



HAL
open science

L'apport du juge administratif dans la détermination du régime juridique des avis consultatifs.

Xavier Braud

► **To cite this version:**

Xavier Braud. L'apport du juge administratif dans la détermination du régime juridique des avis consultatifs.. Etudes offertes au professeur René Hostiou, Lexis Nexis Litec, 2008. <hal-04992205>

HAL Id: hal-04992205

<https://hal.science/hal-04992205v1>

Submitted on 14 Mar 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

L'apport du juge administratif dans la détermination du régime juridique des avis consultatifs.

D'innombrables consultations sont organisées, pour l'élaboration des actes administratifs unilatéraux, par des textes imposant ou permettant le recueil d'avis d'organismes très divers. Services de l'Etat, collectivités territoriales, établissements publics et organismes consultatifs sont les plus couramment sollicités. La consultation de juridictions, d'autorités administratives indépendantes et même d'organismes privés comme les syndicats et associations¹, est également parfois requise.

Les textes instituant des consultations sont essentiellement des lois ou règlements spéciaux, propres à chaque catégorie de décisions administratives. Fort peu de textes transversaux édictent des obligations consultatives ou des règles relatives au régime des consultations. Le décret du 8 juin 2006 remplaçant celui du 28 novembre 1983, en est le principal exemple, mais ne concerne que les organismes consultatifs de l'Etat, et des textes spéciaux peuvent y déroger. Le régime textuel des consultations est donc terriblement dispersé.

L'avis recueilli dans le cadre de l'instruction d'une décision administrative a principalement vocation à éclairer l'Administration, afin qu'un maximum de considérations d'intérêts collectifs et particuliers soient intégrés par l'Administration avant la prise de décision.

De façon plus inattendue, un avis consultatif peut également jouer un rôle non négligeable dans l'issue d'un procès. Un avis d'un service de l'Etat contribue ainsi à qualifier un espace littoral de « *remarquable* » au sens de l'art. L.146-6 du code de l'urbanisme, aboutissant ainsi à son inconstructibilité². Un autre conduit à établir l'insuffisance des pièces du dossier fourni par le pétitionnaire³. Et si les avis (hors les avis conformes), par nature, ne lient pas l'administration, ceux-ci peuvent néanmoins contribuer à établir une éventuelle erreur (manifeste) d'appréciation⁴ lorsque la décision est très éloignée des préconisations contenues dans les avis émis. Un avis consultatif peut même être utilisé par le juge judiciaire, pour contribuer à établir l'élément moral de l'infraction, lorsque le contrevenant a ignoré la substance d'un avis émis préalablement à l'autorisation dont il était bénéficiaire⁵.

Les avis émis par les différents organismes pèsent d'un poids fort différent sur la décision administrative. L'avis d'une association (surtout si elle est « contestataire ») et celui d'un organisme consultatif qui est habituellement suivi par l'autorité administrative, ne sont certainement pas appelés à connaître la même fortune.

De ces diversités, nous tenterons de rapprocher la relative unité de régime juridique, à laquelle le juge administratif contribue de façon déterminante. Celui-ci paraît bien faire preuve d'exigences comparables quelles que soient l'origine et la destination de ces avis. Seuls les avis des formations administratives du Conseil d'Etat connaissent de profondes spécificités que nous n'aborderons pas ici. Le juge administratif est parfois perçu comme tatillon en matière de respect de la procédure administrative. Cette sévérité est nécessaire,

¹ voir par ex. l'art.31 de la loi du 29 juillet 1998 prévoyant la consultation des associations de défense des personnes en situation d'exclusion sur les mesures visant à la mise en œuvre du droit au logement.

² C.A.A. Nantes 24 mars 1999 Manche-Nature n°97NT02524 G.P. 29 décembre 1999 p.41

³ Les affirmations du document d'incidences sur le milieu aquatique sont « *contredites par les observations et réserves émises par les divers services intéressés consultés au préalable par le préfet* » T.A. Versailles 8 octobre 1996 Sté Lyonnaise des eaux n°945611.

⁴ C.E. 3 mai 2004 Barrière B.J.D.U. 2004-2 p.91 et concl. sur C.E. 29 décembre 2006 Dr.Env. n°146 p.44.

⁵ T.Police St Mihiel 13 septembre 2005 Heiliette et Faure n°26-2005.

puisque les consultations ont vocation à faciliter la prise des « meilleures » décisions possibles au service de l'intérêt général. Elle est aussi, sans doute, la contrepartie d'un contrôle beaucoup moins ambitieux sur le fond des décisions⁶.

Les études consacrées à la procédure administrative non contentieuse sont sensiblement moins nombreuses que celles dédiées à la procédure contentieuse. Celles vouées au régime des consultations sont rares et le plus souvent anciennes⁷. Pourtant, en raison notamment de l'incessante évolution des textes instituant des avis consultatifs, cette question est vouée à un bel avenir. En effet, si la complexité de certaines procédures administratives conduit à des velléités de simplification-allègements, celles-ci sont rapidement anéanties par le zèle de parlementaires flattant les représentants de nombreux intérêts en leur offrant, fréquemment par la voie d'amendements dispersés et sans cohérence, de nouvelles consultations obligatoires. C'est d'abord sur ce caractère obligatoire de la consultation, qui ne va pas toujours de soi, que le juge administratif apporte sa contribution. Celle-ci est cependant plus intense s'agissant de la détermination des conditions de régularité des avis consultatifs.

I-L'apport circonscrit du juge quant au caractère obligatoire de l'avis.

Ce caractère obligatoire résultant plus ou moins directement de l'application d'un texte, l'apport du juge ne peut qu'être modeste. La première difficulté est celle du champ de l'obligation de consulter, le texte pouvant parfois conduire à des interrogations. La seconde se présente plus rarement, elle est relative à l'obligation d'émission de l'avis, point sur lequel le juge est moins directement lié par des textes.

A-La sollicitation obligatoire d'un avis.

L'obligation résulte en principe d'un texte, propre à la procédure en cours, ou plus général, mais trouvant à s'appliquer à cette procédure. Le juge est conduit à interpréter ces textes et fait parfois application, en dehors d'obligations textuelles, de principes jurisprudentiels classiques.

1-L'interprétation du texte instituant la consultation.

L'institution d'une obligation consultative liée à la nature de l'acte administratif (ex : autorisation d'ouverture de pharmacie) laisse peu de marge d'interprétation au juge. Du moins est-ce le cas lorsque la consultation est toujours exigée, mais non plus lorsqu'elle est limitée à certaines situations, surtout lorsque celles-ci sont déterminés en termes suffisamment vagues.

La mission déléguée de bassin doit ainsi être consultée préalablement à une autorisation au titre de la police de l'eau lorsque « *l'importance des effets prévisibles d'un projet rendent nécessaire une coordination interrégionale* »⁸. Il s'en suit des appréciations variables selon les tribunaux. Ainsi, un forage d'eau, au débit certes important, est considéré comme exigeant

⁶ voir les développements de Dominique Rémy, premier conseiller au Tribunal administratif de Rennes sur « *la dérive formaliste du juge administratif* » dans son article « *Le juge administratif et la politique de l'environnement* » in « *Le juge administratif et l'environnement* », R.J.E. n° spécial p.137 et s.

⁷ outre les développements de R.Chapus Droit administratif général 14è ed. p.1084 et s., H. Simonian-Ginest « *Nouveau regard sur l'avis consultatif* » RDP 1999 p.1121 limité aux organismes consultatifs et J.M. Auby « *Le régime juridique des avis dans la procédure administrative* » AJDA 1956 p.53.

⁸ art.9 du décret du 29 mars 1993.

cette consultation⁹, alors que l'aménagement d'un vaste parc d'attractions (Naturascope) en est dispensé au motif qu'il ne produira des effets que sur un seul bassin versant¹⁰.

La marge d'interprétation est également importante quand l'obligation consultative est déterminée, non par la nature de l'acte, mais par son objet ou ses effets, quelle que soit sa base juridique. Si un décret relatif à la répartition des quotas de pêche institue bien un « régime nouveau ayant des effets restrictifs sur la concurrence » nécessitant la consultation du Conseil de la concurrence¹¹, la date de rentrée des enseignants n'a pas de « caractère statutaire », et n'implique donc pas la consultation du comité technique paritaire ministériel¹².

Des consultations obligatoires sont parfois instituées alors que l'on ignore à la seule lecture du texte à quelle catégories d'actes elles s'appliquent. L'art. L.4221-3 du C.G.C.T. prévoit la consultation obligatoire des régions « sur les problèmes de développement et d'aménagement de la région ». Le Conseil d'Etat bénéficie alors d'une grande latitude d'interprétation. Il juge que la construction d'une ligne à grande vitesse n'en relève pas¹³, pas plus que le percement du tunnel routier du Somport dans les Pyrénées¹⁴.

Plus difficiles à interpréter sont encore les textes n'identifiant pas les personnes à consulter, se contentant par exemple de viser les « collectivités intéressées » ou encore « concernées ». Le Tribunal administratif d'Amiens estime que sont « concernées » par la fermeture d'une ligne ferroviaire, non pas les seules communes traversées par la section de ligne à fermer, mais celles traversées par l'ensemble de la ligne dont seule une section est fermée¹⁵.

Reste le cas des consultations dont le caractère obligatoire prête à hésitation. Les consultations « le cas échéant » ou « s'il y a lieu » ne sont pas interprétées comme étant des consultations facultatives, mais conditionnées. La consultation de l'inspection du travail sur une demande d'autorisation d'installation classée doit ainsi être effectuée « s'il y a lieu », c'est à dire dès lors que l'installation « comporte des risques pour la sécurité des travailleurs »¹⁶. Le juge considère qu'il y a lieu dès lors que l'installation « comporte des risques pour la sécurité des travailleurs »¹⁷.

2-L'application de principes jurisprudentiels.

Une consultation qu'aucun texte ne rend obligatoire peut néanmoins l'être en application du principe d'égalité : si le ministre a soumis à l'avis (facultatif) de la commission administrative paritaire le dossier d'un fonctionnaire en vue de son avancement, il doit faire de même pour tous les agents susceptibles d'être promus, sauf à méconnaître le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même corps¹⁸. Il est douteux que cette solution soit généralisable, en particulier au delà des seules décisions individuelles.

⁹ T.A. Versailles 8 octobre 1996 Sté Lyonnaise des eaux n°945611.

¹⁰ T.A. Poitiers 3 mars 2005 Ass. Bien vivre en Scévolles R.J.E.2006-1 p.61.

¹¹ C.E. 3 mai 2004 FROM-Nord rec. p.195.

¹² C.E. 30 décembre 2002 SNUDI-F.O. rec. T. p.592.

¹³ C.E. 21 janvier 1977 Peron, Magnan et autres rec. p.32.

¹⁴ C.E. 23 octobre 1995 Ass. Artus n°154401 rec. T. p.873.

¹⁵ T.A. Amiens 20 mars 2007 FNAUT n°0400326-4 à paraître Revue Droit des Transports.

¹⁶ art. 9 du décret du 21 septembre 1977.

¹⁷ T.A. Caen 15 avril 1993 Ass. de défense de l'environnement de Périers n°90771.

¹⁸ C.E. 27 juillet 2001 Ministre de l'Equipement rec. p.399.

Le principe du parallélisme des procédures peut conduire au même résultat. L'arrêté préfectoral modifiant « le programme d'action Nitrates » est irrégulier car non précédé de la consultation du Conseil départemental d'hygiène, exigée pour l'élaboration dudit arrêté¹⁹. Mais ce principe ne trouve pas toujours à s'appliquer : l'abrogation d'une D.U.P. ne nécessite pas la reprise des consultations opérées lors de l'élaboration de l'acte²⁰.

Inversement, le juge peut ne pas exiger une consultation obligatoire, en application de la théorie de la formalité impossible. Tel est le cas de la consultation d'un organisme qui n'a pas été institué, le département des Hauts-de-Seine, alors en instance de création²¹, ou une commission d'aménagement foncier qui n'existe pas dans la commune²² considérée.

Cependant, une difficulté, même sérieuse, n'est pas une impossibilité. La consultation d'une commission instituée à peine trois mois avant l'édiction de la décision n'est pas pour autant impossible²³. De la même façon, une consultation instituée par le législateur devient immédiatement obligatoire, et n'est pas impossible du seul fait de l'absence d'intervention du décret précisant les modalités de cette consultation²⁴.

B-L'émission obligatoire d'un avis.

L'obligation de solliciter un avis ne s'accompagne pas d'une obligation parallèle de l'obtenir, sauf situations très particulières. Et les exigences de forme permettant de considérer que l'avis a bien été émis sont quasi-inexistantes.

1-L'absence d'obligation générale d'émission d'un avis.

La consultation obligatoire constitue une obligation de moyen et non de résultat. L'absence d'émission de l'avis ne paralyse pas la prise de décision pas plus qu'elle ne la vicie.

L'obligation de saisine ne s'applique qu'à l'autorité administrative consultante, mais non plus au sein de cet organisme. Lorsque l'organe délibérant de l'organisme consulté n'est pas saisi par son exécutif qui a reçu la demande de consultation, la procédure n'est pas viciée²⁵. Cette solution traduit une certaine hésitation du juge administratif. Les exigences découlant du principe de légalité voudraient qu'un avis obligatoire soit non seulement sollicité, mais encore recueilli. Au contraire, l'exigence de sécurité juridique conduit à éviter de faire dépendre la régularité de la consultation, du fonctionnement interne de l'organisme saisi, afin d'éviter de multiplier les annulations. Pourtant, un avis irrégulier vicie la procédure, et ce vice est fréquemment causé par le fonctionnement interne de l'organisme (cf II-B). Il n'y a donc pas de raison d'adopter une solution différente pour le seul cas où l'exécutif omet ou refuse irrégulièrement de consulter l'organe qu'il préside²⁶.

Cette jurisprudence a en outre pour corollaire que toute réponse émise par l'organisme consulté ne constitue pas pour autant un avis. En effet, selon la Commissaire du

¹⁹ T.A. Rennes 23 octobre 2003 UGPVB R.J.E. 2004-2 p.215.

²⁰ C.E. 5 mai 1999 Ass. Saône Rhin voie d'eau 2010 rec. T. p.599.

²¹ C.E. 18 octobre 1968 ville de Sceaux rec. p.496.

²² C.A.A. Lyon 8 juillet 2004 Fournier JCP-A 27-12-04 p.1716.

²³ C.E. 10 janvier 2001 Chambre nationale des prestataires animaliers rec. p.3.

²⁴ C.E. 28 juillet 2004 FNAUT rec. T. p.573.

²⁵ C.E. 31 mars 1995 Ass. de sauvegarde de l'environnement de Maillot-Champerret n°142588.

²⁶ d'autant qu'il est aisé pour l'autorité consultante d'inciter l'exécutif à saisir l'organe délibérant en lui rappelant les conséquences de la non-saisine.

Gouvernement Mme Sophie Boissard, « *le fait qu'un maire (...) indique, en réponse à une demande d'avis adressée à la collectivité qu'il administre qu'il n'entendait pas inscrire la question posée à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante équivalait à une absence de réponse de celle-ci* »²⁷ et non à l'émission d'un avis.

2-L'exigence exceptionnelle de l'émission d'un avis.

C'est lorsque l'organisme est saisi et débat effectivement de la question posée que l'absence d'émission d'un avis peut vicier la procédure. Ainsi lorsque les membres du Conseil départemental de la chasse et de la faune sauvage ont débattu de la question, mais que « *les membres dudit Conseil n'ont pas été explicitement invités à formuler un avis sur la liste des espèces nuisibles et n'ont pas émis d'avis* »²⁸. L'organisme a ainsi joué un rôle passif, en se contentant essentiellement d'être informée, mais n'a pas contribué à éclairer l'autorité administrative. Un organe qui examine effectivement le projet sur lequel il est consulté, semble donc tenu d'émettre un avis.

Cependant, si, en raison d'un partage égal des voix sur le sens de l'avis à produire²⁹, aucun avis n'est émis, la procédure n'est pas viciée. Le Conseil d'Etat fait ici application de la théorie de la formalité impossible, ce qui semble confirmer que l'émission même de l'avis était bien obligatoire dans le cas où la question a bien été examinée.

Il y a également exigence d'émission de l'avis lorsque l'organisme demande des informations supplémentaires, (domaine très technique des médicaments), qui ne lui sont pas fournies par l'administration. Dans un tel cas, l'absence d'avis, l'organisme étant toujours dans l'attente des informations à la date de la décision, vicie la décision prise par l'administration³⁰.

3-Les exigences formelles de l'avis.

La pratique administrative formalise par écrit les avis émis. Exceptionnellement, l'écrit qui ne se présente pas comme un avis, mais comme une demande, peut-être requalifié en avis³¹. Les avis implicites, donc non écrits, existent également, puisque certains textes spéciaux assimilent l'absence d'émission d'avis dans un délai déterminé à un avis favorable.

Entre l'avis écrit express et l'avis implicite, l'avis express non écrit paraît également être admissible, dès lors que s'est manifestée « *l'expression d'une opinion* »³². Pour juger de la validité de la consultation de la Région Pays-de-la-Loire par la SNCF, le Conseil d'Etat observe que le projet a « *suscité des critiques* » de la Région et donné lieu à des « *négociations* » sans qu'aucune pièce écrite ne soit mentionnée³³.

La principale question de forme, qui nous rapproche de l'examen de la régularité de l'avis, est celle de sa motivation. Le juge se contente de vérifier si le texte spécial impose ou non la motivation de l'avis. Il ne tire d'aucune autre législation ou principe, d'extension à l'obligation de motivation. La loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes

²⁷ Concl. Mme Boissard sur C.E. 3 décembre 2003 FNAUT Annales de la Voirie n°85 avril 2004 p.62.

²⁸ T.A. Caen 28 septembre 2004. Ass. Manche-Nature Dr.Env. n°124 p.II.

²⁹ C.E. 19 novembre 2004 SARL Centrale des carrières rec. T. p.562 R.J.E. 2006-1 p.98.

³⁰ C.E. 28 avril 1967 Fédération nationale des syndicats pharmaceutiques AJDA 1967 p.401. Dans le même sens, T.A. Poitiers 8 mars 2001 Ass. FNE R.J.E. 2001-3 p.496.

³¹ C.E. 14 janvier 2005 SCA de Bérive n°241701.

³² L'avis est « *une formalité de procédure comportant l'expression d'une opinion* » J.M. Auby AJDA 1956 p.54.

³³ C.E. 13 novembre 2006 Région Pays-de-la-Loire n°287665.

administratifs ne concerne, malgré l'intitulé plus général, que les seuls actes décisifs (art.1^{er}). Or la grande majorité des textes spéciaux n'exigent pas de motivation, alors même que l'avis exprime un point de vue impliquant par nature une justification de ses fondements.

Lorsque, par exception, la motivation est exigée, le juge apprécie alors son existence et, le cas échéant, son caractère suffisant. L'absence de toute motivation constitue un vice substantiel qui vicie l'acte administratif subséquent³⁴. Dans le cas des organismes collégiaux, le juge exige que la motivation soit unique, correspondant au point de vue de la majorité. Elle ne saurait se réduire à l'addition des opinions des différents membres³⁵.

Ajoutons que les motifs de l'avis doivent être liés aux intérêts que l'organisme consulté a pour mission de défendre. Ainsi la commission départementale des carrières ne saurait motiver son avis par des considérations étrangères aux intérêts visés à l'art. L.511-1 C.env.³⁶. Les seuls intérêts économiques, ou ceux du développement local ne peuvent donc à eux seuls justifier un avis favorable de cette commission.

La jurisprudence est trop peu abondante sur la question pour la comparer avec celle concernant la motivation des décisions administratives ou des avis des commissaires-enquêteurs. Et ce d'autant plus qu'elle est, comme il est convenu de le dire par pudeur, « nuancée ». Observons seulement que l'annulation en raison d'un avis non motivé produit des effets plus radicaux que l'annulation d'une décision non motivée, puisque dans le premier cas seulement, l'administration doit reprendre la procédure d'élaboration de l'acte annulé.

II-La contribution substantielle du juge dans la détermination de la régularité de l'avis.

En raison même de son objet, cette seconde partie inclura les avis facultatifs, puisque « *dans le cas où, sans y être légalement tenue, elle demande (...) l'avis d'un organisme consultatif, l'autorité compétente doit procéder à cette consultation dans des conditions régulières* »³⁷. Autrement dit, le Conseil d'Etat pose un principe majeur selon lequel un avis irrégulier, même facultatif, vicie la procédure, sauf si, bien entendu, ce vice n'est pas qualifié de substantiel³⁸. La régularité de l'avis est liée tant aux modalités de la consultation par l'autorité administrative consultante qu'aux modalités de fonctionnement de l'organisme consulté.

A-Une consultation loyale par l'autorité consultante.

Les exigences de loyauté de la consultation s'articulent autour de trois idées : une information suffisante de l'instance consultée, un lien temporel adéquat entre la consultation et la décision et enfin une proximité de contenu suffisante entre le projet soumis pour avis et la décision administrative effectivement intervenue.

1-Une information suffisante des instances consultées.

³⁴ T.A. Rennes 8 juillet 1999 ERB Dr. Env. n°72 p.11 ; C.A.A. Lyon 11 mai 1999 Cne d'Arches n°98LY01862.

³⁵ S'agissant d'un avis de la commission départementale des carrières C.A.A. Bordeaux 4 décembre 2003ASSAUPAMAR n°97BX 30653.

³⁶ C.A.A. Nantes 18 février 2003 Cne de Cesny-aux-vignes-Ouézy R.J.E. 2004-3 p.338.

³⁷ C.E. Ass. 9 décembre 1966 Berland rec. p.651. ; C.E. section 15 mars 1974 Syndicat CGT-FO rec. p.188 .

³⁸ C.E. 30 octobre 1996 Centre de perfectionnement de voltige aérienne rec. p.952.

Certains textes spéciaux précisent la composition du dossier à communiquer à l'organisme consulté. Dans ces cas, le juge en vérifie le contenu. Mais l'éventuel vice de procédure tient alors autant du défaut de composition du dossier que de l'irrégularité de la consultation.

Lorsqu'un texte général vise la transmission aux membres de l'organisme « *des documents nécessaires à l'examen des affaires* »³⁹, le Conseil d'Etat apprécie au cas par cas, sans faire preuve d'un excès de formalisme. Ainsi la non transmission du rapport du commissaire-enquêteur ne vicie pas la consultation, dès lors que les membres de l'instance avaient connaissance de sa teneur par l'intermédiaire du rapport de la DRIRE⁴⁰. Mais le juge peut être exigeant jusqu'à renforcer les exigences textuelles dans une logique de pleine information. En matière de police de l'eau, le préfet soumet au C.D.H. « *un rapport établi au vu du dossier de l'enquête et des avis émis* »⁴¹. Le texte n'impose donc la communication au C.D.H. que du rapport, mais un tribunal administratif considère pourtant que la non transmission de deux avis recueillis au cours de l'instruction administrative, vicie la procédure⁴².

En l'absence de texte, le juge apprécie le caractère suffisant de l'information transmise. Si le dossier soumis pour avis « *ne permettait pas aux collectivités territoriales et aux EPCI de rendre un avis en toute connaissance de cause* » en raison de son incomplétude, le juge censure l'acte intervenu à la suite de cette consultation⁴³. Il ne saurait donc y avoir de consultation sans information préalable, même si aucun texte ne l'exige.

L'information donnée aux membres de l'organisme consulté doit en outre être fiable. Si le dossier communiqué « *contient des informations matérielles importantes inexactes qui n'ont pas permis aux intéressés de formuler leurs observations de manière suffisamment éclairée* », la consultation est irrégulière⁴⁴.

2-Un lien temporel adéquat entre la consultation et la décision.

Quelques textes spéciaux fixent un délai maximum entre la date de l'émission de l'avis et celle de l'intervention de la décision. Le Conseil d'Etat considère que le non-respect de ce délai, entre l'avis émis par la Commission des participations et des transferts, et la décision de privatisation, rend caduc ledit avis⁴⁵. Il n'est pas certain que la caducité soit généralisable en dehors des domaines où le contexte de la décision est susceptible d'évoluer très rapidement.

Dans le cas d'absence de délai imposé à l'autorité administrative, le juge veille à ce que la décision n'intervienne pas trop tardivement, auquel cas une nouvelle consultation est nécessaire. Un délai excessivement long (dix ans)⁴⁶ entre l'avis et la décision peut suffire à faire disparaître tout lien entre les deux et à vicier la décision.

Mais le plus souvent, le délai écoulé est rapproché d'un changement des circonstances de droit ou de fait. Le délai « raisonnable » pour statuer pourra ainsi être très variable. Onze années ne semblent pas nécessairement suffire à entraîner la caducité de la consultation, le Conseil d'Etat ajoutant à ce constat qu'au cours de cette période « *d'importantes*

³⁹ art.9 du décret du 8 juin 2006 reprenant l'art.11 du décret du 28 novembre 1983.

⁴⁰ C.E. 7 juillet 1997 Cne de Villeparisis R.J.E. 1998-3 p.434.

⁴¹ Art. 7 du décret du 29 mars 1993.

⁴² T.A. Poitiers 8 mars 2001 Ass. F.N.E. R.J.E. 2001-3 p.496.

⁴³ T.A. Strasbourg 10 novembre 2005 Rolli Env. janvier 2006 p.21.

⁴⁴ T.A. Pau 19 juin 2003 Ass. Aquitaine Alternatives n°01-1713.

⁴⁵ C.E. Ass. 29 juin 2001 Goulier rec. p.291.

⁴⁶ C.E. 3 novembre 1989 Union des sociétés mutualistes du boulonnais rec. p.889.

modifications sont intervenues » dans le domaine considéré⁴⁷. Lorsqu'une loi nouvelle apportant des changements substantiels dans la législation concernée intervient entre l'avis et la décision, l'obligation de consulter à nouveau l'organisme est imposée, quand bien même six mois seulement se seraient écoulés entre l'avis et la décision⁴⁸.

Il en va de même d'un changement de circonstances de fait. Une autorisation d'ouverture de pharmacie est délivrée au motif de la mauvaise gestion de la pharmacie existante, motif mis en avant par le syndicat départemental des pharmaciens dans son avis. En raison du changement de propriétaire de la pharmacie existante, intervenu entre l'émission de l'avis et l'autorisation, une nouvelle consultation du syndicat des pharmaciens aurait dû avoir lieu⁴⁹.

Le changement de circonstances peut en outre être seulement plausible. Un délai de 16 mois est ainsi considéré comme excessivement long dès lors que l'organisme consulté doit prendre en compte « *des circonstances susceptibles de varier* »⁵⁰.

Le lien temporel adéquat est également rompu lorsque la décision intervient non plus tardivement, mais prématurément. Un avenant à la Convention nationale des médecins généralistes est approuvé par un arrêté intervenu dès le lendemain de la saisine pour avis du Conseil National de l'Ordre des médecins. Faute de démonstration d'une urgence ne permettant pas d'attendre l'émission de l'avis, la consultation est viciée⁵¹.

3- Une proximité suffisante entre l'objet de la consultation et celui de la décision.

La question est bien connue à propos de la consultation du commissaire-enquêteur. Cette consultation est viciée dans le cas où une modification substantielle du projet soumis à enquête apparaît dans la décision administrative d'autorisation ou d'approbation. La consultation du commissaire-enquêteur est toutefois indissociable de la consultation du public au cours de l'enquête, ce qui peut expliquer une relative sévérité du juge administratif.

Pourtant, la jurisprudence en matière de modification substantielle d'un projet d'acte après une consultation obligatoire ordinaire, ne semble pas fondamentalement différente. La modification substantielle peut résulter d'un ajout, d'une modification de son contenu, ou même des modalités de son entrée en vigueur.

Lorsqu'un titre nouveau est ajouté, postérieurement à la consultation, au projet d'arrêté ministériel⁵², la consultation est viciée, mais dans ce cas, une annulation partielle – du seul titre ajouté – sera prononcée.

Il en va différemment lorsque les dispositions adoptées, relatives au stage des fonctionnaires « *sont entièrement différentes de celles soumises au comité technique paritaire* », l'annulation est totale, quand bien même le texte ne serait pas limité à cette question du stage des fonctionnaires⁵³. De même lorsque le texte adopté retient une « *définition toute différente de l'art dentaire* » de celle contenue dans le projet de texte soumis à consultation⁵⁴. Le texte est

⁴⁷ C.E. 4 novembre 1987 ACCA de Dingé rec. p.546.

⁴⁸ T.A. Paris 5 avril 1991 Latona rec. p.622.

⁴⁹ C.E. 18 février 1970 Dame Grumach rec. p.118.

⁵⁰ C.E. 11 décembre 1987 Ministre de l'Intérieur C. Stasi rec. p.411.

⁵¹ C.E. 29 juillet 2002 Conseil National de l'Ordre des médecins rec. T. p.592.

⁵² C.E. 11 février 1959 Confédération du travail du Tchad rec. p.104.

⁵³ C.E. Ass. 2 mai 1958 Syndicat des greffiers de l'Etat rec. p.252.

⁵⁴ C.E. 29 janvier 1971 Conseil national de l'ordre des médecins au recueil.

considéré comme indivisible, en raison du caractère essentiel de la question modifiée. De façon générale, le Conseil d'Etat censure les décisions intervenues avec des modifications post-consultatives « *qui posent des questions nouvelles* » au motif que l'organisme consulté « *doit être mis à même d'exprimer son avis sur l'ensemble des questions soulevées* »⁵⁵.

Selon la même logique, l'adoption d'un texte, identique dans son contenu à celui soumis pour avis, mais complété par une disposition reportant de 7 ans son entrée en vigueur, est irrégulière faute de nouvelle consultation sur ce point⁵⁶.

Par contre, à l'issue d'une consultation facultative, toute modification est possible, aussi substantielle soit-elle⁵⁷. Pour le Commissaire du Gouvernement M. Galabert, cette situation ne traduit pas une consultation irrégulière, mais une renonciation à consultation, ce qui est toujours possible s'agissant d'une consultation facultative⁵⁸. Cette analyse, certes compréhensible, mérite néanmoins un effort intellectuel, alors que l'apparence pratique reste celle d'une consultation effective. Cette jurisprudence aboutit à une entorse au principe selon lequel une consultation facultative ne doit pas constituer un faux-semblant.

B- Une organisation et un fonctionnement réguliers de l'organisme consulté.

L'organisme consulté a sa part de responsabilité dans la régularité de la consultation, ce qui, pour le Commissaire du Gouvernement Sophie Boissard « *comporte évidemment des inconvénients pour l'autorité qui consulte puisqu'elle fait dépendre la régularité de la consultation du fonctionnement interne de l'organisme saisi* »⁵⁹. Cette difficulté n'est qu'apparente, il appartient naturellement à l'administration consultante de vérifier que les avis émis l'ont été régulièrement, et, dans la négative, de procéder à une nouvelle consultation.

1- Un avis émis par l'organe compétent⁶⁰ de l'organisme consulté.

Pour une consultation obligatoire, le juge pose, sauf précision textuelle contraire, que c'est la formation plénière de l'organisme collégial qui doit exprimer son avis. Cela vaut pour les collectivités territoriales, alors même qu'aucun texte ne le prévoit explicitement. Le Conseil d'Etat se fonde en effet sur une disposition générale selon laquelle « *le conseil municipal règle, par ses délibérations, les affaires de la commune* »⁶¹ alors même que l'autorisation de l'opération sur laquelle la commune est consultée ne relève pas de la compétence communale. Cette exigence vaut tout autant pour les départements⁶², les régions⁶³, et le fait qu'un autre organe de la collectivité émette l'avis vicie la procédure, qu'il s'agisse du maire, d'un vice-président, et, à fortiori d'un agent⁶⁴ qui se soit exprimé en lieu et place de la collectivité.

⁵⁵ C.E. 15 mai 2000 Territoire de la Nouvelle-Calédonie rec. p.170.

⁵⁶ C.E. 16 octobre 1998 Eau et Rivières de Bretagne n°170644.

⁵⁷ C.E. 15 mars 1974 Syndicat CGT-FO rec. p.188.

⁵⁸ Conc. Galabert sur C.E. 28 avril 1967 Féd. des syndicats pharmaceutiques, AJDA 1967 p.402.

⁵⁹ Les Annales de la Voirie n°85 avril 2004 p.62.

⁶⁰ R. Hostiou préfère parler d'aptitude plutôt que de compétence en l'absence de caractère normatif de l'avis. « Procédures et formes de l'acte administratif » L.G.D.J. 1975 p.44 et 59. Nous reprenons par commodité le terme usité par le juge.

⁶¹ C.E. 6 avril 1979 Lepêtre rec. p.149.

⁶² C.A.A. Douai 13 mai 2002 FDSEA de la Somme A.J.D.A. 2002 p.856 ; R.J.E. 2002-3 p.506.

⁶³ C.E. 3 décembre 2003 FNAUT rec. p.468 ; RFDA janvier 2004 p.204 ; AJDA 22 décembre 2003 p.2341.

⁶⁴ respectivement note 60, 62 et T.A. Limoges 31 décembre 2002 FNAUT JCP-A 7 avril 2003 p.466.

Cette jurisprudence ne doit pas tromper. Ce que le juge censure n'est pas tant l'émission d'un avis par l'organe qui s'exprime à tort, que la substitution d'un avis à celui de l'organe délibérant. Ainsi, l'émission d'un avis par le maire ne vicie pas la procédure, dès lors que le conseil municipal s'est également prononcé⁶⁵. L'irrégularité n'est établie que si l'organe délibérant a négligé de le faire ou ne l'a pas fait dans le délai imparti s'il existe⁶⁶.

Dans le cas d'un organisme consultatif qui dispose de deux formations collégiales, plénière et commission permanente, l'avis doit émaner de la formation plénière, alors même que « *la représentation des intérêts en présence (est) assurée dans la commission permanente dans les mêmes conditions que dans le Conseil lui-même et que tous les membres de ce Conseil aient la possibilité de prendre séance à la Commission permanente* »⁶⁷. C'est donc la souveraineté de la formation plénière qui s'impose, plus que la présence des intérêts concernés.

La même recherche de l'organe souverain s'applique aux structures hiérarchisées. L'organe subordonné ne peut se substituer à son supérieur : l'avis émis en lieu et place du ministre par un chef de bureau⁶⁸ ou par un directeur de service déconcentré⁶⁹ vicie également la décision.

Mais la jurisprudence n'est pas dénuée de pragmatisme. Comme pour les décisions, la compétence peut aisément être adaptée par des délégations. L'avis émis par la commission permanente du Conseil Général est régulier, « *compte-tenu de la délégation accordée par l'assemblée départementale* »⁷⁰, dès lors que l'art. L.3211-2 du CGCT permet au Conseil Général de déléguer une partie de ses « *attributions* » à la commission permanente .

Cette possibilité de déléguer des attributions consultatives joue également en dehors des collectivités territoriales, à condition qu'elle soit prévue par les textes relatifs à l'organisme en question, et que la délégation soit conforme à ceux-ci. Ainsi, lorsque le texte limite les subdélégations aux « *affaires courantes* », le juge n'hésite pas à annuler un acte, comme n'étant pas intervenu au vu de l'avis de l'organe compétent de l'organisme consultatif⁷¹, l'objet de la consultation ne pouvant être qualifiée d'affaire courante.

L'existence d'un texte précisant la formation à consulter n'exclut pas toute possibilité d'appréciation par le juge. Pour vérifier que c'est la section administrative adéquate du Conseil d'Etat qui a été saisie du projet de décret relatif à l'appellation d'origine « Morbier », la section du contentieux admet que la section des finances ait été consultée (au titre des « *affaires dépendant du ministre de l'Economie et des finances* ») et non pas la section des Travaux publics (au titre des « *affaires dépendant du ministre de l'agriculture* »)⁷².

A défaut de texte réglementaire, le juge peut s'appuyer, pour déterminer l'organe compétent, sur les statuts de l'organisme consulté, fut-il de droit privé. L'avis de la fédération départementale de pêche ne saurait régulièrement émaner de son Président au vu des statuts (bien que peu explicites) de l'association, mais du conseil d'administration⁷³.

⁶⁵ C.A.A. Marseille 19 juin 2003 Ets Gérard Pagès n°01MA01902.

⁶⁶ C.E. 9 avril 1979 Lepêtre préc.

⁶⁷ C.E. Ass. 9 décembre 1966 Cie Charles Le Borgne rec. p.652.

⁶⁸ T.A. Montpellier 23 février 1994 FENEC n°931759.

⁶⁹ C.E. 7 avril 1999 Sté Soucas rec. T. p.599.

⁷⁰ C.E. 25 avril 2007 FNAUT n°293289.

⁷¹ C.E. 10 juin 2005 ASPAS AJDA 2005 p.1262.

⁷² C.E. 5 novembre 2003 Syndicat de défense des fabricants et affineurs du Morbier rec. T. p.630.

⁷³ T.A. Clermont-Ferrand 25 octobre 2001 Ass. agréée de pêche « La truite du Lignon » n°990263.

2- Une composition régulière de l'organisme consulté.

La saisine de l'organe compétent ne suffit pas à établir la régularité de l'avis. L'organisme doit être régulièrement composé. De nombreuses difficultés peuvent se poser en la matière.

L'illégalité de l'acte nommant les membres d'un organisme consultatif ne saurait être soulevée par voie d'exception⁷⁴, celui-ci n'ayant pas un caractère réglementaire. Toutefois, cela n'exclut pas que la composition irrégulière de l'organisme consulté entache d'illégalité l'acte qui lui est soumis pour avis. Il en va ainsi quand les membres d'un collège n'ont pas été désignés au sein de l'organisme consultatif⁷⁵. Ce n'est pas la nomination d'un membre qui est discutée, mais la non-représentation d'un intérêt qui est en cause.

L'acte de nomination peut cependant avoir été contesté par voie d'action. En cas d'annulation de celui-ci, les actes soumis pour avis à l'organisme irrégulièrement composé sont eux aussi irréguliers⁷⁶. Le vice peut d'ailleurs s'analyser comme tiré de l'absence d'existence légale⁷⁷ de l'organisme, si toutes les nominations sont annulées.

L'exception d'illégalité du texte fixant la composition et les attributions de l'organisme consulté⁷⁸, lequel revêt un caractère réglementaire, est pour sa part parfaitement recevable.

Peut également être contestée la composition particulière de l'organisme lors de la séance où il rend son avis, ce qui relève de son fonctionnement. La non-convocation d'un membre,⁷⁹ la violation des règles de quorum⁸⁰ constituent des vices substantiels. La possibilité de délibérer sans quorum à l'issue d'une seconde réunion ne saurait en outre être dénaturée : si celle-ci se tient « *après une courte interruption* », il ne s'agit pas d'une seconde réunion, mais de « *la poursuite de la réunion initiale* »⁸¹. La souplesse n'est cependant pas exclue, la présence à une réunion de cinq représentants du ministre au lieu des quatre ne vicie pas l'avis⁸².

Concernant l'exercice de la suppléance, le Conseil d'Etat fait preuve d'une grande indulgence, n'admet que rarement les vices substantiels, et considère notamment qu'un suppléant qui prend part au débat malgré une interdiction textuelle ne rend pas l'avis irrégulier⁸³. Et si la présence d'un suppléant en même temps que son titulaire peut aboutir à une irrégularité substantielle, ce n'est que parce que l'avis a été adopté à une voix de majorité qui n'a pu être acquis que par le double vote du titulaire et du suppléant⁸⁴.

Reste le cas du membre « intéressé » de l'organisme. S'agissant des collectivités locales, la jurisprudence issue de l'art. L.2131-11 CGCT qui vise les membres du conseil « *intéressés à l'affaire* » trouve à s'appliquer dans les mêmes conditions que pour une décision. L'art. 13 du décret du 8 juin 2006 utilise une formule analogue, visant l'« *intérêt personnel à l'affaire* »

⁷⁴ C.E. 11 octobre 1957 Dame Gonzalès rec. p.526.

⁷⁵ T.A. Caen 28 septembre 2004 Manche-Nature Dr. Env. n°127 décembre 2004 p.II. Position similaire du Conseil d'Etat C.E. 29 janvier 2003 OPHLM de l'Essonne (organisme décisionnel) RFDA mars 2003 p.413.

⁷⁶ C.E. 9 décembre 1966 Berland rec. p.651.

⁷⁷ C.A.A Bordeaux 23 décembre 2004 Ministre de l'Équipement c. Loiseau AJDA 28 mars 2005 p.685.

⁷⁸ C.E. 23 mars 1962 Revers rec. p.202.

⁷⁹ C.A.A. Paris 25 septembre 1997 Sté des plâtres Lafarge R.J.E. 1998 p.432.

⁸⁰ C.E. 13 juillet 1997 Société carrière de la 113 n°119897.

⁸¹ C.E. 6 avril 2001 Société des agrégés de l'université rec. T. p.807.

⁸² C.E. 30 janvier 1981 Syndicat national des audio-prothésistes rec. p.37.

⁸³ C.E. 11 juillet 1986 Ministre du Plan rec. T. p.354.

⁸⁴ C.E. 7 avril 1999 S.A. Castille rec. T. p.599.

pour les organismes consultatifs, formule qui ne constitue d'ailleurs que la reprise de la jurisprudence antérieure⁸⁵ tant au décret précité qu'à celui du 28 novembre 1983. Illustration du fait que le droit administratif demeure, même textualisé, largement jurisprudentiel. Ce texte apparaît plus exigeant que celui concernant les collectivités territoriales puisqu'il inverse la charge de la preuve en ajoutant que la nullité est entraînée « *lorsqu'il n'est pas établi que la participation du ou des membres intéressés est restée sans influence sur la délibération* ».

La présence dans la commission de l'auteur du projet sur lequel l'avis est sollicité rend cet avis irrégulier⁸⁶. Inversement, une autorisation d'exploiter est annulée au motif qu'un concurrent du pétitionnaire a participé au vote de l'avis défavorable de la commission des carrières. Le Tribunal administratif de Nantes se fonde sur « *l'atteinte aux garanties d'objectivité (...) alors même que l'avis défavorable aurait été acquis sans le vote* » de l'intéressé⁸⁷. En ne se référant à aucun texte, le Tribunal semble vouloir étendre cette exigence au delà des seuls organismes consultatifs, ce qui illustre la volonté du juge administratif de contribuer à l'élaboration d'un véritable régime juridique des avis consultatifs, sans se limiter à la simple application de textes épars.

3-La nécessité d'une réunion effective pour les organismes collégiaux.

L'avis d'un organisme collégial ne se déduit pas de l'addition de l'avis individuel de chacun de ses membres, fussent-ils convenablement informés, la « *délibération collégiale* »⁸⁸ ou la possibilité de « *débattre collégalement* »⁸⁹ étant nécessaires. La délibération est synonyme de discussion et de débat⁹⁰, ce qui implique une réunion physique. Toutefois, le décret du 8 juin 2006 autorise expressément les visio-conférences et mêmes les réunions téléphoniques.

La consultation individuelle des membres de l'organisme par courrier ne saurait suffire⁹¹, pas plus que des échanges téléphoniques entre membres, même attestés par procès-verbal⁹². Mais le juge va plus loin, puisqu'une réunion de l'organisme peut ne pas s'avérer suffisante. C'est le cas lorsque celui-ci est, simplement, informé, au cours de sa réunion et que le préfet demande à l'issue de cette réunion à ce que chacun des membres de l'organisme lui fasse part individuellement de ses observations dans les 15 jours⁹³. Ce caractère individuel des observations recueillies est incompatible avec la collégialité de l'organisme et la délibération qu'elle implique.

Xavier Braud

Maître de conférences de droit public à l'université de Rouen.

⁸⁵ C.E. 7 juillet 1965 FNTR rec. p.413.

⁸⁶ C.E. 20 mars 1992 Epoux Prost rec. p.684.

⁸⁷ T.A. Nantes 13 octobre 2005 Sté Guintoli Env. mars 2006 p.23.

⁸⁸ C.E. 4 novembre 2002 Alogninouwa rec. T. p.592.

⁸⁹ C.E. 17 mai 1999 Sté Smithkline Beecham laboratoires pharmaceutiques rec. T. p.599.

⁹⁰ Conclusions M. Caubet-Hilloutou sur T.A. Pau 7 juin 2005 AJDA 5 décembre 2005 p.2291.

⁹¹ C.E. 27 juillet 2001 Ass. des riverains de France n°217329.

⁹² C.E. 4 novembre 2002 Alogninouwa préc.

⁹³ C.E. 29 mars 2004 Cne de Soignolles en Brie JCP-A 2004 p.908; Procédures août 2004 p.21.