAI.

§2 – L'acte administratif (unilatéral) individuel

AAUU est celui qui dispose par des mesures spéciales et concrètes. Il peut s'agir d'actes qui ont pour destinataires des personnes déterminées ou des actes par lesquels il est pourvu à des situations concrètes. Le but est de prescrire une norme de conduite qui règle une situation particulière.

Ex : nomination de fonctionnaire – délivrance d'un permis d'urbanisme – permis d'environnement – autorisation d'exercer une profession

Il peut concerner plusieurs personnes ou plusieurs espèces.

Ex : ordre donné à une manifestation de se disperser est un acte individuel. La nature abstraite d'un acte lui manque. Il épuise tous

ses effets par la manifestation en cause. Il épuise ses effets que par cette seule application. Pourtant, la nature abstraite qui caractérise l'opération normative manque à cet acte. C'est qu'en effet, il épuise tous ses effets par son application à la série de personnes qu'il a en vue.

§3 – L'intérêt de la distinction

Il y a des raisons majeures de distinguer ces actes administratifs. Pas dans le fait que l'une des catégories d'acte serait susceptible de recours devant le CE et pas l'autre. Tout deux sont susceptibles de recours devant le CE que ce soit en suspension ou en annulation.

Différences :

- Article 3 des LCCE : seuls les actes administratifs réglementaires sont soumis à la consultation préalable de la SLCE à l'exclusion des AAU individuel. Par ailleurs tous les AAUR ne sont pas soumis à cette consultation (ex : urgence spécialement motivée). Tempérament : même les AAU réglementaire n'y sont pas tous soumis. S'il y a urgence spécialement motivée l'acte n'est pas soumis à la SLCE. La SLCE n'est pas appelée à devoir vérifier la régularité de tous les AAU réglementaires (tous ceux des entités décentralisées y échappent). On pense également aux AAUR qui bien qu'émanant d'une autorité fédérale, régionale ou communautaires sont considérés par la SCACE comme échappant à la consultation de la SLCE.
- Dans certaines règles et principes qui s'appliquent aux AAUR et pour d'autres ne s'appliquent qu'aux AAUU. En fonction de la qualification on saura qu'elles sont les règles et les principes qui s'appliquent.

Adage *patere legem quam ipse fecisti* ©TUYAU : il ne s'applique qu'aux actes administratifs réglementaires. Il consiste en principe général de droit, pas de trace écrite. La jurisprudence y a assigné une valeur réglementaire. Il implique qu'une autorité administrative ne peut jamais déroger par une décision particulière au règlement général qu'elle a elle-même adopté antérieurement sauf si elle prévoit dans ce règlement qu'elle pourra déroger particulière. Ce principe ne s'impose à l'administration que pour autant qu'elle adopte un AAUR. Je dois donc supporter le règlement que j'ai moi-même pris. Si je ne veux plus le respecter, je dois prendre un autre règlement sauf si j'ai prévu dans le règlement que je peux déroger.

Loi de 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs : il ne vaut que pour les AAU. Cette loi exige des seuls AAUU à l'exclusion des AAUR

que l'instrumentum soit motivé en la forme. Exprime de façon adéquate les motifs de droit et de fait qui servent de fondement à la décision. L'idée est qu'on prend par exemple un acte de nomination. Je dois expliquer dans l'acte les raisons pour lesquelles cette personne est retenue.

- MEGA TUYAU : **Article 159** : les cours et tribunaux n'appliqueront que les décrets, ordonnances, lois et arrêtés et règlements qui seraient contraires à la loi. Cette disposition s'applique à tous les AAU (réglementaires et individuels) même si l'article parle d'arrêté et règlements. Manière dont la SCACE utilise l'article 159 de la Constitution. Le CE fait la même chose que les cours et tribunaux mais à l'égard des AAUR. En revanche, la SCACE **REFUSE d'appliquer tant que cet acte individuel n'est pas réputer définitif. Quand un acte individuel est-il réputé définitif ? Tant que le délai de 60 jours endéans lequel il convient d'introduire un recours n'est pas expiré.**

Tant qu'un acte peut être révisé alors il peut encore être écarté de l'application. Comment faire usage de 159 ?

Ex : la SCACE est saisie d'un recours dirigé contre la promotion d'un agent du SPF affaires étrangères. Cette promotion est conférée à un seul des trois candidats. Les 2 autres sont évidemment déçus. L'un d'eux git devant le CE pour obtenir l'annulation de la promotion de son collègue. La partie requérante demande de constater l'irrégularité de cet AAUR sur le fondement de 159 et partant de constater que la promotion ne repose plus sur rien. Dans ce cas, le CE sera toujours d'accord de jouer avec 159 car on est face à un AAUR. La SCACE n'acceptera pas de suivre ce raisonnement qui impliquerait un AAUI. Concrètement, la partie requérante pour aussi soulever l'irrégularité de la nomination de l'agent promu.

Ce raisonnement, la SCACE n'accepte pas de le tenir. La raison en est qu'elle considère que si, l'acte de nomination n'a pas été attaqué devant ou n'ayant été attaqué, le recours a été rejeté, l'AAUI de nomination est réputé « définitif ». Avec cette conséquence que la régularité de cet acte ne peut, selon le CE, plus être mise en cause sur le fondement de l'article 159 de la Constitution, quel que soit le grief dirigé à son encontre, c'est-à-dire même si le grief soulevé ne l'avait pas été dans le cadre du recours par hypothèse introduit au CE et rejeté par ce dernier.

Les trois niveaux évoqués démontrent l'utilité de distinguer les AAUR et les AAUI. La distinction entre ces actes est importante mais n'est pas tjrs simple.

[20/03/2009]

Section III – Le régime juridique de l'AAU

§1^{er} – Les prescriptions tenant à l'élaboration de l'acte de l'administratif unilatéral

L'AAU doit être légal ou régulier (terme préféré).

Au nom du principe de légalité – ou de régularité – l'administration est tenue de respecter les règles et principes juridiques qui sont en vigueur au moment de l'adoption de l'acte et qui, en raison de la hiérarchie des normes s'imposent à l'AAU.

Quels sont ces règles et principes qui s'imposent à l'AAU ? Il y a la Constitution, les règles internationales et européennes ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, ainsi que les normes de valeur législative, à savoir la loi, le décret, l'ordonnance, mais aussi l'arrêté-loi et l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux confirmé.

Ex : L'AAU qui nomme une personne dans la fonction publique doit respecter l'article 10 de la Constitution qui prescrit l'égal accès à l'emploi public.

Ex : AAU qui porte exécution d'un droit de gestion publique, ordonnance de la Région bruxelloise du 17 juillet 2003. Il existe à Bruxelles un mécanisme de gestion publique qui veut que tout propriétaire de biens doit les maintenir salubre. Dans le cas contraire, on peut tenter une procédure de gestion publique : avertir le propriétaire qu'il modifier les conditions du bien et si pas de coopération alors le propriétaire peut se voir dessaisir de son bien aux fins qu'une autorité publique gère le bien à sa place et le remette en état. La propriété n'est pas transférée, le bien demeure la propriété du particulier.

Au-delà du respect dû à la Constitution, à la règle internationale et européenne ayant des effets directs et à la loi – tout dépend de savoir à quel acte administratif unilatéral l'on a affaire.

Un AAU pris par une autorité communale doit respecter les AAU pris à l'échelon fédéral, à l'échelon régional, à l'échelon communautaire et à l'échelon provincial.

Ex : le permis d'urbanisme délivré par le collège communal ne peut être régulier que dans la mesure où le permis respecte les prescriptions notamment contenues dans les arrêtés du Gouvernement de la Région dans laquelle se situe la commune en cause.

Si, en revanche, l'AAU dont il est question est fédéral, cet acte ne devra le respect qu'aux AAU pris à l'échelon fédéral qui lui seraient supérieurs, dès lors que ceux-là seuls lui sont, par hypothèse, potentiellement hiérarchiquement supérieurs.

La nomination d'un fonctionnaire fédéral doit être décidée dans le respect du statut des agents de l'Etat (2 octobre 1937).

Les considérations dont il est question sont déduites d'un principe cardinal en droit : le principe de la hiérarchie des normes juridiques.

Si l'AAU viole une règle ou un principe qui lui est hiérarchiquement supérieur, il est alors illégal ou irrégulier.

Les illégalités ou les irrégularités qui sont susceptibles d'entacher l'AAU peuvent être groupés en deux ensembles.

2 grands ensembles (pas d'incidence en droit – pour des raisons pédagogiques) :

- Irrégularités qui portent atteinte à la légalité externe de l'acte
- Irrégularités qui portent atteinte à la légalité interne de l'acte
-

Article 1^{er} – Les exigences de la légalité externe

Il doit être adopté par l'autorité compétente et les formes et les formalités qui président à son adoption soient respectées.

Alinéa 1^{er} – La compétence de l'auteur de l'acte

A – L'auteur de l'acte doit être régulièrement investi

Ce sont les prérogatives que la loi au sens large du terme reconnaît à l'autorité instituée. Cette compétence implique que l'autorité soit régulièrement investie. Elle doit donc disposer de la **capacité** et la **qualité** requises pour agir.

1 – L'auteur est une personne

Si l'autorité publique est une personne, cette personne doit avoir valablement été investie de la charge publique en question. L'investiture se matérialise par la nomination ou par l'élection. D'autres modes d'investitures sont possibles (réquisition et enrôlement personnel).

Une théorie, dite du fonctionnaire de fait, prend en compte deux situations majeures dans lesquelles la personne qui a agit et pris l'AAU n'était pas

régulièrement investie mais qui au prix d'un artifice va être réputée avoir pris l'acte de façon régulière.

- 1) Il y a carence absolue de l'autorité publique régulièrement investie. Une personne alors qui n'est pas régulièrement investie assume cette charge publique à sa place qui accuse une carence à laquelle on peut y remédier.

Ex : Au mois d'août 1914, le professeur Nerinckx, de la faculté de droit de l'UCL va assumer les fonctions de bourgmestre de la ville de Louvain sans avoir jamais été investi de cette magistrature.

La raison concrète en est que le bourgmestre régulièrement investi n'était pas en mesure d'exercer cette charge, à ce moment, la première guerre mondiale ayant éclaté.

- 2) Une autorité publique qui a été investie d'une charge publique et qui a posé un certain nombre d'AAU et voit sa nomination annulée par la SCACE. Les actes posés ne peuvent être annulés en raison de la personne qui les a posés.

2 – L'autorité est un collège de personne

Elle n'est pas valablement composée qu'à deux conditions.

- L'assemblée doit réunir le nombre de membre requis. Le plus souvent ce que l'on appelle le quorum de présence c'est la moitié plus un des membres de ce collège. Du reste, à défaut de texte juridique, le principe dégagé par la jurisprudence est la majorité absolue (moitié plus un).
- Ne peuvent régulièrement participer à l'accomplissement d'un AAU que les membres qui ont la qualité pour y siéger et pour y délibérer.

Ex incompatibilité : on ne peut pas être ministre président du Gouvernement de la région wallonne et bourgmestre de la commune de Mons.

Ex interdiction : une personne condamnée pénalement peut se voir déchoir de ses droits civils et politiques. Cette déchéance entraîne la déchéance de l'exercice des mandats.

B – L'auteur de l'acte ne saurait régulièrement outrepasser les limites assignées à l'exercice de sa compétence

Pas réellement beaucoup de problème concernant l'investiture. Par contre l'hypothèse d'outrepasser les limites est beaucoup plus fréquent.

1 – Les limites d'ordre matériel

a – le principe

Ce principe figure dans la disposition la plus importante de la Constitution (article 33). Dispose que « tous les pouvoirs émanent de la nation, ils sont exercés à la manière déterminée par la Constitution ».

L'autorité administrative qui est attachée au pouvoir exécutif ne saurait régulièrement exercer une compétence attribuée à un autre pouvoir.

Ex : l'autorité administrative ne saurait adopter une loi ou rendre une décision de justice.

L'autorité administrative est tenue de respecter la répartition des compétences établies au sein du pouvoir exécutif entre les niveaux de pouvoir et entre les différentes autorités investies au sein d'un même niveau de pouvoir.

Ex – entre deux niveaux de pouvoir - autorité communale ne peut exercer une compétence de la communauté ; enseignement = le gouvernement wallon ne peut rendre un arrêté qui doit exécuter une décision rendue par la communauté. Il y aurait une atteinte à la répartition matérielle des compétences entre deux niveaux de pouvoirs.

Ex – même niveau de pouvoir : le collège est compétent pour la police de spectacle. Dès lors le bourgmestre seul ou le conseil communal ne peut prendre d'AAU en la matière. Il porte atteinte à la limite matérielle de sa compétence.

Le texte qui procure la compétence doit toujours être interprété de façon restrictive. Ce qui n'entre pas dans les prévisions du texte doit être exclu des compétences.

Spécialité des personnes morales de droit public : exercer les missions spécifiques qui sont confiées. Le principe ne s'applique pas uniquement aux autorités administratives organiques mais toute autorité publique qui exerce une mission publique est visée par ce principe.

b – tempérament au principe

Le principe « pas de compétence sans texte » peut apparaître dans certaines circonstances, exagérément contraignant. Il peut conduire une autorité administrative à se voir attribuer tant de compétence que, si cette autorité devait seule les assumer, elle en deviendrait littéralement paralysée. Cette réalité a

conduit la jurisprudence – notamment celle de la SCACE – à assouplir le principe et à permettre la mise en œuvre de ce que l'on appelle des délégations.

La jurisprudence, notamment celle de la SCACE, a assoupli le principe et a permis la mise en œuvre de délégations. Il existe deux sortes de délégation. Elles n'ont pas la même portée et il ne faut surtout pas les confondre.

- La délégation de pouvoir (autorisation de signer)

On transfère l'exercice de la compétence à une autre autorité administrative. La délégation de pouvoir n'est admise qu'à certaines conditions très strictes. Ces conditions sont multiples.

- La délégation n'est admise, dans la mesure où elle constitue une exception au principe d'attribution des compétences de l'article 33 de la Constitution, que lorsque le texte qui confère le pouvoir à l'autorité administrative qui va déléguer de procéder à la délégation. Il n'est pas admis qu'une autorité puisse décider elle-même de déléguer.
- Le texte qui autorise l'autorité administrative à déléguer, ce texte doit être publié, suivant le niveau de pouvoirs concerné au MB ou au Memorial administratif de la Province ou par voie d'affichage dans le cas d'une commune. L'acte de délégation, acte par lequel l'autorité administrative utilise le pouvoir de délégation doit lui aussi être publié. L'idée est que le citoyen doit savoir qui est compétent et doit pouvoir se voir opposer la compétence de celui qui a pris l'acte. Ces publications doivent avoir lieu avant même que l'autorité à qui est délégué le pouvoir exerce concrètement cette délégation.
- La délégation de pouvoir ne peut être que partielle et ne peut concerner que des compétences accessoires ou des mesures d'exécution. Si l'autorité reçoit toute la compétence alors cela heurterait de plein front l'article 33 de la Constitution. De plus, la partie de la compétence qui peut être déléguée ne peut être choisie au hasard. Il importe que l'objet délégué constitue non pas le noyau dur de la compétence mais un accessoire de la compétence. Une autre forme de délégation possible revient à exercer la compétence en fixant les principes applicables mais en déléguant à une autre autorité administrative le soin d'arrêter les mesures destinées à procurer une exécution de principes.
- La délégation de pouvoirs ne peut être que précaire et révocable *ad nutum*. L'idée est que, à tout instant, l'autorité administrative investie de la compétence par un texte puisse recouvrer pleinement l'exercice de sa compétence.

- La délégation de pouvoir n'est pas autorisée en toute matière.

C.E., arrêt *Populaire*, n°69.889 du 27 novembre 1989

C.E., arrêt *Mocaluso*, n°81.578 du 1^{er} juillet 1999

L'on ajoute que la subdélégation de pouvoir, à savoir l'opération par laquelle l'autorité administrative délègue, à son tour, la compétence qui lui a été déléguée à une autre autorité administrative est, en principe, interdite, sauf si la faculté a été expressément prévue dans l'acte de délégation et pour autant qu'elle réponde plus strictement encore aux conditions qui président à la régularité d'une opération de délégation.

- La délégation de signature

Dans le cas de la délégation de signature ou de l'autorisation de signer, l'autorité administrative investie, par le texte, de la compétence ne délègue nullement l'exercice de cette compétence. L'autorité administrative continue d'exercer sa compétence. Toutefois, l'autorité administrative compétente autorise, pour des raisons pratiques, un subordonné à signer « sur ordre » ou « par ordre » la décision – autrement dit : l'AAU – que cette autorité a prise. La vérification qui sera opérée par l'autorité de contrôle à propos de l'AAU pris « sur ordre » ou « par ordre » consistera donc, ici, à se demander si l'autorité administrative compétente a elle-même usé de sa compétence.

2 – Les limites d'ordre territorial

Il faut partir de la constatation que la compétence n'est pas seulement matérielle. Pour le dire autrement, la compétence ne correspond pas seulement à un objet, à une question, comme, par exemple, l'aménagement des voiries communales. La compétence s'exerce dans un ressort territorial précis, au-delà duquel l'action administrative est, par hypothèse, conduite de façon irrégulière.

Des ressorts territoriaux, il en existe un certain nombre : le territoire national – il y en a un. Les territoires régionaux – il y en a trois. Les territoires communautaires – ce sont les régions linguistiques donc 4. ...

Les autorités qui ressortissent à ces différentes collectivités sont tenues d'adopter des AAU applicables dans le ressort territorial correspondant et qui, partant, règlent des questions, des situations ou des statuts personnels localisés ou localisables dans ces ressorts territoriaux.

Ex : le conseil communal d'Arlon ne saurait prendre un règlement de police applicable, non seulement dans le ressort territorial de la ville, mais encore dans le ressort territorial de communes avoisinantes, par exemple Habay-la-Neuve.

3 – Les limites d'ordre temporel

a – Le respect de certains délais

- Le texte ne prévoit pas de délai

Dans l'hypothèse où le texte ne prévoit pas de délai, l'AAU peut être pris sans limites de temps. Autrement dit : à tout moment. Il existe toutefois un tempérament à la règle. Au cas où la compétence est obligatoire en d'autres termes ; au cas où l'autorité administrative est tenue de statuer, la décision doit intervenir dans un délai raisonnable. A un agent ne peut l'être que dans un délai raisonnable, c'est-à-dire au plus tard dans les mois qui suivent les faits qui sont à l'origine de la sanction.

Ex : en droit de la fonction publique, la sanction disciplinaire qui serait infligée

- Le texte prévoit un délai

L'AAU doit respecter le délai. Pour prendre l'AAU il faut respecter le délai. Comment la limite est-elle atteinte ?

La computation du délai

Si le texte fixe un délai, il doit être calculé à partir du lendemain du jour de l'acte ou de l'évènement qui le fait courir peu importe qu'il s'agisse ou non d'un jour férié. (*dies a quo non computatur*). Le délai expire le jour ultime qui est inclus dans le délai peu importe qu'il s'agisse d'un jour férié (*dies ad quem computatur*). C'est la décision seule qui doit être prise dans le délai pas la notification.

Ex : l'autorité administrative se voit assigner un délai de 30 jours pour l'exercice de sa compétence. Le 30^{ième} jour est comptabilisé dans le délai, même s'il s'agit d'un jour férié. Pour l'exprimer autrement, une autorité administrative qui prendrait sa décision un dimanche respecterait la limite temporelle ainsi établie pour exercer sa compétence.

L'on souligne que, s'agissant du *dies ad quem*, il peut arriver (c'est souvent le cas) que le texte prévoit que, si le dernier jour du délai est un samedi, un dimanche ou un jour férié légal, l'expiration du délai est alors reportée au plus prochain jour ouvrable qui se présente après ce qui devait être le dernier jour.

Ex : le dernier jour est le samedi 29 avril. Dans ce cas, le délai est reporté au mardi 2 mai puisque le dimanche 30 avril est un jour férié

et le lundi 1^{er} mais un jour férié légal. Un texte qui établit ce type de dérogations est l'article 176, dernier alinéa du décret de la région wallonne du 11 mai 1999 « sur le permis d'environnement ».

En règle, c'est la décision seule qui doit être prise dans le délai mais il peut advenir que le texte exige, en outre, que la notification intervienne dans le délai.

L'incidence du dépassement du délai

Par hypothèse, l'autorité administrative a statué en dehors du délai. Deux hypothèses :

- Soit le texte définit la sanction infligée prise hors délai : nullité – l'approbation de ce qui était demandé par le citoyen à l'autorité administrative nonobstant l'éventuel refus par l'autorité administrative – refus d'approbation.
- Soit le texte ne définit pas la sanction. Dans ce cas on se demande si l'autorité exerce une compétence facultative ou obligatoire. Elle n'est pas tenue de statuer. Dans ce cas elle exerce sa compétence dans un délai déterminé au-delà duquel l'autorité administrative est purement et simplement dessaisie.

Ex : la tutelle ordinaire générale d'annulation est exercée en région wallonne par le gouvernement wallon, poursuites et diligences du Ministre ayant la tutelle dans ses attributions. La tutelle ordinaire générale d'annulation est facultative. Autrement dit, le gouvernement wallon n'est pas tenu – ce serait, du reste, impossible en pratique – de vérifier la régularité et la conformité à l'intérêt général de l'intégralité des actes administratifs unilatéraux posés par les collectivités locales.

Si à l'expiration du délai qui lui est assignée, l'autorité de tutelle n'a pas statué elle est dessaisie. Et si elle décide d'annuler au-delà du délai qui lui était imparti, l'AAU que constitue la décision d'annulation de l'autorité de tutelle est irrégulier.

Si le texte ne prévoit pas de sanctions, on a longtemps considéré que le dépassement du délai n'avait aucune incidence sur la compétence de l'auteur de l'acte. L'autorité administrative demeurerait compétente. Une disposition a été intégrée dans les lois coordonnées sur le conseil d'Etat (article 14§ 3) qui permet au citoyen, dans le respect de certaines conditions, d'adresser à l'autorité administrative une MED qui laisse à l'autorité administrative un ultime délai pour statuer. Au-delà de ce délai, le silence de l'administration équivaut à un AAU de refus.

b – L'interdiction des actes in extremis

Quand l'autorité est désinvestie, elle ne peut plus exercer la compétence pour laquelle elle avait été investie. Entre ces deux moments (investiture et désinvestiture) l'autorité administrative exerce toutes ses compétences. Toutes sauf une, les actes in extremis, acte anticipatif. Il n'est pas admis en jurisprudence, qu'une autorité administrative prenne des décisions qui ne sont pas guidées par l'intérêt général et sont constitutives d'un excès de compétence. Le but visé est seulement d'emmerder le suivant. En général si l'acte est in extremis, cela peut se doubler d'un détournement de pouvoir. Le simple fait de prendre un fait in extremis n'engendre pas forcément le fait de l'avoir engendré dans un intérêt privé.

Ex : Le plus courant est la nomination de son conjoint qui serait éventuellement possible mais qui n'est fait que pour être sur.

Figure des affaires courantes, ce sont les seules affaires qu'un gouvernement peut exercer entre le moment où les assemblées sont dissoutes et le moment de la désinvestiture de ce gouvernement. Durant cette période qui dure quelques semaines. Pour la raison que le gouvernement n'est plus contrôlé politiquement, il ne peut plus tout faire. Ces affaires courantes, il en existe de trois ordres. Il y a les affaires qui doivent être réglées au quotidien (bénignes), les affaires en cours qui ne sont pas bénignes et il y a enfin les affaires urgentes.

Les affaires courantes constituent aussi une limite d'ordre temporel à la compétence de l'autorité administrative, puisqu'elle impose à l'autorité de ne pas régler que certaines affaires, pas toutes, durant une certaine période. Une différence avec les actes *in extremis* tient dans le fait que la limitation aux affaires courantes ne vaut pas pour toutes les autorités administratives, mais pour les seules autorités administratives qui correspondent à des gouvernements.

[27/03/2009]

Alinéa 2 – Les formes et les formalités

A – Les formes et formalités précédant l'adoption de l'acte administratif unilatéral.

1 – Les propositions et avis

Les propositions et avis constituent des catégories de formalités extrêmement rependues. La distinction entre les unes et les autres n'est pas toujours aisée à pratiquer. Les textes usent, en effet, régulièrement d'une terminologie souvent

ambigüe, qui parle de l'une pour désigner l'autre, et inversement. Par ailleurs, il existe différentes catégories d'avis dont la portée est loin d'être comparable.

a – Les propositions

C'est une formalité de procédure qui contient l'expression d'une opinion. Elle émane soit d'un individu soit d'un organisme (privé ou public). Si la proposition est relative à une personne c'est une présentation. Elle a un caractère contraignant pour l'autorité administrative investie du pouvoir de décision, celle qui en bout de course va prendre la décision.

Deux conséquences :

- L'autorité administrative ne peut statuer qu'une fois que la proposition a été émise de façon régulière ou en tout que l'AAU soit régulier en bout de course. Elle est régulière lorsque les règles qui président au fonctionnement de l'organe ont été respectées.

Ex : une présentation à une nomination n'est régulière que si la personne ou l'organe consulté a été en mesure de procéder et a réellement procéder à un examen comparatif et a observer les titres et mérites des candidats.

- L'autorité administrative qui prend la décision doit suivre la proposition qui lui est faite. Si elle se dit que la présentation est mauvaise et qu'elle ne convient pas alors elle doit seulement dire qu'elle ne décide pas mais elle ne peut pas prendre de décision en méconnaissant la proposition. Dans le cas contraire l'acte est violé.

Bien retenir le caractère contraignant. Si la proposition peut se limiter à dire voilà telle opinion alors l'autorité doit la suivre si pas elle ne peut pas décider. Par ailleurs, on peut essayer de trouver une alternative. Par exemple 3 candidats à une promotion désignés par l'autorité parmi tous les candidats présents. Si la proposition donne un ordre de préférence l'autorité ne doit pas suivre cet ordre mais elle doit prendre le candidat dans les 3 de la présentation.

b – Les avis

Il existe différentes catégories d'avis dont la portée est juridiquement différente. C'est lui aussi une formalité de procédure comprenant l'expression d'une opinion. L'avis peut émaner d'une personne physique ou d'un organe privé ou public. L'avis en tantôt obligatoire en ce sens que l'autorité administrative du pouvoir d'administration est tenue de le requérir, de le demander. Tantôt facultatif parce que l'autorité peut spontanément le solliciter. Pour le savoir il faut toujours se référer au texte.

- L'avis n'est pas contraignant sauf s'il s'agit d'un avis conforme

En principe il ne lie pas l'autorité qui a procédé à la consultation elle dispose de l'entière liberté décisionnelle. Elle peut suivre l'avis ou non.

Ex : dans le CWATUP la délivrance d'un permis d'urbanisme pour faire des travaux sur un monument requiert un avis simple de la part du fonctionnaire délégué de la Région. Même si l'avis n'est pas favorable l'autorité qui délivre le permis, la commune peut le délivrer même si l'avis n'est pas favorable.

Ex : Dans la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, la commission d'accès aux documents administratifs rend un avis qui peut ne pas être suivi par l'autorité administrative à qui la demande d'accès est faite. Le citoyen doit solliciter l'avis et demander de revoir la décision au même moment. Si cet avis n'est pas rendu dans le délai imparti, la loi prévoit ni plus, ni moins que l'avis est « négligé ».

Si, en revanche, l'avis qui doit être recueilli est – précise le texte qui le requiert – un avis « conforme » alors les choses sont très différentes. L'avis conforme constitue, en effet, une autorisation. Pour l'exprimer autrement, l'autorité administrative investie du pouvoir de décision ne peut statuer que dans le sens de l'avis. Elle ne peut aller à l'encontre de cet avis. C'est le motif pour lequel on parle d'avis conforme.

Il existe une échappatoire pour l'autorité administrative qui ne partage pas l'avis qui lui a été remis et qui est un avis conforme. L'échappatoire, c'est ne pas décider. Si l'autorité administrative investie du pouvoir de décision ne partage pas l'avis qui lui a été remis, le seul moyen d'éluder régulièrement cet avis revient à choisir de ne pas décider, à tout le moins de ne pas décider tout de suite et de recommencer une nouvelle procédure consultative plus tard, en espérant disposer d'un autre avis conforme, au contenu plus conforme avec ce que l'autorité souhaite.

Ex : dans le COBAT (code bruxellois d'aménagement du territoire) il est permis que pour la délivrance de permis pour des travaux sur des monuments, l'avis sollicité requiert l'avis **conforme** du fonctionnaire délégué de la Région bruxelloise (contrairement au CWATUP). Le mot conforme on ne le retrouve pas tel quel dans le texte. Il faut lire le texte et soit l'avis est rendu contraignant ou pas.

- L'avis doit en toute hypothèse être régulier

Pour être régulier, l'avis doit répondre à 4 conditions : il doit être demandé et obtenu avant la décision (pas de sens après) une autorité administrative pourrait prendre la décision si l'autorité qui doit donner l'avis ne le fait pas. Cet avis doit être demandé et obtenu avant la décision. Il doit émaner de la personne ou de l'organe compétent. S'il est collégial l'organe doit être valablement composé. Le texte de la décision projeté ne doit pas être soumis à avis mais ce sont les questions que pose l'affaire qui doit donner lieu à la décision. L'idée est que la personne ou que l'organe consulté doit pouvoir statuer en connaissance de cause. Il faut aussi disposer du temps nécessaire pour réfléchir. Le projet de décision n'est nullement indispensable.

Ex : les modifications qui touchent aux statuts des fonctionnaires doivent être soumises à la négociation ou à la concertation syndicale le cas échéant. Une telle consultation n'implique nullement de soumettre au comité les textes des avants projets d'arrêtés.

Il y a un cas dans lequel le texte doit impérativement être soumis c'est lorsque l'organe consulté est la SLCE. Ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une exception mais c'est parce que l'objet même de la consultation est la qualité légistique et juridique du texte. Ce n'est pas tellement une exception mais c'est une situation particulière. En dernière condition, l'avis doit être suffisamment complet pour que l'autorité puisse décider. Si l'avis n'est pas rendu dans des conditions régulières, ou si l'avis n'est pas rendu.

- Dans certaines hypothèses, l'irrégularité de l'avis est sanctionnée.

Avis rendu irrégulièrement = il est requis dans le seul intérêt de l'administration. C'est l'avis que l'on va solliciter uniquement dans l'intérêt de l'administration n'est pas considéré comme une formalité substantielle. En l'occurrence qu'il soit requis dans des conditions irrégulières ou qu'il n'ait pas été requis alors cela n'a pas d'importance sur le plan du droit. L'AAU n'est pas entaché d'irrégularité.

Ex : l'avis de l'inspection des finances qui doit être donné pour tous les AAU qui impliquent une dépense est considéré à tort ou à raison par la jurisprudence du CE comme étant un avis sollicité dans le seul intérêt de l'administration. Mais c'est un avis qui n'est pas considéré comme substantielle. L'AAU pris à la suite de cet avis non rendu ou irrégulier n'est pas déclaré irrégulier pour autant.

L'avis requis dans le seul intérêt de l'administré ou dans l'intérêt conjoint de l'administré et de l'administration est, pour sa part, qualifié de substantiel. En conséquence, l'AAU qui serait pris soit sur le fondement d'un avis substantiel

irrégulier soit sans qu'un tel avis ait été recueilli sera déclaré irrégulier et partant sera censuré.

Ex : L'avis de la SLCE est dit comme un avis substantiel par la SCACE et même en l'occurrence d'ordre public c'est-à-dire dont l'irrégularité peut être soulevée d'office par le juge.

Obligatoire = il doit être sollicité. Facultatif = il peut être sollicité. Une toute autre caractéristique est de savoir si l'avis est ou non substantiel. Substantiel est de savoir s'il a été imaginé dans l'intérêt de l'administration uniquement ou pas.

2 – Le respect des principes de bonne administration (TUYAU)

Sous l'influence du droit public des Pays-Bas, la jurisprudence belge (notamment celle de la SCACE mais pas seulement) a consacré des principes généraux de bonne administration qui constituent autant de formalités obligées pour l'auteur d'un AAU.

L'on présente ces principes en les groupant en deux catégories :

- La première catégorie contient un certain nombre de principes qu'il convient de respecter préalablement à l'adoption de l'AAU pour que **formellement** cet acte soit régulièrement élaboré. C'est le principe dit du Fair-play.
- Il existe une seconde catégorie qui contient un certain nombre de principes de bonne administration qu'il convient de respecter préalablement à l'adoption de l'AAU pour cette fois que **matériellement** cet acte soit régulièrement adopté. C'est le principe de dit de préparation avec soin de l'AAU.

a – Le principe du fair-play

- Les droits de la défense

Les droits de la défense est un principe d'ordre public. Le principe s'applique, d'abord, en justice, quel que soit l'objet du litige.

Les droits de la défense et *audi alteram partem* se ressemblent mais ce sont des cousins. Ces deux principes ne s'appliquent pas aux mêmes hypothèses.

- Dans quelles circonstances s'applique le principe ?

Il doit être respecté dans deux ordres de circonstances : en justice quelque soit l'objet du litige (dans le cadre du contentieux législatif notamment). Dans un deuxième temps en cas de sanction disciplinaire. Nous ne sommes pas dans le cadre d'un cours de droit judiciaire.

En conséquence, il s'applique notamment dans le cadre du contentieux administratif. Son respect doit donc être assuré devant quelques juridictions administratives que ce soit – y compris devant la SCACE – mais aussi devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Il bénéficie en ce cas à chacune des parties au procès.

Le principe s'applique par ailleurs en matière disciplinaire. C'est alors au profit de la personne qui est poursuivie disciplinairement.

- Qu'implique le principe général des droits de la défense dans le cadre des poursuites disciplinaire ?

Il implique dans ce contexte trois séries d'exigence. Premièrement, la personne qui est poursuivie disciplinairement doit être en mesure de présenter sa défense par écrit et/ou oralement. L'exercice de ce droit à comme corollaire le droit d'être assisté de l'avocat de son choix ou plus généralement de la personne de son choix. Deuxièmement, pour pouvoir présenter utilement sa défense, l'intéressé doit être informé suffisamment à temps de l'ensemble des faits qui lui sont reprochés et d'avoir accès au dossier administratif. Il doit aussi être convoqué à l'audition disciplinaire. Ces différentes formalités sont nécessaires sont fondamentales et ne sont régulièrement accomplies que si elles ont été faites par écrit. Troisièmement, l'intéressé pour assurer sa défense peut demander que des témoins soient entendus en sa présence. Le non respect d'une seule de ces formalités entache irrémédiablement l'AAU qui va constituer la sanction d'irrégularité. L'AAU qui est donc irrégulier parce que ne respecte pas l'une des ces formalités devra être annulé ou écarté d'application sur ase de l'article 159 de la constitution.

- Le principe *audi alteram partem*

Principe d'audition préalable se distingue des droits de la défense de deux manières. Il ne s'applique pas dans les mêmes circonstances et n'impliquent pas autant de formalité.

- Dans quelles circonstances s'applique le principe ?

Il s'applique lorsque l'autorité administrative risque de prendre une décision qui s'avère défavorable pour l'intéressé en raison du comportement personnel de ce dernier mais sans constituer une sanction. Le plus souvent l'intéressé est un fonctionnaire.

Ex : le principe s'applique concernant le licenciement d'un stagiaire (Attention ce n'est pas une SANCTION). Le stage peut être réussi mais il peut aussi être non probant, c'est à cela qu'il sert. Dans ce cas, le licenciement du stagiaire est considéré comme une mesure qui pour être valablement prise doit respecter le principe *audi alteram partem*.

Ex : licenciement pour inaptitude professionnelle.

Ex : suspension disciplinaire dans l'intérêt du service. Il faut avant de le suspendre respecter le principe. Dans le cadre de la procédure qui va conduire éventuellement à sa révocation alors seront protégés les droits de la défense mais avant c'est le principe *audi alteram partem*.

Contre exemple : l'audition préalable n'est pas nécessaire pour le cas d'une promotion. Dans le cas d'une promotion il y a plusieurs candidats et on en retient qu'un. La mesure n'est pas défavorable donc pas de respect du principe *audi alteram partem* qui s'applique lorsque la situation est défavorable.

Nuances :

- Le principe peut parfois également s'appliquer lorsque l'autorité administrative prend un AAU défavorable aux citoyens contrairement à l'idée de principe qui dit qu'il s'applique à un fonctionnaire.

Ex : suspension d'une autorisation d'un service de taxi. Le service n'est pas un fonctionnaire mais ce service implique une autorisation des pouvoirs publics. Dans ce cas, on applique le principe avant de suspendre l'autorisation.

Ex : retrait d'une autorisation de terrasse pour les restaurants en juillet & août. C'est une mesure défavorable au restaurateur. On applique le principe

Ex : retrait d'une subvention à un établissement d'enseignement libre ; c'est défavorable, on applique le principe

- Lié au comportement personnel = ce n'est pas toujours le cas. Pour ce qui concerne les sanctions et les droits de la défense c'est tjrs le cas. Ici c'est un principe qui ne s'applique pas seulement pour le comportement personnel. La SCACE a déjà admis l'application du principe en d'autres circonstances ; c'est alors sous l'angle de la préparation avec soin des AAU. En d'autres termes l'idée est alors que l'audition préalable de celui qui s'apprête à se

voir infliger la sanction pour que l'autorité sache prendre sa décision en connaissance de cause.

Ex : arrêt Lobijn du 30 janvier 1974 la SCACE considère qu'en matière de décision prises par le bourgmestre en matière de maison inhabitable, le bourgmestre doit être avisé par le propriétaire de l'immeuble avant de la rendre inutilisable. Ce n'est pas forcément lié au comportement de la personne visée par la mesure.

- Le principe s'applique lorsque la compétence de l'autorité est discrétionnaire, c'est-à-dire lorsqu'elle dispose d'une marge d'appréciation. Ce principe ne s'applique pas lorsque la compétence de l'AA est liée, lorsqu'elle est tenue de prendre une décision qui va dans un sens ou dans l'autre en fonction des conditions du texte réunies ou non. Dans ce cas, l'audition préalable ne changera rien à la décision. La décision est fondée sur une compétence liée donc pas de pouvoir pour l'administration.

- o Qu'implique le principe ?

Il est moins contraignant que les droits de la défense. Cette affirmation est de moins en moins exacte. Il ne requiert aucun formalisme strict. Fondamentalement les garanties sont identiques.

Ex : Il n'est pas obligatoire d'écrire qu'on auditionne quelqu'un il suffit de le faire.

Pour une question de preuve il vaut mieux le faire par écrit mais ce n'est pas réclamé. La SCACE admet qu'on passe outre ce principe ce qui n'est pas le cas pour les droits de la défense en matière de sanction administratives.

Ex : Si l'autorité administrative doit agir rapidement au nom de la nécessité du service. Si l'urgence est démontrée on peut se passer *d'audi alteram partem*. Pour cela il faut évidemment motiver l'urgence. Cela n'est pas possible pour les droits de la défense. Si on vise dans une requête en annulation l'un au lieu de l'autre alors le moyen est irrecevable.

- L'impartialité de l'autorité administrative

L'exigence d'impartialité n'est pas seulement une composante du principe de fair-play. Elle est aussi consacrée dans diverses règles de droit international. En particulier, cette exigence est consacrée à l'article 6 §1^{er} de la CEDH.

- Dans quelles circonstances s'applique le principe de l'impartialité de l'autorité administrative ?

L'exigence d'impartialité est aussi consacrée dans diverses règles de droit international. Notamment l'article 6 CEDH, PIDCP article 14. « Toute personne a

droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ». Le principe s'applique d'abord et avant tout aux juges quel que soit l'ordre juridictionnel auquel ils appartiennent, autrement dit qu'ils ressortissent à l'ordre des juridictions judiciaires ou à l'ordre des juridictions administratives. Premièrement l'AA est tenue de consulter une autorité collégiale dont l'un des membres serait directement intéressé par la décision à prendre. En matière disciplinaire dans laquelle il conviendrait de procéder à une procédure inspirée de la procédure juridictionnelle. Celui qui a soutenu la décision ne peut délibérer. Il ne saurait exister d'apparence de partialité dans le chef de celui dont le principe d'impartialité est applicable. Il n'est pas besoin de devoir prouver en l'espèce que tel ou tel a manqué d'impartialité ou qui va le faire. Il suffit de démontrer qu'on peut craindre objectivement que tel ou tel qui manque d'impartialité.

Ex : en matière de fonction publique, l'affaire est portée devant la SCACE. Il y a des postes de commissaire de gouvernement. Ce sont des hauts fonctionnaires dans des organismes d'intérêts publics. Ce sont des paras communautaires. Des nominations ont lieu sur la base de la comparaison des titres et mérites par le ministre. L'un des candidats est le chef de cabinet de son ministre. Le ministre comme par hasard classe son chef de cabinet parmi les 85 candidats qui se sont présentés. Il était peut être le meilleur mais l'autorité qui le dit pourrait donner l'apparence de ne pas être impartial. Cela a conduit l'auditeur du conseil d'Etat à dire que : à son estime cela doit être annulé. C'est actuellement la position de la SCACE. Il s'agit d'une impartialité objective.

L'impartialité subjective est acceptée lorsque l'on démontre que l'impartialité a été de mise. L'apparence doit être certaine. Techniquement il ne doit pas y avoir d'impartialité démontrée.

○ Qu'implique ce principe ?

Le principe d'impartialité requiert qu'il ne saurait exister d'apparence de partialité dans le chef de celui ou de celle à qui le principe d'impartialité est applicable. En d'autres termes, il n'est pas besoin de devoir prouver, en l'espèce, que tel ou tel a manqué – ou va manquer d'impartialité au sujet du destinataire de l'AAU qui s'apprête à être pris. Il suffit de démontrer qu'on peut craindre objectivement de tel ou tel qu'il manque d'impartialité.

Une telle exigence d'impartialité est qualifiée d'impartialité objective, en ce que l'apparence objective de partialité suffit à violer le principe. Par opposition, on parle d'impartialité subjective lorsque, pour que le principe en cause soit enfreint, il s'impose de démontrer que la partialité a effectivement été de mise dans le processus qui a conduit à l'adoption de l'AAU.

[02/04/2009]

b – le principe de la préparation avec soin des AAU

L'AA doit prendre l'AAU en pleine connaissance de cause. L'AA est tenue avant de décider, d'adopter son acte de s'informer. La SCACE dans un arrêt du 23 février 1966 a consacré cette exigence dans les termes suivants : « le devoir de soin impose l'autorité d'agir avec soin lorsqu'elle enquête à propos de faits et de veiller à ce que toutes les données utiles lui soient fournies afin que sa décision puisse être prise à la suite d'une appréciation convenable de toutes les données utiles à la cause ». L'AA doit statuer en pleine connaissance de cause s'applique pour les AAUI et les AAUR. Deux conséquences :

- Pour être parfaitement informée avant de décider l'AA peut dans certains cas être tenue de donner au destinataire de l'AAU l'occasion de donner son point de vue.

Ex : lorsque l'AA doit prendre une mesure grave elle est tenue d'auditionner la personne destinataire de la mesure. C'est le seul moyen de s'informer de manière complète des circonstances de fait et de droit.

Ex : il en a été jugé de même à propos d'une décision de refus relative à une demande de permis de bâtir qui n'avait pas amené l'AA à donner au demandeur de permis l'occasion de donner des explications ou preuves supplémentaires quant à la situation de fait qu'il fallait – de toute évidence – connaître, pour être pleinement – et donc régulièrement – informé.

- L'autorité doit compléter son information en ayant recours à des experts.

Ex : Le CE a considéré qu'une AA pouvait régulièrement écarter l'existence de certificats médicaux produits par un fonctionnaire pour prendre à son égard une mesure, une appréciation différente du médecin consulté par ce fonctionnaire. Pour ce faire, l'autorité ne peut le faire qu'après avoir été éclairée par un autre avis médical, en l'espèce l'avis du service de santé administratif.

Ex : Le CE a déjà considéré que si l'évolution des offres remises par les différents candidats nécessitent une appréciation délicate et qu'elle n'est pas en mesure de se positionner avec certitude alors il faut prendre des informations auprès des experts.

3 – L'enquête publique

Il n'est pas sans intérêt de recueillir les réactions que suscitent la décision qu'elle s'apprête à prendre auprès du public. Pour se faire, l'autorité organise une enquête qui la conduit à informer le public en cause et qui va lui permettre de réagir sous certaines formes et dans un certain délai.

a – Dans quelles circonstances doit-on procéder à une enquête publique ?

L'AA doit procéder à une enquête publique lorsqu'un texte exprès le requiert. Ce type de formalité est souvent appliqué dans l'urbanisme et l'environnement.

Ex : La tenue d'une enquête publique est requise par l'article 43 CWATUP pour adopter des plans de secteur, à savoir les plans qui comportent la détermination des différentes affectations du territoire ainsi que le tracé existant et projeté du réseau des principales infrastructures de communication et de transport de fluides et d'énergie (article 23 CWATUP).

Il peut advenir que l'AA tienne une enquête sans y avoir été contrainte par un texte. Le recours à l'enquête n'est pas irrégulier mais l'AA sera obligé de respecter les exigences inhérentes à l'EP. Certains textes prévoient cette latitude de l'AA.

Ex : Article 4 CWATUP + article 6 COBAT.

b – Qu'implique la formalité de l'enquête publique ?

Elle impose des obligations à l'autorité administrative qui organise l'enquête.

- Les obligations relatives à la tenue de l'enquête

Premièrement, l'autorité administrative doit rendre cette enquête effective. Cela entraîne d'autres conséquences. L'enquête doit avoir lieu en temps utile. Le public doit disposer de l'information et du temps nécessaire pour réagir. L'enquête ne doit pas avoir été organisée dans un moment trop éloigné du moment où est pris l'AAU.

Deuxièmement, l'AA doit procéder à une enquête publique respectueuse des formes et des formalités qui sont imposées pour la tenue de l'enquête publique. Il peut s'agir de conditions de délai. En général on impose que l'information transmise au public donne lieu à une réunion préalable d'information et, en tout cas, au dépôt, à la commune, du dossier administratif.

Condition de forme = les réclamations du public doivent avoir lieu par écrit. Certains textes, plus récents, prévoient une réunion de concertation qui réunit l'administration et le public.

Ex : délivrance du permis d'urbanisme en région bruxelloise. On souhaite construire un immeuble de bureaux. On dépose une demande de permis. On déroge à un certain nombre de plan. La

demande doit donc être soumise à une enquête publique. Elle va avoir lieu après le dépôt de la demande. Si ça tombe pendant les vacances scolaires alors il faut prolonger le délai d'enquête. Dans le délai on peut aller consulter le dossier administratif. Suite à l'enquête il y aura une commission de concertation qui regroupe les représentants des différentes administrations.

- Les obligations qui incombent à l'autorité après l'enquête

L'autorité administrative est tenue par une série d'obligations :

- Il s'agit pour l'AA de devoir tenir compte de l'avis de l'EP.
- Il s'agit pour l'AA de devoir motiver la décision adoptée suite à l'EP en raison du résultat de celle-ci
- Elle doit aussi communiquer la décision adoptée à la suite de l'EP
- Il s'agit de devoir le cas échéant recommencer l'EP si le projet initialement soumis est modifié entre la tenue de l'EP et la décision.

Ex : dans le même exemple. L'AA va devoir tenir compte des remarques des riverains. Elle va devoir motiver pourquoi elle autorise le bâtiment malgré les griefs ou pourquoi elle le refuse. Cela permet le cas échéant de l'attaquer devant les instances compétentes. S'il modifie le projet en voulant construire des appartements en plus petit nombre alors l'AA devra recommencer la formalité de l'EP.

4 – L'accès aux documents administratifs

L'examen des principes de bonne administration et l'EP on permet d'observer que le citoyen pouvait ou devait être consulté et ce que cela impliquait pour lui. Il faut recevoir le citoyen pour respecter les formalités. L'article 32 de la Constitution érige en droit fondamental l'accès aux documents administratifs appelé aussi transparence administrative.

En exécution de l'article 32, des législations ont été prises à différents niveaux de pouvoirs. C'est du copier coller de texte en texte.

- La loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration
- Décret wallon du 30 mars 1995 et l'ordonnance de la région de Bruxelles capitale du 30 mars 1995
- Décret de la communauté française du 22 décembre 1994 et le décret flamand du 26 mars 2004 et le décret de la communauté germanophone du 16 octobre 1995
- Aux niveaux provincial et communal, la loi du 12 novembre 1997 « organisant la publicité de l'administration dans les provinces et les

communes », en sachant que, depuis la réforme de la Saint-Polycarpe, la matière é été régionalisée, et que la loi n'est formellement plus applicable qu'en Région Bruxelloise. Le transfert de compétence à valu à la Région wallonne d'intégrer les dispositions relatives à la publicité de l'Administration dans les provinces et les communes, dans le code de la démocratie locale et de la décentralisation du 22 avril 2004, qui constitue aujourd'hui le siège de l'ensemble des prescriptions applicables, en Région wallonne, à des propos des pouvoirs locaux. La Région wallonne a ainsi profité pour intégrer des règles en matière de publicité relatives aux intercommunales. Elles forment le titre VI du Livre V de la première partie du code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation.

Ces différents textes se ressemblent tous en termes contenus = exigence de publicité active et exigence de publicité passive.

Publicité active = démarche dans le chef de l'AA d'être proactive. C'est l'obligation d'informer clairement et objectivement les citoyens de l'action administrative qui est menée.

Ex : loi du 11 avril 1994. Article 2 al. 1 3° : toute correspondance émanant d'une AA indique le nom, l'adresse etc. de la personne qui est en mesure de fournir plusieurs informations sur le dossier.

Ex : article 2 al. 1 4°

Publicité passive = c'est le droit pour tout citoyen de consulter sur place les dossiers et dans recevoir une copie. Il peut aussi en recevoir les explications.

Cinq précisions :

- La consultation d'un document administratif a lieu sur demande écrite. Elle doit indiquée clairement la manière concernée et si possible les documents administratifs concernés
- Le demandeur doit justifier d'un intérêt pour un document à caractère personnel. Pour cela il faut consulter l'article 2, 3° de la loi du 11 avril 1994. C'est un document qui porte un jugement de valeur sur personne physique identifiée ou identifiable (article 1^{er} al. 2 3° de la loi du 11 avril 2004)

Ex : le rapport hiérarchique d'un fonctionnaire

- L'autorité administrative est tenue de rejeter la demande si l'intérêt de la publicité ne l'emporte sur la protection de l'un des intérêts consacrés comme étant supérieurs par la loi, le décret ou l'ordonnance

Ex : Dans la loi du 11 avril 2004, la sûreté ou la défense nationales, la sécurité de la population, la recherche ou la poursuite de faits punissables

Dans ces différentes hypothèses, l'administration doit procéder à une pesée des intérêts en présence.

- L'administration est tenue de rejeter la demande si le document requis porte atteinte soit à la vie privée (sauf si la personne concernée a donné préalablement son accord) soit à une obligation de secret instaurée par la loi ou au secret des délibérations du gouvernement fédéral.

Ex1 : en termes d'atteinte à la vie privée, le contenu du dossier disciplinaire, duquel il résulterait des faits commis en dehors de l'exercice de ses fonctions, ne saurait en aucun cas donner lieu à la publicité

EX2 : en termes d'obligation du secret instaurée par la loi, l'article 337 du Code des impôts sur les revenus impose le secret absolu aux fonctionnaires du département des finances, en dehors de l'exercice de leurs fonctions. Il en résulte que le dossier d'un contribuable ne saurait être communiqué à un tiers de l'administration, à l'exception de l'intéressé lui-même.

Ex 3 : en termes de délibérations du gouvernement fédéral, le CE a déjà eu l'occasion de juger qu'un avant projet de loi, délibéré en Conseil des ministres, ne pouvait pas être divulgué, fût ce à un parlementaire.

Dans ces hypothèses-ci, l'administration n'a pas opéré une pesée des intérêts. Si elle observe qu'il y a une contradiction entre la publicité et l'une des trois garanties reconnues automatiquement comme plus forte, l'administration doit refuser l'accès aux documents administratifs sollicités.

- L'AA peut rejeter la demande si celle-ci concerne un document administratif dont la divulgation peut être source de méprise, dans la mesure où ce document serait inachevé ou incomplet

Ex : un avant-projet d'aménagement de trottoir

Le non respect de la formalité d'accès aux documents administratifs, pris isolément, n'entache pas, en tant que tel, l'AAU d'irrégularité, sauf lorsqu'il empêche le respect des principes de bonne administration ou il

empêche le citoyen de participer en connaissance de cause à l'enquête publique.

- S'agissant de la publicité active, le fait d'omettre l'existence des voies de recours et le délai y relatif sur un AAU de portée individuelle a pour conséquence que le délai pour introduire le recours ne prend pas cours, sous la réserve de l'article 19 al. 1^{er} des lois sur le CE qui dispose que l'absence de la mention de l'existence du recours au CE a pour effet que les délais de prescription prennent ... quatre mois après que l'intéressé a pris connaissance de l'acte individuel.
- S'agissant de la publicité passive le refus d'accès aux documents administratifs peut donner lieu à une procédure de recours aux termes de laquelle le citoyen est appelé à devoir protester en deux temps.

Dans un premier temps, le citoyen doit adresser une demande dite de reconsidération à l'autorité administrative qui lui a jusqu'à présent refusé l'accès au document souhaité. Au même moment, il demande à une Commission - la Commission d'accès aux documents administratifs - d'émettre un avis relatif à la question de savoir si l'autorité est légalement tenue - ou non - de permettre la consultation du document administratif souhaité.

Avant même d'avoir reçu l'avis de la Commission ou, le cas échéant, après l'avoir reçu, l'AA est appelée à reconsidérer sa décision.

De deux choses l'une. Soit l'autorité administrative décide explicitement de réformer sa première décision. Dans ce cas, le citoyen reçoit, par hypothèse, le droit d'accéder aux documents convoités. Soit l'AA décide explicitement de confirmer sa première décision ou ne statue pas dans le délai imparti. Dans ce cas, le citoyen se trouve face à un refus - explicite ou tacite - d'accès au document administratif.

C'est ici qu'intervient le second temps. Face au refus, le citoyen peut introduire un recours en annulation devant la SACE, dans les 60 jours de la notification du refus, s'il est intervenu dans le délai, ou du terme du délai dans lequel l'AA était tenue de statuer, dans l'hypothèse où l'autorité aurait statué hors délai ou dans l'hypothèse où elle n'aurait tout simplement pas statué.

B – Les formes et formalités afférant à l'instrumentum de l'AAU

1 – L'AAU doit être écrit

En principe, l'AAU doit être écrit en principe. Cette exigence n'est pas consacrée en tant que telle par un texte mais dans la mesure où l'AA doit respecter des formalités relatives à l'instrumentum, il ne va *de iure*.

Ex : loi du 11 avril 1994 qui prescrit que lorsque l'AA n'a pas reconsidéré sa décision de refus d'accès aux documents administratifs, ce refus est susceptible devant la SCACE

Ex : article 14 § 3 LCCE : existence d'une décision implicite qui peut faire l'objet d'un recours devant la SCACE

Cette précision est de valeur législative. Les prescriptions relatives à l'instrumentum sont consacrées par des textes législatifs. Un texte doit au minimum être requis mais d'une valeur égale pour le refus.

2 – L'AAU peut et parfois doit comporter des visas

Le visa renvoie à la formalité destinée à autoriser à un étranger à arriver sur le territoire national. Ce n'est ce dont on parle ici. Les visas est une partie de l'AA où sont mentionnés les références aux textes dont l'AA constitue l'exécution et, le cas échéant, les formalités qui ont été suivies pour leur édicition.

Ex : projet d'arrêté du gouvernement et dans celui-ci il porte exécution d'un décret qui permet d'avoir des réductions à l'impôt des personnes physiques sur la base de centime additionnel. Article 6 et 9, vu l'avis de la SLCE qui a été donné en telle date, vu le décret portant création à ...

L'auteur de l'AAU n'est pas tenu de viser les textes qui servent de fondement et il n'est pas tenu de faire référence aux formalités de l'acte.

Ex 1 : l'article 3 LCCE exige que de l'AA qu'elle explique formellement pourquoi l'urgence qu'elle invoque est de nature à lui permettre d'éviter de soumettre son projet de texte – par hypothèse réglementaire – à la consultation préalable de la SLCE.

Ex 2 : l'article 22 de l'AR du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire.

Ex 3 : la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs exige notamment que l'auteur de l'acte administratif unilatéral de portée individuelle, précise sur quels fondements juridiques il a pris sa décision.

3 – L'AAU doit être motivé en la forme

Loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs. Elle contient 6 prescriptions :

- Les articles 1^{er} et 2 de cette loi imposent la motivation des actes administratifs unilatéraux de portée individuelle à l'exclusion de ceux de portée réglementaire. Elle n'est pas non plus requise par une autre loi. On trouve quand même quelques dispositions qui exigent qu'il soit quand même motivé. La motivation formelle s'impose pour les AAUI qui sont l'œuvre des autorités administratives. Donc donne possibilité d'un recours devant la SCACE. Ceux pris par exemple par la cour des comptes, etc. sont pris en compte. En revanche, ne sont donc pas compris dans ce champ les actes juridictionnels. L'acte pris par une cour ou par un tribunal dans la mission de juger, alors cet acte ne doit pas être motivé en la forme au sens de cette loi. Par ailleurs, ils doivent quand même être motivés sur une autre disposition mais sur base de l'article 149 de la constitution qui impose la motivation des jugements et arrêts.
- L'article 3 al. 1^{er} précise « que la motivation exigée consiste à l'indication dans l'acte des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision ». L'exigence ici requise est de transcrire tout le raisonnement de droit et de fait, c'est-à-dire le syllogisme qui sert de fondement à l'acte. Il y a une exception c'est la substitution de motifs. Le juge qui opère le contrôle de régularité de l'acte peut substituer des motifs qui n'y sont pas. cela est acceptable si on est face à une compétence liée et non une compétence discrétionnaire. Le résultat de la décision est lié par un texte.
- La motivation doit être adéquate. Sauf si le document annexé est référé au premier. C'est une question d'examen au cas par cas, cela dépend des circonstances dont lesquelles on se trouve. Premier grand principe, cette exigence impose une motivation qui devra être plus fournie si la compétence de l'autorité est discrétionnaire que si elle est liée. La compétence discrétionnaire confère à l'autorité administrative une marge d'appréciation. Il est important que l'autorité explique plus nettement les motifs de faits et de droit pour déterminer la décision qu'elle prend. Le deuxième grand principe est qu'on exclut les motivations qui comprennent des formules creuses ou stéréotypées, formules passe partout. Elles ne sont pas adéquates au sens de l'article 3. Ex : paiement de cotisation sociale. Elle se paie de trimestre en trimestre. La personne en cause commence son

commerce indépendant. Comme pas beaucoup de revenus, elle demande une exonération des cotisations sociales. Elle doit être demandée auprès d'une administration. qui rend une décision avec la formule suivante : lettre qui dit « le/la demandeur/demanderesse se voit refuser la demande d'exonération de cotisations sociales ». La motivation par référence est en principe interdite. On ne peut le faire que si l'avis est joint à la décision comme ça le destinataire de la règle peut avoir connaissance de l'avis référencé.

- L'article 5 de la loi dispose que l'urgence n'est pas un motif de non motivation. On n'est pas dispensé de la motivation de l'acte en cas d'urgence.
- L'article 4 de la loi précise que la motivation formelle ne s'impose pas dans 4 cas de figure : 1° les motifs en questions pourraient compromettre la sécurité intérieure de l'Etat. 2° la motivation porte atteinte à l'ordre public 3° la motivation violerait le droit au respect de la vie privée 4° violation du secret professionnel.
- C'est une loi résiduelle et déclare être le standard minimum en matière de motivation formelle. Si une disposition spécifique prévoit une motivation alors la loi ne s'applique pas si la motivation réclamée est plus exigeante. Si elle l'est moins alors la loi spécifique et la loi sur la motivation formelle s'applique.

4 – L'AAU ne doit pas être pourvu de la date et du lieu de son adoption TUYAU

Tout AAU de portée individuelle ou réglementaire est en principe pourvu de la date et du lieu de son adoption. La date est importante parce que c'est **au jour de l'adoption de l'acte** qu'il conviendra de se placer pour décider si l'acte ou non est régulier. Il faut voir si toutes les règles et tous les principes ont été respectés. Nuance : les lois rétroactives et les lois interprétatives prises par la suite sont censées être connues de l'administration qui est supposée avoir agit avant. Si la loi rétroagit, si l'acte ne la respecte pas alors tant pis l'acte est nul. L'irrégularité ne veut pas forcément dire la faute. Le principe est que toute irrégularité est une faute sauf le cas de l'erreur invincible (notamment le problème de l'application d'une loi rétroactive).

Le lieu n'est pas très important parce que de celui-ci ne dépend pas la régularité de l'acte ou quoique ce soit d'autre.

5 – L'AAU doit être signé, le cas échéant, contresigné

C'est encore autre chose. Le seing et le contreseing ont des répercussions sur la forme et sur le fond de l'acte. Sur le fond, à travers l'opération de signature et le cas échéant de contre signature, l'AA appose son accord sur un texte qui accède à l'existence juridique.

Article 106 de la Constitution : seule hypothèse d'un contreseing en Belgique.

En d'autres termes, les AAU du Roi que constituent les arrêtés royaux n'accèdent à l'existence juridique que par la double opération du seing et du contreseing, à la différence des autres AAU qui ne requièrent, pour exister, qu'un seing.

S'agissant de la forme, à travers cette opération, le destinataire de l'acte administratif unilatéral peut identifier l'AA qui a marqué son accord, qui est l'auteur de l'acte, et vérifier s'il s'agissait de l'autorité compétente.

Si tel n'est pas le cas, l'acte sera entaché d'un vice de régularité externe, à savoir l'incompétence de l'auteur de l'acte dont on a déjà parlé.

C – Les formes et formalités succédant à l'adoption de l'AAU

1 – La publication

Un AAU a par hypothèse été élaboré. Il a donné lieu à un instrumentum. Qu'est ce qu'on en fait ?

Publication = opération par laquelle un AAU est reproduit dans un journal ou dans un recueil officiel ou est affiché en vue d'être porté à la connaissance d'un large public. Néanmoins, il y a une fiction qui consiste à penser que même sans lire le MB on l'a lu. Il y a aussi le mémorial administratif de la Province ou encore affichage dans les communes. Ce sont différents modes de publicité. Au MB on publie les Actes de portée réglementaire pris à l'échelon fédéral, communautaire ou régional. Certains AAUI sont aussi publiés au MB mais seulement certains. Ex : en matière d'expropriation il y a un acte de valeur législative, il y a un AAUI qui autorise concrètement pour une parcelle déterminée à exproprier pour cause d'utilité publique doit être publié au MB par extrait

2 – La notification

La notification est l'opération par laquelle un AAU est adressée par voie épistolaire – le plus souvent par lettre recommandée à la Poste – en vue d'être porté à la connaissance individuelle de son destinataire.

C'est le mode de publicité auquel il est recouru par les AAU de portée individuelle, sauf si le texte en dispose autrement.

Une précision importante mérite d'être formulée. Ni la publication, ni la notification de l'acte ne constituent des formalités qui entraînent l'irrégularité de l'acte, si elles n'ont pas été accomplies.

Ces formalités ont pour conséquence l'inopposabilité de l'acte à celui qui n'en a pas eu connaissance. Cela ne veut pas dire qu'il est irrégulier. On ne peut pas l'imposer aux destinataires s'ils n'en ont pas eu connaissance. Si par exemple un arrêté royal de portée réglementaire n'a pas été publié au MB, l'acte individuel pris sur le fondement de cet arrêté ne saurait être régulier car l'arrêté royal n'a pas été porté à la connaissance du destinataire de l'acte individuel.

Article 2 – les exigences de légalité interne

Alinéa 1^{er} – L'objet

L'objet est ce qui est décidé, c'est le contenu de l'acte. C'est à partir de l'objet que l'acte se donne et donc par là, à partir de son contenu, que l'autorité compétente va pouvoir justifier cet acte. Dans le cadre de la détermination de son action, il est indispensable d'observer que l'administration dispose tantôt d'une compétence discrétionnaire, tantôt d'une compétence liée.

A – La compétence discrétionnaire

La marge d'appréciation peut varier. Elle peut être large ou réduite du moment qu'elle existe.

Ex : en matière de sanctions disciplinaires : le choix relève de la compétence discrétionnaire de l'autorité. Liberté d'appréciation donnée à l'administration.

Ex : toujours en matière disciplinaire, l'autorité disciplinaire dispose d'un pouvoir d'appréciation dans le choix de la sanction disciplinaire

Ex : en matière d'enseignement, le jury d'examen dispose, en vertu de l'article 77 du décret du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités, du pouvoir discrétionnaire de faire réussir un étudiant nonobstant le fait que celui-ci aurait recueilli une note inférieure à 10/20 et/ou obtenu une moyenne inférieure à 60%.

TUYAU = différence avec pouvoir arbitraire

Liberté d'appréciation dans son pouvoir de décision mais elle ne peut pas faire ce qu'elle veut (compétence discrétionnaire). Elle doit reposer sur des causes et des motifs légalement admissibles à son action. L'administration ne saurait commettre d'erreur manifeste d'appréciation. Elle est tenue de faire reposer son acte sur des causes et des motifs admissibles. Le pouvoir arbitraire est l'inverse, faire ce qu'on veut, agir en toute subjectivité. On agit alors à la tête du client mais cela n'est pas possible en Belgique. Le pouvoir arbitraire est interdit parce que tous les pouvoirs émanent de la nation et ils sont «établis conformément à la Constitution. Le pouvoir arbitraire est nécessairement donc exclu de l'article 33 de la Constitution.

Ex : il est ainsi interdit d'engager une personne en qualité de fonctionnaire parce qu'à l'estime de l'autorité investie du pouvoir de décision, elle aurait une bonne tête. Si cette façon d'agir était permise, il en irait d'un pouvoir, non pas discrétionnaire mais arbitraire.

Ne pas confondre pouvoir arbitraire et acte de gouvernement :

Le pouvoir arbitraire permet à l'autorité administrative de faire ce qu'elle veut mais ça n'existe pas en Belgique. L'acte de gouvernement qui procédant de l'exercice d'une compétence discrétionnaire, serait soustrait aux pouvoirs de censure du CE (articles 14 et 17 LCCE) ou soustrait aux pouvoirs des tribunaux sur base de l'article 159 de la Constitution parce qu'il revêtirait une portée politique tellement important qu'il sort de la compétence de ces juridictions. L'acte de gouvernement est interdit en droit belge. Cette théorie de l'acte de gouvernement n'est pas retenue en Belgique.

Ex : les bourgmestres et échevins travaillent en collège et ne peuvent délibérer que par la voie collégiale. Mais ils ont des pouvoirs de préparations et d'exécution des décisions prises au collège. Arrêt du 12 janvier 2005. L'année 2004 se termine, ville de châtelet, c'est tellement la fête que les échevins font la fête au bourgmestre. Tous les échevins se mettent ensemble pour décider d'ôter au bourgmestre l'ensemble de ses pouvoirs de préparation et d'exécution des décisions.

B – La compétence liée

Elle est celle qui n'offre aucune liberté d'appréciation à l'autorité administrative.

Ex : certains textes relatifs à l'octroi de subsides. Si on remplit telles et telles conditions alors on doit bénéficier du subside. Par de marge d'appréciation. L'administration constate si oui ou non les conditions

sont remplis peu importe ici qu'il y ait dans le cadre de ces conditions, un pouvoir d'interprétation de l'administration.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de pouvoir d'interprétation d'un texte. Si les conditions sont remplies, nécessairement la compétence est liée.

C – L'intérêt de la distinction

- 1) Si l'AAU procède de l'exercice d'une compétence discrétionnaire, le juge compétent pour en connaître à notre choix discrétionnaire la SCACE où les cours & tribunaux. Si en revanche, l'AAU en cause procède d'une compétence liée, le seul juge compétent pour en connaître sont les cours et tribunaux. Le CE ne peut en connaître en vertu de l'article 144 de la Constitution. Les contestations qui portent sur les droits subjectifs de nature civile sont portés devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Il y a une automaticité à bénéficier d'un résultat. Le CE devra refuser et dire que ce n'est pas de sa juridiction. C'est un déclinatoire de juridictions.
- 2) Que l'AAU procède de l'exercice de la compétence discrétionnaire ou liée de l'autorité administrative, il doit reposer sur des causes et des motifs légalement admissibles. Si la compétence est liée le contrôle des motifs sera très strict puisque l'autorité administrative est tenue d'aboutir à la décision qu'un texte lui ordonne de prendre.

En revanche, si la compétence est discrétionnaire, le contrôle des motifs sera moins strict et le juge ne pourra censurer au-delà de la vérification de l'existence de la correction des motifs de droit et de fait, que ce qui précède d'une erreur manifeste d'appréciation.

A cet égard, plus la compétence discrétionnaire offre à l'AA une large marge de manœuvre, plus le caractère manifeste de l'erreur devra être grand.

- 3) Le principe général de droit audi alteram partem s'applique différemment selon que la compétence est liée ou discrétionnaire.

Illustration : gouverneur de province est nommé par le gouvernement régional de l'avis conforme du conseil des ministres et est révoqué dans des conditions correspondantes. Il est nommé au grand choix, la compétence est hautement discrétionnaire, les motifs du choix de tel ou tel gouverneur doivent exister mais s'il devait advenir que le CE était saisi ou les cours et tribunaux par un candidat évincé alors les autorités juridictionnelles ne pourraient sanctionner l'acte que si la nomination commet une erreur manifeste d'appréciation. Si fondamentalement l'administration du gouvernement s'était plantée alors seulement CE pourrait dire que l'acte est irrégulier en raison du contenu. Les autorités qui disposent d'un tel pouvoir discrétionnaire sont rares.

Alinéa 2 – Les motifs

A – Les motifs de droit

Tout AAU doit reposer sur des motifs de droit. Il y a d'abord que tout AAU doit reposer sur un fondement juridique. Le défaut de fondement juridique entraîne que l'acte qui en est dépourvu est vicié quant aux motifs de droit. Il y a par ailleurs, que tout AAU doit reposer sur un fondement juridique qui a été correctement interprété par l'auteur de l'acte, sous peine de procéder d'une erreur de droit. L'incorrecte interprétation du fondement juridique peut être liée à la portée du texte, au contenu du texte.

Ex : l'application d'un texte à une catégorie de personnes qui n'en sont pourtant pas les destinataires.

Mais l'incorrecte interprétation du fondement juridique peut aussi être liée à la valeur que l'auteur de l'acte croit erronément devoir conférer à ce texte.

Ex : l'autorité qui a cru qu'elle devait respecter ce qui n'était qu'un avis

Ex : l'autorité qui a cru devoir respecter un schéma de structure qui n'est qu'un document d'orientation dépourvu de tout caractère obligatoire.

B – Les motifs de fait

Il s'impose, tout d'abord, que l'AAU repose sur des faits qui sont matériellement établis.

Ex : une sanction disciplinaire qui serait infligée à un agent pour le punir de faits qui n'ont jamais eu lieu ne reposerait pas sur des motifs de fait régulièrement établis et serait, dès lors, irrégulière.

Il s'impose, par ailleurs, que les faits aient été correctement qualifiés du point de vue juridique par l'Autorité administrative.

Ex : pour sanctionner un agent sur le plan disciplinaire, il s'impose qu'il ait commis une faute professionnelle. Le fait, pour un enseignant, de donner cours comme un pied n'est pas une faute professionnelle. L'incompétence n'est pas une faute professionnelle. Dans ces conditions, la sanction disciplinaire qui se fonde sur de tels faits n'est pas régulière à raison du vice des motifs de fait qui l'entachent.

Si la compétence est liée, le contrôle de l'adéquation entre la mesure prise et les motifs qui la sous-tendent est plein. En revanche, si la compétence est

discrétionnaire, le contrôle ne s'exerce que de façon marginale, en ce sens que ne seront censurées que les erreurs manifestes d'appréciation.

Comment vérifier les motifs de droit et de faits ?

S'il s'agit d'un AAUI, l'on se rappellera la loi du 29 juillet 1991 qui impose que les motifs de droit et de fait se trouvent retranscrits dans l'instrumentum de l'acte administratif. De la sorte, l'examen des motifs est aisé puisque les motifs auxquels il convient d'avoir égard pour vérifier la régularité de l'acte en cause doit se limiter à ceux qui sont retranscrits.

S'il s'agit d'un AAUR, la motivation formelle n'est pas requise. Il n'en demeure pas moins que l'acte réglementaire doit, lui aussi, reposer sur des motifs de droit et de fait. Il y a seulement que ceux-ci ne doivent pas être retranscrits dans l'instrumentum de l'acte. La vérification de ces motifs est alors tenue de s'opérer au travers de ce qu'il est convenu d'appeler le dossier administratif, c'est-à-dire l'ensemble des documents sur lesquels l'autorité administrative s'est fondée pour adopter l'acte. A la lecture du dossier doivent pouvoir être retrouvés – en quelque sorte recollés – les motifs de droit et de fait qui servent de fondement à la décision. C'est donc à partir du dossier administratif que le juge opérera un contrôle des motifs des actes réglementaires, dossier administratif qui doit être produit en justice par l'AA.

Alinéa 3 – Le but

Ex : Un fonctionnaire ne peut être nommé que pour satisfaire l'intérêt général. L'autorité administrative doit donc sélectionner le meilleur pour respecter cet intérêt. Il adopte donc s'il ne respecte pas ce but, un acte administratif unilatéral irrégulier. Le vice du but se nomme le détournement de pouvoir. Article 14 LCCE. L'excès de pouvoir est le fait de ne pas respecter une règle ou un principe ; le détournement c'est le fait d'utiliser le pouvoir à une autre fin que pour celle pour laquelle on l'a reçu. En pratique sont très rares les arrêts qui détectent un détournement de pouvoir.

La question est donc de savoir pourquoi si peu d'arrêts le constatent ? Non pas parce qu'ils sont rares mais il y a trois motifs qui se cumulent. Premier motif, motif de preuve : il est extrêmement difficile de prouver l'existence d'un détournement de pouvoir car l'auteur ne va pas signer en disant « ceci est un détournement de pouvoir ». S'il est commis, il n'est pas alors vraiment explicité. Cela pose un problème de preuve mais qui sera quand même trouvée par le CE sur base d'un faisceau d'indices. Il va s'interroger sur la question de savoir s'il existe un faisceau de présomptions graves – précises et concordantes. Tous les indices doivent conduire à cette constatation. Probablement parce qu'on ne peut pas en être certain. Le deuxième est que le vice du but est l'examen ultime auquel

procède le CE. Si d'autres moyens sont invoqués : défaut de motivation formelle, incompétence de l'auteur de l'acte etc.

Et bien chacun de ces moyens doit être examiné avant le moyen pris d'un détournement de pouvoir. Bien souvent s'il y a un détournement de pouvoir il y a d'autres irrégularités. Puisque le dernier moyen auquel on a recourt est le détournement de pouvoir alors bien souvent les raisons retenues sont les autres irrégularités. Détournement de pouvoir est une grave injure car c'est dire que l'auteur de l'acte a utilisé son pouvoir à de mauvaises fins et donc qu'il a commis un écart gravissime à l'égard de la fonction qui lui incombe. Le troisième est que la chambre de la SACE qui doit connaître ce litige (8^{ème} chambre), et qui va tourner sur le moyen du détournement de pouvoir, dans ce cas, elle ne peut pas traiter du moyen de détournement de pouvoir seul. Elle va devoir le renvoyer à l'assemblée générale de la SACE. Cette assemblée va alors connaître du moyen pris du détournement de pouvoir. Les assemblées générales on peut aussi les solliciter lorsqu'on veut faire œuvre unificatrice.

§2 – Les prescriptions relatives au caractère obligatoire de l'acte administratif unilatéral (TUYAU)

Article 1^{er} – L'entrée en vigueur de l'AAU

Lorsqu'il entre en vigueur, il devient obligatoire. Par ailleurs un AAU peut-il être modifié ou peut-il disparaître ?

L'entrée en vigueur se distingue du moment par hypothèse préalable du moment où l'acte administratif dispose de la force obligatoire.

Alinéa 1^{er} – La force obligatoire

Elle permet à l'AAU d'être en état d'obliger. Ce qui ne veut pas dire que l'acte oblige à ce moment, il est juste en état d'obliger. C'est la publication, la notification, l'affichage ou la prise de connaissance qui procure à cet acte, la force obligatoire.

S'agissant des AAU de portée réglementaire l'acte a une portée générale et abstraite, la jurisprudence du CE enseigne que pendant la période où l'acte a été adopté mais n'est pas encore publié, alors cet acte dispose de la force exécutoire. La force obligatoire est celle qui place l'acte dans l'état d'obliger. La force exécutoire est la force qui place l'acte en état d'être exécuté. Obliger = obliger l'autre à respecter l'acte. Exécuter = prendre des mesures d'exécution pour permettre l'application de l'acte. Dès qu'un acte est adopté mais pas encore publié, il peut être exécuté.

Alinéa 2 – L'entrée en vigueur (être obligatoire)

L'acte est adopté et publié. Il a force obligatoire. Avant même de l'acquiescer il avait déjà la force exécutoire. L'entrée en vigueur est le moment où l'acte devient obligatoire. Il s'impose dès ce moment à ses destinataires. La date de l'entrée en vigueur est la date à laquelle il est obligatoire. Les arrêtés ministériels et les arrêtés royaux de portée réglementaire, leurs entrées en vigueur est fixées le dixième jour qui suit celui leur publication au MB. Sauf si l'arrêté royal ou ministériel de portée réglementaire vient donner une autre date. L'acte a le droit d'en disposer autrement. Pour les règlements et ordonnances provinciaux sont obligatoires ou entrent en vigueur le 8^{ème} jour qui suit leur publication au mémorial administratif. Dans le même ordre d'idée, les règlements communaux entrent en vigueur le 5^{ème} jour qui suit celui de leur publication. L'entrée en vigueur ne doit pas être confondue avec la production des effets. On a compris, l'entrée en vigueur est le moment où l'acte est obligatoire. La production des effets d'un acte ce n'est pas la même chose. Ici il produit des effets juridiques. Lorsqu'il devient obligatoire et qu'il s'impose à ses destinataires et le moment où il produit des effets juridiques n'est pas nécessairement le même moment. C'est souvent le même mais pas toujours. C'est là qu'entre en jeu la notion de rétroactivité.

Ex : un AR de portée réglementaire est publié au moniteur belge du 23 avril 2009. Il ne précise pas à quelle date il entre en vigueur. Il s'agit dès lors de s'en référer à la règle des 10 jours. Il est entré en vigueur le 3 mai. Il devient donc obligatoire pour ses destinataires. C'est un dimanche et on s'en fou. On pourrait imaginer qu'il indique qu'il produira ses effets le 15 septembre 1977. Cela ne veut pas dire qu'il entre en vigueur en 1977 non son entrée sur la scène du droit est le 3 mai 2009. Il fallait seulement respecter la prescription de l'AR depuis le 15 septembre 1977.

A un moment donné on découvre une obligation imposée depuis un temps révolu. Où se trouve la source ? Certains ont dit qu'il s'agissait de l'article 2 du code civil. D'autres ont dit que c'est un principe général de droit. Aujourd'hui on est presque tous d'accord de dire qu'il s'agit bien d'un principe général de droit.

Exceptions :

- Lorsque le législateur autorise de façon spécifique l'autorité à prendre un acte administratif rétroactif. Pas de problème car il sera couvert par un acte législatif.
- Le législateur va dire que le Roi prend un AR et celui-ci prend ses effets à telle date. Le législateur ici donne carrément à un AA une portée rétroactive. Sauf en matière pénale.
- Compétence liée dans le temps dont dispose l'autorité administrative. Pas de marge d'appréciation. On dit compétence liée dans le temps donc

aucune marge d'appréciation quant au temps dans lequel l'AA doit être pris.

Ex : police intégrée, structurée à deux niveaux. On a du faire deux réformes. Une petite intégration et une grande intégration. La gendarmerie s'est dit qu'elle devait être la plus forte au moment de l'intégration. On va faire tomber dans la corbeille de la gendarmerie trois petites polices : police aéronautique, police des chemins de fer et police maritime. Les petits sont intégrés comme des ploucs mais ils ne se considèrent pas comme cela. Tout le passage vers la grande intégration a lieu et il faut faire rétroagir l'acte de nomination dans la petite intégration vers la grande intégration.

- Lorsque pour des raisons circonstanciées, le juge le tolère
- Ou encore dans le cadre de la théorie du retrait d'acte

Même si on ne peut rétroagir, il arrive que le juge dise que ce n'est pas pour une fois.

Ex : l'ARPG qui datait du 26 septembre 1994. Le premier de 1991 a été annulé par le CE. Celui qui l'a refait, en 1994, ils le font rétroagir pour couvrir toute la période antérieure.

- Théorie du retrait d'acte = on la mentionne seulement. C'est une vraie exception à la rétroactivité.

Article 2 – La mutabilité de l'acte administratif unilatéral

Il peut être modifié, il doit pouvoir être modifié.

L'administration a le droit de modifier sa trajectoire dans le but de l'intérêt général. Les actes de portée individuelle démontrent leurs importances. La mutabilité ne se déroule pas de la même manière.

Alinéa 1^{er} – La mutabilité de l'acte administratif réglementaire

A – La portée du principe

Le principe est qu'il est absolu qui est d'ordre public. C'est-à-dire sur lequel on ne peut transiger. Elle peut le changer si l'intérêt général le requiert. Première prescription : elle est adressée aux administrés, aux citoyens. Nul citoyen n'a un droit acquis au maintien d'un acte réglementaire. Nul ne peut revendiquer en justice le droit à ce qu'un règlement soit maintenu en vigueur nonobstant la volonté de l'autorité compétente en sens contraire. Il ne faut pas confondre le droit acquis au maintien d'un règlement du droit acquis sous l'empire de ce règlement. Il est évident que ce règlement a pu créer des droits et des obligations

toute au long de son existence dans le chef de l'administrer. Les droits sont acquis pour le passé.

L'autorité administrative ne peut se priver de ce privilège. Aucune restriction, conventionnelle ou unilatérale ne peut être consentie par l'autorité administrative.

B – Les formes de mutabilités

Mutabilité totale = l'acte est alors abrogé dans son intégralité et crée donc pour le futur. L'abrogation peut être expresse, c'est le cas lorsqu'on adopte un nouveau règlement qui met fin à un règlement ancien. On sait donc que le nouveau se substitue à l'ancien. L'abrogation peut aussi être implicite, elle résulte d'une incompatibilité avec le règlement nouveau et le règlement ancien.

Peut-il gommer *ab initio* ? Faire que cet **acte réglementaire** n'ait jamais existé ? La doctrine est partagée. Certains disent que oui et d'autres que non. Il y a controverse. La majorité dit que c'est oui. Paul Lewalle pense que oui. On va repenser les conditions dans lesquelles on peut retirer un acte individuel.

Mutabilité partielle = l'acte est alors modifié partiellement. Certaines dispositions demeurent et d'autres sont modifiées.

Alinéa 2 – La mutabilité de l'acte administratif individuel

Pour les actes réglementaires, la mutabilité est pleine. Il peut être modifié sauf le respect des droits acquis et on ne peut transiger. Pour les actes administratifs de portée individuelle. Il n'est pas impossible de modifier un AAUI. Lorsqu'il rappelle un cas d'espèce, une situation unique. Il épuise ses effets en une fois. Dans cette mesure, le concept d'abrogation se concilie fort mal avec la nature même de l'acte individuel. L'abrogation ne se marie pas bien avec les actes individuels. La vraie question et la seule vraie c'est la question du retrait.

Ex : si l'autorisation d'exercer une profession est délivrée pour un temps indéfini, l'abrogation se conçoit, pour autant que le texte sur le fondement duquel l'autorisation a été donnée, permette d'y mettre fin.

C-Ex : si l'ordre est donné à une manifestation de se disperser ou si un blâme est prononcé à l'égard d'un fonctionnaire, l'on ne voit pas très bien comment une abrogation pourrait utilement se concevoir.

A – Les actes constitutifs et les actes non constitutifs de droit

Les actes constitutifs de droit sont ceux qui créent un droit (par opposition à une obligation), octroient un avantage par rapport à un inconvénient ou un désavantage. On peut supposer qu'en matière de fonction publique, une

nomination est un avantage, une promotion, un droit. En matière d'urbanisme, on peut suggérer que le permis est un droit.

Les actes non constitutifs d'un droit sont ceux qui ne créent pas d'avantage dans le chef du destinataire. Ex : une sanction administrative. Parmi ces droits, on trouve les actes qui créent des obligations ou qui refusent un avantage que l'on a demandé ainsi que les actes reconnaîtifs de droit. Ce sont des actes qui opèrent simplement un constat. Ils se limitent à constater qu'un autre texte confère un avantage.

Ex qui crée une obligation = acte qui inflige une sanction disciplinaire à un fonctionnaire car elle l'oblige à purger sa sanction

Ex qui refuse un avantage = refus d'octroi d'un permis d'environnement

Ex qui est un acte reconnaîtif de droit = versement d'un paiement ou d'une pension

B – Parmi les actes créateurs et les actes non créateurs d'un avantage : les actes réguliers et les actes irréguliers

Un acte régulier répond favorablement au respect des règles et principes qui s'imposent à l'élaboration de cet acte. L'admissibilité du retrait (TUYAU) d'acte administratif individuel est fonction de ce que l'acte en cause est créateur d'un avantage régulier ou irrégulier ou non créateur d'un avantage régulier ou irrégulier.

1 – L'acte illégal créateur d'un avantage

A – La jurisprudence du Conseil d'Etat

Cette jurisprudence tente de concilier deux impératifs : la régularité de l'acte – la sécurité juridique. Il va calquer sa solution sur le Conseil d'Etat français. Arrêt Dame Cachet.

Un acte irrégulier créateur d'un avantage peut être retiré par son auteur dans le délai de 60 jours qui suit la publication ou la notification ou la prise de connaissance pour excès de pouvoir au CE. Cela doit se justifier par une irrégularité. Toutes les irrégularités invoquées qui entacheraient l'acte administratif peuvent justifier le retrait. Le CE admet par ailleurs la prolongation du délai dans lequel un retrait est possible. Dès qu'un recours en annulation est introduit dans les 60 jours alors le retrait de l'acte est autorisé pendant tout le délai de la procédure jusqu'à la clôture des débats. Le retrait n'est admis que si le recours n'est recevable et ne pourra se justifier que par l'existence d'une des irrégularités qui aurait été dénoncée dans le recours.

Au-delà du délai de 60 jours et même au-delà de la clôture des débats alors il existe des hypothèses pour retirer encore l'acte :

- Si l'acte est réputé inexistant : on parle de ceux-ci lorsque l'irrégularité est tellement manifeste que n'importe quel citoyen pourrait le constater. La chose est impossible.
- La fraude est possible (manœuvres frauduleuses)
- Un texte exprès autorise le retrait au-delà du délai de 60 jours

Si le délai de 60 jours commence à courir à dater de la notification ou à la publication ou etc. Si le délai court à partir d'une date différente pour les citoyens ? Chacun suit son propre délai.

B – La jurisprudence de la Cour de cassation

Elle s'occupe de l'article 159 de la Constitution. En tout temps, le retrait est possible pour la Cour de cassation. C'est l'arrêt de mort du retrait d'actes. Elle considère pouvoir retirer un acte à tout moment donc si on n'obtient pas le retrait au CE alors on aura le retrait à la Cour de cassation.

Le débat relatif à l'irrégularité susceptible de constituer la justification du retrait ne se pose pas. Par ailleurs, la difficulté relative à la circonstance que toutes les personnes intéressées par l'acte n'en prennent pas connaissance au même moment ne se pose pas davantage.

2 – L'acte légal créateur d'un avantage

On crée toujours un avantage mais l'acte est légal. Il n'y a pas d'irrégularité commise et donc on ne peut remettre en cause cet acte. Il n'y a pas d'illégalité qui justifie son retrait.

3 – L'acte illégal non créateur d'un avantage

L'acte illégal non créateur de droit doit faire l'objet d'un retrait car le respect de la légalité peut être contesté car il ne crée pas un avantage.

Ex : une sanction disciplinaire illégale ne peut être maintenue, elle peut être retirée à tout moment.

4 – L'acte légal non créateur d'un avantage

Il peut être retiré car il ne crée pas d'avantage.

Ex : l'autorité administrative peut retirer l'acte par lequel elle inflige la sanction disciplinaire du blâme à l'un de ses agents, après s'être ravisée.

A la différence du retrait d'un acte illégal créateur d'un avantage, le retrait d'un acte légal non créateur d'un avantage peut intervenir à tout moment. L'AA ne peut, toutefois, retirer un acte légal non créateur d'un avantage que pour autant que le retrait ne porte pas atteinte aux droits qui se seraient vu reconnaître des tiers à raison de l'existence de cet acte.

Ex : si un agent se voit infliger la sanction disciplinaire de la rétrogradation, l'emploi de grade supérieur qu'occupait l'agent devient vacant. Il n'est pas impossible, dans ces conditions, qu'une déclaration de vacance ait été publiée et que l'emploi ait été pourvu. Le retrait de la sanction disciplinaire ne sera admis que pour autant que l'agent recruté depuis lors, au poste entre temps devenu vacant, soit maintenu dans cet emploi.

Article 3 – La disparition de l'AAU

Il peut être supprimé pour le passé comme pour l'avenir de l'ordonnancement de l'ordre juridique. L'autorité administrative qui a créé l'acte opère elle-même le retrait. L'annulation par contre est le fruit de deux autorités possibles : la SACE & l'autorité de tutelle. L'une des tutelles est la tutelle d'annulation. Elle ne va pas simplement vérifier la régularité de l'acte, elle va également vérifier que l'acte est compatible avec l'autorité générale.

Beaucoup d'actes disparaissent parce que les effets qu'ils produisent sont épuisés.

Ex : l'acte portant interdiction de faire une chose du 1^{er} janvier au 31 janvier d'une année donnée.

§3 – Les prescriptions relatives au caractère exécutoire de l'acte administratif unilatéral

Sur le plan du caractère exécutoire, l'AAU est un acte privilégié parfois doublement privilégié.

Article 1^{er} – Le privilège du préalable

Celui-ci est reconnu le plus généralement. Sir Cambier : « *le privilège du préalable consiste dans le pouvoir qu'à l'autorité administrative de se donner à elle-même un titre exécutoire* ». L'AAU s'impose aux citoyens qui sont tenus d'obéir aux prescriptions de cet acte, quitte à devoir réclamer par la suite. L'administration est donc dispensée de ce préalable qui s'impose en général aux particuliers et qui l'oblige à obtenir en justice le titre exécutoire. L'administration peut s'octroyer à elle-même le titre exécutoire pour imposer au citoyen d'agir.

Précisions :

- Il ne faut pas malgré le côté spectaculaire donner une importance démesurée. Dans certaines hypothèses, les particuliers eux aussi disposent du privilège du préalable. Ex : en droit des obligations c'est l'exception *non adimpleti contractus*. Dans un contrat synallagmatique, l'une des parties a le droit de refuser de prêter son obligation si l'autre ne s'exécute pas. Pas besoin d'aller en justice.
- On peut se demander pourquoi accorder un tel privilège à l'administration. Elle doit assurer la gestion continue du service public. Elle doit poursuivre sa mission. Le service public ne peut donc être entravé.
- Il est des hypothèses dans lesquelles compte tenu de l'objet de l'AAU le privilège du préalable est annihilé.

Ex : Expropriation pour cause d'utilité publique. Elle implique qu'une loi, un décret ou une ordonnance autorise le recours à l'outil que constitue l'expropriation dans tel ou tel domaine. Il faut qu'un arrêté royal, communautaire ou régional qui autorise concrètement le recours dans telle situation. Et puis, que l'autorité expropriante transforme cette autorisation et procède à l'expropriation. De deux choses l'une, il y a contrat de vente auquel on applique les règles du contrat de vente. Il faut donc un accord amiable. Si les parties sont d'accord, un accord amiable est passé. Ce n'est pas l'hypothèse à laquelle je songe car un contrat est noué. L'on est donc plus dans le domaine de l'AAU. En revanche, si le propriétaire refuse de céder son bien moyennant un accord amiable, l'autorité expropriante va devoir introduire une requête en expropriation auprès d'un juge qui est le juge de paix du lieu où se situe le bien litigieux. L'expropriation ne sera ainsi autorisée qu'avec l'intervention d'un juge. Si le privilège du préalable n'est pas reconnu dans le cadre de cette action administrative unilatérale, c'est dans la mesure où l'on touche à l'un des droits – qui plus est fondamentaux – les plus intimes du citoyen.

Article 2 – Le privilège de l'exécution d'office

Il peut arriver que le citoyen refuse d'exécuter l'obligation imposée par l'AAU. La question se pose alors de savoir si l'administration dispose de la force nécessaire pour faire exécuter son acte en vue de contraindre l'administré ou si elle doit recourir à un juge pour faire exécuter la décision ?

- La mesure d'office ne peut être utilisée pour réaliser une injonction régulière. Mais comment savoir à ce moment si elle est régulière ?
- Pas d'autres solutions possibles que la contrainte

- Une résistance doit être constatée
- Il faut qu'il y ait nécessité, la contrainte doit être absolument nécessaire
- La mesure d'office doit être limitée à ce qui est strictement indispensable

A l'examen de ces conditions cumulatives, l'on s'aperçoit qu'il y a très peu de place pour le privilège de l'exécution d'office. Autrement dit, si le citoyen est récalcitrant, dans presque tous les cas l'administration devra faire appel à la justice et aux mécanismes d'exécution forcée consacrée par le code judiciaire, pour obtenir la mise en œuvre de l'injonction qu'elle a ordonnée.

Chapitre 2 – L'acte administratif Bilatéral

Section 1^{ère} – Les contours de l'AAB

Celui par lequel une personne morale de droit public s'accorde avec une autre personnalité juridique, de droit public ou de droit privé, en vue de produire des effets juridiques.

Section 2 – La classification des AAB

§1^{er} – Le contrat de l'administration

C'est une convention usuelle de droit privé à laquelle l'autorité administrative prend part. Elle opère comme un simple particulier sans être en droit d'user de son pouvoir de commandement. Ex : l'autorité administrative décide de vendre ou de louer un bien. Le contrat de bail et le contrat de vente sont deux contrats usuels de droit privé auxquels l'autorité administrative est parfaitement en droit de recourir.

§2 – Le contrat administratif

C'est une convention à laquelle l'autorité administrative prend part et qui est dicté par les règles contractuelles de droit privé sauf si des règles de droit administratif viennent à y déroger.

Ex : les règles applicables en matière de marchés publics

Ex : les lois du service public, comme par exemple la loi de continuité du service.

§3 – L'intérêt de la distinction

L'intérêt de distinguer les contrats de l'administration et les contrats administratifs c'est de savoir quel est le régime juridique applicable au contrat. Si le contrat est un contrat de l'administration, seules les règles de droit privé entrent en ligne de compte. Si le contrat est un contrat administratif, les règles de

droit privé entrent en ligne de compte, sauf si des règles de droit administratif y dérogent.

Section 3 – Le régime juridique de l'AAB

§1^{er} – Les règles de droit administratif applicables au contrat administratif en général

Elles ne sont pas nombreuses : pouvoirs exorbitants de l'administration

- Pouvoir de direction et de contrôle dans l'exécution du contrat
- Pouvoir de modification des clauses contractuelles
- Pouvoir d'attribuer des sanctions administratives
- Pouvoir de résiliation du contrat indépendamment de faute commise par le cocontractant.

Ces règles figurent le plus souvent dans le cadre même du contrat administratif. Mais si elles ne sont pas présentes dans le contrat, elles s'appliquent tout de même. Ce sont donc des règles applicables aux contrats administratifs en général.

Pourquoi l'autorité administrative dispose-t-elle de ces pouvoirs exorbitants ?

La réponse est simple : si l'autorité administrative dispose de tels pouvoirs, c'est en raison du pouvoir de commandement qui lui est reconnu.

Pourquoi l'autorité administrative se voit-elle reconnaître ce pouvoir de commandement ?

Dans la mesure où elle est appelée à protéger et à promouvoir l'intérêt général, lequel l'emporter sur l'intérêt privé.

Théories :

Théorie de l'imprévision = l'autorité administrative doit fournir une aide pour aider le cocontractant et éviter que l'exécution du contrat ne soit compromise. Conditions : il faut qu'apparaissent des circonstances imprévisibles, étrangères à la volonté des parties. Ces circonstances doivent être postérieures à la conclusion du contrat. Ces circonstances doivent bouleverser l'équilibre du contrat. L'obstacle ne doit être momentanée. Le cocontractant ne doit pas avoir interrompu l'accomplissement de sa mission.

Ex : hausse soudaine, importante et anormale des prix du pétrole. Cela pourrait rendre le contrat inexécutable sous peine de ruiner les intérêts du cocontractant.

Théorie des sujétions imprévues = Quant à elle, la théorie des sujétions imprévues consiste en une théorie voisine de la théorie de l'imprévision. Selon cette théorie, il y a lieu à un réajustement des prix convenu lorsqu'en cours d'exécution du contrat apparaissent des difficultés d'ordre technique ou géologique qui existaient déjà avant la formation du contrat, mais qu'un entrepreneur normalement compétent n'aurait pas pu raisonnablement déceler.

Ex : marché public – avions militaires. Acquisition de 40 avions. Le contrat de marché public est conclu avec une personne qui va s'occuper des réparations et de l'entretien. S'engageait à disposer d'un stock de pièces indispensables à l'exécution du contrat. Ils ont découvert que ce stock ne valait pas 120000 euros mais 5x +. La cour a alors réajusté le prix du marché.

Théorie du fait du prince est celle aux termes de laquelle il y a lieu à compensation pour établir l'équilibre financier du contrat si l'autorité administrative, dans l'exercice de la fonction réglementaire qui est la sienne, prend des mesures générales et abstraites qui nuisent à son cocontractant.

Ex : l'autorité administrative procède à une hausse des salaires ce qui oblige le cocontractant à payer mieux les ouvriers et donc sa marge bénéficiaire est réduite. Pour contrebalancer cette perte, la théorie du fait du prince impose à l'autorité administrative de payer au cocontractant un montant correspondant à la hausse des salaires des ouvriers de ce dernier.

§2 – Les règles de droit administratif applicables au contrat administratif en particulier

Même limité à 4, cet examen ne peut être exhaustif.

Article 1^{er} – La concession domaniale

Alinéa 1^{er} – L'environnement juridique de la concession domaniale

Il faut partir du constat que l'autorité administrative est propriétaire d'un certain nombre de biens. Le régime applicable à l'administration n'est pas celui applicable aux particuliers. Pour l'administration, cela dépend du bien en cause. Parmi les biens qui appartiennent à l'AA il y a deux tas. Il y a les biens appartenant au domaine privé et les biens appartenant au domaine public.

Il y a un régime légèrement dérogatoire au code civil pour les biens qui relèvent du domaine **privé**. Ex : immeuble pas affecté à un service public qui appartient à l'AA.

Ce régime se caractérise par :

- Aliénabilité réglementée des biens du domaine privé. Il faut une loi pour autoriser la vente de l'immeuble.
- La saisissabilité de certains biens du domaine privé, en vertu de l'article 1412bis du code judiciaire. L'article autorise la saisie de ces biens que dans la stricte mesure que ces biens ne sont pas utiles pour la mission ou la continuité du service public (article 1412bis du code judiciaire)

Ex : les juridictions judiciaires ont condamné l'Etat belge pour les nuisances sonores que provoquait l'aéroport de Bruxelles-national, avec astreinte. Les astreintes n'ayant pas été payées, les parties demandereses ont fait saisir un immeuble, l'hôtel Mercator, situé rue de la Loi, à Bruxelles. Cet Hôtel désaffecté était même mis en vente sur le site internet d'une agence immobilière.

- La prescriptibilité absolue des biens du domaine privé, en vertu de l'article 2227 du code civil.

Pour les biens du domaine **public** de l'administration : régime très dérogatoire au droit commun du code civil

Ex : voirie – rivière navigable

Régime :

- L'inaliénabilité des biens du domaine public. Interdiction d'aliéner par exemple de vendre mais aussi même de louer car c'est un droit personnel durable.
- Principe d'insaisissabilité des biens du domaine public. ex : refus de payer des amendes en cas de bruit d'avion. La définition même du bien du domaine public est qu'il s'agit d'un bien utile, affecté à la réalisation d'un service public.
- Imprescriptibilité des biens du domaine public. Ils ne peuvent pas être happés au bout d'un temps par un particulier.

Cependant ces trois principes apportent quelques importantes exceptions. La concession domaniale est une exception au premier principe des biens de

l'administration du domaine public. Elle autorise l'aliénabilité partielle de certains biens du domaine public et à certaines conditions.

Alinéa 2 – La définition de la concession domaniale

Contrat par lequel l'autorité administrative concédante permet à un usager déterminé d'occuper temporairement une parcelle du domaine public de manière exclusive soit d'utiliser une partie du domaine public à des fins auxquelles il n'est a priori pas destiné mais de façon durable, précaire et révocable. Si l'aliénabilité est quand même autorisée c'est au nom d'une précarité et d'une révocabilité.

A – La concession de stationnement

La concession de stationnement c'est celle qui n'autorise qu'une occupation privative qu'on qualifie de superficielle ou peu durable du domaine public. On entend une occupation qui n'implique pas d'emprise dans le sol où si elle existe alors elle n'est pas inscrite profondément dans le sol.

Ex : la concession de train touristique et qui s'arrête dans des places de stationnement et prend d'autres touristes. Un particulier ou une personne morale de droit public concède au train la possibilité de s'arrêter sur le rebord du chemin.

Ex : une concession d'itinéraire de course cycliste professionnelle. Les circuits sont une occupation de la voirie pour la course.

B – La concession de voirie

La concession de voirie est celle qui autorise une emprise partielle ou sans emprise une occupation permanente du domaine public. il y a concession de voirie et non stationnement lorsque que n'est pas question d'un problème de circulation mais qu'il y a plutôt atteinte au domaine public.

Ex : concession de sépulture

Ex : concession d'abris pour voyageurs de transports communaux

Ex : concession d'un emplacement dans un marché couvert

Ex : station service et autoroutes.

Différence avec les autorisations domaniales. Les concessions domaniales sont les concessions de stationnement ou de voirie. Les autorisations domaniales sont différentes car il y a un AAU pour l'autorisation mais un contrat pour la concession. L'autorisation domaniale est un AAU qui est identique par tous les éléments à la concession domaniale mais ce n'est pas un contrat. Elle permet à une personne individuelle d'utiliser une parcelle du domaine public à titre exclusif soit de l'utiliser à des fins auquel il n'est pas immédiatement destiné de

manière durable mais de façon précaire et révocable. Dans le cadre des autorisations, il faut opérer une distinction entre les permis de stationnement et les permissions de voiries.

Ex permis de stationnement : autorisation qui est donnée à l'établissement d'une terrasse de café dehors sur la voirie mais de manière non permanente.

Ex permission de voirie : autorisation d'installer une pompe à essence du le bas côté de la voie publique. Il y a un encrage plus important, on atteint à la substance du domaine.

Alinéa 3 – Le régime juridique de la concession domaniale

4 grands principes :

- Sort différent aux concessions de stationnement et aux concessions de voiries : autorité compétente pour concéder. Pour la concession de stationnement il s'agit du bourgmestre. Une concession de stationnement est circonscrite à un lieu précis qui s'inscrit sur le territoire d'une commune et qui parmi les autorités communales s'occupe des matières communales ? Le bourgmestre. La concession de stationnement ne porte pas atteinte à la substance du domaine. L'on porte atteinte à la circulation car l'atteinte au domaine public est légère. L'auteur de la concession de voirie est l'œuvre de l'autorité investie de la garde du domaine. Ce n'est plus nécessairement communal. Tout dépend à qui le bien appartient. Qui est l'autorité publique propriétaire du domaine ? Cela se corse lorsque bien entendu au sein de l'autorité publique compétente il faudra savoir encore qui est l'organe compétent au sein de cette autorité. Au niveau communal c'est le collège communal même si c'est sur le fondement d'une autorisation du conseil communal.
- Même pour les deux : marge d'appréciation de l'autorité concédante dans le choix du cocontractant. Pouvoir discrétionnaire mais ne veut pas dire arbitraire. A cet égard, on se pose la question de savoir si la loi sur les marchés publics s'applique aux concessions domaniales ? Non. En réalité, les règles autorisant la concession considère parfois que la procédure de concession est celle applicables aux marchés publics. on applique aux concessions domaniales les principes généraux du droit administratif : égalité des candidats et l'examen sérieux des offres. Juridiction compétente pour la censure du choix du concessionnaire : le CE qui est en droit de censurer l'AAU par lequel on va opérer le choix, la désignation du cocontractant. Cet acte est un acte détachable. Elle va pouvoir vérifier si l'AAU est régulier ou pas. Articles 14 et 17 LCCE. Une autre juridiction compétente est les cours et tribunaux qui peuvent écarter l'application

d'un AAU. Dans les deux cas, les juridictions peuvent en connaître. On a le choix du juge.

- Même pour les deux : il concerne la nature du droit du titulaire de la concession. Quels sont les droits du concessionnaire ? Il va disposer de droits subjectifs de nature civile lesquels sont opposables aux tiers qu'il s'agisse d'autres usagers ou d'autres pouvoirs publics. ce sont des droits qui émanent d'un contrat. Ce sont des droits subjectifs de nature civile. Le concessionnaire qui se trouverait dans une situation où il est heurté dans l'exécution de ses droits il va pouvoir s'adresser aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire pour obtenir des DI. Il ne pourra pas se rendre devant le CE. Le concessionnaire est tenu dans sa façon d'utiliser le domaine public ne peut porter atteinte à ceux qui ont des droits sur le domaine public : autres concessionnaires, usagers etc.
- Même pour les deux : limites dans lesquelles le droit est concédé. Compte tenu de ce que ce droit subjectif trouve son origine dans un contrat qui porte sur une partie du domaine public, il a atteinte au domaine public. limites : la concession ne peut régulièrement conférer aucun monopole à son bénéficiaire. L'autorité publique qui concède, doit conserver le droit d'octroyer des autres concessions de même nature au profit d'autres personnes. La clause par laquelle l'autorité abandonne son pouvoir de ne pas monopoliser son concessionnaire est une clause contraire à l'ordre public donc nullité.

Ex : A Bruxelles, il y a des bus wallons, flamands et bruxellois. Ils peuvent chacun s'arrêter à n'importe quel arrêt de bus. Ils ont conclu avec l'autorité publique, trois concessions domaniales sur la même parcelle.

La concession n'est en principe pas cessible. Si on veut céder les droits sur la concession alors aucun problème. Bien souvent, l'autorité conclut un nouveau contrat avec un nouveau concessionnaire.

L'autorité peut mettre fin au contrat à la double condition que le concessionnaire bénéficie d'une indemnité qui doit couvrir tous les préjudices subit. Dans la concession, très généralement sont prévues des indemnités ce qui n'est jamais le cas dans le cadre d'une autorisation. La décision de l'autorité concédante doit être régulière lorsqu'elle veut mettre fin à la concession auquel cas elle pourra être contestée devant les juridictions judiciaires.

Article 2 – La concession de service public

Alinéa 1^{er} – L'environnement juridique de la concession de service public

Pour des raisons qui tiennent soit à une surcharge de travail soit un manque de moyens soit un manque de qualification, il advient que l'autorité administrative décide que telle ou telle mission, tel ou tel service par hypothèse public sera assumé à l'extérieur de l'administration qui à l'origine en avait reçu la charge. C'est ainsi que naît la concession de service public qui peut se retrouver à tous les niveaux de pouvoirs.

Alinéa 2 – La définition de la concession de service public

C'est un contrat administratif par lequel une autorité concédante charge un particulier qui peut être une personne physique ou une personne morale ou charge une société d'économie mixte ou une autre personne morale de droit public de gérer un service public à ses frais, à ses risques et périls du concessionnaire selon les modalités fixées par l'autorité concédante et moyennant une rémunération perçue par le concessionnaire qui est à charge des usagers du service.

Ex : bruxellois – Ils connaissent le Théâtre royal du parc qui se trouve en face du Palais de la Nation. Il s'agit d'une concession de service public dans laquelle une commune concède l'exploitation du théâtre à un concessionnaire qui quant à lui n'est autre qu'une fondation d'utilité publique « Théâtre royal du Parc » et qui se fait payer grâce aux places de théâtre que les usagers leur paient.

Ex : wallons – Casino de Spa est une concession de service public de la ville de Spa (autorité concédante) à l'égard de la société anonyme « Casino de Spa » (concessionnaire) qui se fait payer grâce au prix des entrées qu'elle perçoit des visiteurs (les usagers) pour les manifestation touristiques et culturelles que le Casino abrite et organise.

Ex : un litige éclate dans la Province de Namur entre les propriétaires d'un immeuble dans lequel un situé une maison de repos et le gestionnaire de cette maison de repos qui occupe l'immeuble. Droit ou non qu'à le gestionnaire de maison de repos d'un contrat de 9 ans qui le liait avec le propriétaire (la commune) de solliciter la reconduction du contrat. Le gestionnaire prétend qu'il s'agit d'un contrat de bail commercial avec la conséquence qu'il est renouvelable 3x9 ans. La commune dit qu'il ne s'agit pas d'un contrat de bail commercial mais qu'il s'agit d'une concession de service public avec la conséquence qu'il n'était alors pas renouvelable. Ce litige a donné lieu à une décision et le juge dit que la commune peut être une autorité concédante, elle peut aussi conclure des contrats usuels comme le bail, la vente etc. on est face à un service public qui

correspond à une exploitation de maison de repos. C'est un bien de l'administration destiné à une mission de service public. Mais ces maisons sont habitées par des personnes privées et il existe des maisons de repos privées.

C'est un mode de gestion administratif confortable pour l'administration. Le service public est transvasé à un concessionnaire et donc c'est cette personne là qui va devoir assumer le service. Pour le concédant, c'est un problème hors des pieds.

Le concessionnaire peut être une personne privée physique ou privée morale, publique morale et économie mixte (association entre une ou plusieurs personnes morale(s) de droit public et une ou plusieurs personnes morales de droit privé d'autre part). Cette association est alors appelée d'économie mixte car il y a du droit privé et du droit public.

Alinéa 3 – Le régime juridique de la concession de service public

Premier principe : identité de l'autorité compétente pour concéder : c'est celle qui est appelée à assumer le service public en cause. Il faut identifier quelle est la personne morale de droit public à qui incombe au départ le service public (avant la concession). Il peut s'agir d'une collectivité fédérale, communale, provinciale, un établissement public etc. Ensuite il faut vérifier quel est l'organe compétent et savoir si c'est bien lui qui a concédé.

Ex au niveau communal c'est le conseil communal qui doit décider de conclure la concession, l'exécution de la décision du conseil communal sera l'œuvre du collège communal.

Deuxième principe : il concerne la nature des clauses du contrat. La concession est un acte mixte. En ce sens, que le contrat contient les clauses contractuelles et des clauses réglementaires. Raison pour laquelle on est en face d'un acte mixte. Les clauses contractuelles règlent les rapports entre le concédant et le concessionnaire : durée de la concession – on va également évoquer la situation financière du concessionnaire (droits financiers). Les clauses réglementaires s'imposent unilatéralement aux usagers et sont à tout moment unilatéralement modifiable. C'est la volonté unilatérale de l'autorité publique. Notamment : assurer l'ouverture d'un certain nombre de lit (places).

Troisième principe : marge d'appréciation de l'autorité concédante dans le choix de son cocontractant. La concession de service public est le fruit d'une compétence discrétionnaire. L'autorité concédante doit respecter l'ensemble des règles et principes qui s'imposent à son action et qui sont en vigueur. Il y a bien sur la loi sur la motivation formelle des Actes administratifs – les lois du service public (loi du changement, loi de continuité et la loi de l'égalité).

Ex : loi du changement : la clause contractuelle par laquelle le concessionnaire et l'autorité concédante se mettrait d'accord pour ne rien changer à une station de chemin de fer ne saurait empêcher l'autorité concédante d'exiger un changement si l'intérêt général le requiert.

Ex égalité : les usagers doivent pouvoir bénéficier du service de manière égalitaire s'ils sont placés dans la même situation. Si les situations sont comparables alors la règle d'égalité pourrait être violée.

Parmi les règles et principes, la question se pose de savoir si la loi sur les marchés publics aux concessions de service public ? Non.

Juridictions : CE compétent car il admet dans ce cadre, la théorie de l'acte détachable. L'acte d'attribution est détaché du contrat et donc peut en connaître. On peut aussi s'adresser aux cours et tribunaux qui est le juge naturel des contrat.

Quatrième principe : nature des droits concédés : le concessionnaire puise ses droits dans un contrat. Les droits qu'il puise sont des droits subjectifs. Ce sont des droits qui répondent aux clauses contractuelles et donc les tiers doivent les respecter. Le respect de ces droits est du ressort des cours et tribunaux qui, en vertu de l'article 144 de la Constitution sont seuls compétents pour connaître des litiges portant sur des droits de cette nature.

Cinquième principe : concerne les limites dans lesquelles les droits sont concédés : la concession ne saurait régulièrement conférer aucun monopole à son bénéficiaire en ce sens que l'autorité concédante doit conserver le droit de concéder d'autres concessions (elle ne vaut cependant que pour autant que la loi n'en dispose pas autrement) – la concession n'est en principe pas cessible sauf si le pouvoir public concédant l'avait autorisé mais généralement l'autorité concédante conclut une nouvelle concession – l'autorité administrative peut à tout moment pour des motifs d'intérêt général mettre fin au contrat à la double condition que le concessionnaire bénéficie d'une indemnité qui doit couvrir tous les préjudices subis et la décision de l'autorité concédante doit être régulière sinon elle pourra être contestée devant les juridictions de l'ordre judiciaire car on est dans l'extinction du contrat et non pas dans l'attribution. CE seulement pour l'attribution et non pour l'extinction.

Article 3 – Le contrat de gestion

Il est moins courant que les autres contrats. C'est une figure juridique propre au droit public. C'est un contrat cadre conclu entre une personne morale de droit public et une autre personne morale de droit public. Pas de personne de droit

privé ni morale ni physique. A qui la première des deux a via un acte législatif préalable confié des missions de service public. Le contrat cadre est destiné en exécution de l'acte législatif accompli par la première personne de droit public à définir les missions et les modalités selon lesquelles ces missions doivent être exécutées. Il permet de prévoir à intervalle de temps régulier une discussion entre les deux personnes morales de droit public en cause. On a plusieurs autorités qui en Belgique répondent à un contrat de gestion : RTBF → chaîne publique – personne morale de droit public qui par rapport à la CF est liée par un contrat de gestion. La base est un acte législatif de la communauté française. C'est un décret qui va porter le statut de la RTBF et dans lequel on va indiquer qu'un contrat de gestion devra être conclu pour généralement 5 ans. ONE → office de la naissance et de l'enfance liée à la communauté française par une mission de service public avec un contrat de gestion qui définit les modalités et les droits de l'exécution de cette mission.

En général le contrat de gestion répond aux règles du code civil. Mais il y a des exceptions dans les articles 3 à 6 de la loi du 21 mars 1991 de service public autonome. La résolution judiciaire ne peut être demandée en cas d'inexécution du contrat de gestion.

Article 4 – Le contrat de marché public (TUYAU)

Alinéa 1^{er} – L'environnement juridique de la concession de marché public

L'autorité administrative est investie de missions de service public mais elle n'est pas en mesure de tout faire compte tenu des moyens humains, techniques et financiers qui lui sont reconnus. Elle peut être amenée à concéder l'exercice d'un service public à d'autres personnes = concession de service public. Mais il y a un moyen terme à tout cela. Sans devoir concéder la réalisation d'un service public, l'autorité publique qui continue d'assumer la réalisation du service public mais doit parfois se faire aider : exécution de travaux – livraison de fourniture – prestation de certains services en recourant à un contrat de marché public.

Parce que dans l'intérêt de l'autorité publique il faut désigner le meilleur partenaire. Celui répond le plus adéquatement aux critères de l'autorité pour réaliser le service. De plus dans beaucoup d'hypothèse, le nombre de partenaire potentiel est élevé et chacun doit être traité de manière égalitaire. Sans devoir concéder le service on va continuer l'administration mais on va se faire aider par des extérieurs.

Alinéa 2 – La définition de la concession de marché public

Finalement un contrat de marché public est un contrat administratif conclu entre une personne morale de droit public (le pouvoir adjudicateur) et une personne physique ou morale de droit privé ou de droit public (le pouvoir adjudicataire) au

terme duquel cette dernière s'engage à réaliser une commande publique à savoir soit l'exécution de travaux, soit la livraison de fourniture ou la prestation d'un ou de plusieurs services contre le paiement d'un prix.

Ex : travaux → construction d'un immeuble qui abrite les locaux d'une administration communale

Ex : livraison de fourniture → besoin d'ordinateur pour l'administration communale – papier – boissons etc.

Ex : prestation d'un service → réalisation d'un audit – Assigner en justice j'ai besoin d'un avocat.

Dans le cadre d'un dépannage de voiture. C'est un marché économique très rémunérateur. La police ne va pas elle-même dépanner. La zone pluri communal est un établissement public. La police va avoir besoin de dépanneuse sur son territoire. Elle doit faire un marché public pour savoir à qui s'adresser ou concession de service public ? On a plaidé récemment qu'il s'agit d'une concession mais le magistrat n'a pas été convaincu que cela correspondait à la définition de la concession. Le contrat tel qu'il était libellé amenait à considérer que le bénéficiaire du service de la dépanneuse à payer le dépanneur alors que dans le marché public le prix est payé par le pouvoir adjudicateur et donc l'autorité administrative (la police). Dans le contrat, il y avait une catégorie de prestation qui n'avait rien avoir avec le dépannage sur la voie publique de voiture qui obstrue la circulation. Cela a permis à la partie adverse de dire qu'il ne s'agissait donc pas d'une concession car une partie était payée par l'usage mais l'autre par la police elle-même.

Alinéa 3 – Le régime juridique de la concession de marché public

Il est défini par une loi du 24 décembre 1993 relatif aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

A – Le champ d'application

1 – Le champ d'application *ratione personae*

Les personnes qui tombent sous le coup de l'application de la loi sur les marchés publics et qui sont donc appelées à jouer le rôle de pouvoir adjudicateur peuvent être rangées en 2 catégories :

- Les pouvoirs adjudicataires classiques : ce sont l'autorité fédérale, les régions, les communautés, les provinces, les communes, les organismes d'intérêt public (ex l'INAMI), les associations de pouvoirs publics (pex les intercommunales) ou encore les CPAS. Pour chacune de ces différentes

personnes juridiques c'est la loi, le décret ou l'ordonnance qui définit l'autorité qui dispose du pouvoir de passer des marchés.

Ex : art 6 de la loi du 24 décembre 1993 qui dispose que « chaque ministre est, dans les limites de ses attributions, compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique ».

Ex 2 : au niveau communal, c'est au conseil communal qu'il revient le soin d'attribuer un marché public mais sur la base d'un certain nombre de principes définis par le conseil communal. C'est lui qui va prendre toutes les règles de principe. Et c'est le collège qui va s'assurer de son exécution.

- Les pouvoirs adjudicateurs originaux : parmi les pouvoirs adjudicateurs, il n'y a pas que les PM de droit public, on trouve parmi eux des institutions universitaires de droit privé, pour ceux de leurs marchés qui sont subventionnés par les pouvoirs publics.

Ex : l'UCL est privée, les facultés de Saint-Louis c'est privé, la KUL,... Mais Gent et Liège ne sont pas privées. Ce sont des universités d'état, des PM de droit public.

Si elle est privée, comme l'UCL, peut-elle passer des marchés publics ? Cela dépend si elle est subventionnée ou non. Si elle a reçu de l'argent public pour effectuer des travaux, demander des prestations de service,... elle sera soumise à la loi sur les marchés publics. Par contre, une institution comme l'UCL peut vivre sur des loyers qui ne sont pas des deniers publics. Il est évident que l'université n'est pas soumise à la loi, on peut choisir qui on veut.

Dans les personnes qui tombent dans le champ d'application de la loi, on trouve les autres personnes privées subventionnées trouvées pour satisfaire de façon spécifique des besoins d'intérêt général qui ont un caractère particulier. Ils dépendent des états, régions, communautés, provinces,... Ces exemples sont des ASBL communales, certaines en tous cas, en fonction de leur objet social.

{Pas dans syllabus et pas très clair au cours : Qu'est-ce que c'est qu'une ASBL communale ? Les ASBL sont communales pcq elles ont une certaine personnalité. Un échevin est président d'une ASBL et un autre d'une autre et etc... Mais elles ne sont pas des PM de droit public mais bien des PM de droit privé mais on les dit communale pcq elles ont un cordon ombilical de la commune. Ils ne font pas partie d'une ASBL. L'échevin se dit qu'il est président et tout ce qui passe dans la commune échapperait à la loi sur les marchés publics, s'il suffisait de dire ça, on constitue une petite société de droit privé sur le côté et on peut alors donner le marché à qui on veut. Ca ne va pas et donc les ASBL pour autant qu'elles existent,

il faut qu'elles ne soient pas une entité satellitaire. Ces ASBL tombent sous le coup de la loi sur les marchés publics. C'est une manière de court-circuiter ce que les pouvoirs publics amènent dans leurs rapports.}

Observation finale : l'exécution conjointe de travaux, de fournitures ou de services pour le compte de pouvoirs adjudicateurs différents peut, dans l'intérêt général, faire l'objet d'un marché unique pour différentes communes. On parle alors de « marché conjoint » et donc les personnes en cause, vont désigner l'autorité ou l'organe qui interviendra, en leur nom collectif, à l'attribution et à l'exécution du marché.

2 – Le champ d'application *ratione materiae*

Les opérations qui tombent sous le coup de la législation sur les marchés publics ne répondent pas toutes aux mêmes règles. La question est de se demander « c'est un marché de quoi ? »

La 1^{ère} catégorie est la catégorie traditionnelle d'opérations. Elle comprend les marchés de travaux, de fournitures et services. C'est un paquet de marchés auquel s'applique le régime classique.

Les *marchés de travaux* ont pour objet l'exécution ou la conception d'exécution soit d'un travail précis de construction (ex : un mur), soit de l'ouvrage même (ex : l'immeuble tout entier). L'ouvrage c'est quoi ? C'est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiments ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Ex : un pont ou un immeuble. Et la loi ajoute qu'un marché de travaux peut aussi avoir pour objet de faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. La loi permet de définir la notion d'ouvrage un peu plus largement.

Les *marchés de fournitures* ont pour objet la fourniture de produits. Ca peut être l'achat ou la location de matériel (ex : des ordinateurs ou du papier).

Le *marché de service* ont pour objet la prestation d'un service. Les services visés par la loi sont énumérés dans l'annexe 2 de la loi sur les marchés publics. La liste est assez complète mais tout n'y est pas, il faut toujours aller vérifier. Il y a le service juridique, financier, d'entretien et réparation. Mais un qui ne s'y trouve pas c'est celui de l'arbitrage.

Ex : services d'entretien et de réparation, services de transport terrestres, services de publicités, services financiers, services comptables et informatiques, service juridique.

2^{ème} catégorie de marchés publics : les marchés publics militaires. Ils ont eux aussi pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fourniture ou la prestation de services mais dans un décor militaire. L'idée n'est pas que l'on cherche trop loin, c'est dans le domaine militaire que les choses se passent. Il y a des règles d'attribution et d'exécution dérogatoires, elles se trouvent dans un arrêté royal du 6 février 1997. Il y a notamment une règle qui précise que sont possibles les clauses de « compensations industrielles ». Qu'est-ce que cela veut dire ? Les marchés publics militaires sont des gros marchés. Cet article 2 de l'AR précité prévoit que les compensations industrielles vont être des missions commandées portent soit sur la mise au point, soit sur le développement, soit sur la coproduction ou sur la protection de fournitures ou de services qui, prioritairement, doivent être de haute technologie.

Cela en compensation du fait que l'on a attribué un marché public militaire. On va permettre qu'il se rattrape par le biais d'une commande annexe qui sont un avantage du marché public et qui porte sur l'étude ou le développement ou la production de service qui doivent être de haute technologie prioritairement. On va s'adresser à celui à qui on a attribué ce marché.

Il ne s'agit pas de lots car les lots font l'objet de marchés et sont « lamellisés ». En effet, le marché en lots est divisé en paquet et permet aux soumissionnaires d'obtenir chacun une partie : Monsieur A le lot 1 et le 3 et Monsieur B le 4 et C le 2 et 5,... cela permet de ne pas lancer une procédure de marché public pour autant que ce soient des catégories particulières.

3^{ème} catégorie : Les marchés publics spéciaux : à savoir ceux passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Un régime dérogatoire qui leur est assigné est fixé aux articles 26 et suivants de la loi du 24 décembre 1993. Parmi les règles dérogatoires qui figurent dans cette partie de la loi, on mentionne l'article 39, § 2 de la loi qui prescrit que, dans les secteurs spéciaux, les marchés peuvent être passés au travers d'une procédure négociée sans publicité, ce qui n'est pas permis dans les marchés publics traditionnels.

B – Les principes applicables

1 – Le principe de concurrence

Il est au fondement de la législation sur les marchés publics. Ce principe implique que les marchés publics soient attribués selon les modes d'attribution les plus concurrentiels possibles. Les csq :

- Dès lors que le principe de concurrence doit s'appliquer, on doit publier un avis de marché et cet avis, qui va décrire le marché et les conditions auxquelles on peut soumissionner. Cela se fait au bulletin des adjudications voire même lorsque le montant du marché dépasse les seuils européens,

dans le *Journal officiel de l'Union Européenne*. De façon à ce que les PP intéressées puissent déposer une offre pour l'attribution du marché en question.

- Autre élément : l'interdiction de toute entente entre les soumissionnaires (entreprises de dépannage pex). On ne peut pas envisager que les différentes sociétés de dépannages qui travaillent à Bxl s'entendent pour que chacun ait un marché public à tour de rôle. Ça fausserait la concurrence et c'est sanctionné au pénal si on découvre l'opération. La règle est vite dérogée. On n'est pas sûr que tout le monde va le faire.
- La prévention des conflits d'intérêts : on ne peut pas attribuer un marché public à qqn qui serait le fils de celui qui attribue le marché. Et comme ça ne va pas, on assortit la violation de ces règles de sanctions pénales.
- Autre effet : l'interdiction de toute discrimination dans les critères d'attribution de marché. On ne peut pas établir des critères d'attributions tels qu'une seule personne y répond. Les critères sont tels qu'un seul soumissionnaire possible peut les remplir. On ne peut pas avoir une inclination de désigner à travers les critères généraux celui que l'on veut voir comme soumissionnaire retenu.
- On ne peut pas négocier entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire sur les éléments fondamentaux du marché.

Mais en vertu de l'AR du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur ne prend contact avec les soumissionnaires que pour demander une précision ou pour compléter sur la teneur de l'offre. Mais, on ne peut pas renégocier les éléments fondamentaux en les renégociant, ça ne va pas.

Le principe de concurrence trouve à s'assouplir dans le cadre du régime juridique applicable aux marchés publics de travaux. Seuls les entrepreneurs que l'on qualifie « d'entrepreneurs agréés » peuvent se voir attribuer un marché public. On parle d'agrément et pas d'agrération (belgicisme). Le principe des marchés publics est donc assoupli puisque l'agrément des entrepreneurs va constituer un filtre, une forme de sélection et donc de limitation du principe de concurrence. On n'a pas le temps de procéder à l'examen de la procédure d'agrération des entrepreneurs. La loi du 20 mars 1991 régit la matière. Ce principe conduit donc à une batterie de modalités dans le cadre de l'attribution des marchés.

2 – Le principe du forfait

En principe, le prix du marché public est fixé de façon forfaitaire (un prix est payé contre la prestation de service). Ceci signifie que le cocontractant prend tous les

risques à sa charge, que ces risques ²résultent de l'importance réelle de la prestation ou des difficultés d'exécution ou que le prix résulte du prix des matériaux ou de la main d'œuvre, du mazout,...

C'est le prix qu'on paie et s'il y a un problème, c'est le cocontractant qui assume.
Ce principe connaît un tempérament et 2 objections :

Le tempérament : Le caractère forfaitaire du marché public ne fait pas obstacle à la révision des prix en fonction des facteurs déterminés d'ordre économique et social, à condition que cette révision soit prévue dans le cahier spécial des charges ou dans le contrat. C'est précisément ce que dit l'article 7, § 1^{er}, al. 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics qui prévoient que des révisions de prix sont prévues. On a tempéré le principe du forfait qui est inhérent si on n'a rien dit.

À côté de ce tempérament, on a 2 exceptions :

- Le marché public peut être passé sans fixation forfaitaire des prix pour les travaux, fournitures et services complexes ou d'une technique nouvelle, présentant des aléas techniques importants qui obligent à commencer l'exécution des prestations alors que toutes les conditions de réalisation et obligations ne peuvent en être déterminées complètement. Dans une hypothèse très spécifique, on peut déroger au principe du forfait, mais c'est uniquement dans ces circonstances. Sinon, on pourrait toujours en tant que soumissionnaire revoir ses prix.
- Le marché public peut être passé sans fixation forfaitaire du prix en cas de circonstances extraordinaires et imprévisibles, quand le marché doit être attribué de manière urgente, quand il a trait aux services, à la fourniture et aux travaux. L'urgence est telle qu'il n'est pas possible dans l'urgence de fixer de manière suffisamment précise la nature et les possibilités de réalisation du service sont difficiles à déterminer.

3 – Le principe du service fait et accepté

Il signifie que le pouvoir adjudicateur n'est tenu de payer son cocontractant que pour des services réalisés et acceptés (= réceptionnés) par le maître de l'ouvrage (= celui qui les a commandé). Les paiements anticipés ne sont pas permis. Ici, la loi le dit, on ne ménage que la part des deniers publics. En revanche les acomptes (paiement échelonnés) et les approvisionnements (paiements anticipés mais échelonnés) le sont dans certains cas. C'est l'objet de l'art 8 de la loi du 24 décembre 1993.

C – Les modes d'attribution du marché

Le pouvoir adjudicateur peut procéder à l'adjudication de 3 différentes manières. Tel est ce que prévient l'article 13.

1 – L'adjudication

Le marché passé par l'adjudication est celui qui doit être passé au soumissionnaire le « moins-disant », l'offre la plus basse, la moins onéreuse. Tel que le dit l'art 15 de la loi. Le mot régulier et l'expression la plus basse doivent être précisés. Pour que l'offre soit régulière, il s'impose qu'elle respecte les exigences de forme, en ce compris les délais, et les exigences de fond prescrites par le cahier spécial des charges qui comprend l'ensemble des prescriptions que le pouvoir adjudicateur a édictées pour l'attribution et pour l'exécution du marché.

Pour que l'offre soit la plus basse, il faut tenir compte des prix offerts mais aussi des débours.

Ex : La TVA doit être prise en compte. Si quelqu'un a omis ce poste, il faut qu'il le comptabilise.

L'art 14 de la loi de 1993 dit qu'il y a 2 types d'adjudications : la publique et la restreinte qui offre à tout un chacun sauf l'entrepreneur de travaux qui doit être agréé.

La publique c'est l'écluse, on ouvre la procédure d'attribution à tout le monde, sauf la question des entrepreneurs de travaux qui doivent être agréés en toute hypothèse.

La restreinte amène le pouvoir adjudicateur à sélectionner certains candidats à l'adjudication, dans le cadre de la procédure, parmi ceux qui se déclarent candidats à la remise d'une offre. On va amener le pouvoir adjudicateur à dire que peuvent participer, ceux de la sélection qualitative. Cela permet qu'on passe le barrage et que l'on examine notre offre. La procédure de sélection des candidats est fixée par l'AR de 1996.

Précision : la remise de l'offre régulière la plus basse fait naître dans le chef du soumissionnaire le moins disant un droit subjectif à l'obtention du marché sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à 10% du montant sans cette offre HTVA. Si l'offre est la plus basse, c'est bingo. Il reste que 10% c'est encore raisonnable mais ce n'est pas rigolo pour celui qui perd le marché, mais ce sont comme les hommes et les femmes politiques. Il faut être conscient que le monde n'est pas tout beau et que s'il n'y a pas de loi, ça ne va pas. On fait tout pour avoir du droit européen pour tirer vers la concurrence.

Cette indemnité n'est due toutefois que si le pouvoir adjudicateur attribue le marché.

2 – L'appel d'offres

Le marché public passé par appel d'offre est celui qui doit être attribué au candidat le mieux disant. Il s'agit du soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante. Pour parler d'offre régulière, il convient que les formes, les délais et, de façon générale, l'ensemble des prescriptions formulées par le cahier des charges doivent être respectées. Il faut respecter les règles de forme et de fond.

Pour que l'offre soit la plus intéressante, il ne faut pas nécessairement, qu'elle soit la plus basse financièrement. Elle doit répondre le plus adéquatement possible aux différents critères préalablement retenus par le pouvoir adjudicateur dans le cahier spécial des charges. Il y a des marchés publics passés avec différents critères : le prix, la qualité de l'infrastructure qui reçoit notre voiture.

Plusieurs critères sont possibles : la qualité des produits et des prestations, la valeur technique, les caractéristiques environnementales, le caractère fonctionnel et technique, le service après-vente, la date de livraison, le délai de livraison ou encore le prix qui peut aussi être un critère auquel on a égard pour vérifier si l'offre est la plus intéressante. On ne peut pas utiliser que le prix, sinon c'est une adjudication marquée et déguisée.

Comme en matière d'appel d'adjudication, l'art 14 de la loi de 1993 consacre l'existence de 2 procédures d'appel d'offres. Il y a l'appel d'offre général et le restreint : le général s'adresse au public en général et respecte la plus complète concurrence, réserve faite de l'agrégation des entrepreneurs de travaux.

Le restreint appelle à sélectionner certains candidats parmi les candidats à l'appel d'offre.

La procédure de sélection des candidats est fixée par l'AR du 8 janvier 1996 « portant exécution de la loi relative au marchés publics ».

Précision importante : à la différence de l'adjudication, l'appel d'offre fait que le soumissionnaire qui réclame une indemnité pour être évincé doit prouver que son offre était régulière et intéressante. Il doit prouver qu'il a été irrégulièrement évincé. De plus il doit prouver le dommage. C'est le montant de la perte prétendument subie. Ce n'est pas facile de prouver qu'on était la plus intéressante pcq certains critères ont une vérification difficile à effectuer. Ici, si on croyait qu'on était le meilleur et qu'on l'était réellement, on doit le faire dire par un juge et même si on y arrive, la partie adverse dira que si on disait 10% et on dira que celui qui a tout prouvé aura 10% maximum.

3 – La procédure négociée

Dans le cadre d'un marché attribué par procédure négociée, le pouvoir adjudicateur concerne les entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services. Il va les choisir et conclure des marchés avec eux. Art 17 de la loi. La procédure négociée ne peut être évoquée dans toutes les hypothèses. Ça ne peut l'être que les § 2 et 3 du marché public. Le principe de concurrence fait son effet. C'est une distorsion qui n'est permis que dans des conditions spécifiques.

Le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs fournisseurs et négocie les conditions du marché avec ou plusieurs d'entre eux. Loi du 24 décembre sur les marchés publics. Adjudicateurs = sens large : quelqu'un qui attribue quelque chose à quelqu'un. Le bulletin des adjudications est ce qui est attribuable. La procédure d'adjudication renvoie à une acception limitée car on entend qu'on va attribuer le marché public selon l'offre régulière la plus basse. La procédure négociée ne peut pas être utilisée dans toutes les hypothèses. Uniquement dans les situations du §2 et 3 de l'article 17 de la loi sur le marché public. l'un des grands principes est le principe de concurrence. Les sous missionnaires peuvent participer.

La première négociée est celle sans publicité = article 17 §2 : elle implique si possible (tant que faire se peut) que l'autorité administrative consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services si elle en a la possibilité.

Ex : lorsque le montant du marché ne dépasse hors TVA le montant de 67 000 euros. Aucun marché ne peut être découpé pour se retrouver en dessous de ce seuil.

Procédure négociée avec publicité = consultation des différents partenaires choisis. Il ne s'agit pas forcément d'un appel d'offres restreint. Dans ce dernier cas, c'est le mieux disant qui l'emporte (celui qui répond le plus adéquatement aux critères établis par l'autorité administrative). Dans le cadre d'une procédure négociée la liberté est laissée au pouvoir adjudicateur qui peut retenir le candidat le plus à même tout en devant respecter le principe d'égalité et la motivation.

Dès que le cachet frappe la lettre, le contrat est conclu.

D – L'exécution du marché public

L'adjudicataire (sens large – celui qui s'est vu attribuer le contrat par n'importe quelle procédure) a l'obligation d'assurer l'exécution du marché. Il doit le faire dans le respect des dispositions réglementaires et contractuelles applicables. Ces dispositions sont contenues dans l'AR du 26 septembre 1996 auquel est annexé un document qui fait partie intégrante de cet AR qui se nomme le cahier général des charges. C'est-à-dire l'ensemble des clauses réglementaires applicables à tous les marchés publics.

Les règles contractuelles applicables sont celles du cahier spécial des charges. Elles ne sont applicables que pour déroger ou compléter le code civil.

1 – Le pouvoir de commandement

On peut exposer ce pouvoir de 4 manières :

- L'article 1^{er} et 2 du Cahier général des charges prévoit que l'autorité publique qui est le maître de l'ouvrage dispose d'un pouvoir de direction et de contrôle dans l'exécution du contrat.

Ex : l'autorité détermine la manière dont les travaux doivent être exécutés et à quel moment ils doivent être terminés.

- L'article 7 de l'arrêté royal précité et l'article 42§1^{er} du CGC déterminent que l'autorité publique dispose d'un pouvoir de modification unilatéral des clauses contractuelles. Une des parties au contrat a le droit de le modifier unilatéralement.

Ex : notamment la possibilité d'ajouter des travaux complémentaires. L'autorité publique s'aperçoit qu'il faut encore prévoir d'autres travaux notamment sur recommandation de l'entrepreneur.

- En cas de défaillance de l'adjudicataire, l'autorité administrative peut infliger des sanctions administratives

Ex : pénalités financières par jour de retard. On donne 220 jours pour ériger un établissement si ces jours sont épuisés et bien une pénalité est due par jour de retard et sont définies dans le cahier général des charges.

- L'autorité publique peut prononcer la résiliation du contrat indépendamment de toute faute imputable au contractant.

2 – L'application des théories de l'imprévision, des sujétions imprévues et du fait du prince

Ces trois théories sont applicables aux contrats de marché public.

Selon les règles générales, la théorie de l'imprévision consiste à ce que l'autorité administrative fournisse une aide à son cocontractant pour éviter que l'exécution du contrat ne soit compromise.

Ex : la hausse soudaine et anormale des prix du pétrole

Quant à elle, la théorie des sujétions imprévues consiste en une théorie voisine de la théorie de l'imprévision. Selon cette théorie, il y a lieu à un réajustement des prix convenu lorsqu'en cours d'exécution du contrat apparaissent des difficultés d'ordre technique ou géologique qui existaient déjà avant la formation du contrat, mais qu'un entrepreneur normalement compétent n'aurait pas pu raisonnablement déceler.

La troisième théorie, la théorie du fait du prince est celle aux termes de laquelle il y a lieu à compensation pour établir l'équilibre financier du contrat si l'autorité administrative, dans l'exercice de la fonction réglementaire qui est la sienne, prend des mesures générales et abstraites qui nuisent à son cocontractant.

E – Les modes d'extinction du marché public

Premièrement et pour rappel, l'autorité publique peut résilier le marché de façon unilatérale sans le cocontractant (adjudicataire) ait commis une faute.

2 remarques :

- L'AAU de l'autorité bénéficie de la force exécutoire et n'impose pas à l'autorité le détour par un juge (application du privilège dit du préalable)
- La résiliation justifie l'indemnisation du cocontractant pour rétablir l'équilibre financier du contrat, sauf si la résiliation constitue une sanction administrative car nous l'avons dit juste avant le pouvoir de commandement permet de s'illustrer par une sanction administrative)

Deuxièmement, le contrat peut aussi être résilié par l'adjudicataire. C'est le cas dans la théorie de l'imprévision.

F – Le contentieux des marchés publics

1 – Le contentieux de l'attribution du marché public

- o Quel juge peut être saisi ?

Rappelons que le marché public est un contrat. D'où le CE ne peut connaître car il connaît seulement de la régularité des actes administratifs unilatéraux.

L'art 144 de la Constitution désigne comme juge naturel le juge judiciaire en tant qu'il lui confie les contestations relatives à des droits civils sans dérogation. Or le contrat de marché public est créateur de droits et d'obligations dans le chef des parties.

Mais il se fait que selon la théorie de l'acte détachable, la SACE s'étant inspiré de l'arrêt Martin rendu par le CE français, considère que l'AAU aux termes duquel le marché public est attribué peut être détaché du contrat et sa régularité peut ainsi être examinée par elle qui ne connaît que d'AAU. Le CE pourra donc par ce biais en connaître.

D'où à la question qui peut être saisi, c'est aux choix : le juge judiciaire ou le CE

- Pour demander quoi ?

Le juge civil comme le CE peuvent être saisi en référé comme au fond.

- Au fond
 - Les juridictions judiciaires

Au fond, le juge judiciaire pourra statuer sur la question de savoir si l'autorité administrative a commis une faute en attribuant le marché public à un tel soumissionnaire et si le soumissionnaire évincé qui connaît la justice a subi un préjudice des suites de la commission de sa faute.

Il est important de mentionner que la Cass., par un arrêt du 13 mai 1982, a jugé que la faute commise par une autorité administrative consistait en **toute irrégularité** commise. Le principe que « toute irrégularité commise par l'administration = faute » ne vaut pas qu'en droit des marchés publics, mais dans toutes les branches du droit administratif. Cela peut être une action illégale ou une omission illégale. Soit on désobéit au devoir général de prudence qui incombe à tout un chacun en ce compris l'autorité administrative (article 1382 et 1383 du code civil). Le deuxième cas est de poser soi-même un acte illégal.

Concernant le dommage, il importe de savoir que la jurisprudence des cours et tribunaux est fixée en ce sens que la réparation du préjudice subi en matière de

marchés publics ne peut se faire que par équivalent, jamais en nature. La raison est que le soumissionnaire est un tiers évincé qui ne fait donc pas partie du contrat. Dès lors comme il s'agit d'une nullité relative, et qu'il ne peut la soulever, il ne pourra jamais demander la nullité du contrat. Ce qui conduit à l'indestructibilité du contrat. S'il s'agissait d'une nullité absolue il aurait pu la soulever. Mais les règles de marchés publics ne sont pas d'ordre public et donc pas de nullité absolue en cas de violation.

- Le Conseil d'Etat

Concernant le contentieux administratif du CE, la demande qui peut être faite au fond est limitée. Ce qui peut être demandé c'est l'annulation de l'acte détachable c'est-à-dire l'acte par lequel l'autorité publique a attribué le marché.

Il en résulte que seule la question de faute peut être tranchée par le CE, à l'exclusion de la question de l'éventuel dommage. Dès lors, il faut noter que même si l'acte détachable est annulé, cela n'entraînera pas la nullité du contrat qui sera donc bel et bien exécuté.

- En référé

Dans le cadre du contentieux de l'attribution des marchés publics, il faut distinguer le niveau des juridictions judiciaires et le niveau du conseil d'Etat.

- Les juridictions judiciaires

Sur base de l'art 584 CJ, les juridictions judiciaires peuvent connaître des demandes urgentes qui sont sollicitées au provisoire, cette demande devant être justifiée par une apparence de droit suffisante.

Dans le cadre du droit des marchés publics:

Au niveau du provisoire, ce qui est demandé c'est d'interdire provisoirement de commencer à exécuter le marché public jusqu'à la décision rendue au fond.

Au niveau de l'apparence de droit suffisante, on vise le fait qu'il faut démontrer que le marché public a été attribué de manière irrégulière.

(TUYAU) Et en ce qui concerne l'urgence, celle-ci est plus délicate et ce pour deux raisons. Tout d'abord, le fait que dès que la notification de la décision d'attribution a eu lieu, la réglementation considère que le marché est conclu

(article 117 AR). Ensuite parce que les irrégularités décelées en la matière sont le plus souvent considérées comme n'étant pas d'ordre public et ne peuvent donner lieu à annulation du contrat.

Donc si le juge statue après la notification du marché il ne peut plus interdire provisoirement l'exécution du contrat de marché public.

Pour enrayer cela, le législateur a inséré un art 21 bis dans la loi du 24 décembre 1993. Cet article prévoit que le pouvoir adjudicateur doit attendre au minimum 10 jours entre la date à laquelle il notifie au soumissionnaire la décision de les évincer et la date à laquelle il notifie au soumissionnaire retenu la décision de le désigner.

On remarque dès lors que ces 10 jours doivent permettre aux soumissionnaires évincés de s'adresser s'ils le souhaitent, utilement au juge.

« Utilement » parce que du moment que la notification n'est pas intervenue, le contrat n'est pas conclu et les irrégularités apparentes qui seraient constatées par le juge pourraient lui permettre d'interdire provisoirement l'exécution du marché avant qu'un juge du fond ne déclare l'attribution irrégulière et n'oblige alors à la réparation.

Cette réparation pourra donc être une réparation en nature puisque le marché public n'a pas été exécuté ce qui signifie qu'il pourra être réattribué (mais attention pas nécessairement au soumissionnaire qui est venu se plaindre en justice).

- Le Conseil d'Etat

Le recours en référé devant le conseil d'Etat posait le même problème que celui des juridictions judiciaires, à savoir que dès la notification de la décision d'attribuer le marché, le contrat était conclu.

Et donc le Conseil d'Etat, qui ne connaît régulièrement que des actes administratifs unilatéraux, pouvait, sur le fondement de la théorie de l'acte détachable, ordonner la suspension de l'exécution de la décision d'attribution. Mais puisque le contrat ne pouvait être remis en cause, même par une annulation ultérieure, la condition du préjudice grave et difficilement réparable n'était plus remplie, puisque ce préjudice (c'est-à-dire l'exécution d'un marché publique par un autre soumissionnaire) était consommé.

Le législateur a alors résolu le problème par l'intermédiaire de la loi du 9 juillet 2004 qui aménage un délai minimum de 10 jours pour permettre aux soumissionnaires évincés de saisir le Conseil d'Etat sous le bénéfice de la procédure d'extrême urgence, en vue de faire suspendre l'exécution de la décision d'attribution avant que la notification n'intervienne.

Dans ces conditions, l'autorité qui est face à un arrêt de suspension et qui souhaite initier l'exécution du marché sera contrainte d'enclencher une nouvelle procédure d'attribution.

2 – Le contentieux de l'exécution du marché public

Ici, le Conseil d'Etat n'est pas compétent car il ne peut censurer que des actes administratifs unilatéraux et parce que la théorie de l'acte détachable ne s'applique pas en cette matière. Cette théorie ne s'applique que pour les décisions d'attribution du marché et, de façon plus générale, s'agissant des décisions administratives par lesquelles l'administration passe contrat.

Ce qui veut donc dire que même si un acte administratif est en cause, ce contentieux sera déféré aux juridictions judiciaires.

Ces juridictions statuent soit au fond, soit en référé. Au fond, l'action est introduite devant le tribunal de première instance en exécution des obligations contractuelles. En référé, l'action est introduite devant le tribunal de première instance sur base de l'article 584 CJ

QUESTIONS

L'autorisation domaniale n'est pas un préalable au contrat de concession. Dans le cadre d'une concession, si elle est résiliée, alors une indemnisation sera due au cocontractant. Si on est concessionnaire on a une plus grande sécurité. L'autorisation n'est pas l'acte détachable de la concession.

Le SPF justice est une administration générale. L'administration spéciale de la justice, c'est différent. Le SPF est dans l'administration fédérale l'une des ramifications de l'administration générale au niveau fédéral. L'administration spéciale de la justice ce sont les juges, les membres du greffe etc. Ce sont les acteurs de la justice, ce ne sont pas des fonctionnaires généraux qui doivent aider le Ministre de la Justice.

Il est vrai que la régie autonome a une activité limitée industrielle ou commerciale. L'établissement public a des activités qui ne sont pas limitées. L'établissement public doit donner lieu pour sa création à l'adoption d'un acte législatif (loi, décret, ordonnance).

Page 172 du premier syllabus je dis 415 §4 : le retrait d'acte ne sera bientôt plus possible erreur il sera toujours possible.

Compétence liée : compétence qui ne reconnaît aucune marge de manœuvre à l'administration.

EXAMEN

Chacun passe une épreuve écrite de 30 min = deux questions précises qui portent sur la partie 1 du cours concernant l'organisation de l'administration et les contrôles : cours de Lewalle compris.

Devant l'assistant = 15 min 20 min : 2 questions nécessairement sur la deuxième partie : action de l'administration. Actes unilatéraux et bilatéraux.

Devant le prof = dans le bureau sur une seule question : bonne connaissance et voyage dans le cours sur TOUT le cours. Bien connaître les exemples et capable de mobilité.