



Université  
de Liège

Droit administratif, Tome I - L'action publique  
Ann Lawrence Durviaux, professeur & avocat

## **Droit administratif**

### **Tome I. L'action publique**

**Ann Lawrence Durviaux, professeur &  
avocat**

**(Avec la collaboration de Damien Fisse, assistant & avocat)**

Dédicace :  
à Paul Lewalle,  
bien évidemment.

## Préface

Le professeur émérite Paul Lewalle, conseiller d'état, a bien voulu me transmettre l'ensemble de sa documentation servant au cours de droit administratif qu'il a enseigné à l'Ulg. Egal à lui-même, il m'écrivait ce faisant " ... et s'il en sortait quelqu'effet, digne d'une louange entière, Vous en seriez seule héritière ...". C'est pourtant avec une conscience très particulière de l'influence de son enseignement sur mon propre travail que je me suis lancée dans ce projet d'écriture, forte aussi de ses encouragements. Au demeurant, formée en droit administratif à l'Université de Liège, j'ai construis ce cours dans le prolongement des œuvres fondatrices de l'école liégeoise de droit administratif écrites par les professeurs Buttgenbach, Dembour, Lewalle, Herbiet et Pâques. Avec une reconnaissance infinie pour ces maîtres de ma discipline, l'objectif que je poursuis est à la fois modeste et intemporel : tenter d'ordonner les fondements du droit administratif dans un support écrit destiné à l'apprentissage. Il s'adresse aux étudiants qui découvrent le droit administratif avant tout, dans le cursus de science politique et de criminologie. Il s'agit de proposer des balises, des fondations pour construire et accompagner leurs premiers pas dans leur future activité professionnelle, sachant que celle-ci les conduira à plus de détails et de nuances, la réalité présentant toujours un degré de complexité particulier. Sans doute, je forme le secret espoir qu'ils y prendront un certain plaisir chemin faisant, et que certains d'entre eux, à l'instar de Damien Fisse, écriront, une partie de la suite de l'histoire.

## Introduction générale

### 1. Généralités

Le droit administratif a une réputation difficile : il est souvent présenté comme aride, rébarbatif, trop malaisé à appréhender dans ses nuances. Il n'est pas, comme le droit privé, structuré autour d'un code vieux de plus de deux siècles.

Toute personne peut avoir une idée de ce que sont les « administrations », au gré de son expérience quotidienne. Le but de ce cours est de préciser cette idée première intuitive et de considérer l'administration, dans ses principes d'organisation, de fonctionnement et d'action, sous l'angle juridique.

À bien des égards, l'approche du droit administratif développée ci-après peut paraître « instrumentale », en ce sens que sont évacués les jugements de valeur sous-jacents à certains discours.

Le droit administratif pourrait être une occasion de « s'épancher » sur bien des sujets délicats : le rôle contesté de l'Etat, sa difficulté d'être au sein d'une Europe en perpétuel devenir, et plus proche de nous, son éventuelle dilution dans une énième réforme discutée, hier, aujourd'hui et sans doute demain.

D'autres disciplines permettent de réfléchir et comprendre ces questions comme l'histoire, l'économie et la science politique.

L'approche instrumentale se traduit encore d'une autre manière.

Principalement, par la présentation du droit administratif comme une boîte à outils qui permet de comprendre, de concevoir et de réaliser des actions concrètes en relation avec les administrations publiques de notre pays principalement, mais également d'autres pays puisque certains concepts et techniques sont présents dans d'autres ordres juridiques.

Afin de donner les clés de compréhension qui semblent indispensables à cet objectif, il est indispensable de dépasser, comme d'autres avant moi, un exposé linéaire des institutions et de leurs compétences, même s'il est délicat d'en faire totalement abstraction. Cependant, l'essentiel est ailleurs.

### 2. L'objet du cours

Quel est l'objet du droit administratif ?

Le droit administratif est habituellement présenté comme une **branche du droit public interne**, l'autre étant le droit constitutionnel. Tous les précis et manuels de droit administratif s'ouvrent sur cette affirmation.

Le droit constitutionnel est relatif au fonctionnement général de l'Etat (il s'adresse aux Gouvernants) alors que le droit administratif est relatif aux administrations (les servants qui exécutent les décisions des premiers)<sup>1</sup>.

Plus concrètement, le droit administratif est relatif à l'administration publique au sens large : ses principes d'organisation, ses fonctions ou finalités, ses moyens d'action et ses actes juridiques. La littérature juridique évoque alors des critères organique, matériel, fonctionnel dans la définition de l'objet du droit administratif<sup>2</sup>.

En dépit de ce référentiel abstrait pour se définir, les questions abordées sont concrètes : comment définir l'administration ? A quoi sert-elle ? Quels actes juridiques peut-elle accomplir ? Par quels moyens peut-elle agir ? Idéalement, l'ensemble devrait former un tout cohérent et complet, perceptible dans le plan.

L'action de l'administration présente des particularités, elle est censée poursuivre l'**intérêt général** alors que les particuliers sont mus par des intérêts particuliers. L'intérêt général est une notion à la fois transversale et fondatrice du droit administratif, un mythe en quelque sorte qui justifie les règles juridiques « spéciales » qui forment la trame du droit administratif. La littérature juridique évoque souvent le « régime juridique spécial » qui s'applique à l'administration ou la spécialité des règles qui la régissent.

La poursuite de l'intérêt général emporte diverses conséquences. Exprimé plus simplement, le caractère « spécial » des règles présente plusieurs dimensions.

Les solutions et techniques juridiques retenues en droit privé ne sont pas nécessairement transposables en droit administratif. Lorsqu'elles le sont, elles subissent parfois des adaptations fondamentales.

Le droit privé s'applique à l'administration lorsqu'il s'agit d'apprécier sa responsabilité civile<sup>3</sup> : les conséquences dommageables de ses actes sont appréciées à l'aune des principes énoncés dans les articles 1382 et suivant du code civil. Tel est l'enseignement de l'arrêt fondateur du droit de la responsabilité de l'administration rendu par la Cour de Cassation en 1920 (La Flandria<sup>4</sup>). Toutefois, la jurisprudence apportera bien des nuances aux développements classiques du droit de la responsabilité, nuances amplifiées ensuite par le législateur au gré de réformes sectorielles.

Parfois, les emprunts au droit privé sont plus ambigus : il en est ainsi du régime juridique des contrats passés par l'administration, certains soumis au droit commun (achat, vente, bail), d'autres sont régis par un régime juridique spécial

---

<sup>1</sup> Ph. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, De Boeck & Larcier, 2002, Bruxelles, spéc. pp. 19-20.

<sup>2</sup> De manière positive (P. LEWALLE, « La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge, antécédents et perspectives », Liège, Editions du Jeune barreau, 1987, p. 3 et s., spéc. p. 14) ou négative A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van ht Belgisch Administratief Recht*, Kluwer, Malines, 17<sup>ème</sup> édition, 2006, n°1, comme le met en avant le Professeur PAQUES, *Droit administratif, note de cours provisoires*, 2009, p. 1.

<sup>3</sup> Le débat s'est poursuivi après la solution de principe, voy. les concl. du Procureur général W.J. GANSOF VAN DER MEERSCH, préc. Cass., 7 mars 1963, Pas. 1963, I, spéc. pp.745-746 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T.II, Bruxelles, Bruylant, 2<sup>ème</sup> édition, pp. 1034-1036.

<sup>4</sup> Cass., 5 novembre 1920, Pas. 1921, I, p.193 et s., concl. Procureur général P. LECLERCQ.

(concession domaniale), d'autres sont assujettis au droit commun et à un régime juridique spécial (marchés publics). L'administration n'est pas propriétaire de ses biens comme un particulier, en complément d'un résidu de droit commun de la propriété, s'applique un régime dit de « droit domanial » ou des règles particulières destinées à garantir le maintien des biens dans le patrimoine public ou l'affectation des biens au service public ou à l'usage de tous<sup>5</sup>.

Il existe des techniques et des actes juridiques propres au droit administratif, justifiés par l'intérêt général.

L'administration est titulaire de **prérogatives dites de puissance publique** : elle peut édicter des règles générales qui s'appliquent à tous et prendre des décisions individuelles obligatoires pour leurs destinataires qui n'ont pas besoin d'y consentir (elles sont dotées, dit-on du **privilège du préalable** et de **l'exécution d'office**). Elle peut **exproprier pour cause d'utilité publique** ou **réquisitionner** des biens et des personnes. Elle peut également lever des **impôts** et des **taxes** pour financer ses activités.

Titulaire de prérogatives de puissance publique, l'administration subit également une **série de contraintes** différentes de celles qui sont subies par les particuliers qui se justifient à nouveau par la finalité de son action, l'intérêt général. Elle ne peut renoncer à ses prérogatives qui s'exercent dans un cadre contrôlé (contrôle de **tutelle** ou contrôle **hiérarchique**), selon des principes spécifiques (continuité, régularité, changement, égalité). Ses moyens d'action sont encadrés par des réglementations spéciales (comptabilité publique, marchés publics, etc.). L'action de l'administration est contrôlée par les juges de droit commun et des juges spécialisés (juridictions administratives et Conseil d'Etat).

Enfin, dernière particularité du droit administratif belge, il n'a pas fait l'objet d'un code à l'instar du code civil ou du code judiciaire. Les différentes réformes institutionnelles ont accentué la disparité des sources formelles du droit administratif puisque de nombreuses matières ont été communautarisées ou régionalisées. La jurisprudence et la doctrine tiennent une place très importante dans l'élaboration du droit administratif, ce qui emporte des conséquences sur la pratique du droit administratif (complexité des sources servant à construire les raisonnements) et partant, sur la méthode d'enseignement décrite dans le point suivant.

---

<sup>5</sup> M. PAQUES, D. DEOM, P-Y ERNEUX, D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2008.

## **Titre 1. Les principes, les actes juridiques et les fonctions**

### **Chapitre 1. Les principes régissant l'action publique**

#### **Section 1. Les fondements constitutionnels<sup>6</sup>**

##### *3. Absence de fondement systématique*

Le droit administratif ne comporte pas nécessairement un volet constitutionnel pour chaque élément de son objet. En d'autres termes, il n'existe pas un titre ou des chapitres de la Constitution qui organiseraient les principes d'organisation, les moyens d'actions (volet privilège et contrainte) de l'administration publique.

La Constitution reprend seulement certaines règles particulières autour desquelles des parties du droit administratif sont organisées ou structurées.

Elle énonce ainsi certains éléments de l'organisation de l'Etat belge et de son administration dans ses diverses composantes l'Etat fédéral, les entités fédérées, la division en régions linguistiques et l'appartenance de chaque commune à une de ces régions, la division des Régions en provinces (avec la possibilité par la loi de soustraire certains éléments du territoire à la division en province pour les faire relever directement de l'Etat fédéral)<sup>7</sup>, les principes de l'autonomie communale et provinciale<sup>8</sup> figurent dans le pacte fondamental.

La Constitution énonce également les libertés publiques qui doivent être respectées par les pouvoirs publics notamment dans l'exercice de leurs pouvoirs de police.

Dans le titre intitulé « Des Pouvoirs », elle reprend plusieurs dispositions fondamentales pour l'action publique.

De l'affirmation que « tous les pouvoirs émanent de la nation et sont exercés de la manière établie par la Constitution »<sup>9</sup> découle le principe de la souveraineté nationale et le principe de la prééminence de la Constitution, source des pouvoirs de l'Etat fédéral et des entités fédérées, pouvoirs qui sont d'attribution, principe dont découle le principe de l'indisponibilité des compétences.

---

<sup>6</sup> Ce passage est très largement inspiré par la présentation de P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Larcier, Bruxelles, 2002, spéc. pp. 769- 772.

<sup>7</sup> Art. 1 à 5 de la Constitution.

<sup>8</sup> Art. 41 et 162 de la Constitution

<sup>9</sup> Art. 33 de la Constitution.

Plusieurs principes relatifs à l'organisation et aux moyens d'action de l'administration fédérale sont inscrits dans le texte fondamental.

Le principe de limitation du pouvoir exécutif : aucun acte du Roi ne peut avoir d'effet que s'il est contresigné par un ministre qui s'en rend seul responsable<sup>10</sup> ; le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois portées en vertu de la Constitution<sup>11</sup>.

Le Roi a le pouvoir de nommer à des emplois dans l'administration générale et de relations extérieures, ainsi que le pouvoir de nommer à d'autres emplois en vertu de la loi<sup>12</sup>. La jurisprudence estime que ce pouvoir de nommer inclut celui de fixer le statut des agents concernés.

Le Roi fait les arrêtés nécessaires à l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution<sup>13</sup>. Ce principe exprime la subordination de l'arrêté royal par rapport à la loi.

La prévention et la résolution des conflits entre les différents législateurs du pays est confiée à la Cour constitutionnelle (anciennement Cour d'arbitrage)<sup>14</sup> qui a eu l'occasion de se prononcer sur de nombreuses questions de droit administratif.

Les principes de l'organisation du contentieux administratif<sup>15</sup>, l'existence du Conseil d'Etat et des juridictions administratives sont inscrits dans notre pacte fondamental.

Enfin, l'organisation et les compétences des entités fédérées sont définies par la Constitution, complétée sur ces points par les lois de réformes institutionnelles.

## **Section 2. Le principe de légalité et les sources formelles<sup>16</sup>**

### **§1. Le principe de légalité et la notion de hiérarchie des sources formelles**

#### *4. Le principe de légalité*

Le principe de légalité est d'ordre constitutionnel, il domine l'organisation et l'action de l'administration, il est à la base de l'Etat de droit<sup>17</sup>.

S'il est communément admis que la vie des êtres humains est régie par des règles de droit, l'Etat de droit implique surtout que les titulaires du pouvoir (exécutif)

---

<sup>10</sup> Art. 106 de la Constitution.

<sup>11</sup> Art. 105 de la Constitution.

<sup>12</sup> Art. 107 de la Constitution.

<sup>13</sup> Art. 108 de la Constitution.

<sup>14</sup> Art. 142 de la Constitution.

<sup>15</sup> Art. 144 à 146, 158 et 159 de la Constitution.

<sup>16</sup> P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Larcier, 2008, spéc. pp. 896-1028.

<sup>17</sup> L. MOUREAU, « La signification du principe de légalité dans l'administration moderne », *A.P.T.*, 1980, spéc. p. 282.

doivent également, les respecter. En d'autres termes, les Gouvernants et les gouvernés doivent respecter les règles de droit<sup>18</sup>. Il s'agit d'un des fondements de toute société démocratique, la normalisation de l'exercice du pouvoir constitue un progrès car il tente d'exclure des rapports sociaux et politiques, le hasard et la force<sup>19</sup>.

Une autorité administrative ne doit son existence et ses pouvoirs qu'en vertu d'un titre juridique. Toute action publique commence donc par la vérification de ce titre juridique. L'administration doit respecter les règles de droit supérieures et donc la loi, dans le respect des pouvoirs qui lui sont attribués par la Constitution et les lois portées en vertu de celle-ci.

Le juge déduit de ce principe, que l'autorité a toujours la charge de la preuve du fondement en droit et en fait de ses **actes unilatéraux**. L'administration a l'obligation de conserver pendant un temps raisonnable les documents qui lui permettent de réaliser cette démonstration.

##### 5. La notion de hiérarchie des sources formelles du droit

La notion de hiérarchie des sources formelles du droit est tout aussi fondamentale. La « légalité » peut procéder de sources diverses qu'il importe de hiérarchiser.

Le principe de la hiérarchie est déduit des articles 33, 105, 108 et 159 de la Constitution.

La première disposition affirme la supériorité de la Constitution sur les lois, décrets et ordonnances, ainsi que sur les règlements et décisions, soit sur les pouvoirs exécutifs et législatifs de l'Etat fédéral et des entités fédérées.

Les trois autres affirment la supériorité de la loi sur le règlement.

Les lois fédérales adoptées à la majorité spéciale<sup>20</sup> ont une valeur supérieure aux décrets et ordonnances, en ce qu'elles déterminent, sauf application de la théorie des pouvoirs implicites<sup>21</sup>, les matières dans lesquelles ils peuvent être adoptés. Les décrets et les ordonnances doivent respecter les règles répartitrices de compétences prévues par la Constitution et les lois spéciales de réformes institutionnelles.

---

<sup>18</sup> P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, spéc. p.147.

<sup>19</sup> J.P. HENRY, « Vers la fin de l'Etat de droit », *R.D.P.*, 1977, p. 1208.

<sup>20</sup> Art. 4, alinéa final de la Constitution.

<sup>21</sup> Art. 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.



Le décret et supérieur au règlement des gouvernements des entités fédérées<sup>22</sup>.

L'ordonnance est supérieure au règlement du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale<sup>23</sup>.

La plupart des principes généraux de droit se sont vus reconnaître force de loi.

Depuis 1971, les normes directement applicables de droit international conventionnel se sont vus reconnaître une primauté sur la loi.

La hiérarchie des normes en droit belge peut être résumée de la manière suivante :

- Règles de droit international conventionnel et de droit européen directement applicables ;
- Constitution
- Lois spéciales de réformes institutionnelles
- Lois ordinaires, décret, principes généraux de droit
  - i. Ordonnance
- Règlements et décisions.

## §2. Les sources formelles en droit belge

### 6. *Les dispositions directement applicables du droit international conventionnel et du droit européen*

La prééminence des dispositions directement applicables du droit international conventionnel et du droit européen sur la **Constitution** reste controversée dans ses fondements - la notion d'ordre juridique international, termes impératifs des traités- et son principe.

La question est très importante pour l'organisation et les moyens d'action de l'administration<sup>24</sup>.

Faut-il contrôler le traité par rapport à la Constitution ou la Constitution par rapport au traité, lorsqu'une contradiction est constatée ?

Dans l'ordre juridique international, le traité en vigueur a en principe primauté sur les Constitutions des Etats qui y sont parties<sup>25</sup>, sauf si une règle de la Constitution relative à la compétence pour conclure le traité a été violée de manière manifeste.

---

<sup>22</sup> Art. 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ; art. 7 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles.

<sup>23</sup> Art.8 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

<sup>24</sup> J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *J. T.*, 1992, pp. 729 et s.

<sup>25</sup> Art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 dispose que les Etats ne peuvent invoquer les dispositions de leur droit interne pour justifier une non-exécution du traité.

Dans l'ordre juridique belge, la contradiction a été réglée différemment selon qu'elle intervient avant ou après l'entrée en vigueur du traité.

La Cour de cassation a reconnu la primauté des traités ayant des effets directs dans l'ordre juridique belge dans un arrêt de principe, sur toutes les normes de droit interne en ce compris la Constitution<sup>26</sup>.

Par contre, lorsque le traité n'est pas encore en vigueur, il a été admis qu'il appartenait aux autorités publiques (qui interviennent dans la procédure d'approbation ou de conclusion du Traité), soit de refuser de ratifier le traité, soit d'émettre une réserve, soit de mettre en œuvre une procédure de révision de la Constitution.

La Cour constitutionnelle (alors cour d'arbitrage) s'est estimée compétente pour contrôler la loi d'assentiment du traité<sup>27</sup>. Si la Cour annule la loi, la responsabilité de la Belgique peut être engagée dans l'ordre juridique international.

La Cour constitutionnelle (alors cour d'arbitrage) s'est prononcée en faveur de la supériorité de la Constitution sur le traité international conventionnel en vigueur<sup>28</sup>. Elle estime que si une loi ne peut violer la Constitution, le législateur ne peut, par la loi d'assentiment s'autoriser pareille violation. L'Etat n'a pas le pouvoir de faire des traités contraires à sa Constitution.

Sur la question du conflit entre la Constitution et le droit communautaire, le Conseil d'Etat (section contentieux) a accordé la primauté du droit communautaire sur les normes constitutionnelles<sup>29</sup>. En effet, l'art. 34 de la Constitution donne un fondement constitutionnel à cette supériorité, l'autorité de l'interprétation donnée au Traité par la Cour de Justice s'impose même lorsqu'elle aboutit à arrêter les effets d'une norme constitutionnelle.

La section législation du Conseil d'Etat s'est par contre, prononcée dans un sens analogue à celui de la Cour constitutionnelle (alors cour d'arbitrage) sur un projet de loi qui visait à attribuer le droit de vote aux élections locales aux ressortissants étrangers<sup>30</sup>. Elle a mis en avant d'une part, le problème des majorités (la loi d'assentiment est adoptée à une majorité simple alors que certaines règles doivent être adoptées à une majorité spéciale), et d'autre part, dans le contexte institutionnel compliqué où le pouvoir de conclure des traités appartient à l'Etat fédéral et aux entités fédérées, il convient de vérifier à titre préventif, si aucune des entités n'empiètent sur les compétences des autres.

---

<sup>26</sup> Cass., 27 mai 1971, Etat belge c./ S.A. Fromagerie franco-suisse Le Ski, *J.T.*, 1971, p. 460 et s.

<sup>27</sup> C.A., 16 octobre 1991, n° 26/91.

<sup>28</sup> C.A., 3 février 1994, n° 12/94.

<sup>29</sup> C.E., 5 novembre 1996, Orfinger c. Etat belge, n° 62.922, *J.T.*, 1997, pp. 254 et s., obs. de R. EGERC. L'art. 1<sup>er</sup>, §3, 1° de l'arrêté du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des Gouvernements des entités fédérées a été confronté à l'art. 48 du Traité de Rome.

<sup>30</sup> Cité par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Le Conseil d'Etat, Chronique de jurisprudence 1998 », *R.B.D.C.*, 2000, spéc. pp. 115 à 117.

La prééminence des dispositions directement applicables du droit international conventionnel et du droit européen sur les **normes à valeur législative** est généralement admise depuis l'arrêt « Le Ski » de la Cour de cassation. La notion d'applicabilité directe d'un traité implique que l'obligation assumée par l'Etat soit exprimée d'une manière complète et précise et que les parties au traité aient eu l'intention de donner au traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus.

La prééminence s'étend aux dispositions de droit dérivé de l'Union européenne : règlements du Conseil et de la Commission européenne<sup>31</sup>, directives (imposition du résultat et liberté des moyens) et décisions.

La prééminence des dispositions directement applicables du droit international conventionnel et du droit européen sur les **règlements** est admise. Il en va de même pour le droit dérivé des Communautés européennes.

### 7. La Constitution

La supériorité de la Constitution sur les **normes ayant valeur de loi** résulte des articles 33, 187, 195 de la Constitution.

Cette supériorité est restée virtuelle jusqu'à la création de la Cour d'arbitrage (constitutionnelle). Avant la mise en place de cette juridiction, les juridictions ordinaires et le Conseil d'Etat étaient restés très réservés, en dépit des vœux de la doctrine qui défendait une application par analogie de la solution de l'arrêt « Le Ski » à cette problématique<sup>32</sup>, sans doute sensible à la position des parlementaires...

La Cour d'arbitrage, dont l'existence est consacrée par l'art. 142 de la Constitution, est désormais compétente pour trancher : les conflits de compétences entre l'Etat fédéral et les entités fédérées (sur recours direct), par voie préjudicielle sur la conformité des normes ayant valeur de loi aux règles répartitrices de compétence ; la conformité des normes à valeur législative par rapport aux articles 10, 11 et 24 de la Constitution.

La Cour demeure une juridiction constitutionnelle spécialisée, qui s'estime compétente pour contrôler la conformité de toute norme à valeur législative par rapport aux dispositions du titre II « des belges et de leurs droits ».

Le législateur « spécial » pourrait généraliser le contrôle de constitutionnalité des lois<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Art. 189 du Traité C.E.

<sup>32</sup> A. VANWELKENHUYSEN, « L'attribution des pouvoirs spéciaux et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *J.T.*, 1974, p. 597 et s.

<sup>33</sup> Art. 142, al. 2, 3° de la Constitution.

Une loi spéciale est venue modifier l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage<sup>34</sup> afin de donner la priorité à la Cour constitutionnelle en cas de concours de droits fondamentaux.

Afin de combler ce qui peut apparaître comme un vide juridique, l'ordre dans lequel s'exerce, en principe, le contrôle juridictionnel des lois, des décrets et des ordonnances au regard des droits fondamentaux a été précisé par le législateur. Désormais, la Cour constitutionnelle doit, en principe, être saisie en premier lieu à titre préjudiciel lorsque certains droits fondamentaux sont garantis de manière totalement ou partiellement analogue par la Constitution et par des conventions internationales<sup>35</sup>.

Le législateur a entendu régler l'ordre dans lequel s'opèrent les contrôles en indiquant, qu'en cas de concours de droits fondamentaux, la juridiction saisie pose, en principe, d'abord la question préjudicielle relative à la conformité de la loi, du décret ou de l'ordonnance au titre II de la Constitution. De plus, elle renforce la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle pour constater qu'une loi, un décret ou une ordonnance viole un droit fondamental.

Cette modification ne porte pas atteinte au principe selon lequel les cours et tribunaux peuvent contrôler les lois, décrets et ordonnances au regard des conventions, mais elle inscrit ce principe, en cas de concours de droits fondamentaux, dans un système permettant que le contrôle diffus au regard des conventions puisse coexister de manière sensée avec le contrôle centralisé au regard du titre II de la Constitution. Le contrôle au regard de dispositions analogues de la Constitution et des conventions n'est pas scindé et on prévient les décisions contradictoires sur la compatibilité d'une même loi, d'un même décret ou d'une même ordonnance avec les droits fondamentaux garantis de manière totalement ou partiellement analogue par le titre II de la Constitution et par les conventions internationales.

Pour rappel, le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard des droits fondamentaux s'opère de deux manières en droit belge. D'une part, tous les juges (également les juridictions administratives) contrôlent les lois, décrets et ordonnances au regard des dispositions contenues dans les conventions internationales relatives aux droits de l'homme, pour autant que celles-ci aient effet direct. Ce contrôle peut aboutir à la non-application de la loi, du décret ou de l'ordonnance. D'autre part, la Cour constitutionnelle contrôle les mêmes normes au regard de la Constitution, en l'occurrence au regard du titre II de la Constitution, intitulé «Des Belges et de leurs droits». Ce contrôle peut entraîner soit l'annulation de la loi, du décret ou de l'ordonnance, soit une réponse à une question préjudicielle concluant que la loi, le décret ou l'ordonnance viole la Constitution et que cette norme ne peut donc être appliquée par le juge. Or, certains droits fondamentaux sont garantis tant par une ou plusieurs dispositions conventionnelles que par une disposition du titre II de la Constitution. Un risque

<sup>34</sup> La loi spéciale du 12 juillet 2009 entre en vigueur le 10 août 2009, à savoir dix jours après sa publication au Moniteur belge.

<sup>35</sup> La question ne doit pas être posée lorsque la juridiction estime que la disposition constitutionnelle n'est manifestement pas violée, ou qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition conventionnelle est manifestement violée, ou qu'il ressort d'un arrêt de la Cour constitutionnelle que la disposition constitutionnelle est manifestement violée.

réel d'aboutir à des décisions contradictoires concernant la conformité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance au même droit fondamental apparaît dès lors. Il était donc nécessaire de combler ce vide juridique.

La supériorité de la Constitution sur les règlements résulte de l'art. 159 de la Constitution. Il dispose que les cours et tribunaux peuvent refuser d'appliquer les arrêtés et règlements contraires à la Constitution.

#### 8. Les normes législatives

Les normes à valeur législatives sont très variées en ce qu'elles peuvent, d'une part, émaner de diverses autorités (fédéral et entités fédérées), d'autre part, avoir des objets différents et enfin, être adoptées selon des modalités diverses.

**L'échelon fédéral** est composé des lois adoptées à une majorité spéciale<sup>36</sup>, des lois<sup>37</sup> ordinaires<sup>38</sup>, les lois attributives de compétences au pouvoir exécutif (lois d'habilitation ordinaire<sup>39</sup>, lois-cadres<sup>40</sup>, lois de pouvoirs spéciaux, lois de pouvoirs extraordinaires<sup>41</sup>), les lois interprétatives<sup>42</sup>, les lois d'approbations<sup>43</sup>,

---

<sup>36</sup> Art. 4, dernier alinéa, de la Constitution : majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chaque chambre, à condition que la majorité des membres de chaque groupe soit réunie et pour autant que le total des votes positifs émis dans les deux groupes linguistiques atteigne les deux tiers des suffrages exprimés.

<sup>37</sup> Art. 74, 77 et 78 de la Constitution : elles résultent soit du concours du Roi et de la Chambre des représentants, soit du Roi, de la Chambre des représentants et du Sénat.

<sup>38</sup> Art. 53 de la Constitution : adoptées à la majorité des suffrages, la majorité des membres se trouvant réunie.

<sup>39</sup> Art. 105 de la Constitution : ces lois habilitent le Roi à empiéter sur le domaine déjà régi par le législateur en lui permettant de modifier les lois existantes, voire de se substituer au législateur. Toutefois, d'une part, le législateur fixe lui-même dans la loi d'habilitation l'objectif à atteindre ce qui réduit d'autant le pouvoir normatif du Roi et d'autre part, le législateur ne peut habilitier le Roi dans les matières réservées à la loi par la Constitution. Les arrêtés faits sur base d'une loi d'habilitation ne sont pas assimilables à des lois, la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour les contrôler (C.A., 13 février 1992, n°10/92). Par ex., la loi du 20 juillet 1990 instaurant un âge flexible de la retraite pour travailleurs salariés et adaptant les pensions des travailleurs salariés à l'évolution du bien-être général, qui a fait l'objet d'une loi interprétative du 19 juin 1996, *M.B.*, 20 juillet 1996.

<sup>40</sup> Il s'agit d'une loi d'habilitation qui règle les principes d'une matière (souvent technique) donnée tout en chargeant l'exécutif d'en assurer les développements nécessaires (voy. par ex., la loi du 15 juillet 1970 portant organisation de la planification et de la décentralisation économique).

<sup>41</sup> Les lois du 7 septembre 1939, du 14 décembre 1944 et du 20 mars 1945. Ces lois, selon l'expression de la section de législation du Conseil d'Etat, ont trouvé leur fondement dans la nécessité de sauvegarder les circonstances anormales de l'époque, l'existence de la nation : ces lois sont « extraconstitutionnelles », *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 1952-1953, n° 172, spéc. pp.11-12.

<sup>42</sup> Art. 84 de la Constitution. Une loi interprétative est une loi qui, sur un point où la règle de droit est incertaine ou controversée, vient consacrer une solution qui aurait pu être adoptée par la seule jurisprudence (cass., 4 novembre 1996, *Larcier cass.*, 1997, p.43.).

<sup>43</sup> Le législateur est parfois tenu de marquer son approbation sur certains actes accomplis par l'administration, par ex. l'art. 87 de la l'arrêté royal du 17 juillet 1991 portant coordination des lois sur la comptabilité de l'Etat prévoit que les aliénations des immeubles domaniaux dont la valeur estimative excède 50.000.000 bef sont soumises à l'approbation législative.

d'assentiment<sup>44</sup>, de confirmation ou de ratification, les lois de validation, les arrêtés-lois du temps de guerre<sup>45</sup> et enfin, les arrêtés ratifiés ou confirmés par le pouvoir législatif.

La constitutionnalité des **lois de pouvoirs spéciaux**<sup>46</sup> a été discutée<sup>47</sup> : elles opèrent un glissement du pouvoir de décision du législatif vers l'exécutif. En application des lois de pouvoirs spéciaux, l'exécutif est habilité à modifier les lois en vigueur dans des secteurs souvent très largement définis. Ces lois se heurtent aux articles 33 et 187 de la Constitution<sup>48</sup>. Pourtant, le procédé a été admis. Les lois de pouvoirs spéciaux ont été considérées comme des lois particulières qui peuvent élargir les pouvoirs constitutionnels du Roi en vertu de l'art. 105 de la Constitution.

La section législation du Conseil d'Etat a clairement posé les limites de cette justification<sup>49</sup>.

Premièrement, l'exercice des pouvoirs doit être limité dans la durée.

Deuxièmement, la loi doit définir avec précision les pouvoirs accordés au Roi (objectifs poursuivis et matières).

Troisièmement, en principe, les matières réservées à la loi par la Constitution ne peuvent être visées ; en cas d'absolue nécessité, si les matières réservées sont visées, les arrêtés de pouvoirs spéciaux doivent être confirmés rapidement par la loi.

Enfin, la loi de pouvoirs spéciaux ne pourrait par elle-même modifier les lois spéciales de réformes institutionnelles, ni habiliter le Roi à le faire. Dans la mise en œuvre des pouvoirs spéciaux, le gouvernement doit respecter les compétences des entités fédérées.

La portée des lois de **confirmation** ou de **ratification** est discutée.

Selon un premier courant doctrinal, la loi de **ratification** a pour effet de conférer à un acte administratif force de loi qui « remonte » en quelque sorte dans la hiérarchie des sources formelles<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> Art.167, §2 de la Constitution. L'acte par lequel les traités conclus par le Roi peuvent avoir effet.

<sup>45</sup> Les arrêtés furent élaborés par le roi Albert 1<sup>er</sup> et le gouvernement du Havre entre 1914 et 1918, ainsi que ceux élaborés par Léopold III et les ministres, puis le Gouvernement de Londres entre 1944 et 1945. Ils ont été adoptés sur base de l'art. 26 de la Constitution et en considération de l'impossibilité des chambres de se réunir. La Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour en connaître, C.A., 15 juillet 1999, n°89/99 ; C.A., 10 novembre 1999, n°115/99, 11 octobre 2000, n°101/2000.

<sup>46</sup> Lois du 2 février 1982, du 6 juillet 1983, du 27 mars 1986.

<sup>47</sup> M. VANWELKENHUYSEN, « L'attribution des pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois », *J.T.*, 1974, pp. 577 et s.

<sup>48</sup> Art. 25 et 130 ancienne numérotation.

<sup>49</sup> Avant-projet de loi du 27 mars 1986 attribuant certains pouvoirs spéciaux au Roi, *Doc. Parl.*, Chambre, sess.1985-1986, n°128/2.

<sup>50</sup> J. VELU, PH. QUERTAINMONT, M. LEROY, *Droit public*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1986, spéc. p. 635 ; J. SALMON ET H. SIMONART, « Les validations législatives et le contrôle de la cour d'arbitrage », *J.T.*, 1994, spéc. p. 199.

L'arrêté royal du 17 septembre 1975 opérant la fusion des communes et modifiant leurs limites a été ratifié par la loi du 30 décembre 1975<sup>51</sup>. L'art. 7 de la Constitution (anc. art. 3) dispose que les limites des communes ne peuvent être modifiées qu'en vertu d'une loi.

Logiquement, le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour connaître<sup>52</sup> d'un recours en annulation dirigé contre les arrêtés confirmés<sup>53</sup>. Dès 1988, la Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour connaître des arrêtés confirmés dans le cadre de ses compétences<sup>54</sup>, n'hésitant pas à annuler une disposition de la loi de confirmation et l'arrêté confirmé. L'art. 184 de la Constitution confirme cette interprétation.

Selon une seconde interprétation, la loi de confirmation ne modifierait pas de manière inconditionnelle la nature de l'arrêté royal.

Le Conseil d'Etat resterait dans cette interprétation, compétent pour vérifier si l'arrêté confirmé n'est pas contraire à une disposition directement applicable du droit international conventionnel et, partant, si la loi de confirmation a pu sortir ses effets<sup>55</sup>. Si la contrariété n'est pas établie, l'arrêté confirmé peut se voir reconnaître force de loi. La position du Conseil d'Etat a été critiquée par Ph. Coppens, qui souligne que la référence à l'art. 76 de la Constitution (anc. art. 41 de la Constitution) est fragile. En effet, la loi répond à la fois à un critère formel et un critère matériel. Il n'existe pas de raison de privilégier un critère formel.

Ces deux interprétations ont pour effet de donner une compétence concurrente du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle, difficile à concilier. Le Conseil d'Etat a fini par s'incliner dans cette controverse<sup>56</sup>.

Les lois de **validation**<sup>57</sup> visent à couvrir l'irrégularité, réelle ou prétendue d'un arrêté, sans prétendre modifier sa nature. Elles font obstacles d'une part, à l'application de l'art. 159 de la Constitution par les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, et d'autre part, au contrôle pour excès de pouvoir du Conseil d'Etat. L'acte validé reste un acte administratif, l'autorité reste compétente pour le modifier ou l'abroger.

La pratique législative est parfois ambiguë : les lois de validations se présentent rarement comme telles. Les intitulés sont parfois plus discrets : lois de ratification, lois de substitution.

---

<sup>51</sup> La ratification des chambres était prévue pour l'entrée en vigueur de l'arrêté qui devait acquérir force de loi.

<sup>52</sup> C.E., 9 septembre 1976, communes de Retinne, de Romsée et de Fléron c. Etat belge, n° 17.766.

<sup>53</sup> La Cour de cassation a considéré que la confirmation avec effet à la date de l'entrée en vigueur de l'arrêté transformait celui-ci en loi avec effet à cette date (Cass., 28 février 1986, *Pas.*, 1986, I, n° 416).

<sup>54</sup> C.A., 8 juin 1988, n° 58/88. Voy., P. LEWALLE, *op. cit.*, pp. 790-791 pour la jurisprudence ultérieure.

<sup>55</sup> C.E., 10 novembre 1989, S.A Institut de biologie clinique et crts c./Etat belge, n° 33.399, *J.T.*, 1990, obs. PH. COPPENS.

<sup>56</sup> C.E., 2 mars 2000, B.V. Merck Sharp et Dohme C. Etat belge, n° 85.752.

<sup>57</sup> J. SALMON ET H. SIMONART, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1994, p. 197 et s.

Les lois de validation perturbent le fonctionnement normal des institutions puisque le législateur intervient pour couvrir un acte qui serait par ailleurs considéré comme illégal, en le privant de son « juge » naturel. Parfois, il s'agit même de contrarier l'autorité d'un jugement. Le principe de séparation des pouvoirs est pour le moins éterné par ces pratiques.

La pratique est ancienne<sup>58</sup> : elle est aujourd'hui contrariée par la Cour constitutionnelle (ex cour d'arbitrage).

Dans une hypothèse<sup>59</sup> où le législateur avait adopté une loi en vue de valider un arrêté (relatif au prélèvement d'un précompte professionnel) annulé du Conseil d'Etat<sup>60</sup>, la Cour constitutionnelle a conclu à la violation du principe d'égalité de traitement car les parties requérantes s'étaient vues privées d'une garantie juridictionnelle essentielle qui s'appliquait à tous les citoyens, traitement inégal qui n'avait pas été objectivement justifié dans le cas d'espèce.

Cependant, la Cour constitutionnelle a admis la constitutionnalité des lois de validation, lorsque le législateur pouvait faire valoir des circonstances exceptionnelles<sup>61</sup>, ou une justification objective et raisonnable<sup>62</sup> ou les exigences de l'intérêt général, voire d'impérieux motifs d'intérêt général<sup>63</sup>.

La volonté exprimée du législateur est déterminante dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi.

La Cour constitutionnelle a admis la constitutionnalité des lois de validation dans les situations suivantes :

- Le souci d'assurer la sécurité juridique en cas d'interprétations divergentes des juridictions<sup>64</sup> ;
- Une réfection rétroactive par le législateur fédéral de normes relatives au financement de l'institut d'expertise vétérinaire, les premiers arrêtés ayant été annulés par le Conseil d'Etat pour des questions de formes et non de fond<sup>65</sup> ;
- Une validation par substitution d'une loi à des arrêtés royaux attaqués devant le Conseil d'Etat avant qu'il fut statué ; la loi étant parfaitement constitutionnelle<sup>66</sup>.

De manière plus radicale, la Cour constitutionnelle a admis une ingérence du législatif dans l'administration de la justice- en principe prohibée par l'art. 6 de la

---

<sup>58</sup> Par ex., une loi qui relève de nullité de nombreuses promotions et nominations annulées par le Conseil d'Etat, avis de la section législation sur un avant-projet de loi portant mesures exceptionnelles en vue d'assurer le fonctionnement du service extérieur du ministère des Affaires étrangères et du Commerce extérieur, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. 1964-1965, n°113.

<sup>59</sup> C.A., 13 juin 1991, n° 16/91.

<sup>60</sup> C.E., 25 avril 1990, A.S.B.L. Association des femmes au foyer c./ Etat belge, n°34.814.

<sup>61</sup> C.A., 22 avril 1993, n°33/93.

<sup>62</sup> C.A., 13 juin 1991, n°16/91 ; 7 décembre 1993, n°84/93 ; 20 janvier 1994, n°5/94.

<sup>63</sup> C.A., 13 juillet 2001, n°98/2001.

<sup>64</sup> C.A., 7 décembre 1993, n°84/93 ; 30 janvier 1994, n°5/94.

<sup>65</sup> C.A., 21 décembre 1995, n°87/95.

<sup>66</sup> C.A., 15 septembre 1999, n°97/99.



Convention européenne des droits de l'homme- lorsqu'elle était justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général<sup>67</sup>.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle semble en opposition avec l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme qui a jugé que l'art. 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'opposait à toute validation législative<sup>68</sup>.

Par contre, la Cour de Justice a déjà estimé qu'une loi de validation intervenue en matière fiscale n'était pas contraire à l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales alors même qu'une action était pendante devant une juridiction, compte tenu de l'incertitude sur d'importantes recettes fiscales qu'il importait de lever<sup>69</sup>.

La place des **arrêtés ratifiés ou confirmés par le pouvoir législatif** est également discutée dans ses modalités.

Par son arrêt du 10 novembre 1989, le Conseil d'Etat ne reconnaît force de loi à cet arrêté que sous réserve de la vérification de la conformité du contenu de l'arrêté ratifié aux normes directement applicables du droit international conventionnel. La ratification est censée transformer un acte administratif en loi.

La question discutée est celle de savoir si cette transformation s'opère avec effet rétroactif.

Certains soutiennent que l'effet rétroactif doit être formellement prévu<sup>70</sup>.

D'autres prétendent au contraire, que par la ratification ou la confirmation, le législateur entend faire sien le contenu de l'acte administratif depuis son origine<sup>71</sup>.

La première interprétation est plus conforme à l'esprit de l'art. 2 du code civil qui prévoit qu'une loi ne dispose en principe que pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif.

À l'échelon des entités fédérées, les **décrets communautaires et régionaux**<sup>72</sup> ont valeur de loi<sup>73</sup>, ils peuvent abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur, dans le respect des règles répartitrices de compétences.

<sup>67</sup> C.A., 13 juillet 2001, n°98/2001 ; C.A., 19 décembre 2001, n°159/2001.

<sup>68</sup> C.E.D.H., Raffineries grecques Stran et Statis Andreatis c/ Grèce, 9 décembre 1994.

<sup>69</sup> C.J.C.E., 23 octobre 1997, National and Provincial Building Society c. U.K.

<sup>70</sup> J. VELU, PH. QUERTAINMONT, M. LEROY, *Droit public*, t. I, *op. cit.*, spéc. p. 634.

<sup>71</sup> J. SALMON ET H. SIMONART, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, spéc. p. 199 ; A. KOHL, « La ratification administrative », *Rev. Adm.*, 1966, spéc. p. 269 et s.

<sup>72</sup> Art. 127 à 130, 138, 139, 39 et 134 de la Constitution.

<sup>73</sup> Art. 19, §2 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, art. 6 de la loi du 31 décembre 1983, modifiée par la loi du 18 juillet 1990 pour la Communauté germanophone.

À l'instar des lois, il existe plusieurs catégories de décrets. Ainsi, par un **décret à majorité spéciale**<sup>74</sup>, une Communauté peut<sup>75</sup>, en tant que pouvoir organisateur, déléguer des compétences à un ou plusieurs organes autonomes<sup>76</sup>.

Pour le reste, il existe des décrets-cadres<sup>77</sup>, d'habilitation<sup>78</sup>, de pouvoirs spéciaux, interprétatifs<sup>79</sup>, d'assentiment<sup>80</sup>.

La validité des **décrets de ratification et de confirmation** a été discutée devant la Cour constitutionnelle qui en a admis le principe, selon la même méthode d'analyse des objectifs poursuivis par le législateur<sup>81</sup>.

La validité des **décrets de validation** est plus difficile à trancher et présente une spécificité par rapport à l'échelon fédéral.

En effet, les articles 160 et 161 de la Constitution réservent au législateur fédéral le pouvoir d'une part de créer des juridictions et d'autre part, de déterminer la compétence du législateur.

La Cour constitutionnelle a annulé un décret de la Région wallonne qui validait certaines nominations faites à la S.D.R.W aux motifs d'une part, qu'il portait atteinte à une matière réservée à la loi par la Constitution et, d'autre part, qu'il perturbait l'exercice normal de ses compétences par le Conseil d'Etat<sup>82</sup>.

Toutefois, la méthode de l'analyse **des objectifs poursuivis** par le législateur l'a conduit à accepter certains décrets de validation en admettant alors, qu'ils ne portaient pas atteinte à la compétence réservée au législateur fédéral<sup>83</sup>.

Certaines incertitudes persistent.

Quelle est l'incidence de la modification, apportée par la loi du 16 juillet 1993 et la loi spéciale de 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux Régions et aux Communautés, à l'art. 19, §1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> des lois de réformes institutionnelles, combiné avec l'art. 10 de cette même loi (théorie des pouvoirs implicites) dans le débat ?

Les matières visées à l'art. 144, 145 et 159 ne sont plus réservées à la loi, alors que celles prévues aux articles 160 et 161 le restent.....

---

<sup>74</sup> Art. 35, §2 de la Constitution, majorité des deux tiers des suffrages exprimés ; 138 de la Constitution.

<sup>75</sup> Art. 24, §2 de la Constitution.

<sup>76</sup> Par ex., le décret spécial du 19 décembre 1988 relatif au Conseil autonome de l'enseignement communautaire néerlandophone.

<sup>77</sup> Art. 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, modifié par la loi du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Art. 133 de la Constitution.

<sup>80</sup> Art. 167, §3 de la Constitution.

<sup>81</sup> C.A., 6 juin 1995, n°41/95 ; C.A., 26 mai 1999, n°55/99.

<sup>82</sup> C.A., 11 février 1988, n°46/88.

<sup>83</sup> C.A., 4 avril 1995, n°30/95 ; comparer avec C.A., 16 décembre 1998, n° 134/99.

Les ordonnances du conseil et du gouvernement<sup>84</sup> de la Région de Bruxelles Capitale et les ordonnances de l'assemblée réunie et du collège réuni<sup>85</sup> ne se sont pas vues reconnaître force de loi<sup>86</sup>.

Toute juridiction peut contrôler, sur exception ou moyen incident, la conformité des ordonnances à la Constitution et à la loi spéciale et en refuser l'application<sup>87</sup>. La conformité des ordonnances aux articles 10, 11 et 24 de la Constitution et aux règles répartitrices de compétences est contrôlée par la Cour constitutionnelle<sup>88</sup>.

Le recours pour excès de pouvoir porté devant le Conseil d'Etat ne peut viser l'ordonnance<sup>89</sup>.

En outre, un contrôle de nature politique<sup>90</sup> est exercé sur les ordonnances réglant l'urbanisme et l'aménagement du territoire, les infrastructures et le transport en vue de préserver le rôle international de Bruxelles<sup>91</sup>.

Les **principes généraux de droit** sont essentiels dans le droit administratif puisque ce dernier n'est pas codifié. Ils sont l'œuvre du juge, qui sans doute ne crée pas le droit, mais dégage des règles écrites des principes considérés comme essentiels à l'ordre juridique : droit de la défense, principe du contradictoire, principe d'impartialité en matière disciplinaire, de non rétroactivité des actes administratifs, du *non bis in idem*<sup>92</sup>, *patere legem quam ipse fecisti*<sup>93</sup>, de proportionnalité, de continuité du service public, ou encore les principes de bonne administration.

Ils s'imposent à l'administration comme une norme à valeur législative. La justification est pragmatique : il s'agit d'une question d'efficacité.

#### 9. Les normes réglementaires

Les normes réglementaires trouvent nécessairement leur fondement dans une norme à valeur législative.

<sup>84</sup> Art. 6 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

<sup>85</sup> Art. 68, §1<sup>er</sup> de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

<sup>86</sup> Art. 7, 8 et 69 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 et l'art. 19, §2 de la loi spéciale du 8 août 1980.

<sup>87</sup> Art. 9 de la loi du 12 janvier 1989.

<sup>88</sup> Art. 142 de la Constitution.

<sup>89</sup> Art. 9 de la loi du 12 janvier 1989.

<sup>90</sup> F. DELPEREE, S. DEPRE, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, spéc. p. 156.

<sup>91</sup> Art. 45 et 46 de la loi du 12 janvier 1989 : suspension par le Roi et annulation par le Sénat puis la chambre des représentants ; saisine par le conseil des ministres du comité de coopération pour concertation ; en cas d'échec de la concertation, le conseil des ministres peut proposer à la Chambre compétente d'approuver des mesures (majorité dans les deux groupes linguistiques) qui seront intégralement financées par le budget de l'Etat.

<sup>92</sup> Un même manquement ne peut donner lieu à plusieurs sanctions.

<sup>93</sup> Interdit les dérogations individuelles aux règlements.

Elles sont dès lors multiples : arrêtés royaux faits en application d'une loi à majorité spéciale<sup>94</sup>, les arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires<sup>95</sup>, les arrêtés de pouvoirs spéciaux, les arrêtés faits sur base d'une loi d'habilitation ordinaire, les arrêtés royaux ordinaires et les arrêtés des gouvernements communautaires et régionaux, les arrêtés ministériels (du fédéral, des entités fédérées et des autorités provinciales), les arrêtés et règlements des autorités communales, les arrêtés et règlements des organes de gestion de certains services publics.

Les **arrêtés de pouvoirs spéciaux** sont des arrêtés ou des règlements habilités qui doivent être ratifiés ou confirmés par le législateur pour pouvoir être considérés comme des lois (selon la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle). Ils peuvent abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales.

Les modalités précises sont déterminées par la loi de pouvoirs spéciaux :

- Les arrêtés ratifiés ou confirmés par le législateur : cf la controverse supra entre la position du Conseil d'Etat et celle des Cours de cassation et constitutionnelle (règlements habilités ou lois);
- La loi, en principe, règle le sort des arrêtés qui auraient du être ratifiés ou confirmés et qui ne l'auraient pas été à l'échéance prévue ;
- Lorsque la technique de la ratification ou de la confirmation n'est pas prévue, il s'agit de règlements habilités : dans les limites de la loi de pouvoirs spéciaux, ils peuvent modifier ou abroger des lois existantes ; après la période d'habilitation, ils restent en vigueur et ne peuvent être modifiés que par un arrêté de pouvoirs spéciaux ou une norme à valeur législative ; ils ne peuvent être contestés que devant le Conseil d'Etat.

Les **arrêtés qui se basent sur une loi d'habilitation ordinaire** sont des règlements habilités qui doivent respecter les dispositions directement applicables du droit international conventionnel et du droit européen, la Constitution et la loi d'habilitation. Ils peuvent modifier des normes à valeur législative dans les limites prévues par la loi d'habilitation. La Cour constitutionnelle (ex cour d'arbitrage)<sup>96</sup> refuse d'en connaître et considère qu'ils relèvent du contrôle des tribunaux ordinaires (159 de la Constitution) et du Conseil d'Etat.

---

<sup>94</sup> Par ex., art. 92 ter introduit dans la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 par la loi du 8 août 1988. Il s'agit d'une matière réservée au Roi par une loi spéciale. Le pouvoir du Roi s'impose au législateur ordinaire et à toute autorité administrative (Avis 4 mai 1994, section législation Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess., 1994-1995, n°1085/2, p. 9).

<sup>95</sup> Loi du 7 septembre 1939, du 14 décembre 1944 et de la loi du 20 mars 1945. La Cour de cassation a considéré que le contrôle juridictionnel de ces arrêtés se limitait à la vérification de leur conformité à la loi d'habilitation (Cass., 27 janvier 1943, *Pas.*, I, 32). Les arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires peuvent modifier ou supprimer les lois pendant que dure l'habilitation et ne peuvent être modifiés ou supprimés postérieurement que par des lois.

<sup>96</sup> C.A., 13 février 1992, n°10/92.

Les **arrêtés royaux ordinaires et les arrêtés des gouvernements**<sup>97</sup> des entités fédérées. Ils doivent être une mesure d'exécution fidèle de la loi : le Roi « doit dégager du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit »<sup>98</sup>. Le Conseil d'Etat veille au respect de cette règle<sup>99</sup>. L'abstention de prendre un arrêté nécessaire à l'exécution d'une loi est considéré comme une faute et peut donner lieu à réparation en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>100</sup>.

Les ministres ne disposent pas du pouvoir d'exécution des lois. Il est cependant admis que les **arrêtés ministériels** puissent régler des questions secondaires en vertu d'une loi. Si le Roi charge un ministre de l'exécution d'une loi, il s'agit d'une **délégation de compétence**.

En principe, les **gouvernements des entités fédérées** délibèrent collégalement<sup>101</sup>. Cependant, ils peuvent organiser des **délégations de pouvoirs** à certains membres.

Les provinces tiennent de la Constitution<sup>102</sup>, un pouvoir propre de décision, caractéristique de leur autonomie organique, qui doit respecter les échelons supérieurs de la hiérarchie des sources formelles.

Les **arrêtés et règlements des autorités provinciales** peuvent porter sur l'administration intérieure ou des ordonnances de police pour autant qu'il n'existe pas d'arrêtés généraux qui portent sur le même objet, l'adoption de tels arrêtés généraux abrogeant les normes provinciales. Un arrêté complémentaire à des arrêtés généraux reste possible lorsqu'il est nécessaire d'adapter la norme des autorités fédérales ou des entités fédérées aux particularités de la province pour autant que ces autorités n'aient pas voulu se réserver la matière<sup>103</sup>.

Parfois, le législateur fédéral et des entités fédérées habilite expressément le conseil provincial à prendre des règlements complémentaires dans une matière donnée<sup>104</sup>.

Ils doivent en toute hypothèse respecter les échelons supérieurs et les arrêtés de l'Etat fédéral et des entités fédérées.

<sup>97</sup> Art. 108 de la Constitution, art. 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

<sup>98</sup> Cass., 18 novembre 1924, Pas., 1925, I, 25.

<sup>99</sup> C.E., 9 mai 1996, A.S.B.L. V.V.P.W. c./ Région flamande, n°59.583.

<sup>100</sup> Cass., 23 avril 1971, R.C.J.B., 1975, p. 5 et s., obs. F. DELPEREE ; J.T., obs. PH. MEYSTADT.

<sup>101</sup> Art. 69 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ; art. 51 de la loi du 31 décembre 1983 ; art. 36 de la loi du 12 janvier 1989.

<sup>102</sup> Art. 5,6,7,41 et 162.

<sup>103</sup> C.E., 19 juin 1975, Union belge de l'automatique et crst c. province de Brabant, n°17.083, Rec., p. 557.

<sup>104</sup> Par ex., l'art. 7 de la loi du 28 décembre 1967 relative aux cours d'eau on navigables, les travaux d'entretien, de curage et de réparation à faire sur les cours d'eau de la 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> catégorie doivent être exécutés conformément aux dispositions d'un règlement provincial.

Les **arrêtés des autorités communales** ont les mêmes objets : administration intérieure, police générale, police spéciale, habilitation par un législateur (fédéral et entités fédérées). Ils doivent respecter les échelons supérieurs.

Les **arrêtés et règlements des organes de gestion de certains services publics**<sup>105</sup>, dont la constitutionalité est contestée puisque le pouvoir réglementaire est constitutionnellement réservé au Roi,<sup>106</sup> doivent respecter les échelons supérieurs.

Les **circulaires, dépêches** et les notes de services<sup>107</sup> doivent être rigoureusement analysées afin de distinguer celles qui sont une mesure d'ordre intérieur ou un document explicatif, expression courante d'un pouvoir de direction, de celles qui revêtent la portée d'un **acte juridique unilatéral**, réglementaire ou individuel.

Les premiers lient les agents subordonnés dans le cadre de liens hiérarchiques, éventuellement sous peine d'une sanction disciplinaire.

Lorsqu'il s'agit d'un règlement déguisé, les appellations n'étant pas contrôlées, se pose un problème de légalité et de force obligatoire : il doit répondre aux conditions de légalité externe et interne des actes unilatéraux et doit être publié comme des règlements.

### Section 3. L'attribution, la délégation et l'éclatement des compétences

#### 10. Le principe d'attribution des compétences

Le principe d'attribution est énoncé dans l'art. 105 de la Constitution et l'art. 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles. En droit belge, le pouvoir exécutif et les autorités administratives qui en dépendent ne jouissent que des compétences qui leur sont spécialement attribuées par la Constitution et les normes législatives qui l'exécutent, le pouvoir résiduel appartenant au pouvoir législatif.

La section législation du Conseil d'Etat donne parfois à ce principe une signification proche du concept d'indisponibilité des compétences administratives qui exprime l'idée que les pouvoirs attribués ne peuvent être délégués à des personnes dont les activités échappent aux contrôles des autorités publiques<sup>108</sup>.

#### 11. L'attribution de compétence et la délégation de pouvoir<sup>109</sup>

<sup>105</sup> Par ex., l'art. 29, §1<sup>er</sup> de la loi du 21 mars 1991 portant réformes de certaines entreprises publiques économiques.

<sup>106</sup> M. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, spéc. p. 31 et n°36.

<sup>107</sup> R. ERGEC, sous Cass., 4 septembre 1995, *R.C.J.B.*, 1998, p. 20 et s.

<sup>108</sup> Avis L.33.255/4 du 5 juin 2002 sur un avant-projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *Doc. Parl.*, Chambre, 2001-2002, n°50-1937/001, spéc. p.59

<sup>109</sup> P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, op. cit., spéc. pp. 24 à 26 ; M. LEROY, *Précis de Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1996, spéc. p. 334.

**L'attribution de compétence** est un procédé qui consiste, pour le constituant, le législateur ou une autre personne pouvant valablement créer une institution, à créer une compétence et à la confier à une autorité administrative.

L'attribution de compétence se distingue de la **délégation de pouvoir**. La première suppose la création d'une compétence et l'octroi de celle-ci à une autorité tandis que la seconde suppose une compétence déjà attribuée dont le titulaire décide de confier une partie à une tierce personne qui va l'exercer sous son autorité hiérarchique.

Le Roi peut ainsi déléguer la compétence de nommer des fonctionnaires qu'il détient en vertu de l'art. 107 de la Constitution. Un décret peut ainsi attribuer au Collège communal le pouvoir de statuer sur des demandes de permis d'urbanisme.

Pendant de nombreuses années, la section législation du Conseil d'Etat a considéré strictement inconstitutionnelle l'attribution de pouvoir de décision à portée réglementaire ou individuelle à une autorité qui n'était pas politiquement responsable devant une assemblée élue, comme un fonctionnaire, un organisme d'intérêt public ou une autorité administrative indépendante.

Elle justifiait cette position par deux considérations.

D'une part, les principes constitutionnels d'attribution des pouvoirs et l'idée que le pouvoir exécutif doit être exercé par des personnes politiquement responsables devant une assemblée élue<sup>110</sup>.

D'autre part, les articles 33, 37 et 108 de la Constitution (et l'art. 20 de la loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles pour les entités fédérées) dont il ressort que le pouvoir exécutif a été constitutionnellement confié au Roi et aux gouvernements des entités fédérées et non à une tierce personne<sup>111</sup>.

Dernièrement, la section législation a assoupli sa position. Elle admet qu'une norme législative confie une parcelle du pouvoir exécutif à une autorité administrative autre que le Roi ou les Gouvernements des entités fédérées, pour autant qu'une autorité politiquement responsable exerce un « contrôle suffisant » sur cette tierce personne<sup>112</sup>.

La portée de ce « contrôle suffisant » varie notamment en fonction des pouvoirs conférés. Un pouvoir réglementaire peut être conféré à condition d'une part que cette attribution ait une portée limitée, précise et complète ou porte sur une matière d'une telle technicité que cette tierce entité est la mieux placée pour la réglementer et d'autre part, que les règlements ainsi adoptés soient soumis à l'approbation du Gouvernement.

La Cour Constitutionnelle a adopté la même position dans son arrêt 24/98 du 10 mars 1998. Une ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale relative au

<sup>110</sup> Avis L.33.255/4 du 5 juin 2002 sur un avant-projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, déjà cité.

<sup>111</sup> Avis L.22.537/2 du 21 novembre 1994 sur un avant-projet de loi modifiant la loi du 25 ventose-5 germinal an XI (16 mars 1803) contenant organisation du notariat.

<sup>112</sup> Avis L.33.255/4 du 5 juin 2002 sur un avant-projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, déjà cité.

logement social avait confié à la Société du logement de la Région bruxelloise le pouvoir d'élaborer divers règlements techniques dans des matières énumérées. La Cour a estimé que cette compétence technique ne constituait pas une délégation à un organisme autonome d'un pouvoir réglementaire général qui seul peut être exercé, en vertu des articles 20 et 78 de la loi du 8 août 1980, par le Gouvernement bruxellois.

Le « contrôle suffisant » est apprécié également en fonction de l'étendue du pouvoir de décision individuel qui est attribué. Si la compétence laisse peu de pouvoir discrétionnaire à l'autorité, le contrôle peut être réduit. À l'inverse, si elle implique des choix d'opportunité, le contrôle étroit du Gouvernement s'impose<sup>113</sup>.

#### *12. L'éclatement des compétences*

Sous l'influence de la fédéralisation du pays et du développement du droit communautaire, l'identification des règles précises s'appliquant à l'organisation, aux moyens d'action et aux finalités de l'administration est devenu un exercice particulièrement compliqué. Les acteurs doivent en permanence naviguer entre des sources internes et européennes, à l'évolutivité permanente et à la lisibilité défailante.

## **Chapitre 2. L'action de l'administration**

### **Section 1. Les actes juridiques**

#### *13. Les actes juridiques et les actes matériels*

La section est consacrée à l'étude des actes juridiques, soit ceux qui visent à produire des effets de droit, parmi lesquels l'on distingue traditionnellement les actes unilatéraux et les contrats.

Les actes matériels sont des opérations d'exécution, telles que l'ouverture d'un chantier, le contrôle d'identité réalisé par un fonctionnaire de police ou encore la démolition effective d'un immeuble<sup>114</sup>.

#### *14. La théorie du choix de la voie contractuelle*

---

<sup>113</sup> Avis L.36.279 du 28 janvier 2004 sur un avant-projet de décret modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine et le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et portant le décret relatif à l'assainissement des sols pollués, *Doc. Parl. wall.*, 2003-2004, n°666/1.

<sup>114</sup> PH. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, op. cit., spéc. p. 93



Une administration peut-elle choisir la voie contractuelle au lieu d'exercer son pouvoir de décision unilatéral ?

Deux thèses s'opposent en doctrine.

Selon la première thèse, minoritaire, la voie contractuelle serait prohibée chaque fois que l'administration dispose du pouvoir d'agir par voie unilatérale.

Selon la deuxième, le choix existe, dans le respect des principes généraux du droit, sauf lorsqu'il est interdit par une disposition expresse. Selon le principe de l'indisponibilité des compétences, l'administration ne peut renoncer par contrat à exercé une compétence unilatérale qui lui est dévolue. La loi du changement implique, que l'administration doit toujours pouvoir modifier des situations juridiques lorsque l'intérêt général l'exige, par exemple en modifiant de manière unilatérale un contrat.

## §1. Les actes et les procédés unilatéraux

### I. L'acte unilatéral

#### 15. Définition

L'acte unilatéral est celui « qui, en lui-même, est doté d'une valeur juridique et qui, par lui-même, modifie l'ordonnement juridique existant »<sup>115</sup>. Il fait naître des droits et obligations dans le chef de destinataire dont le consentement n'est pas recherché.

Il est caractéristique de l'action publique, et sans doute inhérent à celle-ci.

L'acte bénéficie d'une présomption de légalité (le privilège du préalable) : une personne peut certes en contester la légalité devant des juridictions, mais elle devra le respecter entre-temps. L'administration ne doit pas s'adresser à un juge au préalable pour consacrer la force obligatoire de l'acte, sauf lorsqu'elle procède à une expropriation d'utilité publique.

L'autorité peut également procéder à l'exécution forcée de ses décisions (mesures de contraintes), sans autorisation du juge (privilège de l'exécution d'office)<sup>116</sup>. Dans le silence des textes, la mise en œuvre de ce privilège est controversée.

#### 16. L'acte réglementaire : notion, modalités d'exercice, portée et effet.

---

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> Cette faculté est parfois expressément prévue par la loi, voy. par ex., l'art. 3 de la loi domaniale du 22 décembre 1949 qui habilite l'administration des domaines à établir une contrainte pour procéder à des saisies.

Un acte réglementaire a pour objet de pourvoir, par des dispositions générales et abstraites, à l'établissement de normes de conduites générales et abstraites pour le présent et l'avenir<sup>117</sup>. Il n'épuise pas ses effets par son application comme l'acte individuel<sup>118</sup>.

Il est censé pouvoir être appliqué, de manière impersonnelle, à un nombre indéterminé de situations définies selon des critères objectifs. Toutefois, il ne perd pas son caractère réglementaire lorsqu'il ne concerne qu'un seul administré, pour autant que son champ d'application soit défini par des critères généraux et abstraits et dès lors qu'il soit susceptible de concerner d'autres destinataires<sup>119</sup>.

La distinction entre les actes réglementaires et les actes individuels présente un double intérêt.

D'une part, seuls les actes individuels doivent faire l'objet d'une motivation formelle en application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

D'autre part, l'illégalité d'un règlement peut être invoquée sans délai devant le Conseil d'Etat sur pied de l'art. 159 de la Constitution alors que l'illégalité d'un acte individuel ne peut être soulevée par voie d'exception, lorsqu'il est devenu définitif, c'est-à-dire lorsqu'il n'est plus susceptible d'un recours en annulation<sup>120</sup>. Les juridictions ordinaires admettent, quant à elles, l'exception d'illégalité sans considération de délai, qu'elle vise un acte réglementaire ou un acte individuel.

Il existe des actes mixtes comportant un volet réglementaire et un volet individuel. L'exemple le plus souvent cité est le permis de lotir qui emporte une autorisation individuelle de diviser un terrain et réglementaire en ce qu'il édicte des prescriptions urbanistiques qui seront applicables aux lots issus de cette division<sup>121</sup>. Le Conseil d'Etat le considère comme un acte réglementaire pour l'application de l'art. 159 de la Constitution.

La terminologie utilisée peut parfois induire en erreur.

Ainsi, le Conseil d'Etat ne considère pas que les arrêtés par lesquels le pouvoir exécutif se limite à approuver ou improuver un règlement pris par une tierce personne (province, commune, O.I.P.) soient des règlements. Il les considère comme des actes de tutelle qui n'ajoutent et ne retranchent rien à l'ordonnancement juridique. Par conséquent, les projets de tels arrêtés ne doivent pas être soumis à la section législation du Conseil d'Etat<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> Par ex., C.E., 10 septembre 1999, n°82.213, Ville de Bruxelles.

<sup>118</sup> Par ex., C.E., 25 septembre 2002, n°110.675, Somja.

<sup>119</sup> Par ex., un règlement taxe sur les débits de boisson adopté par une commune sur le territoire de laquelle un seul débit est installé.

<sup>120</sup> Par ex., C.E., 24 novembre 1950, n°584, Foulon.

<sup>121</sup> Voy. D. LAGASSE et P. NIHOUL, « Le permis de lotir ( chronique de jurisprudence 1<sup>er</sup> août 1996-31 décembre 2002 », *A.P.T.*, 2002, p. 18 et s.

<sup>122</sup> Art. 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Par. Ex., C.E., 19 avril 2002, n° 105.673, s.p.r.l. Malou-Vandenberg.

La notion de règlement n'est pas identique à celle d'arrêté réglementaire dont les projets doivent être soumis à la section législation du Conseil d'Etat<sup>123</sup>. Le deuxième concept a un sens plus étroit. Ainsi, ne sont pas soumis à l'avis préalable de la section législation, parce ne présentant pas une portée suffisamment générale, les arrêtés fixant les barèmes de certains agents<sup>124</sup> ou des mesures d'organisation administrative.

La force juridique d'un règlement varie selon les autorités qui les édictent : il ne s'agit pas d'une catégorie homogène.

La publicité d'un règlement varie selon leur nature et selon qu'il intéresse la généralité des citoyens ou un public restreint. En principe, l'entrée en vigueur d'un règlement est subordonnée à sa publication.

#### 17. L'acte individuel : notion, modalités d'exercice, portée et effets

L'acte individuel a pour destinataires des personnes déterminées (sanction disciplinaire, agrément d'une entreprise) ou concerne des situations concrètes (ordre de démolition d'un immeuble insalubre).

Il peut être **collectif**, en ce sens qu'il peut être constitué d'une collection d'actes individuels (arrêté octroyant plusieurs promotions à des agents différents).

Il peut avoir des **effets permanents** (une nomination permet l'exercice permanent d'une fonction).

Il a un effet dit **instantané** en ce sens qu'il a pour effet de « déclencher l'application durable d'un régime juridique prédéterminé »<sup>125</sup>.

L'acte individuel peut être accompli sur demande (permis d'urbanisme), sur réclamation (recours à l'autorité de tutelle) ou sur déclaration (transcription d'un divorce), il peut donc requérir un acte de volonté de la part de son bénéficiaire (acceptation de la nomination par le fonctionnaire).

Il peut être **écrit ou verbal** (décisions implicites)<sup>126</sup>. Il doit en outre être motivé formellement<sup>127</sup>.

L'acte individuel est subordonné au règlement en vertu du principe de légalité. L'auteur d'un règlement ne peut prendre une décision individuelle qui serait contraire à ce dernier en application de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*.

L'entrée en vigueur d'un acte individuel est subordonnée à sa notification à son ou ses destinataire(s).

<sup>123</sup> Il s'agit d'une formalité substantielle qui touche à l'ordre public dont la violation peut être dénoncée à tous les stades de la procédure, même d'office (par ex., C.E. 18 novembre 1999, n°82.940, Godart).

<sup>124</sup> Par ex., C.E., 8 mai 1951, n° 869, Holemans.

<sup>125</sup> M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruxelles, Bruylant, 1987, spéc. p. 24

<sup>126</sup> Par ex., art. 307 de la nouvelle loi communale ; art. 14, §3 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

<sup>127</sup> La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Un acte individuel devient définitif s'il n'a pas fait l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat dans les 60 jours de son entrée en vigueur (ou en cas de recours exercé, au moment où un arrêt de rejet est prononcé)<sup>128</sup>.

#### 18. Les conditions de validité

La légalité d'un acte administratif, sa conformité à la loi sensu lato, s'apprécie au regard de cinq éléments : certains concernent les conditions d'adoption de l'acte (légalité externe : compétence de l'auteur et respect des formes et conditions de procédure), d'autres concernent le contenu de l'acte (légalité interne : objet, motifs de faits et de droit, finalité).

Lorsque le discours est critique, il s'agira de moyens (Conseil d'Etat) ou d'exception d'illégalité (toutes les juridictions), établissant des vices de légalité externe ou interne.

#### 19. La compétence

Les pouvoirs des autorités administratives sont d'attribution. Ils doivent être conférés par un texte qui habilite l'autorité.

La compétence tient à l'objet de la décision (compétence matérielle ou *ratione materiae*), au moment où la décision est prise (compétence temporelle ou *ratione temporis*) ou au lieu où elle produit ses effets (compétence territoriale ou *ratione loci*).

En l'absence de texte attributif de compétence, l'autorité est fondée à prendre une décision sur base du principe du parallélisme des compétences (modification ou abrogation), de la théorie du fonctionnaire de fait ou du principe hiérarchique.

#### 20. Le respect des formes et conditions de procédure

La forme est relative à la présentation extérieure de l'acte.

La plus importante est la motivation formelle de l'acte imposée par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Certaines formes sont prévues à peine de nullité de l'acte par un texte. Par ex., un PU délivré en l'absence de toute étude d'incidence lorsqu'elle est requise.

Certaines formes sont dites substantielles, elles ont un caractère essentiel dégagé par la jurisprudence. Par exemple, les formes qui touchent à l'ordre public et celles prévues dans l'intérêt des administrés. Par exemple, l'avis du comité de direction dans une procédure de promotion ou la consultation de la section législation du

---

<sup>128</sup> *Supra*, sur l'application de l'art. 159 de la Constitution par le Conseil d'Etat et les juridictions judiciaires.

Conseil d'Etat avant l'adoption d'un arrêté. Les formes secondaires sont prévues uniquement dans l'intérêt de l'administration. Leur non respect n'affecte pas la validité de l'acte administratif. Il en va ainsi des formalités liées aux contrôles administratifs et budgétaires (Visa de l'Inspection des finances).

Les règles de procédure sont les formalités préalables à l'adoption de l'acte. Il en existe de nombreuses variantes.

Les procédures consultatives (l'avis sollicité par l'auteur de l'acte ou la proposition ou présentation émanant de tiers). L'avis est facultatif ou obligatoire selon qu'il est requis par un texte ou non. Il est consultatif lorsqu'il ne lie pas l'autorité (elle est obligée de respecter la procédure mais pas de suivre l'avis) à l'inverse de l'avis conforme. Les propositions peuvent également être soit facultatives soit obligatoires.

Les procédures contradictoires permettent de soumettre à la critique des administrés un projet de décision, afin d'améliorer le processus décisionnel (administration et administrés mieux informés). Elles prennent des formes de l'enquête (permis de lotir, adoption d'un plan de secteur).

Les procédures contradictoires sont individuelles lorsqu'elles offrent la possibilité à une personne qui va faire l'objet d'une décision qui lui fait grief de faire valoir ses observations (audi alteram partem). Elles sont parfois publiques et permettent la participation des individus à la vie publique par exemple à l'occasion de l'adoption d'un plan de secteur.

*21. Les conditions de validité interne : l'objet, les motifs de faits et de droits, le but*

Les motifs de droit d'un acte unilatéral sont les fondements juridiques de celui-ci.

Les motifs de fait d'un acte unilatéral sont les circonstances factuelles qui justifient la décision prise. Ils doivent être exacts, correctement qualifiés en droit, et être de nature à justifier la décision prise.

L'objet d'un acte juridique réside dans la modification apportée à l'ordonnement juridique. Son analyse est déterminante en ce qu'elle permet de déterminer la compétence de l'auteur, le caractère réglementaire ou individuel de l'acte, son éventuel caractère créateur de droit. Concrètement, l'analyse de l'objet doit être mis en relation avec les autres conditions de validité.

Le but poursuivi par l'acte est fondamental : l'exercice du pouvoir a pour unique fin l'intérêt général ou d'exercer la compétence attribuée.

Le détournement de pouvoir, illégalité très grave, réside dans le fait d'user délibérément de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel les pouvoirs ont été conférés, ou l'absence de but licite<sup>129</sup>. Il en irait ainsi d'une nomination d'un secrétaire communal pour lequel les conditions de nomination avaient été adaptées dans le seul but de le favoriser (problème de preuve).

<sup>129</sup> Cette conception restrictive du détournement de pouvoir est controversée, v. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, déjà cité, 1997, spéc. 707

## 22. L'entrée en vigueur des actes unilatéraux

Dès son adoption, l'acte existe, il est pourvu d'une **force exécutoire**, cela signifie, que les mesures d'application peuvent être prises.

L'entrée en vigueur de l'acte est subordonnée à sa publication pour un règlement ou à la notification de l'acte individuel à son destinataire. La publicité rend l'acte opposable aux tiers (**force obligatoire**).

## 23. Les deux voies d'action sur l'acte pour le passé et pour l'avenir<sup>130</sup>

Il existe deux voies d'action de l'autorité sur un acte unilatéral : la disparition avec effet rétroactif (ex tunc ou pour le passé) souvent appelé « retrait » de l'acte et la disparition pour l'avenir (ex nunc), appelé « abrogation, la première impliquant la seconde.

## 24. L'abrogation

L'abrogation est un acte juridique par lequel l'administration supprime, pour l'avenir (effet ex nunc) et non pour le passé, un acte juridique préexistant<sup>131</sup>. Elle peut être explicite ou implicite lorsqu'il existe une contradiction entre un acte nouveau et un acte antérieur. En principe, il n'existe pas d'abrogation par désuétude.

Si le règlement peut créer des « droits », il ne peut créer des droits acquis en ce sens qu'il ne crée que des droits précaires car l'abrogation du règlement est toujours possible. Il s'agit d'une application de la loi du changement souvent présentée comme le fondement du pouvoir d'abroger<sup>132</sup>. L'autorité peut également modifier ou introduire de nouvelles modalités dans le règlement. Cette loi du changement implique que l'autorité ne peut se lier pour l'avenir, elle ne dispose pas de « la compétence de sa compétence »<sup>133</sup>, la compétence restant indisponible dans son chef.

Lorsque l'on précise que le règlement ne crée pas de droit acquis à son maintien, on veut signifier également que si la source (le règlement) des droits disparaissent, ces derniers n'existeront plus. La modification des règlements n'ouvre pas en soi, la possibilité d'une action en dommages et intérêts à l'encontre de l'administration. L'émergence du principe général de prudence, de la protection de la confiance légitime déduit de l'article 1382 du code civil notamment, a permis aux juges judiciaires de sanctionner des modifications intempestives de la réglementation par l'autorité.

<sup>130</sup> Pour plus de détails sur tout ceci, v. P. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, pp. 213-270

<sup>131</sup> P. LEWALLE, *Droit administratif*, note de cours, 2008-2009, spéc.p. 447.

<sup>132</sup> *Op. Cit.*, spéc. p. 221.

<sup>133</sup> P., LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes unilatéraux dans le temps*, Faculté de droit de Liège et de La Haye, Martinus Nijhoff, 1975, spéc. p. 361.

L'acte abrogatif peut toutefois réserver le maintien de situations antérieures (maintien de certains droits).

Le Conseil d'Etat de Belgique a parfois déduit de la constatation de l'illégalité de règlement par voie incidente (159 de la Constitution) l'obligation pour l'autorité, d'abroger des actes irréguliers<sup>134</sup>.

Le régime juridique de l'abrogation varie selon qu'elle porte sur un règlement ou sur un acte individuel.

Les arrêtés demeurent en vigueur tant qu'ils n'ont pas été abrogés ou modifiés, ils survivent même aux lois dont ils procèdent<sup>135</sup>. L'administration ne peut déroger à un règlement par un acte individuel (*Patere regulam quam ipse fecisti*)<sup>136</sup>. En vertu du principe de non-rétroactivité, le règlement ne peut être modifié pour le passé, mais le règlement régulier peut être modifié pour le futur, l'intérêt général exige que la réglementation évolue avec les nécessités changeantes de celui-ci<sup>137</sup>.

Il n'existe donc pas de droit acquis au maintien d'un règlement<sup>138</sup>. Dans le prolongement de cette idée, l'administration ne peut non plus renoncer pour un temps déterminé, à exercer son pouvoir réglementaire<sup>139</sup>.

Toutefois, le principe dit de la confiance légitime et les principes de bonne administration tempèrent ce principe. Il requiert que l'administration mette en œuvre le principe de mutabilité des règlements avec modération<sup>140</sup>.

Le principe de l'intangibilité des effets individuels des actes administratifs s'opposent à ce qu'un acte créateur de droit puisse être abrogé, sauf si son bénéficiaire y renonce, à tout le moins s'il est régulier.

Il s'impose toutefois de vérifier concrètement le contenu des actes individuels. Certains créent des situations juridiques précaires, comme l'autorisation de voirie ou la désignation temporaire à un emploi. D'autres créent des situations plus définitives, comme le permis de bâtir ou l'octroi d'un diplôme. Revient ici la distinction entre actes créateurs de droit et non créateurs de droit.

L'acte individuel non créateur de droit peut être abrogé.

<sup>134</sup> V. les exemples cités dans les notes 52 à 54, page 226, P. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*.

<sup>135</sup> Cass., 20 septembre 1995, Pas., 1995, I., 829 ; 25 juin 1997, Pas., 1997, p. 744, mis en avant par P. LEWALLE, *Droit administratif*, note de cours, 2008-2009, spéc. p.447.

<sup>136</sup> Le principe est bien ancré en droit français, voy. G. ZALMA « *Patere regulam quam ipse fecisti*, ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux », *R.D.P.*, 1980, p.1099 et s. ; la sensibilité du Conseil d'Etat de Belgique et de la cour de cassation diverge, v., C.E. 27 mai 1988, n°30.165 et Cass., 25 février 1991, *R.W.*, 1991, p.131. Sur le sujet v. F. LEURQUIN-DE-VISSCHER, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991.

<sup>137</sup> *Infra*, le principe de la loi du changement.

<sup>138</sup> C.E., 29 juin 1965, n°11.350, *Rec.*, p. 673 ; C.E., 13 janvier 1982, n°21.888, *Rec.*, p. 36.

<sup>139</sup> cf. *supra*, principe de compétence d'attribution, P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs dans le temps*, Liège, 1975, pp. 352-363.

<sup>140</sup> C.J.C.E., 4 juillet 1973, Westzicher, aff. C-1/73, *Rec.*, p. 723 ; 25 janvier 1979, Racke, aff. C-98/78, *Rec.*, p. 69 ; B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A.*, 1995, numéro spécial, p. 154 et s. ; C.A., 16 juin 1994, n°46/94 ; 12 juillet 1996, n°49/96 ; Cass., 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p.78

Par contre, s'il est irrégulier, l'acte créateur de droit ne peut être modifiés ou supprimés que par l'accomplissement d'un acte contraire, prévu par un texte de portée normative<sup>141</sup>.

#### 25. Le retrait des actes administratifs

Le retrait est l'acte juridique par lequel une administration supprime, avec **effet rétroactif (ex tunc)**, un acte administratif.

En général, le retrait est le fait de l'auteur de l'acte, de son supérieur hiérarchique<sup>142</sup> ou d'une autorité normalement compétente pour retirer l'acte<sup>143</sup>.

Le retrait est possible pour les actes individuels et les règlements.

Les principes de la théorie du retrait des actes administratifs ont été posés dès 1953<sup>144</sup>, le Conseil d'Etat de Belgique s'étant inspiré de son homologue français<sup>145</sup>. Il l'a érigé au rang de principe général de droit<sup>146</sup> à valeur législative d'ordre public<sup>147</sup>.

La théorie du retrait tente de concilier deux exigences opposées : d'une part, le **principe de légalité**, et d'autre part, le **principe de non-rétroactivité** des actes administratifs, de ne pas porter atteinte aux droits acquis qui seraient nés de ces actes.

Le raisonnement à la base de cette théorie est simple : puisque l'art. 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat permet l'introduction d'un recours en annulation pendant un délai de 60 jours à l'encontre d'un acte administratif, même créateur de droits, l'administration doit pouvoir faire l'économie d'une procédure si elle estime que l'acte est effectivement irrégulier. L'art. 19 précité consacre donc implicitement une exception à la théorie de la non-rétroactivité des actes administratifs et habilite l'administration à faire disparaître rétroactivement ses décisions<sup>148</sup>.

Dans la suite de cette prémisse, il est logique que la théorie du retrait opère une distinction entre d'une part, les actes réguliers et les actes irréguliers et, d'autre part, entre les actes créateurs ou non créateurs de droit.

---

<sup>141</sup> P. LEWALLE, *Droit administratif*, notes de cours, 2008-2009, spéc. p. 452 ; toutefois la doctrine belge n'est pas unanime et lie la théorie de l'abrogation à celle du retrait, par ex. M.A. FLAMME, dans son traité de droit administratif de 1989, spéc. p. 514 ou MAST, ALEN ET DUJARDIN, 1989, spéc. n°588 ; pour une critique systématique, v. M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, 1991, Bruxelles, Story-Scientia, p.226 et s.

<sup>142</sup> C.E., 6 mai 1971, n°14.707, Barthelemy ; C.E., 20 juillet 1973, n° 15.988, a.s.b.l. Discothèque nationale de Belgique ; C.E., 15 mai 1979, n° 19.621, Jeanray.

<sup>143</sup> C.E., 8 octobre 1993, n°44.404, Brouwers.

<sup>144</sup> C.E., 13 février 1953, n°2.206, de Zurpele.

<sup>145</sup> C.E. fr., 3 novembre 1922, Dame Cachet, *Rec.*, 1922, spéc. p. 790.

<sup>146</sup> C.E., 24 février 1983, n°22.979, Vanwijck.

<sup>147</sup> C.E., 19 avril 1993, n°42.603, Malpas.

<sup>148</sup> CE., 14 janvier 1971, n°14.445, Chamart.



Un **acte créateur de droit** peut être retiré dans le délai de 60 jours prévu pour l'introduction d'un recours devant le Conseil d'Etat, pour autant qu'il soit **irrégulier**<sup>149</sup>. Le retrait reste possible jusqu'à la clôture des débats en cas d'introduction du recours, dans la limite des griefs d'illégalité soulevés dans le cadre du recours ou en cas de grief touchant à l'ordre public<sup>150</sup>.

La condition du délai disparaît dans quatre hypothèses : la théorie de l'acte inexistant : illégalité manifeste ; lorsque la loi autorise le retrait<sup>151</sup> ; si le titulaire du droit y renonce et que cela ne porte pas atteinte aux droits des tiers<sup>152</sup> ; si cela est nécessaire pour assurer l'exécution d'une annulation par le Conseil d'Etat<sup>153</sup>.

Par un arrêt du 18 octobre 2000, le Conseil d'Etat a jugé que l'obligation d'indiquer les voies de recours dans l'acte individuel est une formalité prévue dans l'intérêt de l'administré. Par conséquent, l'administration ne peut invoquer sa propre négligence pour s'autoriser à retirer un acte en dehors du délai de 60 jours<sup>154</sup>.

Les actes **non créateurs de droit** sont protégés par le principe de non-rétroactivité. La notion est moins simple qu'il n'y paraît.

Sont considérés comme tels : les refus (refus d'un permis d'urbanisme), les ordres de police imposant une obligation à un administré sans pour autant faire naître un droit dans le chef du destinataire ou d'un tiers (ordre de fermeture d'un café, ordre de démolition d'un immeuble), les sanctions (pour autant qu'elles ne fassent pas naître de droit au profit de tiers), les actes reconnaîtifs (constate que les conditions auxquelles un texte subordonne la naissance d'un droit subjectif sont remplies, ex : le calcul d'un traitement ou d'une pension).

Ils sont parfois présentés de manière erronée, dans le cadre d'exposé sur la théorie du retrait, comme pouvant être retirés sans considération de délai<sup>155</sup>.

Les juridictions judiciaires n'ont pas consacré la théorie du retrait des actes administratifs. Elles font application de l'art. 159 de la Constitution qui ne distingue pas les actes individuels des actes réglementaires, ni les actes créateurs de droit, des actes non créateurs de droit et qui ne prévoit pas de limite de temps. Par conséquent, une administration qui refuse d'appliquer un acte créateur de droit illégal alors que le délai de retrait est expiré, ne pourrait être condamnée pour cette raison par les juridictions judiciaires.

---

<sup>149</sup> Une jurisprudence marginale et iconoclaste du Conseil d'Etat estime que l'administration ne peut toutefois retirer un permis de bâtir lorsque l'irrégularité lui est imputable, ce qui réduit à peu de chagrin la théorie, par. ex., C.E. 9 décembre 1969, n°13.829, Vrinsens.

<sup>150</sup> C.E., 5 août 1997, n°67.676, Roland ; C.E., 21 octobre 1960, n°8.167, Peeters et Bruggemans ; C.E., 20 décembre 1960, n°8.284, Dilien ; C.E., 30 juin 1995, n°54.137, Loos.

<sup>151</sup> C.E., 20 décembre 1960, n°8.284, Dilien ; C.E., 26 mars 1980, n°20.222, De Swert.

<sup>152</sup> J. VELU, sous Cass., 10 septembre 1981, *Pas.*, 1982, I, spéc. p. 51 ; C.E., 25 septembre 2003, n°123.480, S.A. Mobistar.

<sup>153</sup> C.E., 25 septembre 2003, n°123.480, S.A. Mobistar.

<sup>154</sup> C.E., 18 octobre 2000, n°90.287, Dechamp, *J.T.*, 2001, p. 333 et s., obs. D. LAGASSE.

<sup>155</sup> Pour une critique de cette présentation, v. P. LEWALLE, *Droit administratif*, notes de cours, 2008-2009, spéc. p.459 ; v. également, M. PAQUES, op.cit., spéc. pp.252-263.

La Cour des comptes a également rejeté la théorie du retrait au motif que l'art. 180 de la Constitution lui impose de vérifier la régularité de toutes les dépenses de l'Etat sans soumettre son pouvoir à une limitation de temps.

Du point de vue de la hiérarchie des normes, la solution retenue par la Cour de cassation et la Cour des comptes semble plus pertinente que la théorie du retrait puisqu'elle se fonde sur deux dispositions constitutionnelles alors que la théorie consacrée par le Conseil d'Etat est déduite d'une disposition législative.

Compte tenu des liens existants entre la théorie du retrait et le principe de sécurité juridique, certains appellent de leurs vœux une consécration constitutionnelle de cette dernière<sup>156</sup>.

#### 26. Autres motifs de disparition de l'acte

L'arrivée du terme ou la disparition des circonstances constituant le motif de l'acte, la survenance d'une condition résolutoire, le non accomplissement d'une condition suspensive sont autant de motifs de disparition de l'acte.

## II. La réquisition

#### 27. Définition

La réquisition est l'opération de puissance publique par laquelle, aux conditions fixées par les lois et règlements, une autorité administrative ou militaire<sup>157</sup> impose d'autorité à une personne (physique, morale, de droit privé ou de droit public) l'accomplissement de prestations dans un but d'intérêt général<sup>158</sup>. En principe, elle donne lieu à une indemnité<sup>159</sup>.

Les réquisitions civiles sont régies par diverses lois qui tendent à assurer des besoins vitaux de la population et la société (ravitaillement, santé, salubrité) en cas de perturbations graves (épidémies, épizooties, catastrophes naturelles, grèves générales).

Ainsi, l'art. 135, §2, 5° de la nouvelle loi communale permet au Bourgmestre de réquisitionner des personnes dans les hypothèses d'incendie, d'épidémies, d'accidents ou de fléaux. La loi du 19 août 1948 relative aux prestations d'intérêt public en temps de paix et l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> mars 1971 chargent les commissions paritaires (ou, à défaut, le Roi, après avis du Conseil national du

<sup>156</sup> P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, op cit. spéc. p. 245.

<sup>157</sup> Les réquisitions militaires sont prévues par la loi du 12 mai 1927 et son arrêté royal du 3 mai 1939. Le pouvoir de réquisition est mis en œuvre en cas de mobilisation de l'armée. Il s'exerce en collaboration avec les communes. Les collèges communaux reçoivent les ordres de réquisition du Ministre de la défense nationale.

<sup>158</sup> Dalloz, *Répertoire de droit public et de droit administratif*, tome II, 1959, v° Réquisitions, par G. PEQUIGNOT.

<sup>159</sup> Distincte de l'indemnité juste et préalable prévue à l'art. 16 de la Constitution en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.

travail et par arrêté motivé délibéré en conseil des ministres), de déterminer les mesures, prestations ou services à assurer en cas de cessation collective et volontaire du travail en vue de faire face aux besoins vitaux<sup>160</sup>.

### III. La sanction administrative<sup>161</sup>

#### 28. Définition

Si, les juridictions judiciaires ont l'exclusivité de compétences pour prononcer dans peines privatives de libertés (art. 12, alinéa 3 de la Constitution) et pour imposer des amendes pénales (articles 13, 144 à 146 de la Constitution), l'administration peut censurer le non respect d'une règle de droit public par l'imposition de **sanctions dites administratives**.

#### 29. Caractéristiques générales

Ces dernières ne figurent pas dans le casier judiciaire.

Le cumul d'une sanction administrative avec une sanction pénale est en principe admis (sauf disposition contraire).

L'administration peut transiger au sujet d'une sanction administrative.

La sanction est un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, sauf disposition législative attribuant la compétence au pouvoir judiciaire.

Les sanctions disciplinaires infligées aux membres du personnel sont une variété des sanctions administratives.

Elles peuvent également être infligées à des entreprises ou des personnes qui collaborent à des services publics (retrait de l'agrément des entrepreneurs de travaux), aux utilisateurs des services publics (interruption de fourniture de gaz ou d'électricité), ou en cas de non-respect d'une disposition législatives ou réglementaires (accroissement d'impôt en cas d'absence de déclaration)<sup>162</sup>.

L'art. 119 bis, §§2 et s. de la nouvelle loi communale organise un régime de sanction administratives<sup>163</sup>, en énumérant les sanctions susceptibles d'être inscrites dans un règlement ou une ordonnance communale. Le conseil communal peut assortir les règlements de police qu'il adopte de sanctions administratives consistant en amende, suspension ou retrait d'autorisation délivrée par la

<sup>160</sup> V. également, l'art. 126 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégrée structurée à deux niveaux.

<sup>161</sup> *Les sanctions administratives*, ouvrage collectif, sous la direction de R. ANDERSEN, D. DEOM ET D. RENDERS, Bruxelles, Bruylant, 2007.

<sup>162</sup> P. BOUVIER, *Eléments de droit administratif, op.cit.*, spéc., p. 128.

<sup>163</sup> C. MOLITOR, « La loi du 13 mai 1999 relative aux sanctions administratives dans les communes et les pouvoirs de police des autorités administratives communales », *Rev. Dr. Commun.*, 2001/3, pp.150 et s.

commune ou fermeture temporaire ou définitive d'un établissement. Le §9 prévoit le droit de défense du destinataire de l'acte avant l'adoption de la mesure envisagée.

## §2. Les contrats

### I. Présentation générale

#### 30. Généralités : catégorie et régime juridique (droit applicable et tribunaux compétents)

La classification des contrats de l'administration reste une entreprise difficile. Elle constitue habituellement un chapitre central dans tous les précis et manuels de droit administratif de droit belge et de droit français. Il s'agit d'une matière en pleine évolution, en raison de l'élaboration d'un droit européen des contrats publics, conçu dans une perspective légèrement différente de celle qui a présidé à celle des droits nationaux. Ces derniers se souciaient des deniers publics, le droit européen se préoccupe de la construction d'un marché intérieur (perspective libre-échangiste).

Dans la perspective européenne, les catégories juridiques nationales sont ébranlées, de manière fondamentale<sup>164</sup>. Pour les besoins de l'exposé d'un cours consacré aux « principes » la classification traditionnelle et nationale a été retenue. Elle est remise en cause par le droit communautaire<sup>165</sup>.

La classification a pour objet de déterminer pour chaque catégorie d'une part, le droit applicable et d'autre part, les tribunaux compétents pour contrôler la passation et l'exécution de ces contrats.

#### 31. Le contrôle juridictionnel des contrats publics

En droit belge, le contrôle juridictionnel est partagé entre d'une part, les juridictions ordinaires et d'autre part, le Conseil d'Etat.

Les juridictions ordinaires sont compétentes pour le contentieux subjectif (art. 144 et 145 de la Constitution): indemnisation en cas d'attribution irrégulière, contentieux relatif à la validité et à l'exécution du contrat.

Le Conseil d'Etat, en vertu de la théorie des actes détachables, a isolé les opérations administratives de passation, pour les contrôler dans le cadre du **recours pour excès de pouvoir (recours en annulation)**.

La théorie des actes détachables a été adoptée pour tous les contrats de l'administration (contrats de travail dans la fonction publique, contrats de droit commun, concessions et marchés publics).

<sup>164</sup> V. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006.

<sup>165</sup> *Ibid.*, pour plus de détails.

Elle est la plus souvent commentée dans le contentieux de la passation des marchés publics.

En amont du recours en annulation, il est possible de poursuivre la suspension des décisions administratives préalables à la conclusion du contrat (décisions relatives au choix de la procédure, aux modalités concrètes du cahier des charges, la décision de sélection et de non sélection des entreprises, la décision d'attribution)<sup>166</sup> pour autant que le requérant puisse se prévaloir de moyens sérieux (soit ceux susceptibles de conduire à l'annulation de l'acte, *prima facie*) et d'un risque de préjudice grave difficilement réparable causé par l'exécution immédiate de l'acte.

Cette dernière condition est appréciée par les chambres francophones de manière très réductrice : dès que le marché est conclu ou pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un marché de référence, le Conseil d'Etat estime que cette condition n'est pas remplie puisque le préjudice né de la perte du marché peut être réparé par le juge judiciaire (dommages et intérêts).

La loi du 16 juin 2006 non encore va supprimer, sous pression des instances communautaires, la condition de préjudice grave difficilement réparable dans la matière des marchés publics. Dès son entrée en vigueur, il suffira donc de démontrer qu'une illégalité apparente a été commise pour obtenir la suspension de la décision d'attribution. En fonction du type d'illégalité, la procédure pourra être soit régularisée soit recommencée *ab initio*.

L'annulation d'une décision d'attribution a, jusqu'à présent, eu un **effet platonique**<sup>167</sup>. La validité du contrat ne s'en trouve pas nécessairement affectée (il

<sup>166</sup> La conclusion du contrat se réalise par la notification de l'approbation de son offre au soumissionnaire en vertu de l'article 118 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

<sup>167</sup> Pour plus de détails, v., P. THIEL, « *Mémento des marchés publics* », Waterloo, Kluwer, éd. 2008, spéc. pp. 483 et ss. ; E. VAN NUFFEL, « *La protection juridictionnelle dans la passation des marchés publics* », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), « *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration* », Bibliothèque de droit administratif, éd. La Charte, Bruxelles, 2007, pp. 151 et ss. ; P. LEWALLE et L. DONNAY, « *Sur les difficultés d'application du standstill dans la passation des marchés publics* », *Rev. Fac. Dr. ULg*, 2006, pp. 215 et ss. ; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME et C. DARDENNE, « *Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique* », Bruxelles, Larcier, 2005, spéc. pp. 273 et ss. ; T. BOMBOIS et Ch. DUBOIS, « *La chenille et le référé* ». *Quelques observations sur le contrôle de la passation d'un marché public militaire* », *A.P.T.*, 2004, pp. 296 et ss. ; F. GILLARD, « *Du choix discrétionnaire du mieux-disant dans les marchés publics au contrôle juridictionnel des manipulations arbitraires des offres par le pouvoir adjudicateur et à l'indemnisation de la chance perdue par le soumissionnaire irrégulièrement évincé* », note sous Bruxelles, 29 juin 1999, *E.D.*, 2004, pp. 279 et ss. ; E. VAN NUFFEL et D. LAGASSE, « *Les recours préventifs en matière de marchés publics – Le législateur a enfin transposé les directives « recours » 89/665 et 92/13, mais l'a-t-il bien fait ?* », *J.T.*, 2004, pp. 849 et ss. ; J. VANDEN EYNDE et J.-M. WOLTER, « *Les marchés publics et l'intervention du juge des référés judiciaires depuis le 24 décembre 1993* », note sous Civ. Bruxelles (réf.), 25 juin 2001, *C.D.P.K.*, 2003, pp. 4 et ss. ; M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « *Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant, Le sort des contrats irrégulièrement conclus – Comment assurer l'efficacité des recours juridictionnels ? – Les modalités du futur standstill* », *E.D.*, 2002, pp. 120 et ss. ; P. GOFFAUX, « *Les pontons mosans. Incidence sur le contrat de l'annulation par l'autorité de tutelle de la décision d'attribution d'un marché public, fait accompli et enrichissement sans cause* », obs. sous Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 14

existe cependant une jurisprudence judiciaire minoritaire qui estime que la violation des contraintes légales et réglementaires relatives à la passation d'un marché public ouvre une action en nullité absolue du contrat). La jurisprudence et doctrine majoritaires estiment qu'il s'agit d'une nullité relative avec pour conséquence que les parties au contrat ne demandent quasiment jamais la nullité de celui-ci. Le tiers irrégulièrement évincé doit se contenter de dommages et intérêts, fixés forfaitairement par la loi à 10% du montant hors TVA de son offre en adjudication ou censés réparer intégralement son préjudice en appel d'offres et en procédure négociée selon le droit commun (il est rare que l'indemnisation dépasse les 10% sur base de droit commun). Cette indemnité comme tout litige relatif à l'exécution du contrat relève du contentieux judiciaire car mettant en cause des droits subjectifs au sens des articles 144 et 145 de la Constitution.

Cette jurisprudence va sans doute évoluer à terme sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de Justice<sup>168</sup>.

Dans le cadre d'un recours en manquement, la portée des directives recours et de la notion de manquement ont été précisées. En substance, la Cour considère que le fait de laisser persister un marché public conclut en violation du droit communautaire des marchés publics constitue en soi un manquement.

*« S'il est vrai que l'art. 2, § 6 de la directive n° 89/665/CEE autorise les Etats membres à maintenir les effets de contrats conclus en violation des directives en matière de passation des marchés publics et protège ainsi la confiance légitime des cocontractants, elle ne saurait, sans réduire la portée des dispositions du traité CE établissant le marché intérieur, avoir pour conséquence que le comportement du pouvoir adjudicateur à l'égard des tiers doive être considéré comme conforme au droit communautaire postérieurement à la conclusion de tels contrats. Si l'article 2, §6, second alinéa, de la directive 89/665 n'affecte pas l'application de l'article 226 CE, il ne saurait non plus affecter l'application de l'article 228 CE, sous peine, dans une situation telle que celle de l'espèce, de réduire la portée des dispositions du traité établissant le marché intérieur.*

*Par ailleurs, l'article 2, paragraphe 6, second alinéa, de la directive 89/665, laquelle a pour objet de garantir l'application effective des directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics, concerne, ainsi qu'il résulte de son libellé, la réparation qu'une personne lésée par une violation commise par un pouvoir adjudicateur peut obtenir de ce dernier. Or en raison de sa spécificité, cette disposition ne saurait être considérée comme réglant également la relation*

---

décembre 2001, *E.D.*, 2002, pp. 349 et ss. ; B. DE VUYST et G. MEYER, « L'influence du droit communautaire sur la réglementation nationale des marchés publics : la protection préventive est un fait », obs. sous C.J.C.E. (6<sup>ème</sup> ch.), 28 octobre 1999, C-81/98, *J.T.*, 2000, pp. 285 et ss. ; A. DELVAUX, « De la résistance des « administrativistes » face au juge civil », note sous Civ. Namur (réf.), 2 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 1267 et ss. ; P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribuer un marché public », *A.P.T.*, 1998, pp. 56 et ss. ; Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages-intérêts », *E.D.*, 1998, pp. 312 et ss. ; P. THIEL, « Les recours des tiers dans les marchés publics : éléments de jurisprudence », *J.T.*, 1997, pp. 329 et ss.

<sup>168</sup> C-503/04, 18 juillet 2007 (Commission / Allemagne) <http://curia.europa.eu> (4 octobre 2007), concl. TRSTENJAK.

*entre un État membre et la Communauté, relation dont il s'agit dans le contexte des articles 226 CE et 228 CE.*

*Un État membre ne peut invoquer les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, le principe pacta sunt servanda ainsi que le droit de propriété et l'art. 295 CE<sup>169</sup> pour justifier la non-exécution d'un arrêt constatant un manquement au sens de l'art. 226 CE et, de ce fait, échapper à sa responsabilité en droit communautaire. »*

Plus récente et plus inquiétante est la saisine du **juge pénal**. Le non respect du droit des marchés publics matérialisé dans une décision administrative est susceptible, dans certaines circonstances, d'être qualifié de faux pénal. Il existe, en outre, des incriminations spécifiques lorsque des entreprises perturbent le jeu des enchères, en cas de corruption ou de délit d'ingérence<sup>170</sup>. Plusieurs instructions sont actuellement en cours qui mettent en cause des mandataires locaux pour non respect des règles en matière de passation.

### 32. Les contrats de droit commun

L'administration, disposant de la capacité juridique, peut conclure des contrats de droit commun. Ce faisant, elle accepte de se soumettre, comme tout particulier, aux contraintes issues du droit privé (code civil et législations particulières). Elle peut, ainsi, vendre des biens ou les louer.

Le droit public reste applicable à ces actes juridiques. Ainsi, la compétence matérielle ou de l'auteur de l'acte est régie par le droit public.

### 33. Les marchés et les concessions

Traditionnellement, les marchés et les concessions constituent les deux grandes catégories de contrats passés par les Administrations.

Les **concessions** peuvent être relatives au domaine de l'administration ou à la gestion d'un service public.

La **concession domaniale** permet à une autorité publique de concéder à des particuliers la jouissance exclusive d'une parcelle du domaine public. L'occupation autorisée peut ne pas servir l'intérêt général et ne servir que l'intérêt du concessionnaire, dans le cadre de ses activités privées. Il en est ainsi, des concessions de sépulture, de plages, d'affichage. La concession fait naître un droit subjectif au bénéfice du concessionnaire (un droit à réparation en cas de faute de l'administration dans l'exécution de la concession).

La **concession de service public** permet à une autorité publique de confier à une personne privée (physique ou morale) la gestion d'un service public, « à ses frais,

<sup>169</sup> Article 295 CE : « Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres ».

<sup>170</sup> Art. 245 du CP.

risques et périls », sous le contrôle et selon des modalités déterminées par le concédant, moyennant une rémunération que le concessionnaire doit percevoir, en principe, à charges des usagers. En réalité, la doctrine tend à s'inspirer du droit français pour reconnaître cette catégorie spécifique de contrat. La particularité de cette figure juridique réside dans le fait qu'elle aurait une nature mixte, contractuelle et réglementaire. Le caractère réglementaire est habituellement attaché aux modalités d'exploitation de ce service public, par exemple le tarif, les modalités de services rendus aux usagers, formalisées en général dans l'acte de concession. Le caractère réglementaire a pour fonction de permettre aux tiers de se prévaloir de ces clauses. La relation contractuelle se noue entre le concessionnaire et l'autorité concédante.

Les **marchés publics** ont été considérés, jusqu'à une période récente, comme les contrats passés entre un pouvoir public et une personne privée (physique ou morale) ayant pour objet des prestations économiques dont le pouvoir public avait besoin pour fonctionner ou remplir sa mission (achat de matériel courant ou non, réalisation de travaux d'infrastructures – construction et entretien - prestations de services extérieurs). Le concept a évolué avec la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services<sup>171</sup>.

La passation et l'exécution des marchés publics sont régies par des règles spécifiques qui, soit dérogent, soit complètent, les règles du code civil.

Des règles dites de **sélection qualitative** régissent le choix des entreprises qualifiées ou invitées à remettre une offre pour leurs compétences technique, économique et financière.

Les procédures ordinaires dans le cadre du régime applicable aux pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs classiques sont l'**adjudication** et l'**appel d'offres**. La procédure **négociée** est limitée aux hypothèses définies par la loi<sup>172</sup>.

L'attribution du marché sur base du critère unique, le prix, pour autant que l'offre soit régulière (soit respecte le cahier des charges), caractérise l'adjudication. L'attribution sur base de critères multiples caractérise l'appel d'offres. La distinction entre procédures ordinaires et exceptionnelles (procédure négociée) réside dans la faculté de pouvoir adapter le cahier spécial des charges et les offres (dans une mesure controversée) après l'ouverture des offres, soit en cours de processus d'analyse, absente pour les premières et présente dans la seconde.

Les règles d'exécution sont déterminées par un règlement qui pour l'essentiel se présente comme un contrat standardisé ou des clauses réglementaires<sup>173</sup>. Cependant, dans une mesure très limitée, l'administration est autorisée à déroger au cahier général des charges<sup>174</sup>. Cet encadrement est habituellement justifié par le souci de protéger les cocontractants de l'administration.

<sup>171</sup> Exécutée par les arrêtés royaux des 8, 10 janvier 1996, 18 juin 1996 et 26 septembre 1996. La loi sera remplacée à terme par les lois des 15 et 16 juin 2006.

<sup>172</sup> Art.17 Loi du 24 décembre 1993.

<sup>173</sup> Le cahier général des charges, annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 et les clauses prévues par ce même arrêté pour les promotions et les concessions de travaux publics, par exemple.

<sup>174</sup> Art. 3 du R.G.E. (arrêté royal du 26 septembre 1993).



#### 34. Les « autres contrats »<sup>175</sup>

Signe de l'évolution des temps, le « *contrat* » est de plus en plus utilisé, que cela soit dans le cadre des relations entre les pouvoirs publics<sup>176</sup>, ou, dans les relations entre pouvoirs publics et des particuliers ou entreprises.

L'effacement des méthodes plus autoritaires derrière ce moyen, en apparence plus respectueux de la volonté des uns et des autres, puisqu'il implique, par définition, la recherche du consentement du partenaire, ne doit pas être surestimé. Il s'agit de le mettre en relation avec la portée que la pensée révolutionnaire attachait à la loi, expression de la volonté populaire et gage d'égalité entre les hommes. Il peut encore être mis en perspective sur le plan historique, lorsque l'on se souvient des liens féodaux qui se tissaient au moyen âge entre les individus et des conséquences concrètes de ceux-ci, en terme d'organisation de la société et de relations sociales.

Quoi qu'il en soit, le phénomène est étudié en doctrine et a pénétré le système juridique belge. Le contrat de gestion qui se noue entre les entreprises publiques et les autorités publiques de « *contrôle* » en constitue un exemple. Les conventions environnementales constituent un second exemple.

## II. Les marchés publics et les concessions de travaux publics

#### 35. Introduction

Même lorsque l'administration y est partie, le contrat reste régi par le Code civil et les lois qui le complètent, aussi bien sur le plan de sa conclusion que sur celui de son exécution.

Ainsi, lorsqu'une administration décide d'acheter, de vendre ou de louer un immeuble, elle doit se soumettre aux règles du Code civil en matière d'obligations (art. 1101 et s.) ainsi qu'aux dispositions spéciales propres à la vente (art. 1532 et s.) ou à la location (art. 1708 et s.). Le législateur n'a pas soumis ce type de conventions à un régime particulier aux pouvoirs publics.

Ainsi encore, lorsqu'une administration (le terme doit être pris dans un sens très large) décide de passer un marché de travaux, de fournitures ou de services, ou encore un marché de concession de travaux publics ou de promotion<sup>177</sup>, elle doit respecter les règles du Code civil relatives à la conclusion et à l'exécution des contrats. A ces dispositions, toutefois, viennent s'ajouter les exigences très

<sup>175</sup> V. PH. QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'administration et la compétence du juge administratif », *T.B.P.*, 2000, p. 42 et s.

<sup>176</sup> Par exemple le contrat de gestion, voir infra, le point B sur les services publics.

<sup>177</sup> Les définitions de tels marchés sont contenues dans les articles 5, 9, 27 et 48 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, Moniteur belge du 22 janvier 1994.

diversifiées d'une législation particulière qu'il est convenu d'appeler le droit des marchés publics.

La spécificité du droit applicable aux **marchés publics et aux concessions de travaux publics**- ces deux catégories étant dictées par le droit communautaire - ne doit pas faire perdre de vue que le **droit civil** est et demeure, dans le système juridique belge, le **droit commun**; chaque fois que la législation particulière n'en dispose pas autrement, le droit civil retrouve son empire<sup>178</sup>.

Il en va de même lorsque le droit spécial (aujourd'hui encore la législation du 24 décembre 1993) s'applique à des entités privées, opérant dans des secteurs d'utilité publique<sup>179</sup>.

### 36. Raison d'être du droit des marchés publics

Du point de vue de l'acheteur public, la perspective est simple : comment assurer la passation de ces commandes dans les meilleures conditions économiques possibles ?

Pour d'autres, l'aspect quantitatif prédomine, les marchés publics sont énoncés en pourcentage du PIB<sup>180</sup>, dont les chiffres en font en tant que tels, un enjeu politique majeur<sup>181</sup>.

La technique retenue pour améliorer les achats publics et assurer l'accès des entreprises aux marchés publics est de faire appel à la concurrence. Les modalités de cet appel à la concurrence sont nombreuses et ont considérablement évolué sous l'influence du droit communautaire.

### 37. Evolution historique

---

<sup>178</sup> Le Conseil d'Etat s'y est référé par exemple dans un cas où l'administration avait commis une erreur sur la qualité substantielle du cocontractant. C.E., 2 mai 1975, S.A. J. Mottet c/ Etat belge, n° 17005, Rec., p. 407. Le juge judiciaire s'y reporte pour refuser à la Province de Brabant le pouvoir de résilier unilatéralement un contrat d'entreprise sur base de l'article 1794 du Code civil, alors qu'une faute était reprochée à l'entrepreneur; le même juge a admis l'application de cet article 1794 par une commune, même en l'absence de stipulation contractuelle et alors que l'élaboration des projets n'avait pas été ultérieurement confiée à un tiers; Cass., 19 avril 1979, Rev. Comm., 1979, p. 136; Entr. et dt., 1981, p. 123 et s., obs. J. DE BOCK; Appel Bruxelles, 14 janvier 1981, Entr. et dt., 1981, pp. 91 et s.; Cass., 16 février 1984, Pas., 1984, I, 692; Entr. et dt 1992, p. 55 et s., obs. I. EKIERMAN.

<sup>179</sup> Ainsi, l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, modifié par l'arrêté royal du 29 avril 1999, ne s'applique pas aux entités soumises au livre II de la loi du 24 décembre 1993; voy. infra pour de plus amples détails.

<sup>180</sup> A l'échelle de l'Union européenne : le montant des achats publics s'est élevé en 1990 à 595 milliards d'écus, ce qui correspond à 14, 4% du produit intérieur brut, 55% de ces achats étant effectués sous la forme de marchés. VANNI d'ARCHIRAFI, Allocution d'ouverture de la conférence sur les marchés publics des 14 et 15 janvier 1994.

<sup>181</sup> " Les pouvoirs publics et les entreprises de service public de l'Union européenne dépensent chaque année quelque 720 milliards d'écus en biens et services, soit presque 2.000 écus par citoyen de l'Union "; Commission européenne, Livre vert, Les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir, Communication adoptée par la Commission le 29 novembre 1996, sur proposition de M.MONTI.

La **loi sur la comptabilité de l'Etat du 15 mai 1846** consacrait trois articles aux seuls marchés de l'Etat. Elle affirmait le principe de la passation des marchés par adjudication et énumérait quelques hypothèses permettant le recours au gré à gré. Ce régime aussi rudimentaire est resté d'application, sans mutation profonde, pendant près de cent vingt ans.

En 1963, l'ensemble de la question fut repensé. La jurisprudence du Conseil d'Etat qui s'était déclaré compétent pour contrôler la légalité de l'attribution des marchés avait mis en lumière les limites de la réglementation existante. La **loi du 4 mars 1963** et ses arrêtés d'exécution régissaient les seuls marchés passés au nom de l'Etat. Forts de leur autonomie organique, la plupart des services décentralisés (provinces, communes, organismes d'intérêt public ...) échappaient à la législation spéciale et usaient largement de la compétence qui leur était laissée de conclure des marchés de gré à gré. Les faits devaient démontrer que cette liberté pouvait donner lieu à de graves abus<sup>182</sup>.

Aussi la loi du 14 juillet 1976 concernant les marchés de travaux, de fournitures et de services a étendu le champ d'application. Déjà, cette **loi du 14 juillet 1976** et ses arrêtés royaux d'exécution<sup>183</sup>, poursuivaient l'objectif secondaire d'assurer la mise en œuvre des directives européennes.

En 1993, le législateur et le Roi, suivant les suggestions que la section de législation du Conseil d'Etat avait formulées<sup>184</sup>, ont décidé de réécrire dans son ensemble le droit applicable aux marchés régis par les directives communautaires<sup>185</sup>.

Dans son livre blanc publié le 13 juin 1985, la Commission européenne avait fait de la **transparence des marchés publics et de leur réelle ouverture à la concurrence** une des actions prioritaires à réaliser dans le cadre du marché intérieur<sup>186</sup>. Cette impulsion conduisit à l'élaboration de nouvelles directives, plus ambitieuses, couvrant des domaines jusqu'alors exclus<sup>187</sup>; ainsi notamment : de la **directive 90/531/C.E.E.** du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans le **secteur de l'eau, l'énergie, des transports et des télécommunications**<sup>188</sup>; de la **directive 92/50/C.E.E.** du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des **marchés publics de services**<sup>189</sup>;

<sup>182</sup> Doc. Parl., Ch., Sess. 1974-1975, n° 630/1 - Rapport de la Commission parlementaire mixte chargée de l'examen du rapport R.T.T. du Comité supérieur de contrôle.

<sup>183</sup> Arrêté royal du 8 décembre 1988 assurant la transposition en droit belge de la directive 88/295 relative à la passation des marchés de fournitures, arrêté royal du 1er août 1990 assurant la transposition de la directive 89/440 C.E.E. relative à la passation des marchés de travaux.

<sup>184</sup> Voy. avis rendu sur le projet appelé à devenir l'arrêté royal du 1er août 1990 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés de travaux, Moniteur belge, 10 août 1990.

<sup>185</sup> Doc. Parl., Sénat, sess. 1992-1993, 656-1, p. 4 et 5.

<sup>186</sup> P.-A. FERAL, Droit communautaire des marchés publics : la mise en œuvre des directives "Recours" en France, ed. techniques, 1994, Europe.

<sup>187</sup> Doc. Parl., Sénat., sess. 1992-93, n° 656-2, p. 3.

<sup>188</sup> J.O.C.E., L 297, 29 octobre 1990.

<sup>189</sup> J.O.C.E., L 209, 24 juillet 1992. Voy. Ph. FLAMME et M.-A. FLAMME, Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation, Revue du marché commun et de l'Union européenne, 1993, p. 150 et s.

de la **directive 89/665 C.E.E.** du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des **procédures de recours** en matière de passation de marchés publics de travaux et de fournitures, modifiée par la directive 92/13 du 25 février 1992 et 92/50 du 18 juin 1992<sup>190</sup>. Le législateur, suivant les suggestions que la section de législation du Conseil d'Etat avait formulées dans l'avis portant sur le projet appelé à devenir l'arrêté royal du 1er août 1990 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de travaux<sup>191</sup>, a décidé de repenser dans son ensemble le droit applicable aux marchés régis par les directives communautaires.

La loi du **24 décembre 1993** est issue de ces multiples sources. Elle forme l'objet du présent manuel. Toutefois, deux nouvelles directives ont été adoptées par l'Union européenne en mars 2004<sup>192</sup>. Elles entraîneront à terme une refonte du droit des marchés publics dans une nouvelle législation, déjà adoptée mais non encore en vigueur dans son intégralité, la loi du 15 juin 2006.

La loi du 23 décembre 2009 a, quant à elle, transposé dans la loi du 24 décembre 1993, la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 20 décembre 2007 d'une part, tout en étendant, d'autre part, partiellement ces procédures aux marchés publics n'atteignant pas les seuils européens. L'arrêté royal du 10 février 2010<sup>193</sup> complète le régime des marchés belges auxquels la directive n'est en principe pas applicable.

*38. Présentation générale de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de ses arrêtés d'exécution*

---

<sup>190</sup> J.O.C.E. , L 395 du 30 décembre 1989, p. 33. Voy. Ph. FLAMME et M.-A. FLAMME, Le droit européen des commandes publiques : après leur réglementation, voici les recours, J.T., 1990, p. 317 et s.; Le droit européen des commandes publiques : le mécanisme des recours se complète, J.T. 1992, p. 769 et s.

<sup>191</sup> Doc. Parl., Sénat., sess. 1992-1993, n° 656-1, p. 4 et 5.

<sup>192</sup> 31 mars 2004 - DIRECTIVE n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. (J.O. L 134, 30 avril 2004; Rect. J.O. L 351, 26 novembre 2004); 31 mars 2004 - DIRECTIVE n° 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. (J.O. L 134, 30 avril 2004).

<sup>193</sup> Arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (M.B. 16.02.2010), en vigueur le 25 février 2010. Cet arrêté contient trois types de mesures : d'une part, les dispositions en matière d'information et de communication pour les marchés soumis au titre III de la loi du 23 décembre 2009 pour lesquels le Roi peut prévoir des règles dérogatoires, d'autre part, des annexes nouvelles ou modifiées relatives à la transparence ex-ante volontaire et aux avis d'attribution de marchés, et enfin, un certain nombre d'adaptations formelles destinées à corriger des incohérences apparaissant essentiellement dans les renvois d'articles.

La législation de 1993 reprend les définitions énoncées par les directives européennes sans rien ajouter de significatif. Elles ont été interprétées par la Cour de Justice selon une technique d'interprétation dite **fonctionnelle** qui en rend les contours incertains<sup>194</sup>.

Fondamentalement, il existe trois régimes juridiques distincts : le premier est relatif aux pouvoirs adjudicateurs et entités assimilées dans le secteur classique, le second concerne ces mêmes entités dans les secteurs dits spéciaux, et le dernier concerne des entités privées dans les secteurs spéciaux.

En effet, le législateur soumet à un **régime particulier les marchés de travaux, de fournitures et des services relevant des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux**<sup>195</sup>. La **procédure négociée avec publicité devient une procédure ordinaire**<sup>196</sup>. Depuis l'entrée en vigueur de la directive 90/531, ce régime vise les marchés de travaux, de fournitures et de services passés par les **entreprises du secteur privé** gérant certaines activités en bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par l'autorité.

En réglementant les marchés passés par ces "entités adjudicatrices", le législateur était parfaitement conscient de leur spécificité. Tenant compte de la différence fondamentale existant sur le plan des règles relatives à la responsabilité financière entre le secteur de droit privé et le secteur de droit public, il les a regroupés dans un livre II séparé et indépendant<sup>197</sup>.

Les marchés des **entreprises publiques** qui, en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, **n'ont pas trait à leurs tâches de service public** sont soumis à des règles similaires à celles de leurs concurrents de droit privé, réserve faite de l'application des titres II et III du Livre Ier résultant de certaines obligations qui pourraient leur être imposées par des directives européennes ou un acte international en matière de marchés publics<sup>198</sup>.

### 39. Plan de la loi du 24 décembre 1993

La loi du 24 décembre 1993, beaucoup plus longue que les lois antérieures d'objet analogue, est divisée en trois livres, eux-mêmes subdivisés en plusieurs titres, chapitres et sections.

---

<sup>194</sup> Voy., à ce sujet notre thèse de doctorat, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, spécialement la première partie.

<sup>195</sup> L'application de la loi sur les marchés publics aux services postaux a été décidée par la loi-programme du 9 juillet 2004 en vue d'assurer la mise en œuvre de la nouvelle directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (Voy. doc. parl., Ch., sess 2003-2004, n° 51/1138 001, p. 161 et s).

<sup>196</sup> Doc. parl., Sénat., sess. 1992-1993, n° 656-2, p. 4.

<sup>197</sup> Doc. parl., Sénat., sess. 1992-1993, n° 656-1, p. 7.

<sup>198</sup> Loi du 24 décembre 1993, article 1er, § 2, alinéa 2, inséré par l'arrêté royal du 10 janvier 1999.

**Le livre premier** de la loi du 24 décembre 1993 est relatif aux **marchés publics**, soit aux marchés de travaux, de fournitures et de services, y compris les marchés de promotion et les concessions de travaux publics, passés en toute matière y compris l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux, par des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 4, ainsi que par les entreprises publiques lorsqu'elles agissent dans le cadre de leurs missions de service public ou encore, comme indiqué ci-dessus, lorsqu'elles agissent en dehors de ces missions mais sont soumises à certaines obligations qui pourraient leur être imposées par des directives européennes ou un acte international en matière de marchés publics.

**Le titre Ier** détermine des **principes généraux** applicables à la matière; il reprend notamment la règle de la concurrence et du forfait.

**Le titre II** traite des **marchés publics de travaux, de fournitures et de services** passés au nom des pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 4 de la loi, en toute matière, **sauf** l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux.

**Le titre III** est relatif aux **concessions de travaux publics** et aux marchés de travaux, de fournitures et de services passés au nom des concessionnaires de travaux publics;

Ces deux titres sont exécutés par l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics modifié plusieurs fois<sup>199</sup>.

**Le titre IV** a pour objet les **marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux** passés par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, § 1er et § 2, 1° à 8° et 10°, ainsi que des entreprises publiques pour autant qu'ils aient trait à leurs tâches de service public telles que déterminées par une loi, un décret ou une ordonnance<sup>200</sup>.

<sup>199</sup> Notamment par un arrêté royal du 25 mars 1999 (celui-ci a eu pour objet de transposer la directive 97/52 C.E. du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modificative des directives 92/50 CEE, 93/36 CEE et 93/37 CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux), et par des arrêtés royaux du 22 avril 2002, du 18 février 2004, du 29 février 2004, du 20 juillet 2005, du 12 janvier 2006 et du 23 novembre 2007. Selon le rapport au Roi qui précède cet arrêté du 25 mars 1999 (Moniteur belge, 28 avril 1999, p. 14.144.), l'Accord sur les marchés publics conclu en 1994 dans le cadre de l'Accord général sur les Tarifs douaniers et le Commerce (désormais l'Organisation mondiale du Commerce) créait par certaines de ses dispositions des conditions plus favorables pour les pays tiers que celles prévues par la directive européenne précitée. C'est pourquoi, la directive 93/38/CEE a été modifiée par la directive 98/4/CE afin d'offrir, au sein de la Communauté, aux entreprises et aux produits des Etats membres des possibilités d'accès au moins aussi favorables que celles prévues par les dispositions de l'Accord pour les entreprises et les produits des pays tiers signataires de l'Accord.

<sup>200</sup> Un arrêté royal du 10 janvier 1996 est venu modifier ce titre IV afin de tenir compte de la **directive n° 93/38 du 14 juin 1993** portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (J.O.C.E. L 199 du 9 août 1993 p. 184), qui, pour des raisons de chronologie, n'avaient pu être intégrées dans le projet de loi qui devint celle du 24 décembre 1993 lorsqu'il fut examiné par le Parlement.

Le titre IV a été exécuté par un autre arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (termes remplacés aujourd'hui par ceux de services postaux)<sup>201</sup>.

**Le livre II** de la loi du 24 décembre 1993, modifié par un arrêté royal du 18 juin 1996, traite de la mise en concurrence, dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

**Le titre Ier** est applicable aux **marchés de travaux, de fournitures et de services et aux concours de projets dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux** passés au nom de **personnes de droit privé** bénéficiant de **droits spéciaux ou exclusifs** pour l'exploitation d'activités dans ces secteurs; encore faut-il que le montant estimé de ces marchés de travaux ou de fournitures soit égal ou supérieur aux montants fixés par le Roi.

Le **titre II** est applicable :

- aux marchés de travaux, de fournitures, de services et aux concours de projets passés dans ces mêmes secteurs par des entreprises publiques, lorsque ces marchés n'ont plus trait à leurs tâches de service public mais tombent dans le champ d'application de la directive relative aux secteurs anciennement dits exclus; encore faut-il que le montant estimé de ces marchés de travaux ou de fournitures soit égal ou supérieur aux montants fixés par le Roi;

- aux marchés des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, § 1er et § 2, 1° à 8° et 10°, pour les marchés de travaux, de fournitures, de services et pour les concours de projet dont les montants estimés égalent ou dépassent ceux visés à l'alinéa 1er et se rapportent à la production d'électricité.

Ce livre II fut le premier à être exécuté par un arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Cet arrêté a été modifié à son tour par un arrêté royal du 25 mars 1999, au vu de la directive 98/4 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 modifiant la directive 93/38, précitée, et au vu de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'accord général sur les tarifs douaniers et le Commerce signé à Marrakech le 15 avril 1994, puis par des arrêtés royaux du 22 avril 2002, du 18 février 2004, du 29 février 2004, du 20 juillet 2005 et du 12 janvier 2006 et du 23 novembre 2007.

<sup>202</sup> Cet arrêté était entré en vigueur le 1er septembre 1994 pour les marchés de travaux et de fournitures annoncés à partir de cette date, ainsi que vis-à-vis de ceux pour lesquels, à défaut d'avis, la décision de procéder à un marché était prise à partir de cette date. Les marchés annoncés ou décidés avant cette date demeuraient soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'annonce ou de la décision; voy. article 30 de l'arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. L'arrêté royal du 26 juillet 1994 a été abrogé par l'article 34 de l'arrêté royal du 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (aujourd'hui des services postaux).

#### 40. Présentation détaillée de la réglementation

Cette législation apparaît, à bien des égards, plus compliquée que celle qu'elle remplace.

La méthode utilisée, imposée par les directives européennes, fait appel à des notions dont beaucoup sont usuelles, mais que le législateur a entrepris de redéfinir, sans toujours y parvenir; fréquemment, les textes offrent plus des descriptions que des définitions; le sens des notions varie selon les secteurs envisagés.

Il s'agit d'une illustration du caractère transactionnel de la législation européenne. Le "Livre vert" sur les marchés publics dans l'Union européenne indique que "le caractère quelque peu générique de ces notions découle nécessairement du fait qu'elles doivent s'appliquer dans des situations et des ordres juridiques nationaux très divers"<sup>203</sup>. La Commission n'a cependant pas ménagé ses efforts en vue d'aboutir à un vocabulaire commun en matière de marchés publics, ainsi qu'en témoigne une recommandation 96/527 C.E. du 30 juillet 1996<sup>204</sup>. La Commission s'est engagée, pour le surplus, à publier plusieurs "vade mecum" (communications interprétatives) qui fourniront un certain nombre d'explications et d'éclaircissements sur des questions liées à ces directives<sup>205</sup>.

La loi est faite d'une juxtaposition de normes dont la portée est sectorielle.

Son application exige donc une analyse très attentive.

Le repérage de plusieurs mots-clés s'impose.

Deux paramètres déterminent le régime applicable à un marché considéré, à savoir : la **personne** qui passe le marché et le **secteur** dans lequel s'inscrit la commande.

Les **personnes** visées sont :

- dans le cadre du livre Ier, titre II, III et IV, un des **pouvoirs adjudicateurs** visés à l'article 4, § 1er et § 2, de la loi;

- dans le cadre du livre Ier, titre IV, une **entreprise publique**, lorsque celle-ci agit dans le cadre de ses missions de service public, ou dans le cadre du livre Ier, titre II et III une entreprise publique lorsqu'elle agit hors de ses missions de service public en application de certaines obligations qui pourraient leur être imposées par des directives européennes ou un acte international en matière de marchés publics.

- dans le cadre du livre II, les **entités adjudicatrices**, soit les personnes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, visées à l'article 47 de la loi;

<sup>203</sup> 3.14, p. 12.

<sup>204</sup> J.O.C.E., 3 septembre 1996.

<sup>205</sup> Livre vert, 4.6, p. 26.



- les entreprises publiques, lorsqu'elles n'agissent pas dans le cadre de leur mission de service public;
- les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, § 1er et § 2, de la loi, pour les marchés se rapportant à la fourniture d'électricité.

Les **secteurs** concernés sont :

- les secteurs que nous qualifierons, pour faire bref, de **traditionnels** (tout secteur d'activité, exceptions faites des secteurs spéciaux, tels que spécifiés ci-après);
- les secteurs que nous qualifierons de **spéciaux** (eau, énergie, transport, services postaux).

Ces considérations, aussi générales soient-elles, font ressortir déjà la complexité de la législation.

Elles nous amènent à proposer, suivant une piste tirée des travaux préparatoires, de diviser la législation **en trois parties**<sup>206</sup>.

La **première partie** relative aux marchés publics et aux concessions de travaux publics est celle qui surprendra le moins le lecteur car elle reprend, pour l'essentiel, les règles contenues dans la loi du 14 juillet 1976.

Les pouvoirs adjudicateurs visés, soit, au principal, les pouvoirs publics traditionnels, pourront choisir librement entre les procédures ouvertes et restreintes, le Roi gardant toutefois la possibilité de déterminer des conditions auxquelles le choix du mode de passation est subordonné pour certains marchés<sup>207</sup>.

Les possibilités de recours à la procédure négociée restent limitativement prévues, et moins larges qu'auparavant. Une forme de publicité préalable est organisée pour les marchés passés par adjudication publique et appel d'offres général, pour certains marchés passés par une procédure négociée et pour tous ceux passés par procédures restreintes.

La **deuxième partie** est relative aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et, après modification, des services postaux.

Dans ces secteurs spéciaux, les dispositions de la loi du 24 décembre 1993 paraîtront dans l'ensemble traditionnelles, sauf en ce qu'elles appliquent les directives secteurs spéciaux dans leur version successive (90/531, 93/38, puis 2004/17) et permettent l'utilisation souple de la procédure négociée.

---

<sup>206</sup>Rapport fait au nom de la Commission des Finances par M. WEYTS, doc. parl. Sénat, sess. 1992-1993, n° 656-2, p. 5

<sup>207</sup>Rapport fait au nom de la Commission des Finances par M. WEYTS, doc. parl. Sénat, sess. 1992-1993, 656-2, p. 8. Voy. l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral.

Elles visent les pouvoirs publics et les entreprises publiques dans leurs tâches de service public telles que reprises dans une loi, un décret ou une ordonnance et qui se rapportent aux activités de gestion dans les quatre secteurs concernés<sup>208</sup>.

Souplesse offerte par les directives secteurs spéciaux, les pouvoirs adjudicateurs pourront choisir librement entre les procédures ouvertes et restreintes ou négociées, pour autant qu'ils respectent certaines règles de publicité déterminées par le Roi visant à la mise en concurrence.

La **troisième partie** ne concerne plus à proprement parler les marchés publics, mais certains marchés dont il s'agit d'assurer l'ouverture à la concurrence européenne.

Cette partie est relative aux marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Son champ d'application s'étend à des entreprises privées disposant de droits spéciaux ou exclusifs, dénommées "entités adjudicatrices", des entreprises publiques et des pouvoirs adjudicateurs.

Ne sont visés que les marchés de travaux, de fournitures et de services dont le montant estimé dépasse certains seuils. On retrouve ici une précision fréquemment énoncée par les directives européennes.

Les entités adjudicatrices visées pourront organiser les modes de passation qu'elles appliqueront, sans être tenues de respecter les principes énoncés dans les articles 14 à 16 de la loi du 24 décembre 1993.

Seront également soumises à cette partie de la réglementation les entreprises publiques pour leurs activités qui n'ont plus trait à leurs tâches de service public, ainsi que la Société publique de production d'électricité, dont l'activité est en concurrence avec celle d'entreprises privées. La volonté du législateur a été de les soumettre uniquement à des règles similaires à celles applicables à leurs concurrents de droit privé.

Avant d'entamer l'analyse de cette législation, nous croyons devoir souligner la nécessité de la lire en tenant compte du système juridique dans lequel elle vient s'inscrire.

Les actes administratifs unilatéraux de portée normative ou individuelle que les autorités administratives seront amenées à accomplir en application de cette législation seront soumis à l'ensemble des sources formelles du droit administratif positif.

Pour évidente qu'elle soit, cette constatation s'avère particulièrement contraignante. Si elles veulent agir en toute légalité, les autorités administratives doivent multiplier les précautions

---

<sup>208</sup> Par définition, elles ne s'appliqueront pas aux universités privées pour leurs marchés subventionnés par les pouvoirs publics.

Dans un premier temps, elles ont dû ainsi respecter la loi du 29 juillet 1991 sur la **motivation formelle** des actes administratifs. La loi du 23 décembre 2009 a cependant prévu un régime particulier en matière de motivation et d'information, à notre sens dérogeant à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en limitant d'une part, les actes qui doivent en faire l'objet, d'autre part, les informations qui doivent être diffusées et enfin, a étendu l'ensemble de ces obligations aux autorités adjudicatrices, expression recouvrant les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

Si, comme il est à craindre, un contentieux s'élève à leur sujet, on devra le traiter par les voies de recours organisées sur le plan national et européen, conformément aux directives "recours"<sup>209</sup>. La dernière version de ce volet du droit communautaire renouvelle considérablement la manière qui dépasse très largement l'objet du présent ouvrage<sup>210</sup>.

#### *41. Application de la loi du 24 décembre 1993 dans le temps*

Le Roi a été expressément chargé de déterminer la date de l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 1993<sup>211</sup>.

Selon l'article 30 de l'arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, le livre II de la loi est entré en vigueur le 1er septembre 1994 pour les marchés de travaux et de fournitures annoncés à partir de cette date, ainsi qu'à ceux des marchés pour lesquels, à défaut d'avis, la décision d'y recourir a été prise à partir de cette date. Les marchés annoncés ou décidés avant cette date demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'annonce ou de la décision.

L'article 34 de l'arrêté royal du 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (aujourd'hui des services postaux) a abrogé l'arrêté du 26 juillet 1994; selon l'article 35, l'arrêté s'applique aux marchés de travaux, de fournitures et de services et aux concours de projets annoncés à partir du 1er juillet 1996, ainsi qu'à ceux pour lesquels, à défaut d'avis, la décision de procéder à un marché est prise à partir de cette date. Les marchés et les concours de projets annoncés ou décidés avant cette date demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'annonce ou de la décision.

---

<sup>209</sup> Déjà mentionnées.

<sup>210</sup> Elle est enseignée dans deux cours spécifiques en Master science politique et droit de l'Ulg, Droit européen des marchés publics et Droit des marchés publics et autres partenariats public privé, Voy. notre *Droit des marchés publics*, à paraître dans la même collection.

<sup>211</sup> Article 68 de la loi du 24 décembre 1993.

Un arrêté royal du 29 janvier 1997<sup>212</sup> est venu fixer la date de l'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi du 24 décembre 1993 ainsi que de plusieurs des arrêtés d'exécution.

Le système est le suivant :

**Sont entrés en vigueur le 1er mai 1997**, pour les marchés publics et les concessions de travaux publics publiés à partir de cette date au "Journal officiel des Communautés européennes " ou au "Bulletin des adjudications " ainsi que ceux pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à remettre offre ou à présenter une candidature est lancée à partir de cette date:

1° le livre Ier et les articles 66 et 67 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

2° l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

3° l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications;

4° l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions des marchés publics;

5° l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral<sup>213</sup>.

## A. La passation des marchés publics : généralité

### 42. Présentation

La passation des marchés publics se réalise sur une base forfaitaire et après mise en concurrence depuis la première loi de 1846. Le principe forfaitaire connaît des exceptions et des tempéraments relativement constants dans le droit des marchés publics. Par contre, les modalités de la mise en concurrence ont considérablement évolués sous l'influence du droit communautaire.

<sup>212</sup> Moniteur belge, 13 février 1997.

<sup>213</sup> Les marchés publics et les concessions de travaux publics publiés **avant le 1er mai 1997** au "Journal officiel des Communautés européennes " ou au "Bulletin des adjudications ", ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à remettre offre ou à présenter une candidature est lancée avant de cette date demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation.

Elles impliquent aujourd'hui une très large publicité à l'échelle européenne (dès que les seuils sont atteints) et à l'échelle nationale. Le contenu des avis est déterminé par le droit national de manière très précise tout comme le sont les modalités d'invitation à remettre des offres ou des candidatures.

Plus fondamentalement, les modes de passation implique une phase dite de **sélection qualitative**, comportant une première étape de vérification que les entreprises ne se trouvent pas dans une cause d'exclusion prévue par la réglementation rendant leur désignation improbable (concordat, non paiement des impôts ou des cotisations ONSS) ou impossible (faillite) et une seconde étape relative à l'appréciation des capacités techniques, économique et financière des entreprises (selon des modalités particulières en fonction de l'objet du marché - travaux, fournitures et services - et selon les régimes 1, 2 ou 3<sup>214</sup> de la réglementation).

Cette phase est suivie par une phase de comparaison des offres dont les modalités varient en fonction du mode retenu : adjudication, appel d'offres, procédure négociée, appel d'offres concours, concours de projet, dialogue compétitif.

Après avoir précisé la notion de forfait, nous tenterons d'exposer quelques distinctions structurantes des modes de passation, en nous limitant aux procédures ordinaires, au dialogue compétitif et aux procédures dites négociées.

#### 43. Forfait

Selon une définition classique en droit privé, "*Le marché à prix fait, ou à forfait, se caractérise par le fait que l'entrepreneur prend, dans ce type de contrat, tous les risques à sa charge : ceux de l'importance réelle des travaux, ceux des difficultés d'exécution et ceux du coût des matériaux et de la main d'œuvre*"<sup>215</sup>.

L'entrepreneur fait donc son affaire des aléas de l'exécution de nature économique ou sociale, telle la grève qui entraîne un allongement de la durée des travaux. Il prend sur lui les risques de perte de la chose par cas fortuit dans les conditions de l'article 1788 du Code civil.

Même lorsqu'elle traite de gré à gré, selon la terminologie de la loi du 14 juillet 1976, ou par procédure négociée, selon celle de la loi du 24 décembre 1993, l'administration est tenue par la règle du forfait<sup>216</sup>.

Sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 14 juillet 1976, une différence d'interprétation opposait les juridictions ordinaires et la Cour des Comptes à propos du contenu exact de la notion de forfait.

<sup>214</sup> Régime 1 vise les marchés publics des secteurs classiques, le régime deux visent les marchés publics des secteurs spéciaux, et le régime 3 vise les marchés privés (ou quasi privés) des secteurs spéciaux.

<sup>215</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, t. IV, p. 883, n° 867.

<sup>216</sup> M.A. FLAMME, Ph. MATHEI et Ph. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Confédération nationale de la construction, 1986, p. 115.

Certains ont soutenu que la Cour avait adopté une conception draconienne, suivant laquelle tous les risques, même subjectivement extraordinaires, étaient à la charge de l'entrepreneur, l'administration pouvant seulement le secourir, à titre bénévole, dans certains cas de force majeure ou dans des circonstances particulièrement extraordinaires; par contre, les juridictions judiciaires paraissaient bien développer une interprétation plus favorable à l'entrepreneur : selon celles-ci, les risques extraordinaires ne devaient pas être compris dans la notion de forfait<sup>217</sup>. La loi du 14 juillet 1976 et ses arrêtés d'exécution précisaient la notion de forfait et ses limites. Le forfait était en effet assorti d'exceptions<sup>218</sup> et de tempéraments<sup>219</sup>.

L'article 7 de la loi du 24 décembre 1993 reprend, avec quelques nuances, les mêmes principes.

Aux termes du § 1er, le caractère forfaitaire des marchés publics ne fait pas obstacle à la **révision** des prix en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social<sup>220</sup>, à condition que cette révision soit **prévus dans le cahier spécial des charges<sup>221</sup> ou dans le contrat.**

Selon l'article 7, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, le marché public peut-être passé **sans fixation forfaitaire des prix:**

1° pour les travaux, fournitures ou services complexes ou d'une technicité 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;

2° en cas de circonstances extraordinaires et imprévisibles, quand il a trait à des travaux, fournitures ou services urgents dont la nature et les possibilités de réalisation sont difficiles à définir<sup>222</sup>.

---

<sup>217</sup> M.A. FLAMME et crts., Commentaire pratique, o.c., p. 117.

<sup>218</sup> Dans certaines hypothèses, l'administration pouvait conclure sans forfait : article 3, § 2, 1°, 2°, de la loi. Ces marchés étaient passés à remboursement (art. 5, § 4, de l'arrêté royal du 22 avril 1977) et souvent de gré à gré.

<sup>219</sup> A titre de tempérament automatique : article 3, § 1er, de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services; article 5, 20, 31, 32, § 1er, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services; article 13, § 1er, et 25, § 2, 3°, b, de l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, fournitures et de services.

<sup>220</sup> La révision doit rencontrer l'évolution des prix des principaux composants du prix de revient, selon les modalités à établir par le Roi. Si l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de service a recours à des sous-traitants, ceux-ci, s'il y a lieu, se voient appliquer la révision de leurs prix suivant les modalités prévues à l'article 6, § 1er et 2, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 fixant les règles générales d'exécution et dans la mesure correspondant à la nature des prestations qu'ils exécutent.

<sup>221</sup> Il y a là une innovation par rapport à la disposition correspondante de la loi du 14 juillet 1976 (art. 3, § 1er).

<sup>222</sup> Article 7, § 2 de la loi du 24 décembre 1993.

Dans ce cas, les marchés seront passés soit à remboursement, soit d'abord à prix provisoires et ensuite à prix forfaitaires lorsque les conditions du marché seront bien connues, soit partie à remboursement, partie à prix forfaitaires<sup>223</sup>.

La faculté de conclure les marchés à **bordereau de prix**<sup>224</sup>, pour lesquels seuls les prix unitaires sont forfaitaires, tempère également la rigueur du forfait puisqu'en pareille hypothèse, les risques de sous-estimation quantitative des marchés sont à charge de l'Administration.

Citons comme autres tempéraments automatiques à la règle du forfait: la réparation des omissions du métré par le soumissionnaire<sup>225</sup>; la rectification par l'Administration des erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles<sup>226</sup>; la théorie du fait du Prince<sup>227</sup>; la théorie des sujétions imprévues<sup>228</sup>.

Les risques ordinaires prévus peuvent être couverts par la clause de révision des prix fonctionnant dans la limite de ses termes<sup>229</sup>; les risques extraordinaires peuvent être couverts en application de l'article 16, § 2, du cahier général des charges, combiné avec l'article 8 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

#### 44. Présentation des distinctions structurantes

Les différentes méthodes d'achat (ou mode de passation) prévues par le droit des marchés publics varient en fonction du degré de publicité, des méthodes de sélection qualitative choisies, de la flexibilité plus ou moins grande (ou au contraire, de la rigidité) du processus de rencontre des volontés (puisqu'il s'agit bien de conclure, *in fine*, un contrat), ainsi que des critères de comparaison des offres (unique ou multiple).

<sup>223</sup> Article 87 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics; article 75 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

<sup>224</sup> Article 86 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics; article 74 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

<sup>225</sup> Article 96, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics; article 84, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

<sup>226</sup> Article 111 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics; article 99 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

<sup>227</sup> Article 13, § 3, du cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics, annexé à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

<sup>228</sup> Article 25, § 1er, 3°, b, du cahier général des charges.

<sup>229</sup> Article 13 du cahier général des charges.

Certaines procédures ont été spécialement conçues pour certains contrats. Leur objet est particulier (concours de projet, la concession de travaux public, appel d'offres concours, acquisition de logements sociaux et dialogue compétitif).

La classification des procédures de passation en procédure ouverte ou restreinte, en procédure ordinaire ou exceptionnelles, n'est pas exempte de difficultés. En effet, au fil des réformes, les législateurs belge et européen, ont très souvent ajouté des processus, des obligations diverses, sans esprit de système. Les ambiguïtés et imprécisions des textes, l'activisme jurisprudentiel de la Cour de Justice et des juridictions nationales ajoutant à ceux-ci ont rendu ces distinctions relativement floues. Plus que jamais, la nuance est de mise dans les typologies des procédures de passation.

Si la mise en concurrence est un principe général de passation des marchés publics, le droit dérivé est construit autour de la distinction procédures ouvertes et procédures restreintes. Il n'est pas certain que la décision de recourir à l'un ou l'autre mode doive faire l'objet d'une décision motivée. La portée de la sélection qualitative en procédure ouverte ou restreinte n'est pas absolument définie.

Pour le reste, le droit interne maintient la distinction entre les procédures ordinaires (adjudication et appel d'offres), concept absent en droit dérivé, et procédures exceptionnelles.

A l'examen des contours de ces procédures ordinaires et exceptionnelles, il est de plus en plus délicat de défendre la pertinence de cette distinction autrefois structurante. La multiplication de procédures dont l'objet est particulier et le rapprochement des contraintes liées aux procédures ordinaires et aux procédures exceptionnelles plaire aujourd'hui pour une autre typologie des procédures de passation des marchés visés par le droit dérivé et le droit interne (conclusion).

#### *45. La mise en concurrence : principe général de la passation des marchés publics*

Les premières dispositions législatives relatives à la passation des marchés publics l'affirmaient déjà<sup>230</sup>, tous les marchés sont passés avec concurrence et à forfait. Le principe n'a pas varié depuis. Seules les modalités précises d'organisation de la mise en concurrence ont évolués au gré des évolutions législatives. Dans sa dernière version, le contenu des avis de marchés à publier, des invitations à remettre des dossiers de candidatures ou des offres ainsi que les délais dans lesquels les différentes séquences de travail sont organisées, sont entièrement définis par la loi et surtout les arrêtés d'exécution de la loi.

L'ensemble des dispositions législatives (Loi de 1848) et des législations organiques relatives aux marchés publics (1963, 1976, 1993 et 2006) prévoit des modes de passation ordinaires, en ce sens que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en principe, y recourir, à côté des procédures particulières, parfois qualifiées d'exceptionnelles, comme la procédure de gré à gré (dans les législations

---

<sup>230</sup> Article 22 de la loi du 1848.



de 1848, 1963, 1976), la procédure négociée avec ou sans publicité (loi du 1993 et loi de 2006<sup>231</sup>), qui ne peuvent être choisies par les pouvoirs adjudicateurs ou entité adjudicatrice que dans des hypothèses définies légalement. Toutes ces procédures particulières n'emportent pas nécessairement, ni dans des proportions identiques, des dérogations au principe de mise en concurrence.

Enfin, en marge de ces procédures ordinaires et exceptionnelles, il existe des procédures dont l'objet est particulier (concours de projet, la concession de travaux public, appel d'offres concours, acquisition de logements sociaux et dialogue compétitif). Elles comportent des modalités spécifiques de mise en concurrence équivalentes aux procédures ordinaires.

*46. Les procédures ouvertes et restreintes : la publicité en 1 temps et la publicité en 2 temps*

Les procédures ouvertes et restreintes se déroulent dans le respect des règles de publicité prévues par le Roi, selon des modalités variables mais entièrement déterminées par la réglementation.

Les premières impliquent la publication d'un avis qui invite les prestataires à remettre directement une offre de prestation accompagnée d'un dossier relatif à la sélection qualitative après avoir pris connaissance du cahier spécial des charges. Les pouvoirs adjudicateurs vérifient que les candidats ne se trouvent pas dans une des situations d'exclusion déterminées par la réglementation, procèdent ensuite à la sélection qualitative et à l'analyse des offres en une seule opération (ou étape).

Les secondes impliquent la publication d'un premier avis qui invite les prestataires à remettre un dossier qui doit permettre aux pouvoirs adjudicateurs de procéder à la sélection (qualitative), après vérification que les candidats ne se trouvent pas dans une des situations d'exclusion déterminées par la réglementation. Les candidats sélectionnés au terme de cette première opération (ou étape), en même temps qu'ils reçoivent le cahier spécial des charges, sont ensuite invités par écrit à remettre une offre, le contenu de cette invitation et les délais minimaux pour procéder à cette seconde étape étant définis par la réglementation.

L'adjudication et l'appel d'offres peuvent revêtir les deux formes, ouverte ou restreinte.

Le droit dérivé et le droit national sont relativement imprécis sur le sens de cette distinction ce qui suscitent immédiatement à tout le moins deux difficultés.

La première est liée à l'affirmation que le choix entre les deux types de procédure est libre. La seconde est liée à la philosophie qui peut ou doit présider à la sélection qualitative dans l'une ou l'autre hypothèse.

---

<sup>231</sup> L'expression « Loi de 2006 » désigne la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007; l'expression « Loi de 1993 » désigne la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, *M.B.*, 24 janvier 1994.

47. *Le choix entre les procédures ouvertes et les procédures restreintes doit-il faire l'objet d'une décision motivée formellement ?*

Le droit dérivé et le droit national indiquent que le choix entre la procédure ouverte ou restreinte est en principe libre<sup>232</sup>, sans donner d'indications sur les circonstances de faits qui devraient faire préférer l'une à l'autre.

Partant, il nous semble que le choix entre les deux méthodes relève de l'opportunité. La doctrine souligne qu'il peut s'agir de vouloir restreindre ou étendre le nombre d'offrants, de minimiser les dépenses inutiles pour les offrants lorsque le coût de la remise d'une offre est particulièrement élevé alors qu'il n'y aura qu'un vainqueur, de protéger la divulgation trop large d'informations sensibles contenues dans le cahier spécial des charges, de gérer simplement une planification ou une programmation de l'investissement dans des délais propres à tel service d'achat<sup>233</sup>. Il s'agit parfois de connaître simplement le degré de concurrence existant sur un marché (inconnu ou mal connu du service d'achat) qui privilégie alors la procédure ouverte. Il peut également s'agir de vérifier que le monopole de fait ou de droit parfois revendiqués par certains opérateurs économiques et susceptible de justifier une procédure négociée sans publicité, n'est pas contredit par le « marché » (pris ici dans le sens d'une collection impersonnelle d'opérateurs économiques). Il peut également y aller d'une stratégie liée à la gestion du risque de contentieux.

Bien que la question fasse l'objet d'une controverse<sup>234</sup>, il ne nous semble pas que la décision de recourir à une procédure ouverte ou restreinte doive être considérée comme un acte juridique individuel devant faire l'objet d'une motivation formelle visant spécifiquement le caractère ouvert ou restreint de la procédure. En effet, qu'apporterait à la transparence des processus de passation des marchés publics, la multiplication de formules stéréotypées ou la divulgation de ce qui relève plus d'une « stratégie de jeu » des services d'achats, à partir du moment où les contraintes légales et réglementaires, conséquences du choix initial entre l'une ou l'autre, sont respectées ? Telle semble être la position du législateur dans la loi du 23 décembre 2009 puisque la décision de recourir à une procédure ouverte ou restreinte n'est pas reprise dans l'article 65/4 énonçant les décisions qui doivent faire l'objet d'une motivation formelle.

48. *La portée de la sélection qualitative en procédure ouverte et en procédure restreinte ?*

<sup>232</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 1997, 267, n° 655 et les références ; 2009, Bruges, La Charte, 238, n°368.

<sup>233</sup> *Op. cit.*, 2009, 239, n°369.

<sup>234</sup> J. OPDEBEEK et A. COOLSAET, *De formele motivering van bestuurshandeling*, Bruges, La Charte, 1999, 221, n° 221. *Contra* : J. STEVENS, « De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten », *T.B.P.*, 1992, 705 et s. ; J. STEVENS, « De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten », *Entr. et droit*, 1995, 118 ; L. VAN HOUT et X. LEURQUIN, « Toelichting bij artikel 14 » in X., *Tekst en toelichting*, Gand, Mys en Breesch, feuille mobile n° 4.

La seconde difficulté est liée à la portée que doit ou peut revêtir la sélection qualitative dans l'une et l'autre modalité. S'il est admis que dans le cadre d'une procédure restreinte, la procédure de sélection qualitative peut être éliminatoire, le sens premier de celle-ci ainsi que la possibilité d'introduire une fourchette de candidats sélectionnables plaidant en ce sens, faut-il nécessairement en déduire que la sélection qualitative dans les procédures ouvertes doit se borner à vérifier les capacités minimales à remplir pour que l'offre puisse être analysée ?

La jurisprudence ne permet pas de répondre avec certitude à cette question. Si la réponse à apporter à cette question est négative, force est de constater que la distinction entre les deux types de procédure se réduit fortement et que l'intérêt pour les pouvoirs adjudicateurs de la procédure restreinte est quasi inexistant compte tenu de l'allongement des délais de la procédure et à la multiplication des risques juridictionnels.

La question non résolue énoncée ci-dessus se pose également pour la procédure négociée. Lorsqu'elle est accompagnée d'une mesure de publicité, doit elle être précédée d'une sélection qualitative avec invitation à déposer une offre dans un second temps ou peut-elle s'opérer en une seule étape ? Les textes semblent imposer une réponse positive lorsqu'elle est accompagnée de mesure de publicité. Par contre, en cas de procédure négociée sans publicité, ils sont plus ambigus. Compte tenu de la diversité des hypothèses dans lesquelles, une procédure négociée sans publicité peut être poursuivie, il nous semble pragmatique de considérer que les deux modalités devraient être permises.

## B. Les procédures ordinaires : adjudication et appel d'offres

(1) Les points communs

### 49. Une caractéristique commune aux deux mécanismes d'attribution : une rigidité relative

L'adjudication et l'appel d'offres, expressions ne figurant pas dans les directives européennes mais seulement dans droit interne<sup>235</sup> et dont le sens a évolué dans les différentes versions de celle-ci<sup>236</sup>, sont deux **mécanismes d'attribution rigides** en ce sens qu'ils ne permettent pas la négociation ou plus concrètement en ce qu'ils impliquent que les offres telles qu'elles sont déposées à la séance d'ouverture publique doivent être comparées, sans qu'elles puissent faire l'objet d'une modification dans le cours du processus d'analyse<sup>237</sup>. Certains auteurs<sup>238</sup>

<sup>235</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 242, n°376.

<sup>236</sup> L'adjudication existait avant la loi de 1963 qui a introduit dans le droit interne l'appel d'offres. A cette époque, se posait la question de savoir si l'adjudication impliquait le choix de l'offre en fonction du prix ou d'autres critères. Les premiers arrêts rendus par le Conseil d'Etat devenus célèbres dans le droit des marchés publics abordaient précisément cette question.

<sup>237</sup> C.E., 3 mai 1989, n° 32.516, *A.P.M.*, 1989, 72.

apportent des nuances qui ne nous semblent pas pertinentes, comme à d'autres<sup>239</sup>, l'interdiction de négociation après l'ouverture des offres dans les procédures ordinaires étant une application du principe d'égalité de traitement<sup>240</sup> qui fonde la distinction entre procédure ordinaire et procédure particulière.

Le seul assouplissement à cette rigidité réside dans la faculté offerte au pouvoir adjudicateur, rarement utilisée en pratique - dans le cas où plusieurs offres jugées les plus intéressantes sont tenues, tous éléments considérés, pour équivalentes, dans le cadre d'un appel d'offres, afin de départager les soumissionnaires - de demander à ceux-ci de présenter des propositions d'amélioration de leur offre<sup>241</sup>.

Enfin, relevons qu'une partie de la doctrine estime qu'il est possible, dans le cadre des procédures ordinaires, de régulariser des offres affectées d'une irrégularité relative<sup>242</sup>. Cette possibilité de régulariser des irrégularités relatives, parfaitement compréhensible du point de vue pratique compte tenu de l'état actuel de la théorie des nullités trop incertaine pour être opérationnelle et partant pouvant multiplier les cas de nullités des offres, nous semble toutefois poser problème au regard de la distinction structurante entre procédure ordinaire et procédure exceptionnelle, la régularisation relevant selon nous d'un processus de négociation compte tenu du caractère engageant de l'offre.

#### 50. Un socle important de règles communes

Pour le reste, l'adjudication et l'appel d'offres sont deux mécanismes d'attribution entourés de mesures de publicité et qui s'accompagnent d'une sélection qualitative.

Pour fondamentalement, un socle important de règles communes préside à la rédaction des documents du marché et à la comparaison des offres en adjudication et en appel d'offres. Il en est ainsi pour les règles relatives à l'accès des marchés publics pour les prestataires de pays tiers à la Communauté européenne, à l'information, aux moyens de communication et aux spécifications techniques, à la détermination et à la vérification des prix.

En matière d'attribution proprement dite, les règles qui président à l'établissement de l'offre (forme, contenu, principe de l'offre unique<sup>243</sup>), l'établissement d'un métré

<sup>238</sup> P. FLAMEY, J. GHYSELS et S. KNAEPEN, « De onderhandelingsprocedure in de klassieke sectoren van de overheidsopdrachten », in C. DE KONINCK, *Actuele vraagstukken van het overheidsopdrachtenrecht*, Anvers, Maklu, 2002, 117.

<sup>239</sup> D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, La Chartre, 2003, 114. Voy. également S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, La Chartre, 2007, 496, n° 933.

<sup>240</sup> C.J.C.E., 25 avril 1996, Commission européenne c/Royaume de Belgique, aff. C-87/94, *Rec.*, 1996, I-2043, avec concl. av.gén. C. LENZ, affaire dite des « bus wallons ».

<sup>241</sup> Art. 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

<sup>242</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 785-786, n° 1419 à 1421.

<sup>243</sup> Article 103 de l'AR du 8 janvier 1996. La conformité de cette disposition au droit communautaire est posée par l'arrêt *Serrantoni* rendu récemment par la Cour de Justice rendu le 23 décembre 2009 (C-376/08) dont le Président du Tribunal de Première instance

récapitulatif ou d'un inventaire, la prise en compte ou le rejet des erreurs et omissions, la technique des lots, les règles qui président au dépôt des offres (modification et retrait<sup>244</sup>), à leur ouverture ou à l'appréciation de leur régularité des offres et des prix (sous réserve de la règle particulière pour les marchés de travaux passés en adjudication), le délai d'engagement des soumissionnaires, la notification dans son principe, font l'objet d'une approche commune. Le contrôle juridictionnel, dans ses modalités de principe, est commun aux deux procédures.

(2) Les éléments de différenciation entre les deux procédures

### 51. Présentation

Plusieurs éléments permettent cependant de distinguer les deux procédures, il s'agit de l'alternative critère unique (prix) ou critères multiples (permettant le choix de l'offre économiquement la plus intéressante), de la possibilité d'introduire des variantes libres, des règles qui précisent à la comparaison des offres dans le menu détails et enfin, de l'indemnisation forfaitaire légalement prévue en cas d'attribution irrégulière dans le cadre d'une adjudication.

### 52. Critère unique ou multi critères pondérés

L'adjudication suppose l'attribution du marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse alors que l'appel d'offres (et d'ailleurs la procédure négociée<sup>245</sup>) suppose l'attribution du marché au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée en application de plusieurs critères, énoncés à titre exemplatif par les législateurs belge et européen<sup>246</sup>.

L'alternative est simple, les prix sont déterminants en adjudication, ils sont ainsi proclamés lors de la séance d'ouverture, ils ne le sont pas de la même manière en appel d'offres, bien que ceux-ci sont rarement une donnée périphérique, ne serait-ce que parce tout projet doit s'inscrire dans une programmation budgétaire précise.

Le droit positif impose également, au dessus des seuils européens, la pondération des critères d'attribution qui seront considérés, à défaut comme d'égale importance<sup>247</sup>. Le bon sens et les exigences de motivation formelle dûment comprise de la décision d'attribution impliquant également, cette même pondération en dessous des seuils européens, puisque celle-ci favorise, in fine, une comparaison rationnelle des offres et permet d'éloigner le spectre de l'attribution arbitraire.

---

de Liège a fait application dans le cadre d'une procédure en standstill, Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2009, Centre Hospitalier Chrétien c/ Arcadis et autre (inédit).

<sup>244</sup> Article 104 de l'AR du 8 janvier 1996.

<sup>245</sup> *Infra*.

<sup>246</sup> Pour une critique de l'énoncé exemplatif, voy. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, 470, n°435.

<sup>247</sup> Art. 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Selon le petit Robert, la pondération est une opération qui consiste à donner une valeur relative à une variable par référence à d'autres variables (dans le cas d'espèce, les variables sont les critères d'attribution). Il suffit dès lors que le cahier spécial des charges précise la pondération relative des critères d'attribution, sous la forme d'un pourcentage (10, 20, 30, 70%) ou d'un système de points (20, 40, 40 points). Il n'est pas certain que le classement « simple » des critères (1, 2, 3) soient suffisants en ce sens que ce classement ne donne aucune indication sur la valeur relative des critères. En effet, dans l'exemple, la valeur du critère 1 est variable par rapport aux deux autres critères (et inversement), ce qui rend impossible la remise d'une offre pertinente.

La réglementation telle qu'interprétée par la jurisprudence, n'exige pas que le pouvoir adjudicateur indique le système d'attribution de points (ou de cotation) – l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'évoquant que la pondération relative des critères d'attribution. A notre sens, ce système reste pertinent tant il est difficile parfois, d'anticiper le degré de précision des offres qui vont devoir être analysées, un système de notation trop rigide pouvant conduire à rejeter des offres pourtant pertinentes.

L'alternative, critère unique (prix)- critère multiple (appel d'offres), a un impact sur la méthode de rédaction du cahier spécial des charges. La comparaison des offres sur base du prix implique des prescriptions techniques précises qui fixent un niveau qualitatif précis des prestations, les variantes obligatoires devant avoir le même degré de précision. En d'autres termes, la comparabilité des offres doit être faite pour une qualité égale fixée par le cahier spécial des charges.

A l'inverse, la comparaison des offres sur base de plusieurs critères, singulièrement ceux relatifs à la qualité spécifique ou globale des prestations implique que les clauses techniques soient rédigées en manière telle qu'elles permettent des réponses différentes du point de vue des critères d'attribution, par exemple des niveaux de qualité différents. Les clauses techniques fonctionnelles, à l'instar des variantes libres, sont celles qui permettent de pousser la logique le plus loin, en donnant toute l'attitude aux opérateurs économiques de faire valoir au travers de leur réponse, leur expertise et savoir-faire.

Par rapport à cette distinction, la procédure négociée ne connaît que très peu de différences. D'une part, elle suppose, au dessus des seuils européens, la pondération des critères d'attribution, en dessous également pour les mêmes raisons que celles déjà exposées. D'autre part, elle implique nécessairement de choisir selon nous des critères de comparaison des offres (prix et, ou d'autres variables), à défaut, il est en effet, impossible de justifier *in fine*, le choix de l'offre retenue. L'obligation d'attribution le marché en application de critère d'attribution des offres (unique ou multiple) peut en effet, être déduit, des principes généraux d'égalité, de transparence et du droit dérivé. Ils procèdent, en dernière analyse, d'un bon sens élémentaire dans une opération d'achat et d'investissement<sup>248</sup>.

### 53. Les variantes

---

<sup>248</sup> *Infra*.

Si des variantes obligatoires sont possibles en adjudication, les variantes libres ne sont admises, en droit interne, que dans le cadre de l'appel d'offres<sup>249</sup>.

En principe, les variantes libres devraient également être prévues dans le cadre des procédures négociées. La loi de 2006 ne nous semble pas sur ce point parfaitement conforme au droit dérivé<sup>250</sup>.

La définition de la variante libre pose question. La Cour de Justice a tenté d'enserrer cet élément de souplesse dans des contraintes faisant prévaloir la transparence du processus de comparaison des offres et l'égalité de traitement des soumissionnaires en privant la technique de ses vertus pour la qualité des achats publics<sup>251</sup>.

#### 54. Les règles de comparaison des offres

L'adjudication et l'appel d'offres sont deux mécanismes d'attribution de marché qui se caractérisent par une certaine rigidité.

D'une part, le pouvoir adjudicateur doit déterminer *a priori* l'objet de sa commande et les conditions de passation et d'exécution dans un cahier des charges qui ne pourra être modifié après l'ouverture des offres (pas d'ajustement de la demande) et d'autre part, les soumissionnaires doivent remettre une réponse à cette demande pour une date fixée pour l'ouverture des offres, sans pouvoir ajuster, après cette date, l'offre remise<sup>252</sup>. Enfin, les règles qui président à la comparaison des offres sont déterminées par la réglementation avec un degré élevé de précisions.

Les règles de comparaison des offres engendrent des processus de travail, pour les services d'achats des pouvoirs adjudicateurs, relativement standardisés et partant, allant dans le sens d'une certaine efficacité organisationnelle. Cependant, elles peuvent apparaître relativement rigides également et souvent complexes.

Si le socle de règles communes à l'analyse et la comparaison des offres reste important, il existe des différences et nuances.

Trois illustrations éclairent cette affirmation : le contrôle de la normalité des prix, la recherche des erreurs matérielles et arithmétiques et la notification de l'approbation de l'offre après l'expiration de son délai de validité.

Lors d'une adjudication (ouverte ou restreinte) d'un marché public de travaux, le pouvoir adjudicateur est tenu, pour autant que quatre offres aient été déposées, de vérifier l'anormalité du montant d'une offre qui s'écarte de 15 % par rapport à la moyenne des offres déposées<sup>253</sup>, la réglementation précisant les modalités de

<sup>249</sup> Art. 16 de la loi de 1993 et art. 25 de la loi de 2006.

<sup>250</sup> *Infra*.

<sup>251</sup> voy. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, 487-492, n°442-492.

<sup>252</sup> Sous réserve de ce qui a été précisé sur dessus-ci, n°7.

<sup>253</sup> Art. 110, §4 de l'AR du 8 janvier 1996.

calcul de cette moyenne<sup>254</sup>. Dans pareille hypothèse, le pouvoir adjudicateur a l'obligation, soit de motiver formellement dans la décision d'attribution du marché le rejet du grief d'anormalité apparente du montant de l'offre, soit d'inviter le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires. Plus fondamentalement, si, après examen de ces justifications, le montant de l'offre est retenu comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, le pouvoir adjudicateur doit, considérer l'offre comme irrégulière et partant comme nulle de plein droit, alors qu'il n'a pas cette obligation dans la procédure de vérification ordinaire (celle du §2).

La recherche des erreurs matérielles et arithmétiques semblait s'opérer différemment en adjudication<sup>255</sup> et en appel d'offres<sup>256</sup>, le questionnement des soumissionnaires n'étant prévu qu'en appel d'offres. Toutefois, la cour de cassation<sup>257</sup> a admis que « l'intention réelle du soumissionnaire qui a manifestement commis une erreur matérielle dans son offre peut aussi se déduire des éclaircissements demandés au soumissionnaire par le pouvoir adjudicateur », semblant atténuer la différence du texte.

Enfin, lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pu mener l'opération de comparaison des offres dans le délai de validité des offres<sup>258</sup>, il ne peut procéder à la « notification du marché »<sup>259</sup> que moyennant l'obtention d'un accord écrit et sans réserve du soumissionnaire<sup>260</sup>. De manière surprenante compte tenu du luxe de précaution prise par le législateur belge pour rendre les deux mécanismes d'attribution rigides et des impositions en droit communautaire, la réglementation prévoit, dans ces circonstances, ce qui ressemble à un deuxième tour de mise en concurrence faussée, à tout le moins en adjudication.

En effet, alors que les prix ont été proclamés en adjudication lors de la séance d'ouverture des offres<sup>261</sup>, lorsque ce soumissionnaire qui devrait être en principe désigné, ne consent à maintenir son offre qu'à la condition d'obtenir un supplément de prix, « au lieu de recommencer la procédure, le pouvoir adjudicateur doit accorder le supplément de prix demandé, si l'augmentation réclamée est justifiée par les circonstances survenues postérieurement à l'ouverture des offres et que le nouveau prix ainsi demandé demeure inférieur à l'offre initiale des concurrents. Sinon, le pouvoir adjudicateur peut soit s'adresser successivement, suivant l'ordre de classement de leur offre régulière, aux autres soumissionnaires dont l'offre est ainsi devenue plus basse ; soit demander à tous les autres soumissionnaires de revoir leur prix sur la base des conditions initiales

---

<sup>254</sup> « Lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et, parmi les plus élevées, un nombre d'offres représentant le quart de l'ensemble des offres. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart de celui-ci est arrondi à l'unité supérieure; lorsque le nombre des offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée. »

<sup>255</sup> Art. 111 AR du 8 janvier 1996.

<sup>256</sup> Art. 114 AR du 8 janvier 1996.

<sup>257</sup> Cass, 30 mars, 2006, C.05.0346.N, Pas, p. 726.

<sup>258</sup> Soit 60 jours en principe, sauf délai particulier prévu par le cahier spécial des charges ou délai fixé par les soumissionnaire pour les marchés de services ou de fournitures – délai prolongé de plein droit dans le cadre du délai d'attente prévu par l'article 21 bis de la loi de 1993, en vertu de l'art. 116 de l'AR du 8 janvier 1996.

<sup>259</sup> Art. 117 de l'AR du 8 janvier 1996.

<sup>260</sup> Art. 118 (adjudication) et 119 (appel d'offres) de l'AR du 8 janvier 1996.

<sup>261</sup> Art. 106, 5° de l'AR du 8 janvier 1996.



du marché, et attribuer celui-ci à l'offre devenue la plus basse suivant le résultat de cette seconde épreuve, compte tenu du supplément de prix justifié réclamé par le soumissionnaire dont il est question à l'alinéa 2 »<sup>262</sup>. Enfin il est encore prévu que « si le soumissionnaire le plus bas choisi ne maintient pas son offre ou ne la maintient que moyennant certaines réserves, autres que la réclamation d'un supplément de prix, le pouvoir adjudicateur s'adresse successivement aux autres soumissionnaires suivant l'ordre de classement de leurs offres »<sup>263</sup>.

Ce même deuxième tour est, *mutatis mutandis*, organisé en appel d'offres<sup>264</sup>.

Ces dispositions nous semblent opérer une fracture dans la logique des procédures ordinaires en ce qu'elles permettent à des soumissionnaires qui ont remis une offre de « sortir » du marché ou de revoir les conditions de leur offres en étant potentiellement informés soit du niveau de prix de leur concurrents (vu la proclamation en adjudication) soit de leur position dans le classement, en contrariété avec les principes généralement admis en droit de la concurrence, notamment le principe de l'incertitude<sup>265</sup>.

##### 55. L'indemnisation du soumissionnaire irrégulièrement évincé

En cas d'adjudication, le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pourcents du montant de l'offre, hors T.V.A. Introduite en 1976 dans la législation de l'époque sur base d'une information incomplète<sup>266</sup>, cette indemnité forfaitaire de principe pose question. En effet, en principe la remise de prix dans le cadre d'une adjudication est une opération relativement limitée compte tenu de la technique des métrés<sup>267</sup> et inventaires et du caractère précis des spécifications techniques. Il s'agit de faire une offre de prix, généralement avec des prestations très limitée de conception. L'indemnisation de 10% semble à bien des égards injustifiables en ce qu'elle favorise les entreprises qui ont remis prix dans le cadre d'une adjudication par rapport à celles qui ont remis prix dans le cadre d'un appel d'offres ou d'autres procédures particulière qui demandent souvent plus de

<sup>262</sup> Art. 118 de l'AR du 8 janvier 1996.

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> Art. 119 de l'AR du 8 janvier 1996.

<sup>265</sup> Sur les interactions entre le droit des marchés publics et le droit de la concurrence, voy. les travaux de O. GUEZOU, not. sa thèse de doctorat (non publiée), Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics, Université Paris- X- Nanterre, 1998 ; « Droit de la concurrence et marchés publics : vers une notion transversale de mise en concurrence », *A.C.C.P.*, 2003, n°20, 43-47 ; « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : certains demandeurs sont des offreurs comme les autres », *A.C.C.P.*, 2003, n°25, 59-63.

<sup>266</sup> Les travaux préparatoires de la loi du 14 juillet 1976 évoque une indemnité spontanée d'une administration à la hauteur de 50% d'un soumissionnaire qui se prétendait irrégulièrement évincé pour justifier la limitation des dommages et intérêts à 10% alors que la jurisprudence publiée à l'époque octroyant effectivement des dommages et intérêts à un soumissionnaire qui se prétendait irrégulièrement évincé était quasi inexistante !

<sup>267</sup> En Région wallonne, pour les travaux de voirie, le métré est même standardisé pour tous les marchés et prend la forme d'un métré assisté par informatique (MAO) dans le jargon des techniciens).

prestations. Alors que ces derniers doivent établir la réalité de leur dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage, les premiers se voient dans une position nettement plus favorable avec le présomption légale, sans justification objective.

A cette indemnité forfaitaire, vient s'ajouter une indemnité complémentaire tendant à la réparation intégrale du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption au sens de l'article 2 de la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999<sup>268</sup>. Le soumissionnaire doit alors apporter la preuve du préjudice réel subi<sup>269</sup>.

A l'opposé, la réparation du préjudice subi par un soumissionnaire qui se prétend irrégulièrement évincé en appel d'offres ou en procédure négociée répond doit répondre aux exigences posées par le code civil en matière de responsabilité extra-contractuelle. La démonstration des trois éléments requis par l'article 1382 du code civil, la faute, le dommage et le lien de causalité, reste très délicate pour de nombreux soumissionnaires. En effet, la démonstration d'un dommage précisément lié à la perte d'un marché est un exercice rationnellement impossible sauf dans des hypothèses très marginales. Une entreprise doit avoir un carnet de commandes suffisamment fourni pour ne pas subir de perte réelle en cas d'insuccès dans une procédure de passation de marché public sous peine de mettre en péril sa survie. Ceci est d'autant plus vrai dans le cadre des entreprises générales de travaux qui fonctionnent avec de nombreux sous-traitants. La jurisprudence a pourtant très progressivement admis de réparer le dommage subi par un soumissionnaire qui se prétend irrégulièrement évincé dans le cadre d'un appel d'offres et, de manière plus anecdotique dans le cadre d'une procédure négociée, au prix d'une application plus lâche des principes de la responsabilité civile extra-contractuelle.

*56. L'exigence de motivation formelle de la décision de recourir à un mode ordinaire : exposé des controverses*

La loi de 1993 et celle de 2006 prévoient le recours à ces deux mécanismes d'attribution sans exiger de justifier de circonstances particulières, le choix pour les pouvoirs adjudicateurs est entièrement libre. Certes, le choix de s'inscrire dans l'un ou l'autre emporte des conséquences juridiques précises susceptibles d'être sanctionnées éventuellement par un juge<sup>270</sup>, soit au stade de l'attribution, soit dans le cours de l'exécution, le juge se réservant même le droit de requalifier une procédure<sup>271</sup>.

La question de savoir si le choix entre l'adjudication ou l'appel d'offres doit faire l'objet d'une décision formellement motivée est controversée. Certains<sup>272</sup>

<sup>268</sup> Art. 15 alinéa 1 de la loi du 24 décembre 1993 complété par l'art. 396 de la loi-programme du 22 décembre 2003, *M.B.*, 31 décembre 2003.

<sup>269</sup> Voy. l'exposé des motifs de la Loi de 2006 sur les marchés publics, 40.

<sup>270</sup> Voy. C.J.C.E., 25 avril 1996, aff. C-87/94 ; C.E., 20 mars 2001, n° 94.151.

<sup>271</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 303, n° 766.

<sup>272</sup> I. OPDEBEEK et A. COOLSAET, *De formele motivering van bestuurshandeling*, Bruges, La Chartre, 1999 221. Comp. D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 615, n° 1618 ; M. BOES, « De wet op de overheidsopdrachten en het ruimerre bestuursrecht », in J. HERBOTS,

soutiennent l'obligation de motivation formelle de cette décision au motif que le choix a des conséquences juridiques, emportant la qualification d'acte juridique individuel. D'autres soutiennent l'absence de motivation formelle au nom de la liberté reconnue aux pouvoirs adjudicateurs<sup>273</sup>. Le Conseil d'Etat quant à lui, a souligné qu'un pouvoir discrétionnaire ne dispensait pas l'administration de répondre aux exigences de motivation formelle des actes administratifs<sup>274</sup>. Par notre part, il nous semble bien inutile d'exiger de manière systématique une motivation formelle qui, en raison de la liberté laissée aux pouvoirs adjudicateurs par le législateur, risquerait de multiplier les formules creuses, les faits pertinents ne pouvant être mis en relation avec une règle de droit posant des conditions précises<sup>275</sup>. Au demeurant, les juges sont compétents pour censurer, plus fondamentalement pour la protection des intérêts des uns et des autres, une procédure qui serait conduite en violation du prescrit légal ou réglementaire. Ce faisant, ce n'est pas tant la motivation formelle *a priori* qui importe, que la manière dont se choisit est traduit dans le cahier spécial des charges, dans la suite de la comparaison des offres et de l'exécution du marché.

### C. Le dialogue compétitif<sup>276</sup> : controverse

#### 57. Définition

---

*Overheidsopdrachten. Een juridische en economische benadering*, Bruges, La Chartre, 1997, 34.

<sup>273</sup> J. STEVENS, « De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten », *T.B.P.*, 1992, 705 et s. ; J. STEVENS, « De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten », *Entr. et droit*, 1995, 118 ; L. VAN HOUT et X. LEURQUIN, « Toelichting bij artikel 13 » in X., *Tekst en toelichting*, Gand, Mys en Breesch, feuille mobile n° 3 ; voy. également D. LAGASSE, « L'incidence en matière des marchés publics de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de la loi du 19 juillet 1991 instaurant un référé administratif devant le Conseil d'Etat », *Adm. Pub.*, 1992, 101.

<sup>274</sup> C.E., 1<sup>er</sup> décembre 2000, n° 91.265, Varec.

<sup>275</sup> *Contra*, C. DE KONINCK et P. FLAMEY, *Overheidsopdrachten. De wetten van 15 en 16 juni 2006 houdende omzetting van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen. Algemene inleiding en tekstgeschiedenis*, Anvers, Maklu, 2007, 86, note de bas de page 231 ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 260, n° 631, et les références citées. Ces auteurs préfèrent défendre l'idée d'une motivation « raisonnable », tout en reconnaissant que le contrôle du juge est sur ce point, plutôt limité.

<sup>276</sup> Outre ceux cités dans la suite du texte, les articles suivants ont contribué à notre réflexion : R. BOYLE, « Critique of The Commission's Proposal for a New directive on the Co-ordination of Procedures for Public Contracts COM(2000)275 Final, as updated by the discussions in the Working Group », *P.P.L.R.*, 2001, NA 65-74 ; J.-M. PEYRICAL, « Procédure de dialogue compétitif : brève comparaison droit interne et droit communautaire », *A.C.C.P.*, 2004, n° 33, 64-65 ; A. BROWN, « The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects : Competitive Dialogue or Better the Devil you know ? », *P.P.L.R.*, 2004, 160-177 ; S. TREUMER, « Competitive dialogue », *P.P.L.R.*, 2004, 178-186 ; A. JOSSAUD, « Piloter la procédure de dialogue compétitif », *A.C.C.P.*, 2004, n° 36, 71-78 ; S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *C.M.L.Rev.*, 2004, 1277-1325 ; S. VAN GARSSE, « Een vooruitblik op de nieuwe procedure van concurrentiegerichte dialoog », *T. Gem.*, 2005, 149-153 ; D. D'HOOGHE et S. JOCHEMS, « De concurrentiegerichte dialoog : much ado about nothing ? », *T.B.P.*, 2005, 511.

Le dialogue compétitif est « la procédure de passation à laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats sélectionnés à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats retenus seront invités à remettre une offre »<sup>277</sup>.

Introduit en droit européen par la directive 2004/18/CE, dans les secteurs classiques donc<sup>278</sup>, le dialogue compétitif est la réponse de la Commission européenne à la demande du Royaume-Uni qui souhaitait un assouplissement des conditions mises pour l'utilisation des procédures négociées à l'occasion de leur projet de P.F.I.<sup>279</sup>. Il s'agissait d'offrir une procédure plus flexible, mais pas aussi flexible que la procédure négociée, pour les projets complexes. Il s'agit d'instaurer une phase de dialogue au cours de laquelle les différentes possibilités qui s'offrent au pouvoir adjudicateur pour rencontrer ses besoins, souhaits ou exigences sont discutées, de manière très encadrée, avec les opérateurs économiques. Cette phase de dialogue se solde par un choix opéré par le pouvoir adjudicateur qui ouvre ensuite la suite de la procédure qui s'apparente, moyennant quelques nuances, à une procédure d'appel d'offres.

Malheureusement, ni la directive 2004/18/CE, ni le législateur belge, n'ont rangé clairement le dialogue dans les deux catégories structurantes de procédures : il n'est rangé ni dans les procédures ordinaires, ni dans les procédures exceptionnelles<sup>280</sup>. Or, cette classification induit une règle d'interprétation usuelle de la règle de droit : les procédures exceptionnelles sont, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, interprétées de manière stricte. L'absence de précision et la place ambiguë occupée par le dialogue compétitif dans le texte de la directive (juste avant les deux articles relatifs à la procédure négociée) rendent toute proposition de résolution du problème très aléatoire. Le procédé est d'autant plus regrettable que les dispositions relatives au dialogue compétitif sont souvent imprécises, lorsqu'elles ne sont pas contradictoires. À commencer par l'hypothèse dans laquelle un dialogue compétitif peut être conduit, qui renvoie à la notion de marché complexe.

#### 58. La complexité : approche objective ou subjective ?

Le législateur belge a prévu qu'un pouvoir adjudicateur ne peut recourir à la procédure de dialogue compétitif que dans le cas d'un marché particulièrement complexe lorsqu'il n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques<sup>281</sup>. Le Roi fixera les

<sup>277</sup> Art. 3, 9° Loi 2006 (non encore en vigueur) ; Art. 1<sup>er</sup>, § 11, c), de la Directive de 2004/18/CE.

<sup>278</sup> Inutile dans les secteurs spéciaux puisque la procédure négociée avec publicité y est une procédure ordinaire, voy. (S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 629)

<sup>279</sup> A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, déjà cité, 116-124, n°99 à 110.

<sup>280</sup> Souligné égal. par S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, spéc.1291.

<sup>281</sup> Le législateur belge s'est inspiré du document élaboré par la COMMISSION EUROPEENNE, *Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique*.

règles à respecter lors d'un dialogue compétitif, qui viseront notamment à imposer le respect de l'égalité de traitement de tous les participants au cours du dialogue et la non-divulgateion aux participants des solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant au dialogue sans l'accord de celui-ci<sup>282</sup>.

L'interprétation de cette disposition doit être nuancée. En effet, la rédaction de clauses techniques fonctionnelles ou formulées en termes de niveau de performance à atteindre, lorsqu'elles sont suffisamment précises, permettent aux soumissionnaires de comprendre l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer celui-ci selon une procédure ordinaire<sup>283</sup>, en adaptant toutefois intelligemment les critères d'attribution et le système de cotation. C'est précisément lorsque cette rédaction n'est pas possible que le dialogue compétitif trouve son utilité et est partant, autorisé, selon le législateur belge<sup>284</sup>.

La Commission européenne donne quelques exemples de projets pour lesquels le dialogue compétitif serait utile : lorsque les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas prévoir si les opérateurs économiques sont prêts à accepter un « risque économique » dont les caractéristiques en font un marché ou une concession ; lorsque les pouvoirs adjudicateur souhaite faire réaliser une infrastructure (école, hôpital, prison ...) en couplant celle-ci avec un financement et des services de maintenance, de gardiennage, de restauration pendant une période souvent assez longue<sup>285</sup>.

Le législateur belge semble opter une définition objective de la complexité. Or, il existe une controverse à ce sujet en droit européen.

Selon l'article 29 de la directive 2004/18/CE, « lorsque le marché est particulièrement complexe, les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif »<sup>286</sup>. Par contre, le marché ne peut être considéré comme complexe, selon l'article 1<sup>er</sup>, § 11, c), alinéa 2, de la directive 2004/18/CE, que lorsque le pouvoir adjudicateur « n'est pas *objectivement* en mesure de définir, conformément à l'article 23, paragraphe 3, point b), c) ou d), les moyens techniques<sup>287</sup> pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet ».

Le conflit entre une approche objective et une approche subjective de la complexité constitue une première difficulté importante<sup>288</sup>. Il ne s'agit pas d'une simple question de mot mais de la réelle utilité concrète que l'on entend donner à

---

<sup>282</sup> Art. 27 Loi 2006 : art. 1.2, c de la directive 2004/18/CE.

<sup>283</sup> Voy . en ce sens, l'art. 3, al 3, b de la directive 2004/18/CE.

<sup>284</sup> D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 304, n°520, note 277.

<sup>285</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique*.

<sup>286</sup> Art. 29, § 1<sup>er</sup>, de la Directive 2004/18/CE.

<sup>287</sup> Lire des spécifications techniques.

<sup>288</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 11, de la Directive 2004/18/CE, relatif à la définition de la procédure.

cette nouvelle procédure. La complexité étant toujours relative, il eut été préférable de limiter la complexité à une approche subjective. Dans cette interprétation, le pouvoir adjudicateur peut préférer ce mode de passation aux autres, sans autre justification. Il est vrai qu'il aurait alors été très simple pour les pouvoirs adjudicateurs d'éviter les contraintes des procédures ordinaires, ce que ne voulait pas la Commission européenne. Cependant, toute autre interprétation risque de rendre la nouveauté peu attrayante. On se souviendra que le dialogue compétitif a été introduit notamment parce que les hypothèses de procédures négociées avaient montré toutes leurs limites dans le cadre des projets plus complexes sous l'angle juridico-financier<sup>289</sup>, notamment en raison de l'interprétation stricte adoptée par les juridictions.

Les bases juridiques existant pour organiser une procédure négociée étaient trop imprécises, engendrant une insécurité d'autant plus préjudiciable qu'elle affectait des contrats particulièrement importants<sup>290</sup>. Les aléas et la nature des prestations qui rendent impossible la remise d'un prix forfaitaire<sup>291</sup> et l'impossibilité d'établir des spécifications techniques permettant la remise d'un prix selon une procédure ordinaire<sup>292</sup> sont des hypothèses qu'il est toujours possible de critiquer, compte tenu des solutions juridiques existant pour limiter les aléas et du caractère toujours relatif de l'impossibilité<sup>293</sup>.

De ce point de vue, les progrès réalisés avec les dispositions relatives au dialogue compétitif sont très limités : des questions se sont simplement ajoutées avec un déplacement des incertitudes. Une interprétation objective de la complexité conduit au même résultat dénoncé dans l'état antérieur du droit dérivé, car celle-ci est toujours, par définition, relative. Au surplus, un des obstacles à l'efficacité de la passation des marchés publics réside dans la rigidité des procédures ordinaires. En ce sens, la difficulté est présente dans toute procédure. Il fallait trouver un point d'équilibre qui préserve une certaine souplesse : les bornes mises sont trop imprécises pour l'atteindre. Pour le comprendre, il faut parcourir toutes les étapes du dialogue compétitif.

#### 59. Modalités

À supposer qu'une distinction sémantique puisse être faite entre un dialogue et une négociation<sup>294</sup>, la logique formelle élémentaire qui s'attache à la formulation d'une règle juridique implique que les deux expressions recouvrent des situations différentes en droit. Il n'allait donc pas de soi que la distinction en droit entre un dialogue et une négociation, s'impose à l'esprit.

Le dialogue compétitif est encadré de manière plus explicite que la procédure négociée, malheureusement, avec trop d'imprécisions. Dans le cadre d'un dialogue compétitif, l'attribution du marché est faite, selon la formule tautologique

<sup>289</sup> Notamment les programmes PFI (voy. sur le sujet, S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1280).

<sup>290</sup> La flexibilité a été demandée notamment par le Royaume-Uni dans le cadre de ses projets PFI.

<sup>291</sup> Auparavant prévue pour les travaux et les services.

<sup>292</sup> Uniquement pour les services.

<sup>293</sup> Dans le même sens, S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, spéc. p. 1281.

<sup>294</sup> La lecture des dictionnaires usuels permet d'en douter.

usuelle du droit dérivé, sur base *du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse*<sup>295</sup>. Il n'est pourtant pas exclu qu'au terme du dialogue et de la mise au point des offres, le prix puisse devenir prépondérant. Certaines précautions devront nécessairement être prises pour l'exprimer sans enfreindre l'exigence d'attribution sur base du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La première étape du dialogue suppose la publication d'un avis de marché<sup>296</sup>. Les pouvoirs adjudicateurs doivent décrire leurs besoins et exigences dans un document qui va ouvrir, en quelque sorte, le dialogue.

La deuxième étape, non mentionnée de manière explicite, est la sélection des entreprises. Précisons d'emblée que le document initial doit également contenir des clauses habituelles de tout cahier spécial des charges relatives à la vérification des aptitudes des entreprises. Dès lors, trois entreprises devront nécessairement être invitées, le pouvoir adjudicateur devant, en outre, veiller à ce que la concurrence soit adéquate<sup>297</sup>.

La troisième étape est l'ouverture et la conduite du dialogue, qui a pour objet d'identifier les moyens propres à satisfaire au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur (à l'instar de la négociation, parfois).

Lors de cette troisième étape, les choses se compliquent. Sans surprise, le droit dérivé précise qu'au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs peuvent discuter tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés<sup>298</sup>. Mais pas n'importe comment. Ils doivent, en effet, respecter l'égalité de traitement et ne peuvent donner aucune information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat participant au dialogue sans son accord.

Le pouvoir adjudicateur doit annoncer s'il souhaite réduire le nombre des personnes avec lesquelles il veut dialoguer. Il n'existe donc pas de difficulté sur le principe de l'exclusion au cours de la phase du dialogue<sup>299</sup>. Par contre, le vide juridique est inquiétant : le droit dérivé ne donne aucune indication sur la manière et les précautions à prendre pour exclure, à ce stade, un participant. L'article 29, § 4, de la directive 2004/18/CE indique que la réduction du nombre de solutions à discuter pendant le dialogue peut se faire par phases successives en appliquant les critères d'attribution. L'exercice est délicat puisqu'à ce stade, il n'y a, par définition, pas d'offres. À notre sens, les principes de transparence et d'égalité de traitement impliquent qu'une fois sélectionnée pour participer au dialogue, une entreprise ne puisse s'en trouver exclue avant la remise d'offres. En effet, de deux choses l'une. Soit elle ne propose pas de solution acceptable : dans ce cas, elle peut être invitée à affiner son approche, cela étant le but du dialogue. Soit elle propose des solutions moins séduisantes que d'autres, mais avant que le pouvoir

<sup>295</sup> Art. 29, § 1<sup>er</sup>, de la Dir. 2004/18/CE. Pour une critique de l'expression, voy., A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, déjà cité*, titre II, chap. 4.

<sup>296</sup> Art. 29, § 2, de la Directive 2004/18/CE.

<sup>297</sup> Aux termes de l'art. 44, § 3, de la Directive 2004/18/CE.

<sup>298</sup> Art. 29, § 3, de la Directive 2004/18/CE.

<sup>299</sup> *Contra* : S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1285.

adjudicateur n'ait définitivement pris position sur une ou plusieurs solutions : dans ce cas, il n'existe aucune raison de nature à exclure une entreprise, du moins à ce stade<sup>300</sup>.

Le droit dérivé va jusqu'à préciser que le pouvoir adjudicateur *ne doit pas arrêter le dialogue tant qu'il n'a pas la solution*<sup>301</sup> et doit, *au besoin*, comparer les solutions qui lui sont proposées pour y arriver ! Attention, la redondance et la naïveté des conseils ne doivent pas masquer la porte laissée ouverte, bien imprudemment, par le texte. Les principes de transparence et d'égalité de traitement impliquent nécessairement l'obligation d'une comparaison effective des solutions et d'une formalisation écrite de la comparaison. Aussi, les termes *au besoin* utilisés dans l'article 29, § 4, ne peuvent être entendus que comme une lourdeur de l'expression. Leur donner une autre portée constituerait une porte ouverte à tous les dérapages liés à une approche laxiste de la conduite du dialogue. Ceci nous semble d'autant plus évident que c'est au pouvoir adjudicateur qu'il incombe de conclure le dialogue.

La quatrième étape suppose la demande formelle de remettre une offre aux participants, suite logique de la conclusion du dialogue.

À nouveau, les dispositions suscitent des difficultés d'interprétation. Le texte prévoit, en effet, que les participants peuvent être invités à remettre une offre *pour une ou plusieurs solutions choisies*.

S'agit-il d'ouvrir la faculté de rédiger un seul cahier des charges (avec une seule solution ou plusieurs solutions finalement retenues), tous les participants devant remettre une offre (et des variantes) ? Ou s'agit-il de rédiger autant de cahiers des charges que de soumissionnaires (méthode dite du tunnel intégral), le dialogue étant conduit avec chaque soumissionnaire par rapport à sa seule approche<sup>302</sup> ? En toute hypothèse, il nous semble délicat d'admettre que la solution finalement retenue puisse être une sorte de combinaison des meilleures propositions faites par les uns ou les autres, sous peine de violer le dogme du respect de la confidentialité des offres (la solution mystérieusement qualifiée comme telle contenant, dans les faits, l'offre en germe). D'aucuns pourraient soutenir que tel pourrait être le cas si la solution retenue est formulée de manière suffisamment générale pour qu'elle puisse être rencontrée par tous. À notre sens, cette hypothèse met à mal la complexité qui fonde le dialogue compétitif. Si celui-ci conduit à des solutions universelles, on peut douter de la réelle complexité du marché.

D'autres difficultés surgissent encore rapidement. Le droit dérivé précise que les offres doivent comprendre « tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet »<sup>303</sup>. Elles peuvent être clarifiées, précisées ou complétées, sauf si cela a pour effet « de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres »<sup>304</sup>, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou

<sup>300</sup> Dans le même sens, S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1285.

<sup>301</sup> Art. 29, § 5, de la Directive 2004/18/CE.

<sup>302</sup> Y.-R. GUILLOU, « Négociation et protection de la propriété intellectuelle et des secrets commerciaux », *A.C.C.P.*, 2004, 49-55, n° 35.

<sup>303</sup> Art. 29, § 6, de la Dir. 2004/18/CE.

<sup>304</sup> Sans doute s'agit-il des documents établis par le pouvoir adjudicateur après clôture du dialogue et demandant aux entreprises de remettre une offre.



d'avoir un effet discriminatoire ». Le pouvoir adjudicateur doit comparer les offres avant de choisir celle qui est la plus avantageuse (au sens de l'art. 53). Si l'offre en question n'est pas claire, le soumissionnaire peut encore la clarifier ou confirmer des engagements avec la même réserve, la clarification et la confirmation ne pouvant avoir pour effet « de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire »<sup>305</sup>. Après tout cela, l'on comprend mieux que le texte précise également que les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir l'indemnisation des participants<sup>306</sup>.

Formellement, la phase d'attribution est en quatre temps : 1) la remise d'offres ; 2) le temps des clarifications ; 3) le temps de la comparaison formelle des offres, qui doit conduire au choix final d'une offre ; 4) une dernière phase de mise au point.

Que peut signifier, dans pareil contexte, l'exigence d'une offre complète dès le premier instant ?

Le sujet est sensible et controversé<sup>307</sup>.

Les hésitations sur la marche à suivre pour respecter le prescrit se multiplient.

À quel moment s'applique l'exigence posée par l'article 44 (au moins trois participants) : lors de la conduite du dialogue ou lors de la demande de remise formelle d'offres ? Les coûts de participation à des procédures complexes étant particulièrement lourds pour les entreprises et la concurrence précieuse pour obtenir le meilleur arrangement, comment trancher cette question de manière équilibrée pour les uns et les autres, dans pareil contexte ?

L'exigence d'une offre complète pose une série de difficultés sous l'angle opérationnel. Les engagements pris par les uns et les autres dans le cadre d'un montage juridico-financier complexe (par définition, il y a plusieurs opérateurs économiques impliqués) ne deviennent souvent définitifs et entièrement définis qu'au moment où les accords sont signés. Dès lors, juridiquement, il y a rarement des offres, au sens technique du terme. La mise au point de l'offre après le choix porte souvent sur des problèmes de répartition des risques et de définition fine des engagements des uns et des autres<sup>308</sup>.

Ce genre de mise au point a été admis dans le cadre de la procédure négociée (mais dans le cadre d'une procédure en manquement). Le texte n'étant pas très explicite, deux interprétations restent possibles : soit l'assimilation à la procédure négociée ; soit une interprétation de l'exigence de remise d'offre complète comme exprimant précisément la volonté de rendre le dialogue compétitif moins souple que la procédure négociée. Si cette dernière interprétation est retenue, le dialogue compétitif restera une nouveauté bien peu utile pour les opérateurs publics et privés lorsque la complexité des montages est réelle. La porte ouverte réside-t-elle

<sup>305</sup> Art. 29, § 6, de la Dir. 2004/18/CE.

<sup>306</sup> Art. 29, § 8, de la Dir. 2004/18/CE.

<sup>307</sup> S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1286.

<sup>308</sup> Il s'agit d'une chose connue de tous, notamment de la Commission européenne, puisque ces faits étaient au cœur de la procédure menée dans le cadre de la modernisation du métro londonien, comme le souligne justement S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1287.

dans la faculté prévue par le texte de proposer des améliorations aux offres ? Pourquoi alors la refermer immédiatement en prévoyant que ces améliorations ne peuvent porter sur des éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres ?

En fait, l'étendue de la négociation qui peut se dérouler lors de la phase de comparaison des offres n'est pas très clairement précisée. Les limites posées sont de nature à limiter quasi tout processus de négociation lors de la remise d'offres, rendant le dialogue compétitif finalement plus rigide que la procédure négociée. Quel intérêt peut-il y avoir à discuter de l'accessoire dans pareil contexte ?

En formalisant les contours d'un dialogue compétitif, les auteurs du texte et les parlementaires qui l'ont voté ont fait quelques pas dans la compréhension de la procédure négociée et touché du bout des doigts les contraintes paradoxales auxquelles sont confrontés les pouvoirs adjudicateurs. Par l'encadrement donné au dialogue compétitif, le droit dérivé semble clairement percevoir les dérives induites d'une souplesse qui, après avoir été vivement combattue, serait subitement mise sur un piédestal.

Le Professeur Arrowsmith émet de très sérieux doutes, que nous partageons, sur l'adéquation de la procédure telle qu'elle a été conçue pour la passation des marchés complexes (P.P.P.)<sup>309</sup>, contrairement au discours satisfait tenu par la Commission européenne dans son livre vert sur le P.P.P. Or, l'enjeu de cette nouvelle procédure est immense. La complexité permettant de recourir au dialogue compétitif peut être d'ordre technique ou d'ordre juridico-financière<sup>310</sup>, la *nouvelle* procédure a pour ambition de faciliter les montages juridiques complexes pour lesquels le droit dérivé avait montré toutes ses limites. Ce faisant, le droit dérivé a opté résolument pour son application aux P.P.P.<sup>311</sup>, dont tout le monde parle sans jamais les définir, mais qui, en définitive, sont toujours des projets qui demandent une structuration juridique plus complexe qu'un marché public au sens strict de l'expression : un contrat unique portant sur une prestation économique contre paiement d'un prix. À notre sens, l'objectif poursuivi par la nouvelle procédure n'est pas atteint.

Cependant, le dialogue compétitif fait naître d'autres problèmes, puisque le texte doit être transposé en l'état. Il n'est pas certain que tous les États membres tirent toutes les conséquences de cette extension implicite du champ d'application du droit dérivé. Ainsi, le droit belge reste marqué par une interprétation étroite du concept de marché public. Cette interprétation étroite peut être déduite des règles de comparaison des offres et des règles du C.G.C. qui s'appliquent à l'exécution des marchés publics. Si la section contentieux du Conseil d'État semble s'orienter vers une interprétation large du concept de marché public<sup>312</sup>, sa section législation semble peu consciente des implications pratiques de cette interprétation lorsqu'elle rend ses avis sur les textes : comment respecter le C.G.C. qui s'applique à l'exécution d'un marché public, à un projet qui demande la conclusion de plusieurs conventions aussi différentes que des statuts, un pacte d'actionnaire et éventuellement des contrats adossés en vue d'équilibrer des recettes

<sup>309</sup> S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1291.

<sup>310</sup> Le 31<sup>e</sup> consid. de la Dir. 2004/18/CE est sans ambiguïté sur ce point.

<sup>311</sup> Y.-R. GUILLOU, « Comment organiser la passation d'un contrat de PPP ? », *A.C.C.P.*, 2004, 47-53, n° 36.

<sup>312</sup> Notamment dans son arrêt rendu en suspension du 30 mai 2005, *CNIM c/ Intradel*, n° 145.163.

d'exploitation ? L'impasse est entière pour les acteurs publics et privés, sauf à prendre le pari d'une dérogation intégrale au C.G.C., qui, compte tenu de la jurisprudence des cours et tribunaux judiciaires sur le sujet, est un pari risqué. Sur ce point encore, des réformes du droit interne semble indispensable à sa modernisation et à sa praticabilité.

Est-il impossible de concevoir des règles du jeu qui combinent souplesse et rigueur dans le traitement des soumissionnaires de manière plus simple, et donc nécessairement avec plus d'efficacité ?

#### D. La procédure négociée : généralités

##### (1) Des procédures négociées

Il est vain de vouloir considérer « la » procédure négociée sans autre précision. En effet, les règles qui président à la passation des marchés par procédure négociée varient dans leurs principes et modalités selon que ceux-ci sont passés par des pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive 2004/18/CE<sup>313</sup> ou par des entités adjudicatrices au sens de la directive 2004/17/CE<sup>314</sup>.

Pour ne rien simplifier, les deux directives ont défini de la même manière la procédure négociée comme « *une procédure qui permet* » au pouvoir adjudicateur<sup>315</sup> ou à l'entité adjudicatrice<sup>316</sup>, « *de consulter les opérateurs économiques de leur choix et de négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux* ».

Le législateur a transposé ces textes d'abord dans la loi de 1993 pour les pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs classique<sup>317</sup>, dans les secteurs spéciaux<sup>318</sup> et pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux<sup>319</sup> et ensuite dans la loi de 2006<sup>320</sup>, en reprenant les mêmes expressions.

Cette définition d'une apparente simplicité présente bien des pièges pour les acteurs. D'une part, les modalités procédurales varient selon que le marché relève de la directive générale ou de la directive secteurs spéciaux. D'autre part, le droit primaire et les principes généraux restant applicables à tous les marchés au dessus et en dessous des seuils européens<sup>321</sup>, de multiples contraintes indirectes

<sup>313</sup> 31 mars 2004 - DIRECTIVE n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. (J.O. L 134, 30 avril 2004; Rect. J.O. L 351, 26 novembre 2004).

<sup>314</sup> 31 mars 2004 - DIRECTIVE n° 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. (J.O. L 134, 30 avril 2004).

<sup>315</sup> Art. 11.d, directive 2004/18/CE

<sup>316</sup> Art.9.c, directive 2004/17/CE

<sup>317</sup> Art. 17, §1 Loi 1993

<sup>318</sup> Art. 39, §1 Loi 1993

<sup>319</sup> Art. 48 in fine Loi 1993 et art 59,§1 Loi 1993

<sup>320</sup> Art. 3, 7° (procédure négociée sans publicité) et art. 3.8° (procédure négociée avec publicité), les hypothèses étant précisées dans les article 26, 53 et 66.

<sup>321</sup> Rappelé par le 9<sup>ème</sup> considérant de la directive 2004/17/CE notamment.

et implicites restent, selon nous d'application en dépit du silence du droit dérivé. Enfin, le droit belge ajoute encore des précisions spécifiques qui influencent la méthodologie qui doit finalement être appliquée dans le cadre des procédures négociées. Pour finir, de manière surprenante, le Conseil d'Etat a récemment précisé, que le législateur belge n'avait pas exigé qu'il soit procédé à des négociations *effectives* dans le cadre d'une procédure négociée<sup>322</sup>, adoptant une interprétation contraire au droit dérivé et au droit interne le transposant.

*60. La procédure négociée avec publicité dans les secteurs spéciaux est une procédure ordinaire*

Il résulte sans ambiguïté des textes de droit européen et de droit belge que la procédure négociée avec publicité est une procédure ordinaire pour passer les marchés publics (et privés) dans les secteurs spéciaux.

La raison de cette souplesse est bien connue<sup>323</sup>, il s'agissait de ne pas mettre en péril les entités publiques actives dans ces secteurs en concurrence avec des entreprises privées qui refusaient radicalement de voir leurs marchés enserrés par des « règles bureaucratiques et inefficaces », la flexibilité étant considérée comme un gage d'efficacité. Exit donc des procédures ordinaires « rigides » dans les secteurs spéciaux pour les raisons qu'expriment parfaitement le 9<sup>ème</sup> le considérant 9, *in fine*, de la Directive sur les secteurs spéciaux : « Compte tenu de la nature des secteurs concernés par cette coordination, celle-ci devrait, tout en sauvegardant l'application des principes en question, créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité ». Il est délicat de percevoir les raisons pour lesquelles, les liens entre efficacité et flexibilité ne seraient pas pertinents pour les marchés publics des secteurs classiques, la procédure négociée lorsqu'elle est entourée de mesures de publicité et de gardes fous contraignants lors de la comparaison des offres offrant toutes les garanties contre l'arbitraire.

*61. La procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques*

La doctrine, notamment le professeur Sue Arrowsmith<sup>324</sup> et d'autres<sup>325</sup>, considère que la procédure négociée avec publicité, telle que conçue dans le droit européen (et la législation belge le transposant) implique un degré de mise en concurrence équivalent aux procédures ouvertes et restreintes. Cette procédure ne déroge pas aux principes généraux de passation des marchés publics, elle implique seulement des modalités d'application différentes de ces principes, en tenant compte de circonstances particulières liées à certains marchés. Partant, la règle

<sup>322</sup> C.E., 17 novembre 2009, n°197.862, N.V. Aqua-Reno c./ NMBS Holding ; inédit, commenté infra.

<sup>323</sup> M.G. HENUSET, « Le secteur public et l'offre négociée », in *Le droit des affaires en évolutions : le juriste dans la négociation*, Anvers, Kluwer, 1998, 31.

<sup>324</sup> *The Law of Public and Utilities procurement*, London, Swett & Maxwell, 2005, 560, n°8.3.

<sup>325</sup> PH. FLAMME, M.A. FLAMME, CL. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, Bruxelles, Larcier, 2009, 192, n°156; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 247, n°386.

de stricte interprétation ne devrait pas s'appliquer afin de permettre l'application la plus large possible de cette procédure.

Les modalités de mises en œuvre de procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques ont été précisées par la directive 2004/18/CE.

## 62. La procédure négociée sans publicité : procédure exceptionnelle

La procédure négociée sans publicité est entamée, en principe, à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice qui négocient alors avec des opérateurs économiques.

Tant dans les secteurs spéciaux<sup>326</sup> que dans les secteurs classiques, la procédure négociée sans publicité est considérée comme une procédure exceptionnelle, même si elle impose la consultation en principe d'au moins trois soumissionnaires potentiels. L'appel à concurrence est réalisé selon des modalités différentes par rapport aux procédures ordinaires : les règles de sélection qualitative peuvent être réduites à leur plus simple expression et les règles qui président à la comparaison des offres et à l'analyse des offres peuvent être plus flexibles, si le pouvoir adjudicateur le décide.

Les hypothèses dans lesquelles cette procédure négociée sans publicité est permise sont interprétées strictement par le Conseil d'Etat<sup>327</sup> et par la Cour de Justice<sup>328</sup>, qui estiment qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de démontrer que les circonstances et conditions permettant l'utilisation de la procédure négociée sans publicité sont réunies<sup>329</sup>.

Le choix de recourir à une procédure négociée sans publicité doit faire l'objet d'une décision motivée formellement en vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs<sup>330</sup>.

Si l'examen de l'existence des conditions d'application de cette procédure doit logiquement être réalisé avant le lancement de la procédure<sup>331</sup>, qu'en est-il de l'exigence de motivation formelle de la décision de recourir à une procédure négociée sans publicité ?

<sup>326</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 244, n°380, *in fine*.

<sup>327</sup> Voy., not. C.E., 11 octobre 2006, n° 163.472 ; C.E., 1<sup>er</sup> février 2007, n° 167.381 ; C.E., 15 juillet 2008, n° 185.406.

<sup>328</sup> Voy., not. C.J.C.E, aff. C-199/85, Commission/ Italie, 1987, *Rec.*, 1039 ; aff. C-71/92, Commission/ Espagne, 1993, *Rec.* I-5923 ; aff. C-328/92, Commission/Espagne, 1994, *Rec.*, I-1569 ; aff. C-57/94, Commission/Italie, 1995, *Rec.* I-1249 ; Aff. C-318/94, Commission/ Allemagne, 1996, *Rec.* I-1949.

<sup>329</sup> *ibid.* ; voy., not.C.E. 1<sup>er</sup> février 2007, n° 167.381 ; C.E., 22 août 2007, n° 174.070 ; C.E., 23 avril 2008, n° 182.272.

<sup>330</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 245, n°381, *in fine*.

<sup>331</sup> Voy., not., C.E., 30 janvier 2003, n° 115.266 ; C.E., 15 juillet 2008, n° 185.406 ; C.E., 1 octobre 2006, n° 163.472, ce dernier arrêt précisant toutefois que cette vérification pouvait avoir lieu alors que la procédure est entamée, souligné par D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 245, n°381.

L'article 65/4 de la loi du 23 décembre 2009 énonce les cas dans lesquels l'autorité adjudicatrice (soit les entités soumises à la loi de 2006, secteurs classiques et spéciaux) est tenue d'établir une décision motivée. Il s'agit d'instaurer désormais un régime particulier dérogeant à la loi du 27 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, qui s'applique à l'ensemble des autorités adjudicatrices, qu'il s'agisse d'une autorité administrative ou non<sup>332</sup>. Parmi ces cas, figure la décision de recourir à une procédure négociée sans publicité (ou avec publicité dans les secteurs classiques).

Reste à déterminer le moment où la décision doit être établie. En principe, la décision motivée doit être établie au moment où se forme la résolution de l'autorité adjudicatrice – ou exprimé plus simplement – au moment de la prise de décision. La loi de 2009 prévoit cependant certaines hypothèses dans lesquelles, la décision motivée peut être établie *a posteriori*<sup>333</sup> – et au plus tard au moment de la décision d'attribution – les motifs devant impérativement exister au moment de la décision. En particulier, il est prévu que la décision motivée peut être établie *a posteriori* dans certains cas de procédure négociée<sup>334</sup>. Il s'agit de rencontrer de manière pragmatique les nécessités de la pratique, la rédaction d'une décision motivée d'attribution préalable à la conclusion peut parfois s'avérer difficile en cas d'urgence impérieuse ou, dans les secteurs spéciaux, d'achats en bourse ou encore d'achats d'opportunité se présentant dans une période de temps très brève. Partant, si les circonstances de fait rendent objectivement impossible l'établissement immédiat de la décision, la décision motivée pourra être établie dans les quinze jours<sup>335</sup>.

Lorsque le marché dépasse les seuils européens, les pouvoirs adjudicateurs veilleront en outre à rédiger un procès-verbal reprenant notamment les conditions d'utilisation de la procédure négociée sans publicité<sup>336</sup>.

### 63. La procédure négociée avec publicité dans les secteurs spéciaux : modalités procédurales

La directive secteurs spéciaux contient indirectement des précisions relatives aux modalités procédurales de la procédure négociée avec publicité, procédure ordinaire<sup>337</sup>. Elle précise en effet, que la liberté de choix est subordonnée à une mise en concurrence en vertu de l'art. 42, soit des avis de marchés<sup>338</sup>. De l'obligation de publier un avis naît toute une série d'autres obligations prévues par

<sup>332</sup> E. THIBAUT, S. WAUTHIER, « Le nouveau régime du contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009 », à paraître, *Chronique des marchés publics*, 2009-2010

<sup>333</sup> Article 65/4 alinéa 2 et 3 de la loi du 23 décembre 2009.

<sup>334</sup> Soit les hypothèses visées aux articles 17, § 2, 1°, b, alinéa 2, 2° tiret, et c, 39, § 2, 1°, c, et 3°, b et c, et 59, § 2, 1°, d, et 4°, b et c de la loi de 1993.

<sup>335</sup> E. THIBAUT, S. WAUTHIER, déjà cité.

<sup>336</sup> Art. 9, 35 et 61 de l'A.R. du 8 janvier 1996. Comp. l'art. 12 de l'A.R. du 10 janvier 1996 et de l'A.R. du 18 juin 2006.

<sup>337</sup> En vertu de l'art. 40.2 de la directive 2004/17/CE qui autorise les entités adjudicatrice à utiliser les procédures décrites à l'art. 9, a à c, soit les procédures ouvertes, restreintes et négociées.

<sup>338</sup> *Ibid.*

la directive, comme les règles en matière de délais, de réception des demandes de participation et de réception des offres<sup>339</sup>, les règles en matière d'invitation à présenter une offre ou à négocier<sup>340</sup> comportant l'obligation de communiquer les critères d'attribution du marché et leur pondération<sup>341</sup>. Plus généralement, la directive comporte toute une série de dispositions applicables aux marchés visés, sans référence au mode de passation qui servent à les attribuer<sup>342</sup>.

La directive prévoit également la possibilité de réduire, dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité, le nombre des candidats retenus<sup>343</sup>, en application des modalités prévues par l'article 54, soit la disposition relative à la sélection qualitative. Le nombre peut être réduit à un niveau justifié par la nécessité d'équilibre entre les caractéristiques spécifiques de la procédure de passation de marché et les moyens qui requiert son accomplissement, le nombre devant toujours assurer une « concurrence suffisante »<sup>344</sup>, *sans minima déterminé*. Les règles appliquées en matière de sélection qualitative sont identiques à celles prévues pour les procédures restreintes.

Plus fondamentalement, l'attribution des marchés doit se fonder sur les mêmes critères que pour les procédures ouvertes et restreintes, le critère du prix le plus bas ou de l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée en application de critères en principe pondérés<sup>345</sup>, sauf si la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables. Par conséquence, les règles en matière de variante libre sont également d'application<sup>346</sup>.

Si la procédure négociée avec publicité est une procédure ordinaire, elle est entourée de diverses obligations précises, soit en vertu de dispositions visant spécifiquement la procédure négociée avec publicité, soit implicitement lorsque les règles visent les « marchés » sans autre précision ou qu'elles sont énoncées sans aucune restriction (relative à la procédure), soit en vertu des principes généraux de droit communautaire (égalité de traitement et transparence).

Le droit interne a intégré l'ensemble de ces obligations dans les dispositions relatives à la procédure négociée, sous réserve de la technique de la variante libre qui n'est formellement prévue que dans le cadre de l'appel d'offres<sup>347</sup>. A l'instar de ce qui est prévu dans le cadre dans les secteurs classiques, des modalités particulières sont prévues pour la procédure négociée avec publicité et sont limitées aux modalités de constatation du marché<sup>348</sup>, à l'imposition de certaines dispositions périphériques<sup>349</sup> et à la pondération des critères d'attribution pour les marchés européens à passer par procédure négociée avec ou sans publicité<sup>350</sup>. Le Conseil d'Etat a estimé que dès lors que le marché a été attribué sur la base

<sup>339</sup> Art. 45 de la directive 2004/17/CE.

<sup>340</sup> Art. 47 de la directive 2004/17/CE.

<sup>341</sup> Art. 47.4, e et f de la directive 2004/17/CE.

<sup>342</sup> Par exemple, les règles en matière de spécifications techniques, celles relatives au système de qualification des entreprises, d'offres anormalement basses, etc.

<sup>343</sup> Art. 51 de la directive 2004/17/CE.

<sup>344</sup> Art.54.3 de la directive 2004/17/CE.

<sup>345</sup> Art. 55 de la directive 2004/17/CE.

<sup>346</sup> Art. 36 de la directive 2004/17/CE.

<sup>347</sup> AR du 10.01.1996, en particulier le titre VIII soit des articles 108 à 110 bis.

<sup>348</sup> Art. 110 de l'AR du 10.01.1996.

<sup>349</sup> Art. 78, 79, 81, §2 de l'AR du 10.01.1996.

<sup>350</sup> Art. 110 bis de l'AR du 10.01.1996.

d'une évaluation fondée notamment sur des sous-critères qui n'étaient pas mentionnés dans le cahier spécial des charges, et qui n'ont pas non plus été communiqués ultérieurement aux soumissionnaires avant que ceux-ci ne remettent leurs offres BAFO, l'attribution du marché doit être suspendue pour violation de l'article 110 bis de l'Arrêté Royal du 10 janvier 1996, ainsi que du principe de précaution<sup>351</sup> : « *De opdracht blijkt bijgevolg te zijn toegewezen na een evaluatie, mede gesteund op subcriteria die niet uitdrukkelijk in het bestek zijn vermeld en evenmin later aan de inschrijvers zijn meegedeeld alvorens zij hun BAFO-offerte moesten indienen. De verwerende partij erkent nochtans in haar nota dat zij op grond van de eerste offertes vanwege de inschrijvers vier volgens haar relevant geachte diensten heeft gedistilleerd zodat zij minstens op dat ogenblik in staat lijkt te zijn geweest om deze subcriteria op gelijke wijze mee te delen aan alle inschrijvers.* ». Est-ce à dire que le Conseil d'Etat admettrait la modification d'un critère ou d'une pondération en cours de procédure pour autant que ces modifications soient communiquées avant la remise de la BAFO ? Certains arrêts du Conseil d'Etat semblent indiquer le contraire.

#### 64. La procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques : modalités procédurales

Dans la directive générale, les modalités procédurales relatives à la procédure négociée avec publicité ont été énoncées de manière spécifique, logiquement à vrai dire puisque la procédure n'est pas ici présentée par les textes comme une procédure ordinaire<sup>352</sup>.

Les modalités procédurales prévues dans la directive générale et la directive secteurs spéciaux se rejoignent sans toutefois être entièrement identiques.

Il est désormais prévu que les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 53, paragraphe 1<sup>353</sup>, à savoir sur base du critère du prix le plus bas ou du « critère de l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée en fonction de critères en principe pondérés sauf si la pondération est impossible pour des raisons démontrables. A l'instar de ce qui a été précisé, la technique de la variante est également applicable et fort utile dans la procédure négociée avec publicité puisque seule les offres peuvent être

<sup>351</sup> C.E., 15 décembre 2009, n°198.917, *N.V. Eurobussing Vlaanderen c./ Belgocontrol*, inédit. Afin d'assurer le transfert de son personnel, pendant une durée de 36 mois, entre la gare de l'aéroport de Bruxelles National et de son site de Steenokkerzeel, Belgocontrol a lancé un marché public, par voie de procédure négociée avec publicité.

<sup>352</sup> Art. 30.2 de la directive 2004/18/CE ; voy. art. 120 ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi inséré par l'A.R. du 29 septembre 2009, art. 65, qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2009 en vertu de son art. 131, première phrase. Toutefois, l'art. 131, deuxième phrase dudit A.R. dispose que : « Les marchés publics, les marchés et les concours de projet, publiés avant cette date (*lire le 1<sup>er</sup> novembre 2009*) ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une candidature ou à remettre offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation. »

<sup>353</sup> Art. 30, 2 à 4 de la directive 2004/18/CE.



négociées dans une interprétation littérale de la disposition<sup>354</sup>. En d'autres termes, le droit européen limite, à notre sens clairement, l'objet de la négociation aux offres des soumissionnaires, à l'exclusion du contenu du cahier spécial des charges, diminuant ce faisant la flexibilité du processus.

Le droit interne a transposé cette disposition<sup>355</sup> en étendant l'obligation aux procédures négociées sans publicité ayant pour objet des marchés au dessous des seuils européens.

La directive prévoit encore que dans le cadre de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs doivent assurer le respect de l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires et ne peuvent donner « *de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres* »<sup>356</sup>. Cette précision est très largement superflue, puisqu'il n'est pas nécessaire qu'un texte de droit dérivé précise que le droit primaire et les principes généraux de droit communautaire s'appliquent. Elle semble au demeurant inutilement vague et susceptible d'entraîner une nouvelle diminution de la flexibilité de la procédure tout en suscitant inévitablement de multiples procès d'intention. En effet, une négociation efficace suppose nécessairement une part de jeu entre les acteurs qui supposent de se servir d'une foule d'informations complexes émanant des uns et des autres. Le plus malin percevra l'implicite et le mauvais perdant se plaindra que telle information a été diffusée à celui qui aura su l'exploiter.

Les pouvoirs adjudicateurs<sup>357</sup> peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en application des critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges<sup>358</sup>, imposant de cette manière implicitement que ces critères d'attribution n'évoluent pas en cours de négociation. Le recours à cette faculté doit être indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges. A défaut, la réduction du nombre des offres à négocier n'est pas possible.

La réduction peut prendre la forme d'une négociation momentanée avec un seul soumissionnaire les autres étant placés dans « une salle d'attente ». La décision d'entamer des négociations préférentielles et de placer une société dans une salle

---

<sup>354</sup> *Contra*, D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 291-292, n°496 et 497. Les auteurs ne font cependant valoir aucun argument à l'appui de leur affirmation.

<sup>355</sup> « En cas de procédure négociée avec publicité, et en cas de procédure négociée sans publicité lorsque plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services sont consultés, lorsque le montant du marché atteint le montant pour la publicité européenne et que l'attribution se fait au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, ce dernier précise la pondération relative de chacun des critères d'attribution. Cette pondération peut éventuellement être exprimée dans une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Si une telle pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, les critères sont mentionnés dans un ordre décroissant d'importance » (Art. 122*bis* de l'AR du 8.01.1996. Ainsi inséré par l'A.R. du 12 janvier 2006, art. 17, qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2006 en vertu de son art. 62 et modifié par l'A.R. du 23 novembre 2007, art. 28. ).

<sup>356</sup> Art. 30, §3, Directive 2004/18/CE, transposé en droit belge par l'article 122 ter de l'AR du 8.01.1996, inséré par l'art. 65 de l'AR du 29.09.2009.

<sup>357</sup> Art. 30, §3, Directive 2004/18/CE.

<sup>358</sup> Art. 30, §3, Directive 2004/18/CE

d'attente (wachtkamer) n'est pas un acte attaquant à défaut de faire définitivement grief à cette dernière<sup>359</sup>.

Les règles en matière de publication d'avis, de délais de réception des offres et demandes de participation, les règles relatives au contenu et aux moyens de transmission des informations (invitation à négocier)<sup>360</sup> applicables à la procédure négociée sans publicité sont généralement celles prévues pour les procédures restreintes. En fait, le déroulement de la procédure négociée avec publicité est très semblable à celle d'une procédure restreinte, avec quelques spécificités.

La directive prévoit ainsi que les pouvoirs adjudicateurs peuvent restreindre le nombre de candidats appropriés qu'ils inviteront négocier (la règle valant pour les procédures restreintes et le dialogue compétitif) à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible. Les pouvoirs adjudicateurs doivent indiquer alors dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximal.

Dans la procédure négociée avec publication d'un avis de marché et le dialogue compétitif, le nombre minimum est de trois (il est de 5 en cas de procédure restreinte), le nombre de candidats invités devant, en tout état de cause, être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Il est important de déterminer le moment où ce minimum requis de 3 candidats admis à négocier doit être déterminé compte tenu de la faculté de réduire en cours de négociation, le nombre des participants.

La province d'Anvers a lancé une procédure négociée avec publicité sur base de l'art. 17 § 3, 4° de la loi du 24 décembre 1993 en vue d'attribuer un marché de service portant sur le développement et l'implémentation d'un « *système intelligent de business* », arguant de la complexité de la matière et du nombre élevé de possibilités techniques.

Le Conseil d'Etat<sup>361</sup> a rappelé à cette occasion qu'afin d'examiner si la procédure négociée a violé l'article 68 5° de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 (selon lequel le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois), il convenait de répondre à la question de savoir quand les négociations avaient effectivement commencé. En l'espèce, il n'était pas contesté que les parties requérantes avaient ajouté à leur offre, un serveur MS SQL, à la demande du pouvoir adjudicateur, dans le cadre du premier tour des négociations. Aussi, au vu du contenu réel de ce premier tour emportant de véritables négociations, et dès lors que celui-ci s'était déroulé en présence de plus de trois candidats, il n'était pas démontré que l'article 68 5° de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 avait été violé, ni en quelle façon cette prétendue violation aurait porté préjudice à la partie requérante : «*De verzoekende partij lijkt door haar eerste grief - niet aan de tweede ronde te mogen deelnemen -*

<sup>359</sup> CE., 30 juin 2009, n°194.903, N.V. Vinci Park Belgium, N.V. Interparking, N.V. Parkeerbeheer c./ Stad Roeselare; inédit; C.E., 9 avril 2009, n°192.282, Barclays Private Equity Ltd, Meridiam Infrastructure Finance SARL en NIBC Infrastructure BV c./ AGION en Vlaamse Gemeenschap; inédit.

<sup>360</sup> Art. 35, 36, 37, 38, 40 de la directive 2004/18/CE.

<sup>361</sup> C.E., 31 janvier 2008, n°179.202, N.V. Solid Partners c./ Provincie Antwerpen, T.B.P., 2009, 558.

*enkel één bepaling van de specifieke regelgeving betreffende de overheidsopdrachten geschonden te achten, namelijk artikel 68, vijfde lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996. Die bepaling lijkt te dezen toepasselijk en zij houdt in dat het aantal gegadigden dat tot de onderhandelingen wordt toegelaten niet kleiner mag zijn dan drie, voor zover er voldoende geschikte gegadigden zijn. De vraag rijst op welk ogenblik in de in het geding zijnde procedure "onderhandelingen" zijn aangevat. Het hiervoor aangehaalde bestek maakt bij de beschrijving van de eerste ronde enkel gewag maakt van de mogelijkheid om daarin de inschrijvers uit te nodigen om één of meer "toelichtingen" te geven, hetgeen niet op onderhandelingsmarge lijkt te wijzen. De verzoekende partij lijkt echter zelf aan te geven dat de toevoeging van de MS SQL-server op vraag van de verwerende partij is gebeurd. Zulks lijkt te betekenen dat er de eerste ronde reeds wezenlijk - en hier in het voordeel van de verzoekende partij - werd onderhandeld, hetgeen ook het standpunt van de verwerende partij is.*

*Niet betwist lijkt dat de verzoekende partij samen met vier andere inschrijvers tot de eerste ronde werd toegelaten zodat, rekening houdend met het reële verloop van de eerste ronde, de verzoekende partij geen manifeste schending van artikel 68, vijfde lid, lijkt aan te tonen, en nog minder dat, indien die schending zou worden aangenomen, op welke wijze ze de belangen van de verzoekende partij heeft geschaad. »*

Les pouvoirs adjudicateurs doivent inviter un nombre de candidats au moins égal au nombre minimum prédéfini. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux est inférieur au nombre minimal, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure en invitant le ou les candidats ayant les capacités requises. Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur ne peut pas inclure d'autres opérateurs économiques n'ayant pas demandé de participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

Enfin, lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à la faculté de réduire d'offres à négocier (ou le nombre de solutions à discuter dans le cadre d'un dialogue), ils effectuent cette réduction en appliquant les critères d'attribution qu'ils ont indiqués dans l'avis de marché, dans le cahier des charges ou dans le document descriptif. Dans la phase finale, ce nombre doit permettre d'assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions ou de candidats appropriés<sup>362</sup>.

Ces précisions renforcent les similitudes entre la procédure négociée avec publicité et les procédures restreintes, dans un cadre plus flexible certes<sup>363</sup> : l'avis de marché préalable assure la mise en concurrence la plus large possible, les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement sont une garantie pour les opérateurs économiques pendant toute la procédure.

Si la procédure négociée avec publicité n'est pas présentée en droit européen comme une procédure ordinaire, au fur et à mesure des réformes, elle est entourée de plus en plus obligations précises, soit en vertu de dispositions visant spécifiquement la procédure négociée avec publicité, soit implicitement lorsque les règles visent les « marchés » sans autre précision ou qu'elles sont énoncées sans aucune restriction (relative à la procédure), soit encore lorsque toutes les

<sup>362</sup> Art. 30, §4, Directive 2004/18/CE.

<sup>363</sup> D. D'HOOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 247, n°387.

conséquences du droit primaire et des principes généraux, singulièrement d'égalité et de non discrimination et de transparence, sont appliquées *in concreto* à une procédure.

Le principe d'égalité implique des obligations très précises dans le chef du pouvoir adjudicateur. Dans le cadre de la passation d'un marché de travaux portant notamment sur la construction d'un parking souterrain, d'un hangar à vélo, d'un hall de gare, de quais, etc à la gare de Brugge, la S.N.C.B. Holding a choisi de procéder à la procédure négociée avec publicité. Les dispositions du cahier spécial des charges prévoyait notamment ce qui suit : le libre accès devait être assuré pour les passagers, via le couloir souterrain existant et les variantes libres ne pouvaient être acceptées.

Le marché a été attribué à l'association momentanée De Meyer – CEI – Interbuild, dont l'offre initiale prévoyait un mode d'exécution différent de celui imposé par le cahier des charge, (et donc une variante) consistant en la construction d'une passerelle temporaire. Après la réunion de négociation du 28 mai 2004, l'association momentanée avait indiqué exécuter les travaux avec une méthode prévoyant un accès aux voyageurs via le passage souterrain existant, pour le même prix et dans le même délai d'exécution. Le requérant, soumissionnaire évincé, qui prévoyait également l'exécution de travaux, avec la construction d'une passerelle temporaire, et qui a néanmoins vu son offre rejetée pour non-conformité, a critiqué la décision de la S.N.C.B. Holding, sur la base notamment de la rupture de principe d'égalité. Le Conseil d'Etat a censuré le comportement du pouvoir adjudicateur : « *le principe d'égalité de traitement des offres est méconnu, dès lors qu'une offre initialement non conforme a été admise aux négociations, parallèlement au refus d'une variante similaire émise par le soumissionnaire évincé* »<sup>364</sup>. Il considère encore que le fait que cette offre initialement non conforme soit devenue conforme dans le cours des négociations a compromis la comparaison objective des offres. Si la prohibition du traitement inégalitaire de deux soumissionnaires dans les circonstances de l'espèce semble inadmissible, par contre, considérer qu'une offre non conforme devenue conforme dans le cours des négociations empêche la comparaison objective ne nous semble pas aller de soi. En effet, si le Conseil d'Etat a entendu condamner la régularisation des offres en cours de négociation, il supprime toute flexibilité à la procédure négociée et lui fait perdre toute spécificité. Gageons que la précision du défaut de comparaison objective en raison de la régularisation de l'offre soit liée aux circonstances de l'espèce, à savoir qu'une autre offre aurait dû également être intégrée au processus de négociation.

#### 65. La procédure négociée sans publicité : modalités procédurales

Par opposition à la procédure négociée avec publicité, la procédure négociée sans publicité serait-elle celle qui s'affranchit de toute contrainte ?

La réponse à apporter à cette question est négative, l'administration ne jouit jamais de la même liberté d'un particulier dans ce contexte<sup>365</sup>

<sup>364</sup> C.E., 18 juin 2009, n°194.337, N.V. Franki Construct, N.V. Willemen General Contractor, N.V. Strabag Belgium c./ S.N.C.B. Holding ; R.A.B.G., 2009, 1129.

<sup>365</sup> *Contra*, à tort, C.E., 15 février 2006, n°155.076 ; souligné également par PH. FLAMME, *Les marchés publics européens et belges*, 2009, déjà cité, 213.

D'une part, les champs d'application des deux directives sont rédigés en visant clairement des « marchés », elles énoncent de nombreuses dispositions qui s'appliquent aux marchés ou à la passation des marchés sans autre précision. Partant, sous la seule restriction des dispositions relatives aux modalités de publicité, par définition non applicables à la procédure négociée sans publicité, il s'impose de conclure que toutes les dispositions énoncées par le droit dérivé sont bien applicables aux procédures négociées sans publicité, sauf exception énoncées clairement.

Ainsi, l'obligation d'attribuer le marché sur base du prix le plus bas ou sur base de l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée en fonction de critères d'attribution en principe pondérés (sauf si la pondération est impossible pour des raisons démontrables), les modalités imposées pour la prise en compte des variantes libres, ainsi par exemple, des modalités de vérification des offres anormalement basses s'appliquent également dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité régie par le droit européen.

D'autre part, le droit primaire, les principes généraux, de droit communautaire au dessus et en dessous des seuils, et de droit administratif nous semblent devoir impliquer des précautions équivalentes à celles généralement appliquées dans le cadre des procédures ordinaires ou à tout le moins dans le cadre de la procédure négociée avec publicité.

Partant, le droit belge ne nous semble pas parfaitement conforme au droit européen dans son état actuel<sup>366</sup>.

En effet, le droit interne ne comporte que très peu de dispositions relatives à la procédure négociée en générale et en particulier sans publicité.

Il prévoit seulement qu'en cas de procédure négociée sans publicité<sup>367</sup> lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 2, de la loi, lorsque le montant estimé du marché public de travaux, de fournitures ou de services *est égal ou supérieur*, hors taxe sur la valeur ajoutée, aux seuils européens, et si plusieurs candidats sont retenus, ils sont invités simultanément et par écrit à présenter une offre. Cette invitation comporte au moins : le cahier spécial des charges et, éventuellement, les documents complémentaires y annexés; s'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour effectuer cette demande, ainsi que le montant et les modalités de paiement de la somme qui doit éventuellement être versée pour obtenir ces documents; la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles doivent être envoyées et la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées; l'indication des documents à joindre éventuellement; le cas échéant, et sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives relatives à la rémunération de certains services, les critères d'attribution du marché.

Il est généralement admis que le pouvoir adjudicateur doit au moins inviter trois soumissionnaires à remettre une offre, pour des raisons pertinentes tenant à leur capacité et expérience<sup>368</sup>, sauf décision dûment motivée énonçant les raisons pour

<sup>366</sup> Soit la loi de 1993 et ses arrêtés d'exécution.

<sup>367</sup> Art. 121 de l'AR du 8.01.1996, ainsi modifié par l'A.R. du 25 mars 1999, art. 47, 2°.

<sup>368</sup> C.E. 12 mars 2003, n°116.962.

lesquelles la consultation de trois soumissionnaires n'est pas possible. Le pouvoir adjudicateur jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir ces trois prestataires. Les prestataires économiques ne jouissent pas d'un droit à être invité à la procédure négociée<sup>369</sup>.

Le droit interne précise également les modalités de constatation du marché passé par procédure négociée<sup>370</sup> : soit par simple facture acceptée, lorsque le montant du marché à approuver ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, 5.500 € ; soit par la correspondance, selon les usages du commerce, dans les cas de procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 2, de la loi, lorsque le montant estimé du marché est inférieur, hors taxe sur la valeur ajoutée, aux seuils européens ; soit par la notification à l'adjudicataire de l'approbation de son offre, telle qu'éventuellement modifiée après négociation entre les parties ; soit par le contrat signé entre les parties.

Il rend applicable les articles relatifs au contenu des offres et à l'engagement de non participation à une entente par le simple dépôt de l'offre<sup>371</sup> aux marchés à passer par procédure négociée avec ou sans publicité lors du lancement de la procédure.

L'article 90 n'est toutefois d'application pour ces marchés que pour autant que le montant de ceux-ci dépasse 5.500 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

L'article relatif à la remise d'offre par une société momentanée composée d'un associé non sélectionné<sup>372</sup> est également rendu applicable aux marchés à passer par procédure négociée avec publicité lorsqu'ils sont constatés par la correspondance selon les usages de commerce ou par le contrat signé entre les parties<sup>373</sup>.

Pour le reste, le droit interne prévoit seulement que le pouvoir adjudicateur peut rendre d'autres dispositions du titre VI applicables à un marché déterminé, soit le titre intitulé « des offres et de l'attribution en adjudication et en appel d'offres » comportant les règles détaillées de comparaison des offres, passer selon une procédure négociée<sup>374</sup>.

## 66. Conseils méthodologiques

Le pouvoir adjudicateur a tout intérêt compte tenu des contraintes procédurales diverses à choisir une méthodologie précise de négociation qu'il indiquera dans le cahier spécial des charges afin d'une part, de pouvoir exploiter la relative "souplesse" de la procédure négociée sans tomber dans les multiples pièges de la

<sup>369</sup> C.E. 11 août 1998, n°75.584.

<sup>370</sup> Art. 122 de l'AR du 8.01.1996.

<sup>371</sup> Art. 90 et 91 de l'AR du 8.01.1996.

<sup>372</sup> Art. 93 de l'AR du 8.01.1998.

<sup>373</sup> Reste trouver une raison logique et rationnelle à ce particularisme procédural...

<sup>374</sup> Art.122, al. 4 de l'Ar du 8.01.1996. De manière plus anecdotique, la même disposition dispose que « Sauf décision contraire du pouvoir adjudicateur, le titre IIIb/s (relatif aux conditions d'utilisation des moyens électroniques, n'est pas applicable aux marchés à passer par procédure négociée sans publicité au sens de l'article 17, § 2, de la loi. ».

réglementation et d'une part, d'informer parfaitement les opérateurs économiques. Il jouit d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'organisation d'une procédure négociée<sup>375</sup>. En réalité, la procédure négociée a de nombreux points communs avec la procédure restreinte.

La méthodologie de négociation doit comporter des règles relatives à la conduite de celle-ci, à la sélection qualitative, à la comparaison des offres proprement dite, à la possibilité de faire évoluer le contenu des offres, l'objet des négociations.

Il s'impose sans doute de tenir compte des controverses afin de concevoir une méthode la plus susceptible de ne pas être critiquée. Cet exercice se révèle cependant parfois délicat.

Par exemple, la possibilité de **négocier avec un seul candidat** a été contestée par une partie de la Doctrine<sup>376</sup>. Avec d'autres, cette limitation ne nous semble pas pertinente, le droit dérivé ne comportant pas pareille limitation<sup>377</sup>, tout dépend du moment où cette négociation avec un seul soumissionnaire intervient et les alternatives dont dispose le pouvoir adjudicateur.

Il était de pratique courante que la **négociation ait lieu en plusieurs tours**, pratique aujourd'hui mentionnée de manière expresse par les directives. Reste à définir les modalités précises de ces différentes étapes et de prévoir ou pas, la rédaction de rapport intermédiaire (après un premier tour de négociation par exemple).

**La rédaction de rapport ou documents intermédiaires** n'est pas légalement prescrite, si elle est utile au comité de négociation, elle ne doit pas nécessairement pour autant être intégrée dans la méthodologie prévue dans le cahier spécial des charges.

Le droit communautaire impose cependant qu'il y ait une concurrence suffisante avant la remise de la "best and final offer" (BAFO pour les initiés...), il semble délicat de descendre sous le nombre de 3, sauf motivation spéciale. Après la BAFO, le pouvoir adjudicateur peut soit désigner l'adjudicataire, soit désigner un offrant préférentiel, en invitant les autres à patienter dans une salle d'attente<sup>378</sup>. Cette technique permet une dernière mise au point de l'accord, tout en réservant des alternatives au pouvoir adjudicateur en cas d'échec de la négociation finale. A nouveau, il est prudent que l'objet de cette mise au point soit précisée dans le cahier des charges. A défaut, compte tenu du flou des positions des uns et des autres<sup>379</sup>, la mise au point sera susceptible d'être critiquée devant un juge.

Elle doit également garantir l'impartialité du processus d'analyse, par exemple en garantissant l'intégrité du contenu des offres outre la discrétion usuelle des uns et

<sup>375</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 289, n°491.

<sup>376</sup> B. SCHUTYSER et T. VILLE, « De gunning van overheidsopdrachten na onderhandelingen tussen de partijen », in *Jaarboek overheidsopdrachten*, 2008, 589, n° 81.

<sup>377</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 289, n°492, note 218.

<sup>378</sup> *Ibid.*, 293, n°498.

<sup>379</sup> Les approches souples, C.E., 19 novembre 2003, n°125.482 coexistent avec des approches plus strictes de la Commission européenne.

des autres sur le projet, la confidentialité du contenu des offres devant être garantie<sup>380</sup>.

Plus fondamentalement, compte tenu de l'interdiction de faire évoluer le cahier des charges posée en droit communautaire (dans le cadre de la procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques – dont la Cour de Justice est susceptible de déduire la même interdiction pour les procédures négociées sans publicité dans les mêmes secteurs), il s'imposera de prévoir un maximum de flexibilité au processus par le biais de variante, de spécifications techniques fonctionnelles.

L'utilisation des options prévues par le cahier spécial des charges peut se révéler également particulièrement intéressante dans le cadre d'une procédure négociée, comme l'illustre une affaire tranchée par le Conseil d'Etat<sup>381</sup>.

Dans le cadre de l'attribution par procédure négociée d'un marché portant sur l'exécution d'opérations de remorquage et d'assistance à l'amarrage et à l'appareillage de navires de mer annoncé en septembre 1997, seul deux candidatures ont été reçues, le requérant ne s'étant pas candidat, ce qui lui fait perdre tout intérêt au recours. Dans le cours des négociations, la partie intervenante propose, en guise d'option complémentaire, notamment la réalisation de travaux de dragage, conformément au cahier spécial des charges, qui autorisait les candidats à remettre diverses options, pour autant que celles-ci n'affectent pas la stabilité du marché pour le remorquage et l'assistance des navires, permettent des tarifs avantageux et présentent un lien avec l'objet du marché : « *In dat bestek was onder III, punt 5, vermeld : "Het staat de kandidaat vrij om, binnen het territorium van [de verwerende partij], aanvullende uitgewerkte voorstellen te formuleren, voor zover zij de financiële stabiliteit van de opdracht voor het slepen en meren verbeteren en toelaten de tarieven aan te houden en voor zover zij met de opdracht voor het slepen en meren een samenhang hebben, [...] Meer bepaald kan het hier handelen over opdrachten inzake onderhoud en herstelling"* » .

Le Conseil d'Etat a estimé que dès lors que les travaux de dragage proposés constituent également un marché de service (comme le remorquage et l'assistance des navires) et présentent un lien avec ces tâches de base, l'acceptation de cette proposition complémentaire, dans le cadre des négociations, et l'attribution de celle-ci, n'a aucunement dénaturé le marché, la concurrence était en effet bien présente : « *De tussenkomende partijen aan wie de opdracht is toegewezen, hebben ter zake voorstellen gedaan en er is onderhandeld, hetgeen de bepaalde gunningswijze, de onderhandelingsprocedure, toeliet zonder dat de opdracht is "gedenatureerd" zoals de verwerende partij stelt. Daarbij is ook mededinging geweest. Niet is aangetoond op welke wijze aldus artikel 1 van de meervermelde wet van 24 december 1993 of enige andere bepaling van de regelgeving inzake de overheidsopdrachten zou zijn geschonden.* » .

La dernière difficulté qui devra être rencontrée par le cahier spécial des charges réside dans la faculté d'accepter ou non dans la suite de la négociation, une offre

<sup>380</sup> Voy., rapport de la cour des comptes sur la concession relative à la centrale d'épuration de Bruxelles Nord, septembre 2003.

<sup>381</sup> C.E., 17 avril 2008, n°182.119, *N.V. Antwerp Dredging c./ N.V. Zeekanaal en Watergebonden Grondbeheer Vlaanderen*; C.D.P.K., 2009 (sommaire), 333.



affectée d'une irrégularité relative ou absolue ou d'admettre que la négociation porte sur les causes d'irrégularité des offres. En effet, la doctrine est à nouveau divisée sur ce point et la jurisprudence a rendu des arrêts dont des enseignements généraux sont délicats à tirer. Les uns<sup>382</sup> admettent la régularisation des offres en cours de procédure (par exemple, si une offre n'est pas signée, alors qu'en procédure ordinaire, le Conseil d'Etat interprète cette hypothèse comme une absence d'offre, compte tenu de l'absence d'engagement juridique<sup>383</sup>). D'autres sont plus réticents à admettre pareille régularisation<sup>384</sup>. La jurisprudence est délicate à interpréter de manière ferme<sup>385</sup>. La seule manière de sortir de ces incertitudes est de se donner une ligne de conduite à cet égard dans le cahier spécial des charges, par exemple en énonçant des conditions de recevabilité impératives de l'offre qui permettent d'être invité à la négociation, cette précaution minimale permettant de clarifier l'essentiel. Si l'on entend privilégier la souplesse du processus de négociation, il est prudent d'indiquer qu'aucune des prescriptions du cahier des charges, à l'exception des conditions de recevabilité des offres, ne doit être considérée comme impérative.

(2) Les hypothèses de procédure négociée avec publicité des secteurs classiques

*67. Les travaux de recherche et d'expérimentation et les services dont il est impossible d'établir les spécifications avec une précision suffisante pour permettre l'organisation d'une procédure ordinaire*

Les hypothèses de **travaux réalisés afin de recherche et d'expérimentation**<sup>386</sup>, de **services dont il est impossible d'établir les spécifications avec une précision suffisante pour organiser une procédure ordinaire**<sup>387</sup> sont identiques dans le droit européen, la loi de 2006 et la loi de 1993, si ce n'est pour cette dernière hypothèse que le droit européen donne des illustrations en vue de son application.

La seconde hypothèse (impossibilité d'établir des spécifications avec une précision suffisante pour organiser une procédure ordinaire) est très souvent utilisée dans

<sup>382</sup> J. VERMANDER, *Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren*, Bruxelles, 1997, 45 ; FLAMME, M.A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2005, 169.

<sup>383</sup> C.E., 9 mars 2010, S.A. Constructions électriques Schreder C/ Région wallonne, n°201.744.

<sup>384</sup> R. LOSCH, *Competitive dialogue and negotiated procedure in the public sector directive 2004/18/EC*, 10 ; voy. également T.P.I.C.E., Scan office c. Commission, T-40/01.

<sup>385</sup> C.E., 19 juin 2001, n°96.667 (cahier spécial des charges n'exigeait rien à peine de nullité) ; C.E. 6 mars 2008, n°180.547 (pas de base juridique pour considérer que le concept d'irrégularité substantielle puisse être appliqué à une procédure négociée ; C.E., 21 janvier 2008, n°179.202 (absence d'intérêt du requérant).

<sup>386</sup> Art. 30, d de Directive 2004/18/CE, art. 26, §2, 2° de la Loi de 2006, art. 17, §3, 3° de la Loi de 1993.

<sup>387</sup> Art. 30, c de la Directive 2004/18/CE, art. 26, §2, 3° de la Loi de 2006, art. 17, §3, 4° de la Loi de 1993.

les marchés de services financier (et montages P.P.P.<sup>388</sup> en Région flamande<sup>389</sup>) et des prestations intellectuelles (notamment des missions d'auteur de projet)<sup>390</sup>. Le Conseil d'Etat a rappelé qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur d'apporter la preuve que les conditions d'application de cette hypothèse étaient bien remplies, celles-ci devant ressortir soit du dossier administratif, soit d'une délibération motivée relative au choix de ce mode de passation<sup>391</sup>. Dans cette affaire, il s'agissait d'apprécier la légalité du marché relatif à la désignation d'un partenaire immobilier chargé de constituer avec l'Etat belge, une Sicafi détenant les biens essentiellement loués à des pouvoirs publics. Le Conseil d'Etat s'est estimé dans l'impossibilité de vérifier la légalité du mode de passation. Cette décision, rendue dans le cadre de l'extrême urgence, nous semble particulièrement sévère. En effet, le cahier spécial des charges nous semblait établir à suffisance la complexité du marché et notamment les inconnues rendant une procédure ordinaire impossible à appliquer.

Le Conseil d'Etat reste particulièrement vigilant et censure régulièrement le recours à cette disposition, par exemple pour la publication d'un périodique au format particulier<sup>392</sup>, très souvent en raison de l'absence de soin pris par les pouvoirs adjudicateurs à justifier les conditions d'application<sup>393</sup>. Encore faut-il, pour le requérant, pouvoir justifier d'un intérêt utile à cette critique dans le cadre d'une demande de suspension, tel n'est pas le cas lorsqu'il est sélectionné pour participer à la procédure<sup>394</sup>. La justification d'un intérêt utile à la critique est délicate également dans le cadre d'un recours en annulation lorsque le candidat sélectionné a participé à la procédure négociée sans émettre la moindre critique<sup>395</sup>.

L'introduction de la procédure de dialogue compétitif valant pour les travaux, les fournitures et les services, compliquera singulièrement le recours à cette hypothèse. En effet, l'objet du dialogue est bien de permettre de préciser les spécifications qui seront finalement choisies par le pouvoir adjudicateur pour la suite de la procédure. Il sera d'autant plus délicat de justifier qu'il est impossible d'établir des spécifications avec une précision suffisante.

En outre, il faut bien admettre qu'il est toujours possible de rédiger des spécifications par rapport à un marché, qu'elles soient fonctionnelles ou rédigées sous forme d'objectifs ou de niveaux de performance à atteindre<sup>396</sup>. De telles spécifications compliquent cependant parfois la comparaison des offres<sup>397</sup>. La

<sup>388</sup> Sur l'astuce de la requalification en service des opérations P.F.I., voy. AL DURVIAUX, *Logique de marche et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, 123, n°109.

<sup>389</sup> CE, 6 mars 2008, n°180.547, N.V. Brasschaat Financial c/ Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat (AGBB) ; inédit.

<sup>390</sup> FLAMME, M.A., FLAMME, Ph., DARDENNE, Cl., *Les marchés publics européens et belges*, déjà cité, spéc. p. 213, n°158.5.

<sup>391</sup> C.E., 11 octobre 2006, n°163.472.

<sup>392</sup> C.E., 22 août 2007, n°174.070, N.V. Verheyen Graphics / Stad Antwerpen, *T.B.P.*, 2009, 58.

<sup>393</sup> C.E., 7 avril 2009, n°192.241.

<sup>394</sup> C.E., 24 janvier 2008, n°178.884, N.V. Brasschaat Financial Holding c/ Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat; *C.D.P.K.*, 2009, 160; *R.W.*, 2009-2010 (sommaire), 366.

<sup>395</sup> C.E., 31 janvier 2008, n°179.202, N.V. Solid Partners c/ Provincie Antwerpen; *T.B.P.*, 2009, 558.

<sup>396</sup> D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 285, n°481.

<sup>397</sup> CE, 22 août 2007, n° 174.070, N.V. Verheyen Graphics / Stad Antwerpen, *T.B.P.*, 2009, 58.

négociation est censée permettre au pouvoir adjudicateur de préciser suffisamment sa demande pour pouvoir comparer et choisir entre diverses solutions. Il reste encore des hypothèses marginales, où la part de créativité des prestataires est telle, qu'il est impossible d'établir des spécifications de manière précise<sup>398</sup>.

*68. Les prestations dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix, dans des cas exceptionnels*

L'hypothèse des **prestations dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix, dans des cas qui doivent rester exceptionnels**<sup>399</sup>, sera parfaitement transposée dès l'entrée en vigueur de la loi de 2006, puisque désormais les travaux, services et fournitures sont visées dans la loi<sup>400</sup>.

Cette disposition, controversée<sup>401</sup>, a été utilisée par les pouvoirs adjudicateurs du Royaume-Uni dans le cadre de leurs projets P.F.I. et dans le cadre de vaste projet de privatisation de certains services publics. En réalité, dans le cadre de projets complexes, le pouvoir adjudicateur n'est pas toujours en mesure de fixer de manière unilatérale dans le cahier spécial des charges, le système de répartition des risques susceptibles d'être acceptés par les opérateurs économiques. Une inclinaison naturelle teintée de naïveté dans les vertus des P.P.P., pousse le pouvoir adjudicateur à tenter d'externaliser un maximum de risques au secteur privé, alors que ce dernier, ne peut raisonnablement accepter de prendre tous les risques d'une opération. La négociation (ou le dialogue) est indispensable au rapprochement des deux parties et portera sur cette question fondamentale de répartition des risques<sup>402</sup>.

En Région flamande, de nombreux partenariats public privé relatifs à des projets de construction dans le logement social combinant apport de terrain, conception et construction ont été passés sur base de cette procédure<sup>403</sup>.

L'impossibilité d'établir ou la difficulté de fixer un prix global pour le marché ne peut être imputable au pouvoir adjudicateur<sup>404</sup>. Puisque diverses modalités de fixation

<sup>398</sup> P. TREPTE, *Public procurement in the EU. A practitioner's guide*, Oxford, OUP, 2006, 431, n° 7.145.

<sup>399</sup> Art. 30, b de la Directive 2004/18/CE, art. 26, §2, 1°, b de la Loi de 2006, art. 17, §3, 2° de la Loi de 1993.

<sup>400</sup> La loi 1993 n'avait pas prévu l'hypothèse pour les fournitures.

<sup>401</sup> AL DURVIAUX, *Logique de marche et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, 505, n°453.

<sup>402</sup> A. BROWN, « The impact of the new procurement directive on large public infrastructure project : competitive dialogue or better the devil you know », *P.P.L.R.*, 2004, 106 ; E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND et J.F. NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, Sdu Uitgevers, 2004, 145.

<sup>403</sup> Pour un exemple, C.E., 21 décembre 2006, n°166.264 ; FLAMME, M.A., FLAMME, PH., DARDENNE, CL., *Les marchés publics européens et belges*, déjà cité, 211, n°158.2 ; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, La Chartre, 2003, 102 et s. ; E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND et J.F. NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, Sdu Uitgevers, 2004, 145 ; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 568.

de prix sont prévues par la réglementation<sup>405</sup>, la procédure négociée avec publicité ne peut être justifiée par le fait que les quantités définitives ne seront connues qu'au terme de l'exécution, situation très fréquente dans les projet de construction avec terrassement ou lorsque la nature du sol est délicate<sup>406</sup>.

L'introduction du dialogue compétitif compliquera singulièrement le recours à cette hypothèse, la complexité de certains projets ayant nécessaire des conséquences sur les modalités de fixation du prix. Dans son livre vert sur les P.P.P., la Commission européenne a adopté une approche très restrictive de cette disposition<sup>407</sup>, qui ne peut viser que des « *situations exceptionnelles dans lesquelles des incertitudes pèsent a priori sur la nature ou l'étendue des travaux à effectuer, mais ne vise pas les situations dans lesquelles les incertitudes résultent d'autres causes, telle la difficulté de fixer préalablement le prix en raison de la complexité du montage juridique et financier mis en place* », par exemple des travaux effectués dans une zone géologiquement instable ou archéologique.

Cette interprétation est critiquée par la Doctrine<sup>408</sup>. A tort, la Commission semble opérer une scission étanche entre d'une part, les conditions de réalisation des travaux, et d'autres part, les modalités de leur financement. En réalité, ces deux aspects sont la plupart du temps indissociable, le risque de la réalisation des travaux augmentant avec la part de conception qui est externalisée au privé dans le cadre d'un projet.

Le Conseil d'Etat a, semblerait-il, une approche plus pragmatique. Il a admis expressément l'utilisation de cette base juridique pour le projet de PPP pour la liaison Oosterweel<sup>409</sup>. Il a récemment encore estimé que le souci de transparence des pouvoirs adjudicateurs qui élaboraient des directives (Leidraad) afin d'informer les participants ne devait pas se retourner contre eux, en précisant que ces directives ne devaient pas être considérées en chacun de ses points comme substantiels, à l'occasion de la passation par la société De Lijn, d'une convention DBFM en vue de la réalisation d'un projet de ligne de trams et de bus Bravo I<sup>410</sup>.

En vue d'attribuer un marché public portant sur des assurances tous risques chantiers (lot 1) et responsabilité civile (lot 2) pour la réalisation du projet de liaison du Ring d'Anvers, le pouvoir adjudicateur avait choisi une procédure négociée sur base de l'article 17, §3, 4° de la loi de 1993.

Le Conseil d'Etat<sup>411</sup> a estimé que dès lors qu'il est évident que les spécifications du

---

<sup>404</sup> D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 282, n°476.

<sup>405</sup> Art. 86 de l'AR du 8 janvier 1996.

<sup>406</sup> D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 282, n°476

<sup>407</sup> *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, Bruxelles, 30 avril 2004, COM (2004) 327 final.

<sup>408</sup> E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND et J.F. NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, Sdu Uitgevers, 2004, 145 ; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 568, n° 8.11.

<sup>409</sup> C.E., 21 décembre 2006, n° 166.264.

<sup>410</sup> C.E., 11 septembre 2008, n°186.230, N.V. Aannemingsmaatschappij CFE, N.V. Fabricom GTI, N.V. Aannemingen Van Wellen, N.V. Engema c./ Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn; T.B.O., 2009, (sommaire), p. 261.

<sup>411</sup> C.E., 31 juillet 2007, n°173.795, N.V. Fortis Corporate Insurance / N.V. Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (B.A.M.); Entr. et dr., 2008, p. 262 et note Ph.

marché ne pourront être déterminées que sur la base du projet de liaison du Ring d'Anvers lui-même, ce qui augmente la complexité financière et juridique du marché en cause, le recours à la procédure négociée sur la base de l'article 17 § 3 4° de la loi du 24 décembre 1993 paraît justifié : « *Overwegende dat er in casu wel uitdrukkelijk een beslissing is genomen om de onderhandelingsprocedure toe te passen; dat de motieven zich lijken in te passen in de mogelijkheid van artikel 17, § 3, 4/, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat het evident lijkt dat specificaties van de opdracht slechts zullen kunnen bepaald worden als men zicht heeft op de achterliggende opdracht van het project Oosterweelverbinding zelf, wat de financiële en/of juridische complexiteit overstijgt; dat de verwijzing naar het arrest S.A. AXA BELGIUM, nr. 163.472 van 11 oktober 2006 niet helemaal opgaat nu in de zaak van dit arrest er helemaal geen beslissing voorhanden leek om de onderhandelingsprocedure als gunningswijze te hanteren; dat de mogelijkheid dat de onderhandelingsprocedure zou vervangen kunnen worden door de procedure van de concurrentiegerichte dialoog niets afdoet aan de overwegingen van voormeld tussenarrest; dat dienvolgens in casu het tweede middel evenmin dienstig kan worden ingeroepen.....* ».

Le Conseil d'Etat avait rejeté le recours en suspension visant ce même marché alors que la partie requérante, afin de critiquer la décision de non sélection de sa candidature, invoquait l'irrégularité de l'application de la procédure négociée, dès lors que celle-ci n'était pas motivée, ni dans l'avis de marché, ni dans le dossier de sélection. Le Conseil d'Etat a rappelé à cette occasion qu'étant donné qu'il devait limiter son examen à l'objet de la demande, ainsi qu'au préjudice allégué, il devait constater que, dès lors que l'objectif de la partie requérante étant de se voir attribuer le marché, le moyen invoqué de nullité du recours à la procédure négociée n'est pas de nature à atteindre cet objectif et réparer le préjudice allégué : « *Te dezen betoogt verzoekende partij in het middel dat ten onrechte een beroep is gedaan op de onderhandelingsprocedure. Het ernstig en later gegrond bevinden van dit middel zou echter de tot hertoe doorlopen gunningsprocedure tenietdoen zodat het voordeel dat verzoekende partij met de huidige vordering beoogt - om uiteindelijk de in het geding zijnde opdracht toegewezen te krijgen en daartoe eerst de beslissing tot niet-selectie ongedaan te maken - voor allicht een hele periode buiten het bereik van verzoekende partij komt. In het licht van het concrete voorwerp van de vordering en het aangevoerde nadeel is het middel dienvolgens niet dienstig.* »<sup>412</sup>.

La ville d'Anvers s'est par contre vue reprocher de ne pas avoir suffisamment motivé formellement sa décision de fonder l'attribution du marché relatif à l'impression du journal municipal " de Antwerpenaar", notamment en ne démontrant pas pourquoi les spécifications du marché ne pouvaient être définies que dans le cadre d'une procédure négociée (art. 17, §3, 4° de la loi du 24 décembre 1993)<sup>413</sup>.

La ville de Mons a commis les mêmes maladroites à l'occasion de l'attribution du

---

FLAMME, « Réflexions sur l'utilisation de la procédure négociée avec publicité spécialement dans le cas repris sous l'article 17, par. 3, 4° de la loi du 24 décembre 1993 » ; *T.B.O.*, 2008, (sommaire), p. 161.

<sup>412</sup> C.E., 12 juillet 2007, n°173.471, N.V. Fortis Corporate Insurance / N.V. Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (B.A.M.); *Entr. et dr.*, 2008, p. 256 ; *T.B.O.*, 2008, (sommaire), p. 161 ; *T.B.P.*, 2009, p. 49.

<sup>413</sup> C.E., 22 août 2007, n°174.070, N.V. Verheyen Graphics / Stad Antwerpen; *T.B.P.*, 2009, p. 58.

marché d'auteur de projet pour l'étude des travaux de rénovation de l'ancienne Académie des Beaux-arts à Mons. Au terme d'une procédure de sélection, seuls deux candidats ont été retenus, dont le requérant, pour défendre et améliorer leur offre devant le comité de sélection. Le Conseil d'Etat<sup>414</sup> a considéré que l'absence de décision de recourir à la procédure négociée ou absence de motivation constituait une décision préalable, et non une décision purement préparatoire, à l'égard du soumissionnaire évincé ayant participé à cette procédure négociée puisqu'elle emportait des effets juridiques définitifs. Il a rappelé que le moyen critiquant la mode de passation était d'ordre public : « (...) *la procédure négociée avec publicité est exceptionnelle, en ce qu'elle n'est autorisée que dans des cas limitativement énumérés à l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, et déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1er de la même loi* ». La charge de la preuve de ces hypothèses d'application, d'interprétation stricte d'une procédure négociée repose sur la partie qui s'en prévaut.

#### 69. Offres irrégulières ou inacceptables

L'hypothèse **des offres irrégulières ou inacceptables**<sup>415</sup> **suite à une procédure ordinaire ou à un dialogue compétitif**<sup>416</sup> **pour autant que les conditions du marché ne soient pas modifiées substantiellement et que le pouvoir adjudicateur ne consulte pas tous les soumissionnaires qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et qui ont remis une offre formellement régulière** (Loi 2006) ou des offres conformes aux exigences formelles (Directive 2004 et Loi 1993) est pose plus de difficulté.

D'une part, le texte de la directive est à bien des égards mystérieux, ou dans un langage plus directe, incohérent. Il semble en effet poser des conditions cumulatives qui sont contradictoires<sup>417</sup>.

D'autre part, il est dommage que le législateur belge, sur un sujet aussi sensible n'est pas transposé littéralement l'hypothèse en précisant dans les travaux préparatoire ce que recouvrait précisément l'expression, la théorie des irrégularités des offres étant, en droit belge, pour le moins sophistiquée. Si le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui satisfaisaient aux exigences minimales de capacité et qui ont remis une offre formellement conforme, il peut procéder par procédure négociée *sans* publicité<sup>418</sup>.

Le Conseil d'Etat interprète de manière très stricte la condition d'absence de modification substantielle des conditions du marché. Il considère que l'introduction d'un critère d'attribution ou d'une pondération constitue une modification

<sup>414</sup> C.E., 7 avril 2009, n°192.241, Association momentanée Gauthier Coton, Architectures, Nottebaert et Lelion c./ Communauté française.

<sup>415</sup> L'expression est nouvelle, avant seuls les prix inacceptables étaient visés.

<sup>416</sup> Est-ce l'indice de la volonté du législateur européen de considérer celui-ci comme une procédure ordinaire ? La question aurait mérité une réponse plus franche. Il s'agit d'un ajout de la directive 2004/18/CE et de la loi de 2006.

<sup>417</sup> AL DURVIAUX, *Logique de marche et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, 506, n°453.

<sup>418</sup> Art. 17, §2, 1°, de la Loi de 1993 ; art. 26, §2, 1° de la Loi de 2006 (secteurs classiques).

substantielle<sup>419</sup>. Dans cette affaire, après avoir procédé à un appel d'offres général pour un marché de service portant sur l'exécution de mesures de courant au large de Zeebrugge et sur l'établissement d'un atlas de ces courants, la Région Flamande, n'ayant reçu qu'une seule offre, décide, le 12 mars 2009, de ne pas attribuer le marché, au vu du caractère anormalement élevé de cette soumission et de procéder, conséquemment, à l'attribution du marché par procédure négociée. Trois candidats déposent une offre. Au terme d'une première réunion de négociation, la Région Flamande adresse, par courrier du 2 octobre 2009, à l'ensemble des candidats, une note, par laquelle elle ajoute un quatrième critère et adapte également la pondération de l'ensemble des critères. Elle précise que les offres finales doivent être déposées au plus tard pour le 15 octobre 2009 à 11 heures. Ce nouveau critère porte, non plus sur une « version pdf » (*pdf – weergave*) de la version papier de l'atlas, mais bien désormais sur les possibilités de navigation avec une interface active : « (...) op het eerste gezicht is er een markant verschil tussen de eerst gevraagde - in de eigen bewoordingen van de verwerende partij - "pdf-weergave" van de papieren versie van de atlas, terwijl in de nieuwe opties in navigatiemogelijkheid en actieve bevraging wordt voorzien.» Le Conseil d'Etat estime, avec sévérité, que l'augmentation de l'objet du marché par l'ajout d'un critère d'attribution, ainsi que par la modification de la pondération de ces critères d'attribution doit être considéré comme une modification substantielle des conditions originaires du marché ; le recours à la procédure négociée ne peut donc être fondée sur la base de l'article 17 §3 1° de la loi du 24 décembre 1993 : « *Op het eerste gezicht dienen aldus de uitbreiding van het voorwerp van de opdracht door de toevoeging van een gunningscriterium en de wijziging van de weging van de gunningscriteria te dezen als een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht te worden aangemerkt. Aldus lijkt de besteden beslissing te zijn genomen met schending van het in het middel geschonden geacht en voormeld artikel 17, § 3, 1* ».

#### 70. Les marchés de « faible importance » et les marchés « réservés »

Enfin, deux nouvelles hypothèses strictement « belges » ont été ajoutées dans la loi de 2006. D'une part, il s'agit d'une **nouvelle catégorie « de marchés de faible importance »**, plus important que le seuil qui autorise la procédure négociée *sans* publicité et moins important que les seuils européens<sup>420</sup>. Les seuils de 600.000 € pour les travaux et de 206.000 € pour les fournitures et services ont déjà été évoqués<sup>421</sup>.

D'autre part, il s'agit des marchés **attribués aux entreprises d'économie sociale d'insertion (sous les seuils européens) et aux ateliers protégés** (également au dessus des seuils européens), soit sur base de la réservation d'accès prévue à l'article 22 de la loi 2006). A vrai dire, ce n'est pas tant une procédure négociée avec publicité qui aurait été utile pour la passation de ces marchés, mais bien des règles dérogatoires aux mécanismes d'attribution proprement dit (attribution sur base du critère du prix le plus bas ou sur base de critères multiples), dans la

<sup>419</sup> C.E., 26 janvier 2010, n°200.069, N.V. Gems International c./ Vlaamse Gewest; inédit.

<sup>420</sup> Art. 26, §2, 1°, d de la Loi de 2006.

<sup>421</sup> FLAMME, M.A., FLAMME, Ph., DARDENNE, Cl., *Les marchés publics européens et belges*, déjà cité, 211-213, n°158.4.

mesure où ces opérateurs n'ont pas pour objectif principal d'être des « opérateurs économiques compétitifs » mais bien, au travers d'une activité économique, de permettre à des personnes fragilisées d'accomplir une activité professionnelle.

(3) Les hypothèses spécifiques de procédures négociées sans publicité

*71. Pour les secteurs classiques : absence d'offre régulière ou remise de prix inacceptables dans le cadre de marchés de travaux, de fournitures et de services*

La directive générale prévoit l'hypothèse où aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européennes<sup>422</sup>. Il faut mettre en relation cette disposition avec l'art. 30, a) de la même directive (cas de procédure négociée avec publicité) pour comprendre l'intention du législateur européen. Cette dernière hypothèse évoque des offres irrégulières, des offres inacceptables déposées dans le cadre de procédures ordinaires ou d'un dialogue compétitif autorisant une procédure négociée avec publicité et, en incise, une précision qui renvoi à une hypothèse de procédure négociée sans publicité, soit le cas où le pouvoir adjudicateur invite tous les soumissionnaires sélectionnés qui ont remis une offre conforme aux exigences formelles de la procédure de passation initiale (du moins dans une interprétation raisonnable d'un texte mal écrit).

Cette hypothèse est transposée en droit belge<sup>423</sup>.

La loi de 2006 a transposé dans son principe la disposition en indiquant que la procédure négociée sans publicité était autorisée lorsque seules des offres irrégulières ou des offres inacceptables ont été déposées en réponse à une adjudication, un appel d'offre ou un dialogue compétitif, *pour autant que le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires<sup>424</sup> qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et ont remis une offre formellement régulière lors de la première procédure* et que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

Elle fait une distinction supplémentaire entre les marchés à passer au dessus ou en dessous du seuil européen. Dans la seconde hypothèse (publicité européenne obligatoire), seuls les soumissionnaires qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et ont remis une offre formellement régulière lors de la première procédures peuvent être consultés. Dans la première hypothèse (publicité européenne non obligatoire), le pouvoir adjudicateur peut, en vue d'élargir la concurrence, consulter en outre des entrepreneurs, des fournisseurs ou des prestataires de services qui, selon lui, peuvent répondre aux exigences en

<sup>422</sup> Art. 31, 1, a de la directive 2004/18/CE.

<sup>423</sup> Art. 17, §2, 1°, d de la loi de 1993 et art. 26, §1, 1°, e de la loi de 2006.

<sup>424</sup> S'il décidait de ne pas les consulter tous, il peut éventuellement se fonder sur l'article 17, §3, 1° de la loi de 1993 pour relancer la procédure.



matière de droit d'accès et de sélection qualitative, que ceux-ci aient remis ou non une offre dans le cadre de la première procédure.

L'hypothèse telle que prévue par la loi de 1993<sup>425</sup> avait été précisée par l'arrêté qui prévoyait que *seuls* les soumissionnaires dont l'offre répond aux conditions et exigences prévues à cet article peuvent être consultés<sup>426</sup>.

Le Conseil d'Etat a précisé la manière dont il interprétait la condition d'*offre formellement régulière lors de la première procédure*<sup>427</sup>, il s'agit d'une offre formellement recevable qui peut, par ailleurs être irrégulière sans compromettre la participation de son auteur à la procédure négociée sans publicité.

Le Conseil d'Etat considère qu'un critère d'attribution du marché ne peut être abandonné<sup>428</sup> ou qu'une modification de l'objet<sup>429</sup> du marché ne intervenir dans le cadre de la procédure négociée sans violer l'interdiction d'apporter des modifications substantielles aux conditions initiales du marché.

L'appréciation du caractère inacceptable du prix est très largement discrétionnaire dans le chef du pouvoir adjudicateur qui se référera souvent à son estimation<sup>430</sup> pour le justifier, le Conseil d'Etat ne censurant guère que l'erreur manifeste d'appréciation, mais exigeant que le pouvoir adjudicateur prenne en compte les éléments concrets du dossier<sup>431</sup>. Le pouvoir adjudicateur peut également procéder par comparaison avec des marchés comparables, récents<sup>432</sup>. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'interroger les soumissionnaires comme s'ils avaient remis des prix anormaux, pour pouvoir considérer que leurs prix sont inacceptables, les deux notions étant distinctes et poursuivant des objectifs différents<sup>433</sup>.

La directive évoque les *offres* inacceptable et non des prix inacceptables, soit selon la Commission, des offres tardives ou émanant de candidats n'ayant pas les qualifications requises ou dont le prix est trop élevé par rapport au budget<sup>434</sup>. La doctrine souligne que cette approche est plus large que celle adoptée par le

<sup>425</sup> Art. 17, §2, 1°, d de la loi de 1993.

<sup>426</sup> Art. 120 bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, inséré par l'A.R. du 23 novembre 2007, art. 27, qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2008 en vertu de son art. 55.

<sup>427</sup> C.E., 15 mars 2006, n° 156.427 ; CE, 16 août 2007, n°173.992 ; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht. Boek I*, Anvers, Maklu, 2004, 98 ; Voy. une approche différente, D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 280, n° 687.

<sup>428</sup> CE, 23 avril 2008, n°182.272, pour une critique de cet arrêt, voy. A.L. DURVIAUX, « La procédure négociée entre art et méthode », *Rev. Dr. Communal*, 2008/4, pp.27-31.

<sup>429</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 272, n°452.

<sup>430</sup> CE, 16 août 2007, n°173.992 ; CE, 1<sup>er</sup> février 2007, n°167.381.

<sup>431</sup> C.E., 1<sup>er</sup> février 2007, n°167.381, S.A. Entreprise Gilles Moury et autres formant la société momentanée Triangle c./ S.L.R.B.

<sup>432</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 280, n° 689 et les références.

<sup>433</sup> C.E., 16 août 2007, n° 173.992, Kumpen ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 273, n°453.

<sup>434</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Guide sur les règles applicables aux procédures de passation de marchés publics de travaux*, Bruxelles.

législateur belge en suggérant, en cas d'offre tardive, le recours à l'hypothèse d'absence d'offre plutôt qu'à cette disposition<sup>435</sup>.

*72. Pour les secteurs spéciaux, les achats d'opportunité pour les fournitures*

L'hypothèse des achats d'opportunité, lorsqu'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché est prévu uniquement pour les secteurs spéciaux<sup>436</sup>.

Elle a été transposée littéralement dans la loi de 2006 pour les secteurs spéciaux, pouvoir adjudicateur et entreprise publique<sup>437</sup> et entités adjudicatrices<sup>438</sup>. Elle existait déjà dans la loi de 1993<sup>439</sup> dans les mêmes conditions.

La raison pour laquelle cette exception n'est prévue que pour les secteurs spéciaux ne nous pas évidente<sup>440</sup>. Pourquoi les pouvoirs adjudicateurs et autres entités soumises au régime général (secteur classique) ne pourraient-ils pas faire de bonnes affaires ?

(4) Les hypothèses communes de procédure négociée sans publicité

*73. Les travaux, fournitures et services, lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas un montant déterminé<sup>441</sup>*

Pour l'instant, les seuils sont fixés à 67.000 € htva (secteurs classiques) et 135.000 € htva (secteurs spéciaux). Pour certains marchés spécifiques, en particulier les services juridiques, les services financiers et les services de recherche et développement, le seuil est plus élevé au seuil de publicité dans les secteurs classiques<sup>442</sup> et à 270.000 EUR dans les secteurs spéciaux<sup>443</sup>.

Le montant de ces marchés est à apprécier, selon le cas, en fonction des règles fixées par les articles 2, 28 ou 54 de l'arrêté du 8 janvier 1996<sup>444</sup>.

<sup>435</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 273, n°454.

<sup>436</sup> Art. 40, 3, j de la directive 2004/17/CE.

<sup>437</sup> Art. 53, §2, 4°, d de la loi de 2006.

<sup>438</sup> Art. 66, §2, 4° c de la loi de 2006.

<sup>439</sup> Art. 39, §2, 3°, c et 59, §2, 4°, c de la loi de 1993.

<sup>440</sup> Contra, D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 275, n°459

<sup>441</sup> Art. 17, §2, 1°, a et 39, §2, 1°, a Loi 1993 ; art. 26, §1, 1° a et 53, §2, 1° a Loi 2006, respectivement pour les secteurs classiques et les secteurs spéciaux

<sup>442</sup> Art. 120 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

<sup>443</sup> Art. 108 de l'A.R. du 10 janvier 1996.

<sup>444</sup> Lorsque des lots sont prévus dans un marché public de travaux ou de services dont le montant estimé, hors taxe sur la valeur ajoutée, est inférieur, pour les travaux, à 550.000 € et, pour les services, au montant prévu à l'article 53, il peut également être traité par procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure pour ceux des lots

Cette faculté n'existe pas pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux.

Il s'agit avant tout d'un principe d'économie de gestion, les procédures de passation coûtent aux pouvoirs adjudicateurs et aux opérateurs économiques<sup>445</sup>. Les règles d'estimation pour le calcul des seuils s'appliquent, sachant que c'est bien la dépense à approuver (résultant de la mise en concurrence informelle, soit le montant de l'offre de l'adjudicataire) et non l'estimation du marché qui doit être vérifiée<sup>446</sup>. Les pouvoirs adjudicateurs veilleront donc à estimer correctement les marchés afin de ne pas perdre du temps.

Le Conseil d'Etat censure les estimations fantaisistes ou la scission artificielle du marché en vue de demeurer en dessous des seuils autorisant la procédure négociée sans publicité<sup>447</sup>. Les considérations techniques donnent parfois lieu à des appréciations délicates de la haute juridiction administrative<sup>448</sup>. Le Conseil d'Etat critique également les estimations qui ne permettent pas de s'assurer que les seuils invoqués seront bien respectés<sup>449</sup>.

#### 74. Marchés de travaux, fournitures et services qui doivent demeurer secrets<sup>450</sup>

Cette hypothèse n'est logiquement pas prévue pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux. Elle comporte une spécificité pour les secteurs classiques pour les marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne et pour les marchés publics de services en matière de transport aérien et maritime pour les besoins du ministère de la Défense. L'utilisation de l'article 296 du Traité doit tenir compte de l'approche des « biens dits à double usage », la Cour de Justice a jugé qu'il ressort de la formulation de cette disposition que les produits concernés doivent être destinés à des fins spécifiquement militaires. Si cette fin n'est pas certaine, le respect des règles de passation des marchés publics s'impose<sup>451</sup>.

Cette hypothèse ne figure pas plus dans les directives européennes et la Cour de Justice ne la considère pas avec bienveillance<sup>452</sup>. S'il est aisé de comprendre que

---

dont la dépense individuelle à approuver ne dépasse pas 13.500 € hors taxe sur la valeur ajoutée, mais pour autant que leur montant cumulé n'excède pas vingt p.c. du montant cumulé de tous les lots.

<sup>445</sup> D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 252, n°396 et 397.

<sup>446</sup> D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 276, n° 678.

<sup>447</sup> C.E., 14 octobre 1998, n° 76.392 ; C.E., 30 janvier 2003, n° 115.270.

<sup>448</sup> C.E., 14 octobre 1998, n° 76.392, *Entr. et droit*, 2002, 278 avec un avis contraire du premier auditeur DEROUAUX.

<sup>449</sup> C.E., 29 janvier 2010, n°200.246, SPRL Ghysseles et Verbeken c./ I.B.D.E (marché de service d'avocat dans les secteurs spéciaux).

<sup>450</sup> Art. 17, §2, 1°, b et 39, §2, 1°, b de la Loi de 1993 ; art. 26, §1, 1°, b et 53, §2, 1°, b de la loi de 2006.

<sup>451</sup> Ainsi, la fourniture d'hélicoptères à des corps militaires en vue d'une utilisation civile doit respecter les règles relatives aux marchés publics, C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c/République italienne*, aff. C-337/05, *Rec.*, I-2173 et C.J.C.E., 2 octobre 2008, aff. C-157/06.

<sup>452</sup> Voy. toutefois, un cas pour lequel la Cour a laissé une grande latitude à l'Etat membre pour définir les moyens permettant d'assurer la sécurité des installations nationales,

de tels marchés peuvent requérir des mesures spécifiques de sécurité, ces dernières n'empêchent pas nécessairement toute mise en concurrence. Il en va de même pour les marchés qui nécessitent un traitement confidentiel de certaines données<sup>453</sup>.

*75. Les marchés de travaux, de fournitures et de services, en cas d'urgence impérieuse*<sup>454</sup>

Cette hypothèse vaut également pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux<sup>455</sup>. Elle est prévue par les directives<sup>456</sup> avec certaines nuances. D'une part, si l'urgence impérieuse ne peut être imputable au pouvoir adjudicateur (dans les secteurs classiques), la directive intégrant une précision bien connue de la Cour de Justice<sup>457</sup>, est-ce à dire qu'il en est autrement dans les secteurs spéciaux ? D'autre part, il est désormais prévu que l'urgence résultant d'événements imprévisibles est celle qui n'est pas compatible avec les délais exigés pour les procédures ouvertes ou restreintes *ou négociée avec publicité*, dans les secteurs spéciaux, ce qui est logique puisqu'il s'agit d'une procédure ordinaire, mais également dans les secteurs classiques, ce qui l'est moins.

La Cour de Justice<sup>458</sup> a mis en avant les conditions à remplir pour pouvoir invoquer cette hypothèse : il faut démontrer l'existence d'un événement imprévisible créant une situation d'urgence qui ne peut se concilier avec les délais des procédures ouvertes, restreintes et négociées avec publicité. La Commission européenne en a une vision très restrictive, n'envisageant que les catastrophes<sup>459</sup> (inondations, séismes), le marché passé dans le cadre de cette hypothèse devant se limiter à rencontrer les besoins urgents liés à celle-ci, le moyen et le long terme pouvant être géré par l'intermédiaire de procédures classiques. L'imprévisibilité et l'urgence sont appréciées sévèrement<sup>460</sup>. Le Conseil d'Etat adopte le même système d'interprétation<sup>461</sup>.

---

C.J.C.E., 16 octobre 2003, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-252/01, *Rec.*, I-11859, affaire relative à un certificat de sécurité militaire pour des photos aériennes ; voy. encore, C.J.C.E., 2 octobre 2008, C-157/06.

<sup>453</sup> C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c/République italienne*, aff. C-337/05, *Rec.*, I-2173 ; et C.J.C.E., 2 octobre 2008, aff. C-157/06.

<sup>454</sup> Art. 17, §2, 1°, c et 39, §2, 1°, c de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 1°, c et 53, §2, 1°, c de la Loi 2006.

<sup>455</sup> Art. 59, §2, 1°, d de la loi de 1993 et art. 66, §2, 1, a de la loi de 2006.

<sup>456</sup> Art. 31, 1, c de la directive 2004/18/CE ; art. 40, §3, d de la directive 2004/17/CE.

<sup>457</sup> La Cour de Justice avait déjà eu l'occasion de préciser que l'imprévisibilité ne pouvait résulter d'un manque de prévoyance du pouvoir adjudicateur (C.J.C.E., 28 mars 1996, aff. C-318/94) ni être la conséquence de son intervention (C.J.C.E., 14 septembre 2004, aff. C-385/02).

<sup>458</sup> C.J.C.E., 2 juin 2005, aff. C-394/02 ; C.J.C.E., 18 novembre 2003, aff. C-126/03.

<sup>459</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Guide sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de fourniture*, Bruxelles.

<sup>460</sup> C.J.C.E., 28 mars 1996, aff. C-318/94 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, ff. C-394/02.

<sup>461</sup> C.E., 31 mars 1983, n°23.106 (mis en avant par PH. FLAMME, *Les marchés publics européens et belges*, 2009, déjà cité, 197-198).

76. Travaux, fournitures et services pour lesquels aucune offre appropriée n'a été introduite<sup>462</sup>

L'hypothèse est également prévue pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux<sup>463</sup>. Par offre inappropriée<sup>464</sup>, la Commission européenne entend les offres inacceptables, irrégulières ou simplement non pertinentes, situations assimilables à l'absence d'offres<sup>465</sup>, un rapport devant être communiqué à la Commission en cas d'utilisation de cette procédure au dessus des seuils européens. En effet, cet « d'échec de marché » peut révéler des dysfonctionnements du point de vue concurrentiel.

La loi de 2006 ajoute au texte en prévoyant l'hypothèse où aucune demande de participation ou demande de participation appropriée n'a été déposée, soit un échec au stade de la sélection qualitative. A notre sens, il ne s'agit pas à proprement parler d'une hypothèse supplémentaire par rapport à ce qui est prévu par les directives, dans la mesure où elle recoupe l'hypothèse de l'absence d'offre appropriée. En effet, pour qu'une offre soit pertinente, régulière ou appropriée, il faut impérativement que son auteur ait passé le cap de la sélection qualitative<sup>466</sup>.

Le Conseil d'Etat a récemment rendu un arrêt faisant application surprenante de cette hypothèse<sup>467</sup>. Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur a lancé une adjudication pour la construction d'une couverture des quais ainsi qu'un abri à vélo couvert pour la gare d'Oostende. La SNCB Holding a renoncé à cette procédure d'adjudication au vu des prix remis par les soumissionnaires, et décidé de procéder à une procédure négociée sans publicité, avec les sociétés ayant remis une offre. La SNCB Holding estimait, en effet, qu'aucun de ces soumissionnaires n'avait remis d'offre valable (« *ingevolge vermeende vaststelling dat de eerste procedure met voorafgaande mededeling geen enkele passende offerte opleverde* »). Dans le cadre de la seconde analyse des offres, la SNCB s'était toutefois abstenue de négocier les offres remises. Le Conseil d'Etat n'a pas censuré cette approche, estimant que l'article 39 § 2 1<sup>er</sup> alinéa de la loi du 24 décembre 1993 n'exige pas qu'il soit procédé à des négociations effectives (« *dadewerkelijke onderhandelingen* »), de sorte que le pouvoir adjudicateur est autorisé à procéder par analogie des principes régissant l'adjudication publique et ainsi attribuer le marché à l'offre régulière la plus basse ou la plus avantageuse : « *Het genoemde artikel bepaalt dat bij de onderhandelingsprocedure de opdracht mag worden gegund "indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers"*. *Uit die bepaling kan niet worden afgeleid dat "daadwerkelijk[e] onderhandelingen" steeds verplicht zijn : te dezen mag het de opdrachtgevende overheid niet als een schending van de voornoemde bepaling worden aangerekend, doordat zij bij analogie toepassing heeft gemaakt van de principes die de openbare aanbesteding beheersen en aldus de laagste regelmatige offerte als de voordeligste aanbidding heeft beschouwd. Het voeren van eigenlijke*

<sup>462</sup> Art. 17, §2, 1°, e et 39, §2, 1° d de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 1° d et 53, §2, 1° d de la loi de 2006.

<sup>463</sup> Art. 59, §2, 1° a de la loi de 2006 et art. 66, §2, 1°, a de la loi de 1993.

<sup>464</sup> Voy., sur cette notion, les conclusions de l'avocat général P. Maduro, dans l'affaire C-250/07.

<sup>465</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Guide sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de fourniture*, Bruxelles.

<sup>466</sup> Pour une interprétation différente, voy., D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 258, n°415.

<sup>467</sup> C.E., 17 novembre 2009, n°197.862, N.V. Aqua-Reno c./ NMBS Holding ; inédit.

*onderhandelingen was vanuit deze optiek dan ook overbodig, minstens niet vereist”.*

*77. Travaux, fournitures et services qui ne peuvent, en raison de leur spécificités techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur et prestataires de services déterminés*<sup>468</sup>

L'hypothèse est également prévue pour les entités adjudicatrices dans les secteurs spéciaux<sup>469</sup>. Elle est reprise dans les deux directives<sup>470</sup>.

La protection des droits d'exclusivité (monopole de droit) vise en fait la protection des droits de propriété industrielle et intellectuelle<sup>471</sup>. Elle ne vise pas le droit de propriété mobilière ou immobilière<sup>472</sup>. L'interprétation de cette disposition est très stricte, puisque la Cour de Justice exige non seulement la démonstration de l'existence du droit d'exclusivité mais surtout la démonstration de la nécessité absolue de recourir au procédé protégé<sup>473</sup>. Partant, l'invocation de cette disposition se justifiera dans de très rares hypothèses.

La spécificité technique, ou monopole de fait, ne peut résulter de spécifications techniques discriminatoires imposées dans le cadre d'un marché précédant. L'existence de cette spécificité technique doit être démontrée concrètement<sup>474</sup>, tout comme la nécessité de confier, pour cette raison, le marché à un opérateur économique déterminé<sup>475</sup>. Il faut démontrer que seule une entreprise est capable de faire le marché<sup>476</sup>, ce qui est quasiment un cas d'école puisqu'il ne suffit pas de démontrer qu'elle est la plus indiquée<sup>477</sup>. Le Conseil d'Etat se montre aussi sévère que la Cour de Justice<sup>478</sup>.

La spécificité artistique est nécessairement appréciée avec plus subjectivité<sup>479</sup>. La difficulté résidera dans la motivation apportée par le pouvoir adjudicateur soutenant sa décision d'acquérir une œuvre d'art en particulier ou de promouvoir un artiste déterminé. Il ne suffira pas d'invoquer la dimension artistique d'un travail.

<sup>468</sup> Art. 17, §2, 1° f et 39, §2, 1°, e de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 1°, f et 53, §2, 1° de la loi de 2006.

<sup>469</sup> Art. 59, §2, 1°, d de la loi de 1993 et art. 66, §2, 1°, c de la loi de 2006.

<sup>470</sup> Art. 31, 1, B de la directive 2004/18/CE et art. 40, §3, C de la directive 2004/17/CE.

<sup>471</sup> D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 259, n°418.

<sup>472</sup> E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND et J.F. NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, Sdu Uitgevers, 2004, 155.

<sup>473</sup> *Ibid*, 156.

<sup>474</sup> C.J.C.E., 2 juin 2005, aff. C-394/02, Commission c/ Grèce ; C.J.C.E., 8 avril 2008, aff. C-337/05.

<sup>475</sup> C.J.C.E., 18 mai 1995, aff. C-57/94 ; C.J.C.E., 18 mai 2005, aff. C-57/94 ; C.J.C.E., 14 septembre 2004, aff. C-385/02 ; C.J.C.E., 10 avril 2003, aff. C-20/01 et aff. C-28/01.

<sup>476</sup> C.J.C.E., 5 octobre 2000, aff. C-337/98.

<sup>477</sup> C.J.C.E., 10 mars 1987, aff. C-199/85.

<sup>478</sup> C.E., 15 juillet 2008, n° 185.406.

<sup>479</sup> C. Rossi, « La passation des marchés publics de services culturels », *A.C.C.P.*, février 2008, 50.

De manière générale, la jurisprudence offre peu d'exemple concret ayant résisté à sa censure, la ville de Genk en a encore fait l'expérience récemment<sup>480</sup>. A la recherche de solutions pour la création et le développement d'un système géographique intégré pour ses divers services communaux (urbanisme, environnement, etc), la Ville de Genk a décidé de fonder une procédure négociée sur l'article 17 § 2 1° f de la loi du 24 décembre 1993. Elle souhaitait faire directement appel à la société Smallworld, en raison de la circonstance que seuls les « *G@liléo modules* » répondaient aux besoins du système intégré GIS et que le software Smallworld était nécessaire pour utiliser ces « *G@liléo modules* ».

Le Conseil d'Etat ne s'est pas laissé convaincre et a rappelé que la procédure négociée étant une procédure exceptionnelle dont les dérogations aux principes généraux régissant la procédure d'attribution et d'adjudication doivent être interprétés strictement ; dans cette optique, l'examen de l'applicabilité de la procédure négociée doit avoir lieu avant la prise de décision, et non pas *post factum*. En l'espèce, il appartenait à la Ville de Genk de démontrer tant la nécessité de recourir aux « *modules G@liléo* », que la nécessité d'utiliser, pour ce faire, le software Smallworld : « *De onderhandelingsprocedure is een uitzonderingsprocedure en de afwijkingen op de algemene regels betreffende offerte en aanbesteding dienen strikt te worden geïnterpreteerd. Bovendien moet het onderzoek naar de toepasbaarheid vóór het nemen van een beslissing plaatsgrijpen en niet post factum. Om de mogelijke toepasselijkheid van artikel 17, § 2, 1, f), te beoordelen dienden zowel de noodzakelijkheid van de G@lileo-modules als de noodzakelijkheid van de Smallworld software te worden beoordeeld.* ». Dès lors que le pouvoir adjudicateur ne démontrait pas, de façon incontestable, que l'emploi de « *modules G@liléo* » constituait la seule manière de répondre aux besoins du système intégré GIS, ni que l'utilisation du software Smallworld était la seule technique informatique possible, les conditions relatives à l'article 17 § 2 1° f de la loi du 24 décembre 1993 n'ont pas été considérées comme démontrées par la haute juridiction administrative.

#### 78. Les travaux et services complémentaires<sup>481</sup>

L'hypothèse est également prévue pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux<sup>482</sup>. Elle est reprise dans les deux directives<sup>483</sup> avec des nuances, les travaux et services complémentaires ne pouvant dépasser 50% du montant initial du marché pour les secteurs classiques, cette dernière limite n'existant pas pour les secteurs spéciaux. La loi de 2006 a étendu l'hypothèse aux marchés nationaux également alors qu'elle était réservée aux marchés européens dans la loi de 1993.

<sup>480</sup> C.E., 15 juillet 2008, n°185.406, N.V. Esri Belux c./ Stad Genk; C.D.P.K., 2009, (sommaire), 549 ; T.B.O., 2009, 231.

<sup>481</sup> Art. 17, §2, 2°, a et 39, §2, 2°, a de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 2°, a et 53, §2, 2° de la loi de 2006.

<sup>482</sup> Art. 59, §2, 2° de la loi de 1993 et art. 66, §2, 2° de la loi de 2006.

<sup>483</sup> Art. 31, 4, a de la directive 2004/18/CE et art. 40, §3, f de la directive 2004/17/CE.

L'hypothèse est celle des travaux ou des services complémentaires<sup>484</sup> ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ni dans le marché initial, qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'adjudicataire qui exécute ledit ouvrage ou les services et que le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires n'excède pas cinquante pour cent du montant du marché principal.

Deux conditions doivent alternativement encore être remplies. Soit ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur. Soit ces travaux ou services, quoique séparables de l'exécution du marché initial, doivent être strictement nécessaires à son perfectionnement.

Fondamentalement, il s'agit d'éviter la présence simultanée de plusieurs entreprises sur le même chantier<sup>485</sup> et de favoriser les économies d'échelle.

#### 79. Les nouveaux travaux et services similaires<sup>486</sup>

La directive générale autorise la procédure négociée sans publicité pour les nouveaux travaux ou services<sup>487</sup> consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires (et on identiques) confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial selon une procédure ouverte ou restreinte. La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération. Le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour le calcul des seuils de publicité européenne. Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial<sup>488</sup>. La loi de 2006 précise que c'est la décision d'attribution des marchés répétitifs qui doit intervenir dans les trois ans (et non la décision de lancer la procédure négociée)<sup>489</sup>. Le nombre de marchés répétitifs pendant la période de trois ans n'est cependant pas limité.

La directive secteurs spéciaux ne vise pas les services et allège les conditions d'application de cette hypothèse : il suffit que le premier marché ait été passé après mise en concurrence (et non plus procédure ouverte ou restreinte), la limite des trois ans disparaissant également<sup>490</sup>. La loi de 2006, pour les pouvoirs adjudicateurs et entreprises publiques des secteurs spéciaux, précise que la mise

<sup>484</sup> A l'exception des services visés par l'annexe IV de l'AMP soit des services de transports, d'études de marché, de consultance en management, etc., selon S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 621, n° 9.15.

<sup>485</sup> D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 262, n°424.

<sup>486</sup> Art. 17, §2, 2°, b et 39, §2, 2° b de la loi de 1993 et l'art. 26, §1, 2°, b et 53, §2, 3° de la loi de 2006.

<sup>487</sup> Sur l'éventuelle contrariété avec l'A.M.P., voy. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 622, n° 9.17.

<sup>488</sup> Art. 31, §3, b de la directive 2004/18/CE reprenant la précision apportée par la Cour de Justice (CJCE, 14 septembre 2004, aff. C-385/02, *Rec.*, I-8121).

<sup>489</sup> Art. 26, §1, 2°, b de la loi de 2006.

<sup>490</sup> Art.40, §3, g de la directive 2004/17/CE.



en concurrence doit consister en une adjudication, un appel d'offres ou une procédure négociée avec publicité, en omettant de rappeler la méthode de calcul du seuil, qui pourra néanmoins être considérée comme directement applicable<sup>491</sup>. En dessous des seuils européens, la loi de 2006 ajoute l'hypothèse des services similaires<sup>492</sup> pour les mêmes entités.

Pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux, la loi de 2006 utilise l'expression générique « du premier marché passée après mise en concurrence » et omet également la précision sur le calcul des seuils<sup>493</sup>.

L'indication de la faculté de recourir à cette hypothèse ne crée aucune obligation dans le chef des autorités adjudicatrices et partant, aucun droit ou obligation dans le chef des opérateurs économiques ou de l'adjudicataire du premier marché<sup>494</sup>.

Le Conseil d'Etat s'est déjà montré bienveillant avec les pouvoirs adjudicateurs qui confondaient les bases juridiques applicables aux secteurs spéciaux et aux secteurs classiques<sup>495</sup>.

#### 80. Les marchés de recherche<sup>496</sup>, expérimentation, étude ou développement<sup>497</sup>

La directive générale vise les fournitures fabriquées uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non la production en quantité visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement<sup>498</sup>. La loi de 2006 transpose littéralement cette disposition<sup>499</sup>. Si le but poursuivi est d'établir la viabilité commerciale ou d'amortir des frais de recherches et développement, la procédure négociée avec publicité est prévue<sup>500</sup>. Si le pouvoir adjudicateur souhaite des exemplaires en grande quantité, une procédure ordinaire doit être choisie<sup>501</sup>.

La directive secteurs spéciaux vise les marchés de travaux, de fournitures et de services passés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non pour assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et de développement et *dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés*

<sup>491</sup> Art. 53, §2, 3° de la loi de 2006.

<sup>492</sup> Art. 53, §2, 6°, b de la loi de 2006.

<sup>493</sup> Art. 66, §2 de la loi de 2006.

<sup>494</sup> Dans le même sens, D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 1997, 287, n° 710.

<sup>495</sup> C.E., 2 juillet 2007, n°173.073, S.A. EO Design Partners c./ Société de droit public Port de Bruxelles.

<sup>496</sup> Voy, pour les achats publics avant commercialisation, la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 14 décembre 2007, COM/2007/0799 final.

<sup>497</sup> Art. 17, §2, 3°, a et 39, §2, 1°, f de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 3°, a et 53, 2, 1°, f de la loi de 2006. Pour une critique de l'article 39, §2, 1°, f de la loi de 1993, voy. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 265-266, n°435.

<sup>498</sup> Art. 31, 2, a de la directive 2004/18/CE.

<sup>499</sup> Art. 26, §1, 3°, a de la loi de 2006.

<sup>500</sup> Art. 26, §2, 2° Loi 2006, art. 17, §3, 3° de la Loi 1993 ; *supra*.

<sup>501</sup> S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 611, n° 9.4.

*subséquents qui poursuivent notamment ces buts*<sup>502</sup>. La loi de 2006 transpose littéralement cette disposition pour les secteurs spéciaux (volet pouvoir adjudicateur et entreprises publiques)<sup>503</sup> et les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux<sup>504</sup>.

L'interprétation de la condition spécifique aux secteurs spéciaux « *dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts* », n'est guère aisée. Pour le professeur ARROWSMITH, il peut s'agir de prévoir dans le cahier spécial des charges du premier marché, des dispositions permettant la communication d'informations y relatives, dans le cadre de mise en concurrence ultérieure<sup>505</sup>, encore faut-il que ces informations ne soient pas par nature confidentielle.

#### 81. Les fournitures complémentaires<sup>506</sup>

L'hypothèse des livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures et d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La Cour de Justice apprécie sévèrement cette condition<sup>507</sup>. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut, en règle générale, dépasser trois ans du moins dans la directive générale<sup>508</sup>, la directive secteurs spéciaux<sup>509</sup> ne contient pas de limitation à trois ans. Elle est transposée littéralement dans la loi de 2006<sup>510</sup>, pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux également<sup>511</sup>.

Il est possible de déroger de manière exceptionnelle à la limitation de trois ans pour les secteurs classiques<sup>512</sup>, moyennant due motivation.

Une hypothèse spécifique de fournitures complémentaires sous le seuil européen a été ajoutée dans la loi de 2006 pour les marchés publics des secteurs classiques

<sup>502</sup> Art. 40, §3, b de la directive 2004/17/CE.

<sup>503</sup> Art. 53, 2, 1°, f de la loi de 2006.

<sup>504</sup> Art. 66, §2, 1°, d de la loi de 2006.

<sup>505</sup> S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 974.

<sup>506</sup> Art. 17, §2, 3°, d et 39, §3, 3°, a de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 3° b et 53, 2, 4°, a de la loi de 2006.

<sup>507</sup> C.J.C.E., 8 avril 2008, n° 337/05, considérant 59. Il ne suffit pas d'invoquer les avantages d'une interopérabilité des hélicoptères employés par ses différents corps. Il aurait fallu démontrer en quoi un changement de fournisseur l'aurait contraint à acquérir un matériel fabriqué selon une technique différente de nature à entraîner une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées.

<sup>508</sup> Art. 31, 2, b de la directive 2004/18/CE.

<sup>509</sup> Art. 40, 3, e de la directive 2004/17/CE.

<sup>510</sup> Art. 26, §1, 3° b et 53, 2, 4°, a de la loi de 2006.

<sup>511</sup> Art. 66, §2, 4°, a de la loi de 2006.

<sup>512</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 288, n° 712 ; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 623, n° 9.18.

et spéciaux uniquement<sup>513</sup>, soit celles de même nature et présentant les mêmes caractéristiques qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont attribuées au fournisseur du marché initial, à condition que le montant cumulé des marchés de fournitures complémentaires n'excède pas cinquante pour cent du montant initial et que le montant cumulé de tous les marchés n'atteigne pas le seuil européen. Dans les secteurs classiques uniquement, la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans<sup>514</sup>.

#### 82. Achat de fournitures en bourse ou dans le cadre d'une cessation d'activité

Les hypothèses de l'achat de fournitures cotées et achetées à une bourse de matière première<sup>515</sup> (bourse de café, cacao, céréales diverses)<sup>516</sup> et de l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature prévue par les législations ou réglementation nationales<sup>517</sup> sont désormais<sup>518</sup> prévues par la directive générale qui s'aligne sur la directive secteur spéciaux<sup>519</sup>. La loi de 2006 a transposé littéralement ces hypothèses pour les secteurs classiques<sup>520</sup>, pour les secteurs spéciaux<sup>521</sup>, en ce compris pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux<sup>522</sup>.

Le but de la première exception est d'éviter aux autorités adjudicatrices de devoir passer par des intermédiaires en les autorisant à acheter directement leurs achats<sup>523</sup>.

#### 83. Le concours de projet

L'hypothèse des marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribués au lauréat ou à un des lauréats du concours, dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations est prévue par la directive générale<sup>524</sup> et la directive secteurs spéciaux<sup>525</sup>. Elle est transposée littéralement dans la loi de 2006 pour les secteurs classiques et spéciaux, en ce compris pour les entités adjudicatrices<sup>526</sup>. Elle figurait déjà dans la loi de 1993<sup>527</sup>.

<sup>513</sup> A l'exclusion donc des entités adjudicatrices des secteurs spéciaux.

<sup>514</sup> Art., 20, §1, 3°, c et 53, §2, 4°, b de la loi de 2006.

<sup>515</sup> Art. 31, 2, c de la directive 2004/18/CE.

<sup>516</sup> S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 978.

<sup>517</sup> Art. 31, 2, d de la directive 2004/18/CE.

<sup>518</sup> Elles ne l'étaient auparavant que pour les secteurs spéciaux, art. 39, §2, 3°, b et d de la loi de 1993 et pour les entités adjudicatrices, art. 59, §2, 4°, b et d de la loi de 1993.

<sup>519</sup> Art. 40, 3, h et k de la directive 2004/17/CE.

<sup>520</sup> Art. 26, §1, 3°, d et e de la loi de 2006.

<sup>521</sup> Art. 53, §2, 4°, c et e de la loi de 2006.

<sup>522</sup> Art. 66, §2, 4°, b et d de la loi de 2006.

<sup>523</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 268, n°444.

<sup>524</sup> Art. 31, 3 de la directive 2004/18/CE.

<sup>525</sup> Art. 40, 3, l de la directive 2004/17/CE.

<sup>526</sup> Art. 26, §1, 4°, 53, §2, 5°, 66, §2, 5° de la loi de 2006.

Il est partant impératif que le cahier des charges ou le règlement du concours prévoient l'attribution à un ou plusieurs lauréats afin que l'hypothèse puisse être invoquée. A défaut, le marché de service devra être attribué selon une procédure ordinaire<sup>528</sup>.

La Cour de Justice interprète cette hypothèse de manière très restrictive en ce qu'elle la limite au marché ayant un lien fonctionnel direct avec le concours<sup>529</sup>. Concrètement, l'application de cette hypothèse sera très souvent limitée au marché d'architecture au sens strict, et non à tous les contrats portant sur des prestations de services liées soit à la fonction de maître d'ouvrage (assistance maîtrise d'ouvrage) soit à la mission d'auteur de projet au sens large (techniques spéciales, stabilité, techniques spécifiques comme celles liées à l'environnement).

Le Conseil d'Etat a récemment précisé l'étendue de la négociation dans cette hypothèse<sup>530</sup>. Dans le cadre d'un appel ouvert ("open oproep") à projet, un jury a désigné 5 lauréats, en vue de la participation à une procédure négociée. L'objet du marché portait sur l'étude complète de la construction d'une nouvelle Maison du Port, à Anvers. Après négociations, le marché a finalement été attribué au bureau londonien Hadid Architects. Le Conseil d'Etat a précisé que « dans le cadre des négociations, il y a place pour des modifications significatives de l'offre. Cette marge de négociation est toutefois limitée par le principe d'égalité ». Il a estimé qu'un surcoût de 3.542.664 EUR sur un budget total de 28.000.000 EUR HTVA ne constituait pas en soi une modification fondamentale, dès lors que le requérant ne démontrait pas que ceci aurait entraîné une adaptation de son concept proposé, ni qu'un tel surcoût n'aurait dû être appliqué à son projet.

Il a, par ailleurs, confirmé que les négociations pouvaient n'être engagées qu'avec un seul lauréat<sup>531</sup>.

#### 84. *Marchés de travaux, de fournitures et de services passés sur base d'un accord-cadre*

La directive générale prévoit un régime particulier pour les accords-cadres<sup>532</sup>, technique que les Etats membres ont la faculté d'introduire dans leur législation. L'accord-cadre doit être attribué selon les règles de procédures prévues par la directive, sur base des critères usuels (prix le plus bas ou « offre économiquement la plus avantageuse »). Par contre, les marchés fondés sur un accord-cadre sont passés selon des procédures spécifiques (prévues aux points 3 –un seul opérateur

<sup>527</sup> Art. 17, §2, 4°, 39, §2, 5°, 59, §2, 5° de la loi de 1993.

<sup>528</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 269, n°446 ; P. TREPTE, *Public procurement in the EU. A practitioner's guide*, Oxford, OUP, 2006, 233.

<sup>529</sup> C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Commission c/ République française*, aff. C-340/02, *Rec.*, I-9845.

<sup>530</sup> C.E., 24 février 2009, n°190.773, B.V. Rapp + Rapp, S.P.L. Vier Architectos c./ Gemeentelijk Haavenbedrijf Antwerpen; inédit.

<sup>531</sup> C.E., 12 février 2007, n°167.700, S.A. DE SMEDT et RAMON c./ Commune de Molenbeek-Saint-Jean.

<sup>532</sup> Art. 32 de la directive 2004/18/CE.

économique - et 4-plusieurs opérateurs économiques - de l'art. 32), pour autant qu'ils se nouent entre les pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économiques parties à l'accord-cadre. Lors de la passation des marchés fondés sur l'accord-cadre, les parties ne peuvent en aucun cas apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre. La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence.

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés fondés sur cet accord-cadre sont attribués dans les limites des termes fixés dans l'accord-cadre. Pour la passation de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent consulter par écrit l'opérateur économique, partie à l'accord-cadre, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre.

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le nombre de ceux-ci doit être au moins égal à trois, dans la mesure où il y a un nombre suffisant d'opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et/ou d'offres recevables répondant aux critères d'attribution. L'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres conclus avec plusieurs opérateurs économiques peut se faire soit par application des termes fixés dans l'accord-cadre, sans remise en concurrence ; soit, lorsque tous les termes ne sont pas fixés dans l'accord-cadre, après avoir remis en concurrence les parties sur la base des mêmes termes, si nécessaire en les précisant, et, le cas échéant, d'autres termes indiqués dans le cahier des charges de l'accord-cadre, selon la procédure suivante: a) pour chaque marché à passer, les pouvoirs adjudicateurs consultent par écrit les opérateurs économiques qui sont capables de réaliser l'objet du marché; b) les pouvoirs adjudicateurs fixent un délai suffisant pour présenter les offres relatives à chaque marché spécifique en tenant compte d'éléments tels que la complexité de l'objet du marché et le temps nécessaire pour la transmission des offres; c) les offres sont soumises par écrit et leur contenu doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai de réponse prévu; d) les pouvoirs adjudicateurs attribuent chaque marché au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

Cette disposition est transposée dans son principe dans la loi de 2006<sup>533</sup>, les modalités particulières devant figurer dans les arrêts d'exécution de cette dernière.

Par contre, la directive secteurs spéciaux prévoit la passation par procédure négociée sans publicité des marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que l'accord-cadre ait été attribué selon une procédure prévue par la directive<sup>534</sup>. La loi de 2006 a littéralement transposé cette hypothèse<sup>535</sup>, en ce compris pour les entités adjudicatrices<sup>536</sup>.

<sup>533</sup> Art. 32 de la loi de 2006.

<sup>534</sup> Art. 40, 3, i de la directive 2004/17/CE.

<sup>535</sup> Art. 59, §2, 1°, g de la loi de 2006.

<sup>536</sup> Art. 66, §2, 1°, e de la loi de 2006.

## E. Les règles régissant l'exécution des marchés publics

### 85. Présentation

Une fois le marché conclu, on admet qu'il est régi en principe par le droit commun de l'article 1134 du Code civil : les termes du contrat et le cahier spécial des charges forment la loi des parties ; les droits qui en émanent sont, d'ancienneté, qualifiés de civils<sup>537</sup>. Les contestations soulevées par l'exécution de tels contrats seront de la compétence des tribunaux ordinaires saisis selon le Code judiciaire. Il est question de l'article 1134 du Code civil et de la nature contractuelle du lien entre le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice et son cocontractant et des nombreux aménagements à cette solution purement contractuelle.

#### (1) L'article 1134 du Code civil et nature contractuelle du lien

Rompant avec la réglementation antérieure<sup>538</sup>, l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant cahier général des charges était déclaré automatiquement applicable à tout marché public d'un montant supérieur à 400.000 francs belges. Il pouvait être rendu applicable par le cahier spécial des charges aux marchés d'un montant inférieur.

Dans le cas où le cahier spécial des charges ne rendait pas le cahier général des charges applicable à un marché, il restait qu'un certain nombre de dispositions essentielles du cahier général des charges lui étaient néanmoins applicables<sup>539</sup>.

La possibilité de négocier les conditions d'exécution s'avérait extrêmement réduite, mais cela ne permettait pas d'affirmer qu'il s'agissait d'un statut et non plus d'un contrat, car, sur le plan, de la fixation des prix à tout le moins, la volonté des parties restait déterminante.

#### (2) L'arrêté royal établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics – champ d'application.

Sous l'empire de la loi du 24 décembre 1993, le cahier général des charges a pris la forme d'une annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics<sup>540</sup>.

<sup>537</sup> Cass., 9 décembre 1833, Pas., 1833, I, 188 ; M.A. FLAMME, o.c., t. II, n° 1.202, p. 1021.

<sup>538</sup> Sous l'empire de l'arrêté royal du 14 octobre 1964, article 3, le cahier spécial des charges ne régissait un marché déterminé que s'il y était porté référence dans le cahier spécial des charges.

<sup>539</sup> Il fallait consulter l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, article 3, § 1<sup>er</sup>, 2° ; il s'agissait des articles 10, 15, 16, 18, 21, 22, 23, 30, 36, 39, 41 et 66, § 11, de l'arrêté ministériel du 10 août 1977.

<sup>540</sup> Cet arrêté royal a été fait en exécution de l'article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2 de la loi du 24 décembre 1993.

Il convient d'en préciser le champ d'application.

Selon le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 26 septembre 1996<sup>541</sup>, les règles générales d'exécution s'appliquent :

- **aux marchés publics et aux concessions de travaux publics des pouvoirs publics** du niveau fédéral jusqu'au niveau local et des associations et organismes de droit public, ainsi qu'à certains marchés subventionnés (livre 1<sup>er</sup>, titre II et III de la loi) ;

- **aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications**, soit les marchés des pouvoirs publics traditionnellement soumis à la législation relative aux marchés publics, et des entreprises publiques dans la mesure où ces pouvoirs publics et ces entreprises publiques gèrent un des secteurs spéciaux (titre IV du livre I de la loi).

Cette version se retrouve exprimée, en termes moins accessibles, à l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 26 septembre 1996<sup>542</sup>.

Par exemples seront régis par ces règles, les intercommunales de distribution d'eau et d'électricité ; Belgacom, la S.N.C.B., B.I.A.C. et Belgocontrol, dans leurs missions de service public ; de Lijn, la S.R.W.T.

Les marchés visés par le livre II de la loi ne sont donc pas soumis aux règles générales d'exécution. **Échapperont ainsi à ces règles**, les marchés passés par des **entreprises privées** bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs pour gérer des activités dans les secteurs spéciaux, comme Electrabel, Distrigaz..., ainsi que les marchés passés par les **entreprises publiques ayant trait à leurs activités concurrentielles**.

Les règles générales d'exécution exprimées par l'arrêté royal du 26 septembre 1996 sont réparties en quatre titres : Le titre 1<sup>er</sup> porte des dispositions générales pour tous les marchés ; Le titre II porte des dispositions complémentaires pour les marchés publics de promotion de travaux et de fournitures ; Le titre III porte des dispositions complémentaires pour les concessions de travaux publics ; Le titre IV porte des dispositions finales. Une annexe reprend les dispositions analogues – mais non identiques – de l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges, en améliorant sa structure et en l'adaptant aux marchés publics de services.

(3) Le cahier général des charges

#### *86. Champ d'application du cahier général des charges*

Le cahier général des charges exige du cocontractant de l'administration le dépôt d'un cautionnement ; il réserve à l'administration des prérogatives exceptionnelles :

<sup>541</sup> « *Moniteur belge* » du 26 septembre 1996, p. 26.830.

<sup>542</sup> Les règles générales d'exécution s'appliquent aux marchés publics visé par l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics visés par l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

pouvoir de modification unilatérale, pouvoir de résiliation unilatérale ; certains incidents d'exécution y reçoivent un traitement particulier.

Le Cahier général des charges régit les marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi que les concessions de travaux publics dont le montant estimé est égal ou supérieur à 22.000, hors T.V.A.<sup>543</sup>.

Des dérogations restent possibles dans « *la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché considéré* » ; la liste des dispositions auxquelles il est dérogé doit figurer en tête du cahier spécial des charges. Certaines dérogations doivent en outre faire l'objet d'une motivation formelle dans le cahier spécial des charges. Il s'agit de celles relatives aux articles 5, 6, 7, 10§ 2, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 30, § 2, 36, 41 du cahier général des charges. Un arrêté royal du 29 avril 1999<sup>544</sup> apporté des modifications au champ d'application du cahier général des charges afin d'assouplir la faculté de dérogation dans le cas des marchés de services financiers, par la suppression pour lesdits marchés de l'obligation de motiver formellement les dérogations.

#### 87. Le cautionnement<sup>545</sup>

L'adjudicataire d'un marché doit justifier de la constitution d'un cautionnement par lui-même ou par un tiers dans les trente jours qui suivent la conclusion du marché<sup>546</sup>.

Si, après une mise en demeure obligatoire, le défaut de constitution du cautionnement subsiste, l'administration peut résilier le contrat ou demander l'application des mesures d'office<sup>547</sup>.

En cas de retard dans l'exécution ou d'inexécution, l'administration prélève des sommes sur le cautionnement<sup>548</sup>.

La libération du cautionnement se fait à la suite d'une décision du pouvoir adjudicateur, après réception.

Relevons au passage les modifications suivantes : d'une part, l'uniformisation du cautionnement à 5 % du montant initial du marché, y compris pour les marchés publics de services et d'autre part, la possibilité de constituer un cautionnement auprès d'un autre organisme public similaire à la Caisse des Dépôts et Consignations.

<sup>543</sup> Article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

<sup>544</sup> Moniteur belge du 19 mai 1999.

<sup>545</sup> Section 3 du chapitre 1<sup>er</sup> du cahier général des charges.

<sup>546</sup> Article 5, § 3, al. 2, du cahier général des charges. A moins que le cahier spécial n'en dispose autrement, il n'est pas exigé de cautionnement pour les marchés de fournitures et de services dont le délai d'exécution ne dépasse pas trente jours de calendrier, ni pour les marchés de services au sens des catégories 6, 21, 24 et 25 de l'annexe 2 de la loi, soit les services financiers, juridiques, d'éducation et de formation professionnelle, sociaux et sanitaires ( article 5, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> du cahier général des charges).

<sup>547</sup> Article 6, § 1<sup>er</sup>, du cahier général des charges.

<sup>548</sup> Article 7 du cahier général des charges.



#### *88. Le pouvoir de modification unilatérale*

L'administration peut, par modification unilatérale, imposer à son cocontractant certaines obligations non prévues ou renoncer légalement à l'exécution d'autres prestations prévues. Cette prérogative est justifiée par la nécessité d'adapter en toutes circonstances le service public aux besoins forcément changeants de la collectivité<sup>549</sup>.

Il ressort de l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 que, d'une part, la modification unilatérale ne peut transformer l'objet de la convention et que, d'autre part, une juste compensation est due à l'entrepreneur s'il y a lieu.

Ce principe est développé dans les clauses particulières du cahier général des charges relatives aux marchés de travaux et aux concessions de travaux publics.

Aux termes de l'article 42, § 1<sup>er</sup>, l'entrepreneur est tenu d'apporter au marché toutes adjonctions, suppressions et modifications que le pouvoir adjudicateur ordonne au cours de l'exécution, dès lors que ces changements se rapportent à l'objet du marché et restent dans ses limites. Toutefois, l'entrepreneur n'est plus tenu d'exécuter des travaux supplémentaires lorsque leur valeur totale excède 50% du montant initial du marché.

Les modalités de calcul des suppléments de prix sont précisées à l'article 42, § 2 à 4 ; l'ordre de modification doit respecter les conditions prescrites au § 5.

#### *89. Le pouvoir de résiliation unilatérale*

Il ne s'agit pas, ici, de la résiliation – sanction, mais de la faculté de résiliation laissée à la discrétion de l'administration. La justification de cette prérogative réside également dans la loi du changement.

L'article 1794 du Code civil, qui s'applique à la résiliation unilatérale sans faute des contrats d'entreprise, impose au maître résiliant de compenser les frais exposés et le bénéfice manqué par le cocontractant. Selon M. FLAMME<sup>550</sup>, le principe énoncé par l'article 1794 s'applique à tous les marchés publics, y compris les marchés de fournitures.

#### (4) Incidents d'exécution

Certains événements, survenant au cours de l'exécution du marché, sont de nature à rendre celle-ci plus difficile, voire impossible. Malgré la règle du forfait, qui

<sup>549</sup> On reconnaît ici une application de la « loi du changement » dans les services publics. Sans doute est-ce ce principe général de droit qui sert de fondement à l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 et à l'article 42 du cahier général des charges.

<sup>550</sup> Traité théorique et pratique des marchés publics, o.c., t. II, p. 866.

demeure de principe, différents incidents, mentionnés dans le cahier général des charges, peuvent être invoqués par le **cocontractant** de l'administration, soit pour réclamer la révisions, soit pour obtenir la résiliation du marché.

Le cahier général des charges annexé à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 permet également au pouvoir **adjudicateur lui-même** de se prévaloir de divers incidents pour obtenir la révision ou la résiliation du marché et/ou des dommages-intérêts.

*90. Les faits quelconques, les carences, les lenteurs de l'adjudicataire ou du pouvoir adjudicateur, et les circonstances constitutives de force majeure administrative et d'imprévision*

Le droit des marchés publics a considérablement assoupli les notions civiles de forfait et de force majeure.

La nécessité de mener à leur terme les contrats conclus en principe dans l'intérêt général a dicté cet assouplissement.

Il faut considérer l'article 16 du cahier général des charges, en ses § 1<sup>er</sup> à 8.

Le cahier général fixe les clauses contractuelles, les modalités et conditions dans lesquelles un cocontractant de l'administration peut obtenir la prolongation des délais d'exécution, la révision ou la résiliation du contrat ou des dommages et intérêts, autant d'assouplissements aux stipulations contractuelles. Il permet au surplus la remise totale ou partielle d'éventuelles amendes de retards.

Deux catégories d'événements seront à prendre en considération.

1°) Les carences, lenteurs ou faits quelconques imputables au pouvoir adjudicateur ou à ses agents, qui causent un retard et/o dommage à l'adjudicataire lui permettront d'obtenir : une prolongation des délais d'exécution ; la révision ou la résiliation du marché ; et/ou des dommages-intérêts.

C'est une nouveauté du cahier général des charges du 29 septembre 1996, le pouvoir adjudicateur pourra se prévaloir des mêmes types de faits imputables à l'adjudicataire ou à son personnel, pour obtenir la révision la résiliation et/ou des dommages-intérêts, si ces événements lui causent un retard et/ou un préjudice.

L'application que les pouvoirs adjudicateurs feront de ces textes, sous le contrôle des Cours et tribunaux, montrera comment combiner cette nouvelle disposition avec celle qui prévoit l'application d'amendes de retard censée constituer une réparation forfaitaire.

2°) Les circonstances, étrangères au pouvoir adjudicateur, que l'adjudicataire ne pouvait raisonnablement prévoir lors du dépôt de l'offre ou de la conclusion du marché, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires, permettront à l'adjudicataire d'obtenir : soit une prolongation des délais ; soit, s'il a subi un dommage très important, la révision ou la résiliation du marché.

Désormais, si ces circonstances entraînent un avantage très important dans le chef de l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur pourra demander la révision du marché<sup>551</sup>.

La demande devra être formulée au plus tard 90 jours calendrier à compter de la date de la notification du procès-verbal de réception provisoire du marché ; toutefois, le pouvoir adjudicateur sera tenu, sous peine de déchéance, d'avertir par écrit l'adjudicataire de ces circonstances en lui signalant sommairement l'influence qu'elles ont pu ou pourraient avoir sur le déroulement et le coût du marché, article 16, § 2, 4° du cahier général des charges.

L'article 16 du cahier général des charges recoupe les notions de force majeure et d'imprévision.

En droit civil, la force majeure se définit comme un événement imprévisible, étranger à la volonté du débiteur cause étrangère), qui rend l'exécution de son obligation absolument impossible.

La jurisprudence a toutefois depuis longtemps admis qu'il fallait interpréter cette notion de manière raisonnable.

Ainsi que l'on vient d'examiner, dans le droit de l'exécution des marchés publics, la force majeure peut être évoquée lors même que l'irrésistibilité fait défaut.

C'est ce qui ressort de l'article 16, § 2, 1° du cahier général des charges contenu dans l'annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics. On aura remarqué que cette disposition permet au cocontractant de demander la résiliation – sans aucune faute de sa part - même si l'exécution n'est pas absolument impossible.

En droit privé, la théorie de l'imprévision s'est heurtée à la règle fondamentale aux termes de laquelle les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites (articles. 1134 du Code civil).

En droit administratif, l'exécution d'un contrat ne peut être déterminée exclusivement par l'accord des parties. Dans la mesure où le marché est nécessaire à la collectivité, la continuité de son exécution doit être assurée, fut-ce au prix de réaménagements des obligations respectives.

Ce n'est pas un hasard si la théorie de l'imprévision a été retenue dans la jurisprudence française, en vue de garantir la continuité de la distribution du gaz par le concessionnaire de ce service, pendant la première guerre mondiale<sup>552</sup>.

La notion d'imprévision est rencontrée dans l'article 16, § 2, 1° du cahier général des charges.

---

<sup>551</sup> Article 16, § 1<sup>er</sup> et § 2, 4° de l'annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

<sup>552</sup> V. C.E. fr., 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, n°34.

Ce texte, déjà contenu dans les versions précédentes du cahier général des charges, avait fait surgir de graves difficultés d'interprétation ; les conditions de la révision (correspond-elle, dans les circonstances prévues au texte, à un droit dans le chef de l'adjudicataire ?) et ses modalités mêmes (la révision pour imprévision permet-elle à l'adjudicataire d'exiger la compensation de la totalité du préjudice ?) ont fait l'objet de longues controverses.

Le point de savoir si la contestation portant sur la révision du marché avait pour objet un droit subjectif, tel que le juge judiciaire puisse en connaître, a été réglé par l'arrêt prononcé le 9 mai 1980 par la Cour de cassation : on y lit que les articles 16, B et 18 de l'arrêté ministériel du 14 octobre 1964 relatif aux clauses contractuelles, administratives et techniques constituant le cahier général des charges des marchés de l'État (dispositions analogues aux articles 16, § 2 et 18 de l'arrêté ministériel du 10 août 1977) donnent à l'adjudicataire le droit de soumettre sa demande de révision du marché à l'appréciation du juge<sup>553</sup>.

Il restait à préciser le contenu du droit dont l'existence était ainsi reconnue.

Dans un avis formulé le 4 décembre 1980, le Comité supérieur de contrôle écrira que l'article 16, B, a « contractualisé la théorie de l'imprévision » et reconnaîtra à l'entreprise concernée le droit à la réparation intégrale du préjudice subi<sup>554</sup> ; mais il ne s'agit là que d'un avis.

Par un arrêt du 20 septembre 1985, la Cour de cassation énoncera que la demande en révision des prix a pour objet non pas une exécution par paiement de la contre-valeur ou des dommages et intérêts compensatoires en raison de l'inexécution, mais bien de l'exécution directe d'une obligation contractuelle consistant dans le paiement d'une certaine somme, au sens de l'article 1153 du Code civil, à savoir le prix de l'adjudication revu<sup>555</sup>.

Un arrêt du 28 septembre 1989 déterminera plus nettement encore le contenu de la créance de somme fondée sur l'article 16, B : en cas de contestation, l'adjudicataire a le droit de soumettre sa demande en révision à l'appréciation du juge ; celui-ci peut déterminer le montant qui sera de nature à rééquilibrer le marché, en y incluant, si nécessaire, une quotité censée compenser de façon forfaitaire les aléas normaux de l'entreprise. Tirant, dans le même arrêt, la conséquence logique de la nature reconnue à la créance d'indemnité de révision (créance de somme), la Cour admettra qu'en cas de retard de paiement, l'adjudicataire puisse réclamer des dommages et intérêts légaux ou conventionnels, mais non l'indemnisation de la dépréciation monétaire<sup>556</sup>.

Par un arrêt du 8 mars 1991, la Cour de cassation a précisé que l'article 16 B de l'arrêté ministériel du 14 octobre 1964 relatif aux clauses contractuelles, administratives et techniques constituant le cahier général des charges des marchés de l'État accordait à l'adjudicataire un droit contractuel auquel correspondait, dans le chef de l'administration, l'obligation non de réparer le

<sup>553</sup> Cass. 9 mai 1980, S.A. Van Broeckhoven algemene ondernemingen c / Fonds des routes, J.T., 1981, pp. 206 et s.

<sup>554</sup> J.T., 1981, p. 170 et s.

<sup>555</sup> Cass., 20 septembre 1985, Pas., 1986, I, 63.

<sup>556</sup> Cass., 28 septembre 1989, J.L.M.B., 1989, p.1376, obs. A. DELVAUX

préjudice subi par l'adjudicataire, mais de réviser le marché en fonction de l'incidence de ces circonstances sur la marche et le coût de l'entreprise<sup>557</sup>.

#### 91. Les sujétions imprévues

Si, au moment de la conclusion du contrat, l'entrepreneur prévoit des difficultés techniques d'exécution, c'est à lui d'établir ses prix en conséquence.

Dès lors, si en cours d'exécution, l'entrepreneur se heurte à des complications imprévues, le principe du forfait voudrait qu'il les supporte intégralement. L'article 25 du cahier général des charges annexé à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 prévoit cependant que l'entrepreneur peut demander à l'administration de payer l'enlèvement des obstacles géologiques, qui font partie d'éléments rocheux de plus d'un demi mètre cube.

La théorie de la sujétion imprévue peut s'analyser ici en une variante de l'erreur excusable sur la substance. En invoquant, l'adjudicataire peut obtenir l'indemnisation totale du préjudice<sup>558</sup>.

#### 92. Le fait du Prince

Sous cette appellation, on vise certains comportements liés à l'exercice de l'autorité publique tel que les variations des taux des taxes, des cotisations de sécurité sociale, des salaires, des prix des matières, qui alourdissent ou allègent le coût des prestations à fournir par le cocontractant. Un réajustement du forfait est prévu.

#### (5) Pouvoirs de l'administration vis-à-vis du cocontractant défaillant

L'article 20 du cahier général des charges annexé à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics définit le défaut d'exécution, les modalités de sa constatation.

Pour les conséquences des manquements, outre l'article 20, il faudra se référer aux articles 48, 66 et 75 du cahier général des charges.

#### 93. Sanctions pécuniaires

---

<sup>557</sup> Cass. 8 mars 1991, J.T., 1992, p. 129.

<sup>558</sup> V. par exemple Appel Bruxelles, 10 décembre 1970, État belge c/ Solico, Entr. et dr., 1981, pp. 15 et s.

Toute contravention pour laquelle aucune pénalité spéciale n'est prévue et pour laquelle aucune justification n'a été admise ou fournie dans les délais requis, donne lieu de plein droit à une pénalité<sup>559</sup>.

Des amendes pour retard sont établies à titre d'indemnité forfaitaire, et sont indépendantes des pénalités dont il vient d'être question<sup>560</sup>.

#### 94. Sanctions coercitives

Si l'administration considère qu'un remplacement momentané du cocontractant défaillant suffit pour remédier à la carence de celui-ci, elle peut, après mise en demeure, procéder à la mise en régie<sup>561</sup> du marché, ce qui ne rompt pas le premier contrat mais donne un deuxième collaborateur à l'autorité<sup>562</sup>. La durée de cette mesure provisoire est fixée par l'administration ; elle prendra fin quand l'adjudicataire initial aura justifié des moyens nécessaires à la reprise des travaux et à leur achèvement<sup>563</sup>.

Si la carence est définitive et irrémédiable, l'autorité peut, après mise en demeure, faire disparaître le premier cocontractant du chantier et attribuer la poursuite du marché public à une autre personne<sup>564</sup> en passant **un marché pour compte**<sup>565</sup>. L'adjudicataire en défaut d'exécution supportera les conséquences onéreuses de cette substitution.

L'article 20 § 7, organise un système de **compensation** permettant à l'administration de réduire d'office ses propres dettes en fonction de celles que cet article met à charge de l'adjudicataire.

Enfin, indépendamment des sanctions prévues par l'article 20 du cahier général des charges, l'adjudicataire en défaut d'exécuter reste passible des sanctions prévues à l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation des entrepreneurs de travaux s'il s'agit d'un entrepreneur de travaux.

L'adjudicataire peut être exclu de ses marchés par le pouvoir adjudicateur pour une durée déterminée, s'il s'agit d'un fournisseur ou d'un prestataire de services<sup>566</sup>.

#### 95. Sanctions résolutoires

Cette sanction consacre la rupture entre l'administration et le cocontractant pour cause d'inexécution par celui-ci de ses obligations. L'autorité peut agir d'office<sup>567</sup>.

<sup>559</sup> Article 20, § 4 du cahier général des charges.

<sup>560</sup> Article 20, § 4, alinéa 2, et § 5 du cahier général des charges.

<sup>561</sup> Article 20, § 6, 2° du cahier général des charges.

<sup>562</sup> Sauf si elle se substitue elle-même au défaillant.

<sup>563</sup> M.A. FLAMME et crts., Commentaire pratique, o.c. p. 978.

<sup>564</sup> Souvent de gré à gré, vu l'urgence.

<sup>565</sup> Article 20, § 6, 3° du cahier général des charges.

<sup>566</sup> Article 20, § 8 du cahier général des charges.

<sup>567</sup> Contrairement à ce qui se passe en droit civil, où c'est le juge qui décide, à la demande de la partie, dans quel sens il y lieu d'appliquer l'article 1184 du Code civil.

après mise en demeure. Le cautionnement est confisqué d'office, ce qui ne fait pas obstacle à la perception des amendes dues avant la résiliation.

(6) Sanctions des manquements imputables au pouvoir adjudicateur

*96. Retards ou préjudices provoqués par l'administration dans l'exécution du marché*

Comme nous l'avons déjà mentionné, selon l'article 16, § 1<sup>er</sup> du cahier général des charges, l'adjudicataire peut se prévaloir des carences, lenteurs, faits quelconques qu'il impute à l'administration ou à ses agents et qui lui occasionneraient un retard et/ou un préjudice, en vue d'obtenir, le cas échéant, la prolongation des délais d'exécution, la résiliation ou la révision du marché et/ou des dommages et intérêts.

*97. Retards de paiement des sommes dues par l'administration*

On sait que, dans un contrat synallagmatique, les obligations doivent être exécutées selon une règle de simultanéité. Si l'une des parties suspend l'exécution de ses obligations, il appartient à l'autre partie de faire de même. C'est le jeu de l'exception de non-exécution (*exceptio non adimpleti contractus*).

Dans le cadre d'un marché public, l'entrepreneur pourra se servir de cette exception d'inexécution.

Lorsque, par la faute du pouvoir adjudicateur, le paiement n'a pas été effectué **rente jours** de calendrier après l'échéance du délai de paiement, l'adjudicataire peut **ralentir le rythme** d'exécution du marché, ou l'interrompre.

La décision de ralentir ou d'interrompre l'exécution du marché doit être notifiée par lettre recommandée à la poste au pouvoir adjudicateur, 15 jours avant le ralentissement ou l'interruption effectifs des travaux<sup>568</sup>.

On retrouve, dans cet aménagement imposé par l'article 15, § 6 du cahier général des charges, une projection de la loi de continuité du service public.

*98. Actions judiciaires – délais*

Si des contestations s'élèvent au sujet des manquements reprochés à l'administration, il incombera au cocontractant, personne privée, de saisir le juge

<sup>568</sup> Article 16, § 6 du cahier général des charges.

judiciaire, après information et demande écrite, en principe au plus tard **deux ans** après le procès-verbal de réception définitive des travaux ou des fournitures<sup>569</sup>.

Il faut observer que, même après avoir obtenu du juge la condamnation d'une personne publique<sup>570</sup>, il sera très difficile à l'entrepreneur d'agir en exécution forcée à l'encontre de l'administration. De même, ne pourrait-il lui opposer la compensation qui constitue une forme de paiement forcé.

L'article 1412bis du Code judiciaire offre cependant une possibilité d'agir en exécution forcée, mais unique et pour ce qui concerne les obligations de somme.

## Section 2. Les fonctions de l'administration

### §1. La police administrative<sup>571</sup>

#### 99. Définition

La police administrative est l'ensemble des pouvoirs attribués par ou en vertu de la loi (ou directement de la Constitution en ce qui concerne le pouvoir de police autonome du Roi), aux autorités administratives leur permettant d'apporter des limites aux droits et libertés des citoyens afin de leur imposer la discipline que requiert la vie en société<sup>572</sup>. Cette dernière expression, de J. Rivero<sup>573</sup>, relève de la catégorie des concepts mous. Il appartient au législateur et au Constituant de le préciser de manière variable en fonction des polices.

La police administrative est préventive<sup>574</sup> et s'adresse aux administrés en leur qualité, en limitant leurs libertés dans le souci d'organiser la vie en société, au mieux de l'intérêt général.

Elle est mise en œuvre très essentiellement par des actes unilatéraux<sup>575</sup> : règlement, actes individuels portant interdiction, injonction ou autorisation, et la coercition en cas de mise en œuvre de la force matérielle ou force de police pour prévenir ou faire cesser un désordre<sup>576</sup>.

<sup>569</sup> Article 18 du cahier général des charges.

<sup>570</sup> En application de l'article 1184 du Code civil, il revient à la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté de demander au juge de condamner l'autre partie à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

<sup>571</sup> V. not., J. DEMBOUR, *Les pouvoirs de police administratives générales des autorités locales*, Bruxelles, 1956 ; *Droit administratif*, Liège, 1972, J. MOREAU, *Les polices administratives. Théorie générale*, J.P.C., fasc.200, 1966 ; E. PICARD, *La notion de police administrative*, 2. Vol., Paris, 1984.

<sup>572</sup> P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif, op. cit.*, pp. 195-203, spéc. p. 194.

<sup>573</sup> J. RIVERO, *Droit administratif*, 1960, n°471.

<sup>574</sup> La police judiciaire est répressive

<sup>575</sup> *Supra*, la discussion sur le choix de la voie contractuelle.

<sup>576</sup> M.A., FLAMME, *Droit administratif, op. cit.*, tome 2, spéc. pp.1104-1106.



100. Les polices administratives générales

La police générale vise le maintien de l'ordre public (ou ordre public matériel) dont les composantes sont la sécurité, la salubrité et tranquillité publiques.

Elle relève principalement de la compétence des autorités communales<sup>577</sup> sur leur territoire<sup>578</sup>, même à l'égard des propriétés privées si elles sont à l'origine d'un trouble<sup>579</sup>, accessoirement au Roi, au ministre de l'intérieur et au gouverneur, ainsi qu'au conseil provincial<sup>580</sup> (art.11 de la loi du 25 août 1992 sur la fonction de police et 85 de la loi provinciale).

Le conseil communal est compétent pour adopter des **règlements** de police communale<sup>581</sup> (ou ordonnances de police) éventuellement assortis de sanctions pénales ou administratives<sup>582</sup>.

Le bourgmestre peut adopter des mesures de police à portée **individuelle**<sup>583, 584</sup>, soit en exécution d'un règlement communal soit directement en exécution de l'art. 135,§2 de la NLC, sans qu'il puisse, dans cette dernière hypothèse, assortir les mesures de sanctions pénales ou administratives<sup>585</sup>.

Dans des cas exceptionnels<sup>586</sup>, il peut en outre se substituer au conseil communal impossible à réunir, pour adopter des règlements (ou ordonnances) de police, pour autant que d'une part, il motive spécialement en la forme son règlement et d'autre part, qu'il en donne communication sur-le-champ au conseil qui devra le ratifier à sa plus prochaine séance, les deux actes étant soumis aux formalités de publicité<sup>587</sup>. A défaut de confirmation, le règlement cessera de produire ses effets<sup>588</sup>. En vertu de cette compétence, le Bourgmestre peut assortir son ordonnance de sanctions pénales et administratives<sup>589</sup>.

Le bourgmestre peut également fermer, pour une durée n'excédant pas trois mois, un établissement accessible au public (restaurant, hôtel) lorsque l'ordre public est troublé autour de cet établissement par des comportements survenant dans cet

<sup>577</sup> V. not. Art. 135, §2 de la NLC, issu de l'art. 50 du décret du 14 décembre 1789 relatif à la constitution des municipalités et l'art. 3 du titre XI de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

<sup>578</sup> Ou sur leur cimetière implanté dans une autre commune, v. loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et sépulture, art. L.1232.1 et s. C.D.L.C.

<sup>579</sup> C.E., 28 mai 1963, n°19.044, Goethals (feux d'artifices).

<sup>580</sup> P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, op. cit., spéc. p. 195.

<sup>581</sup> Art. 119 NLC.

<sup>582</sup> Art. 119 bis NLC (introduite par la loi du 13 mai 1999).

<sup>583</sup> Par exemple, ordonner la fermeture d'un café, pour trouble à l'ordre public.

<sup>584</sup> Art. 133, al.2 et 3 NLC.

<sup>585</sup> M.A., FLAMME, *Droit administratif*, op. cit., tome 1, spéc. p.229.

<sup>586</sup> Prévus à l'art. 134 NLC. Par conséquent, le règlement ne pourrait avoir des effets permanents, C.E., 18 décembre 1990, n°36.035, Boucher.

<sup>587</sup> Art. 112 NLC prévoit l'affichage, l'art. 119 de la NLC prévoit la transmission à la députation permanente, au greffe du tribunal de police et l'insertion dans le mémorial administratif de la Province.

<sup>588</sup> C.E., 16 mars 1993, n°42.304, Maton.

<sup>589</sup> M.A., FLAMME, *Droit administratif*, op. cit., tome 1, spéc. p.229 ; P. LAMBERT, *Manuel de droit communal*, tome I, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 1998, spéc. p. 192.

établissement<sup>590</sup>. La mesure cesse de produire ses effets à défaut d'être confirmée par le collègue à sa plus prochaine séance<sup>591</sup>.

Le Roi tire directement de la Constitution, le pouvoir de prendre des mesures réglementaires<sup>592</sup> ou non<sup>593</sup> qui tend à assurer le maintien de l'ordre public matériel (salubrité, sécurité et tranquillité publique).

#### 101. *Les polices administratives spéciales*

Toute police qui n'est pas générale est spéciale, soit parce qu'elle poursuit un objectif étranger à l'ordre public matériel, soit parce qu'elle ne poursuit qu'une de ses composantes, soit parce qu'elle ne régit que certaines activités<sup>594</sup>.

Les polices spéciales recouvrent des champs très variés comme : la réglementation des prix, les pratiques de commerce, la police de la concurrence, l'urbanisme et l'aménagement du territoire, les monuments et sites, les implantations commerciales, etc.

#### 102. *Concours de police*<sup>595</sup>

Les trois hypothèses de concours : le concours de polices générales, le concours de polices générales et de polices spéciales, et enfin, le concours de polices spéciales.

Dans la première hypothèse, en principe, la police générale exercée au plan supérieur prédomine pour les actes réglementaires et individuels. Toutefois, des dispositions particulières prises par les autorités inférieures peuvent compléter, sans modifier, les mesures générales au niveau supérieur.

Dans la troisième hypothèse, les polices seront appliquées de manière cumulative, l'activité ou l'acte devant répondre aux contraintes des deux polices.

Dans la seconde hypothèse, il faut distinguer trois sous hypothèses.

Le législateur peut créer une police administrative spéciale qui implique un monopole d'action ou établir un corps de règles complètes et détaillées en manière telle que la concurrence avec une autre police est exclue. Il en est ainsi du règlement général pour la protection du travail.

---

<sup>590</sup> C.E., 1<sup>er</sup> février 2000, n°85.022, Van Trappen ; 1<sup>er</sup> octobre 2004, n°135.647, sprl Le Pacha.

<sup>591</sup> Art. 134 quater NLC.

<sup>592</sup> Arrêté royal du 22 décembre 1960 conférant aux bourgmestres, commissaires d'arrondissement et gouverneurs de province le pouvoir de réquisitionner les personnes ou le matériel nécessaires à l'enlèvement des immondices pendant les grèves insurrectionnelles de l'hiver 1960-1961.

<sup>593</sup> Arrêté royal du 26 juin 1973 interdisant la tenue d'un congrès d'anciens nazis à Anvers (M.B., 28 juin 1973, p. 7.817).

<sup>594</sup> P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif, op. cit.*, spéc. p.195.

<sup>595</sup> PH. BOUVIER, *op.cit.*, spéc. pp. 124-126.

Au contraire, le législateur peut prévoir une superposition de polices, en n'attribuant à la police administrative générale qu'un pouvoir complémentaire.

A défaut, deux principes gouvernent la question. Les autorités titulaire du pouvoir de police administrative générale ne peuvent prendre une mesure qui rentre dans les attributions d'une autorité titulaire d'un pouvoir de police administrative spéciale ou alors, la compétence des autorités de police administrative spéciale ne prévaut que dans la mesure où elle déroge à la compétence générale.

## §2. Le service public

### I. Le service public organique

#### 103. Définition

BUTTGENBACH<sup>596</sup> a défini le service public **comme** «*un organisme public*<sup>597</sup>, créé par les gouvernants, placé sous leur haute direction, soumis à un régime juridique spécial, qui a pour but de répondre à l'obligation que les gouvernants estiment avoir de donner satisfaction à des besoins collectifs du public d'une façon régulière, continue et en respectant la loi d'égalité des usagers».

Dans la mesure où ce service public gère une activité à caractère industriel, commercial ou financier, il est généralement considéré comme une **entreprise publique**. Il existe également des services publics à caractère administratif (tels les services publics fédéraux, anciens départements ministériels), des services publics sociaux (tels l'Office national de l'emploi (ONEM), l'Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI), le Fonds des Maladies professionnelles, etc.).

#### 104. Critères et indices: généralités

Dans un souci de classification, les critères ou les indices du service public organique doivent être mis en avant.

L'exercice n'est pas simple.

Les statuts d'un organisme (fût-il public) n'énoncent souvent que les règles essentielles de son organisation et de son fonctionnement. Ils ne précisent que très rarement la nature juridique réelle de l'organisme, son régime juridique, le

<sup>596</sup> A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 1<sup>ère</sup> partie, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1966, n° 59, p. 63. Le premier auteur, en droit administratif belge, qui a élaboré une théorie générale du service public.

<sup>597</sup> Personnalisé ou non.

régime de responsabilité applicable à son personnel, la juridiction compétente en cas de litige (tribunal civil, commercial ou juridiction administrative), le régime des biens affectés à l'entreprise, etc.

En outre, la terminologie n'est ni stable, ni univoque. Des termes tels que *agence*, *office*, *institut*, *caisse*, *fonds*, *organisme autonome*, *société régionale* n'ont aucun contenu juridique précis et sont d'ailleurs utilisés indifféremment pour dénommer des organismes privés ou publics, que ceux-ci soient ou non chargés d'une mission de service public, qu'ils soient ou non personnalisés<sup>598,599</sup>. La terminologie n'est pas stable, elle évolue avec les réformes législatives. En outre, la qualification légale est parfois imparfaite<sup>600</sup>.

Trois éléments sont déterminants dans l'exercice de qualification : la création de l'organisme par les pouvoirs publics, la haute direction des gouvernants et le régime juridique spécial.

#### 105. La création de l'organisme par les pouvoirs publics

Un service public organique est normalement créé par les pouvoirs publics **par ou en vertu de la loi (décret, ordonnance)** et non par des particuliers.

Il ne s'agit plus d'un véritable critère du service public, puisque nombre d'entreprises publiques qui ne poursuivent aucune mission de service public sont le fruit de la création unilatérale, ou en association<sup>601</sup>, des pouvoirs publics. En outre, il est difficile à manier, l'initiative de la création de certains services publics très anciens étant parfois difficile à établir<sup>602</sup>. Il est, dans bien des cas, insuffisant, nombre d'institutions privées ayant ultérieurement été transformées en services publics organiques<sup>603</sup>.

<sup>598</sup> J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1970, n° 45, p. 92.

<sup>599</sup> Exemple: le Bureau d'intervention et de restitution de Belgique est, par contre, un établissement public; l'Office régulateur de la navigation intérieure est une administration personnalisée et, à l'inverse, l'Office wallon des déchets, une entreprise régionale non personnalisée.

<sup>600</sup> Ainsi, le Port autonome de Liège a été qualifié d'*établissement public* par la loi du 21 juin 1937 qui le crée. N'est-il pas une association de droit public, puisqu'il regroupe la Région, la Ville de Liège et d'autres communes de la Meuse liégeoise?

<sup>601</sup> Par exemple, la Société belge d'Investissement pour les Pays en développement, société anonyme de droit privé, créée conjointement par l'État fédéral et la Société Belge d'Investissement International (loi du 3 novembre 2001 relative à la création de la Société belge d'Investissement pour les Pays en Développement et modifiant la loi du 21 décembre 1998 portant création de la «Coopération technique belge» sous la forme d'une société de droit public). La participation de l'État fédéral dans celle-ci n'est pas obligatoire (art.2)

<sup>602</sup> Le Crédit Communal est souvent cité en exemple de l'ambiguïté de la création.

<sup>603</sup> Ainsi en est-il de l'Office belge pour l'accroissement de la productivité, établissement d'utilité publique (c'est-à-dire organisme privé), qui a été transformé en un établissement public dénommé *Institut pour l'amélioration des conditions de travail* par l'arrêté royal n° 11 du 11 octobre 1978; on peut encore citer d'autres cas, tel celui de la Banque nationale de Belgique ou celui du Conseil économique et social de la Région wallonne, créé sur base de la loi du 15 juillet 1970, portant organisation de la planification et de la décentralisation de l'économie (tel que modifié par le décret du CRW du 23 mai 1983).

Le **législateur**<sup>604</sup> – et lui seul<sup>605</sup> – est compétent pour créer un service public, personnalisé ou non, pour plusieurs raisons.

Premièrement, selon la doctrine<sup>606</sup>, cette compétence découle du régime parlementaire et démocratique. En vertu des articles 33 et 105 de la Constitution, les compétences ne peuvent être que d'attribution<sup>607</sup>. La politique générale de l'État est donc, si pas dirigée, au moins contrôlée par des assemblées élues. La fixation dans une norme à valeur législative d'un cadre général constitue une concrétisation minimale de ce contrôle.

Deuxièmement, l'État consacre à ces organismes des moyens financiers, souvent importants, sous forme d'apports, d'affectations unilatérales ou de subventions. Les services publics font largement usage des deniers publics.

Troisièmement, l'existence d'un service public – qu'il soit exercé en concurrence ou, *a fortiori*, en monopole – limite nécessairement les libertés individuelles et donc notamment celles proclamées par le décret des 2 et 17 mars 1791 (cf. *supra*). Certaines activités économiques peuvent être totalement ou partiellement soustraites à l'initiative privée. Les services publics bénéficient, en outre, pour l'exercice de leur activité, de règles spéciales, exorbitant du droit commun.

Enfin, dans certains cas, la loi dote l'organisme créé d'une personnalité morale de droit public, ce qui nécessite une intervention du législateur.

L'intervention du législateur peut revêtir différentes **modalités**.

Il peut intervenir *directement* en créant, par une loi particulière, un service public déterminé<sup>608</sup>. Il peut aussi approuver *a posteriori* la création d'un service public organique<sup>609</sup>.

---

<sup>604</sup> Le législateur est utilisé dans le sens large du terme, la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 conférant en effet aux Communautés et aux Régions, en son article 9, la compétence de régler par décret la création et l'organisation de services publics organiques, dans le cadre des compétences qui leur sont dévolues. Sur cette base, ont été créés notamment la RTBF, le Commissariat général aux relations internationales, la Société flamande de distribution d'eau, la Société flamande des déchets, l'Office de la naissance et de l'enfance, la Société wallonne de gestion des participations, etc. Voy. aussi la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

<sup>605</sup> Voy., not., CE, arrêt ASBL *Inspraak*, n° 22.555, 19 octobre 1982, qui annule l'arrêté royal approuvant la création et les statuts de l'établissement d'utilité public *Stichting voor internationale Nederlandse cultuurverspreiding*, au motif que cet acte fait naître un service décentralisé alors que la compétence pour créer un tel service appartient exclusivement au législateur.

<sup>606</sup> Voy. not., P. WIGNY, *Principes généraux du droit administratif belge*, Bruxelles, Bruylant, 1947, n° 23, p. 20; A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif, o.c.*, n°68, p. 66.

<sup>607</sup> L'article 33 énonce que *Tous les pouvoirs émanent de la Nation* et l'article 105, que *Le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même*.

<sup>608</sup> Par ex., la loi du 21 décembre 1998 porte création de la Coopération technique belge, société anonyme de droit public appelée à exécuter la politique de coopération au développement, la loi du 8 août 1980 relative aux propositions budgétaires 1979-1980 porte création d'un organisme public de gestion des déchets radioactifs et des matières fissiles (article 179, §2).

Le législateur peut *déléguer* son pouvoir de créer un service public organique à une autre autorité. L'organisme est alors créé en vertu de la loi.

Cette délégation peut être *expresse* et trouver sa source dans des dispositions à caractère général<sup>610</sup>. Ainsi, l'article 2 du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes<sup>611</sup> offre la possibilité à deux ou plusieurs communes de former des associations pour des objets déterminés d'intérêt communal. Cette délégation résulte souvent de dispositions légales à caractère particulier qui habilent le Roi<sup>612</sup> ou d'autres autorités<sup>613</sup> à créer un service public.

Cette délégation peut aussi, dans une certaine mesure, être *tacite*. La doctrine belge<sup>614</sup> admet en effet une délégation tacite et permanente du pouvoir législatif à l'exécutif pour la création et l'organisation interne des départements ministériels et de leurs services, pour autant que ne soient pas ainsi créées des personnes publiques distinctes de l'État, de la Communauté ou de la Région et que lesdits services ne portent pas atteinte aux libertés publiques, tout spécialement à la liberté du commerce et de l'industrie. Le fondement de cette délégation tacite est trouvé, d'une part, dans les articles 37 et 107 de la Constitution qui font du Roi le chef de l'administration générale et, d'autre part, dans l'article 108 qui confère au chef de l'État le pouvoir de faire les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois<sup>615</sup>.

#### 106. La haute direction des gouvernants

<sup>609</sup> Voy., par exemple, la loi du 12 février 1971 qui approuve, en son article 1<sup>er</sup>, la convention figurant en annexe à ladite loi, convention conclue par l'État, la Province de Hainaut, la ville de Charleroi et l'Association intercommunale pour l'aménagement du territoire et le développement économique et social des régions de l'Est et du Sud du Hainaut, et concernant la création du Port autonome de Charleroi.

<sup>610</sup> La loi établit le cadre général de ces organismes, par exemple, les structures de gestion et de fonctionnement.

<sup>611</sup> Ce décret constitue, pour la Région wallonne, la mise en œuvre de l'article 162, alinéa final, de la Constitution. Ce décret a été intégré, aux articles L1511-1 et s., dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation (ci-après CDLD). Voy. l'arrêté du Gouvernement wallon du 22 avril 2004 portant codification de la législation relative aux pouvoirs locaux, *M.B.*, 12 août 2004; *err. M.B.*, 22 mars 2005.

<sup>612</sup> Ainsi, plusieurs lois de pouvoirs spéciaux ou extraordinaires confèrent-elles au Roi, pour une durée limitée, la possibilité de créer des organismes publics déterminés; citons, à titre d'exemple, l'article 24, 3<sup>e</sup> de la loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires, qui permet au Roi de donner à l'Office belge pour l'accroissement de la productivité le statut d'établissement public (voy. arrêté royal n° 11 du 11 octobre 1978 portant transformation de l'Office belge pour l'accroissement de la productivité en un établissement public dénommé Institut pour l'amélioration des conditions de travail); mais ce peuvent être aussi des lois ordinaires: ainsi, la loi du 23 juillet 1926 autorise-t-elle le Roi à créer, en conformité aux principes qu'elle énonce, une société chargée de l'exploitation de l'ancien réseau des chemins de fer de l'État (voy. arrêté royal du 7 août 1926 instituant la Société Nationale des chemins de fer belge).

<sup>613</sup> Par exemple, une personne publique déterminée: ainsi, la loi du 8 juin 1998 relative aux radiocommunications des services de secours et de sécurité charge la SFI de constituer une société anonyme de droit public dénommée A.S.T.R.I.D., chargée de constituer et d'exploiter un réseau de radiocommunications au bénéfice desdits services.

<sup>614</sup> Voy. par exemple, A. BUTTGEBACH, *Manuel de Droit administratif, o.c.*, n° 70, p. 68.

<sup>615</sup> L'article 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 confère aux Gouvernements des Communautés et des Régions les mêmes pouvoirs.

Ce deuxième indice n'est pas spécifique aux services publics organiques, car il sert également à définir le caractère public d'une entreprise<sup>616</sup>. Il s'analyse, en fait, comme le complément nécessaire du critère de la création. Puisque l'objectif est de satisfaire un besoin collectif considéré comme nécessaire pour la vie en société, les gouvernants, une fois le service créé, ne peuvent se désintéresser de sa gestion et en abandonner la direction à des particuliers. L'autorité a le devoir de contrôler le fonctionnement de l'organisme durant toute son existence.

M. BUTTGENBACH<sup>617</sup> soulignait, à juste titre, que «la mainmise des gouvernants sur un service public peut être plus ou moins accentuée: absolue, totale dans les services publics **centralisés** sur lesquels s'exerce le pouvoir **hiérarchique**, elle se relâche et devient beaucoup plus ténue lorsqu'il s'agit de services **décentralisés** qui, par définition, possèdent l'autonomie organique et sur lesquels les pouvoirs publics n'exercent qu'un pouvoir de **tutelle**».

Le «pouvoir du dernier mot», c'est-à-dire la maîtrise du service en ce qui concerne la détermination de ses règles d'organisation, de fonctionnement (son objet, la désignation de ses organes de gestion, sa capacité juridique, son régime financier) et de suppression (détermination du mode de dissolution et de l'affectation des biens de l'organisme dissous), caractérise en définitive cette «haute direction».

#### 107. *Le régime juridique spécial*

Le troisième indice est le régime juridique spécial régissant l'organisme et l'activité de service public.

Le législateur, lorsqu'il crée un service public organique et lui confie une mission spécifique, entend faire fonctionner ce service suivant un régime juridique particulier<sup>618</sup> et largement dérogoratoire au droit commun. Ce régime se concrétise, à son tour, par un faisceau d'indices.

#### 108. *Les éléments à rejeter*

---

<sup>616</sup> Observons cependant que, pour les services publics organiques, cette maîtrise des gouvernants résulte généralement de la loi qui crée l'organisme, qui en autorise ou en approuve la création. Pour les entreprises publiques qui n'ont pas de mission de service public, au contraire, la prépondérance des pouvoirs publics est, en règle, la conséquence du jeu normal des lois sur les sociétés commerciales, qui donne souvent à l'actionnaire principal la maîtrise de la société.

<sup>617</sup> A. BUTTGENBACH, *Manuel de Droit administratif*, o.c., n° 75, p. 71.

<sup>618</sup> Voy. à ce sujet J.-M. AUBY et R. DUCOS-ADER, *Grands services publics et entreprises nationales*, T.I, Paris, P.U.F., 1963, notamment p. 33: *Le régime du service public apparaît d'abord parfois comme la cause de la qualification de service public. En effet, le juge, pour rechercher si une activité constitue un service public peut trouver des indices dans les règles applicables à ce service, et notamment dans les textes qui les régissent. À cet égard, par conséquent, la démarche se trouve inversée: c'est la considération du régime qui sert à déterminer la qualité de service public.*

L'objet de l'entreprise ne peut normalement pas être retenu comme critère du service public, pour la simple raison que ni la Constitution, ni la loi n'ont déterminé, par avance, les activités qui pourraient être l'apanage exclusif des particuliers ou des personnes publiques. De nombreuses activités économiques sont exercées concurremment par des services publics ou par des personnes privées<sup>619</sup>.

Dans des cas exceptionnels cependant, l'objet de l'entreprise peut servir de critère: lorsque le législateur détermine les missions de service public<sup>620</sup>, érige l'activité en service public<sup>621</sup> ou institue un monopole légal au bénéfice de l'administration.

Il en est de même lorsque le droit positif a formellement écarté la possibilité d'intervention des pouvoirs publics<sup>622</sup>.

La forme de l'organisme ne peut pas non plus être retenue comme critère de différenciation entre l'entreprise privée et l'entreprise publique, que celle-ci gère ou non un service public. En effet, les pouvoirs publics adoptent trop souvent des formes de droit privé pour des services publics organiques. De nombreuses associations de droit public sont constituées sous la forme de sociétés anonymes, de sociétés coopératives et même d'associations sans but lucratif.

## **II. Le régime juridique du service public organique**

### **109. Présentation**

Selon le Professeur BUTTGENBACH<sup>623</sup>, le service public est toujours soumis à un régime juridique spécial, c'est-à-dire un régime différent de celui qui régit les entreprises publiques ne gérant pas une mission de service public ou les entreprises privées, et ce, même lorsque le service public recourt aux formes du droit privé<sup>624</sup>.

Le régime spécial est prévu pour les missions de service public.

---

<sup>619</sup> Il en est ainsi pour les activités bancaires, les assurances, le transport par route, les radiocommunications, etc.

<sup>620</sup> Par exemple, les entreprises publiques autonomes (article 3 de la loi 21 mars 1991), l'article 3 du décret du 7 juin 1990 portant création de l'ISSEP précise les missions de services publics exercés par l'organisme.

<sup>621</sup> Par exemple, l'implantation et l'exploitation des centres d'enfouissement technique, article 20 du décret wallon du 27 juin 1996 relatif aux déchets. Il s'agit, ici, d'un exemple de service public fonctionnel. Dans un premier temps, ces activités furent réservées à certaines structures publiques, qui, elles, étaient alors des services publics organiques. Sous l'influence du droit communautaire, la disposition a été modifiée. Désormais, des personnes morales de droit public et de droit privé peuvent exploiter un centre d'enfouissement technique. Les personnes morales de droit privé sont cependant soumises au pouvoir de contrôle du Gouvernement wallon.

<sup>622</sup> Par exemple, le service des cultes (articles 19 et 21 de la Constitution).

<sup>623</sup> Dans son *Manuel de droit administratif, o.c.*, n° 76, p. 73.

<sup>624</sup> Par exemple, lorsqu'il utilise la forme de la société anonyme ou celle de la société coopérative.



Les entreprises publiques autonomes régies par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques, peuvent gérer, en plus des activités de service public qui sont organisées par le contrat de gestion, des activités purement concurrentielles<sup>625</sup>. Pour ces dernières, le régime de droit commun s'applique, en principe.

110. *Le régime de droit administratif (ou régime spécial)*

En principe, et à défaut de volonté contraire exprimée par le législateur, tous les services publics organiques sont normalement régis par le droit administratif. Ainsi, il existe en faveur de ce régime une véritable présomption: tout service public est donc géré, en principe, dans les formes et suivant les méthodes du droit public, à l'exclusion du droit privé<sup>626</sup>. La spécialité de ce régime se caractérise notamment par les éléments suivants<sup>627</sup>.

**Premièrement**, les agents d'un service public organique sont, en principe, dans une *situation légale et réglementaire* (c'est-à-dire sous régime statutaire) et non dans une situation contractuelle<sup>628</sup>. Il en résulte que les règles relatives au statut peuvent, à tout moment, être modifiées, dans l'intérêt du service, par l'autorité compétente, et ce sans que ces agents puissent s'y opposer et réclamer une quelconque indemnisation.

**Deuxièmement**, les *biens affectés* à un service public organique sont toujours soumis à un régime juridique spécial, que ce soit celui de la *domanialité publique* (à savoir imprescriptibilité, inaliénabilité – sauf si désaffectation – et insaisissabilité)<sup>629</sup> ou de la *domanialité privée*. Tous les biens doivent nécessairement être affectés à la satisfaction des besoins collectifs pour lesquels le service public a été créé.

<sup>625</sup> Voy. les filiales de la Poste (ExBo, Taxipost, Vicindo) ou de la SNCB (ABX). Vérifier sur le site.

<sup>626</sup> Cependant, de nombreux services publics y échappent largement ou partiellement: voy. *infra* nos propos sur le contenu de l'autonomie technique.

<sup>627</sup> Voy., sur ce point: A. BUTTGEBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1952, n° 105 et s., p. 99 et s.; J. DEMBOUR, *Droit administratif, o.c.*, n° 50, p.101.

<sup>628</sup> Il y a présomption de statut en cas de silence des textes organiques.

<sup>629</sup> Voy., nota., Ph. FLAMME, «Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique: un obstacle au financement privé des équipements collectifs?», *J.T.*, 1991, pp. 441 à 454; «Existe-t-il des biens hors commerce?», *Bull. Crédit communal de Belgique*, n° 186, 1993, pp. 67 à 75; D. LAGASSE, «La gestion active du domaine public», *A.P.T.*, 2003, pp. 87 à 111; E. GREGOIRE, *Le bail à ferme et les biens des personnes morales de droit public*, *Mouv. comm.*, 2005, pp. 410 à 417; D. DEOM, *Les opérations immobilières des personnes de droit public, in La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole VERHEYDEN-JEANMART*, Bruxelles, Larcier, 2005. Voy. également sur l'imprescriptibilité des chemins vicinaux: Cass., 13 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 21; et sur les voiries en Région wallonne, le décret du 27 janvier 1998 instituant une police de la conservation du domaine public routier régional et en réglementant les conditions d'exercice, *M.B.*, 21 février 1998. Voy. sur la question des rapports entre droit domanial et droit de l'urbanisme: M. PAQUES, «Le mirmillon et le rétiaire ou comment concilier la domanialité publique et l'urbanisme», *Rev. Fac. Dr. Lg.*, 2006, p. 269 et s.

Toutefois, depuis la loi du 21 mars 1991 de réformes de certaines entreprises publiques économiques, l'immunité d'exécution des biens des personnes morales de droit public ne peut plus être considérée comme une règle absolue. En effet, les entreprises publiques autonomes telles que définies par la loi précitée bénéficient de l'immunité d'exécution uniquement pour les biens entièrement ou partiellement affectés aux tâches de service public (article 8, alinéa 2 de ladite loi).

De plus, si l'article 1412bis du Code judiciaire<sup>630,631</sup> confirme, en son §1<sup>er</sup>, l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, il impose, cependant, à ces mêmes personnes morales de déterminer la liste de leurs biens pouvant faire l'objet d'une saisie. *À défaut d'une telle déclaration ou lorsque la réalisation des biens qui y figurent ne suffit pas à désintéresser le créancier, les biens qui ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public* pourront être saisis<sup>632,633</sup>.

<sup>630</sup> Article introduit dans le code judiciaire par la loi du 30 juin 1994.

<sup>631</sup> Voy. A.-M. STRANART et P. GOFFAUX, L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412bis du Code judiciaire, *J.T.*, 1995, p. 437 et s.; I. Dupont, L'article 1412bis du Code judiciaire a-t-il saisi les autorités publiques? Examen de la mise en application de cet article par les personnes morales de droit public et autres, tempérament à l'immunité d'exécution, *A.P.T.*, 2004, p. 58 et s.

<sup>632</sup> Voy., P. LEWALLE, *Saisie des biens des personnes morales de droit public*, Chronique du droit à l'usage du notariat, Vol. XX, 20 octobre 1994, p. 241.

<sup>633</sup> Voy. le jugement du tribunal de première instance de Verviers, Chambre des saisies du 12 janvier 1996, inédit. Les exceptions au principe de l'insaisissabilité sont de stricte interprétation. En ce qui concerne le critère de l'*inutilité manifeste*, c'est le créancier saisissant qui devra démontrer que le bien en question n'est manifestement pas utile; la personne morale de droit public n'ayant pas à démontrer l'utilité manifeste du bien. En l'espèce, il y a lieu d'ordonner la mainlevée sur la saisie de tableaux se trouvant dans les couloirs d'une maison de repos d'un C.P.A.S. Même s'il est difficile de soutenir qu'un C.P.A.S. ait une mission culturelle, ces œuvres de peinture peuvent s'avérer utiles à sa mission d'aide psychologique aux personnes âgées résidant dans la maison de repos où se trouvent les œuvres saisies. Si l'on ne partageait pas cette opinion, force serait de considérer qu'il y a un doute quant à l'inutilité manifeste de ces tableaux pour l'exercice de la mission du C.P.A.S. et, dans ce cas, le doute doit profiter à la personne morale de droit public. Ce jugement a été réformé par la Cour d'appel de Liège le 13 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1650 à 1653: la saisissabilité peut être mesurée à l'exigence de l'utilité directe. Si l'on tient compte de l'utilité indirecte, les possibilités de saisie sont entièrement exclues et ce n'est pas la volonté du législateur. Un C.P.A.S. ne peut, dans le but d'assurer un cadre de vie agréable aux personnes âgées qui séjournent dans la maison de repos qu'il gère, refuser la réalisation des biens qui ne sont pas manifestement utiles pour lui permettre d'atteindre son but premier, à savoir assurer la subsistance des personnes se trouvant sur le territoire de la commune qu'il dessert et leur permettre de vivre une vie conforme à la dignité humaine. Le juge détermine les biens *manifestement utiles* qui doivent être préservés pour permettre la réalisation, par la personne publique, de la mission pour laquelle elle a été créée, et tel n'est pas le cas des tableaux saisis.

Voy. aussi Tribunal civil de Bruxelles (juge des saisies), 16 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, n° 23, pp. 924 à 928: *il n'existe pas, à côté des biens appartenant aux personnes morales de droit public et affectés à leur fonctionnement, qui ont été déclarés insaisissables par l'article 1412bis nouveau du code judiciaire aux conditions et dans les limites qu'il détermine, d'autres biens insaisissables parce qu'affectés à l'accomplissement de sa mission par un service public fonctionnel et non plus organique.*

**Troisièmement**, les services publics organiques sont, en règle générale, soumis au régime de la *comptabilité publique*<sup>634</sup> et au *contrôle de la Cour des comptes*<sup>635</sup>. À tout le moins, de nombreux services publics organiques sont soumis à des règles de gestion financière et comptable différentes de celles en vigueur dans les entreprises publiques qui ne sont pas chargées de mission de service public ou dans les entreprises privées.

**Quatrièmement**, les *actes et décisions* de l'autorité administrative, pris dans le cadre de l'exécution du service public, revêtent une *nature administrative* et échappent ainsi aux règles du droit commun. Les décisions de l'administration sont exécutoires<sup>636</sup> par elles-mêmes, bénéficient du privilège du préalable<sup>637</sup> et de l'action d'office<sup>638</sup>. Elles revêtent généralement un caractère unilatéral dans les relations qui unissent l'administration et les usagers du service public. Les contrats sont parfois soumis à un régime différent des contrats de droit privé<sup>639</sup>.

**Cinquièmement**, les services publics disposent, dans bien des cas, de *prérogatives de la puissance publique* et de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux reconnus aux particuliers. Ils bénéficient souvent du droit d'exproprier, de réquisitionner, d'établir des servitudes d'utilité publique, de contracter des emprunts sous la garantie de l'État, de la Communauté ou de la Région; ils sont fréquemment assimilés à l'État pour l'application des lois relatives aux taxes et impôts directs à percevoir au profit de l'État, des provinces et des communes<sup>640</sup>.

**Sixièmement**, le règlement des litiges suscités par l'exécution du service est, le plus souvent, déféré à la *juridiction administrative*, les actes et décisions des autorités compétentes devant être considérés comme ceux d'une autorité administrative (au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État<sup>641</sup>).

<sup>634</sup> Voy., not., la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral (qui n'est pas encore en vigueur) et la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public.

<sup>635</sup> Voy., la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes (cette loi reste d'application jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 22 mai 2003 modifiant la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes) et les dispositions relatives au contrôle de la Cour des comptes dans la loi du 16 mars 1954 précitée (l'article 6 principalement). L'entrée en vigueur de la loi du 22 mai 2003 a été reportée au 1<sup>er</sup> janvier 2008, par une loi programme, *M.B.* 28.12.2006, Éd. 3, spéc. p. 75194.

<sup>636</sup> J. DEMBOUR, *Droit administratif, o.c.*, n° 45, p. 307.

Pour mettre ses décisions en œuvre, l'administration n'a pas besoin de se faire délivrer un titre exécutoire par le juge; celles-ci sont exécutoires par elles-mêmes.

<sup>637</sup> L'administration bénéficie de l'*autorité de la chose décidée*; l'administré doit exécuter la décision de cette dernière et, en cas de contestation, c'est à lui de renverser la présomption réfragable de conformité au droit et à l'intérêt général qui existe en faveur de l'autorité. Voy. sur ce sujet: M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, La Charte, 2001.

<sup>638</sup> L'administration peut, sous certaines conditions, passer directement à l'exécution de sa décision par la contrainte en mettant la force publique en mouvement.

<sup>639</sup> Par exemple, les concessions domaniales et de services publics, les marchés de travaux et de fournitures, les emprunts, etc.

<sup>640</sup> Voy., not., l'article 180 du Code des impôts sur le revenu (arrêté royal du 10 avril 1992) qui exclut nombre d'organismes publics de l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés ou l'article 216 qui soumet certains autres à un taux d'imposition réduit. L'article 220 soumet cependant l'État, les Communautés, les Régions, les provinces, les communes et bon nombre d'organismes ou associations de droit public à l'impôt des personnes morales.

<sup>641</sup> Lois coordonnées par l'arrêté royal du 12 janvier 1973.

**Septièmement**, dans ce même ordre d'idées, les services publics organiques ne peuvent recourir à la *procédure d'arbitrage*<sup>642,643</sup> prévue et organisée par l'article 1676 du Code judiciaire que dans certains cas déterminés<sup>644</sup>, sauf dispositions formelles de la loi venant lever cette restriction<sup>645,646</sup>.

**Huitièmement**, la *légalisation sur l'emploi des langues* en matière administrative est applicable à tous les services publics, sauf les exceptions qui y seraient formellement prévues.

Enfin, l'instauration d'un *régime de tutelle* dans le cas de la décentralisation garantit la mainmise des gouvernants suivant des règles dérogatoires<sup>647</sup>.

111. *L'autonomie technique : souplesse pour les entreprises publiques à caractère industriel, commercial ou financier*

Les règles de gestion financière, administrative et comptable, décrites ci-dessus, ont été régulièrement dénoncées comme trop rigides ou peu conformes aux exigences d'une gestion rationnelle d'une entreprise à caractère industriel, commercial ou financier. Le législateur a prévu des dérogations à ce régime administratif général, se rapprochant des formules d'organisation administrative, financière ou comptable en usage pour les entreprises privées.

Il existe différentes manières pour parvenir à ce résultat.

Il peut réputer commerciaux les actes de certaines administrations personnalisées ou établissements publics. Il peut enjoindre à l'organisme qu'il crée de prendre une forme commerciale et rendre applicables les dispositions du Code des sociétés (sauf les dérogations prévues par les statuts). Il peut aussi imposer que la comptabilité d'un organisme donné soit tenue selon les règles fixées par la loi du

<sup>642</sup> La convention d'arbitrage a pour objet de faire trancher les difficultés nées ou à naître d'un rapport de droit déterminé, en dehors des tribunaux de l'ordre judiciaire, par un tribunal arbitral.

<sup>643</sup> À ne pas confondre avec la possibilité de transiger établie par l'article 2044 du Code civil, qui est un contrat par lequel les parties terminent une contestation visée ou préviennent une contestation à naître. En principe, les pouvoirs publics peuvent transiger, car, dans ce cas, ils connaissent l'étendue de la concession faite dans le cadre de la transaction.

<sup>644</sup> L'art. 1676.2 indique que *les personnes morales de droit public ne peuvent (...) conclure une convention d'arbitrage que lorsque celle-ci a pour objet le règlement de différends relatifs à l'élaboration ou à l'exécution d'une convention*, ainsi qu'en toutes matières déterminées par la loi ou par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres. Cet assouplissement est assez récent, puisqu'il a été inséré dans le Code judiciaire par la loi du 19 mai 1998. Antérieurement, l'interdiction, pour les personnes morales de droit public, de recourir à la procédure d'arbitrage était totale, sous réserve de dispositions légales particulières venant lever cette interdiction.

<sup>645</sup> Voy., par exemple, l'article 6 de l'arrêté royal du 30 mars 1981 déterminant les missions et fixant les modalités de fonctionnement de l'organisme public de gestion des déchets radioactifs et des matières fissiles, ou l'article 14 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

<sup>646</sup> Sur l'arbitrage en droit administratif, voy. D. LAGASSE, «Faut-il ouvrir plus largement l'accès des personnes publiques à la procédure arbitrale», *A.P.T.*, 1993, pp. 149 à 158.

<sup>647</sup> Voy., par ex. la loi du 16 mars 1954 sur les organismes d'intérêt public.

17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises. Il peut, enfin, autoriser le recours à la procédure d'arbitrage.

Ces diverses dérogations permettent une certaine «**autonomie technique**» du service public<sup>648</sup>.

Reste à déterminer dans quelle mesure l'administration peut abandonner le régime administratif pour recourir aux méthodes du droit privé<sup>649</sup>.

Les textes organiques du service public en cause peuvent, parfois, interdire ou autoriser le recours aux procédés du droit privé, voire y contraindre. La volonté, régulièrement exprimée, du pouvoir public créateur du service, doit être respectée.

La situation est plus délicate dans le silence des textes. Dans ce cas, il est possible de soutenir que les autorités compétentes ont le choix entre les procédés du droit privé et ceux du droit public. Pourquoi, en effet, empêcher l'administration de recourir aux procédés du droit privé, s'il lui paraît plus avantageux pour le service public? Les procédés de droit privé portent moins atteinte aux libertés individuelles. D'autres pourraient soutenir qu'il peut être dangereux de laisser aux personnes qui dirigent un service public le soin de choisir des procédés qui ne préservent pas, en soi, ce dernier. Si le législateur ne s'est pas exprimé, la présomption joue en faveur du droit public.

Le recours aux procédés de droit privé ne peut jamais être que partiel; le service public demeure en effet soumis à un régime juridique spécial, dont le minimum est constitué par les lois générales du service public<sup>650</sup>. Le droit privé ne peut donc s'appliquer à la gestion d'un service public que dans la mesure où il est compatible avec lesdites lois<sup>651</sup>. Inhérentes à la nature même du service public, celles-ci énervent et parfois même permettent d'écarter l'application des règles du droit privé.

#### 112. Les «lois» du service public : régime juridique spécial minimum

Les «lois» du service public constituent le régime juridique spécial minimum applicable à tout service public organique, quel que soit son mode de gestion.

Ces lois n'ont pas été édictées par un texte normatif qui s'applique à tout service public. Elles sont parfois énoncées par des dispositions légales particulières ou par des statuts. Elles constituent – les deux premières en tout cas – des principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence administrative et systématisés par la doctrine. Ces règles découlent de l'origine, de la nature et de l'essence même du service public. Elles sont au nombre de trois, la loi du changement, de la continuité et de la régularité et, enfin, la loi d'égalité des usagers.

<sup>648</sup> Voy., à propos de cette notion: A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif, o.c.*, n° 100 et s., p.108; J. DEMBOUR, *Droit administratif, o.c.*, n° 59, p. 112.

<sup>649</sup> Voy. sur ce point A. BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique, o.c.*, n° 116, p. 112.

<sup>650</sup> Sinon rien ne le distinguerait des entreprises publiques sans mission de service public et des entreprises privées.

<sup>651</sup> Voy. à ce sujet A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif, o.c.*, n° 78, p. 76; *idem*, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique, o.c.*, n° 137, p. 126.

113. *La loi du changement*

La loi du changement est un principe général du droit administratif qui est le corollaire de la haute direction des gouvernants. Ayant été créé par eux en vue de répondre à l'obligation qu'ils estimaient avoir de satisfaire, par ce moyen, un besoin collectif, le service public fonctionne sous leur responsabilité et leur contrôle, quels que soient son mode de gestion et son autonomie. Il leur appartient d'apprécier non seulement dans quelle mesure le bien commun exige leur intervention, mais aussi de décider la forme qu'elle doit revêtir et, enfin, d'assurer constamment l'adaptation de l'organisme à la réalisation de son objet<sup>652</sup>.

Les gouvernants peuvent, à tout moment, modifier les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public (par exemple modifier les statuts)<sup>653</sup>, supprimer l'institution, s'ils estiment qu'elle n'a plus de raison d'être<sup>654</sup>, modifier les missions confiées au service public ou lui en conférer de nouvelles<sup>655</sup>, modifier le statut des agents d'un service public, voire privatiser l'institution.

114. *La loi de la continuité et de régularité*

La loi de la continuité et de régularité est un principe général du droit administratif qui n'est formulé par aucun texte général<sup>656</sup>. Puisque le service public est indispensable à la satisfaction d'un besoin collectif du public<sup>657</sup>, l'obligation de faire fonctionner celui-ci de manière régulière et continue pèse sur l'administration.

Cette obligation est interprétée de façon raisonnable. Elle ne signifie pas que tous les services publics doivent fonctionner de façon permanente, car il en est qui, par nature, sont intermittents<sup>658</sup>. Le service doit exercer son activité d'une manière régulière, c'est-à-dire conformément à sa nature et aux prescriptions de ses statuts<sup>659</sup>.

Il existe de nombreuses applications de cette loi.

<sup>652</sup> A. BUTTGEBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, o.c., n° 76, p. 75.

<sup>653</sup> Voy., par ex., le décret du 2 avril 1998, qui abroge et se substitue au précédent décret du 22 février 1990 portant création de l'Agence wallonne à l'exportation.

<sup>654</sup> Par exemple, REFRIEL supprimé par arrêté royal n° 429 du 5 août 1986.

<sup>655</sup> Par exemple, le décret du 9 avril 1998 modifiant le décret du 7 juin 1990 portant création d'un Institut scientifique de service public en Région wallonne (ISSEP).

<sup>656</sup> J. DEMBOUR, *Droit administratif*, o.c., n° 52, p. 103.

<sup>657</sup> D. De Roy, «Le principe de continuité du service public et la situation de l'usager», *R.C.J.B.*, 2005, p. 201 et s.

<sup>658</sup> Par exemple, le service public électoral ou celui des commissions de bourses d'études.

<sup>659</sup> A. BUTTGEBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, o.c., n° 78, p. 77; idem, *Manuel de droit administratif*, o.c., n° 80, p. 80; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, o.c., n° 52, p. 104.

L'interdiction du droit de grève dans les services publics<sup>660</sup>, le fait que la démission d'un fonctionnaire n'a d'effet qu'à partir du moment où elle a été acceptée par l'administration, le fait que l'autorité ou l'agent dont le mandat est venu à expiration est fréquemment tenu de poursuivre l'exercice de ses fonctions aussi longtemps que son remplaçant n'a pas été désigné<sup>661</sup>, constituent des application de cette loi.

La théorie du *fonctionnaire de fait*<sup>662</sup>, le privilège du préalable et de l'action d'office – le fonctionnement régulier du service public serait compromis ou interrompu si, à chaque réclamation ou contestation des administrés, l'organisme public devait attendre la décision du juge pour agir – les recours introduits contre les décisions d'un service public n'ont pas, sauf exceptions<sup>663</sup>, un effet suspensif, visent à assurer la continuité des services publics.

La faillite d'un service public reste improbable<sup>664</sup> alors même qu'il serait appelé à accomplir des opérations commerciales, industrielles ou financières. La théorie de l'imprévision en France<sup>665</sup>, lorsque l'équilibre financier d'un contrat administratif (par exemple un marché de travaux publics ou un contrat de concession de service public) est rompu par des circonstances imprévues qui rendent son exécution plus onéreuse, permet à l'administré de demander à l'administration une indemnité. La même idée de continuité autorise l'administration, en cas d'inexécution totale ou partielle d'un contrat administratif, à prendre immédiatement, aux frais du cocontractant, les mesures nécessaires à assurer la reprise ou la continuation du service, voire à résilier unilatéralement la convention. Le fait qu'un service public

<sup>660</sup> Voy. néanmoins, l'article 18 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française, ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent. En réglant la situation administrative de l'agent en cas de *cessation concertée du travail*, cet arrêté reconnaît peut-être implicitement le droit de grève. Cette disposition n'a pas été insérée dans le chapitre traitant des droits des agents, mais dans celui relatif aux positions administratives.

<sup>661</sup> Voy., par exemple, l'article 8, §1, alinéa 2 de l'arrêté royal du 30 mars 1981 déterminant les missions et fixant les modalités de fonctionnement de l'ONDRAF.

<sup>662</sup> Voy. CE, arrêt Dierick, n° 15.744, 6 mars 1973; voir aussi P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2<sup>ème</sup> éd., Larcier, 2002, pp. 948 à 951. La théorie du fonctionnaire de fait appliquée aux actes accomplis par des personnes chargées d'une fonction publique en vertu d'une décision qui semblait régulière au moment où elle est intervenue, mais qu'une autorité compétente, le cas échéant le législateur, aurait déclarée irrégulière par la suite, implique qu'afin d'assurer la sécurité juridique, les actes accomplis par le fonctionnaire, en apparence désigné régulièrement, sont censés avoir été accomplis valablement du point de vue de la compétence.

<sup>663</sup> Voy. les articles 17 et 18 des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973: le Conseil d'État peut ordonner la suspension de l'acte et ordonner toutes mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde des intérêts des parties, si des moyens sérieux sont susceptibles de justifier l'annulation et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement soit de nature à causer un préjudice grave difficilement réparable.

<sup>664</sup> Voy. sur le principe de continuité comme obstacle possible à la faillite: R. ERGEC et H. DELWAIDE, «Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite?», *J.T.*, 1995, p. 713.

<sup>665</sup> Cette théorie a trouvé un certain écho en droit belge (voy. article 16 du cahier général des charges contenu dans l'annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics). Toutefois, il importe d'observer que la théorie de l'imprévision n'apparaît pas, en droit belge, comme un principe général de droit compris dans la loi de la continuité, comme c'est, par contre, le cas en France.

organique ne peut être supprimé que par la loi et non par la volonté unanime des organes de gestion ou de l'assemblée générale (dans la mesure où ce service aurait pris une forme sociétaire) renforce également sa continuité<sup>666</sup>.

115. *La loi de l'égalité des usagers*

Cette loi est une application particulière du principe de l'égalité devant la loi, inscrit dans l'article 10 de notre Constitution<sup>667</sup>. Elle découle de l'idée qui se trouve à la base même de la création du service public: si les gouvernants l'instituent, c'est pour répondre à l'obligation qu'ils ont de pourvoir au bien commun, c'est-à-dire au bien de tous. Il signifie que, dès l'instant où un administré se trouve placé dans des conditions fixées de façon générale et impersonnelle par la loi ou les règlements qui organisent le service, il peut en exiger le fonctionnement légal<sup>668</sup>.

Ce principe peut être envisagé sous deux aspects différents.

D'une part, sous l'angle de *l'égalité des usagers devant les avantages du service public*, cette loi interdit aux pouvoirs publics de créer des services publics qui seraient réservés à telle ou telle personne individuellement déterminée ou dont serait exclue telle ou telle personne désignée de la même façon. Les pouvoirs publics conservent la faculté de définir, d'une manière impersonnelle, les bénéficiaires du service public (par exemple telle catégorie d'administrés) ou de subordonner l'usage dudit service à certaines conditions (par exemple au paiement d'une rémunération sur base d'un tarif déterminé). Cependant, ces conditions doivent rester étrangères à des considérations d'origine, d'opinion ou de conviction et susceptibles de justifications objectives et raisonnables eu égard aux buts et effets de celle-ci. L'organisme a l'obligation de prêter ses services à toute personne qui en réclame le bénéfice en se conformant aux conditions posées par le règlement organique dudit service. Il ne peut accorder un traitement de faveur à une ou plusieurs personnes déterminées *intuitu personae* sauf autorisation du législateur.

D'autre part, sous l'angle de *l'égalité des usagers devant les charges du service public*, l'ensemble des coûts liés aux activités d'un service public est mis à charge des sociétés ou organismes privés et/ou des particuliers au bénéfice desquels ces prestations sont effectuées, moyennant une répartition en fonction de critères objectifs déterminés par les autorités compétentes<sup>669</sup>.

### **III. Des modes de gestion**

---

<sup>666</sup> Les EPA (article 41, §5)

<sup>667</sup> Voy. not. l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, 19 mai 1994.

<sup>668</sup> Voy. sur ce point C.A., n° 81/97, concernant l'égalité de tous les usagers dans l'accès aux centres d'enfouissement technique.

<sup>669</sup> Pour une consécration de ce principe, voy. l'article 179, §2, 9°, de la loi du 8 août 1989 relative aux propositions budgétaires 1979/80, déterminant les missions et fixant les modalités de fonctionnement de l'organisme public de gestion des déchets radioactifs et des matières fissiles, tel que modifié par la loi du 11 janvier 1991.



Il existe deux grands modes de gestion des services publics: la *centralisation administrative* et la *décentralisation administrative*.

#### A. Centralisation, décentralisation

##### 116. *La centralisation administrative : définition et caractéristiques*

La centralisation administrative est un **mode d'organisation des services publics qui consiste à confier leur gestion à une personne juridique non distincte du pouvoir public créateur**, qui peut être l'État, les Communautés ou les Régions. La centralisation se conçoit donc au sein d'une même personne juridique. Par exemple, les départements ministériels, les services des Communautés et des Régions, les services à gestion séparée et les entreprises d'État.

L'autorité centralisée n'a **pas de personnalité juridique distincte** du pouvoir créateur, qui exerce sur la première un **contrôle de type hiérarchique**.

Il en résulte que les biens qui sont affectés à des services centralisés continuent à faire partie du patrimoine général du pouvoir public créateur, même s'ils sont, dans certains cas, identifiés.

Le pouvoir hiérarchique se caractérise par le fait que, même **en dehors de tout texte légal** qui le consacre, l'autorité hiérarchique a le droit de donner aux agents subordonnés des ordres et instructions impératifs, de s'immiscer dans la gestion du service, de réformer les décisions de ces agents, voire de se substituer à eux.

Il s'exerce ainsi sur la totalité de l'activité du service public, l'autorité supérieure ayant le **choix des moyens** et son action n'étant soumise, en principe, à aucune condition de forme et de délai<sup>670</sup>. Le contrôle hiérarchique ne fait pas obstacle à un mécanisme de déconcentration du pouvoir de décision au profit d'un agent subordonné.

##### *La décentralisation administrative<sup>671</sup> : définition et caractéristiques*

La décentralisation administrative est un **mode d'organisation des services publics qui consiste à confier leur gestion à des agents qui sont les organes et les représentants, non pas du pouvoir public créateur, mais d'une personne publique autre que ce dernier**.

L'administration décentralisée jouit **d'une personnalité juridique**, distincte du pouvoir public créateur. Elle a un patrimoine propre, distinct du patrimoine de l'État fédéral ou des patrimoines des entités fédérées.

<sup>670</sup> Voy. A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, o.c., n° 97, p. 105.

<sup>671</sup> Voy. J.-M. FAVRESSE, «Déconcentration et décentralisation, reflet d'un monde disparu», *A.P.T.*, 1984, pp. 15 à 42.

Elle jouit d'une **autonomie organique**, d'un **pouvoir propre de décision**, à l'exclusion des autorités du pouvoir créateur qui ne peut s'immiscer dans la gestion de ses affaires (par des ordres, injonctions, réformation de décision ou substitution d'action).

Elle échappe au contrôle hiérarchique d'un représentant du pouvoir public créateur. L'administration décentralisée est soumise à un **contrôle de tutelle** dont la portée et l'étendue sont précisées par des normes.

## B. La tutelle administrative

### 117. *La tutelle*<sup>672</sup> : définition

Selon la définition classique de DEMBOUR, la tutelle administrative désigne l'ensemble des pouvoirs limités accordés par la loi, le décret ou l'ordonnance, en vertu de la loi, du décret ou de l'ordonnance, à des autorités administratives représentant l'État fédéral, la Communauté ou la Région, en vue d'assurer le respect du droit et la sauvegarde de l'intérêt général, contre l'inertie préjudiciable, les excès et les empiètements des agents ou des organismes décentralisés<sup>673,674</sup>.

### 118. *Un ensemble de pouvoirs limités*

Un des critères de distinction entre un organisme centralisé et un organisme décentralisé est la personnalité juridique.

Un organisme centralisé n'a pas de personnalité juridique distincte du pouvoir public créateur.

Une administration ou un organisme décentralisé, a une personnalité juridique propre.

La décentralisation, par définition, implique la liberté d'action, c'est-à-dire un pouvoir propre de décision reconnu à l'organisme qui jouit d'une **autonomie organique**. Toutefois, si l'autonomie est la règle pour les organismes décentralisés, le pouvoir public créateur (État, Communauté, Région) ne se désintéresse pas de ceux-ci et leur impose certaines restrictions à cette liberté d'action.

---

<sup>672</sup> Voy. le rapport de W. LAMBRECHTS intitulé «Sens et contresens de la tutelle administrative et de la jurisprudence administrative», A.P.T., 1981, pp. 158 à 174.

<sup>673</sup> Voy. not., sur la tutelle sur les communes, J. SOHIER, «La tutelle sur les communes», A.P.T., 1986, pp.17 à 27; G. CUSTERS, «La tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales en Région wallonne: la réforme du 1<sup>er</sup> avril 1999», *Rev. dr. commun.*, 2000, p. 182 et s.

<sup>674</sup> J. DEMBOUR, *Droit administratif*, o.c., n° 82, p. 134; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, o.c., n° 145, p. 146.

L'autonomie est, dans une certaine mesure, limitée par les pouvoirs qui sont accordés à l'autorité de tutelle (le pouvoir de tutelle est la manifestation du *pouvoir du dernier mot*, examiné *supra*).

Le pouvoir de tutelle est lui-même contenu par les textes légaux<sup>675</sup>.

Par exemple, si la loi confère à l'autorité de tutelle un pouvoir d'autorisation ou d'approbation pour tel type de décision, ladite autorité ne peut utiliser ce pouvoir pour d'autres types de décisions. Par conséquent, les dispositions légales relatives au contrôle de tutelle doivent s'interpréter de **manière restrictive**. En cas de doute sur la portée de telles prescriptions, il bénéficie à l'autonomie<sup>676</sup>.

Si la tutelle était illimitée, elle nierait l'autonomie donnée dans le cadre de la décentralisation.

L'exercice de la **compétence**, le **choix des moyens**, l'**action** même du pouvoir de tutelle sont, de plus, enserrés dans une série de modalités contenues dans les textes. Par exemple, un délai peut être donné à l'autorité de tutelle, au-delà duquel elle n'a plus le pouvoir d'intervenir<sup>677</sup>.

119. *Des pouvoirs accordés par la loi, un décret ou une ordonnance, ou en vertu de ces mêmes normes*

Le législateur (fédéral ou entités fédérées) est seul compétent pour **créer** un organisme public personnalisé ou non personnalisé. Par conséquent, il lui revient également de fixer les limites éventuelles à la liberté d'action de l'organisme décentralisé, en limitant son pouvoir propre de décision. Il peut confier éventuellement à l'exécutif (fédéral ou entités fédérées) le pouvoir de limiter cette liberté. Il n'est pas toujours aisé de mesurer la volonté du législateur.

Un litige opposant la Société de développement régional de Bruxelles (organisme décentralisé ayant une personnalité juridique distincte de l'État) à l'État belge a été porté devant le Conseil d'Etat<sup>678</sup>. Cet organisme avait décidé d'acquérir des terrains industriels. Cette décision a été annulée par l'autorité de tutelle, en l'occurrence le Roi. Ladite société soutenait que le Roi était sans compétence pour annuler la décision en cause, car ce pouvoir ne lui était conféré ni par la loi, ni en

<sup>675</sup> Les textes définissent les procédés de tutelle, les autorités compétentes pour exercer le pouvoir de tutelle, les actes qui sont soumis à la tutelle et les règles de procédure (**4 éléments de la tutelle**).

<sup>676</sup> L'objet de la tutelle est également délimité de façon précise, voy. C.A., n° 118/99, 10 novembre 1999: *les services décentralisés bénéficient d'une certaine autonomie et liberté de gestion. La tutelle administrative est le pouvoir dont dispose l'autorité de tutelle pour empêcher que les pouvoirs décentralisés abusent de leur autonomie pour poser des actes contraires à la loi ou à l'intérêt général. Cette tutelle administrative s'inscrit dans le cadre des relations entre l'autorité et les pouvoirs décentralisés et n'a pas pour objet de protéger directement les intérêts individuels des membres du personnel. Ceux-ci disposent d'autres moyens au cas où une autorité administrative prendrait des décisions de nature à leur faire grief.*

<sup>677</sup> Art. L3121-1 du CDLD, qui instaure une tutelle générale d'annulation sur les actes des autorités communales, provinciales et intercommunales.

<sup>678</sup> CE, arrêt S.D.R. de Bruxelles, n° 18.855, 23 mars 1978, *Rec.*, 1978, p. 361.

vertu de la loi. En effet, le texte de base qui portait création de tels organismes<sup>679,680</sup> s'était limité à instituer des sociétés de développement régional, à déterminer leurs compétences et missions.

Il énonçait deux mesures de tutelle: l'autorisation du Ministre des Finances pour les emprunts et l'approbation par le Roi des statuts de ces sociétés dont la loi autorise la création à l'initiative des conseils provinciaux. Cette **loi ne prévoyait donc ni explicitement, ni implicitement, l'instauration d'un procédé de tutelle de suspension ou d'annulation**. Toutefois, un **arrêté royal** du 17 septembre 1973, organisant le contrôle des sociétés de développement régional, prévoyait, en son article 5, la mise en œuvre de tels procédés. Le Roi avait annulé la décision de la société précitée sur base de cet arrêté royal.

Le Conseil d'État a opté pour la thèse défendue par la Société de développement régional bruxelloise: **le Roi ne pouvait pas mettre en œuvre un pouvoir d'annulation ou de suspension qui n'était pas organisé par la loi ou en vertu de la loi**. La décision attaquée était dépourvue de tout fondement légal.

Par **décret** du 1<sup>er</sup> juillet 1982, la Communauté française a octroyé la personnalité juridique au pouvoir organisateur de l'Institut Supérieur Industriel Liégeois (ISIL), dont il a approuvé les statuts. En son article 2, il a prévu que l'Exécutif de la Communauté française pouvait s'opposer à toute mesure contraire à la loi, à l'intérêt général et aux statuts. De façon expresse, le **décret instaure un pouvoir de suspension et d'annulation** audit Exécutif et s'en remet à celui-ci pour en arrêter les procédures et modalités<sup>681</sup>.

#### 120. *Les modalités de l'octroi d'un pouvoir de tutelle*

Le législateur (*sensu lato*) peut, par une **loi à portée générale, organiser un pouvoir de tutelle portant sur un certain nombre d'organismes**.

La loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public illustre ce procédé. Elle s'applique à une série d'organismes qu'elle regroupe en quatre catégories: A, B, C et D.

La **catégorie A** comprend **les administrations personnalisées** (Agence wallonne pour la promotion d'une agriculture de qualité (APAQ-W), Régie des bâtiments,

<sup>679</sup> Loi du 15 juillet 1970 portant organisation de la planification et de la décentralisation économique (article 15).

<sup>680</sup> Le décret du 8 juin 1983 modifiant, pour la Région wallonne, la loi du 15 juillet déjà citée, énonce, en son article 1, §1, que la Société de Développement Régional pour la Wallonie est dissoute.

<sup>681</sup> Voy. aussi le décret wallon du 1<sup>er</sup> avril 1999 organisant la tutelle sur les communes, les provinces, les intercommunales et les zones de police unicomunales et pluricomunales de la Région wallonne, devenu les articles L3111-1 et s. du CDLD; le décret du 1<sup>er</sup> décembre 1988 relatif aux subventions octroyées par la Région wallonne à certains investissements publics, ce décret sera abrogé par le décret sur les travaux subsidiés du 29 avril 2004, *M.B.*, 2 juillet 2004. L'entrée en vigueur du décret du 29 avril 2004 sera, en principe, reportée au 1<sup>er</sup> janvier 2007.

Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire, Agence fédérale des médicaments et des produits de santé, etc.)<sup>682</sup>.

La **catégorie B** comprend **des établissements publics et associations de pouvoirs publics** (Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, Théâtre royal de la Monnaie, Port autonome de Liège, etc.).

La **catégorie C** comprend **certaines organismes à caractère financier et de contrôle** (Agence Fédérale de Contrôle nucléaire, Office national du Dueroire, Office de contrôle des mutuelles et des unions nationales, etc.).

La **catégorie D** comprend **certaines organismes publics de sécurité sociale**<sup>683</sup> (Caisse des soins de santé de la SNCB, Caisse nationale des pensions de retraite et de survie...).

La loi s'applique aux organismes repris dans les différentes catégories<sup>684-685</sup>.

Elle organise un contrôle au niveau des **budgets**, détermine les mesures de contrôle relatives aux **comptes** (tenue de la comptabilité, contrôle de la Cour des comptes), énonce et organise les **procédés de tutelle** (de suspension, d'annulation, d'approbation, d'autorisation, de substitution d'action et de décision) et, enfin, détermine les mesures relatives au **statut du personnel**.

Le pouvoir de tutelle peut également être organisé via des **lois ou des décrets particuliers** qui s'appliquent à un **organisme** nommément désigné ou à des **types d'organismes déterminés**. Les articles L3111-1 et s. du Code de la démocratie

<sup>682</sup> Toutes les administrations personnalisées s'y trouvent regroupées.

<sup>683</sup> En groupant au sein d'une même catégorie certains organismes de sécurité sociale, il est en effet possible de prendre à leur égard des dispositions spécifiques d'exécution de la loi du 16 mars 1954 en matière budgétaire et comptable (voy. l'arrêté royal du 5 août 1986 portant règlement général sur le budget et la comptabilité des organismes de la catégorie D). Il faut noter que quinze organismes de la catégorie D ont été transformés en institutions publiques de sécurité sociale au sens de l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale, en application de l'article 47 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions, *M.B.*, 30 avril 1997. Ces quinze organismes bénéficient désormais d'une plus grande autonomie par la conclusion d'un contrat d'administration. Sur la réforme des organismes de sécurité sociale, voy. Ph. QUERTAINMONT, «La technique du «contrat d'administration» en vue de «responsabiliser» les organismes de sécurité sociale», *A.P.T.*, 1998, p. 277 et s.; J. VERSTRAETEN, «La technique du contrat d'administration en vue de responsabiliser les institutions publiques de sécurité sociale – Vade-Mecum pour les administrateurs», *Rev. b. séc. soc.*, 2001, p. 547 et s.; P. VAN DER VORST, «Les institutions publiques de sécurité sociale (Parastataux sociaux) et la réforme de la fonction publique belge, Modernisation-Responsabilisation – De Nora à Copernic», *A.P.T.*, 2001, p. 177 et s.; voy. aussi un ensemble de contributions relatives à l'instrument du contrat d'administration, *Rev. b. séc. soc.*, 2005, pp. 381 à 508.

<sup>684</sup> Ou si la loi qui crée cet organisme ne classe pas celui-ci dans une des catégories de la loi de 1954.

<sup>685</sup> Toutefois, une série d'organismes administratifs publics repris dans la loi de 1954 (exemples: AFSCA, Bureau fédéral du Plan, Régie des bâtiments, BIRB, Théâtre royal de la Monnaie, Orchestre national de Belgique, Agence fédérale du contrôle nucléaire...) voient leur budget et leurs comptes soumis aux dispositions de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral (art. 126). Sur la question de l'entrée en vigueur de la loi du 22 mai 2003 (voy. *supra* la note n° 104).

locale et de la décentralisation contiennent des dispositions qui établissent la tutelle sur ces organismes décentralisés en région wallonne<sup>686</sup>.

La loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines **entreprises publiques économiques** contient la même approche pour les entreprises publiques autonomes.

L'article 179, §2, de la loi du 8 août 1980 relative aux propositions budgétaires 1979-1980 détermine les missions et fixe les modalités de fonctionnement de l'organisme public de gestion des déchets radioactifs et des matières fissiles (**ONDRAF**) tel que modifié par la loi du 1<sup>er</sup> janvier 1991<sup>687</sup>.

Les pouvoirs publics ne peuvent pas régler leurs rapports de tutelle avec un organisme décentralisé par voie de **conventions**. En dépit de cette interdiction, la Société Régionale d'Investissement de Wallonie, dans l'attente de l'insertion dans la loi d'une disposition adéquate, faisait l'objet d'un contrôle de tutelle par la Région wallonne sur base d'une convention<sup>688</sup>.

121. *Le pouvoir de tutelle est accordé à des autorités administratives qui représentent l'État fédéral, la Communauté ou la Région*

Les lois, décrets ou ordonnances qui organisent un contrôle de tutelle déterminent **l'autorité compétente** pour l'exercer<sup>689</sup>.

L'article 7 de la loi spéciale précitée<sup>690</sup>, pris en application de l'article 162 de la Constitution, règle cette question pour les *provinces, communes, agglomérations ou fédérations de communes*.

Depuis la loi spéciale du 13 juillet 2001 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980, les **Régions** sont compétentes pour **l'organisation** et **l'exercice** de la **tutelle**

---

AF

<sup>687</sup> Mis en œuvre par les articles 18 et s. de l'arrêté royal du 16 octobre 1991 modifiant l'arrêté royal du 30 mars 1981 déterminant les missions et fixant les modalités de fonctionnement de l'organisme public de gestion des déchets radioactifs et des matières fissiles. Elle organise des mesures spécifiques au contrôle de cet organisme.

<sup>688</sup> Voy. le préambule de l'arrêté royal du 15 décembre 1978 approuvant les statuts de la SRIW. L'arrêté royal a été abrogé par l'arrêté de l'Exécutif régional wallon du 19 septembre 1984. Voy. aussi les statuts de l'Institut des Radioéléments de Fleurus (établissement d'utilité publique); la convention intervenue le 1<sup>er</sup> février 1963 entre le Ministre des Affaires économiques et le Centre d'Étude de l'énergie Nucléaire de Mol (CEN) qui prévoit, en son article 2, la désignation d'un délégué du Gouvernement (convention prise sur base des arrêtés royaux du 21 juillet 1957, du 4 août 1958, du 7 mars 1963, du 3, du 24 février 1966 et du 24 juin 1970 approuvant la fondation et les statuts de l'établissement d'utilité publique CEN). Le CEN est toujours un établissement d'utilité publique, et plus précisément une fondation d'utilité publique à statut de droit privé, sous la tutelle du ministre qui a l'énergie dans ses attributions.

<sup>689</sup> L'autorité compétente pour exercer la tutelle n'appartient pas nécessairement au même degré de pouvoir que celle chargée d'organiser la tutelle.

<sup>690</sup> Récemment modifié par la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés.

**ordinaire**<sup>691</sup> sur les pouvoirs subordonnés, y compris sur les communes de la région de langue allemande, périphériques, Comines-Warneton et Fourons<sup>692</sup>.

La compétence des Régions recouvre les quatre éléments constitutifs d'un régime de tutelle, soit **l'organisation des procédures**, la **désignation de l'autorité compétente**, l'exercice et le **choix du procédé de tutelle**, ainsi que la détermination **des actes** sur lesquels celle-ci va porter.

La Région wallonne a adopté le décret du 1<sup>er</sup> avril 1999 organisant la tutelle sur les communes, les provinces, les intercommunales et les zones de police unicomunales et pluricomunales de la Région wallonne<sup>693</sup>, devenu les articles L3111-1 et s. du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD)<sup>694</sup>.

La tutelle, dans ses quatre éléments sur les **associations de communes** (intercommunales), depuis la loi spéciale du 16 juillet 1993 de réformes institutionnelles modifiant la loi spéciale du 8 août 1980, est de la compétence des Régions, à l'exception de la tutelle spécifique en matière de lutte contre l'incendie (article 6, §1, VIII, 8° de ladite loi)<sup>695</sup>. La mise en œuvre de cette compétence a été réalisée, pour la Région wallonne, par le décret du 20 juillet 1989 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne, aujourd'hui remplacé par un décret du 1<sup>er</sup> avril 1999. Les dispositions de ce décret sont désormais devenues les articles L3111-1 et s. du CDLD.

La tutelle sur les **organismes visés par la loi du 16 mars 1954** est exercée par le ministre dont l'organisme relève et par le **Ministre des Finances**. Ce contrôle s'exerce à l'intervention d'un **commissaire du Gouvernement** désigné par le ministre ou le Gouvernement concerné. Ce commissaire siège aux réunions des organes de gestion et de contrôle avec voix consultative (il est l'œil et l'oreille du ministre dont l'organisme relève). Il a accès aux différents dossiers et reçoit les documents de l'organisme en question. Il dispose d'un pouvoir de suspension<sup>696</sup>. À côté du commissaire du Gouvernement, le **délégué du Ministre des Finances** exerce les mêmes pouvoirs, mais il dispose d'une compétence plus restreinte: il

---

<sup>691</sup> Sur la notion de tutelle ordinaire et de tutelle spécifique, l'ancien article 7 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles était clair. La *tutelle ordinaire* était celle qui comprenait *toute forme de tutelle instituée par la loi communale, la loi provinciale ou la loi du 26 juillet 1971; en ce qui concerne notamment les budgets, les comptes annuels, les cadres du personnel*. La *tutelle spécifique* concernait tous les autres actes. Le nouvel article 7, tel que modifié par la réforme du 13 juillet 2001, a supprimé l'adjectif «ordinaire». Voy. également l'arrêt n°38, 30 juin 1987, de la Cour d'Arbitrage concernant l'article 12 du décret de la Communauté française du 28 février 1978 sur la lecture publique, tel qu'interprété par le décret du 8 juillet 1983.

<sup>692</sup> Avant la réforme du 13 juillet 2001, l'État fédéral restait compétent pour l'organisation et l'exercice de la tutelle ordinaire sur les communes de la Région de langue allemande ainsi que pour l'organisation de cette même tutelle sur les communes périphériques, Comines-Warneton et Fourons.

<sup>693</sup> *M.B.*, 7 mai 1999; *err. M.B.*, 19 mai 1999.

<sup>694</sup> Arrêté du Gouvernement wallon du 22 avril 2004 portant codification de la législation relative aux pouvoirs locaux, *M.B.*, 12 août 2004; *err. M.B.*, 22 mars 2005.

<sup>695</sup> Un accord de coopération entre les Régions doit être conclu pour régler la tutelle sur les associations de communes dans un but d'utilité publique dont le ressort dépasse les limites d'une Région (article 92 bis, §2, d, de la loi spéciale précitée).

<sup>696</sup> Article 9 de la loi du 16 mars 1954.

contrôle toutes les décisions de l'organisme qui ont une incidence budgétaire ou financière<sup>697</sup>.

Pour les **organismes publics** (article 9 de la loi spéciale) à créer par les Communautés et les Régions, à communautariser ou à régionaliser parce que leur objet n'est plus de la compétence du législateur fédéral, la tutelle appartiendra dans ses quatre éléments, suivant le cas, à la Communauté ou à la Région. Il leur appartient d'organiser et d'exercer un contrôle sur ces organismes comme elles l'entendent<sup>698</sup>.

122. *En principe, la tutelle a pour fin le respect du droit et la sauvegarde de l'intérêt général*

La tutelle ne se limite pas seulement à un strict **contrôle de légalité**. Alors que le Conseil d'État ne peut annuler une décision administrative qu'en vérifiant la seule légalité de celle-ci (et non son opportunité), l'autorité de tutelle, au contraire, examine généralement<sup>699</sup> la légalité de la décision et sa **conformité à l'intérêt général**. Le contrôle de tutelle est donc plus large.

Par ailleurs, alors qu'en droit privé la tutelle est prévue et organisée par le législateur dans le but de protéger les incapables (protection du mineur d'âge, par exemple), la tutelle sur les organismes décentralisés ne vise nullement à pallier pareille incapacité. Elle constitue ici un frein à l'autonomie trop grande desdits organismes et a pour but de protéger non pas la personne publique sous tutelle (encore que parfois cela puisse être indirectement le cas; exemple: refus d'approbation d'un budget communal) mais le pouvoir public créateur (État, Communauté, Région) contre une volonté **trop forte** de l'organisme décentralisé.

123. *Protection contre l'inertie préjudiciable, les excès, les empiètements des agents ou des organismes décentralisés*

La tutelle permet de contrôler l'ensemble de l'activité de l'organisme décentralisé et portera aussi bien sur les **carences de l'autorité**<sup>700</sup> que sur ses **actes**.

<sup>697</sup> Remarquons dès à présent que la présence des commissaires de l'Exécutif et des délégués du Ministre des Finances ne concerne que les organismes des catégories B, C et D.

<sup>698</sup> Ainsi, la Région wallonne a adopté le décret du 12 février 2004 relatif au commissaire du Gouvernement, *M.B.*, 23 mars 2004. Ce décret comprend des mesures relatives à la désignation et la révocation des commissaires ainsi que leurs missions, mais ne vise que certains organismes publics.

<sup>699</sup> Il importe cependant d'observer que sa portée est parfois plus limitée. Ainsi, la tutelle sur les autorités décentralisées en Région wallonne, organisée par les articles L3116-1 du CDLD (envoi d'un commissaire spécial) et L3131-1 du CDLD (approbation de certains actes), vise le seul contrôle de la légalité. De même, la tutelle générale à laquelle sont soumises les entreprises publiques autonomes est limitée au respect de la loi, du statut organique de l'entreprise publique autonome et de son contrat de gestion (article 23 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques).

<sup>700</sup> Ainsi l'absence volontaire de décision ou la simple négligence.



Par exemple, en cas de refus du conseil communal d'inscrire une dépense obligatoire<sup>701</sup> au budget de la commune, l'autorité de tutelle peut intervenir en prenant la décision en lieu et place de l'organisme en défaut (**mesure d'office**)<sup>702</sup>. La tutelle peut s'exercer éventuellement contre tous les actes des autorités de l'organisme décentralisé, même si ces actes ne sont pas juridiques<sup>703</sup>.

124. *Les différents procédés de tutelle et leurs caractéristiques: généralités*

Il existe différents **procédés** de tutelle<sup>704</sup>: l'avis, l'approbation, l'autorisation, la suspension, l'annulation, la substitution d'action, la mesure d'office, l'envoi d'un commissaire spécial, la substitution de décision ou la réformation sur recours.

Il faut encore distinguer: la tutelle générale et la tutelle spéciale, la tutelle préalable (*a priori*) et la tutelle *a posteriori*, la tutelle facultative et la tutelle obligatoire, la tutelle qui vise au respect de la loi et celle qui vise à la sauvegarde de l'intérêt général.

125. *La tutelle spéciale et la tutelle générale*

La **tutelle spéciale** est celle qui porte sur des actes déterminés, que ceux-ci soient énumérés à titre particulier ou par catégorie, dans la loi, le décret, en vertu de la loi ou du décret.

*Exemples de tutelle spéciale:*

- sur les actes énumérés à titre particulier: selon l'article 12 de la loi du 16 mars 1954, l'autorisation du ministre dont l'organisme relève et celle du Ministre des Finances sont nécessaires pour les emprunts à plus de dix jours contractés par les organismes visés par la loi;

- sur les actes énumérés par catégorie: aux termes de l'article L3131-1 du CDLD, *sont soumis à l'approbation de la députation permanente, les actes des autorités communales sur les objets suivants...* Sont notamment cités les budgets, les comptes annuels, le cadre et le statut administratif et pécuniaire des agents de la commune, la mise en régie communale des établissements et services communaux qui seront gérés en dehors des services généraux de la commune, la création de régies communales autonomes, etc.

La **tutelle générale** est celle qui peut être exercée à l'égard de tous les actes d'un organisme décentralisé. Elle ne porte pas uniquement sur des actes juridiques mais aussi sur des actes matériels.

<sup>701</sup> Exemple: les traitements du personnel communal.

<sup>702</sup> Article L3116-1 du CDLD.

<sup>703</sup> Une motion de soutien à M. Happart votée par le conseil communal de la ville de Liège n'est pas un acte juridique mais l'autorité de tutelle pourra la juger inopportune et décider de l'annuler.

<sup>704</sup> J. DEMBOUR, *Droit administratif*, o.c., n° 84 et s., p. 137 et s..

*Exemple de tutelle générale:*

1. L'article L3122-1 du CDLD, instaure une tutelle générale d'annulation: le Gouvernement peut annuler tout ou partie de l'acte par lequel une autorité communale, provinciale ou une intercommunale viole la loi ou blesse l'intérêt général et régional<sup>705, 706</sup>.
2. Les articles 9 et 10 de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public établissent, sur les organismes de catégorie B, C et D, une tutelle générale de suspension et d'annulation sur toutes les décisions jugées contraires, par le commissaire du Gouvernement, aux lois, aux statuts ou à l'intérêt général.
3. L'article 8 du décret du 12 février 2004 relatif au commissaire du gouvernement pour les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution prévoit que le commissaire peut suspendre toute décision prise par un de ces organismes qu'il juge contraire à la légalité ou à l'intérêt général; décisions qui peuvent ensuite être annulées par le Gouvernement.

126. *La tutelle préalable (a priori) et la tutelle a posteriori*

Pour la **tutelle préalable**, le contrôle est exercé à un moment où la décision administrative de l'organisme décentralisé n'est pas encore adoptée; la tutelle porte donc sur un projet de décision. Tel est le cas de l'avis et de l'autorisation.

*Exemple:* pour pouvoir contracter un emprunt à plus de 10 jours, l'autorisation du ministre compétent est nécessaire (article 12 de la loi du 16 mars 1954).

<sup>705</sup> Il importe toutefois d'observer que le décret du 1<sup>er</sup> avril 1999 a relativement innové à cet égard par rapport à l'ancien décret du 20 juillet 1989, puisqu'il énonce, en son article 12, devenu l'article L3121-1 du CDLD, que *sont soumis à la tutelle générale d'annulation tous les actes autres que ceux visés à l'article 16*, soit tous les actes à l'exception des actes qui sont soumis à la tutelle spéciale d'approbation qu'il organise par ailleurs. Il découle de cette restriction que la tutelle d'annulation organisée par le décret du 1<sup>er</sup> avril 1999 ne peut plus être exercée à l'égard de tous les actes des communes, provinces et intercommunales. Il ne nous semble cependant pas remettre en cause le caractère général de cette tutelle, dans la mesure où elle continue à s'appliquer à une généralité d'actes, non autrement définis. Par contre, la manière dont la procédure de transmission définie à l'article 13 (devenu l'article L3122-1), §1, du décret – et plus particulièrement la liste d'actes que le Gouvernement devrait établir sur cette base (liste non encore adoptée) – s'articule avec l'article 13, §2, peut donner lieu à deux interprétations contradictoires, l'une d'entre elles nous conduisant à devoir analyser cette tutelle d'annulation comme une tutelle spéciale (et ce bien que le décret lui-même la qualifie de *générale*). Notons néanmoins que l'interprétation qui soutient cette thèse pose de sérieuses difficultés d'ordre constitutionnel. À cet égard, voy. G. CUSTERS, *La tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales en Région wallonne: la réforme du 1<sup>er</sup> avril 1999*, o.c., pp. 11 à 16 et 30. Dans la pratique, malgré l'absence de la liste prévue à l'article 13, §1<sup>er</sup>, la tutelle générale d'annulation est exercée.

<sup>706</sup> Nous pouvons nous interroger sur le contenu de ce concept d'intérêt régional, et, plus encore, sur le fait de savoir en quoi il ajoute à celui d'intérêt général. Sur ce sujet, voy. G. CUSTERS, *La tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales en Région wallonne: la réforme du 1<sup>er</sup> avril 1999*, o.c., pp. 16 et 17.

La **tutelle *a posteriori*** est celle qui intervient à un moment où l'attitude de l'autorité décentralisée est définitivement arrêtée. L'autorité de tutelle est alors amenée à contrôler une décision définitive. Les procédés seront l'approbation, la suspension, l'annulation, la substitution de décision.

*Exemples:*

- Annulation: article L3122-1 du CDLD. Sur base de ces dispositions, le Gouvernement dispose du pouvoir d'annuler l'acte d'une autorité communale. Au moment où il exerce son contrôle, la décision a été adoptée définitivement par l'autorité communale.

- Réformation de décision<sup>707</sup>: l'article 23 de la loi 16 mars 1954 précitée réserve la possibilité au ministre intéressé ou, le cas échéant, au commissaire du Gouvernement délégué à cette fin, la possibilité de requérir les organes de gestion de l'organisme, de délibérer, dans le délai qu'il fixe, sur toute question qu'il détermine. Si l'organe de gestion de l'organisme n'a pas pris de décision à l'expiration du délai ou lorsque le ministre ne peut se rallier à la décision prise, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, prendre la décision en lieu et place de l'organe de gestion.

La tutelle *a posteriori* peut aussi viser à pallier l'inertie des autorités de l'organisme décentralisé, qui se manifesterait notamment par le refus d'accomplir un acte obligatoire; ainsi, sur base de l'article L3132-1, §3, alinéa 2, du CDLD, les autorités de tutelle pourraient inscrire une dépense obligatoire au budget d'une commune ou d'une province<sup>708</sup>. L'autorité de tutelle intervient ici encore *a posteriori*<sup>709</sup> et se substitue à l'autorité en défaut d'agir. Notons dès à présent que la substitution d'action se concrétise dans deux procédés de tutelle différents: la mesure d'office (ex.: article L3132, §3, alinéa 2, du CDLD<sup>710</sup>) et l'envoi d'un commissaire spécial (ex.: article L3116-1 du CDLD).

#### 127. *La tutelle facultative et la tutelle obligatoire*

La **tutelle facultative** est celle par laquelle l'autorité de tutelle, étant saisie d'un acte d'une autorité décentralisée, peut (mais ne doit pas) exercer son pouvoir de contrôle (vérifier, par exemple, la légalité d'un acte ou sa conformité à l'intérêt général). Elle autorise donc l'autorité de tutelle à intervenir, mais ne l'y oblige pas.

<sup>707</sup> Remplacement d'une décision prise par l'organisme décentralisé par une décision de l'autorité de tutelle.

<sup>708</sup> Le dispositif mis en place par cet article ne se limite plus, comme c'était le cas du décret du 20 juillet 1989, aux carences des autorités subordonnées visées à porter au budget des dépenses obligatoires que la loi met à leur charge, ou des recettes suffisantes pour payer une dette reconnue et exigible ou résultant d'une décision en dernier ressort de la juridiction administrative ou judiciaire. Dorénavant, le Gouvernement pourra inscrire ou modifier tous postes de recettes ou dépenses qu'il juge utile.

<sup>709</sup> C'est-à-dire à un moment où l'autorité décentralisée a fixé sa position, à savoir le refus d'accomplir une de ses obligations.

<sup>710</sup> Même si le décret du 1<sup>er</sup> avril 1999 les a matériellement situées au sein des règles de procédure relatives à la tutelle d'approbation, ces dispositions relèvent clairement des mesures d'office et ont peu à voir avec le procédé de l'approbation.

Lorsque la **tutelle** est **obligatoire**, l'autorité de tutelle est obligée d'exercer son pouvoir, c'est-à-dire de procéder à l'examen de la légalité et de la conformité à l'intérêt général d'une décision ou d'un projet de décision de l'autorité décentralisée.

Les procédés relevant de la tutelle facultative sont la suspension, l'annulation ou l'envoi d'un commissaire spécial.

*Exemples:*

- suspension: le commissaire du Gouvernement (article 9, §3, de la loi du 16 mars 1954 – article 8, §2 du décret wallon du 12 février 2004) peut prendre un recours suspensif auprès du ministre contre l'exécution de toute décision qu'il estime contraire à la loi, aux statuts ou à l'intérêt général;

- annulation: article L3122-1 du CDLD, article 10 de la loi du 16 mars 1954 et article 8, §2 du décret wallon du 12 février 2004;

- envoi d'un commissaire spécial: article L3116-1 du CDLD.

Le collège des bourgmestre et échevins de la commune de Schaerbeek avait décidé de réserver un guichet du service de la population aux opérations en langue néerlandaise et une série de guichets pour ces mêmes opérations en français alors que, selon l'esprit et l'économie générale de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, tous les guichets devaient être bilingues. Après deux avertissements, le Gouvernement de l'époque dépêcha sur place un commissaire spécial, M. Ganshof van der Meersch, par ailleurs procureur général émérite près la Cour de cassation, aux fins de rétablir, dans les plus brefs délais, la légalité<sup>711</sup>.

Un autre exemple est celui de l'article 170, §3 du Code wallon du logement: cet article, qui permet l'envoi d'un commissaire spécial en cas de carence d'une société de logement de service public dans l'exécution du plan de gestion, vient de faire l'objet d'une application récente<sup>712</sup>.

Les procédés de tutelle obligatoire sont l'avis, l'autorisation, l'approbation et la réformation sur recours (ou substitution de décision).

*Exemple:*

- approbation: sont soumis à l'approbation de la députation permanente les actes des autorités communales énumérés à l'article L3131-1, §1, du CDLD. Dans ce cas, l'autorité de tutelle doit se manifester en approuvant ou en improuvant les délibérations qui lui sont obligatoirement transmises.

---

<sup>711</sup> Pour plus de détails sur cette affaire: CE, arrêt commune de Schaerbeek et Wenstenraad, n° 19.470, 1<sup>er</sup> mars 1979, *Rec.*, 1979, p. 220.

<sup>712</sup> Arrêté du Gouvernement wallon du 9 décembre 2004 portant désignation d'un commissaire spécial auprès de la société de logement de service public «La Maison liégeoise S.C.», *M.B.*, 6 janvier 2005.

*Remarque:* Il y a souvent **liaison entre le caractère général d'une tutelle et son caractère facultatif**. Le même rapprochement peut être opéré entre les tutelles spéciales et celles qui sont obligatoires. La suspension et l'annulation qui présentent la caractéristique d'être des tutelles générales sont aussi des tutelles facultatives, car si tous les actes devaient obligatoirement être contrôlés, les organismes décentralisés seraient totalement paralysés. Il y va d'une simple nécessité pratique. Par contre, une tutelle spéciale est généralement obligatoire. Elle porte sur des actes déterminés que le législateur entend voir contrôler.

128. *La tutelle vise tantôt le contrôle de la légalité et de l'intérêt général, tantôt le seul contrôle de la légalité*

Le pouvoir de contrôle de l'autorité de tutelle est souvent plus large que celui du Conseil d'État. Le premier porte généralement sur la légalité des actes ainsi que sur leur conformité à l'intérêt général. Le Conseil d'État est juge de la légalité des actes, et ne peut connaître de l'opportunité d'une décision administrative.

Même si cette occurrence est plus rare, la tutelle peut être toutefois limitée au seul contrôle de la légalité<sup>713</sup>. Ainsi, dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, l'approbation, pour certains des actes soumis à cette tutelle, ne peut être refusée que pour violation de la loi<sup>714</sup>.

De la même manière, l'envoi d'un commissaire spécial<sup>715</sup> ne vise que le seul contrôle de la légalité. En effet, ce procédé de tutelle est une mesure d'une extrême gravité, puisqu'elle réduit à néant l'autonomie organique, l'autorité de tutelle assurant en lieu et place de l'organisme décentralisé l'exécution d'une de ses obligations. L'autorité décentralisée se voit dessaisie de son pouvoir. L'autorité de tutelle se substitue à elle en vue de rétablir la stricte légalité.

129. *Exemple de tutelle d'avis*

L'article 231, §2 de la nouvelle loi communale prévoit que les libéralités d'une valeur de plus de 2.500 EUR faites à une commune sont soumises à l'avis de la députation permanente et à l'approbation du Roi. Il s'agit d'une tutelle *a priori*

<sup>713</sup> Voy. également, pour les entreprises publiques autonomes par exemple, au respect du contrat de gestion (article 23 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques).

<sup>714</sup> Article L3131-1, §4, al. 3, du CDLD. Dans la mesure où les actes soumis à approbation ne sont plus susceptibles d'annulation – contrairement à ce que prévoyait l'ancien décret de 1989 – ceci signifie que les actes visés ici échappent en définitive à tout contrôle de conformité à l'intérêt général. Nous nous interrogerons dès lors sur la constitutionnalité de pareille restriction, eu égard au fait que l'article 162 de la Constitution impose au législateur de prévoir l'intervention de l'autorité de tutelle pour empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt général blessé. Voy. aussi en ce sens G. CUSTERS, *La tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales en Région wallonne: la réforme du 1<sup>er</sup> avril 1999, o.c.*, pp. 19, 20 et 23.

<sup>715</sup> Article L3116-2 du CDLD.

(préalable)<sup>716</sup>, spéciale et obligatoire. Elle vise le respect du droit et la conformité à l'intérêt général<sup>717</sup>.

### 130. Exemple de tutelle d'approbation

L'article L3131-1, §1, du CDLD, soumet à l'approbation de la députation permanente un certain nombre d'actes des autorités communales. Il s'agit d'un procédé de tutelle spéciale, *a posteriori* et obligatoire qui vise tantôt au respect de la loi et à la sauvegarde de l'intérêt général (et régional), tantôt au seul contrôle de légalité<sup>718</sup>.

*Quelle est la valeur juridique de l'acte non encore approuvé?*

L'acte est complet, juridiquement valable<sup>719</sup>. Il est toutefois inexécutable, c'est-à-dire que l'autorité ne peut pas mettre en œuvre son exécution. Tant que l'acte n'est pas approuvé, il ne peut pas sortir ses effets, puisqu'il s'agit d'une tutelle obligatoire.

*Qu'advient-il si l'autorité de tutelle ne se manifeste pas?*

Si la loi fixe un délai à l'intervention de l'autorité de tutelle, celui-ci doit être considéré comme un **délai d'ordre**<sup>720</sup>. Si l'acte de tutelle n'intervient pas dans ce délai, la tutelle étant obligatoire, l'autorité est obligée de se manifester en approuvant ou en improuvant, même hors délai. Il existe donc un risque de voir certaines décisions des organismes décentralisés bloquées pendant des mois.

Des solutions ont été adoptées pour remédier à cet état de choses. Le législateur a, dans bien des cas, prévu des tempéraments aux effets normaux qui résultent d'une absence d'approbation. Certaines décisions deviennent exécutoires de plein droit si elles n'ont pas été improuvées dans le délai fixé<sup>721</sup>. À l'expiration de celui-ci, l'autorité de tutelle est dessaisie de son pouvoir, l'approbation étant réputée acquise à défaut de notification d'une décision contraire.

<sup>716</sup> À noter que dans la disposition précitée, l'avis est préalable à l'approbation de tutelle et non à l'acte de l'autorité décentralisée (tutelle médiane).

<sup>717</sup> En ce qui concerne les effets juridiques de l'avis, voy. J. DEMBOUR, *Droit Administratif*, o.c., n° 87, p. 141.

<sup>718</sup> À propos de l'étendue du pouvoir de l'autorité de tutelle: voy. CE, n° 24.420, 29 mai 1984, *APM*, 1984, p. 61.

<sup>719</sup> En ce sens, il lie provisoirement l'autorité qui l'a adopté.

<sup>720</sup> C'est-à-dire un délai dont l'écoulement n'empêche pas toute intervention ultérieure de l'autorité de tutelle. Pour autant, cependant, que l'approbation intervienne dans un délai raisonnable (voy. CE, n° 27.449, 21 janvier 1987 et arrêt n° 26.966, 1<sup>er</sup> octobre 1986). Le délai d'ordre s'oppose au **délai de rigueur**, à l'expiration duquel l'autorité de tutelle est dessaisie de son pouvoir à l'égard de l'acte visé.

<sup>721</sup> Voy., par exemple, l'article L3132-1, §4, al. 4, du CDLD, qui considère l'acte exécutoire si l'autorité ne s'est pas prononcée dans le délai fixé, sous réserve de l'application des règles particulières (recours et droit d'évocation) arrêtées dans le chapitre III pour ce qui concerne les actes des autorités communales.

Si la loi ne fixe pas de délai<sup>722</sup>, l'autorité de tutelle doit intervenir dans un **déai raisonnable**<sup>723</sup> qui est apprécié souverainement par la juridiction compétente, sous peine de se trouver, ici aussi, dessaisie de sa compétence.

131. *Tutelle d'autorisation*

L'article 12 de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public soumet les emprunts à plus de dix jours contractés par ces organismes, dans les limites fixées par leurs statuts respectifs, à l'autorisation du ministre dont ils relèvent et du Ministre des Finances<sup>724</sup>. Cette tutelle est préalable, obligatoire, spéciale et vise au respect du droit et à la sauvegarde de l'intérêt général.

132. *Tutelles de suspension et d'annulation*

Les articles 9 et 10 de la loi du 16 mars 1954 organisent le contrôle des actes des organismes de catégorie B, C et D. Ils sont placés, notamment, sous le contrôle du Ministre des Finances qui pourra s'opposer à toute mesure prise par cette institution qui serait contraire à la loi, aux statuts ou à l'intérêt général.

Ce contrôle est exercé à l'intervention d'un commissaire du Gouvernement, nommé par le Roi, qui assiste aux réunions des organes de gestion avec voix consultative. Il a pour mission de suspendre et de dénoncer au Ministre des Finances – qui dispose d'un pouvoir d'annulation – toute décision qu'il estime contraire à la légalité ou à l'intérêt général, dans un délai de quatre jours, qui court à partir du jour où il a eu connaissance de cette décision.

Dans ce cas, la tutelle présente les caractéristiques suivantes: elle est générale et facultative, et s'exerce *a posteriori*.

Si le commissaire du Gouvernement intervient le 5<sup>ème</sup> jour, la faculté qui lui était donnée de suspendre n'existe plus; il est dessaisi de sa compétence. Il convient, dès lors, de différencier, sur ce point, ce procédé de tutelle de celui de l'approbation par exemple, dont la mise en œuvre est et demeure obligatoire, même après expiration des délais, sauf dérogations prévues par les textes. Ici, au contraire, le fait de ne pas faire usage de la faculté qui lui est réservée par la loi de suspendre – et, pour le ministre, d'annuler – dans le délai prévu, met fin définitivement à l'exercice de la compétence de l'autorité de tutelle à l'égard de cet acte.

133. *Tutelles de substitution d'action et de décision*

<sup>722</sup> Voy. par exemple, les articles 3, §2, et 6, §4, de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public.

<sup>723</sup> Voy., not., CE, n° 16.385, 24 avril 1974; n° 13.030, 19 juin 1968; n° 18.898, 14 avril 1978; n° 9.056, 13 juin 1978; n° 36.637, 7 décembre 1992; n° 51.495, 2 février 1995.

<sup>724</sup> Pour un exemple de la précision de ces arrêtés d'autorisation pris sur base de l'article 12 de la loi du 16 mars 1954, voy. l'arrêté de l'Exécutif flamand du 1<sup>er</sup> juillet 1987 autorisant la *Belgische Radio en Televisie* à emprunter 100 millions de francs à la Kredietbank.

Exemples de mesures d'office:

Aux termes de l'article 88, §4, alinéa 2, de la loi organique des centres publics d'aide sociale du 8 juillet 1976, le conseil communal peut, dans l'hypothèse où le Conseil de l'aide sociale omet et reste en défaut, malgré sa mise en demeure, d'arrêter son budget, se substituer audit conseil et arrêter le budget du centre en lieu et place du Conseil de l'aide sociale.

En ce qui concerne les dépenses des communes, le conseil communal doit inscrire annuellement au budget l'ensemble des dépenses obligatoires<sup>725</sup> (exemples: traitements du bourgmestre, comblement du déficit de son centre public d'aide sociale, frais d'impression nécessaires pour la comptabilité communale, etc.). Si la commune ne porte pas de telles dépenses à son budget, l'autorité de tutelle pourra les y inscrire d'office sur base de l'article L3132-1, §3, al. 2, du CDLD.

Dans les deux cas, la mesure d'office prise par l'autorité compétente s'analyse en un procédé de tutelle spéciale, facultative, *a posteriori* et qui, pour ce qui concerne la première hypothèse, ne vise qu'au strict respect du droit.

Une autre mesure d'office résulte de l'article 23 de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public: lorsque l'intérêt général ou le respect de la loi le requiert, le ministre intéressé ou son délégué (commissaire du Gouvernement) peut requérir l'organe de gestion des organismes des catégories B, C et D de délibérer, dans le délai qu'il fixe, sur toute question qu'il détermine. Lorsque l'organe de gestion, à l'expiration du délai, n'a pas pris de décision (inertie) ou lorsque le ministre ne se rallie pas à la décision prise, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, prendre la décision en lieu et place de l'organe de gestion.

Il s'agit ici d'une tutelle générale, facultative et *a posteriori* (on a dû enjoindre à l'organe de gestion de prendre une décision). Si la mesure d'office est adoptée par l'autorité de tutelle, suite au refus de l'organe de gestion de prendre une décision ou à son inertie, nous nous trouvons en présence d'une substitution d'action. Si, au contraire, l'organisme décentralisé prend la décision demandée, mais que le ministre de tutelle ne s'y rallie pas, le Roi pourra substituer sa propre décision à celle de l'organisme décentralisé; nous serons alors confrontés à une substitution de décision, mais avec cette caractéristique particulière qu'elle n'intervient pas sur recours<sup>726</sup>.

#### *Étude d'un procédé non qualifié*

*La législation, à laquelle nous aurons à présent égard, instaure-t-elle au profit du Gouvernement un véritable procédé de tutelle?*

Un arrêté royal du 23 janvier 1981, pris en vertu de la loi<sup>727</sup>, établit un contrôle sur les organismes privés relevant du secteur de la production d'électricité (par exemple: Electrabel) qui vont chacun se voir adjoindre un ou plusieurs délégués

<sup>725</sup> Article L1321-1 du CDLD.

<sup>726</sup> Pour un exemple de substitution de décision sur recours, voy. l'article L 3133-2 du CDLD.

<sup>727</sup> Arrêté royal portant exécution de l'article 173, §2, de la loi du 8 août 1980 relative aux propositions budgétaires 1979-80.



nommés par le Roi. Ces délégués (véritables commissaires du Gouvernement) assistent, avec voix consultative, à toutes les réunions des organes de gestion et disposent du droit de suspendre les décisions desdits organes, lorsqu'ils estiment celles-ci contraires à l'intérêt général et plus particulièrement à la politique énergétique du Gouvernement. La mise en œuvre, par le délégué du Gouvernement, de son droit de suspension a pour conséquence de provoquer une entrevue<sup>728</sup> entre la société d'électricité et le Ministre des Affaires économiques. Cette concertation a lieu dans les cinq jours ouvrables qui suivent l'expédition de la lettre recommandée par laquelle le délégué notifie aux intéressés sa décision de suspension.

La suspension sort ses effets pendant un délai de 30 jours maximum à partir de la réunion des organes de gestion pendant laquelle la décision suspendue a été prise. Dans les jours qui suivent cette entrevue, le délégué du Gouvernement, au vu des résultats de la concertation, notifie à la société s'il maintient la mesure ou s'il la retire; s'il décide de la maintenir, il peut indiquer à quelles conditions il envisage de lever la suspension.

De toute façon, à l'expiration du délai de 30 jours précité, la décision de l'organisme soumis au contrôle devient définitive et pourra être exécutée.

La lecture de cet arrêté royal suscite plusieurs réflexions:

La *tutelle* porte, dans le cas présent, sur des organismes privés et vise uniquement la sauvegarde de l'intérêt général, plus particulièrement de la politique énergétique du Gouvernement. Il ne s'agit pas d'un contrôle de légalité.

Il manque plus d'un élément essentiel de la tutelle. Alors que celle-ci constitue une manifestation édulcorée du *pouvoir du dernier mot* du pouvoir public créateur sur un organisme décentralisé (comme c'est le cas pour l'annulation ou l'approbation), le contrôle exercé par l'autorité publique, dans le cas des sociétés de production d'électricité<sup>729</sup>, est d'une autre nature. La procédure de suspension aboutit à une simple entrevue entre le ministre compétent et le président de la société en cause. Le ministre n'a pas de pouvoir d'annulation ou de réformation de la décision entreprise. En outre, cette suspension peut être maintenue pendant 30 jours, après quoi cette décision devient exécutoire. Les représentants du pouvoir central ne se sont pas vu reconnaître un *pouvoir du dernier mot*, c'est-à-dire de la maîtrise de l'organisation, du fonctionnement, de la mission et de la dissolution des entreprises concernées.

#### 134. *La décentralisation territoriale et par service*

Il existe deux formes de décentralisation: la **décentralisation territoriale** et la **décentralisation par service**.

La **décentralisation territoriale** est un mode d'organisation des services publics qui consiste à confier la gestion de l'ensemble des **intérêts propres** à une

<sup>728</sup> Entrevue qui a pour objet d'obtenir un réexamen de la décision.

<sup>729</sup> Qui sont, rappelons-le, des sociétés de droit privé.

circonscription territoriale donnée à des autorités administratives qui sont les représentants, non pas du pouvoir public créateur, mais de ladite circonscription, considérée comme une personne publique distincte du pouvoir public créateur<sup>730</sup>.

En droit belge, il s'agit des communes et des provinces.

L'article 41 de la Constitution énonce que *les intérêts exclusivement communaux et provinciaux sont réglés par les conseils communaux et provinciaux d'après les principes établis par la Constitution*. L'article 162, qui constitue le prolongement de cette disposition, poursuit que *les institutions provinciales et communales sont réglées par la loi*; que celle-ci<sup>731</sup> consacre les principes suivants<sup>732</sup>, notamment *l'attribution aux conseils provinciaux et communaux de tout ce qui est d'intérêt provincial et communal...*

*Comment établir ce qui est d'intérêt provincial ou communal?*

En principe, toute activité ou tout objet que lesdites autorités estiment devoir s'attribuer est considéré comme tel, dans la mesure où la Constitution (articles 41 et 162) ou une loi particulière (ou un décret) ne l'a pas réservé à un autre pouvoir<sup>733</sup>.

La Constitution, la loi ou le décret peuvent retirer certaines compétences aux provinces et aux communes (exemples: l'urbanisme, les établissements dangereux, l'enseignement primaire, la police administrative, les services de lutte contre l'incendie, la lecture publique, la collecte des déchets ménagers, etc.) dans le cadre de la décentralisation territoriale, quitte à leur en rendre la gestion dans le cadre de la décentralisation par service<sup>734 735</sup>.

**La décentralisation par service** est, au contraire, un mode d'organisation des services publics qui consiste à confier la gestion d'un ou de plusieurs<sup>736</sup> **intérêts déterminés** à un service public personnalisé dont les organes disposent d'un pouvoir propre de décision et agissent en qualité de représentants du service

<sup>730</sup> J. DEMBOUR, *Droit administratif*, o.c., n° 68, p. 121.

<sup>731</sup> Article L1122-30 du CDLD: *le Conseil communal règle tout ce qui est d'intérêt communal*.

<sup>732</sup> Principes qui sont énoncés par l'article 162, alinéa 2, 1° à 6° de la Constitution.

<sup>733</sup> Voy. par ex., Cass., 16 avril 1922; Cass., 3 janvier 1964; CE, arrêt n° 9.817, 18 janvier 1963; CE, arrêt n° 36.637, 13 mars 1991.

<sup>734</sup> Voy., par exemple, l'article 6 du décret du 28 janvier 1978 organisant le service de la lecture publique tel que modifié par le décret du 19 juillet 1991 qui expose que l'Exécutif peut obliger les provinces, les communes à créer et à organiser une bibliothèque publique, conformément aux dispositions du décret et à ses arrêtés d'exécution.

<sup>735</sup> Voy. par exemple CE, arrêt n° 16.391, 30 avril 1974.

<sup>736</sup> En ce qui concerne le principe de spécialité des personnes morales de droit public: voy. CE, arrêt n° 4.588, 6 octobre 1955, *R.J.D.A.*, p. 101 (pour un commentaire de cet arrêt, Ph. QUERTAINMONT, «La concurrence du secteur public aux entreprises privées», *A.P.T.*, 1982, pp. 144 à 147); voy. aussi M. LOUVEAUX, *R.P.D.B.*, cpl. V, 1977, v° association de communes n° 302; P. ORIANNE, *Rev. prat. soc.*, 1957, p. 220 et J.P. HAINAUT, «Les intercommunales et le régime des modes de passation des marchés de travaux», *Mouv. comm.*, 1961, p. 627. Voy. en ce qui concerne la Régie des bâtiments: CE, arrêt n° 28.617, 10 octobre 1987.

personnalisé dont ils ont la gestion (et non pas en qualité de représentants du pouvoir public créateur)<sup>737</sup>.

Un des intérêts principaux de cette distinction concerne *l'interprétation de la compétence*. En cas de litige relatif aux compétences des organismes décentralisés, celles de l'organisme décentralisé territorialement sont interprétées **largement**; s'il s'agit de décentralisation par service, l'interprétation est par contre, **restrictive**.

#### 135. *La déconcentration*<sup>738</sup>

La déconcentration est un **mode de répartition du pouvoir de décision au sein d'un organisme déterminé**. Elle consiste à octroyer un pouvoir de décision, engageant une personne publique déterminée, à un agent subordonné à l'autorité suprême du service.

Dans le cadre de la centralisation ou de la décentralisation, des nécessités pratiques d'efficacité imposent aux personnes qui détiennent le pouvoir de décision de déconcentrer celui-ci.

Même si, dans une administration personnalisée, le chef suprême est le ministre dont l'organisme relève, si, dans un établissement public, c'est le conseil d'administration qui détient en ses mains le pouvoir de décision, il s'avère qu'en fait, ces autorités ne peuvent tout faire par elles-mêmes; d'où la possibilité généralement prévue par les textes de conférer un pouvoir de décision à des agents subordonnés.

Dans un département ministériel, le secrétaire général est investi d'un pouvoir propre de décision pour nombre d'actes; dans un organisme décentralisé, d'importants pouvoirs sont reconnus au fonctionnaire dirigeant (administrateur général, directeur général). De tels pouvoirs peuvent aussi être conférés à des fonctionnaires de rangs moins élevés (exemples: directeurs provinciaux de l'urbanisme ou des contributions directes).

#### 136. *La déconcentration externe et la déconcentration interne*

<sup>737</sup> Peu importe d'ailleurs que la gestion de ce service déterminé se fasse dans les limites d'un territoire donné. Exemple: le champ d'activité d'une intercommunale de distribution d'eau est limité au territoire des communes affiliées. Autres exemples: les sociétés d'épuration des eaux, les agglomérations de communes, les sociétés régionales d'investissement, les ports autonomes, etc., ont un champ d'activité limité territorialement par la loi.

<sup>738</sup> Voy. J.-M. FAVRESSE, «Déconcentration et décentralisation, reflets d'un monde disparu», *A.P.T.*, 1984, pp. 15 à 62; P. DE BRUYCKER, *Essai sur la notion de déconcentration en droit administratif*, Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, 1995.

La **déconcentration externe** se réalise par l'attribution d'un pouvoir propre de décision à des agents extérieurs – régionaux ou locaux – d'une administration ou d'un service public déterminé<sup>739</sup>.

La **déconcentration interne** se réalise au profit d'agents qui exercent leurs fonctions au siège même de l'administration ou du service considéré<sup>740</sup>.

137. *Comment déconcentrer un pouvoir de décision?*

**L'attribution directe de compétence** se fait par la loi (*sensu lato*) ou en vertu de la loi (*sensu lato*). Il y a donc attribution directe de compétence lorsque le législateur lui-même (*sensu lato*), accorde directement un pouvoir propre de décision à un agent subordonné à l'autorité suprême du service ou confie à une autorité (le Roi par exemple) le soin de désigner l'organe subordonné qui disposera d'un tel pouvoir.

*Exemples:*

- la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1971 portant création de la Régie des transports maritimes<sup>741</sup> attribuait au directeur général de cet organisme, en son article 12, une série de compétences. La loi énonçait explicitement que le directeur général assure la gestion journalière de la Régie;
- la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, en son article 19, attribue au comité de direction de ces entreprises, outre la gestion journalière, la représentation de la société en ce qui concerne la gestion, l'exécution des décisions du conseil d'administration, de même que la négociation du contrat de gestion;
- l'article 15 de l'arrêté royal du 30 juin 1966 relatif au statut des agences de voyages<sup>742</sup> confie au commissaire au tourisme – fonctionnaire dépendant directement du ministre communautaire qui a le tourisme dans ses attributions – le soin d'octroyer ou de refuser les autorisations nécessaires pour exercer l'activité d'agent de voyage.

138. *La délégation de pouvoir*

La **délégation de pouvoir** s'analyse en une opération plus complexe. Il y aura délégation de pouvoir lorsque, en vertu d'un texte, l'organe titulaire d'une compétence décide de se décharger, au profit d'un agent subordonné, de certaines

<sup>739</sup> Exemple: l'administration fiscale étant déconcentrée dans la plupart des régions du pays, les directeurs provinciaux et ses contrôleurs disposent de pouvoirs propres de décision qui engagent l'État.

<sup>740</sup> Exemple: le secrétaire général, les directeurs généraux ou les inspecteurs généraux d'un ministère disposent parfois d'importants pouvoirs de décision engageant l'État.

<sup>741</sup> La Régie des transports maritimes a été dissoute en 1997.

<sup>742</sup> Disposition prise en exécution de la loi du 21 avril 1965 établissant le statut des agences de voyages.

de ses attributions, pour un certain temps, sans que soit pour autant abrogée la règle initiale de compétence<sup>743</sup>.

Toute délégation de pouvoir implique: un **acte d'habilitation**, soit une loi ou un règlement pris en vertu de la loi, qui confère à une autorité la faculté (ou parfois le devoir) de déléguer son pouvoir<sup>744</sup>; un **acte de délégation**, par lequel le titulaire de la compétence use de la faculté qui lui est reconnue (ou se conforme à l'obligation qui lui est imposée).

Lorsque ces deux conditions sont remplies, l'autorité subordonnée qui a reçu la délégation de pouvoir peut agir; elle prend alors des décisions sur délégation.

*Exemple:*

La loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques octroie une compétence directe au comité de direction et permet, dans le même temps, à celui-ci de déléguer certaines de ses compétences à un ou plusieurs de ses membres ou à des membres du personnel.

L'acte de délégation peut désigner nommément les personnes déléguées et déterminer les actes pour lesquels celles-ci reçoivent délégation.

À noter que la délégation de compétence ne peut être que partielle, la règle étant l'exercice personnel des compétences<sup>745</sup>.

Quelle est l'incidence sur le contrôle hiérarchique du fait que l'on déconcentre un pouvoir de décision, tant dans un service centralisé que décentralisé, par attribution directe de compétence ou par délégation?

Par la déconcentration, on attribue un pouvoir propre de décision engageant une personne publique déterminée à des agents subordonnés – externes ou internes – d'une administration ou d'un service public.

Le contrôle hiérarchique est le pouvoir le plus étendu d'agir sur les actes des agents subordonnés, en annulant ces actes, en les réformant. Il permet au supérieur hiérarchique de donner des instructions, de formuler des injonctions à ses subordonnés et ceci, en l'absence de tout texte, sans être tenu à des conditions de forme et de délai (exemple: le ministre d'un département a un pouvoir hiérarchique sur le personnel de son ministère).

<sup>743</sup> Ainsi n'y a-t-il pas généralement de dessaisissement de la compétence. La compétence est concurrente mais alternative.

<sup>744</sup> S'il est généralement admis que certaines délégations puissent être tacites, ce n'est que dans la mesure où les pouvoirs délégués ne portent que sur des mesures de détail nécessaires pour l'exécution d'une réglementation dont le détenteur de la compétence a établi lui-même les dispositions fondamentales. Ce n'était pas le cas dans l'arrêt du CE, n° 24.514, 27 juin 1994, *A.P.T.*, 1985, p. 133 et s., note d'observation de F. KOEKELBERG.

<sup>745</sup> En ce qui concerne la délégation de pouvoir, on consultera notamment: J. DEMBOUR, *Droit administratif*, o.c. 203, p. 276; J.C. GROSHENS, *La délégation administrative de compétence*, D., 1958, pp. 197 à 204; F. KOEKELBERG, «Licité de la délégation de pouvoir: avant tout une question de limites», note sous arrêt CE, n° 24.514, 27 juin 1984, *A.P.T.*, 1985, p. 1423 à 156 (*adde ibidem* Rapport et avis BOLAND); J. SALMON, *La délégation de pouvoir au sein de l'administration*, avis rendu arrêt CE, n° 21.253, 12 juin 1981, p. 192 et s.

Ce contrôle hiérarchique absolu se concilie mal avec le recours à des procédés de déconcentration qui, précisément, postulent une certaine autonomie dans la prise de décision.

Le pouvoir hiérarchique, en cas de délégation de pouvoir ou d'attribution directe de compétence, sera nécessairement limité. Il serait, en effet, illusoire de conférer à un agent subordonné un pouvoir de décision engageant un organisme déterminé et de permettre, dans le même temps, à un supérieur hiérarchique d'intervenir à tout moment en ayant le choix des moyens<sup>746</sup>.

Par conséquent, les actes accomplis par l'agent déconcentré<sup>747</sup> ne sont généralement soumis au contrôle du supérieur hiérarchique<sup>748</sup> que dans les cas et aux conditions prévues par la loi ou les règlements pris en vertu de celle-ci<sup>749</sup>, ou en vertu de l'acte de délégation. Le contrôle hiérarchique consistera alors en un ensemble de pouvoirs limités accordés par la loi ou en vertu de la loi au supérieur hiérarchique de contrôler les actes de son subordonné.

#### **IV. La gestion privée du service public**<sup>750</sup>

Dans ce mode de gestion des services publics, l'État, les Communautés, les Régions ou le pouvoir public compétent ne créent plus un organisme public mais se limitent à **ériger en service public une activité économique ou sociale** qu'ils réglementent étroitement et dont ils **confient la gestion à une personne privée**<sup>751</sup>, généralement par la technique *de la concession, de l'autorisation préalable ou de l'agrément*.

L'organisme concessionnaire, agréé ou autorisé, doit conserver son caractère privé.

<sup>746</sup> Voy., cependant, en ce qui concerne un éventuel droit d'exécution du déléguant, l'arrêt CE, n° 22.672, 19 novembre 1982; voir aussi l'article 12 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 août 2001 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement, *M.B.*, 11 septembre 2001.

<sup>747</sup> Exemple: le commissaire général au tourisme, dans le cadre de la loi du 21 avril 1965 portant statut des agences de voyages et de son arrêté royal d'exécution du 30 juin 1966, article 15.

<sup>748</sup> Exemple: en ce qui concerne les agences de voyages, le ministre de la Communauté qui a le tourisme dans ses attributions.

<sup>749</sup> Exemple: en ce qui concerne les agences de voyages, le contrôle du ministre compétent via les recours instaurés par l'article 19 de l'arrêté royal du 30 juin 1966; le ministre disposera ici d'un pouvoir de réformation sur recours.

<sup>750</sup> Voy. à ce propos: M. HERBIET, «La nature juridique des centres de recherches créés en application de l'arrêté-loi du 30 janvier 1947», *R.A.*, 1970, pp.110 à 136, spéc. p.131 et s.; du même auteur, *Les A.S.B.L. et la gestion privée des services publics*, Rapport présenté au 37<sup>ème</sup> Séminaire de la C.D.V.A. à Liège, les 20-21 mars 1985, Story-Scientia, Gand, 1985, pp. 301 à 340.

<sup>751</sup> La gestion de l'activité peut également parfois être confiée, selon des modalités identiques, à une personne publique. Considérant que la condition *ratione personae* ne sera pas remplie dans pareilles hypothèses, le dispositif entrepris ne pourra relever de la gestion privée de service public *sensu stricto*; il ressortira toutefois à une technique juridique analogue, comme nous l'illustrerons *infra*.

*Exemples de gestion privée de services publics*: les services publics d'autobus gérés par des personnes privées, les services de taxis<sup>752</sup>, les organismes privés de télédistribution, les mutuelles, les écoles de conduite automobile, les services d'inspection automobile, l'enlèvement et le traitement des immondices, les transports funèbres, la distribution d'électricité basse tension, etc.

#### A. Critères de la gestion privée

##### 139. *Les critères de la gestion privée des services publics*<sup>753</sup>

La création de ce qu'il est convenu d'appeler un **SERVICE PUBLIC FONCTIONNEL** nécessite la réunion de deux conditions<sup>754</sup>. D'abord, un organisme privé doit être chargé de gérer une **activité érigée en service public** par les gouvernants, c'est-à-dire par la loi ou en vertu de la loi. Ensuite, cet organisme doit conserver son **caractère privé**.

##### 140. *L'activité doit avoir été érigée en service public par les gouvernants*<sup>755</sup>

Cet élément est capital, puisque les concessions, les autorisations ou les agréments ne portent pas nécessairement sur des activités de service public<sup>756</sup>.

*Comment savoir si l'on est en présence ou non d'une telle activité?*

C'est dans les textes<sup>757</sup> qu'il convient de rechercher la nature exacte de l'activité. Il ne suffit pas, en effet, qu'une activité ait été réglementée par ou en vertu de la loi pour conclure à la gestion privée d'un service public, car nombre d'activités ont fait l'objet de réglementations minutieuses par ces pouvoirs publics, sans pour autant constituer des services publics.

Il faut, de plus, que les conditions de la concession, de l'autorisation ou de l'agrément comprennent des **prestations positives** – c'est-à-dire des obligations

<sup>752</sup> Voy. par exemple, en ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale, l'ordonnance du 27 avril 1995 relative aux services de taxis et aux services de location de voiture avec chauffeur.

<sup>753</sup> Nous faisons ici référence aux critères dégagés par A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif, o.c.*, n° 256 et s., p. 248 et s.

<sup>754</sup> Voy. C.A., n° 23/95, 2 mars 1995, pt. B.3.2.

<sup>755</sup> C'est-à-dire, rappelons-le, par la loi ou en vertu de la loi.

<sup>756</sup> Ainsi en est-il des concessions domaniales qui ne constituent qu'un mode d'utilisation privative du domaine public; notons aussi dès à présent que les pouvoirs publics utilisent fréquemment le procédé des autorisations et agréments pour réglementer des activités privées qui ne changent pas de nature pour autant, ou comme support de techniques incitatives. À ce sujet, voy. la sect. 4 du chap. 1., *Droit public économique*, M. HERBIET ET AL. DURVIAUX, La Charte, 2008

<sup>757</sup> C'est-à-dire dans les lois au sens large du terme et les arrêtés pris en vertu de celles-ci.

qui ne sont normalement pas imposées à une entreprise privée gérant une activité purement privée – **imposées par les pouvoirs publics** et qu'ils peuvent, à tout moment, étendre ou restreindre dans l'intérêt général<sup>758,759,760</sup>.

141. *Quel est le contenu de ces prestations positives?*

Le contrôle des véhicules en circulation est exercé par des sociétés privées agréées par le Gouvernement. Les obligations suivantes sont des prestations positives<sup>761</sup>:

Une zone d'action est dévolue à chaque organisme. Toutefois, ils sont tenus d'effectuer le contrôle de tout véhicule se présentant à leur station, même si celui-ci ne dépend pas de leur zone d'action. Les biens immobiliers destinés à exercer leurs missions doivent leur appartenir en pleine propriété. Des locaux de la station doivent pouvoir être mis gratuitement à la disposition de l'Administration de la Réglementation de la Circulation et de l'Infrastructure, sur demande du ministre, afin d'accueillir des guichets de la DIV. En cas de dépassement des recettes d'un seuil fixé, l'excédent doit être versé au Fonds de prévision et d'utilité publique de l'inspection des véhicules automobiles, afin de régulariser les conditions d'exploitation des organismes.

Les prestations positives imposées aux crèches autorisées par l'ONE sont les suivantes<sup>762</sup>. Elles ne peuvent refuser des enfants que pour certains motifs limitativement énumérés et sont tenues d'inscrire les enfants dans le respect de l'ordre de demande d'inscription<sup>763</sup>. Leur capacité d'accueil doit se situer entre 18 à 48 enfants (sauf dérogation). Elles doivent être ouvertes au moins 10 heures par jour, du lundi au vendredi, 220 jours par an<sup>764</sup>. Les frais demandés aux parents

<sup>758</sup> Observons d'ailleurs que ces obligations particulières ne sont que la contrepartie d'avantages reconnus auxdits organismes.

<sup>759</sup> A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, o.c., n° 261, p. 251.

<sup>760</sup> Remarquons cependant que l'organisme agréé doit pouvoir, selon certaines modalités, renoncer à son agrément. Dans son arrêt n°10/93, la Cour d'arbitrage a été amenée à se prononcer sur la légalité de l'article 90 de la loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur du crédit et harmonisation du contrôle et des conditions de fonctionnement des établissements de crédit. Cet article interdisait de façon générale et absolue aux associations de crédits agréées par la Caisse Nationale de Crédit Professionnel – aujourd'hui transformée et privatisée – de renoncer à leur agrément. Dans son arrêt d'annulation, la Cour d'arbitrage estime que *si le législateur peut valablement estimer que la fonction d'intérêt public exercée par les associations de crédits agréées exige que la renonciation à l'agrément entraîne la perte des avantages retirés de cet agrément et soit soumise, notamment dans un souci de stabilité et continuité, à certaines conditions. Encore est-il que la disposition de l'article 90 alinéa 3, lettre g), telle qu'elle est formulée (...) porte atteinte de manière excessive à la liberté des associations de crédits agréées en raison du caractère absolu de l'interdiction prescrite à leur égard.*

<sup>761</sup> Voy. notamment les articles 4, 11, 12, 23 et 24 de l'arrêté royal du 23 décembre 1994 portant détermination des conditions d'agrément et des règles du contrôle administratif des organismes chargés du contrôle des véhicules en circulation.

<sup>762</sup> En vertu de l'article 6, §2 du décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance.

<sup>763</sup> Article 50 de l'arrêté royal du 27 février 2003 du Gouvernement de la Communauté française portant réglementation générale des milieux d'accueil.

<sup>764</sup> Article 7 et suivants de l'arrêté royal du 27 février 2003 précité.



sont liés au revenu mensuel net du ménage<sup>765</sup>. Si la contribution financière des parents dépasse un certain seuil, l'ONE perçoit une cotisation. Ces sommes sont ensuite réparties entre les différentes crèches afin de garantir à l'ensemble de celles-ci un équilibre financier.

Les exemples sont nombreux<sup>766</sup>. Dans chaque cas, il est possible de cerner un ensemble de *prestations positives* imposées dans l'intérêt général, qui dépassent notablement les obligations que dicte le souci de réglementer une simple activité privée.

142. *Qui peut ériger une activité en service public?*

Seul le législateur est compétent pour ériger une activité en service public.

Le fait de soumettre à une réglementation aussi stricte une activité qui, dans bien des cas, était libre, et d'en subordonner l'exercice à l'obtention d'une concession ou d'une autorisation, constitue, à n'en pas douter, une restriction importante au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. *A fortiori* en est-il ainsi lorsque cette réglementation aboutit à ériger une activité en service public: seul le législateur peut donc créer un tel service et le faire gérer selon un régime largement dérogoratoire au droit commun. Si le législateur délègue à l'exécutif une partie de son pouvoir, cette délégation doit être certaine.

143. *L'organisme doit conserver son caractère privé nonobstant le fait qu'il assure la gestion d'un service public*

L'organisme doit procéder de **l'initiative privée**, c'est-à-dire qu'il doit avoir été créé sinon exclusivement, du moins majoritairement, par des particuliers (personnes physiques ou personnes morales). Il doit, de plus, garder son caractère privé tout au long de son existence: il ne peut pas, comme tel, être soumis à la haute direction des gouvernants, mais exclusivement à celle des particuliers, du moins en ce qui concerne sa structure, son organisation et son fonctionnement interne. Le fait de son autorisation ou de son agrément par exemple – dans le cadre de son activité de service public – ne peut donc en rien interférer sur sa nature juridique. Son activité est soumise à un régime particulier<sup>767</sup>.

**B. Des modes de gestion des services publics fonctionnels :  
concession et agrément**

144. *Présentation des techniques juridiques*

<sup>765</sup> Article 150 de l'arrêté royal du 27 février 2003 précité.

<sup>766</sup> Citons les écoles de conduite automobile et les télévisions locales.

<sup>767</sup> Voy. *infra*. Établir le caractère privé de l'organisme chargé d'une mission de service public se révèle souvent moins évident qu'il n'y paraît à première vue: voy. les développements que nous avons consacrés à ce problème dans notre rapport sur *Les A.S.B.L. et la gestion privée des services publics*, o.c., pp. 313 à 321.

Dans son sens matériel ou fonctionnel, le service public désigne donc une activité ou une tâche dont l'accomplissement est, aux yeux du législateur, indispensable à la réalisation du bien commun. La gestion de cette activité est le plus souvent ici confiée à des personnes privées.

Deux techniques juridiques sont généralement utilisées: la concession de service public (technique contractuelle) et l'autorisation ou l'agrément administratif (technique unilatérale).

145. *La concession de service public ou de travaux publics: définition et caractéristiques*<sup>768</sup>

La concession de service public est un **contrat administratif par lequel l'autorité publique compétente charge une personne** – le plus souvent privée mais parfois publique – **de gérer, temporairement et sous son contrôle, un service public, aux clauses et conditions fixées par un cahier des charges annexé à la convention, étant entendu que cette gestion se fait aux frais, risques et périls du concessionnaire, moyennant rémunération de celui-ci à charge, le plus souvent, de l'usager**<sup>769</sup>.

Les **concessions de service public** furent mises en place dans le domaine des services publics de transports en commun, de distribution d'eau, de gaz et d'électricité. Aujourd'hui, les pouvoirs publics privilégient davantage des formules telles la régie communale et l'association de droit public, en particulier l'intercommunale.

La concession de service public reste utilisée dans les domaines de la collecte des immondices<sup>770</sup>, de l'enlèvement des cadavres d'animaux<sup>771</sup> (les clos d'équarrissage), des transports funèbres, du transport par canalisation de produits gazeux et autres, des théâtres, des établissements thermaux, de certaines lignes

---

<sup>768</sup> Pour de plus amples développements, voy. not., A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif, o.c.*, n° 265 et s., p. 256 et s.; A. BUTTGEBACH et J. GILLET, V° Concessions, *Rép. prat. de droit belge*, compl. II, n° 67 et s.; P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de services publics*, Bruxelles, Larcier, 1961, spéc. p. 84 et s.; L. RAPP, *Techniques de privatisations des entreprises publiques*, Librairies techniques, Paris, 1986, p. 87.

<sup>769</sup> Bruxelles, 20 mars 2000; Cass., 31 mai 1978, *Pas.* I, 1978, pp. 1126-1130.

Ce contrat se différencie de la concession domaniale (c'est-à-dire accordée sur le domaine public) qui s'analyse comme un contrat administratif par lequel une autorité publique autorise temporairement un particulier à occuper, de façon exclusive et dans un but déterminé, une dépendance du domaine public, moyennant paiement d'une redevance. Ce contrat peut être dénoncé à tout moment par l'autorité dans l'intérêt général.

Voy. notamment sur ce type de concession: LAGASSE D., «La gestion active du domaine public», *A.P.M.*, 2003, p. 87 et s.

<sup>770</sup> CE, n° 21.147, 7 mai 1981.

<sup>771</sup> CE, 26 octobre 1949; Cass., 4 septembre 1958, *Pas.* I, 1959, p. 7; CE, 26 octobre 1949, *R.J.D.A.*, 1950, p. 117.

d'autobus vicinales, de l'exploitation d'infrastructures tels un restaurant, une cafétéria, etc.

Sous l'impulsion déterminante du droit communautaire, la concession de travaux publics a été assimilée, du point de vue de la passation et de l'exécution, à un marché public. La réglementation belge relative aux marchés publics est dès lors applicable<sup>772</sup>. Le contrat de concession de travaux publics est un contrat par lequel une personne de droit public octroie à un particulier – le concessionnaire – l'exploitation des ouvrages que ce dernier s'engage à construire<sup>773</sup>.

La concession de travaux publics est couramment utilisée pour la construction d'infrastructures comme des aires de repos autoroutières (restaurants ou stations-service), de parkings<sup>774</sup>, d'abribus, pour la construction d'usines d'incinération, etc.

#### 146. *Caractéristiques générales de la concession*

La nature juridique de la concession est assez difficile à saisir: il s'agit en fait d'un **ACTE MIXTE** qui mélange à la fois des éléments d'autorité<sup>775</sup> et des éléments contractuels<sup>776</sup>. La doctrine classique l'analyse comme un contrat administratif conclu en vue de l'exploitation d'un service public.

#### 147. *Un contrat administratif*

La concession est d'abord un **contrat administratif**, passé entre le pouvoir public concédant et le concessionnaire, qui fait naître des droits et obligations réciproques. Il fixe conventionnellement la situation et les droits individuels du concessionnaire, les avantages qu'il peut légitimement retirer de l'exploitation du service dont il supporte d'ailleurs les aléas financiers.

Seront considérées comme contractuelles notamment les clauses relatives à la durée de la concession, à la situation financière du concessionnaire (équilibre financier du contrat par la perception au profit du concessionnaire d'un péage ou d'une redevance), à la situation de monopole dont bénéficie le concessionnaire, ainsi que toutes les clauses qui ont pour objet d'organiser l'exploitation de manière à la rendre assez rémunératrice et qui impose au concessionnaire des obligations envers l'administration et réciproquement.

---

<sup>772</sup> Loi du 24 décembre 1993, AR du 8 janvier 1996 et arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

<sup>773</sup> Remarquons que la concession de travaux publics se combine parfois avec la filialisation.

<sup>774</sup> Mons, 24 mars 1987, *A.P.T.*, 1988, obs. de M.-A. Flamme, pp. 169 à 176.

<sup>775</sup> L'octroi de la concession est en effet toujours un acte de puissance publique.

<sup>776</sup> La concession réalise effectivement en toute hypothèse une situation contractuelle.

De ce caractère contractuel découle notamment un *droit à indemnité*<sup>777</sup>, au profit du concessionnaire, chaque fois que l'autorité lui impose des charges nouvelles ou qu'un manque à gagner résulte de modifications unilatérales qui sont le fait de l'administration.

148. *La concession est accordée en vertu de la loi*

La concession est **accordée en vertu de la loi** par l'autorité publique compétente<sup>778</sup>. Lorsqu'une autorité publique décide de confier la gestion d'un service public à un particulier par le procédé du contrat de concession, un concessionnaire se substitue à celle-ci, dans un but d'intérêt général, pour l'accomplissement d'une mission qui lui incombe. S'agissant de la création et de la gestion d'un service public, il appartient au législateur d'autoriser l'autorité administrative compétente à octroyer la concession d'un service public. L'autorisation expresse peut résulter d'une loi générale ou d'une loi particulière.

149. *La concession a pour objet l'exploitation d'un service public*

Le contrat est **passé pour l'exploitation d'un service public**. Cette composante constitue le caractère réglementaire du contrat et établit la loi d'exploitation du service concédé. Il fixe directement l'organisation et le fonctionnement de ce service, dans la mesure où il contient des clauses et dispositions qui ont pour effet d'accorder des pouvoirs – souvent exorbitants du droit commun – aux concessionnaires, d'organiser le service concédé et de régler la situation des usagers.

Certaines clauses de la concession revêtent par conséquent un caractère réglementaire ou d'autorité.

La concession constitue pour le concessionnaire un acte-condition (voy. le cahier des charges), par lequel celui-ci accepte de faire fonctionner le service suivant des règles objectives que le pouvoir public concédant peut, à tout moment, *modifier unilatéralement*, à charge pour lui d'indemniser le concessionnaire si l'équilibre financier du contrat se trouve ainsi rompu<sup>779</sup>. Le concédant peut, dans l'intérêt général, ne *pas respecter les termes du contrat*, ce qui est contraire à l'article 1134 du Code civil. Observons d'ailleurs que ces modifications imposées au concessionnaire obligent également l'usager du service public<sup>780</sup>. Le concédant ne

<sup>777</sup> Le montant de cette indemnité doit permettre de rétablir l'équilibre financier du contrat rompu, par l'imposition unilatérale de charges nouvelles pour le concessionnaire.

<sup>778</sup> A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, o.c., n° 2, p. 258.

<sup>779</sup> Soulignons cependant que le concessionnaire pourra demander la résiliation du contrat, avec dommages et intérêts, lorsque les modifications imposées unilatéralement dépassent les forces financières de l'entreprise (exemple: elles nécessitent des capitaux et immobilisations nouvelles qu'il ne peut obtenir ou réaliser) ou ses possibilités techniques, dans la mesure où une indemnité financière n'est pas suffisante pour sauvegarder ses droits. C'est du moins ce qu'admettent la doctrine et la jurisprudence française.

<sup>780</sup> Par exemple, les modifications de tarifs ou de différentes conditions de prestation du service.

peut toutefois pas imposer des modifications qui entraîneraient une transformation de la nature ou de l'objet même du contrat. Le concédant peut, dans les mêmes conditions<sup>781</sup>, *mettre fin prématurément* à la concession par voie de résiliation unilatérale<sup>782</sup>. L'octroi de la concession est en effet un acte de puissance publique essentiellement précaire<sup>783</sup>.

Ces possibilités reconnues à l'autorité publique compétente ne constituent en définitive que des manifestations de la **loi du changement**.

Les autres lois du service public s'appliquent<sup>784</sup>, elles aussi, de façon générale, du moins en ce qui concerne l'exercice de l'activité du concessionnaire. Ainsi, la **loi de continuité et de régularité** du service public justifie, dans une certaine mesure, la mise en œuvre de la *théorie de l'imprévision*. Cette théorie, dégagée par la jurisprudence française, a été consacrée en Belgique par certains textes législatifs. Elle autorise le concessionnaire, nonobstant le principe de l'article 1134 du Code civil<sup>785</sup>, à pouvoir obtenir une *révision du contrat*<sup>786</sup> ou une *indemnité compensatoire*, lorsque des circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat rendent son exploitation financièrement impossible ou, dans certains cas, plus difficile et plus onéreuse. Elle permet ainsi d'assurer sans interruption la gestion d'un service public.

Cette même loi interdit au concessionnaire de suspendre totalement ou partiellement le fonctionnement du service public dont il a la charge.

La **loi d'égalité des usagers** du service public trouve, elle aussi, à s'appliquer ici.

#### 150. *La concession est en principe accordée à une personne privée*

La concession est généralement **accordée à une personne privée**<sup>787</sup>. L'intérêt du recours à ce procédé de gestion des services publics réside en effet principalement dans le fait que le concessionnaire privé apporte aux pouvoirs publics sa compétence technique, gère le service suivant des méthodes de droit privé – éventuellement amendées par le droit public – tout en acceptant de supporter les aléas financiers de l'entreprise et d'être soumis au contrôle et à la maîtrise des gouvernants pour ce qui concerne l'exercice de l'activité.

<sup>781</sup> C'est-à-dire unilatéralement et à tout moment.

<sup>782</sup> Voy. sur le retrait d'une concession: Bruxelles, 9 juillet 1952, *R.C.J.B.*, 1954, note de M. Vauthier, p. 36; Cass., 31 mai 1978, *Pas.*, I, 1978, pp. 1126 à 1130.

<sup>783</sup> Ces décisions qui mettent fin unilatéralement au contrat peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État, qui peut vérifier si elles sont bien justifiées par l'intérêt général.

<sup>784</sup> Elles s'appliquent de droit même si elles n'ont pas été réservées dans l'acte de concession.

<sup>785</sup> Suivant lequel les conventions légalement formées font la loi des parties.

<sup>786</sup> Exemples: le relèvement des tarifs, la modification des modalités de prestations du service, etc.

<sup>787</sup> Nous pouvons tout de même observer que certaines concessions sont octroyées à des entreprises publiques, telle la concession par la Région wallonne à la SAB et à la BSCA de la promotion, de la gestion commerciale et du développement de l'aéroport, respectivement, de Liège-Bierset et de Charleroi-Gosselies.

151. *Application du principe de transparence*

Sauf si un texte le leur imposait, jusqu'il y a peu<sup>788</sup>, les autorités publiques ne semblaient pas tenues de concéder la gestion de leurs services en faisant appel à la concurrence. Elles disposaient en la matière de la plus complète liberté, sous réserve, le cas échéant, du contrôle de tutelle visant au respect de l'intérêt général. Cette situation est toutefois remise en cause. Malgré l'absence de texte explicite sur ce sujet, les principes contenus dans le Traité instituant la Communauté européenne<sup>789</sup> – de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de proportionnalité, de reconnaissance mutuelle et de protection des droits des particuliers – garantissant le bon fonctionnement du marché unique, seraient dorénavant d'application<sup>790</sup>. L'octroi d'une concession de service public ne relève plus du libre choix de l'autorité publique mais doit au moins passer par une mise en concurrence des concessionnaires potentiels<sup>791</sup>.

152. *L'agrément ou l'autorisation administrative préalable à l'exercice d'une activité de service public*

Il s'agit d'un **acte administratif unilatéral** par lequel les pouvoirs publics confient la gestion d'une activité érigée en service public à un organisme privé – parfois public – moyennant le respect de certaines conditions qui, loin de se limiter à une simple réglementation de l'activité privée, comprennent certaines prestations positives imposées par les pouvoirs publics, qu'ils peuvent, à tout moment, étendre ou restreindre dans l'intérêt général.

Cette technique se différencie toujours de la concession de service public.

Les conditions de l'autorisation sont généralement contenues dans un cahier des charges, ce qui tend formellement à rapprocher les deux techniques.

Il n'en reste pas moins vrai que la concession s'analyse comme un contrat qui lie le pouvoir public concédant au concessionnaire, lequel a droit, en cas de modification unilatérale du cahier des charges ou de résiliation anticipée de la concession, à une indemnité fondée sur le non respect du contrat de concession.

---

<sup>788</sup> Plusieurs propositions, tant au niveau européen que belge, ont déjà été faites afin de soumettre à la législation sur les marchés publics la conclusion des contrats de concession de service public, à l'instar de celles de travaux publics.

<sup>789</sup> Articles 28 à 30 du Traité de Rome.

<sup>790</sup> Voy. à ce sujet la Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000 (2000/C 121/02). Pour un commentaire, voy. A. MATTERA, *o.c.*, pp. 279-285; Ch. FOUASSIER, «Vers un véritable droit communautaire des concessions? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative», *Rev. trim. dr. europ.*, 2000, p. 687 et s.

<sup>791</sup> Voy. sur cette problématique: A.-L. DURVIAUX et N. THIRION, «Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire», *J.T.*, 2004, pp. 17 à 27; P. BLONDIAU, «Quel avenir pour le service public local à l'heure européenne?», *Mouv. comm.*, 2004, pp. 410 à 416; D. DEOM, «Quel avenir pour le service public local à l'heure européenne? – Le point sur la jurisprudence de la Cour de Justice européenne», *Mouv. comm.*, 2004, pp. 462 à 470; D. DEOM, «Intercommunales, régies, filiales et tutti quanti: quelques échos de Luxembourg en matière de marchés publics», *Rev. dr. comm.*, 2005, p. 21 et s.

L'autorisation et l'agrément, au contraire, sont des **ACTES ADMINISTRATIFS UNILATÉRAUX** essentiellement précaires. Lorsque l'administration les retire ou les modifie dans l'intérêt public, ce qui est possible à tout moment, elle le fait toujours, en principe et sauf indication contraire de la loi, *sans indemnité*<sup>792</sup>.

L'administration ne prend donc aucun engagement. Elle impose simplement à l'exploitant le respect de l'acte d'autorisation comme condition du maintien de celui-ci<sup>793</sup>.

### C. Le régime juridique de l'exploitant et de l'activité

#### 153. *Présentation*

L'activité de service public est gérée par une personne privée.

Dès lors, il faut distinguer l'étude du régime juridique applicable à l'organisme qui exploite le service public, de celle du régime juridique de ses activités.

#### 154. *Le régime juridique de l'organisme exploitant : principe*

L'organisme exploitant est et doit rester privé. Chargé d'une mission de service public, il n'est pas soumis à la haute direction des gouvernants en ce qui concerne son organisation et son fonctionnement interne. Son régime est donc, en principe, entièrement régi par le **droit privé**. Issu de l'initiative des particuliers, ces derniers le dirigent et l'administrent.

Concrètement, les pouvoirs publics n'interviennent pas dans la désignation des organes de gestion ni dans la fixation des conditions de recrutement ou de rémunération du personnel, pas plus d'ailleurs que dans les autres éléments d'organisation interne de l'institution. Les rapports de l'organisme avec son personnel ou avec des tiers (éventuellement contractants, tels, par exemple, ses fournisseurs) sont régis par le droit privé (droit civil, droit commercial, droit social).

Les décisions prises par l'organisme vis-à-vis de son personnel ou des tiers contractants ne sont pas des décisions émanant d'une autorité administrative,

---

<sup>792</sup> En ce qui concerne le contrôle technique des véhicules automobiles ou le transport rémunéré de personnes par autobus, autocars, etc., le législateur énonce même expressément que l'autorisation peut être retirée à tout moment et sans indemnité, dans l'intérêt général.

<sup>793</sup> Voy. par exemple, en ce qui concerne la renonciation à l'agrément des associations de crédits agréées par la Caisse nationale de crédit professionnel, les articles 90 et s. de la loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé, tels que modifiés par la loi du 27 décembre 1993. Voy. aussi les arrêts de la Cour d'Arbitrage, n° 10/93, 11 février 1993, et n° 71/95, 9 novembre 1995 concernant ces dispositions.

susceptibles d'être annulées par le Conseil d'État sur base de l'article 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973.

Cette institution – le plus souvent une association sans but lucratif, de société civile ou commerciale – fonctionne, suivant les cas, selon les règles de la loi du 27 juin 1921 relative aux A.S.B.L., selon celles des articles 1832 et s. du Code civil ou encore celles du Code des sociétés, et ce, sans dérogation. Elle ne dispose donc, tant dans la gestion des biens que dans l'administration des personnes, que des seuls moyens juridiques qui sont ceux des particuliers et ne peut faire état, dans ce cadre, de prérogatives de la puissance publique.

Les pouvoirs publics ne disposent pas, comme tels, du pouvoir de supprimer l'organisme. Le retrait d'autorisation ou le rachat de la concession<sup>794</sup> n'entraîne pas nécessairement sa disparition faute d'objet, celui-ci n'étant pas toujours obligé, en vertu des textes, d'exercer l'activité de service public à l'exclusion de toute autre. Ainsi, ces organismes poursuivent, dans bien des cas, d'autres activités annexes ou connexes. Le rachat de la concession ou le retrait d'agrément comme collaborateur du service public n'empêche nullement ceux-ci de poursuivre leurs autres activités. Il implique seulement l'interdiction de continuer à gérer le service public qui leur avait été confié en vertu de la loi. Ce n'est donc que dans la mesure où un organisme se voit imposer par les textes, par l'acte d'autorisation ou par le contrat de concession, la gestion d'un service public comme unique objet, que le retrait d'autorisation ou le rachat de la concession entraîne la disparition de l'organisme en cause.

L'institution privée dispose, par contre, de la faculté incontestable de se dissoudre librement moyennant le respect des dispositions légales en vigueur et de ses statuts. Les restrictions qu'apporteraient, sur ce plan, les conditions d'agrément ou l'acte de concession, doivent s'interpréter comme autant d'indices d'une transformation probable de la nature juridique de l'organisme en cause.

155. *Le régime juridique de l'activité: en principe, le service public*

Puisqu'il s'agit d'une activité érigée en service public par les gouvernants, celle-ci est soumise, du moins en partie, à un **régime juridique spécial** largement imprégné par le droit public, c'est-à-dire un régime différent de celui qui régit les activités purement privées. Ce régime, bien qu'il soit souvent amendé par les règles de droit privé, garde néanmoins un contenu minimum: les **LOIS DU SERVICE PUBLIC**.

En dehors de tout texte, les lois générales du service public, qui ont valeur de **principe général de droit**<sup>795</sup>, s'imposent à l'organisme privé, du moins en ce qui concerne son activité.

---

<sup>794</sup> C'est-à-dire la suppression de celle-ci avant la date prévue pour son expiration, en vertu d'un acte unilatéral de l'autorité concédante et moyennant indemnisation du concessionnaire.

<sup>795</sup> Voy. *supra*, pour le contenu de ces lois.



Les *conditions d'exercice de l'activité* peuvent être modifiées, à tout moment, dans l'intérêt du service (**loi du changement**).

*Exemples:*

Aux termes de l'arrêté royal du 23 décembre 1994<sup>796</sup>, les organismes d'inspection automobile étaient tenus de se conformer aux directives ou instructions du Ministre des Communications ou de son délégué concernant l'établissement, l'implantation, l'extension, l'équipement, le fonctionnement, l'état et l'affectation des installations de contrôle.

Le montant du cautionnement destiné à garantir les obligations pécuniaires imposées à l'exploitant d'un réseau de radio ou télédistribution pouvait être modifié à tout moment pendant l'exploitation, par décision motivée du ministre compétent<sup>797</sup>. La possibilité de modifier les tarifs, les parcours, les horaires, les points d'arrêts, etc. était prévue.

Le *retrait d'agrément* et le *rachat de la concession* devaient être admis sans réserve au profit du législateur. Il n'en va pas toujours de même pour l'autorité administrative. Ce n'était, en effet, que dans la mesure où les textes ne limitent pas objectivement les hypothèses de retrait ou de rachat, que ce droit peut être reconnu dans le chef de l'administration lorsque l'intérêt général l'exige.

Par exemple, le Roi ou le Ministre des Communications, selon les cas, peut, à tout moment et sans indemnité, retirer l'autorisation d'exploiter un service de transport national ou international de voyageurs par route<sup>798</sup>. L'agrément des écoles de conduite de véhicules automobiles est accordé à titre précaire et peut être retiré, à tout moment et sans indemnité, par le Ministre des Communications ou son délégué<sup>799</sup>.

L'activité considérée comme indispensable à la satisfaction de l'intérêt général est érigée en service public par les gouvernants. Celle-ci ne peut dès lors être suspendue, réduite ou prendre fin prématurément, sans le consentement de l'administration (**loi de continuité et de régularité**).

Les textes qui réglementent une telle activité contiennent généralement des dispositions qui consacrent, de façon formelle, cette loi de continuité.

---

<sup>796</sup> Arrêté royal du 23 décembre 1994 portant détermination des conditions d'agrément et des règles du contrôle administratif des organismes chargés du contrôle des véhicules en circulation (articles 4, 8, 9, 26 et 30).

<sup>797</sup> Article 4 *in fine* de l'arrêté royal du 24 décembre 1966 relatif aux réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion, qui n'est plus en vigueur.

<sup>798</sup> Article 22 *in fine* de l'arrêté-loi du 30 décembre 1946 relatif aux transports rémunérés de voyageurs par route effectués par autobus et par autocars.

<sup>799</sup> Articles 5 et s. de l'arrêté royal du 23 mars 1998 relatif aux conditions d'agrément des écoles de conduite de véhicules à moteur (aujourd'hui abrogé).

Par exemple, les organismes d'inspection automobile doivent être, sauf exceptions, propriétaires des terrains, bâtiments, matériel et installations connexes nécessaires à la bonne exécution de leurs missions<sup>800</sup>.

Le fondement de cette obligation est clair: il faut éviter que, par le fait de tiers (propriétaires-bailleurs), l'organisme soit mis dans l'impossibilité de poursuivre son activité de service public, la jouissance ou la propriété des bâtiments, des installations et du matériel dont il disposait venant à changer de mains suite à la non reconduction du bail, par exemple, des biens nécessaires à l'exploitation.

De même, le fonctionnement des activités des organismes d'inspection automobile est financé par la perception directe par chacun d'eux de redevances établies à charge des usagers. Afin d'éviter un certain déséquilibre entre les organismes précités situés dans les différentes régions du pays et d'assurer ainsi une dispensation harmonieuse du service sur l'ensemble du territoire, la réglementation a prévu un système de compensation entre les divers organismes. Les plus rentables doivent, au-delà d'un certain montant de recettes fixé par les textes, verser l'excédent à un fonds de prévision et d'utilité publique, qui se charge alors de rétablir l'équilibre des comptes d'exploitation des différents organismes<sup>801</sup>.

Le distributeur d'émissions de radiodiffusion télévisuelle ne peut cesser l'exploitation du réseau de distribution qu'à l'expiration du terme de validité de l'autorisation. Si le distributeur ne se conforme pas à cette obligation, le ministre compétent peut décider de faire continuer l'exploitation aux frais et sous la responsabilité du distributeur jusqu'à la fin de la période de validité de l'autorisation<sup>802</sup>.

**La loi d'égalité des usagers du service public** est consacrée par de nombreuses dispositions particulières.

Par exemple, l'entreprise chargée de la télédistribution est tenue de donner suite, dans les plus brefs délais, à toute demande de raccordement<sup>803</sup>. Une caisse agréée de compensation pour allocations familiales<sup>804</sup> ne peut refuser d'affilier un employeur relevant de sa compétence territoriale et professionnelle qui s'engage à observer toutes les dispositions des statuts et règlements en la matière. Un

---

<sup>800</sup> Article 11 de l'arrêté royal du 23 décembre 1994 portant détermination des conditions d'agrément et des règles du contrôle administratif des organismes chargés du contrôle des véhicules en circulation.

<sup>801</sup> Articles 23 et 24 de l'arrêté royal du 23 décembre 1994 portant détermination des conditions d'agrément et des règles du contrôle administratif des organismes chargés du contrôle des véhicules en circulation.

<sup>802</sup> Article 39 de l'arrêté royal du 24 décembre 1966 relatif aux réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion. Cette disposition est applicable pour partie en Communauté française (arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 18 mars 1992 rendant applicables certaines dispositions de l'arrêté royal du 24 décembre relatif aux réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion aux habitations de tiers).

<sup>803</sup> Article 11 de l'arrêté royal du 24 décembre 1966 relatif aux réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion. Cette disposition est applicable pour partie en Communauté française (arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 18 mars 1992 rendant applicables certaines dispositions de l'arrêté royal du 24 décembre relatif aux réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion aux habitations de tiers).

<sup>804</sup> Article 16 des lois coordonnées relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés (arrêté royal du 19 décembre 1939).

conducteur de taxi est tenu de prendre en charge le client qui le demande, lorsqu'il est en service et que son véhicule est en ordre de marche<sup>805</sup>.

156. *Le régime administratif de la gestion privée de service public*

Le régime juridique normal de tout service public fonctionnel est applicable, du moins en ce qui concerne les rapports de l'organisme avec les pouvoirs publics, mais aussi ceux qu'il entretient avec les usagers du service, dans le cadre de l'activité.

L'organisme – du moins dans l'exercice de son activité – dispose, en vertu de la loi, de **prérogatives de puissance publique** et de **pouvoirs exorbitants** par rapport à ceux reconnus aux autres particuliers, tels ceux *d'imposer à ceux-ci, dans le commerce juridique, et en vue de la réalisation de certains objectifs d'intérêt général, des obligations unilatérales*<sup>806</sup>.

La situation de l'organisme privé est privilégiée et comporte un certain nombre d'avantages qui ne constituent fondamentalement que la contrepartie des prestations positives et sujétions imposées à celui-ci dans l'intérêt général.

Par exemple, l'affiliation à de tels organismes revêt souvent un **caractère obligatoire**. L'article 18 de l'arrêté-loi du 30 janvier 1947 relatif aux centres de recherches<sup>807</sup> énonçait que *l'arrêté royal qui porte agrégation des statuts du centre précise les limites de la branche économique dont les entreprises sont assujetties à l'application dudit arrêté-loi* et donc affiliées d'office au centre de recherches compétent. De même, l'article 10, §1, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967<sup>808</sup> enjoint à toute personne assujettie audit arrêté de s'affilier à une caisse libre d'assurances sociales pour travailleurs indépendants agréée ou à la caisse nationale auxiliaire.

Les textes légaux et réglementaires confèrent souvent à ces organismes privés, chargés d'une mission de service public, le **pouvoir d'établir et/ou de percevoir à charge** de leurs associés, affiliés, ressortissants ou assujettis, des contributions, cotisations ou redevances obligatoires destinées à couvrir le coût de l'exercice de leur mission légale et de leurs frais de fonctionnement. Il en est ainsi des centres de recherches<sup>809</sup>, des caisses d'assurances sociales pour travailleurs indépendants<sup>810</sup>.

<sup>805</sup> Article 13 de l'arrêté royal du 2 avril 1975 portant règlement de police relatif à l'exploitation des services de taxis.

<sup>806</sup> CE, Scheuermann, n° 19.776, 27 juillet 1979.

<sup>807</sup> Arrêté-loi du 30 janvier 1947 fixant le statut de création et de fonctionnement des centres chargés de promouvoir et de coordonner le progrès technique des diverses branches de l'économie nationale par la recherche scientifique.

<sup>808</sup> Qui organise le statut social des travailleurs indépendants.

<sup>809</sup> Article 10, 2°, de l'arrêté-loi du 30 janvier 1947 fixant le statut de création et de fonctionnement des centres chargés de promouvoir et de coordonner le progrès technique des diverses branches de l'économie nationale par la recherche scientifique.

<sup>810</sup> Article 20, §4, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants.

Les textes légaux confèrent à ces organismes bien d'autres **prérogatives de puissance publique** telles celles de délivrer des documents officiels<sup>811</sup>, de participer à la procédure d'octroi ou de retrait d'autorisations d'exploiter certains établissements<sup>812</sup>, d'adopter les règlements nécessaires à la bonne organisation du service et de les assortir de sanctions<sup>813</sup>.

Dans un certain nombre de cas, enfin, les textes créent, au profit de ces organismes privés, des situations privilégiées par rapport à celles des autres individus. Le législateur peut créer des situations de monopole<sup>814</sup>. Certains avantages fiscaux sont par ailleurs concédés à ces organismes, de même que certaines dérogations au droit civil et au droit pénal<sup>815</sup>.

157. *La nature juridique des actes posés par l'organisme privé chargé d'une mission de service public*<sup>816</sup>

En principe, ces actes sont posés par un organisme privé. Ils demeurent donc soumis aux **règles du droit privé**. Ne faudrait-il pas cependant avoir égard au fait que le législateur a confié à cette entreprise une mission de **service public** et que les relations de cet organisme avec les usagers du service sont largement imprégnées par des procédés de droit administratif pour conclure que, dans une mesure limitée, *certains actes émanant desdites personnes privées pourraient être qualifiés d'administratifs?*

Cette thèse a été consacrée par la jurisprudence administrative française dans plusieurs arrêts célèbres<sup>817</sup>. La position de nos juridictions supérieures, le Conseil d'État belge<sup>818</sup> ainsi que la Cour de cassation<sup>819</sup>, est plus ambiguë.

<sup>811</sup> Exemple: les attestations d'origine délivrées en vertu du chapitre III de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (Jambon d'Ardenne, Beurre d'Ardenne, etc.).

<sup>812</sup> Article 12 du décret du 20 juillet 1976 organisant, pour la Communauté française, le camping à la ferme.

<sup>813</sup> Voy., par exemple, les caisses de compensation pour allocations familiales (article 24 des lois coordonnées relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés et arrêté royal du 20 mai 1936 pris en exécution des lois coordonnées précitées).

<sup>814</sup> Sans préjudice de l'application des dispositions du TCE.

<sup>815</sup> Voy. M. HERBIET, *Les A.S.B.L. et la gestion privée des services publics, o.c.*, pp. 329 et 330.

<sup>816</sup> Voy. sur ce point: A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif, o.c.*, n° 296 et s., p. 280 et s.; M. HERBIET, *Les A.S.B.L. et la gestion privée des services publics, o.c.*, p. 336 et s.; D. DELVAX, «Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative», *A.P.T.*, 2001, pp. 196 à 215.

<sup>817</sup> Voy. notamment CE français, Magnier, 13 janvier 1961, *R.D.P.*, p.155; Tribunal des conflits, Centre Eugène-Marquis, 20 novembre 1961, *R.D.P.*, 1962, p. 964. Pour d'autres réf., voir M. HERBIET, *Les A.S.B.L. et la gestion privée des services publics, o.c.*

<sup>818</sup> Voy. notamment une série d'arrêts où le Conseil d'État se déclarera compétent en fonction du type d'acte: CE, Wilkin, n°11.328 et Dumont, n°11.329, 24 juin 1965 (qui se déclare compétent en fonction de la nature de l'acte); CE, Scheuermann, n° 19.776, 27 juillet 1979; CE, Franssens, n° 21.467, 16 octobre 1981. Voir également l'arrêt Deschutter, n° 93.289, 13 février 2001, où l'assemblée générale du Conseil d'État semble opérer un revirement de jurisprudence en se déclarant incompétente pour connaître d'un recours en annulation dirigé contre une décision du jury de l'Institut Saint-Luc.

Nous consulterons à propos de cette jurisprudence M. HERBIET, «La notion d'autorité administrative dans le service public fonctionnel», *R.J.D.A.*, 1970, p. 161 et s.; A. VANDER

En droit français, sont considérés comme des décisions ou actes administratifs, les *décisions unilatérales, réglementaires ou individuelles*, prises par un organisme privé, d'une part si elles ont été adoptées dans l'exercice de sa mission de service public et dans le cadre des prestations à l'usager, et d'autre part, si elles comportent l'usage de prérogatives de puissance publique<sup>820</sup>.

Les décisions, à l'égard du personnel ou de contracter avec des tiers (non usagers), prises par un organisme privé, ne sont pas des actes administratifs, dans la mesure où il n'agit pas directement dans le cadre de prestations de service public. Au contraire, une décision réglementaire<sup>821</sup> ou individuelle<sup>822</sup>, ou les actes unilatéraux isolés dans la passation d'un contrat avec un usager dans l'exercice de sa mission de service public, sont considérés comme des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État belge.

Cette interprétation de l'acte administratif est dite fonctionnelle, dans la mesure où elle se fonde sur des considérations matérielles, le caractère de la fonction prestée. Elle met l'accent sur le service public accompli plutôt que sur l'acte juridique adopté.

Cependant, il est peu courant que des décisions prises par un service public fonctionnel à l'égard de ses usagers, soient attaquées devant le Conseil d'État. Sans doute est-ce la conséquence de l'exercice des recours préalables obligatoires au recours pour excès de pouvoir, auprès de l'administration active<sup>823</sup>. Au demeurant, le recours en annulation devant le Conseil d'État n'est ouvert que contre les actes qui émanent d'une autorité administrative dont le caractère – au sens organique – est incontesté.

La définition de l'acte administratif et de la notion d'autorité administrative est le cœur de l'organisation du contrôle juridictionnel de l'action de l'administration. Elle reste, cependant, difficile à circonscrire concrètement en certains de ses éléments

---

STICHELE, Rapport précédent l'arrêt Fuss, n° 15.626, 1<sup>er</sup> juin 1972, *R.J.D.A.*, 1972, p. 271 et s.

<sup>819</sup> Voy. Cass., 14 février 1997, *Pas.*, I, 1997, pp. 221 à 230, avec les conclusions de l'avocat général Dubrulle; ainsi que Cass., 10 septembre 1999, *A.P.T.*, 1999, pp. 236 à 238, avec les conclusions du procureur général Piret. Ces deux arrêts ne qualifient pas d'autorité administrative un service public fonctionnel; seules les personnes créées ou agréées par les pouvoirs publics peuvent être qualifiées de telles.

<sup>820</sup> Voy. notamment M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1984, pp. 252 et 273.

<sup>821</sup> Par exemple, la décision de l'assemblée générale d'une caisse libre de compensation d'allocations familiales adoptant un règlement spécifique relatif aux sanctions encourues par les employeurs affiliés, ainsi que les personnes auxquelles les allocations familiales sont dues ou doivent être versées (article 24 des lois coordonnées relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés).

<sup>822</sup> Exemple: les décisions du refus d'affiliation, celles de refus d'attestation d'origine, ou du bénéfice des prestations du service, tel l'octroi d'avantages déterminés aux usagers, etc.

<sup>823</sup> Exemple: un litige en matière de contrôle technique des véhicules automobiles est porté, d'abord, devant la direction de l'organisme dont relève le centre, et enfin, auprès du service Inspection de la direction B1 de l'Administration des transports du Ministère des Communications. (Voy. Q./R., Question n° 201, Chambre, 26 avril 1983).

fondamentaux. En 1970<sup>824</sup>, il était fréquent de soutenir, au terme d'une analyse approfondie de la nature juridique de plusieurs organismes que la doctrine qualifiait un peu trop hâtivement de privés, que ceux-ci auraient pu fondamentalement être considérés comme des autorités administratives par notre Conseil d'État, au vu des seuls critères organiques. À l'heure actuelle toutefois, la jurisprudence du Conseil d'État, pour connaître des actes des services publics fonctionnels, n'est pas encore clairement établie<sup>825,826</sup>.

#### IV. Le droit communautaire et les services publics

##### 158. Présentation

Le droit communautaire ne connaît pas à proprement des services publics au sens du droit belge, puisqu'il exclu nécessairement de son champ les concepts de droit interne. L'interprétation du droit communautaire est fonctionnelle dans son principe, par pragmatisme, il s'agit de dépasser les spécificités nationales afin de construire un référentiel commun sous l'angle juridique.

Il n'est reste pas moins que le droit communautaire a eu un impact important sur les règles régissant l'organisation, le fonctionnement et le financement des services publics (au sens organique et fonctionnel) au travers essentiellement de divers concepts et politiques. Les notions d'entreprise publique et de service

<sup>824</sup> HERBIET M., *La notion d'autorité administrative dans le service public fonctionnel*, o.c., p. 166 et s.; voy. aussi notre analyse de l'arrêt Scheuermann, n° 19.776 du 27 juillet 1979 dans *Les A.S.B.L. et la gestion privée des services publics*, o.c., p. 338; *contra* P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2<sup>ème</sup> éd., Larcier, 2002, spéc. p. 554 et s.

<sup>825</sup> Ainsi, à l'égard des décisions relatives à l'octroi de diplômes délivrés par les établissements d'enseignement libre, après avoir rejeté tous recours contre de telles décisions, le Conseil d'État s'était déclaré compétent à plusieurs reprises (CE, Lemort, n° 76.909, 12 novembre 1998; CE, Loseke Nembalemba, n° 90.173, 12 octobre 2000). Mais, par un arrêt Deschutter, n° 93.289, 13 février 2001, rendu par l'assemblée générale, il semble être revenu sur sa jurisprudence antérieure, en se déclarant incompétent pour connaître d'un recours dirigé contre une décision du jury de l'Institut de Saint-Luc. Voy. également en ce sens: CE, Missorten, n°93.104, 6 février 2001; De Leersnijder, n° 94.530, 5 avril 2001; Jacobs, n° 94.531, 5 avril 2001; Haouach, n° 99.791, 15 octobre 2001; Devinck, n° 102733, 22 janvier 2002. Cette nouvelle interprétation a fait l'objet de critiques doctrinales: voy. notamment X. DELGRANGE, *Le Conseil d'État décline toute compétence à l'égard des établissements d'enseignement libre – Vers l'abandon du critère fonctionnel pour définir l'autorité administrative?*, note sous CE, Missorten, n° 93.104, 6 février 2001 et CE, De Schutter, n° 93.289, 13 février 2001, *R.R.D.*, 2000, pp. 521 à 542. Mais la Cour de cassation (Cass. (ch. réun.), 6 sept. 2002) et la Cour d'arbitrage (C.A., n° 41/03, 3 oct. 2003, rendu sur question préjudicielle du Conseil d'État) ont considéré que le Conseil d'État est compétent pour connaître des recours dirigés contre les actes de ces organismes, qui constituent des décisions obligatoires liant les tiers. Le Conseil d'État s'est aligné sur cette position dans un arrêt Zitoumi, rendu en assemblée générale (n° 120.131) du 4 juin 2003, concernant la décision d'un jury d'examen de l'Institut technique Cardinal Mercier – Notre Dame du Sacré Cœur.

<sup>826</sup> Voy. pour un commentaire de la jurisprudence récente de nos hautes juridictions: D. DEOM, «Enseignement libre et autorité administrative: dis-moi oui, dis-moi non», *A.P.T.*, 2004, p. 95 et s.; X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheur», *R.C.J.B.*, 2005, p. 26 et s.

d'intérêt économique général (SIEG), les aides d'Etats et enfin, les politiques de libéralisation ou nouveaux modes de régulation permettent de souligner les interactions entre le droit communautaire et les services publics des Etats membres.

Il importe de partir de l'article 106 (ex 86 TCE) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans la version consolidée<sup>827</sup>, soit la Troisième partie du traité relatif aux politiques et actions internes de l'Union, en particulier le Titre VII relatif aux règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations, dont la section 1<sup>ère</sup> détermine les règles applicable aux entreprises dans le cadre du chapitre 1<sup>er</sup> précisant les règles de concurrence.

La place de cet article précise le paradigme européen, les entreprises publiques ou privées sont en principe régies par les règles du Traité comportant de nombreuses dispositions en matière de concurrence et aides d'Etat.

L'art. 106 (ex-article 86 TCE) dispose que : « 1. Les États membres, en ce qui concerne les **entreprises publiques** et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus. 2. Les entreprises chargées de la gestion de **services d'intérêt économique général** ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. 3. La commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres. ».

L'article 106, §2 (ex 86, § 2 TCE et ex-art. 90, § 2) énonce une règle d'exception par rapport aux règles du Traité CE, notamment celles relatives à la concurrence. La disposition a fait l'objet de beaucoup d'attention<sup>828</sup> sous l'angle général de l'interventionnisme des pouvoirs publics<sup>829</sup>. En effet, la Cour de justice a été amenée à préciser la définition de l'entreprise et des services d'intérêt économique général<sup>830</sup>.

<sup>827</sup> J.O.C 115, 9 mai 2008.

<sup>828</sup> K. LENAERTS, « Les services d'intérêt économique général et le droit communautaire », *E.D.C.E.*, 2002, pp. 425-437, spéc. p. 425 ; pour une étude détaillée et critique du champ d'application de cette disposition, voy. égal. N. THIRION, *op. cit.*, spéc. pp. 288-300.

<sup>829</sup> Elle présente également un intérêt dans le cadre de la détermination du champ d'application des directives communautaires relatives aux marchés publics.

<sup>830</sup> *A contrario*, il importe également de relever pour notre propos que les services d'intérêt général qui ne présentent pas un caractère économique ne sont pas visés par le droit communautaire de la concurrence (K. LENAERTS, *op. cit.*, spéc. p. 426 ; C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91, *Rec.*, 1993, p. I-637, pt 18 ; C.J.C.E., 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft*, aff. C-364/92, *Rec.*, 1994, p. I-45, pts 27 et 30).

## A. Les notions d'entreprise publique et de service économique d'intérêt général

### 159. La notion d'entreprise publique

La notion d'entreprise est liée, en droit communautaire, à l'exercice d'une activité économique. Très tôt, la Cour de justice a précisé que la notion d'entreprise visait « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »<sup>831</sup>. La notion d'entreprise doit être appréciée en fonction de l'activité spécifiquement considérée<sup>832</sup>. Lorsqu'une entité exerce simultanément plusieurs activités, elle peut n'être considérée comme une entreprise que pour celles qui présentent les caractéristiques requises<sup>833</sup>. La notion d'activité économique vise « toute activité qui consiste à offrir des biens et de services sur un marché donné »<sup>834</sup>. Pareille activité se caractérise par le fait qu'elle serait, du moins dans son principe, susceptible d'être exercée par un opérateur privé<sup>835</sup>. Ainsi, le fait d'offrir un service contre rémunération semble inconciliable avec, par exemple, l'exercice d'un pouvoir réglementaire<sup>836</sup>.

Si l'entreprise est détenue et contrôlée par les pouvoirs publics, elle revêtira la qualité de publique sans que cette qualité n'affecte l'application du droit communautaire dans son principe.

Partant, tous les services publics poursuivant une activité économique sont susceptibles de revêtir la qualité d'entreprise au sens du droit communautaire. Par ce biais, les règles juridiques spéciales inhérentes à ces structures en droit interne sont susceptibles d'être remises en causes au nom d'une violation des règles de droit communautaire, spécialement des règles de concurrence (pratiques restrictives, abus de position dominante, ententes et cartels, accords de coopération horizontales, restrictions verticales, concentrations) et des aides d'Etat (avec la question particulière du financement des services d'intérêt économique général).

Ce n'est que lorsque ces services publics (ou entreprises publiques) sont chargés d'un service économique d'intérêt général, qu'une certaine souplesse est prévue.

<sup>831</sup> C.J.C.E., 13 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, *Rec.*, 1991, p. I-2010.

<sup>832</sup> Conc. av. gén. JACOBS précédant C.J.C.E., 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Rec.*, 1999, p. I-1223, pt 27.

<sup>833</sup> C.J.C.E., 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85, *Rec.*, 1987, p. 2599, pt 7 ; il est d'ailleurs admis que la disposition s'applique aux entreprises publiques et aux entreprises privées (voy. not. C.J.C.E., 21 mars 1974, *BRT II*, aff. 127/73, *Rec.*, 1974, p. 313, pt 20).

<sup>834</sup> Voy. not. C.J.C.E., 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85, *op. cit.*, pt 7.

<sup>835</sup> Voy. not. concl. av. gén. TESAURO dans l'aff. *Poucet et Pistre* (C.J.C.E., 17 février 1993, aff. C-159/91 et C-160/91, *Rec.*, 1993, p. I-637), pt 8, et dans l'affaire *SAT Fluggesellschaft* (C.J.C.E., 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *Rec.*, 1994, p. I-45), pt 9.

<sup>836</sup> Concl. av. gén. LÉGER précédant C.J.C.E., 27 avril 1994, *Almelo*, aff. C-393/92, *Rec.*, p. I-148, pt 144.



160. Les Services d'intérêt économique général

La jurisprudence de la Cour de justice ne permet pas de définir de manière précise la notion de « service d'intérêt économique général ». Si tel service doit présenter des caractéristiques spécifiques par rapport à celles que revêtent d'autres activités de la vie économique<sup>837</sup>, le recours à des expressions multiples telles que service d'intérêt général, service universel ou service public, que certains considèrent comme interchangeables<sup>838</sup>, ne facilite pas l'exercice de qualification. Fondamentalement, cette lacune relative s'explique sans doute par le caractère sensible du sujet. Il s'impose de concilier la compétence des États membres pour définir le contenu de leurs services d'intérêt économique général, jouissant en la matière d'une très grande liberté, et le souci légitime de la Cour de justice de sanctionner certains abus. L'intérêt des États à utiliser certaines entreprises en tant qu'instruments de leur politique économique, fiscale ou sociale, doit pouvoir se concilier avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de la concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun<sup>839</sup>.

Concrètement, et pour illustrer les propositions qui précèdent, les services suivants ont été considérés par les instances communautaires comme d'intérêt économique général : la distribution d'eau<sup>840</sup>, la distribution d'électricité<sup>841</sup>, la distribution de gaz<sup>842</sup>, la mise à disposition d'un réseau de téléphone<sup>843</sup>, la collecte et la distribution de courrier<sup>844</sup>, la gestion de lignes aériennes non rentables<sup>845</sup>, la

<sup>837</sup> C.J.C.E., 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, aff. C-179/90, *Rec.*, 1991, p. I-5889 ; C.J.C.E., 17 juillet 1997, *GT-LINK*, aff. C-242-95, *Rec.*, 1997, p. I-4449 ; C.J.C.E., 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, aff. C-266/99, *Rec.*, 1998, p. I-3949.

<sup>838</sup> Concl. av. gén. LÉGER précédant C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, *Rec.*, 2002, p. I-5777, pt 161.

<sup>839</sup> C.J.C.E., 19 mars 1991, *Commission c/ République française*, aff. C-202/88, *Rec.*, 1991, p. I-1223, pt 12 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, 1999, p. I-5751, pt 103 ; pour de plus amples développements sur l'application du principe de subsidiarité en ce domaine, voy. D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *R.T.D.E.*, 1999, p. 21 et s.

<sup>840</sup> C.J.C.E., 8 novembre 1983, *IAZ, International Belgium c/ Commission*, aff. jtes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, *Rec.*, 1982, p. 3369 ; Déc. de la Commission n° 82/371/CEE du 17 décembre 1981, *Navewa-Anseau*, *J.O.C.E.*, L 167 du 15 juin 1982, p. 39 et s.

<sup>841</sup> C.J.C.E., 27 avril 1994, *Almelo*, aff. C-393/92, *op. cit.* ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, 1994, p. I-5699, pt 41.

<sup>842</sup> C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c/ République française*, aff. C-159/94, *Rec.*, 1997, p. I-5815, concl. av. gén. G. COSMAS.

<sup>843</sup> C.J.C.E., 13 décembre 1991, *RTT c/ GB-Inno-BM*, aff. C-18/88, *Rec.*, 1991, p. I-5973 ; C.J.C.E., 17 novembre 1992, *Royaume d'Espagne, Royaume de Belgique et République italienne c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C-281/90, *Rec.*, 1992, p. I-5833, concl. av. gén. JACOBS ; C.J.C.E., 16 mai 1991, *Jan van Noorden c/ Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (Assedic) de l'Ardèche et de la Drôme*, aff. C-272/90, *Rec.*, 1991, p. I-2543, concl. av. gén. TESAURO.

<sup>844</sup> C.J.C.E., 17 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, 1993, p. I-2563 ; C.J.C.E., 10 février 2000, *Deutsche Post AG*, aff. C-147/97 et C-148/97, *Rec.*, 2000, p. I-825 ; C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco SpA et Poste Italiane*, aff. C-340/99, *Rec.*, 2001, p. I-4109, concl. av. gén. S. ALBER.

<sup>845</sup> C.J.C.E., 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff. C-66/86, *Rec.*, 1989, p. I-838, pt 55.

gestion d'infrastructures d'aéroport<sup>846</sup>, la gestion de certains déchets en vue de faire face à un problème environnemental<sup>847</sup>, le placement de main-d'œuvre<sup>848</sup>, le transport en ambulance<sup>849</sup>, etc.<sup>850</sup>.

La prestation offerte au public est seule considérée, et dès lors qu'elle présente des éléments d'universalité et de continuité<sup>851</sup>, qui sont déduits du régime juridique (légal, réglementaire ou contractuel), la qualification de service d'intérêt économique général est acquise. Ainsi, des grossistes qui fournissent en France des médicaments aux pharmacies ont été considérés comme des entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général, parce qu'ils étaient obligés, par un arrêté ministériel, de détenir en permanence un stock important et d'assurer une livraison de médicaments dans les 24 heures suivant la réception de la commande<sup>852</sup>.

Enfin, une évolution dans la jurisprudence de la Cour de justice, s'expliquant tant par une prise en considération plus grande des services d'intérêt général en tant que valeur commune de l'Union<sup>853</sup> que par la libéralisation des marchés et la privatisation des services publics, a été soulignée. La Cour de justice accepte des institutions dérogatoires aux mécanismes « naturels » du marché<sup>854</sup> afin d'obliger les opérateurs économiques à fournir ces prestations spécifiques – parfois non rentables – dans le but de sauvegarder le caractère universel et continu de ceux-ci. Sensible à l'équilibre financier des entreprises chargées de pareilles missions, la Cour de justice admet plus facilement que des restrictions à la concurrence sont nécessaires, notamment sous l'angle du financement (octroi d'un droit exclusif ou spécial<sup>855</sup>, d'un financement direct sous la forme de subvention ou d'un financement indirect sous la forme d'un avantage fiscal<sup>856</sup> venant compenser strictement<sup>857</sup> les surcoûts générés par les services d'intérêt économique général).

<sup>846</sup> Déc. de la Commission n° 98/190/CE du 14 janvier 1998, *Flughaven Frankfurt*, J.O.C.E., L 72 du 11 mars 1998, p. 30 et s.

<sup>847</sup> C.J.C.E., 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, aff. C-209/98, *Rec.*, 2000, p. I-3743, pt 75.

<sup>848</sup> C.J.C.E., 13 avril 1991, *Höfner*, aff. C-66/86, *Rec.*, 1991, p. I-2010 ; C.J.C.E., 11 décembre 1997, *Job Centre coop.*, aff. C-55/96, *Rec.*, 1997, p. I-7140 ; C.J.C.E., 8 juin 2000, *Giovanni Carra e.a.*, aff. C-258/98, *Rec.*, 2000, p. I-4217.

<sup>849</sup> C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Firma ambulanz Glökner et Landkreis Südwestpfalz*, aff. C-475/99, *Rec.*, 2001, p. I-8089, concl. av. gén. JACOBS.

<sup>850</sup> Pour d'autres exemples, voy. N. THIRION, *op. cit.*, spéc. p. 298, et concl. av. gén. LÉGER précédant C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, *op. cit.*, pt 163.

<sup>851</sup> En ce sens, voy. K. LENAERTS, *op. cit.*, spéc. p. 430.

<sup>852</sup> C.J.C.E., 22 novembre 2001, *Ferring*, aff. C-53/00, *Rec.*, 2001, p. I-9067, concl. av. gén. TIZZANO.

<sup>853</sup> En ce sens, voy. K. LENAERTS, *op. cit.*, spéc. p. 430.

<sup>854</sup> Comme des clauses d'achat exclusif (C.J.C.E., 27 avril 1994, *Almelo*, aff. C-393/92, *op. cit.*).

<sup>855</sup> C.J.C.E., 17 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *op. cit.*

<sup>856</sup> C.J.C.E., 22 novembre 2001, *Ferring*, aff. C-53/00, *op. cit.*

<sup>857</sup> Si la subvention ne se limite pas à compenser les surcoûts que l'entreprise supporte pour l'accomplissement des obligations de services d'intérêt économique général, elle pourra être qualifiée d'aide d'État (C.J.C.E., 22 novembre 2001, *Ferring*, aff. C-53/00, *op. cit.* ; voy. encore la Dir. 2000/52/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, J.O.C.E., L 193 du 29 juillet 2000, p. 75, qui fait office d'instrument de contrôle et de système de comptabilité analytique).

Pour que l'article 106 s'applique, encore faut-il que l'entreprise ait été « chargée » de la gestion d'un service d'intérêt économique général par un acte de la puissance publique<sup>858</sup>. Dans un premier temps, il fut jugé que le seul exercice d'une activité réglementée par l'État ne suffisait pas<sup>859</sup>. Ultérieurement, la Cour a précisé que l'« acte de puissance publique » ne devait pas nécessairement revêtir la forme d'un acte législatif ou réglementaire<sup>860</sup>, une simple « concession de droit public » suffisant<sup>861</sup>. Cependant, la Cour a admis que le seul fait, pour un pouvoir public, de rendre obligatoire l'affiliation à un fonds sectoriel de pensions, créé par des partenaires sociaux, était suffisant pour considérer que ce fonds était une entreprise chargée de la gestion d'un service au sens de l'article 90 précité<sup>862</sup>.

## B. Les aides d'Etat et le financement des SIEG

### 161. Présentation

Le Traité CE organise un contrôle par la Commission européenne des aides octroyées par les pouvoirs publics<sup>863</sup>. Les aides octroyées par les pouvoirs publics interfèrent avec une certaine conception de la concurrence, notamment parce qu'elles avantagent leurs bénéficiaires par rapport à leurs concurrents. Le Traité CE reconnaît cependant la compatibilité de plein droit de certaines aides et la compétence de la Commission pour déclarer certaines aides compatibles avec le marché intérieur. Alors que le Traité CE prohibe les ententes et abus de position dominante, les dispositions relatives aux aides d'État sont plus nuancées, voire plus souples<sup>864</sup>.

Les aides d'État constituent une matière particulièrement sensible. D'une part, pour les États membres, dans la mesure où elles constituent un des principaux instruments des politiques économiques nationales<sup>865</sup> et, d'autre part, parce que les aides publiques posent une série de problèmes économiques pour lesquels les outils d'analyse économique semblent faire l'objet de nombreuses controverses au sein de cette discipline<sup>866</sup>. Il s'agit dès lors de trouver un équilibre entre, d'une part, les exigences d'une économie de marché ouverte dans laquelle la concurrence

<sup>858</sup> C.J.C.E., 21 mars 1974, *BRT II*, aff. 127/73, *op. cit.*, pt 20 ; C.J.C.E., 11 avril 1989, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, aff. C-66/86, *op. cit.*, pt 55).

<sup>859</sup> C.J.C.E., 14 juillet 1981, *Züchner*, aff. 172/80, *Rec.*, 1981, p. 2021.

<sup>860</sup> C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c/ République française*, aff. C-159/94, *Rec.*, 1997, p. I-5815, pt 66.

<sup>861</sup> C.J.C.E., 27 avril 1994, *Almelo*, aff. C-393/92, *op. cit.* ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c/ République française*, aff. C-159/94, *op. cit.*

<sup>862</sup> C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *op. cit.*

<sup>863</sup> L'expression doit être, en cette matière comme dans tout le droit communautaire, interprétée très largement.

<sup>864</sup> Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, « Délimitation des contours de la notion d'aide d'État en droit communautaire », in *Les aides d'État en droit national et en droit communautaire*, colloque C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 3-59, spéc. p. 11.

<sup>865</sup> M. DONY, *Droit de la Communauté et de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. p. 182.

<sup>866</sup> D. GÉRADIN, *op. cit.*, spéc. pp. 200-206 ; certains problèmes renvoient aux notions d'échecs de marchés et d'externalités (*supra*, chap. 1 ; Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, *op. cit.*, spéc. p. 10).

n'est pas faussée et, d'autre part, les interventions des États en vue de corriger certaines défaillances du marché<sup>867</sup>.

En droit communautaire, les aides d'État affectent clairement de nombreuses politiques publiques et se greffent sur un autre sujet particulièrement sensible : le financement, par les États membres, des services d'intérêt général<sup>868</sup>, publics et autres services à la collectivité, et de leurs entreprises publiques (au sens organique).

## 162. La notion

Sur le plan économique, « les aides sont des transferts, c'est-à-dire des revenus attribués à des personnes ou groupements, qui ne constituent pas le paiement d'un service ou d'un produit »<sup>869</sup>. Elles modifient la répartition du produit national sans l'affecter en tant que tel. Si le Traité CE n'a pas défini la notion d'aide d'État, le droit communautaire a construit une définition particulièrement large de celle-ci<sup>870</sup>. Il s'agit d'un avantage accordé, directement ou indirectement<sup>871</sup>, à certaines entreprises ou certaines productions, à l'aide de ressources d'origine étatique, qui affecte ou est susceptible d'affecter la concurrence et les échanges entre États.

La notion d'avantage fait l'objet d'une approche économique et pragmatique par la Cour de justice et la Commission européenne. Elles s'attachent, dans chaque cas d'espèce, à apprécier si le bénéficiaire se trouve dans une position plus avantageuse. L'interprétation est résolument finaliste et passe par une analyse des effets des mesures, afin de s'assurer que la concurrence n'est pas faussée. Une approche globale de la mesure est réalisée. La mesure n'est pas nécessairement unilatérale. Lorsque des obligations sont réciproques, les instances communautaires vérifient l'existence d'un déséquilibre qui traduit un avantage<sup>872</sup>.

La forme de l'aide importe peu : subventions, garanties, renonciation à percevoir des recettes, transactions à prix anormal, etc. Le support juridique est tout aussi indifférent<sup>873</sup>.

La condition de spécificité ou de sélectivité est importante, quoique délicate à concrétiser parfois<sup>874</sup> : l'avantage doit être octroyé à une entreprise ou production

<sup>867</sup> Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, *op. cit.*, spéc. p. 11.

<sup>868</sup> L'art. 86 du Traité CE sera examiné plus en détail dans le § 4 de la présente section.

<sup>869</sup> Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, *op. cit.*, spéc. p. 5.

<sup>870</sup> A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, *op. cit.*, spéc. p. 78.

<sup>871</sup> Cela signifie que les qualités de bénéficiaire et de destinataire de l'aide ne coïncident pas nécessairement (dans le même sens : Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, *op. cit.*, spéc. p. 15).

<sup>872</sup> J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, spéc. p. 19.

<sup>873</sup> M. WAELEBROECK et A. FRIGNANI, *Concurrence*, coll. Commentaire MEGRET : le droit de Communauté économique européenne, vol. 4, Bruxelles, éd. U.L.B., 1987, mis en avant par Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, *op. cit.*, spéc. p. 15 ; voy. cependant *infra*, § 3, la discussion sur les relations entre les marchés publics et les aides d'État.

<sup>874</sup> Les opérations « Maribel » constituent un exemple de la difficulté ; voy. not. sur le sujet, Avis n° 175/1 de la Commission des normes comptables relatif au traitement dans les comptes arrêtés pour l'exercice 1996 des aides Maribel *bis* et *ter* octroyées pour les exercices 1994, 1995 et 1996, C & FP, 1997/4, pp. 5-9 ; D. WIJNS, « Gegeven is gegeven.

déterminée. Les mesures générales relèvent d'autres dispositions du Traité CE<sup>875</sup>. Sous l'impulsion de la Cour de justice, la Commission a retenu le critère de dérogation afin de distinguer les mesures qui visent le développement général, et qui par conséquent ne peuvent être considérées comme des aides, de celles qui sont spécifiques et qui bénéficient à des bénéficiaires identifiables<sup>876</sup>.

L'origine étatique de l'aide est comprise tout aussi largement que la notion d'avantage<sup>877</sup>. Elle suppose que l'aide soit accordée par l'État<sup>878</sup> au moyen de ses propres ressources<sup>879</sup>. En pratique, les deux conditions sont appréciées globalement et de manière systémique. Elles font l'objet d'une approche économique : la mesure doit être supportée, directement ou indirectement, par le budget public, quelle qu'en soit la forme<sup>880</sup> (manque à gagner, renonciation à percevoir des recettes fiscales, allocations directes de fonds publics, ...) <sup>881</sup>. Une évolution récente suscite un vif débat en doctrine. En effet, les instances communautaires ont admis que cette condition est remplie lorsqu'une entité publique met à disposition des fonds d'origine privée (un établissement de crédit gère les dépôts d'épargnants)<sup>882</sup>. Cette interprétation large a été vivement critiquée par la doctrine<sup>883</sup>.

La condition d'affectation de la concurrence<sup>884</sup> est interprétée très largement par les instances communautaires et semble presque inhérente à la notion d'avantage<sup>885</sup>. Toutefois, la concurrence peut être affectée de deux manières : soit dans les coûts de production (et donc, *in fine*, le prix de vente final), soit dans les relations entre concurrents, ce qui suppose que la concurrence existe et qu'un

---

De Maribelvermindering of hoe de Europese concurrentieregels toepassen op RSZ-bijdragenverminderingen », *Kijk Uit*, 2000/2, pp. 2-4 ; A. SADZOT, « Les mesures de soutien à l'emploi : le cas Maribel » in *Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 141-163.

<sup>875</sup> M. DONY, *Droit de la Communauté et de l'Union européenne*, op. cit., spéc. p. 181 ; notons cependant que certaines mesures à portée générale peuvent constituer des aides si elles favorisent des produits ou services nationaux (pour un ex. : C.J.C.E., 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. 6/69 et 11/69, *Rec.*, 1969, p. 523).

<sup>876</sup> 16<sup>me</sup> *Rapport de la concurrence de la Commission européenne*, cité par Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, op. cit., spéc. p. 18.

<sup>877</sup> M. DONY, « La notion d'aide d'État », *C.D.E.*, 1994, pp. 399-416, spéc. p. 401.

<sup>878</sup> En droit communautaire général, la notion d'État reçoit une interprétation largement fonctionnelle.

<sup>879</sup> Art. 87 (ex-art. 92) du Traité CE.

<sup>880</sup> Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, op. cit., spéc. p. 25.

<sup>881</sup> Pour plus d'exemples, voy. J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, op. cit., spéc. pp. 111-119 ; G. KARYDIS, « Le principe de l'opérateur économique privé », *R.T.D.E.*, 2003, pp. 389-413, spéc. p. 389 ; pour une illustration où cette condition n'a pas été considérée comme remplie par la Cour de justice, voy. C.J.C.E., 13 mars 1991, *Preussenelektra*, aff. C-379/89, *Rec.*, 1991, p. I-2099 ; sur cet arrêt, voy. O. SEGNA, « Environnement et marché intérieur de l'électricité. L'arrêt *Preussenelektra* », *C.D.E.*, 2002, pp. 131-159.

<sup>882</sup> Déc. n° 94/662/CE de la Commission, du 27 juillet 1994, concernant la souscription de CDC-Participations à des émissions obligataires d'Air-France, *J.O.C.E.*, L 258 du 6 octobre 1994, p. 26 et s. ; T.P.I.C.E., 12 décembre 1996, *Air France c/ Commission européenne*, aff. T-358/94, *Rec.*, 1996, p. II-2109.

<sup>883</sup> Souligné par A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, op. cit., spéc. p. 78.

<sup>884</sup> Art. 87 (ex-art. 92) du Traité CE.

<sup>885</sup> J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, op. cit., spéc. p. 120 ; Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, op. cit., spéc. p. 26.

marché pertinent soit par conséquent déterminé. Une nouvelle fois, des outils d'analyse économiques sont très largement utilisés par les instances communautaires.

L'affectation de la concurrence n'est, au terme de cette analyse, pas toujours établie. Ainsi, des mesures qui visent à développer des infrastructures dans la poursuite d'un intérêt général, pour autant que ces dernières soient accessibles sans discrimination à tous les usagers, ne sont pas considérées comme des aides d'État<sup>886</sup>.

L'aide doit, en outre, affecter les échanges entre États membres<sup>887</sup>. Si la condition semble transversale et avoir été insérée dans le Traité CE pour limiter le champ d'action des instances communautaires à ce qui est nécessaire pour la réalisation du marché intérieur, elle est interprétée, ici comme ailleurs, largement par ces dernières. Au demeurant, certains marchés étant restés cloisonnés, les aides peuvent renforcer ces cloisonnements, raison qui a guidé la Commission européenne à élargir son intervention<sup>888</sup>.

### 163. Nuances

La présence d'une aide au sens de l'article 87, § 1, du Traité CE suppose des vérifications complémentaires. Elle peut encore rentrer dans les exceptions prévues par les §§ 2 et 3 de l'article 87 du Traité CE.

L'article 87, § 2, du Traité CE précise les aides compatibles avec le marché commun. La Commission n'est pas compétente pour apprécier l'opportunité des dérogations prévues par cette disposition<sup>889</sup>, mais seulement pour apprécier si les conditions d'application sont remplies<sup>890</sup>. Sont de plein droit compatibles avec le marché intérieur : les aides à caractère social accordées aux consommateurs individuels, à condition que celles-ci le soient sans discrimination liée à l'origine des produits ; les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou d'autres événements extraordinaires ; les aides aux régions allemandes affectées par la division de l'Allemagne.

L'article 87, § 3, du Traité CE précise les aides qui peuvent être déclarées compatibles avec le marché commun et pour lesquelles la Commission dispose d'un large pouvoir discrétionnaire. Cette disposition vise : les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi ; les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ; les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ; les aides destinées à

<sup>886</sup> J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, spéc. p. 122.

<sup>887</sup> Art. 87 (ex-art. 92) du Traité CE.

<sup>888</sup> Le marché de l'audiovisuel cloisonné en raison d'obstacles naturels, de la langue et de la culture (sur la notion, voy. *supra*, titre II, chap. 1), décision relative à la Société française de production du 2 octobre 1996, *J.O.C.E.*, L 95 du 10 avril 1997, spéc. p. 19, pt VIII.

<sup>889</sup> D. GÉRADIN, *op. cit.*, spéc. p. 206.

<sup>890</sup> Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, *op. cit.*, spéc. p. 47.

promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun<sup>891</sup> ; les aides reprises dans des catégories d'aides déterminées par le Conseil<sup>892</sup>.

En outre, l'article 89 du Traité CE autorise le Conseil à adopter tous règlements utiles en vue de l'application des articles 87 et 88 du Traité CE. Sur cette base, le Conseil a adopté un règlement habilitant la Commission à exempter certaines catégories d'aides d'État. Sur base de cette habilitation, la Commission a adopté divers règlements d'exemption, notamment pour les aides dites *de minimis*, les aides en faveur de petites et moyennes entreprises, les aides en matière de recherche et développement, les aides en matière d'emploi, les aides de formation et les aides respectant la charte approuvée par la Commission pour chaque État membre pour l'octroi d'aides à finalité régionale<sup>893</sup>.

#### 164. Politiques publiques et aides d'Etat

La définition très extensive d'aide d'État permet aux instances communautaires de contrôler de nombreuses interventions étatiques dans le champ économique. L'ensemble des politiques publiques est susceptible d'être examiné par la Commission européenne au travers de ses compétences en matière d'aides d'État. Les interactions entre la notion d'aides d'État et l'État dans ses fonctions de *propriétaire*, *d'investisseur* ou de *sauveur* sont bien connues. Récemment, la délicate question des compensations des obligations de service public a fait l'objet de plusieurs arrêts importants. Fondamentalement, pour échapper au contrôle de la Commission dans le cadre des aides d'État<sup>894</sup>, les pouvoirs publics doivent se comporter comme des *opérateurs économiques privés*<sup>895</sup>. Ce standard peut heurter les publicistes, habitués à justifier l'action des pouvoirs publics par l'intérêt général. Le droit communautaire ne prohibe pas à proprement parler la poursuite de l'intérêt général ou des considérations autres qu'économiques, mais il institue une série de mesures afin de contrôler, d'une manière ou d'une autre, leur impact sur la concurrence<sup>896</sup>. La Cour de justice s'est prononcée clairement en ce sens.

<sup>891</sup> Voy. not. T.P.I.C.E., 18 septembre 1995, *Société internationale de diffusion et d'édition c/ Commission*, aff. T-49/93, *Rec.*, 1995, p. II-2501 et s., spéc. pts 61-65.

<sup>892</sup> M. DONY, *Droit de la Communauté et de l'Union européenne*, op. cit., spéc. p. 183.

<sup>893</sup> *Ibid.*

<sup>894</sup> Pour autant que l'obligation de notification s'applique.

<sup>895</sup> G. KARYDIS, op. cit., spéc. p. 38 ; pour une critique radicale du standard, M. PARISCH, « On the Private investor principle », *E.L.R.*, 2003, pp. 70-89. Le standard est pour le moins sujet à interprétation et peut donner lieu à des applications *imprévisibles*, inacceptables en tant que telles dans un État de droit. Il constitue une version idéalisée du comportement humain, démentie par de nombreuses données empiriques et scientifiques : les bulles spéculatives pour l'observateur non initié ne peuvent s'expliquer que par une rationalité très limitée des acteurs économiques (sur les limites de la rationalité humaine dans le cadre des transactions économiques, voy. *supra*, chap. 1 ; voy. égal. C. KINDLEBERGER, *Histoire mondiale de la spéculation financière (Manias, Panics and Crashes)*, 4<sup>e</sup> éd., traduit de l'américain par P.-A. ULLMO et G. RUSSELL, Hedaye, Valor, 2004).

<sup>896</sup> La mesure ayant été qualifiée d'aide, elle ne serait pas pour autant nécessairement considérée comme incompatible.

Elle a précisé que la qualification d'une mesure étatique au regard de l'article 92 (actuel art. 87) du Traité CE doit être fondée sur ses effets sur la concurrence, dans la mesure où cette disposition ne distingue pas selon les causes et objectifs des interventions visées, mais les définit en fonction de leurs effets<sup>897</sup>. Le principe de l'opérateur économique privé n'est pas dépourvu d'une certaine connotation idéologique. Il implique, d'une part, que l'État doit se comporter selon le même mode opératoire qu'une société privée<sup>898</sup> et, d'autre part, que les actions de l'État soient considérées par rapport au *fonctionnement du marché*. En outre, le standard de l'opérateur privé peut parfois générer des discriminations vis-à-vis des entreprises publiques par rapport aux entreprises privées<sup>899</sup>, les unes et les autres restant dans des situations parfois difficilement comparables<sup>900</sup>.

**L'État propriétaire** doit tenir compte du droit des aides d'Etats. Des transactions à prix anormal sont parfois qualifiées d'aides d'État. Sont susceptibles d'être rangées dans cette catégorie, des ventes à prix trop réduit, la fourniture d'un service et la mise à disposition d'infrastructures ou d'informations à des conditions qui ne reflètent pas les coûts réels<sup>901</sup>. La démarche suppose parfois de comparer le prix demandé ou payé à un prix *normal*. Il importe de se réserver les preuves des démarches réalisées pour vendre un bien ou du contexte particulier de la vente afin de justifier d'éventuels écarts de prix<sup>902</sup>.

L'organisation de procédure de mise en concurrence (ou d'une technique d'enchère) a parfois suffi pour sortir de la difficulté de cette démonstration, mais ne constitue pas une garantie en tant que telle. Certaines transactions font l'objet d'une attention particulière de la Commission européenne<sup>903</sup>.

Les opérations d'aliénation d'actifs de grande ampleur, telles les privatisations, ont très tôt fait l'objet des attentions de la Commission européenne. Elle a souligné que la mise en vente dans le cadre d'une procédure ouverte, transparente, organisée selon des critères non discriminatoires, était un outil précieux afin d'exclure une éventuelle application de l'article 87 du Traité CE<sup>904</sup>. La Cour de

<sup>897</sup> Voy. not. C.J.C.E., 10 juillet 1986, *Belgique c/ Commission*, aff. 40/85, *Rec.*, 1986, p. 2263.

<sup>898</sup> Souligné égal. par M. PARISCH, *op. cit.*, spéc. p. 88.

<sup>899</sup> L'État est sanctionné là où un actionnaire privé ne l'est pas lorsqu'il investit dans des entreprises déficitaires pour des raisons stratégiques (image de marque, redéploiement d'activités) (voy., en ce sens, M. DEBENE, *op. cit.*, spéc. p. 245).

<sup>900</sup> Dans le même sens : A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, *op. cit.*, spéc. p. 84 ; A. VERHOEVEN, « Privatisation and EC Law : is the European Commission 'neutral' with respect to public versus private ownership of companies ? », *I.C.L.Q.*, 1996, p. 861 et s., spéc. pp. 868-870.

<sup>901</sup> J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, spéc. p. 59.

<sup>902</sup> Tentative infructueuse de vente ou vente dans le cadre d'une faillite.

<sup>903</sup> Par ex. les transactions immobilières (communication de la Commission sur les éléments d'aides d'État contenues dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, *J.O.C.E.*, C 209 du 10 juillet 1997, p. 3 ; voy. égal. les réf. citées par J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, spéc. p. 62, notes 191 à 193).

<sup>904</sup> Voy. le 21<sup>e</sup> *Rapport sur la politique de la concurrence de 1991*, § 248 ; le 22<sup>e</sup> *Rapport sur la politique de la concurrence de 1992*, § 464 ; le 23<sup>e</sup> *Rapport sur la politique de la concurrence de 1993*, § 403.



justice a approuvé cette solution, tout en précisant que la procédure n'excluait pas *ipso facto* tout risque de qualification d'aide<sup>905</sup>.

**L'État sauveur**<sup>906</sup> est contrarié par le droit des aides d'Etat. Les interventions des pouvoirs publics qui ont pour objectif de soutenir des entreprises en difficulté n'échappent pas au droit communautaire des aides d'Etat. Sans surprise d'ailleurs, puisque dans la *logique de marché*, ces dernières sont censées disparaître. Les perspectives communautaire et nationale trouvent, dans cette question, un nouveau terrain de tension, les préoccupations sociales et stratégiques des États membres les conduisant à soutenir certaines entreprises en difficulté. La qualification d'aide d'Etat n'est guère influencée par la situation particulière des entreprises. Néanmoins, la Commission a quelque peu précisé la manière dont elle apprécie les conditions de la dérogation ouverte par l'article 87, § 3 (ex-art. 92, § 3) du Traité CE<sup>907</sup>. Cet article considère comme compatibles avec le marché commun, les aides d'Etat destinées « à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques ». Les lignes directrices s'appliquent à toute entreprise en difficulté, y compris les petites et moyennes entreprises, et à tout secteur, y compris l'agriculture. Après avoir défini les entreprises en difficulté<sup>908</sup>, la Commission a précisé que l'aide au sauvetage devait être suivie par une restructuration réaliste, qui tend à assurer la viabilité à long terme de l'entreprise. Nécessairement limitées dans le temps, les aides au sauvetage ne peuvent tendre au maintien d'un *statu quo* et doivent remplir une série de conditions<sup>909</sup>. Les aides à la restructuration ne peuvent être accordées qu'une seule fois et sont strictement encadrées par la Commission.

L'appréciation des conditions par la Commission européenne soulève des problèmes récurrents en droit de la concurrence. Les analyses économiques et financières sont délicates. L'évaluation des chances d'un plan de restructuration et de l'impact de l'aide sur la concurrence est particulièrement difficile à apprécier<sup>910</sup>.

**L'État investisseur**<sup>911</sup> doit composer avec les contraintes du droit des aides d'Etat. L'État peut parfois acquérir des participations en capital. La plupart des États membres ont mis en place des sociétés publiques qui ont pour mission de favoriser « la création, la réorganisation ou l'expansion économique d'entreprises

<sup>905</sup> A. BARTOSCH, « The Relationship between Public Procurement and State Aid Surveillance- The Toughest Standard Applies ? », *C.M.L.Rev.*, 2002, pp. 551-576, spéc. p. 554.

<sup>906</sup> L. IDOT, « Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire », *R.T.D.E.*, 1998, pp. 295-315.

<sup>907</sup> Communication de la Commission - Lignes directrices communautaires pour les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, *J.O.C.E.*, C 288 du 9 octobre 1999, p. 2 et s.

<sup>908</sup> Soit « les entreprises incapables, avec leurs propres ressources et en l'absence d'une intervention extérieure des pouvoirs publics, d'échapper à une mort économique quasi certaine à court ou moyen terme ».

<sup>909</sup> Être accompagnées de garanties de crédits ou de crédits, remboursées dans les douze mois qui suivent le dernier versement, justifiées et ne pas avoir d'effets graves sur le marché des autres États membres, accompagnées, lors de la notification, d'un plan de restructuration/de liquidation ou d'une autre preuve que le prêt a été intégralement remboursé, et limitées à ce qui est nécessaire à l'entreprise pour la période autorisée.

<sup>910</sup> L. IDOT, « Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 305.

<sup>911</sup> Voy. égal. G. KARYDIS, *op. cit.*, spéc. pp. 400-404.

industrielles ou commerciales par la voie de participation au capital »<sup>912</sup>, lors de la création de l'entreprise ou ultérieurement.

Les participations au capital des pouvoirs publics dans les entreprises sont ainsi appréciées à l'aune du standard de *l'investisseur privé en économie de marché*<sup>913</sup>, opérant une synthèse parfois imparfaite<sup>914</sup> entre, d'une part, le principe de neutralité du Traité CE sur le régime de la propriété des États membres<sup>915</sup> et, d'autre part, les contraintes de la concurrence.

Constitue ainsi une aide prohibée, la prise de participation dans le capital d'une entreprise faite par un pouvoir public dans des conditions qui n'auraient pas été acceptées par une entreprise privée *agissant dans des conditions normales d'une économie de marché*. La démonstration du comportement normal d'un investisseur dans une économie de marché est, par définition, un exercice qu'il est difficile de résumer. Une approche au cas par cas est privilégiée, mais elle suppose souvent une analyse de la rentabilité attendue de l'investissement et des comportements d'opérateurs privés dans la même opération. Les pouvoirs publics doivent soit se comporter comme des propriétaires rationnels lorsqu'ils investissent, soit subir les contraintes du droit communautaire des aides d'État. En d'autres termes, l'application du standard prohibe une intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise qui serait uniquement justifiée par la volonté de la sauver. Mais la pratique de la Commission et de la Cour de justice intègre, dans l'application du standard, des actions menées dans le cadre d'une stratégie à long terme et qui peuvent impliquer une rentabilité lointaine de l'investissement réalisé<sup>916</sup>.

À l'opposé de cette approche, la Commission européenne a parfois subordonné sa décision concluant à l'absence d'aide d'État à l'engagement de l'État de privatiser l'entreprise dans un certain délai, en étant pour cela critiquée par la doctrine, qui souligne que la condition posée heurte les dispositions de l'article 295 (ex-art. 222) du Traité CE<sup>917</sup>. Elle a étendu son contrôle aux aides octroyées par les sociétés publiques d'investissement avec leurs fonds propres, suscitant la même critique sous l'angle du non-respect des principes de neutralité<sup>918</sup> et de l'égalité de traitement entre, d'une part, les entreprises publiques et, d'autre part, les entreprises privées.

Dans le cadre d'opérations d'aliénation d'actifs, l'organisation de procédures de mise en vente ouvertes (appels d'offres inconditionnels au plus offrant – soit des enchères –, sur base de conditions non discriminatoires et transparentes) permet parfois d'échapper à la qualification d'aides d'État<sup>919</sup>. Une autre solution consiste à

<sup>912</sup> M. DONY, « Les prises de participation effectuées par les sociétés publiques d'investissement », in *Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 129-139.

<sup>913</sup> Ph.-E. PARTSCH et M. WATHELET, *op. cit.*, spéc. pp. 40-45.

<sup>914</sup> *Contra* : G. KARYDIS, *op. cit.*, spéc. p. 391.

<sup>915</sup> Art. 295 (ex-art. 222) du Traité CE.

<sup>916</sup> Voy. not. T.P.I.C.E., 12 décembre 2000, *Alitalia c/ Commission*, aff. T-296/97, *Rec.*, 2000, p. II-3875.

<sup>917</sup> J.-P. KEPPELLE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, spéc. p. 63.

<sup>918</sup> M. DONY, « Les prises de participation effectuées par les sociétés publiques d'investissement », *op. cit.*, spéc. p. 137.

<sup>919</sup> 23<sup>e</sup> *Rapport de la politique de la concurrence 1993*, § 402 ; pas toujours, puisque la vente peut s'accompagner de subventions à l'acheteur.

faire fixer le prix par des experts indépendants<sup>920</sup>. Si les méthodes d'évaluation des actifs sont bien connues des experts financiers, certains de leurs paramètres restent subjectifs et aléatoires.

**Les relations entre les entreprises publiques et leurs filiales** sont affectées par le droit des aides d'État. Les relations se nouant entre, d'une part, des entreprises publiques et, d'autre part, leurs filiales n'échappent pas au standard du *comportement d'une entreprise dans des conditions normales de marché*.

Dans un premier temps, la fourniture d'un service d'assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la concurrence, a été considérée comme susceptible de constituer une aide d'État, si la rémunération perçue en contrepartie était inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché<sup>921</sup>. L'appréciation supposait une analyse économique qui tienne compte de tous les facteurs qu'une entreprise agissant dans des conditions normales de marché aurait dû prendre en considération lors de la fixation de la rémunération pour les services fournis<sup>922</sup>.

Une évolution sensible se dessine avec l'arrêt *Chronopost*<sup>923</sup>. L'examen du sens à donner à l'expression *conditions normales de marché*, utilisée dans l'arrêt *SFEI* précité, constituait le cœur des débats dans cette affaire. L'affaire a fait l'objet d'un jugement du tribunal de première instance des Communautés européennes et d'un arrêt de la Cour de justice (rendu sur pourvoi).

Le tribunal a indiqué, au point 75 de l'arrêt attaqué, que la Commission aurait au moins dû vérifier que la contrepartie reçue par La Poste pour l'assistance logistique et commerciale fournie à une de ses filiales, était comparable à celle réclamée par une société financière privée ou un groupe privé d'entreprises n'opérant pas dans un secteur réservé.

La Cour de justice va se démarquer nettement de cette interprétation, en soulignant : « qu'une entreprise telle que La Poste se trouve dans une situation très différente de celle d'une entreprise privée agissant dans des conditions normales de marché ».

En effet, La Poste est chargée d'un service d'intérêt économique général<sup>924</sup> qui consiste, « en substance, dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires. À cette fin, La Poste a dû se doter ou a été dotée d'infrastructures et de moyens importants (le 'réseau postal') lui permettant de fournir le service postal de base à tous les usagers, y compris dans les zones à faible densité de population, dans lesquelles les tarifs ne couvraient pas les coûts générés par la fourniture du service en cause ».

<sup>920</sup> J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, op. cit., spéc. p. 65.

<sup>921</sup> C.J.C.E., 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, aff. C-39/94, *Rec.*, 1996, p. I-3547.

<sup>922</sup> *Ibid.*, pt 61.

<sup>923</sup> C.J.C.E., 3 juillet 2003, *Chronopost SA, La Poste et la République française c/ Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) et CRIE*, C-83/01, C-93/01 P et C-94/01 P, *Rec.*, 2003, p. I-6993.

<sup>924</sup> Au sens de l'ex-art. 90, § 2 (actuel art. 86, § 2) du Traité CE (voy. not. C.J.C.E., 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, 1993, p. I-2533, spéc. pt 15).

En raison des caractéristiques du service que le réseau de La Poste doit permettre d'assurer, « la constitution et le maintien de ce réseau ne répondent pas à une logique purement commerciale ». Un tel réseau n'est, à l'évidence, « pas un réseau de marché » et, partant, n'aurait jamais été constitué par une entreprise privée.

Compte tenu que la fourniture de l'assistance logistique et commerciale est indissociablement liée au réseau de La Poste, puisqu'elle consiste précisément dans la mise à disposition de ce réseau sans équivalent sur le marché, et en l'absence de toute possibilité de comparer la situation de La Poste avec celle d'un groupe privé d'entreprises n'opérant pas dans un secteur réservé, les *conditions normales de marché*, qui sont nécessairement hypothétiques, doivent s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles.

En l'occurrence, les coûts supportés par La Poste pour la fourniture à sa filiale d'une assistance logistique et commerciale peuvent constituer de tels éléments objectifs et vérifiables.

Les conclusions de la Cour de justice opèrent une précision sensible du standard de comparaison à appliquer et de la méthode de détermination de la contrepartie<sup>925</sup>.

165. *Financement des services d'intérêt économique général et aides d'Etat*

Les sommes allouées par les pouvoirs publics à des entreprises publiques ou privées en compensation des missions particulières<sup>926</sup> assumées par ces dernières sont-elles des aides d'État ?

L'approche en droit communautaire du financement des entreprises publiques (au sens organique) et des services d'intérêt économique général (sens matériel) par le biais des aides d'État doit être soulignée. En effet, celle-ci met l'accent sur la circonstance que ces activités ne constituent pas une activité de marché *normal*.

<sup>925</sup> Dans les pts 40 et 41, elle indique en effet que : « Sur cette base, l'existence d'une aide d'État en faveur de la SFMI-Chronopost peut être exclue si, d'une part, il est établi que la contrepartie exigée couvre dûment tous les coûts variables supplémentaires occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale, une contribution adéquate aux coûts fixes consécutifs à l'utilisation du réseau postal ainsi qu'une rémunération appropriée des capitaux propres dans la mesure où ils sont affectés à l'activité concurrentielle de la SFMI-Chronopost, et si, d'autre part, aucun indice ne donne à penser que ces éléments ont été sous-estimés ou fixés de manière arbitraire. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, le Tribunal a commis une erreur de droit en interprétant l'article 92, paragraphe 1, du traité en ce sens que la Commission ne pouvait pas apprécier l'existence d'une aide en faveur de la SFMI-Chronopost en se référant aux coûts supportés par La Poste, mais qu'elle aurait dû vérifier si la contrepartie reçue par La Poste 'était comparable à celle réclamée par une société financière privée ou un groupe privé d'entreprises, n'opérant pas dans un secteur réservé, poursuivant une politique structurelle, globale ou sectorielle et guidé par des perspectives à long terme' ».

<sup>926</sup> À la demande et en fonction des circonstances, avec une certaine protection des pouvoirs publics, l'expression étant choisie afin de ne pas renvoyer à des concepts juridiques tels que *service public*, *service universel* ou *autre activité d'intérêt général*, qui n'ont de sens que par rapport à un système juridique particulier.

Elles constituent en quelque sorte un contre-modèle. Le droit communautaire se serait, selon certains, distancié de l'approche américaine de la théorie de l'indemnisation, qui met l'accent sur la nécessité de fournir au gestionnaire des *public utilities* un retour raisonnable des investissements consentis, en plaçant le centre de gravité du raisonnement sur la propriété privée<sup>927</sup>. Le droit communautaire entretient, par contre, des rapports plus ambivalents avec la théorie de la rémunération<sup>928</sup>, qui consiste à honorer une prestation accomplie par une société privée dans le cadre soit d'un *marché public*, soit d'une *concession de service public*<sup>929</sup>. L'assimilation entre marché public et concession en droit communautaire n'est en effet que très partiellement réalisée<sup>930</sup>, même si les régimes juridiques qui leur sont réservés en droit communautaire tendent à se rapprocher<sup>931</sup>.

Les réponses des instances communautaires ont évolué sur la délicate question<sup>932</sup> du financement public des services d'intérêt économique général (ou des services publics, selon la qualification retenue par certains ordres juridiques).

**La Commission et des juridictions communautaires ont d'abord adopté des positions divergentes**<sup>933</sup>. Dans un premier temps, la Commission européenne a considéré que les sommes allouées à des entreprises en vue de compenser les obligations assumées par elles au titre d'obligations de *services publics* ne constituaient pas des aides d'État<sup>934</sup>. Elle mettait essentiellement en avant que ces sommes ne procuraient pas un avantage concurrentiel à ces entreprises<sup>935</sup>.

Elle ne fut pas suivie par le tribunal de première instance, qui a retenu une définition large de l'aide, débarrassée de toutes considérations liées aux objectifs poursuivis par le financement dans l'exercice de qualification<sup>936</sup>, dite notion d'aide

<sup>927</sup> D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *op. cit.*, spéc. p. 30.

<sup>928</sup> De laquelle se rapproche la théorie de la compensation.

<sup>929</sup> D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *op. cit.*, spéc. p. 31.

<sup>930</sup> Les concessions de travaux ont été intégrées dans le droit dérivé des marchés publics, et non les concessions de services publics (voy. *supra*, titre I, chap. 3 et 4).

<sup>931</sup> La jurisprudence de la Cour de justice sur les relations *in house*, dégagée au départ du droit dérivé des marchés publics, a été étendue aux concessions sur base du Traité CE (voy. *supra*, titre I, chap. 3 et 4) ; dans le même sens, les procédures de sélection des concessionnaires concurrents en matière de télécommunications et les appels d'offres organisés pour les lignes aériennes non rentables (D. TRIANTAFYLLOU, « Évolution de la notion de concession de service public », *R.M.C.*, 1997, p. 558 et s.).

<sup>932</sup> Les enjeux sont évidents pour les États membres et les services publics en général, organiques ou matériels (J.-P. KEPPELLE, « Les aides des collectivités territoriales aux entreprises gestionnaires de services d'intérêt économique général face au droit communautaire : synthèse et développements récents », *R.C.D.S.P.*, 2000, pp. 11-33, spéc. n° 11).

<sup>933</sup> V. KARAYANNIS, « Le service universel de télécommunications en droit communautaire : entre intervention publique et concurrence », *C.D.E.*, 2002, pp. 315-375, spéc. pp. 357-368.

<sup>934</sup> Elle s'oriente alors vers une notion d'aide nette (D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *op. cit.*, spéc. p. 32).

<sup>935</sup> Notamment, les décisions de la Commission des 21 février 1995 (La Poste) et 7 novembre 1996 (Radiotélévision Portugaise).

<sup>936</sup> Notamment : T.P.I.C.E., 27 février 1997, *FFSA e.a. c/ Commission*, aff. T-106/95, *Rec.*, 1997, p. II-229 ; T.P.I.C.E., 10 mai 2000, *SIC c/ Commission*, aff. T-46/97, *Rec.*, 2000, p. II-2125 et s., spéc. pt 56.

*brute*<sup>937</sup>. Le tribunal a considéré que l'intervention financière des pouvoirs publics, en ce qu'elle allégeait les coûts de l'entreprise, avait des effets sur la concurrence. Dans cette optique, le tribunal a déplacé son analyse sur la compatibilité de cette intervention financière au regard de l'article 86, § 2, du Traité CE, qui suppose une appréciation de sa nécessité au regard de la mission particulière assumée dans des conditions d'équilibre économique. La nécessité de l'aide sera analysée à l'aune d'une évaluation globale des conditions économiques dans lesquelles l'entreprise accomplit les activités particulières, sans tenir compte des bénéfices retirés d'activités économiques ouvertes à la concurrence que l'entreprise pourrait par ailleurs accomplir<sup>938</sup>.

Dans un deuxième temps, la Commission européenne s'est ralliée à l'interprétation du tribunal de première instance des Communautés européennes. Elle a considéré que la qualification d'aide pouvait être influencée par la manière dont elle était octroyée. Si la détermination des compensations s'est réalisée au terme d'une procédure de mise en concurrence (appel d'offres ouvert et inconditionnel), elle considère que la qualification d'aide d'État est exclue.

La Cour de justice se devait de clarifier cette question<sup>939</sup>. Elle le fit avec l'arrêt *Ferring*<sup>940</sup>. La qualification d'une exonération fiscale établie au bénéfice des grossistes répartiteurs, en compensation d'obligations de services publics dans le cadre de la politique française d'approvisionnement des officines en médicaments, était au cœur des débats.

La Cour de justice a analysé les deux circuits directement concurrents de distribution de médicaments existant en France : celui des grossistes répartiteurs et celui des laboratoires pharmaceutiques qui pratiquent la vente directe. Elle considère qu'il est établi que la taxe sur les ventes directes vise à rééquilibrer les conditions de concurrence entre les deux circuits de distribution des médicaments, puisque le législateur a imposé, aux seuls grossistes répartiteurs, des obligations de services publics. La Cour constate que la taxe a eu un effet sur la concurrence puisque, suite à son introduction, les grossistes répartiteurs ont récupéré des parts de marchés<sup>941</sup>. Dans ce contexte, la Cour de justice considère que l'exonération du paiement de la taxe constitue un avantage économique accordé au moyen de ressources publiques, en l'espèce le renoncement à percevoir la taxe ou l'exonération fiscale accordée. Compte tenu des caractéristiques des marchés pharmaceutiques, le renforcement de la position concurrentielle d'une catégorie d'entreprises influence les échanges intracommunautaires. La conclusion de la Cour de justice est ferme : « abstraction faite des obligations de service public prévues par le législateur français, la taxe sur les ventes directes, en tant qu'elle ne s'applique pas aux grossistes répartiteurs, est susceptible de constituer une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1 du traité »<sup>942</sup>.

<sup>937</sup> D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *op. cit.*, spéc. p. 32.

<sup>938</sup> Not. T.P.I.C.E., 27 février 1997, *FFSA c/ Commission*, aff. T-106/95, *op. cit.*

<sup>939</sup> Elle ne s'était, selon certains, jamais ralliée de manière explicite à la jurisprudence du tribunal (voy. concl. av. gén. A. TIZZANIO rendues dans l'aff. C-53/00, *Ferring SA c/ Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, *Rec.*, 2001, p. I-9067 et s., spéc. pt 59).

<sup>940</sup> C.J.C.E., 22 novembre 2001, *Ferring SA c/ Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, aff. C-53/00, *Rec.*, 2001, p. I-9067.

<sup>941</sup> Pt 19 de l'arrêt.

<sup>942</sup> Pt 22 de l'arrêt.

Ensuite, la Cour de justice répond à la question de savoir si la qualification d'aide d'État peut être exclue en raison des obligations spécifiques de service public imposées aux grossistes répartiteurs. Renvoyant à sa jurisprudence antérieure<sup>943</sup>, la Cour de justice précise que pour autant que la taxe sur les ventes directes imposées aux laboratoires corresponde aux surcoûts réellement supportés par les grossistes répartiteurs pour l'accomplissement de leurs obligations de services publics, le non-assujettissement à la taxe peut être regardé comme la contrepartie des prestations effectuées et, dès lors, ne constitue pas une aide d'État<sup>944</sup>. La stricte contrepartie annule *de facto* l'avantage.

L'exonération est ainsi lue comme, d'une part, un moyen de rétablir des conditions de concurrence comparables entre ceux qui en bénéficient et *les autres*, et, d'autre part, un prix représentant la contrepartie des prestations effectuées.

La Cour de justice précise encore que si la stricte contrepartie n'est pas démontrée, l'article 86, § 2, du Traité CE ne peut être invoqué utilement, car il ne couvre pas « un avantage fiscal dont bénéficient des entreprises chargées de la gestion d'un service public telles que celles en cause (...), dans la mesure où cet avantage excède les surcoûts du service public ».

Certains soutiennent qu'avec ce raisonnement, le test de l'article 86, § 2, du Traité CE semble devenir superflu<sup>945</sup>. Puisque la qualification d'aide d'État entraîne l'obligation de notification préalable au sens de l'article 88, § 3, du Traité CE<sup>946</sup>, il en résulte une simplification certaine pour les pouvoirs publics, pour autant que toutes les conséquences en soient tirées sur le plan méthodologique. Il s'agit d'être en mesure de démontrer la stricte compensation entre l'avantage accordé et les obligations de service public (ou service d'intérêt économique général). Dans cette perspective, les États membres et les pouvoirs publics doivent être en mesure de démontrer que les mesures financières viennent strictement compenser les obligations particulières assumées par l'entreprise.

Du fait de cet arrêt, la paix communautaire fut de courte durée. L'abandon de l'approche dite *aide d'État* au bénéfice de l'approche dite *compensation*<sup>947</sup> allait ranimer les flammes de la discorde présente au sein des instances communautaires. Cette approche *compensatoire* est fondée sur le principe que la compensation du service public doit être regardée comme un prix du service rendu<sup>948</sup> et concrétise l'application du standard de l'opérateur privé en économie de marché<sup>949</sup>.

<sup>943</sup> C.J.C.E., 7 février 1985, *ADBHU*, aff. 240/83, *Rec.*, 1985, p. 531, spéc. pt 18.

<sup>944</sup> Pt 27 de l'arrêt.

<sup>945</sup> Dans ce sens, voy. G. KARYDIS, *op. cit.*, spéc. p. 398 ; D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *op. cit.*, p. 21 et s.

<sup>946</sup> Comme le souligne fort opportunément l'av. gén. A. TIZZANO (concl. rendues dans l'aff. C-53/00, *Ferring*, *op. cit.*, pt 31).

<sup>947</sup> Expression utilisée par l'av. gén. JACOBS dans ses concl. présentées le 30 avril 2002 dans l'aff. C-126/01, *GEMO SA*, <http://www.europa.eu.int/cj>.

<sup>948</sup> M. MEROLA et C. MEDINA, « De l'arrêt FERRING à l'arrêt ALTMARK : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », *C.D.E.*, 2003, pp. 639-694, spéc. p. 660 ; ce qui rapproche la technique de l'expression *marché public*.

<sup>949</sup> M. MEROLA et C. MEDINA, *op. cit.*, spéc. p. 664.

L'arrêt *Altmark*<sup>950</sup> a permis au débat de rebondir rapidement dans une affaire relative à un service public de transport local de personnes en Allemagne. Le cadre juridique du litige comprenait dès lors l'article 92 (actuel art. 87) du Traité CE et l'article 77 (actuel art. 73) du même Traité relatif aux aides qui peuvent être accordées dans le domaine des transports<sup>951</sup>, dans le cadre de la politique commune européenne dans cette matière<sup>952</sup>. La législation allemande avait prévu un système de licence pour le transport de personnes par véhicule en service régulier. Elle avait, en outre, distingué les transports exploités en autonomie financière de ceux exploités selon des *modalités de services publics*. Le législateur allemand avait prévu l'octroi de la licence pour les transports exploités en service public, sur base d'un acte d'autorité ou d'un contrat de service public, selon une procédure d'adjudication, conformément à la réglementation des marchés publics. Le litige s'est noué entre des sociétés concurrentes sur le marché des transports. Il était reproché aux autorités allemandes d'assortir de subventions les licences de transports exploités selon des modalités de service public. Plusieurs questions préjudicielles ont été posées à la Cour de justice.

S'écartant, dans les points 65 et 66 de son arrêt, des conclusions de l'avocat général, la Cour de justice a considéré que le règlement (CEE) n° 1191/69 était susceptible de s'appliquer<sup>953</sup>. Subsidiairement, la Cour a examiné la question des subventions au regard de l'article 92 du Traité CE.

Par la première branche de la question préjudicielle, la juridiction de renvoi demandait en substance à la Cour de justice : « si des subventions visant à compenser le déficit d'un service public de transport urbain, suburbain ou régional, relèvent en toutes circonstances de l'article 92, paragraphe 1, du traité, ou si, eu égard à la nature locale ou régionale des services de transport fournis et, le cas

<sup>950</sup> C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00, *Rec.*, 2003, p. I-7747, avec concl. av. gén. Ph. LÉGER ; sur cet arrêt, voy. D. RITLÉNG et P. THIEFRY, « Le financement du service public face au droit communautaire », *A.J.D.A.*, 2004, pp. 1011-1024 ; M. MEROLA et C. MEDINA, *op. cit.* ; C. CABANES et P. PARTY, « Droit communautaire de la concurrence et aides d'État aux transports publics », *A.C.C.P.*, 2003, n° 20, pp. 52-58.

<sup>951</sup> Cet article dispose que « Sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public ».

<sup>952</sup> Art. 74 (ex-art. 78) du Traité CE et Règl. (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par routes et par voies navigables, *J.O.C.E.*, L 156 du 28 juin 1969, p. 1 et s., tel que mod. par le Règl. (CEE) n° 1893/91 du Conseil du 20 juin 1991, *J.O.C.E.*, L 169 du 29 juin 1991, p. 1 et s.

<sup>953</sup> Elle précisera que : « dans la mesure où la juridiction de renvoi juge que le principe de sécurité juridique n'a pas été respecté en l'espèce au principal, elle devra considérer que le règlement n° 1191/69 est pleinement applicable en Allemagne et qu'il vaut donc également pour le régime de l'autonomie financière. Dans une telle hypothèse, il conviendra de vérifier que les licences en cause au principal ont été octroyées en conformité avec ce règlement et, dans l'affirmative, de vérifier si les subventions en cause au principal ont été accordées conformément à celui-ci. Dès lors que lesdites licences et subventions ne répondraient pas aux conditions arrêtées par ledit règlement, la juridiction de renvoi devra conclure qu'elles ne sont pas compatibles avec le droit communautaire sans qu'il soit nécessaire de les examiner au regard des dispositions du traité. Dès lors, ce n'est que dans la mesure où la juridiction de renvoi parviendrait à la conclusion que le règlement n° 1191/69 ne s'applique pas au régime de l'autonomie financière, et que l'usage fait par le législateur allemand de la faculté de dérogation, prévue par ledit règlement, est conforme au principe de sécurité juridique, qu'elle devra examiner si les subventions en cause au principal ont été accordées en conformité avec les dispositions du traité relatives aux aides d'État ».



échéant, à l'importance du domaine d'activité concerné, de telles subventions ne sont pas de nature à affecter les échanges entre États membres ». La Cour de justice a estimé que le caractère local ou régional des services de transports ne permet pas d'exclure, *a priori*, une incidence sur le commerce entre États membres, d'autant plus que l'ouverture de services de transports à la concurrence a permis à des entreprises d'exécuter ce type de service dans d'autres États membres que celui de leur établissement.

La Cour de justice va ensuite se référer à la jurisprudence *ABDHU* et *Ferring*<sup>954</sup>, en réaffirmant que : « dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne tombe pas sous le coup de l'article 92, paragraphe 1, du traité ». Elle s'écarte donc clairement des conclusions de l'avocat général Léger, qui avait critiqué avec beaucoup de véhémence la solution de l'arrêt *Ferring*<sup>955</sup>, tout en précisant cette dernière de manière substantielle.

La Cour de justice ajoute, en effet, quatre conditions qui doivent être réunies dans un cas concret pour qu'une telle compensation puisse échapper à la qualification d'aide d'État<sup>956</sup>.

Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces dernières doivent être clairement définies<sup>957</sup>.

Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être *préalablement*<sup>958</sup> établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes<sup>959</sup>.

Troisièmement, la compensation peut dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des *coûts* occasionnés par l'exécution des obligations de service

---

<sup>954</sup> Déjà citée, alors que l'av. gén. Ph. LÉGER (concl. présentées le 19 mars 2002, *Rec.*, 2003, p. I-7747 et s.), invitait la Cour à s'écarter de sa jurisprudence, dans la mesure où celle-ci bouleversait l'économie du Traité, en rendant l'art. 86, § 2, totalement inutile (*ibid.*, pts 81 et 82), et privait la Commission européenne du contrôle des mesures de financement des services publics.

<sup>955</sup> Dans les secondes conclusions qui furent présentées le 14 janvier 2003.

<sup>956</sup> Pts 89 à 94 de l'arrêt.

<sup>957</sup> Cette condition suppose la vérification du contenu de la législation ou des licences.

<sup>958</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>959</sup> Dans cette perspective, « la compensation par un État membre des pertes subies par une entreprise sans que les paramètres d'une telle compensation aient été préalablement établis, lorsqu'il s'avère a posteriori que l'exploitation de certains services dans le cadre de l'exécution d'obligations de service public n'a pas été économiquement viable, constitue une intervention financière qui relève de la notion d'aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité ».

public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un *bénéfice raisonnable* pour l'exécution de ces obligations<sup>960</sup>.

Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public<sup>961</sup> permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité<sup>962</sup>, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport, afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

Dans la mesure où des subventions publiques accordées à des entreprises explicitement chargées d'obligations de service public, afin de compenser les coûts occasionnés par l'exécution de ces obligations, répondent à ces quatre conditions, elles ne sont pas considérées comme des aides d'État. À l'inverse, l'intervention étatique qui ne répond pas à une ou plusieurs desdites conditions devra être considérée comme une aide d'État.

L'arrêt *Altmark* constitue, sans nul doute, une « nouvelle approche compensatoire »<sup>963</sup> et un incitant indirect à confier l'exécution des services publics à des entreprises dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence.

**Les enjeux de la jurisprudence *Altmark* doivent être soulignés.** La Cour de justice a confirmé sa jurisprudence<sup>964</sup>. L'arrêt *Enirisorse* illustre la difficulté de démontrer rigoureusement la troisième condition posée par l'arrêt *Altmark*. De simples allégations ne suffisent pas pour démontrer que la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public. Une comptabilité analytique semble indispensable<sup>965</sup>.

M. Merola et C. Medina, reprenant la plupart des arguments avancés par l'avocat général Léger dans ses conclusions précédant l'arrêt *Altmark*, émettent des critiques relatives à l'approche compensatoire<sup>966</sup>. Elles se déclinent en trois thèmes. Le premier est la conception même de l'aide : s'agit-il d'une *approche brute* ou *nette* ? Le deuxième est la validité économique de la solution. Le

<sup>960</sup> Ceci afin de « garantir que n'est accordé à l'entreprise bénéficiaire aucun avantage qui fausse ou menace de fausser la concurrence en renforçant la position concurrentielle de cette entreprise ».

<sup>961</sup> La Cour de justice, en se référant aux marchés publics, ne nous semble pas pouvoir exclure par cela que d'autres figures juridiques (concessions) soient possibles. Il s'agit alors de généraliser la solution à toute forme d'attribution, au terme d'une procédure d'enchère qui présente certains caractéristiques que la Cour énonce.

<sup>962</sup> Cette formulation semble indiquer que ce choix en dehors du droit dérivé des marchés publics est possible, et donc licite.

<sup>963</sup> M. MEROLA et C. MEDINA, *op. cit.*, spéc. p. 662.

<sup>964</sup> C.J.C.E., 20 novembre 2003, *GEMO SA*, aff. C-126/01, <http://www.europa.eu.int/cj> ; C.J.C.E., 27 novembre 2003, *Enirisorse SpA*, aff. C-34/01 à C-38/01, <http://www.europa.eu.int/cj>.

<sup>965</sup> Elle est, au demeurant, indispensable à toute gestion rigoureuse.

<sup>966</sup> M. MEROLA et C. MEDINA, *op. cit.*, spéc. pp. 665-679.

troisième est l'interprétation de la logique du Traité CE. Les trois thèmes se rejoignent dans les détails de l'argumentation.

Dans le premier thème, M. Merola et C. Medina soulignent l'évolution dans l'interprétation de la notion d'*avantage*. La philosophie du droit communautaire des aides d'État serait de n'apprécier un aspect compensatoire que lors de l'examen de la compatibilité<sup>967</sup>. L'approche compensatoire supprime dès lors cet examen de compatibilité en méconnaissance de l'économie de l'article 87 du Traité CE. Il est vrai que la notion d'avantage net change radicalement le droit communautaire des aides d'État<sup>968</sup>. Selon nous, si l'évolution rencontre la difficulté récurrente générée par l'obligation de considérer une intervention publique avec le seul référent de l'économie de *marché*, parfois considérée pour l'exercice de manière trop réductrice, elle n'en reste pas moins contraire aux dispositions du Traité CE.

Dans le deuxième thème (la validité économique), M. Merola et C. Medina soulignent, s'appuyant sur l'analyse économique, la confusion opérée par l'approche compensatoire entre la qualification et la justification. Des économies indirectes liées à la stricte compensation (image, synergie, subvention croisée, bénéfice inhérent à la prestation<sup>969</sup>, etc.) ne sont pas prises en compte. Cela revient à souligner que l'avantage peut être présent lorsqu'il n'est pas certain que le marché aurait pu offrir spontanément le service et que les bénéfices indirects n'ont pas été quantifiés. Ce type de raisonnement induit naturellement la solution de l'organisation d'un appel d'offres, afin de vérifier si *le marché* n'est pas capable de répondre à la demande de service public<sup>970</sup>. La solution du *marché public* permettrait encore d'objectiver les coûts<sup>971</sup>. Selon nous, il reste à définir ce que signifie au juste, dans l'esprit des commentateurs, la volonté de vérifier que le marché offre spontanément une solution. À notre sens, cela ne peut signifier qu'un financement privé de l'activité en question<sup>972</sup>. Or, le lien tissé entre cette *offre spontanée du marché* et le marché public est à l'opposé de ce financement privé. En effet, dans un marché public, le service est financé par des fonds publics. Dans

<sup>967</sup> Dans cette logique, il est admis qu'une aide peut être octroyée en contrepartie d'un effort particulier demandé à son bénéficiaire, ce qui énerve la distinction entre marché public et aide, nous l'avons déjà souligné dans la première partie de cette recherche. La contrepartie offerte par le bénéficiaire est appréciée lors de l'examen de la compatibilité. Il s'agit même d'une condition à la compatibilité (voy. G. ROZET, « La notion d'aide d'État en question : un débat suscité par le financement public des SIEG », *G.D.P.*, 11-12 juillet 2003, n° 191-193). Ceci apparaît encore plus en matière de transport, puisque l'art. 73 du Traité CE le dit explicitement : les aides « qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public » sont compatibles avec le Traité.

<sup>968</sup> M. MEROLA et C. MEDINA, *op. cit.*, spéc. p. 669.

<sup>969</sup> Qui aurait pu être prestée sans compensation pour des raisons stratégiques.

<sup>970</sup> De nombreuses analyses économiques semblent donc converger sur la solution du *marché public* (P. NICOLAIDES, « Distortive effects of compensatory aid measures : a note on the economics of the FERRING judgment », *E.C.L.R.*, 2002, p. 313 et s., cité par M. MEROLA et C. MEDINA, *op. cit.*, spéc. p. 674).

<sup>971</sup> Solution admise par la jurisprudence *Altmark*. C'est une vue de l'esprit, car la solution dépend du régime de l'exécution des prestations qui font l'objet du marché, variable d'un État membre à l'autre. Au terme de la procédure de passation, les pouvoirs adjudicateurs ont un prix offert par une entreprise dans un cadre contractuel.

<sup>972</sup> Il ne s'agit pas d'une hypothèse purement académique ou excessivement théorique. Certains secteurs investis de longue date par les pouvoirs publics étaient ou sont devenus très rentables et pourraient être entièrement assumés par des entreprises privées (sous contrôle étroit des pouvoirs publics pour des raisons liées à l'intérêt général). Il en est ainsi, p. ex., de la gestion de certains déchets ou de certains services funéraires.

le troisième thème, M. Merola et C. Medina soulignent que l'approche compensatoire rend l'application de l'article 86, § 2, du Traité CE impossible.

Les enjeux politiques de cette discussion sont complexes dans le cadre de la construction européenne. Comme le soulignent très justement M. Merola et C. Medina, l'arrêt *Altmark* redistribue les compétences, affaiblissant celles de la Commission européenne dans le cadre de son contrôle *ex-ante* et accroissant celles des tribunaux nationaux dans le cadre d'un contrôle *ex-post*, sans cependant énerver le contrôle *ex-post* de la Commission<sup>973</sup>. Si le droit communautaire s'invente tous les jours et se commente longuement, il s'applique à des situations souvent anciennes. La jurisprudence *Altmark* plonge de nombreux dirigeants dans un abîme d'incertitude. Si l'argument est jugé superficiel par certains<sup>974</sup>, il semble devoir être rencontré de manière pragmatique afin d'éviter une situation chaotique dans certains États membres, même en considérant la force créatrice du chaos. Le véritable enjeu est l'emprise du droit communautaire sur la compétence des États membres pour organiser et naturellement financer les services d'intérêt économique général et leurs institutions publiques, non sur le principe, qui ne semble pas contestable, mais sur les modalités. La remise en question systématique des règles et la formulation confuse de principes, à défaut de consensus politique, sont une source d'inefficacité et d'insécurité juridique préjudiciable à tous. La crédibilité des institutions impliquées, celles des États membres et celles de la Communauté européenne, en est, nécessairement, affectée.

La Commission européenne, probablement sensible aux difficultés d'application des principes dégagés par la Cour de justice dans l'affaire *Altmark*, a été prompte à entamer divers projets en vue de clarifier les modalités des règles de concurrence dans le cadre des aides d'État sous forme de compensation, notamment d'obligation de services publics : encadrement des aides d'État sous forme de compensation de service public, projet de décision d'application des dispositions de l'article 86 du Traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général et projet de directive modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques. La Commission a présenté son approche dite *de minimis* et autres exemptions par secteur<sup>975</sup> au Parlement européen. Ce dernier a accueilli favorablement le principe de ces mesures, en excluant, *a priori*, toute exemption sans investigation approfondie de la situation de chaque État membre<sup>976</sup>. Elle a annoncé une future décision (sur base de l'art. 86, § 3, du Traité CE) et une proposition de directive pour assouplir les obligations des gouvernements nationaux quant à la notification des versements d'aides à certains opérateurs de services publics, afin de tirer les conséquences de l'arrêt *Altmark*<sup>977</sup>. La décision précisera les conditions à respecter pour que les compensations versées aux entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général soient

<sup>973</sup> M. MEROLA et C. MEDINA, *op. cit.*, spéc. p. 681.

<sup>974</sup> Notamment par M. MEROLA et C. MEDINA, *op. cit.*, spéc. p. 687.

<sup>975</sup> Transport maritime desservant les îles transportant moins de 100.000 passagers par an, hôpitaux publics, logement social.

<sup>976</sup> Le Parlement européen s'est montré, sur cette question, plus ultralibéral que la Commission, notamment sur le financement du logement social et des hôpitaux publics.

<sup>977</sup> « Aides d'État : la Commission assure une meilleure sécurité juridique pour le financement des services d'intérêt économique général », communiqué de presse IP/05/937 de la Commission européenne du 15 juillet 2005.

compatibles avec le droit des aides d'État et ne doivent pas être notifiées. Les compensations inférieures à 30 millions d'euros par an, pour autant que leurs bénéficiaires réalisent un chiffre d'affaires annuel inférieur à 100 millions d'euros, sont visées par la décision. Les hôpitaux, les sociétés de logement social et certaines liaisons maritimes et aériennes avec des îles ont été insérés dans le projet de décision.

### C. Les politiques de libéralisation ou les nouveaux modes de régulation des activités d'intérêt général

#### 166. Présentation

La notion d'intérêt général, aussi imprécise soit-elle dans la discipline juridique, est rassurante en ce qu'elle semble impliquer de dépasser des intérêts particuliers. L'individu aspire à ne pas être exclu, sacrifié aux intérêts de quelques uns. Cette aspiration est, tout le monde le sait, impossible à satisfaire<sup>978</sup>, même dans nos démocraties modernes. Elle n'en inspire pas moins les gouvernants, qui jouissent d'une légitimité démocratique, autant par nécessité que par volonté de contribuer à une certaine justice sociale. L'intérêt général en droit interne a toujours comporté une certaine part de mythe. Il a longtemps constitué l'ultime justification de toute intervention des pouvoirs publics dans la vie économique et sociale ; à ce titre, du point de vue juridique, il n'est guère signifiant. Un discours plus concret sur les techniques juridiques a toujours été indispensable pour mesurer les incidences de l'invocation de l'intérêt général en termes d'action publique.

La « régulation économique », est une notion tout aussi délicate à manier. Elle apparaît à tout le moins comme une **nouvelle fonction**<sup>979</sup> qui s'inscrit dans un projet particulier : **libéraliser certaines activités économiques**. L'intérêt général n'est pas sacrifié dans le projet, il ne peut certes plus justifier, en tant que tel, une intervention directe des pouvoirs publics dans la vie économique et sociale, en tant que prestataires de services. Par contre, il est intégré aux nouvelles règles du jeu qui tendent à accroître la concurrence de manière différenciée selon les secteurs d'activités considérés. Dans cette perspective, il s'agit de favoriser l'apparition de plusieurs prestataires sur un marché et de veiller au bon fonctionnement de celui-ci. (I) Après avoir brièvement rappelé les fondements, les bases juridiques et les principes de ces politiques, en illustrant de manière concrète la manière dont l'intérêt général est intégré à celles-ci, la deuxième partie est consacrée à une notion nouvelle qui prend en compte, de manière spécifique, l'intérêt général : le service universel.

La régulation économique est une fonction induite par la volonté de libéraliser certaines activités économiques.

<sup>978</sup> Diriger implique des choix ; si ceux-ci peuvent être posés au terme de multiples discussions qui permettent de dégager des compromis, chacun n'y trouve pas nécessairement son compte.

<sup>979</sup> Cette position n'est pas nécessairement contradictoire avec celle qui consiste à affirmer que la régulation est un non concept, comme par exemple, TIMSIT, G., *Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation*, 1996, spéc. p. 376.

167. « Réguler » des activités libéralisées

Sans prétendre pour autant dépasser une certaine mode qui consiste à privilégier dans le discours des formules passe-partout<sup>980</sup>, il est indispensable de mieux cerner l'expression « *régulation* », à tout le moins dans le champ juridique<sup>981</sup>. Au sens commun, elle correspond « *au fait d'assurer le fonctionnement correct d'un système complexe* »<sup>982</sup>. A ce niveau de généralité, elle n'apparaît donc pas totalement étrangère à la discipline juridique, sans toutefois permettre d'identifier des techniques ou fonctions juridiques précises.

Dans la discipline économique, la régulation est liée aux théories de correction des défaillances du marché. Ceci explique sans doute son utilisation actuelle dans la discipline juridique, d'abord aux U.S.A, ensuite au Royaume-Unis, et, enfin, dans les pays de l'Union européenne sous l'impulsion de cette dernière. C'est cette acceptation plus stricte, liant la fonction de régulation à la libéralisation de certains secteurs économiques, que nous utilisons dans la présente contribution. Dans la discipline juridique<sup>983</sup>, la polysémie de l'expression est souvent soulignée.

168. *Entre concurrence et intérêt général*

La construction d'un marché intérieur dans lequel la concurrence n'est pas faussée constitue la finalité de l'Union européenne. Cette affirmation ne surprend aucun lecteur. Par contre, elle recèle tant de possibilités, dans ses modalités d'application, qu'elle en devient, en quelque sorte, presque mystérieuse. Vers le milieu des années 80, après l'acte unique, l'achèvement du marché unique pour 1993 a donné à cet objectif, resté jusque là neutre du point de vue du régime juridique de la propriété<sup>984</sup>, une toute autre dimension. La Commission européenne, soutenue et parfois précédée par la Cour de Justice, approuvée dans une certaine mesure par le Parlement européen, a mené de nombreuses actions en vue de libéraliser certains secteurs dans lesquels de nombreux états membres

<sup>980</sup> La régulation en est une, les Partenariats Public-Privé, une autre. Sur la deuxième, v. DURVIAUX, A.L., « Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l'économie : illustration sur le thème des partenariats publics privés », cycle de conférences organisée par le Centre de Droit public sur le thème, « *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?* » ?, Rev. De droit de l'U.L.B.

<sup>981</sup> La notion ne lui est pas spécifique. Sur la pénétration de la notion dans différentes disciplines scientifiques (mécanique, économie politique, biologie, cybernétique, théorie des systèmes), v. l'introduction de la thèse de Mme LAGET-ANNAMAYER, A., *La régulation des services publics en réseaux, Télécommunications et électricité*, L.G.D.J., Bruylant, 2002, spéc. pp. 2-3. La contribution contient de nombreuses références à cette étude dont la rigueur, la cohérence et la richesse de l'analyse permet une compréhension plus profonde des politiques de libéralisation.

<sup>982</sup> LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p.3, en fait, il s'agit de la définition du Petit Robert.

<sup>983</sup> Les acceptations de l'expression n'ont rien de consensuel, v. notamment, CHEVALLIER, J., « Les enjeux de la déréglementation », *R.D.P.*, 1986, spéc. p. 180 ; FRISON-ROCHE, « Les différentes définitions de la régulation », in *Colloque DGCCRF, La régulation : monisme ou pluralisme ?*, L.P.A, n° 83, 1998, spéc. p. 5 ; GAZIER, F. et CANNAC, Y., « Etudes sur les autorités indépendantes », E.D.C.E., 1983-1984 ; MODERNE, F., « Les usages de la notion de « régulation » dans le droit positif et la doctrine juridique des Etats de l'Union européenne », in *Droit de la régulation, service publics et intégration européenne*, L'Harmattan, 2005, Tome I, pp. 71-86.

<sup>984</sup> Article 295 TCE (ex 222).

s'étaient jusque là, contentés de « réguler par la propriété ». Ils ont été priés de passer à la « régulation de la mise en concurrence »<sup>985</sup>.

La libéralisation des secteurs d'activités poursuit l'objectif très concret d'instaurer une certaine concurrence dans certains secteurs, ce qui implique de permettre à de multiples opérateurs économiques d'offrir des biens et services. Dans cette perspective, l'octroi de droits exclusifs ou de monopole à des entités publiques (ou privées) a été, dans une certaine mesure<sup>986</sup>, remis en question. Les politiques communautaires de démantèlement progressif et diversifié des monopoles ont été fondées sur les articles 31, §1 (ex 37) et 86 (ex 90) du TCE. L'ambiguïté de ces dispositions et leurs difficultés d'interprétation ont été souvent soulignées. Certains soutiennent même que la portée des libertés fondamentales du TCE n'a pas été perçue par tous les Etats membres, en ce qu'elles constituent un droit commun supérieur aux droits nationaux<sup>987</sup>. Les implications concrètes de ce qui reste une évidence n'ont pas fini d'influencer et de modifier profondément la gestion des entités publiques<sup>988</sup>.

En particulier, l'article 86 du TCE a permis à la Commission de passer à une phase « d'intégration positive »<sup>989</sup>, en combinant cette disposition à celles relatives aux libertés fondamentales. La Cour de Justice a approuvé cette nouvelle articulation audacieuse<sup>990</sup>.

La combinaison de l'article 86 et des règles des concurrences (notamment l'article 82 du TCE, ex 86) s'est révélée fatale pour les monopoles à partir de l'arrêt SACCHI<sup>991</sup>. A partir de cet arrêt, la Cour de Justice a considéré qu'une loi attribuant des droits exclusifs peut être de nature à induire *inévitablement* les entreprises bénéficiaires à abuser de la position dominante qui leur est conférée, et, par conséquent, à violer les dispositions sur la concurrence, sans prendre la peine de définir les éléments qui permettent de distinguer les situations qui conduisent nécessairement à un abus<sup>992</sup>. L'arrêt marque sans doute la fin d'une

<sup>985</sup> Selon l'expression de LASSERRE, B., « La régulation, la concurrence et la dominance », *Communications et stratégies*, n°24, 4<sup>ème</sup> trimestre 1996, pp.125-133.

<sup>986</sup> *Infra*, point II.

<sup>987</sup> BERLIN, D., « Droit communautaire et régime exorbitants du droit commun », *A.J.D.A.*, 1996, spéc., p.42

<sup>988</sup> Ainsi, le droit communautaire des marchés publics, fondé sur les libertés économiques du traité, opère progressivement un changement plus radical en matière de gestion des services publics que celui opéré par les politiques de libéralisation conduites depuis le début des années 80 ; pour une critique de ce changement radical, v. DURVIAUX, A.L., THIRION, N., « Les modes de gestion des services publics locaux et le droit communautaire », *J.T.*, 2004, pp.17-27 ; DURVIAUX, A.L., *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, un système ?*, thèse à paraître.

<sup>989</sup> COLSON, J.P., « Les entreprises publiques et le droit communautaire », *J.C.P.*, éd. E, n°26, 29 juin 1995, supplément 3/95, pp. 9-14.

<sup>990</sup> C.J.C.E., 10 décembre 1991, Port de Gênes, C-179/00, *Rec.*, I-5889, spéc. point 10 des conclusions de l'avocat Général Van Gerven.

<sup>991</sup> C.J.C.E., 30 avril 1974, C-155/73, *Rec.* I-409, déjà cité.

<sup>992</sup> TESAURO, « Une lecture de la jurisprudence communautaire sur l'article 90, §2 du TCE », », *in Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Tome II, Actes du Colloques de Strasbourg 17-19 octobre 1996, La Documentation française, Paris, 1998, pp. 323-334, spéc. note 4, p. 325. ; DEFALQUE, L., « Le traité de la C.E.E. interdit-il la création, le maintien ou l'extension de monopoles nationaux ? », *J.T.D.E.*, 1993, pp. 42-46, spéc. pp. 44-46.

certaine neutralité de la Commission européenne<sup>993</sup>. La jurisprudence sur « l'abus automatique » était posée en germe. La redécouverte de l'article 86 §2 TCE a tempéré quelque peu les conséquences de cette approche dure. Aussi s'est-on orienté vers un contrôle par les instances communautaires des monopoles considérés comme acceptables pour des raisons d'intérêt général<sup>994</sup>.

Le rapport de force entre l'UE et certains Etats membres était vif, comme l'illustre le choix initial de l'article 86, §3 du TCE par la Commission, comme base juridique pour intervenir. Cette disposition, qui ne laisse aucune place au Conseil et au Parlement européen, a permis à la Commission de donner l'impulsion décisive. Aussi peu démocratique qu'il fut, le procédé a été validé par la Cour de Justice<sup>995</sup>. L'article 95 (ex100-A) du TCE a été choisi prudemment pour la suite de son action de libéralisation des secteurs monopolistiques<sup>996</sup>.

#### 169. Une concurrence flexible ou plurielle

Si la cohérence des politiques de libéralisation ne fait guère de doute, force est de constater que celles-ci sont flexibles et plurielles, en ce qu'elles diffèrent dans leurs modalités selon les secteurs. Le secteur des télécommunications<sup>997</sup> était propice à une libéralisation plus poussée et plus rapide, compte tenu des progrès techniques considérables (initiés par le secteur privé) et de la structure particulière de ce marché (demande solvable). Il n'est pas comparable au secteur de l'électricité ou à celui de la poste, pour lesquels le droit communautaire a conservé un noyau dur non ouvert à la concurrence. Les politiques de libéralisation ont, la plupart du temps, programmé une disparition ou diminution progressive des monopoles, instauré de nouvelles distinctions, activités et services concurrentielles, activités ou services réservés et, enfin la notion de service universel<sup>998</sup>. Le maintien de droits exclusifs et spéciaux sur les réseaux a été combiné avec l'obligation de prévoir l'accès au réseau pour tous les opérateurs.

#### 170. Interventionnisme renouvelé dans ses fondements et finalités

La mise en place d'un marché (dans le sens de l'augmentation des opérateurs économiques présents), là où il n'existe pas naturellement ou n'existe pas en raison de l'existence d'une certaine protection juridique, constitue le premier volet des politiques de libéralisation. Le passage d'une organisation monopolistique à une organisation oligopolistique (pour l'essentiel des secteurs) doit être accompagné, et suppose, d'une certaine manière, un interventionnisme public

<sup>993</sup> TESAURO, G., « Une lecture de la jurisprudence communautaire sur l'article 90, §2 du TCE », déjà cité, spéc. p. 323.

<sup>994</sup> LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p.48.

<sup>995</sup> C.J.C.E., 19 mars 1991, FRANCE/COMMISSION, C-202/89, *Rec.*, I-1233.

<sup>996</sup> GERADIN, D., déjà cité, spéc. p. 189, v. sur les enjeux du processus de libéralisation, GERADIN, D., « L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau-analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation », *C.D.E.*, 1999, pp. 13-48.

<sup>997</sup> DEHOUSSE, Fr. et SGAJEWSKI, « Les nouveaux développements de la réglementation des télécommunications en Belgique », *J.T.*, 2003, pp. 425-424.

<sup>998</sup> *Infra*, II. B.



d'une plus grande complexité<sup>999</sup>, renouvelé dans ses fondements et ses finalités. Les courants traditionnels d'analyse économique du 20<sup>ème</sup> siècle, prônant le « *Welfare state* » en réponse aux défaillances du marché, suivis d'une critique radicale des défaillances de l'Etat (Public Choice), ont cédé la place aux théories des « *Market and Regulatory design* »<sup>1000</sup>, qui supposent à la fois des actions diverses sur les structures de marché et une nouvelle approche des mécanismes de contrôles (et de régulation). Désormais, l'Etat doit organiser (parfois créer) concrètement le marché (en préservant l'entrée sur le marché des nouveaux entrants et l'accès au réseau) et veiller à instaurer une concurrence loyale. Il doit, en outre, éviter les conflits d'intérêts (il ne peut plus être juge et partie, joueur et arbitre).

171. *Le principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation*

Le principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation posé par la Cour de Justice<sup>1001</sup> n'est guère surprenant dans la logique nouvelle : il s'agit de préserver l'égalité des chances et de traitement entre les opérateurs économiques<sup>1002</sup>. Il est présenté par certains comme le prolongement du principe de la séparation des pouvoirs<sup>1003</sup>. Le professeur KOVAR a justement souligné qu'en confiant à une entreprise le pouvoir d'adopter des réglementations (notamment techniques), l'Etat prenait le risque qu'elle se détourne de l'intérêt général et lui permettait de porter atteinte à la concurrence<sup>1004</sup>. Le risque de conflit d'intérêt évident (induit par la confusion des rôles) a très tôt été sanctionné par la Cour de Justice<sup>1005</sup>. Ultérieurement, ce principe a été inscrit dans les textes de droit dérivé<sup>1006</sup>.

<sup>999</sup> A vrai dire, de manière générale, cet interventionnisme repose sur une vision très optimiste de la rationalité des acteurs impliqués. L'histoire nous apprendra si la complexité n'était pas trop grande.

<sup>1000</sup> Sur le sujet, v. GLACHANT, J.-M., « Les nouvelles analyses économiques de la régulation des marchés », in *Droit de la régulation, service publics et intégration européenne*, L'Harmattan, 2005, Tome I, pp. 259-276.

<sup>1001</sup> C.J.C.E., 20 mars 1995, Italie/Commission, C-41/83, *Rec.*, I-873.

<sup>1002</sup> BAZEX, M., « Obligations communautaires de transparence et prestations des services publics », *Droit administratif*, supplément au n° 10 d'octobre 1993, pp.15-19 ; FRISON-ROCHE, M.A., « L'Etat, le marché et les principes internes et communautaires de la concurrence », *L.P.A.*, n°59, du 17 mai 1995, spéc. p. 4 ; LOMBARD, M., « A propos de la libre concurrence entre opérateur public et privé », *D. chron.*, 1994, spéc. p. 163.

<sup>1003</sup> Comme le fait LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p.64 ; ce rattachement ne doit pas masquer que les implications institutionnelles induites par la volonté de libéraliser, comme la mise en place d'institutions de régulation voulues indépendantes, qui dilue quelque peu le contrôle démocratique. En outre, et à l'opposé de l'affirmation première, les autorités de régulation cumulent souvent des fonctions de type réglementaire, exécutive et contentieuse. Il est dès difficile d'y voir le prolongement d'un principe qui fut longtemps considéré comme un des piliers les plus essentiels des démocraties modernes.

<sup>1004</sup> KOVAR, R., « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *R.T.D.E.*, 1996, pp. 215-242 et pp. 493-533, spéc. p. 495.

<sup>1005</sup> C.J.C.E., 18 juin 1991, E.R.T., C-260/91, *Rec.*, I-2925.

<sup>1006</sup> V. notamment, le livre vert sur le développement des services postaux communautaires, COM (91), 476 du 11 juin 1992 ; le 39<sup>ème</sup> considérant de la directive 97/67/CE du Parlement Européen du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, J.O.L 15 du 21 janvier 1998, p. 14 et s ; Livre vert de 1987 sur les

Les autorités de régulations<sup>1007</sup> émergent dans ce contexte avec des fonctions de réglementation, d'arbitrage et d'expertise. Elles sont censées être indépendantes. A vrai dire, les risques de « *capture* » des autorités de régulation sont tout aussi présents que dans le cadre institutionnel qui précédait leur mise en place<sup>1008</sup>. L'exemple des U.S.A est, de ce point de vue, particulièrement significatif.

172. *Les interventions publiques sur le marché : organisation de l'entrée et accès aux ressources rares*

La finalité des politiques de libéralisation est d'introduire une certaine concurrence. Les instruments juridiques prévus sont classiques en droit administratif.

Dans les secteurs « *régulés* », l'entrée sur le marché est concrètement assurée par le biais de déclarations, d'autorisations ou de licences<sup>1009</sup> (éventuellement assorties de cahiers des charges), ou d'appels d'offres<sup>1010</sup>. L'intérêt général peut se concrétiser dans le système de l'octroi ou des conditions d'octroi des licences et dans la rédaction des cahiers des charges (qu'ils soient adossés aux déclarations, aux autorisations ou aux appels d'offres). Certes, les conditions de refus sont parfois précisées par la réglementation dans le but notamment de soutenir les nouveaux entrants. Néanmoins, il reste un espace pour une action publique d'intérêt général dans la mise en oeuvre<sup>1011</sup>. Il est vrai qu'elle relève souvent d'un art délicat, essentiellement dynamique.

---

télécommunications ; article 6 de la directive 88/301 du 16 mai 1988 ; article 7 de la directive 90/388/CEE du 29 juin 1990 ; de manière moins explicite dans le secteur de l'électricité, considérant 10 et 12 de la directive 96/92/CEE ; de manière tardive et ambiguë dans le secteur ferroviaire, article 13 de la directive 95/18 et 19 du 19 juin 1995.

<sup>1007</sup> V., par exemple, en Belgique, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, du 24 janvier 2003. La mise en place d'un comité consultatif spécifique au secteur postal permet notamment la rencontre de tous les opérateurs du secteur. L'article 14 de cette loi définit les missions stratégique, réglementaire et opérationnelle de l'Institut.

<sup>1008</sup> Au surplus, il n'est pas certain que la confidentialité, parfois organisée, ne constitue pas en définitive, un risque majeur pour la collectivité.

<sup>1009</sup> Les modalités sont variables selon les secteurs. Ainsi, pour les télécommunications, le principe est le choix des systèmes les moins contraignants, ce qui implique de privilégier la libre prestation (en clair, l'absence d'autorisation) ou les autorisations générales, v. le 7<sup>ème</sup> considérant de la directive 97/13/CE relative aux licences, v. BAZEX, M., « Le système de délivrance des autorisations pour l'exercice d'une activité professionnelle en droit européen, l'exemple des télécommunications », in *Rapport TACIS-EDRUS 2001, Cadre juridique des interventions publiques en économie de marché*.

<sup>1010</sup> Dans le secteur électrique, l'autorisation a été combinée avec un système d'appels d'offres. La directive 96/92/CE, en supprimant les monopoles de production, consacre le principe de la liberté d'établissement (donc d'entrée sur le marché) de la production de l'énergie. En son article 4, elle laisse aux Etats membres le choix entre d'une part, un système d'autorisation et, d'autre part, un système d'appels d'offres pour la construction de nouvelles centrales de production (souci de sécurisation des approvisionnement).

<sup>1011</sup> Par exemple, en France dans le secteur des télécommunications, CHEVALLIER, J., « La mise en oeuvre de la réglementation des télécommunications », *R.F.D.A.*, 1997, nov-déc, spéc. p.118.

En Belgique, le gouvernement a parachever certaines réformes fondamentales dans le secteur postal, avec deux arrêtés royaux du 11 janvier 1996<sup>1012</sup>, qui précisent les modalités d'octroi et de retrait des autorisations et des licences individuelles. Une licence individuelle peut désormais être octroyée à tout opérateur postal, pour la prestation de services non réservés compris dans le service universel<sup>1013</sup>. Dans une communication du 27 février 2006, l'IBTP a détaillé ces systèmes d'autorisations et de licences afin d'aider d'éventuels « nouveaux entrants ».

Elle implique en tout cas de permettre à l'ensemble des opérateurs d'avoir accès aux ressources rares<sup>1014</sup>, qu'elles fussent en quantité limitée (n° d'appel ou préfixe<sup>1015</sup>) ou détenues par les pouvoirs publics (fréquences hertziennes et droit de passage). Dans ce volet, elle est en quelque sorte réparatrice, en ce sens qu'elle peut impliquer une certaine protection des « nouveaux entrants » par rapport à l'opérateur historique. En matière de télécommunications, il s'agit par exemple de trouver une manière d'allouer des fréquences hertziennes (*res communes*). A nouveau, les techniques juridiques restent familières, il s'agit de concéder un droit d'usage sous certaines conditions ou d'organiser des enchères pour leur octroi<sup>1016</sup>. Concrètement, une idée transversale de concurrence pour le marché apparaît dans ces problématiques<sup>1017</sup>. Lorsque les réseaux impliquent une emprise physique, l'octroi des permissions de voiries, l'éventuelle question du versement d'une redevance ou la question d'un éventuel partage des installations se posent en termes d'instruments d'accès au marché. La Cour de justice et la Commission européenne se sont montrées très actives sur ce thème. Il est vrai que la théorie des « infrastructures essentielles » d'origine américaine, déduite de l'article 86 (ex 82) du TCE, constitue une question centrale de la libéralisation. Le droit dérivé a organisé de manière plus concrète cet accès, notamment dans le secteur des télécommunications<sup>1018</sup>, mais également dans le secteur de l'électricité de manière tout à fait originale, compte tenu des problèmes de stockage<sup>1019</sup>, avec le système d'accès des tiers au réseau (censé combattre le monopole de transport et de distribution de l'électricité) ou celui de l'acheteur unique (qui implique une

<sup>1012</sup> M.B., 17 janvier 2006 (2<sup>ème</sup> édition). L'arrêté royal du 11 janvier fixant les modalités de la déclaration et le transfert des services postaux non compris dans le service universel et mettant en application les articles 144 quater, §3, 148 sexies, §1<sup>er</sup>, 1° et 148 septies de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et l'arrêté royal du 11 janvier 1996 mettant en application le titre IV (réforme de la Régie des Postes) de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

<sup>1013</sup> *Infra*, II.B., pour des détails sur la notion de service universel.

<sup>1014</sup> HUET, P., « Allocation et gestion des ressources rares », *A.J.D.A.*, 1997, p.251. ; v. également le traitement magistral de ces problématiques par LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. pp. 152-169.

<sup>1015</sup> L'attribution des préfixes a suscité de nombreux contentieux en France. La règle du premier arrivé, premier servi, n'y est sans doute pas étrangère.

<sup>1016</sup> Les solutions sont aisées à formuler mais leur mise en œuvre s'avère très complexe et donc très controversée, pour une critique de l'octroi des licences UMTS, v., MORAND, P.H., MOUGEOT, M., NAEGELEN, F « UMTS : fallait-il choisir un concours de beauté ? », *Revue d'Economie Politique*, 111(5), sept-oct, 2001, pp. 669-682.

<sup>1017</sup> MOUGEOT, M., « Enchères, gestion publique et concurrence pour le marché », in *Enchères et gestion publiques*, Rapport du Conseil d'Analyse économique (France), Paris, La documentation française, 2001, pp. 25-142.

<sup>1018</sup> Avec le concept « d'Open Network Provision », v., HATZOPOULOS, v., « L'open network provision comme moyen de dérégulation », *R.T.D.E.*, 1994, p. 63.

<sup>1019</sup> LAGONDET, F., « Du dogme du marché intérieur à la négociation du service public ; à propos de la directive électricité », *Europe*, n°5, mai 1997.

concurrence au niveau de la production, mais dans lequel une seule entité achète et vend l'électricité).

173. *Les interventions en vue d'assurer le « bon » fonctionnement de la concurrence*<sup>1020</sup>

La complexité des interventions est beaucoup plus grande dans ce volet des politiques de libéralisation qui procède du même souci de faire bénéficier les individus et entreprises<sup>1021</sup> de prestations de meilleure qualité à des prix plus intéressants. Concrètement, il implique, à nouveau, de « gérer » la position dominante des opérateurs historiques et de favoriser l'arrivée de « nouveaux entrants ». Plusieurs actions relèvent de cette préoccupation.

Au nom d'une certaine transparence, et dès lors avec un certain souci de prévenir des abus, le droit communautaire a, parfois, imposé des règles de transparence des relations financières entre les Etats membres et leurs entreprises publiques (lutte contre les subventions croisées) et la tenue d'une comptabilité analytique<sup>1022</sup>. Il a parfois imposé une séparation comptable des activités accomplies sous la protection de droits exclusifs ou spéciaux (ou sous monopole)<sup>1023</sup> des activités ouvertes à la concurrence (utile pour le calcul du coût du service universel et le contrôle des prix notamment prédateurs), et parfois imposé des séparations organiques ou institutionnelles. Dans le secteur de l'électricité, le droit communautaire impose de distinguer « les activités de production et de distribution de l'exploitation du système de transport par la création d'un gestionnaire de réseau »<sup>1024</sup>. Le gestionnaire du réseau doit, en outre, être indépendant des autres activités, sur le plan de la gestion, afin de combattre les risques de discrimination ou de favoritisme. S'inscrivent également, dans cette logique, les procédés de filialisation des activités exercées en concurrence, pour les opérateurs qui en exercent d'autres qui ne le sont pas<sup>1025</sup>. Madame LAGET-ANNAMAYER souligne, à juste titre, que ces nouvelles formes d'intervention se heurtent à un problème d'asymétrie d'information, l'opérateur historique ayant de ce point de vue, un avantage par rapport à ses nouveaux concurrents et par rapport aux organes de régulation<sup>1026</sup>.

<sup>1020</sup> Pour plus de développements, v. LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. pp. 187-240.

<sup>1021</sup> Usagers ou consommateurs, c'est selon.

<sup>1022</sup> A vrai dire indispensable pour apprécier l'existence de subvention croisée ; v. TPI, 27 février 1997, FFSA C./COMMISSION, Rec. II, p. 229 et s. ; pour le secteur postal belge, v., en particulier le titre III de l'arrêté royal du 11 janvier 2006 exécutant le titre IV de la loi du 21 mars 1991, déjà cité.

<sup>1023</sup> Par exemple les activités de gestion et de l'exploitation des infrastructures (article 1, §5, du règlement du 26 juin 1969 tel qu'introduit par le règlement n° 1893/91 du 20 juin 1991) ; article 14, §2 de la directive 97/67/CE du Parlement et du Conseil du 15 décembre 1997 sur les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux ; l'obligation n'est pas inhérente aux opérateurs historiques, comme l'illustre le secteur des télécommunications, dans lequel l'obligation s'impose à tous les opérateurs puissants en vertu de l'article 8.2 de la directive 97/33/CE.

<sup>1024</sup> LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p.207.

<sup>1025</sup> BAZEX, M., « La dissociation – désintégration des fonctions autres que celle de régulateur et d'opérateur », Colloque CEDECE, pp.225-235.

<sup>1026</sup> LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p.212.

Cette même asymétrie d'information rend particulièrement délicat le bon maniement des instruments juridiques liés à la tarification de l'usage du réseau mais aussi des services finals. Les arbitrages subtils conditionnent à la fois l'ouverture réelle de la concurrence, mais également la pérennité de celle-ci. Les modèles théoriques sont complexes et controversés. En régime de concurrence, la tarification des services finals est censée évoluer vers un rééquilibrage nécessairement induit de l'orientation vers les coûts réels. Théoriquement, les tarifs doivent néanmoins rester raisonnables et abordables sur tout le territoire, les intérêts des consommateurs sont donc pris en compte<sup>1027</sup>. Formellement donc, l'intérêt général reste inscrit dans ce volet des politiques de libéralisation.

#### D. L'émergence du concept de service universel dans le droit dérivé

##### 174. *Un déplacement du débat sur les techniques de financement*

La rigueur sémantique ne fut pas plus au rendez-vous lors de l'élaboration du droit dérivé ayant pour objet de libéraliser certains secteurs. Le vocable « *service public* » est réapparu sous la plume des instances communautaires<sup>1028</sup> qui ont ensuite mis l'accent sur la notion<sup>1029</sup>, fort ancienne, de « *service universel* »<sup>1030</sup> liée, en droit américain, à la question des monopoles. En droit communautaire, le concept de service universel a été utilisé pour la première fois dans le secteur des services postaux<sup>1031</sup>. Le choix du concept participe également au déplacement du débat sur les techniques de financement. De nature fonctionnelle, la notion de service universel s'inscrit, en outre, en parfaite harmonie avec la finalité des politiques de libéralisations. Selon la Commission, elle vise précisément des exigences d'intérêt général auxquelles doivent répondre les activités libéralisées et elle tend à assurer, partout dans l'Union, l'accès à tous à certaines prestations essentielles, de qualité et à un prix abordable.

Les principes d'universalité, d'égalité et de continuité qui caractérisaient les services publics sont dès lors sauvegardés. Par contre, le caractère abordable du

<sup>1027</sup> Parfois par d'autres moyens également, ainsi la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs s'applique aux opérateurs postaux.

<sup>1028</sup> Dans le secteur des transports avec le règlement n° 1191/69 du Conseil relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par voie de chemin de fer, par route et voie navigable, J.O.C.E., L 156, du 28 juin 1969 ; dans le secteur de l'électricité avec la directive 96/92 déjà citée.

<sup>1029</sup> COM (93) 159 du 28 avril 1993, Résolution du Conseil du 7 décembre 1993 relative au développement du service universel dans un environnement concurrentiel, v. également les communications sur les SEIG.

<sup>1030</sup> LAGET-ANNAMAYER, A., dans sa thèse déjà citée, spéc. p.104., rappelle que l'expression a déjà été utilisée en 1907 dans le secteur des télécommunications aux USA pour justifier le monopole de l'ATT. Curieux destin pour ce concept qui servit, ensuite, à justifier son démantèlement ; sur les incidences négatives en matière de recherche et développement du démantèlement des monopoles en matière de télécommunications, v. l'article de KAHN, A. « Les génies des télécoms chez Alcatel », dans le journal *Le monde* du 11 avril 2006.

<sup>1031</sup> Livre vert sur les services postaux COM (92) 476.

service universel constitue une innovation remarquable et soulignée<sup>1032</sup>. Elle est certes délicate à interpréter car, à l'instar de l'émergence de certains droits fondamentaux dans le discours juridique, comme la dignité humaine, elle peut aussi signifier la prise en compte par un ordre juridique d'une menace ou d'une violation. La notion de service universel met également l'accent sur la qualité de celui-ci, le droit dérivé imposant des outils de définition, d'information et de contrôle de celle-ci<sup>1033</sup>. Elle est, en outre, essentiellement évolutive, ce qui était naguère exprimé dans le principe d'adaptabilité, son contenu est lié aux avancées technologiques. Sans doute, les services universels constituent une avancée pour certains nouveaux Etats membres, chacun restant libre d'aller plus loin dans la définition des prestations offertes aux citoyens pour des raisons liées à l'intérêt général. La notion de service universel est, selon la très belle expression de Mme LAGET-ANNAMAYER, le « vecteur d'un intérêt général communautaire ». Elle a participé à l'introduction d'un article 16 dans le TCE qui précise « la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ». Sans minimiser l'impact symbolique de cette nouvelle disposition, celle-ci n'est pas de nature à remettre en cause les équilibres généraux du TCE, ni la portée de l'article 86. Reste à découvrir l'interprétation que la Cour de Justice réservera aux concepts de valeurs communes ou de cohésion sociale dans la question traitée. Elles semblent exprimer qu'un autre système de justification, qui ne soit pas « purement » économique, est désormais possible, encore faudra-t-il donner un sens précis à celui-ci.

#### 175. Une traduction différenciée selon les secteurs d'activité

A nouveau, la traduction ponctuelle de la notion de service universel n'est pas uniforme en droit communautaire. Elle semble spécifique aux secteurs des télécommunications et des services postaux<sup>1034</sup>.

Si sa définition renvoie à des données et notions familières aux juristes qui ont étudié la théorie du service public, il faut se garder d'une assimilation trop rapide car le contexte et la finalité ont changé<sup>1035</sup>. Désormais, il s'agit de concevoir des modalités juridiques adaptées au souci premier, instaurer une concurrence accrue (augmentation du nombre des opérateurs). Dans cette perspective de nouvelles techniques de financement sont devenues possibles.

<sup>1032</sup> LOMBARD, M., « Service postal universel », *A.J.D.A.*, 1998, spéc., p. 718.

<sup>1033</sup> Par exemple, dans le secteur des télécommunications, la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et des services de communication électronique.

<sup>1034</sup> Elle est ainsi précisée dans le secteur des télécommunication par la directive 95/62/CE du 13 décembre 1995 ; LE MESTRE, R., « L'Etat des dernières dispositions communautaires sur le service postal », in *Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et le marché*, CEDECE, Tome I, pp. 133-150 ; MONGIN, B., « Quelques éléments sur le financement des activités non rentables dans le secteur des télécommunications et de la poste », in *Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et le marché*, CEDECE, Tome I, pp.151-163. Elle n'est pas restée longtemps étrangère en droit belge, v. l'article 68 de la loi du 21 mars 1991 en matière de télécommunications et le titre IV de cette même loi pour la poste.

<sup>1035</sup> *Supra*, I.

176. *Le principe et les exceptions en matière de financement :  
présentation générale*<sup>1036</sup>.

Le service universel doit, en principe et par priorité, être financé par le prix payé par les usagers<sup>1037</sup>. Les tarifs doivent dès lors être orientés vers les coûts. Les financements collectifs (interne ou externe) ne peuvent être prévus qu'à titre complémentaire. La pluralité des opérateurs économiques permet d'envisager de nouvelles techniques de financement (fonds externes alimentés par une pluralité d'opérateurs), sans remettre en cause les techniques anciennes.

L'évaluation des coûts du service universel est devenue une question centrale, puisque le financement complémentaire lui est lié et qu'elle a un impact sur les mécanismes d'imputation de ces coûts (soit les techniques de financement proprement dites). La philosophie, très générale, est de privilégier le financement qui porte le moins atteinte au « *fonctionnement de la libre concurrence* » et « *respecte les principes fondamentaux du traité* ». L'apparition de ces formules sacramentelles ne surprend guère. Souvent, il s'agit d'indiquer que si tout peut sembler différent, rien n'a véritablement changé, si ce n'est que les méthodes, nettement plus complexes, sont dictées par des autorités différentes et que les Etats membres ont perdu un peu de leur compétence en chemin.

Le financement public traditionnel par des subventions est resté possible. Du reste, il était prévu par le TCE en matière de transports par chemin de fer, par route et par voies navigables<sup>1038</sup> et a été clairement admis par la Cour de Justice, notamment dans le secteur postal<sup>1039</sup>. Les subventions doivent correspondre au remboursement des obligations de « *services publics* » (ou à celles de services universels). L'article 86, §2 s'applique. La difficulté réside dans l'évaluation, acceptable pour les instances communautaires, de la stricte compensation. A défaut d'établir cette stricte compensation, le droit communautaire des aides d'Etats s'applique. Si ces compensations sont vues avec méfiance par les instances communautaires, elles y sont nettement moins hostiles lorsqu'elles ont participé à leur encadrement concret<sup>1040</sup>. Assez clairement également, les instances communautaires sont plus enclines à accepter cette modalité de financement lorsqu'une procédure d'appel d'offres a été organisée pour choisir le prestataire, bénéficiaire de la subvention<sup>1041</sup>, en imposant souvent la contractualisation de la relation<sup>1042</sup>. Dans le secteur des transports de voyageurs,

<sup>1036</sup> MACHESSOU, P., « Les modes de financement du service universel existants et retenus en droit communautaire », in *Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et le marché*, CEDECE, Tome II, pp.287-296.

<sup>1037</sup> Ce principe n'énervé pas la possibilité selon nous, d'une politique de soutien à des publics cibles, par le biais de la fiscalité. Il s'agit en quelque sorte, de passer d'un financement de l'entreprise à une aide directe aux citoyens.

<sup>1038</sup> Article 73 TCE.

<sup>1039</sup> Dans l'affaire FFSA, déjà citée.

<sup>1040</sup> Règlement n° 1169/69 en matière ferroviaire. A vrai dire, tout le monde semble gagnant lorsque les instances communautaires s'emparent d'une matière et légifèrent. A tout le moins, les acteurs ne doivent-ils pas attendre que la jurisprudence détermine les exigences précises qui leur sont imposées.

<sup>1041</sup> Règlement n°240/92 du 23 juillet 1992 dans le secteur du transport aérien.

<sup>1042</sup> A vrai dire, ce glissement ne va pas de soi. Il est parfaitement possible d'organiser un appel d'offres sans transformer la relation de type unilatéral en relation contractuelle. A notre sens, la logique du marché et de la concurrence implique, au contraire, que les

la Commission a réaffirmé sa préférence pour l'organisation d'un appel d'offres et une contractualisation de la prestation de service<sup>1043</sup>. Le Parlement s'y est opposé dans des termes ambigus. Force est de constater que la position de repli finalement adoptée par la Commission reste d'un flou certain.

Le financement interne, péréquation géographique ou par service, reste également possible, même s'il n'est pas accueilli avec enthousiasme par les instances communautaires. Il repose sur un mécanisme de subvention croisée admis par la Cour de Justice<sup>1044</sup> et le droit dérivé. Certains présentent le financement interne comme intimement lié au concept de service universel, qui implique l'accès à ces services à prix abordable, indépendamment de la localisation géographique<sup>1045</sup>. Cette déduction ne nous semble pas convaincante car les modalités pour réaliser l'objectif sont variées. Quoi qu'il en soit, les instances ont admis de manière explicite les subventions croisées (péréquation tarifaire) dans le secteur postal<sup>1046</sup> et dans le secteur des télécommunications (seulement à titre transitoire pour ce dernier)<sup>1047</sup>. La péréquation entre service, ou l'adossement d'une activité rentable à une qui ne l'est pas<sup>1048</sup>, a également été validé par la Cour de Justice<sup>1049</sup>. Le droit dérivé est plus délicat à interpréter : il semble accepter ce type de financement à certaines conditions. Logiquement, le droit communautaire se préoccupe d'éviter un abus de position dominante. Concrètement, la notion de « *service réservé* »<sup>1050</sup>, en droit dérivé, consacre la légalité et l'encadrement du mécanisme, dans le secteur des télécommunications et le secteur postal<sup>1051</sup>. A nouveau, le principe de l'exclusion de certains services à la concurrence n'est accepté que dans la mesure où elle est nécessaire au financement, ce qui repose la délicate question de l'évaluation. La séparation comptable est dès lors logiquement imposée, sans constituer une panacée.

---

opérateurs prennent des risques. La contractualisation, au contraire, peut impliquer la responsabilité financière de la collectivité lors de l'exécution (clause financière dans le contrat) et dès lors, minimise de manière significative la prise de risque par les opérateurs privés. Or, le risque est une composante essentielle des modèles de concurrence dans l'analyse économique.

<sup>1043</sup> Projet de règlement du Parlement et du Conseil relatif à l'action des Etats membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, publié le 26 juillet 2000. Le 12<sup>ème</sup> considérant justifie la solution par l'invocation du principe de subsidiarité... La lecture des articles 5 à 7 permet de comprendre parfaitement la logique. Le contrat de service public doit être obligatoirement utilisé pour régler le versement de toute indemnisation financière et pour octroyer des droits exclusifs. L'appel d'offres est obligatoire. Les exceptions qui permettent une attribution directe sont de stricte interprétation. Une de ces exceptions organise une attribution directe lorsqu'un opérateur propose l'instauration d'une ligne là où aucun service n'existe, consacrant l'initiative privée dans la création d'un service public.

<sup>1044</sup> Notamment dans le secteur postal, dans l'affaire CORBEAU déjà citée.

<sup>1045</sup> LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p. 257.

<sup>1046</sup> Point 3.2 de la communication de la Commission sur l'application des règles de la concurrence au secteur postal (1997).

<sup>1047</sup> Considérant n° 5 de la directive 98/10/CE, déjà citée.

<sup>1048</sup> MERCHESOU, P. « Les modes de financement du service universel existants et retenus par le droit communautaire », déjà cité, spéc. p. 190.

<sup>1049</sup> Dans le secteur postal avec l'arrêt CORBEAU, déjà cité, point 17 ; mais aussi dans le secteur de l'électricité avec l'arrêt ALMELO, déjà citée.

<sup>1050</sup> Sous-jacente dans l'arrêt de la C.J.C.E, du 13 décembre 1991, C-18/88, déjà citée.

<sup>1051</sup> Article 3 et 16<sup>ème</sup> considérant de la directive 97/67/CEE déjà citée.



Le partage des coûts du service universel ou le financement externe, par la création d'un fonds de financement du service universel alimenté par les opérateurs ou les redevances de services publics, constituent de nouveaux modes de financement<sup>1052</sup>.

Le secteur des télécommunications fut à nouveau un terrain privilégié d'expérimentation, les « *nouveaux entrants* » ont été invités à financer le service universel par le versement de redevance d'accès spécifique<sup>1053</sup>. A nouveau, de sérieux problèmes d'évaluation des coûts se posent, l'opérateur historique pouvant conserver des informations de nature à fausser la concurrence : asymétrie d'information et distorsions de concurrence contrarient l'efficacité (et surtout le contrôle externe).

Le système de péréquation externe a été imaginé<sup>1054</sup> pour sortir des difficultés liées aux différents financements internes et d'abandonner le système des « *services réservés* » : il apparaît adapté à la présence d'une pluralité d'opérateur et peut être confié à une autorité indépendante. A ces titres, il s'inscrit dès lors parfaitement dans la logique de marché voulue. La directive 96/19 du 13 mars 1996 et la directive 2002/22/CE relative au service universel dans le secteur des télécommunications ont consacré ce mode de financement, tout en précisant les méthodes d'évaluation du coût du service universel. A nouveau, tous les problèmes d'évaluation ne sont pas pour autant évacués ; l'implication des instances communautaires dans la formalisation des règles permet, sans doute, de limiter les aléas de tout contentieux.

177. *La question ultime : l'identité du prestataire du service universel ou des services d'intérêt général*

La logique de la concurrence, du « *market design* » n'a pas vraiment de limite objective dans ses potentialités de traduction en règle juridique. La finalité de la mise en place d'un marché, telle qu'elle est interprétée par les instances communautaires et le principe de l'égalité de traitement entre entreprises publiques et entreprises privées peuvent également avoir des conséquences en matière de choix de l'entreprise chargée du service universel ou des services d'intérêt général (bref des services bénéficiant d'un financement complémentaire). Dans le discours économique, il s'agit de définir jusqu'où l'offre de tels services doit être rendue « *contestable* ». Une « *logique de marché* » peut aussi impliquer qu'une entreprise doit être mise en mesure d'assumer en nature l'offre de service universel. Ce n'est qu'à défaut, qu'une contribution financière peut être recherchée<sup>1055</sup>. A nouveau une certaine « *logique de marché* », semble également plaider pour l'organisation de procédure de mise en compétition des offres de services faisant l'objet d'un financement collectif tout à la fois pour contribuer à

<sup>1052</sup> Selon la très belle expression de RODRIGUES, S., il s'agit d'imposer une solidarité entre concurrents, thèse, *Service public et services d'intérêt économique général dans la Communauté européenne, Eléments de droit comparé et analyse communautaire*, Paris, 1999, Panthéon Sorbonne, spéc. p. 757

<sup>1053</sup> Le système avait déjà été utilisé pour financer les infrastructures dans le secteur des transports ferroviaires dans l'article 8 de la directive 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991.

<sup>1054</sup> LAGET-ANNAMAYER, A., thèse déjà citée, spéc. p. 267.

<sup>1055</sup> La formule du « *pay or play* » résume parfaitement cette logique.

déterminer un coût plus objectif de ceux-ci, du moins si l'enchère est bien conçue<sup>1056</sup>, et afin d'assurer concrètement l'égalité entre les entreprises qui sont censées pouvoir l'exercer. En énonçant ces propositions, il ne s'agit pas de les promouvoir mais de souligner ce que peut encore impliquer une certaine logique du TCE, il reste aux Etats membres à exprimer leur adhésion à celle-ci ou à la modifier<sup>1057</sup>.

Dans le cadre des politiques de libéralisations, les instances communautaires ont approché cette question délicate de manière nuancée, ou plus exactement ambiguë, tout en indiquant leurs préférences pour une multiplicité d'opérateurs en charge des services universels (ou d'intérêt général) sans l'imposer. Le principe de subsidiarité<sup>1058</sup> semblait impliquer cette solution. Aussi, la désignation *a priori* d'un seul opérateur et la désignation d'un ou plusieurs opérateurs *a posteriori* après procédure de mise en concurrence, sont maintenues. A nouveau, les solutions retenues sont fonction des secteurs d'activité qui permettent, selon des degrés divers, la présence d'une multiplicité d'opérateurs.

La directive 96/19/CE du 13 mars 1996 d'ouverture complète à la concurrence prévoit que les Etats membres prennent les mesures nécessaires afin de *garantir* à toute entreprise le droit de fournir ces services de télécommunications<sup>1059</sup>. Il est affirmé clairement que plusieurs organismes peuvent avoir des obligations de services universels<sup>1060</sup>. Dans le livre vert sur le secteur postal et la directive 97/67/CE, la multiplicité des opérateurs pour fournitures de services universels est clairement envisagée.

Reste à déterminer la manière dont les instances communautaires vont appliquer la jurisprudence récente relative aux marchés publics communautaires « *in house* », aux secteurs libéralisés, puisque le principe de la relation *in house* a été étendu aux dispositions relatives aux libertés fondamentales du TCE....

---

<sup>1056</sup> Ce qui semble être un exercice extrêmement délicat.

<sup>1057</sup> Ce qui implique selon nous, des modifications fondamentales aux dispositions du TCE.

<sup>1058</sup> Principe interprété de manière très créative par la Commission européenne dans son projet de règlement en matière de transport de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, déjà cité.

<sup>1059</sup> Article 2.

<sup>1060</sup> 8<sup>ème</sup> considérant de la directive 97/33/CE du Parlement et du Conseil.

## Titre 2. Des moyens, des limites et du contrôle

### Chapitre 1. Les moyens de l'action publique

#### Section 1. Des ressources humaines : droit de la fonction publique

##### § 1. La relation individuelle de travail

###### 178. Présentation

La question de la « nature » de la relation de travail qui se noue entre, d'une part, les agents et, d'autre part, les administrations qui les emploient, est une question classique en droit belge<sup>1061</sup> et ailleurs<sup>1062</sup>. De nombreux écrits lui ont été consacrés<sup>1063</sup>.

Statut (acte unilatéral) ou contrat sont deux sources possibles de droits et obligations pour les uns et les autres.

Il importe de déterminer les enjeux et les incidences de cette alternative.

<sup>1061</sup> Voy. not., A BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 1966, pp. 315 et s. ; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, pp. 284 et s. ; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3<sup>ème</sup> édition, Faculté de droit de Liège, 1978, pp. 201 et s. ; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 663 et s. ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, T.I, pp. 19 et s.

<sup>1062</sup> Voy. not., A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., 1980, pp. 23 et s.

<sup>1063</sup> A. DE BECKER, B., LOMBAERT, *La nature juridique de la relation de travail entre l'administration et ses agents*, in *La réforme de la fonction publique*, op.cit., pp. 77-117 ; F., DELPEREE, C., HOREVOETS, Le personnel contractuel dans la fonction publique régionale in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 17-36 ; HANNAY, E., « L'engagement contractuel dans les services publics de la règle à la pratique », *Actualité du droit et du contentieux de la fonction publique*, I.F.E., 8 et 9 juin 2004 ; M.HERBIET et D. DELHEZ, « La situation juridique du personnel communal : du statut au contrat ou le constat d'une dérive », *Rev. Dr. Com.*, 2003, pp. 3-18 ; E. GILLET, La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent, in *Précis de la fonction publique*, op.cit., spéc. pp. 11-82 ; E. GILLET, La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent, *A.P.T.* 1990, 6-19 ; P., LEWALLE, *Droit administratif*, cours, Edition 2005-2006, pp.139-172 ; F., LEURQUIN-DE-VISSCHER, Le personnel contractuel dans la fonction publique régionale en Belgique, in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 37-55 ; B., LOMBAERT, « La distinction entre le régime statutaire et régime contractuel est-elle encore pertinente ? Faut-il repenser la nature juridique de la relation de travail dans la fonction publique ? », in *Etat des lieux de la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.61-108 ; M. NIHOUL, « Les agents contractuels et les missions de police judiciaire et/ou administrative : l'eau et le feu ? », *C.D.P.K.* 1999, 364-367 ; M. PAQUES et G. PARTSCH, « L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale », in *La fonction publique en mutation*, Bruxelles, C.D.G.E.P., La Charte, 1995, pp. 138 et s. ; G. VAN DE VELDE, De contractuele tewerkstellingsvorm in sommige overheidsdiensten, *T.B.P.* 1992, 614-626 ; Ouvrage collectif, *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 270 p.

Cette problématique est liée à une autre traditionnellement présentée comme l'alternative de principe entre, d'une part, un système de carrière ou un système d'emploi, comme principe d'organisation de la fonction publique<sup>1064</sup>.

Dans le premier, d'inspiration française, les personnes sont nommées, jusqu'à l'âge de la retraite, pour « faire carrière » dans l'administration, à savoir, occuper, tout au long de leur vie, diverses occupations professionnelles, selon un système objectif de promotion.

Dans le second, d'inspiration anglo-saxonne, les personnes sont engagées dans l'administration, sur base d'un contrat de travail, pour un emploi précis ou une tâche déterminée, avec ou sans limitation de temps. Il n'implique dès lors pas l'organisation d'un système de carrière.

Dans le droit positif belge, les deux systèmes existent.

179. *Les deux thèses en présence : aperçu et enjeux*

La **thèse de la situation contractuelle** procède de l'idée que la relation qui noue l'agent à l'administration qui l'emploie est analogue à celle qui naît d'un contrat de droit privé (contrat de travail ou contrat d'entreprise). L'autonomie de la volonté permet aux parties de déterminer le contenu des engagements qui ne pouvaient être modifiés que de l'accord des deux parties. Dans le cadre d'un contrat de travail, chaque partie peut mettre fin à la relation de manière unilatérale, moyennant le respect des règles prévues par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (préavis, indemnités). En effet, l'engagement « à vie » est considéré comme contraire à l'ordre public. Aussi, l'engagement « à durée indéterminée » n'a pas le sens commun qui pourrait lui être attaché : il dure jusqu'à ce qu'une partie décide de le rompre.

La **thèse dite légale et réglementaire (ou statutaire au sens strict)**<sup>1065</sup> suppose que l'autorité publique détermine de manière unilatérale – c'est-à-dire sans rechercher l'accord du destinataire des règles, par une loi ou un règlement – les éléments de la relation qui se noue entre elle et ses agents. La reconnaissance du fait syndical dans le secteur public n'énerve pas ce constat. En effet, si les syndicats participent à des négociations et des concertations lors de l'élaboration des règles, si celles-ci débouchent sur un protocole d'accord, l'autorité reste juridiquement libre de ne pas le suivre, même si elle est politiquement et moralement liée<sup>1066</sup>.

En outre, la relation naît d'un acte unilatéral, la désignation (nomination) de l'agent par l'autorité.

<sup>1064</sup> A. MOLITOR, *L'administration en Belgique*, Bruxelles, CRISP, 1974, spéc. p. 283 ; A. STENMANS, *La transformation de la fonction administrative en Belgique*, Bruxelles, CRIPS, 1999, spéc. p. 47.

<sup>1065</sup> Au sens large, l'expression « statut » peut, en effet, viser la position juridique du personnel, qui peut être statutaire ou contractuel, par exemple l'arrêté royal du 30 mars 2001 portant la position juridique du personnel des services de police, *M.B.*, du 31 mars 2001, comme le souligne très justement B. LOMBAERT, *Cours de Droit administratif*, Faculté Saint-Louis, 2006.

<sup>1066</sup> *Infra*, Section 4.

Le statut peut comporter des objets divers : le statut administratif (la plupart du temps, il prend la forme d'un règlement) contient des règles relatives à la carrière proprement dite de l'engagement à la fin, le statut pécuniaire est relatif à la rémunération et à la pension, le statut syndical règle les relations dites collectives de travail (exercice de la liberté d'association, de la représentation syndicale sur les lieux de travail, etc.).

Certains aspects de la relation individuelle de travail sont réglés par la loi : par exemple, les règles en matière de pensions, du statut syndical, les règles en matière d'emploi des langues, les lois sociales applicables au secteur public, comme la loi du 8 avril 1965 instituant des règlements de travail<sup>1067</sup> ou la loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail.

La relation statutaire n'en devient pas pour autant forcée. Elle respecte la liberté individuelle (art. 12 de la Constitution), l'agent accepte d'exercer la fonction qui lui est confiée par un acte de nomination (acte unilatéral) et le manifeste par la prestation de serment<sup>1068-1069</sup>. A défaut de prestation de serment, la nomination peut être annulée avec effet rétroactif par le Conseil d'Etat, renforçant l'interprétation décrite ci-dessus.

L'existence d'un statut est de nature à faciliter la gestion du personnel dans la mesure où il est censé instaurer des règles qui s'appliquent à tous, dans les différentes étapes et situations qui émaillent une vie professionnelle. Il ne peut être dérogé de manière individuelle au profit d'une ou plusieurs personnes et semble donc constituer un rempart contre le népotisme, le clientélisme ou le favoritisme<sup>1070</sup>.

Il permet également une mise en œuvre concrète du principe constitutionnel d'égalité d'admissibilité aux emplois publics : l'ensemble des règles qui tendent à des recrutements et nominations objectifs le démontrent à suffisance.

D'une certaine manière, la relation statutaire implique une certaine stabilité d'emploi, en ce sens qu'il ne peut être mis fin à une carrière que dans les conditions et circonstances précisées par le statut. Elle a parfois été présentée comme nécessaire à la continuité du service, à la nécessité de s'assurer de la fidélité, au dévouement des agents indispensable à la bonne gestion publique.

Les choses sont cependant plus nuancées : la désignation d'un agent peut être temporaire (lorsque l'emploi qu'il occupe n'est pas permanent), l'agent qui ne donne pas satisfaction à ses supérieures peut voir sa carrière interrompue pour ces raisons.

---

<sup>1067</sup> Rendu applicable au secteur public par la loi du 18 décembre 2002.

<sup>1068</sup> L'art. 2 du décret du 20 juillet 1831 établit la formule du serment que doivent prêter notamment tous les fonctionnaires de l'ordre administratif.

<sup>1069</sup> Voy., CE, 23 juin 1996, Romano, Vanchieri, n° 81.199, n° 81.200.

<sup>1070</sup> Par ex., Cass., 24 févr. 2005 (C04.0121.F), *Rev. Dr. Com.*, 2005/4, pp. 39 et s., obs B. LOMBAERT ; C.E., 25 juin 1986, *J.T.*, 1986, pp. 567 et s., avis, M. LEROY.

Il est généralement admis que la relation de type statutaire est plus adaptée à la gestion des services publics<sup>1071</sup> et à ses lois, de continuité ou de régularité, du changement ou de mutabilité et d'égalité des usagers.

En effet, la principale conséquence de la thèse dite légale et réglementaire est que l'agent n'a jamais de droit acquis au maintien des conditions de travail, par exemple, d'éventuels avantages prévus par le statut ou liés à l'emploi qu'il occupe<sup>1072</sup>.

D'une part, la loi du changement (ou de mutabilité) des services publics permet à l'autorité d'adapter les règles de gestion de son personnel aux « nécessités changeantes de l'intérêt général ». L'agent doit s'y résigner sans pouvoir réclamer de dommages et intérêts<sup>1073</sup>.

D'autre part, le principe même de l'acte unilatéral est générateur d'une gestion du personnel qui intègre mieux une certaine égalité : les règles sont formalisées et, par définition, il est impossible d'y déroger pour l'une ou l'autre personne. L'agent y trouve des droits et obligations dont il peut revendiquer l'application à l'égard de leur employeur.

Enfin, l'égalité des usagers est sans doute mieux préservée lorsque les fonctionnaires restent neutres et indépendants du pouvoir politique : le statut renforce sans doute ces deux qualités de manière plus efficace que le contrat.

#### 180. *L'option de principe en faveur de la thèse statutaire*

En 1932, la Cour de cassation s'était résolument tournée vers la seconde thèse, affirmant que « la collation des emplois publics était en dehors des tractations individuelles »<sup>1074</sup>. Elle a eu maintes fois l'occasion de confirmer sa position devenue de principe<sup>1075</sup>.

La justification de cette option fondamentale est résolument politique, elle ne reposait sur aucun texte.

La Cour de cassation s'est parée de la « nature » des choses pour habiller le choix qui procède d'une certaine conception de la fonction publique, les avantages qu'en retire l'administration ont sans doute également participé à la solution, ainsi qu'un

<sup>1071</sup> Voy. les auteurs généralement cités dans le paragraphe, et également, J. JACQMAIN, « Statutaires et contractuels : le Graal de l'égalité ? », in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruxelles, Bruylant, 1998, spéc. p. 165.

<sup>1072</sup> E. GILLET, La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent, op. cit., spéc. pp. 11-12.

<sup>1073</sup> P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, Fac. De droit et Martinus Nijhof, 1975, spéc. p. 353.

<sup>1074</sup> Cass., 8 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 44.

<sup>1075</sup> Voy. notamment, Cass., 22 octobre 1942, *Pas.*, 1942, I., pp. 249 et s. ; Cass., 29 avril 1960, *Pas.*, I, pp. 1000 et s. ; *J.T.*, 1960, pp. 718 et s. ; Cass., 13 juin 1973, *Pas.*, I, pp. 949 et s. et la note H.L. ; Voy. également, C.E., 9 mars 1977, Baeyens, n° 18.158 ; C.E., 25 juin 1986, Terrasse, *J.T.*, 1986, pp. 567 et s.

certain « mépris des choses du commerce qui s'échangent par la voie d'un instrument contractuel dont il ne peut être séant que la fonction publique fasse usage »<sup>1076</sup>, selon les termes du Doyen M. Pâques.

Quelques années plus tôt, une position analogue était prise, pour distinguer, dans le droit de la responsabilité extra-contractuelle des pouvoirs publics, l'organe du préposé, le premier étant censé assumer une charge pour laquelle aucun consentement n'était nécessaire, *l'impérium* étant hors commerce<sup>1077</sup>.

Le conseil d'Etat a suivi la jurisprudence de la Cour de cassation avec la même constance affirmant que le lien qui unissait l'agent au service public était, en principe, statutaire<sup>1078</sup>.

Monsieur B. Lombaert<sup>1079</sup> a parfaitement illustré que, pour ancienne qu'elle soit, cette question restait d'une étonnante actualité dans ses enjeux.

Le Conseil d'Etat (section d'administration)<sup>1080</sup>, interrogé sur la question de savoir si des agents recrutés par contrat pouvaient être chargés d'effectuer des missions de surveillance d'activités industrielles ou commerciales, en recherchant des infractions pénales (et en enclenchant éventuellement, l'action publique), a soulevé un objection de principe, arguant de la « nature » des fonctions. Il a considéré que les emplois qui impliquent une parcelle de puissance publique (missions de police judiciaire ou administratives) sont en dehors des « tractations individuelles » et sont réservés à des agents ou des fonctionnaires qui se trouvent dans une situation statutaire. Aussi, à défaut d'une loi qui le permet de manière explicite, des agents contractuels ne sont pas habilités à exercer des missions de police judiciaire ou administrative.

Le critère de *l'impérium* est déterminant dans la solution retenue par le Conseil d'Etat. Selon certains, il constitue le fondement théorique de la thèse statutaire<sup>1081</sup>. Plus fondamentalement, comme le souligne Monsieur Nihoul<sup>1082</sup>, au-delà de la « nature » des choses peut convaincante, la protection constitutionnelle de certains droits et libertés (droit d'aller et venir en toute liberté, droit de propriété), prévoit la compétence du législateur pour en régler l'exercice. Dans le prolongement de cette protection, il est souhaitable qu'une intervention législative détermine les agents compétents pour exercer des missions de police judiciaire ou administrative.

<sup>1076</sup> M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans le cadre de l'action administrative*, Bruxelles, Story-scientia, 1991, spéc. pp.114-117.

<sup>1077</sup> Cass., 5 nov. 1920, *Pas.*, I, pp. 193 et s. ; souligné par B. LOMBAERT, *Cours de droit administratif*, Faculté Saint-Louis, notes de cours, 2006-2007.

<sup>1078</sup> Par ex., CE, 1<sup>er</sup> juillet 1955, Laloyaux, n°4452 ; 27 juillet 1956, Vandeveld, n° 5302 ; 13 juillet 1967, Mevis, n°12.477 ; 19 sept. 1968, Kinet, 13.125 ; 9 mars 1977, Baeyens, n°18.158.

<sup>1079</sup> « La distinction entre le régime statutaire et régime contractuel est-elle encore pertinente ? Faut-il repenser la nature juridique de la relation de travail dans la fonction publique ? », *op. cit.* spéc. pp. 67-68.

<sup>1080</sup> Dans un avis rendu en application de l'art. 9 des lois coordonnées, n° 78.976/VIII-9-1213, 10 déc. 1998, publié avec une note de M. NIHOUL, « Les agents contractuels et les missions de police judiciaire et/ou administrative: l'eau et le feu ? », *op. cit.*

<sup>1081</sup> B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. p. 68.

<sup>1082</sup> *Op. cit.*, spéc., p. 367.

Compte tenu de l'emprise des règles de la « nouvelle gestion publique » promouvant, de différentes manières, une contractualisation poussée dans l'action des pouvoirs publics dans les récentes réformes, nul doute que ce principe sera, à brève échéance, à nouveau contesté<sup>1083</sup>.

181. Nuances

Si, à bien des égards, il existe des différences irréductibles entre les deux régimes<sup>1084</sup> (droit applicable, compétence juridictionnelle, formation, modification et fin de la relation de travail, régime disciplinaire, sécurité sociale), la doctrine a souligné que « les évolutions respectives du contrat de travail et de la relation statutaire se sont accomplies de manière convergente »<sup>1085</sup>.

Interventions unilatérales de l'autorité dans les relations de travail, élaboration de normes protectrices des travailleurs qui s'appliquent à la relation contractuelle indépendamment de la volonté des parties, participation des syndicats à divers négociations (élaboration des statuts et négociation de conventions collectives), nuancent de manière significative les distinctions traditionnellement faites entre les deux thèses mentionnées ci-dessus<sup>1086</sup>.

En outre, Monsieur Gillet précise encore d'autres conséquences de l'affirmation de la situation de droit public dans laquelle se trouve l'agent<sup>1087</sup>.

Premièrement, elle influence le régime juridique du contrat lorsqu'il existe.

D'une part, l'autorité a, en quelque sorte, un droit d'option : passer du contrat au statut ( sans indemnisation) pour autant qu'il s'agisse d'une décision prise par les organes compétents et pour l'ensemble des agents se trouvant dans la même situation, dans l'intérêt du service public.

D'autre part, la loi du changement a pour conséquence que l'autorité peut toujours mettre fin unilatéralement au contrat. Elle implique donc la suppression de la revendication de l'exécution en nature des obligations dans le chef de l'agent, lorsqu'elle contredit l'intérêt du service, mais moyennant le respect des dispositions impératives des lois sur le contrat de travail. En outre, la contractualisation de la loi du changement dans une clause ne peut être interprétée comme niant le contrat lui-même : les nécessités du service ne peuvent justifier une remise en cause des éléments essentiels du contrat.

<sup>1083</sup> Voy. cependant, CE, 2 février 2004, n° 127.677 qui maintient la solution traditionnelle.

<sup>1084</sup> Voy., M. HERBIET, *Eléments de fonction publique*, notes de cours, 2003-2004, spéc. pp. 92 et s.

<sup>1085</sup> M. JAMOULLE, *op. cit.*, spéc. p. 25.

<sup>1086</sup> Certaines législations s'appliquent aux agents contractuels et aux agents statutaires (règlement général pour la protection du travail, loi du 10 juin 1952 relative à la santé et à la sécurité, loi du 12 avril 1965 relative à la protection de la rémunération des travailleurs, loi du 4 août 1978 relative à la discrimination homme/femme, loi du 28 janvier 2003 relative au contrôle médical, loi du 3 juillet 1967, AR du 24 janvier 1969 et AR du 12 juin 1970 relatifs aux accidents de travail – dont le contenu est largement inspiré par le régime applicable au contrat de travail du secteur privé ; voy., en ce sens, M. HERBIET, *Eléments de fonction publique*, notes de cours, 2003-2004, spéc. p. 97.

<sup>1087</sup> « La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent », *op. cit.*, spéc. pp. 19-24.



Deuxièmement, certains fonctionnaires peuvent se trouver dans une situation mixte, comportant à la fois des clauses contractuelles et des clauses statutaires. Par exemple, tous les agents statutaires et contractuels sont soumis au même régime de vacances annuelles<sup>1088</sup>. Il peut également arriver que le statut règle certains aspects de la relation de travail et soit complété par un contrat pour d'autres<sup>1089</sup>.

182. *La détermination concrète en droit belge : principe*

Contrairement à une idée répandue, les pouvoirs publics disposent rarement du choix entre la voie contractuelle et la voie statutaire, en ce sens que le législateur ou la jurisprudence sont très souvent intervenus pour restreindre cette faculté et imposer le recrutement statutaire. Lorsque la loi impose le recrutement statutaire, elle s'impose sur la volonté des parties. Il reste de rares hypothèses où le libre choix entre le contrat et le statut est organisé.

183. *Les interventions du législateur pour imposer la relation statutaire ou la relation contractuelle*

Adopté quelque temps après l'arrêt de principe de la Cour de cassation, le statut Camu affirmait sans ambiguïté le principe du recrutement statutaire des agents, dans le souci de ne pas reconnaître à ceux-ci des droits acquis relatifs à la stabilité de leur emploi ou à leur carrière administrative et pécuniaire, au risque de paralyser l'action de l'administration<sup>1090</sup>.

Le recrutement statutaire était prévu pour tous les agents engagés à titre définitif quels que soient leurs emplois (puissance publique, tâches intellectuelles, techniques ou matérielles, etc.).

La nomination définitive était considérée comme de l'essence de la situation réglementaire de droit public<sup>1091</sup>.

Il restait cependant possible d'engager, par contrat, des personnes pour l'accomplissement de tâches dites auxiliaires, soit celles « qui ne requièrent

---

<sup>1088</sup> L'A.R. du 1<sup>er</sup> juin 1964 relatif à certains congés accordés à des agents de l'Etat et aux absences pour convenance personnelle s'applique aux agents sous contrat ou dans le cadre d'un statut (vérifier si encore d'application).

<sup>1089</sup> Par exemple, le statut des conservateurs d'hypothèques en raison de leur responsabilité personnelle dans l'exécution des formalités civiles prescrites par la loi hypothécaire (vérifier si encore d'application).

<sup>1090</sup> B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. p. 70 ; Rapport au Roi, *Pasin.*, 1937, pp. 311-318.

<sup>1091</sup> A l'époque, des systèmes moins rigides existaient déjà, notamment en Suisse, qui pratiquait déjà le système de désignation courte avec réexamen de la situation, dont le Commissaire royal a entendu s'écarter car instaurant une « instabilité insupportable » dans les services publics, souligné par B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. p. 72 ; pour une explication historique de cette option, voy. A. MOLITOR, « Les avatars d'un statut », *A.P.T.*, 1977, p. 1 et s.

aucune spécialisation et pour lesquelles la personnalité du membre du personnel qui s'en acquitte est indifférente »<sup>1092</sup>.

Le commissaire royal donnait les exemples des nettoyeuses (techniciennes de surfaces), des assistants des chèques postaux, des aides à l'administration de la poste, des fonctions manuelles. Il soulignait que ces métiers ne différaient guère de ceux accomplis pour un employeur privé<sup>1093</sup> et qu'il n'existait aucune raison de les soustraire au droit commun de la relation de travail et de la sécurité sociale.

Le personnel temporaire ne pouvait être recruté qu'à terme et pour des travaux extraordinaires d'une durée limitée. Il se trouvait dans une situation mixte : certaines dispositions du statut lui étaient applicables ; pour le reste, la loi sur le contrat d'emploi s'appliquait<sup>1094</sup>.

Le souci de renforcer l'autorité et l'efficacité de l'Etat, dans une période mouvementée (montée du fascisme en Europe et du rexisme en Belgique), a participé à ces choix<sup>1095</sup>.

Tout au long du 20<sup>ème</sup> siècle, de nombreuses lois ont confirmé de principe de l'engagement statutaire des agents<sup>1096</sup>.

La « **fonction publique administrative fédérale** » (administrations, ministères fédéraux devenus SPF, organismes d'intérêt public soumis au contrôle de l'Etat et énumérés ou désignés par le Roi)<sup>1097</sup> est soumise au même principe du recrutement statutaire<sup>1098</sup> dans l'enveloppe déterminée pour chaque service par un A.R. délibéré au Conseil des Ministres.

Cependant l'engagement de personnes sous le régime du contrat de travail est prévu<sup>1099</sup> aux fins exclusives : 1° de répondre à des besoins exceptionnels et temporaires (action limitée dans le temps ou surcroît extraordinaire de travail) ; 2° de remplacer des agents qui n'assument pas leurs fonctions ou ne l'assument qu'à temps partiel, sans préjudice de la possibilité de remplacer un agent statutaire par un autre agent statutaire ; 3° d'accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques<sup>1100</sup>.

Le Roi doit, d'une part, définir les conditions et modalités de l'engagement et les conditions de travail du personnel contractuel (dans le respect de la loi du 3 juillet 1978), d'autre part, définir les « tâches auxiliaires ou spécifiques », et enfin, déterminer (A.R. délibéré en conseil des ministres), par niveau, le nombre de

<sup>1092</sup> B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. p. 71.

<sup>1093</sup> L. CAMU, Premier rapport sur la réforme administrative – Le statut des agents de l'Etat, Bruxelles, I.M.F.I., 1937, spéc. p. 29.

<sup>1094</sup> Art. 7 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937.

<sup>1095</sup> A. MOLITOR, « Les avatars d'un statut », *A.P.T.*, 1977/1, pp.1 et s., spéc. pp.4-7.

<sup>1096</sup> Art. 11 de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public ; l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail.

<sup>1097</sup> Art. 1<sup>er</sup>.

<sup>1098</sup> Art. 3.

<sup>1099</sup> Les entités qui exercent une activité industrielle ou commerciale sont soumises à des règles différentes. Elles peuvent, en effet, engager par principe par contrat dans les conditions fixées par le Roi après délibération en Conseil des ministres en vertu de l'art. 5.

<sup>1100</sup> Art. 4, §1<sup>er</sup>, par dérogation à l'art.3.

personnes qui peuvent être occupées en vue de répondre aux besoins exceptionnels et temporaires, ainsi que la durée de leur occupation<sup>1101</sup>.

Les tâches « auxiliaires ou spécifiques »<sup>1102</sup> recouvrent partiellement celles du statut Camu (personnel de nettoyage, entretien, maintenance, etc.). Sont également visés des emplois comportant soit une grande spécialisation, soit d'importantes responsabilités.

Les données sont quasi identiques pour les entreprises publiques autonomes<sup>1103</sup> : les membres du personnel sont recrutés ou employés en vertu du cadre et du statut du personnel arrêté par le conseil d'administration ou, le cas échéant, le Roi.

Le recrutement ou l'emploi en vertu d'un contrat de travail (loi du 3 juillet 1978) est autorisé, pour 1° répondre à des besoins exceptionnels et temporaires (actions limitées dans le temps ou surcroît extraordinaire de travail) ; 2° exécuter des tâches nécessitant une connaissance ou expérience de haute qualification (notamment pour des fonctions de direction ou de responsabilités) ; 3° remplacer des membres du personnel statutaire ou contractuel pendant des périodes d'absence temporaire partielle ou totale ; 4° accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques. Ces dernières sont laissées à l'appréciation du conseil d'administration.

Deux nouvelles hypothèses d'engagement contractuel ont été introduites dans l'art. 4 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, par l'art. 3 de la loi du 26 mars 2001 portant diverses mesures en matière de fonction publique<sup>1104</sup>.

Il est désormais possible d'engager par contrat, d'une part, pour remplacer les agents absents en tout ou en partie, qu'ils soient ou non en activité de service, quand la durée de l'absence implique un remplacement<sup>1105</sup>, et, d'autre part, pour pourvoir à l'exécution de tâches exigeant une connaissance particulière ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter<sup>1106</sup>. La deuxième hypothèse a été introduite afin d'engager des « managers » ou des responsables GRH, recrutés en dehors de l'administration<sup>1107</sup>. Finalement, les managers titulaires d'un mandat ont été dotés d'un statut temporaire particulier<sup>1108</sup>.

Pour les autres agents, l'art 4 de la loi du 22 juillet 2003 a été, à nouveau, modifié par la loi programme du 24 décembre 2002, pour habiliter le Roi à déterminer, par

---

<sup>1101</sup> Art. 4, § 2.

<sup>1102</sup> Arrêté royal du 1<sup>er</sup> février 1993 déterminant les tâches auxiliaires ou spécifiques dans les administrations et autres services des ministères ainsi que dans certains organismes d'intérêt public (modifié plusieurs fois).

<sup>1103</sup> Art. 29, §1<sup>er</sup> de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (**références MB**)

<sup>1104</sup> *M.B.*, 11 avril 2001, pp. 12.161 et s.

<sup>1105</sup> Art. 2, § 1<sup>er</sup>, 2° de l'A.R. du 22 déc. 2000.

<sup>1106</sup> Art. 2, § 1<sup>er</sup>, 4° de l'A.R. du 22 déc. 2000.

<sup>1107</sup> Voy. le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 déc. 2000, *M.B.*, 9 janv.2001, spéc. p. 422.

<sup>1108</sup> Art. 8 de la loi du 26 mai 2001 modifiant l'art. 22 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, exécuté par l'A.R. du 29 sept. 2001, *infra*.

AR délibéré en Conseil des Ministres, les circonstances dans lesquelles il peut procéder à l'engagement de personnes sous contrat de travail, les conditions et les modalités de leur engagement et leurs conditions de travail. L'objectif poursuivi par cette modification est de conférer aux « managers coperniciens » une plus grande autonomie dans la gestion de leur personnel<sup>1109</sup>. L'art. 443 de la loi programme de 2002 est censé entrer en vigueur dès l'adoption d'un arrêté en ce sens. Il n'est à ce jour pas encore adopté.

Sans nul doute, cette ouverture rend possible une remise en question, dans le futur, du principe de l'engagement statutaire dans la fonction publique, à tous les niveaux, compte tenu de la technique retenue. A défaut d'exécution, il est cependant trop tôt pour en mesurer les effets concrets à court et moyen termes.

Enfin, avant la loi du 24 décembre 2002, le Roi fixait le statut et le cadre du personnel des organismes d'intérêt public. Après l'entrée en vigueur de cette loi, les organes de gestion des organismes de la catégorie C (activité financière) sont compétents pour l'adoption des statuts.

Pour la **fonction publique des entités fédérées**, il faut se référer à l'art. 87, §4 de la loi spéc. du 8 août 1980 qui prévoit que l'ARPG doit fixer les principes applicables en la matière.

Dans un premier temps, l'ARPG du 26 sept. 1994, en son art. 2, a repris les mêmes principes que ceux exposés ci-dessus : principe d'engagement statutaire, autorisation ponctuelle de la voie du contrat de travail pour répondre à des besoins exceptionnels et temporaires, remplacement de statutaires, tâches auxiliaires ou spécifiques (dont la liste et le contenu doivent être fixés par les exécutifs<sup>1110</sup>, sous le contrôle du Conseil d'Etat<sup>1111</sup>).

Pour les organismes d'intérêt public, ils ne sont concernés par l'ARPG que si le Roi les reprend dans une liste (après concertation avec chacun des gouvernements des entités fédérées)<sup>1112</sup>, notamment afin de prévoir une certaine souplesse pour les entreprises publiques régionales.

A l'exception de la Communauté flamande, toutes les listes ont été adoptées<sup>1113</sup>. La conséquence est que les organismes dépendant de la Communauté flamande sont libres de recourir à l'engagement contractuel.

<sup>1109</sup> Doc. Parl., Ch., sess. 2002-2003, n° 2124/01.

<sup>1110</sup> Voy. not., AGW du 3 juin 1999 relatif aux tâches auxiliaires et spécifiques au Ministère de la Région wallonne et au Ministère de l'Équipement et du Transport, M.B., 3 juin 1999 ; AGCF du 16 septembre 1998, M.B., 3 oct. 1998 ; AGRBC du 9 mai 1995, M.B., 24 juin 1995. L'arrêté du Gouvernement flamand du 24 novembre 1993 portant statut des agents du Ministère de la Communauté flamande comportait des règles spéciales pour les agents contractuels et énumérait les tâches spécifiques et auxiliaires. L'arrêté du 15 juillet 2002 qui le remplace reprend la même technique.

<sup>1111</sup> C.E., 17 janvier 1997, Arendt, n°64.111 ; C.E., 18 octobre 2000, Fagard, n°90.291.

<sup>1112</sup> Art. 62 de l'ARPG du 26 sept. 1994.

<sup>1113</sup> Communauté française, AR du 20 oct. 1992, M.B., 17 nov. 1992 ; Région wallonne, AR du 20 oct. 1992, M.B. 17 nov 1992, modifié par AR du 14 février 1996, M.B., 24 avril 1996 ; pour la Région bruxelloise, AR du 20 oct. 1992, M.B. du 17 nov. 1992, modifié par l'AR du 24 mars 1994, M.B. du 4 mai 1994 ; Communauté germanophone, AR du 9 nov. 1992, M.B. du 18 nov. 1992.

Dans un second temps, l'ARPG du 22 décembre 2000 a ajouté deux hypothèses de recours au contrat par rapport à l'ARPG du 26 sept. 1994<sup>1114</sup>.

Il est désormais possible d'engager par contrat, d'une part, pour remplacer les agents absents en tout ou en partie, qu'ils soient ou non en activité de service, quand la durée de l'absence implique un remplacement<sup>1115</sup>, et d'autre part, pour pourvoir à l'exécution de tâches exigeant une connaissance particulière ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter<sup>1116</sup>.

La deuxième hypothèse a été introduite afin d'engager des « managers » ou des responsables GRH, recrutés en dehors de l'administration<sup>1117</sup>.

Pour les organismes (ou personnes morales de droit public) chargés de missions ou d'activités concurrentielles<sup>1118</sup> créés par les entités fédérées en application de l'art. 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, les législateurs des entités fédérées sont habilités à définir dans quelle mesure leur personnel doit être engagé par contrat<sup>1119</sup>.

Les conséquences de l'arrêt de la cour d'arbitrage du 21 juin 2000 (n°78/2000) ont été traduites dans l'ARPG.

Compte tenu du caractère de règle répartitrice de compétence de l'ARPG, la cour d'arbitrage pourrait être amenée à contrôler l'interprétation donnée par les législateurs des entités fédérées au caractère concurrentiel des activités<sup>1120</sup>.

Pour les **pouvoirs locaux**, il convient, pour chaque entité locale, de consulter les lois organiques. Les communes<sup>1121</sup>, les CPAS<sup>1122</sup>, les provinces, en principe, engagent par statut. L'engagement contractuel n'est cependant pas exclu.

Le principe de l'engagement statutaire est repris pour le CPAS, la loi organique limitant les hypothèses pour lesquelles le contrat est autorisé<sup>1123</sup>.

L'article 42, alinéa 5 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres d'action sociale, prévoit l'application à son personnel du statut administratif et pécuniaire du personnel de la commune où le centre a son siège. Le conseil de l'aide social reste compétent pour adopter des règles pour les emplois qui n'existent pas au

<sup>1114</sup> Voy. également, *supra*, les deux mêmes hypothèses introduites dans l'art. 4 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, par l'art. 3 de la loi du 26 mars 2001 portant diverses mesures en matière de fonction publique, *M.B.*, 11 avril 2001, pp. 12.161 et s.

<sup>1115</sup> Art. 2, § 1<sup>er</sup>, 2° de l'A.R. du 22 déc. 2000.

<sup>1116</sup> Art. 2, § 1<sup>er</sup>, 4° de l'A.R. du 22 déc. 2000.

<sup>1117</sup> Voy. le rapport au Roi précédant l'AR du 22 déc. 2000, *M.B.*, 9 janv. 2001, spéc. p.422.

<sup>1118</sup> Par ex. les entreprises régionales de transport, la SRIW, SRIB, etc.

<sup>1119</sup> Art. 2 de l'AR du 22 déc. 2000.

<sup>1120</sup> B. LOMBAERT, *op. cit.*, spéc. p. 91.

<sup>1121</sup> Anc. Art., 144 bis, 145 et 149 de la NLC ; articles L1122-30, L1212-1 et L1213-1 du code de démocratie locale et de la décentralisation.

<sup>1122</sup> **Art. 32 du décret du 12 février 2004 (code de démocratie locale).**

<sup>1123</sup> Art. 42, al.7 de la loi du 8 juillet 1976.

niveau communal ou dans la mesure où le caractère spécifique de certains services ou établissement le demande<sup>1124</sup>.

Le principe statutaire est tout aussi affirmé pour les communes et les provinces. Cependant, la loi n'encadre pas le recours à l'engagement contractuel.

L'ensemble du personnel des sociétés de logement de service public (ou logement social) est engagé dans les liens d'un contrat de travail, et non sous statut. Il s'agit d'une condition posée par l'article 159 du Code wallon du logement pour l'agrément d'une société wallonne de logement social<sup>1125</sup>.

#### 184. *Les rares hypothèses de choix*

Les hypothèses sont rares : les organismes dépendant de la Communauté flamande, compte tenu de l'absence de liste en application de l'ARPG<sup>1126</sup>, peuvent recourir sans limite au contrat de travail.

Dans sa version du 22 déc. 2000, les législateurs des entités fédérées peuvent prévoir un engagement contractuel de principe pour leurs « entreprises publiques ».

Les intercommunales wallonnes disposent également d'une option entre l'engagement contractuel et l'engagement statutaire<sup>1127</sup>.

#### 185. *Absence de disposition normative*

Dans ce cas - exceptionnel vu l'état du droit positif -, il faut conclure que l'autorité qui a compétence pour recruter des agents peut aussi bien les engager sous statut que sous contrat : elle a **le choix**.

La situation statutaire est néanmoins la règle. En manière telle que, si l'autorité entend recruter par contrat, il convient qu'elle exprime ce choix en termes clairs.

Le contrat conclu dans ces conditions sera un contrat de travail soumis à la loi du 3 juillet 1978.

Il existe une présomption de statut, qui peut, certes, être renversée par les parties. Depuis l'arrêt Solon, la jurisprudence du Conseil d'Etat est clairement en ce

---

<sup>1124</sup> B. LOMBAERT, « Du personnel du centre public d'aide social », in *Manuel de droit communal*, T.II, La loi organique des centres publics d'aide sociale, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 1996, pp. 128 et s., spéc. pp.163-164.

<sup>1125</sup> P. JOASSART, « Les sociétés de logement social et leur personnel : des relations d'incertitude », *J.T.T.*, 2007, p. 18

<sup>1126</sup> Voy. supra, pour la justification.

<sup>1127</sup> Art. 5, §5 du décret du 5 décembre 1996 repris dans l'art. L-151-4, §5 du nouveau code de démocratie locale.

sens<sup>1128</sup>. Cette présomption vaut pour toutes les fonctions ou emplois, qu'ils impliquent, ou pas, l'exercice d'une parcelle de puissance publique<sup>1129</sup>.

On lit dans cet arrêt du 13 juillet 1979, Solon *c/ Association intercommunale Société coopérative Inter-Régies*, que le personnel d'un service public se trouve en règle générale placé à l'égard de ce service dans une situation de droit public et est dès lors, à défaut d'un statut du personnel qui lui est propre, réputé soumis aux principes généraux qui sont à la base de la situation juridique du personnel en service public.

Un service public peut aussi occuper du personnel engagé sous contrat, régi par les lois coordonnées sur le contrat d'emploi.

Cette situation particulière doit cependant être constatée de manière non-équivoque dans un arrangement contractuel entre l'organe de gestion du service public et l'agent intéressé<sup>1130</sup>.

La Cour de cassation considère quant à elle que " *le critère de la distinction entre le régime contractuel et statutaire doit être recherché dans l'acte juridique qui a donné naissance à la relation de travail* "<sup>1131</sup>. Concrètement, l'acte qui fait naître la relation de travail est déterminant pour sa qualification particulière. Les événements postérieurs ne sont pas considérés comme déterminants.

Peu importe, à cet égard, qu'il n'existe pas de statut, car la jurisprudence a dégagé des principes généraux du droit qui participent à l'essence d'une relation réglementaire de travail et qui seront appliqués au cas d'espèce : droits de la défense en matière disciplinaire, obligation de comparer les titres et mérites des candidats avant de nommer, etc.<sup>1132</sup>

La Cour d'appel de Mons a jugé encore que la loi du 1er mars 1922 relative aux associations de communes ne contient aucune disposition concernant le lien juridique établi entre l'intercommunale et son personnel de sorte qu'en principe elle a le choix entre un statut réglementaire et un contrat de travail, pour autant qu'elle n'ait pas elle-même exclu la possibilité d'une telle alternative. En cas d'engagement contractuel, l'intercommunale n'est pas obligée d'appliquer les mêmes critères de progression barémique qu'en cas de relation statutaire<sup>1133</sup>.

Si l'administration n'a pas opté clairement en faveur du recrutement par contrat, c'est la situation statutaire qui sera présumée.

<sup>1128</sup> C.E., 13 juillet 1979, Solon, n° 19.754.

<sup>1129</sup> B. LOMBAERT, op. cit., spéc. p. 94, les références citées aux notes 42 et 43.

<sup>1130</sup> C.E., 13 juillet 1979, Solon *c/ Association intercommunale Société coopérative inter-Régies*, n° 19.754, Rec., p. 791.

<sup>1131</sup> Cass., 13 juin 1973, Pas. I, 949 et note H.L.; J.T.T. 1985, pp. 187 et 188.

<sup>1132</sup> Voy. not., Cass., 21 sept. 1972, Pas., 1973, I., pp. 78 et s.; Cass., 13 juin 1973, Pas., I, pp. 949 et s., note H.L.; Cass., 25 juin, 1979, Pas., I, pp. 1235 et s.; C.E., 6 oct. 1961, Charpentier, n°8823; C.E., 29 oct. 1974, De Kempeneer, n° 3375; C.E., 15 mai 1964, Clements et csrt, n° 10.619; C.E., 3 avril 196, Geerts, n° 12.092, R.J.D.A., 1968, pp. 296 et s., obs. J.LIGOT; C.E., 24 juin 1966, Colle, n° 11.907; rap. CH. HUBERLANT, R.J.D.A, 1967, pp. 221 et s.

<sup>1133</sup> Mons, 27 mai 1999, J.L.M.B., 2000, p. 1.435.

Le statut applicable en pareil cas sera certes rudimentaire; il résultera alors, par la force des choses, de règles non-écrites, les "*principes généraux qui sont à la base de la situation juridique du personnel en service public*".

Quels sont ces principes ?

On retient essentiellement ceux qui imposent :

1° le respect de l'égalité de traitement en matière de promotion pour tous les agents du service public, qui implique :

- soit en un appel à tous les candidats susceptibles d'être promus<sup>1134</sup>,
- soit un examen d'office des dossiers de tous les agents qui satisfont aux conditions d'une promotion<sup>1135</sup>,

2° le respect des droits de la défense en matière disciplinaire<sup>1136</sup>.

La relation statutaire a une incidence sur le contentieux, puisqu'elle fait et se défait par des actes unilatéraux de l'autorité, le Conseil d'Etat est compétent pour les annuler dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (art. 14 des LCCE).

#### 186. Statut incomplet

Occasionnellement, on peut rencontrer des dispositions législatives ou réglementaires disposant que les agents sont sous statut, mais renvoyant l'élaboration de ce statut à un arrêté ultérieur.

Telle a été notamment la situation d'agents d'organismes publics soumis à la loi du 16 mars 1954; l'article 11 de cette loi chargeait le Roi de fixer le statut et le cadre du personnel des organismes énumérés à l'article 1er. Dans l'attente de l'arrêté royal qui devait en déterminer le contenu, il fallait décider que ces agents étaient en principe dans une situation statutaire et qu'ils bénéficiaient des garanties prétorienne posées par le Conseil d'Etat<sup>1137</sup>.

La circonstance que la Province du Brabant wallon n'a pas élaboré le statut de son personnel n'a pu avoir pour effet que ce personnel se trouverait nécessairement dans les liens de contrats de travail. Au contraire, le personnel d'un service public est, en principe, placé à l'égard de celui-ci dans une relation de droit public et se trouve, dès lors, réputé soumis aux principes généraux qui gouvernent la situation

<sup>1134</sup> On a pu soutenir que le principe d'égalité de traitement impose que l'administration donne une certaine publicité à sa volonté de recruter par contrat. Mais la jurisprudence ne présente pas de cas dans lequel un tel recrutement sans publicité préalable aurait été déclaré irrégulier. Il nous paraît en être de même du respect du principe de l'audition préalable des candidats (P. BOUCQEY, L'engagement d'agents contractuels par les communes et les principes généraux du droit, Rev. dr. comm. 2003, p. 21).

<sup>1135</sup> C.E., 5 juin 1968, Vervoort c/ Gouverneur de la Province d'Anvers, n° 13.005, Rec., p. 471; 26 septembre 1969, Dacosse et Halet c/ O.N.P.T.S., n° 13.711, Rec., p. 819.

<sup>1136</sup> C.E., 6 octobre 1961, Carpentier c/ Etat belge, n° 8823, Rec., p. 780.

<sup>1137</sup> C.E., 6 octobre 1961, Carpentier c/ Etat belge, précité.



juridique des agents statutaires. Il ne pourrait en être autrement que s'il apparaissait que les intéressés, lorsque la loi le permet, ont été engagés par un contrat de travail dont l'existence, déduite d'éléments concordants, serait établie de manière certaine<sup>1138</sup>.

187. *Compatibilité des situations contractuelles et statutaires*

Faut-il décider, lorsqu'il ressort d'une disposition législative ou réglementaire que les agents sont sous statut, que le recrutement par contrat est interdit?

Le statut est-il alors imposé à titre exclusif?

Il se peut d'abord que la réponse à la question ait été formulée par les auteurs du texte : nous avons vu que telle est l'hypothèse dans l'article 29, §1er, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, ainsi que dans l'article 2 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux.

Lorsqu'est offerte la faculté de recruter tantôt sous statut, tantôt sous contrat, il s'agit bien évidemment de respecter les dispositions qui l'organisent.

Mais que décider lorsque le texte prévoit que les agents sont sous statut, mais ne dit rien de l'éventuel engagement d'agents sous contrat ?

Cette question s'est posée au sujet des agents des organismes publics énumérés par la loi du 16 mars 1954, compte tenu de l'article 11 de cette loi.

Le problème a surgi à la R.T.T., en 19711139, lorsqu'elle décida de recruter par contrat un conseiller juridique à la direction générale, pour une durée de 5 ans.

Sur recours de M. Jean Puissant, lui-même candidat à la fonction de conseiller juridique, le Conseil d'Etat annula le recrutement par contrat, en affirmant ce qui suit : *" le recrutement d'agents en dehors du régime du statut est de nature à léser aussi bien les agents recrutés de cette manière que les agents du cadre qui, comme le requérant, pourraient prétendre accéder à l'emploi du cadre correspondant à la fonction occupée en exécution d'un contrat; que, certes, pas plus que l'article 11 de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public, l'article 21 de la loi du 19 juillet 1930 n'interdit totalement à la R.T.T. de procéder à des engagements par contrats de louage de services, afin de s'assurer par ce moyen les concours rendus nécessaires par les circonstances; que, toutefois, les personnes ainsi engagées ne peuvent l'être valablement que pour une durée limitée et pour accomplir des travaux extraordinaires, de telle sorte qu'elles puissent être considérées comme ne faisant pas partie du personnel de la Régie "*<sup>1140</sup>.

<sup>1138</sup> C.E., 24 janvier 2001, de Ville de Goyet c/ Province du Brabant wallon, n° 92.580.

<sup>1139</sup> A l'époque, la R.T.T. était soumise à une loi du 19 juillet 1930 créant la Régie des télégraphes et des téléphones ainsi qu'à la loi du 16 mars 1954.

<sup>1140</sup> C.E., 14 mars 1974, Puissant c/ R.T.T., n° 16.297, Rec., p. 248.

Cette question se pose encore à propos des agents communaux, vu l'article 145 de la N.L.C. (C.D.L.D. L 1212-1).

Il a été décidé que les communes peuvent engager du personnel par contrat de travail (art. 1er, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail). Toutefois, par de tels recrutements contractuels, les communes ne peuvent échapper à l'obligation que leur font l'article 145 N.L.C. et la loi du 30 juillet 1903 de pourvoir, par des nominations statutaires, aux emplois permanents du cadre et aux fonctions permanentes. Partant, les recrutements contractuels doivent demeurer exceptionnels<sup>1141</sup>.

On notera que dans le cas d'espèce, le ministre-président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale avait cru pouvoir affirmer que, dans le secteur communal, l'engagement sous le régime contractuel n'était possible que dans trois cas, soit dans un emploi ou pour des tâches limités dans le temps, pour l'exécution d'une mission déterminée ou en vue d'un remplacement. Constatant que l'engagement décidé par la Commune de Schaerbeek ne relevait d'aucun de ces trois cas, il avait suspendu puis annulé sa décision, en déclarant qu'elle violait la loi et blessait l'intérêt général. Le Conseil d'Etat a contredit cette version des choses, et a précisé : " (...) *pour juger si un recrutement contractuel s'avère exceptionnellement nécessaire, il n'y a pas lieu de se référer aux seules hypothèses visées dans l'arrêté attaqué, car aucune disposition ne limite ce type de recrutement à ces seules hypothèses* " <sup>1142</sup>.

Il a été jugé encore qu'en vertu des articles 145 et 149 de la loi communale, le personnel d'une commune se trouve, en règle générale, placé à l'égard de celle-ci dans une situation statutaire. Une commune peut cependant engager du personnel sous contrat, auquel personnel est alors applicable la loi sur le contrat de travail. Toutefois, par de tels recrutements contractuels, les communes ne peuvent échapper à l'obligation que leur fait la nouvelle loi communale, notamment à l'article 145, et la loi du 30 juillet 1903 relative à la stabilité des emplois communaux, de pourvoir, par des nominations statutaires, aux emplois permanents du cadre et aux fonctions permanentes. Dès lors, les recrutements contractuels doivent demeurer exceptionnels et cette situation particulière doit au surplus être constatée de manière non équivoque dans un engagement contractuel entre l'organe de gestion du service public et l'agent intéressé<sup>1143</sup>.

Un problème du même ordre s'est posé au sein du C.P.A.S. à propos de la rupture du lien établi entre celui-ci et l'un de ses agents : il été jugé que, dès lors que la désignation d'un agent d'un C.P.A.S. à une fonction déterminée ne contient aucune indication qui ferait ressortir la nature contractuelle de l'engagement et dès lors qu'elle ne vise pas davantage l'une ou l'autre des circonstances précises permettant le recrutement d'agents sous contrat sur la base des articles 55, 55bis ou 56 de la loi du 8 juillet 1976, la décision mettant fin à l'engagement apparaît comme un acte juridique unilatéral dont l'objet est de mettre fin à une situation statutaire<sup>1144</sup>.

1141 M. HERBIET et D. DELHEZ, o.c., Rev. dr. comm., 2003, p. 11.

1142 C.E., 23 novembre 1994, Commune de Schaerbeek c/ Région de Bruxelles-Capitale, n° 50.355, A.P.M., 1994, p. 209.

<sup>1143</sup> C.E., 6 janvier 1999, Bidée c/ Commune de Woluwe-Saint-Pierre, n° 77.982.

<sup>1144</sup> C.E., 10 juin 1998, Baize c/ C.P.A.S. de Manage, n° 74.208.

## § 2. Les relations collectives de travail

### 188. Présentation

Les relations collectives (ou sociales) dans la fonction publique ne peuvent utilement être présentées sous l'angle du droit positif, que par rapport aux relations collectives dans le secteur privé<sup>1145</sup>.

En tant que phénomène signifiant du point de vue historique et sociologique, le sujet recoupe la concrétisation de la liberté d'association consacrée par l'article 20 de la Constitution de 1831.

Après la première guerre mondiale, la reconnaissance du suffrage universel, l'abrogation de la disposition pénale qui faisait de la grève un délit et la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association dans tous les domaines, en ce compris la défense des intérêts professionnels<sup>1146</sup>, permettront l'existence des organisations syndicales.

Le statut Camu prévoyait d'ailleurs l'octroi de congé pour activité syndicale<sup>1147</sup> et un arrêté du 14 décembre 1937 a institué, dans chaque département, un comité du personnel chargé de donner au ministre un avis sur les questions relatives au fonctionnement des services et des conditions de travail.

La représentation syndicale et le principe de consultation caractérisent ainsi d'emblée les relations sociales dans la fonction publique<sup>1148</sup>.

L'expression « statut syndical » apparaît après la seconde guerre mondiale. Elle vise le statut des relations entre l'autorité et les organisations syndicales, en concrétisant la manière dont ces dernières peuvent agir pour remplir leurs fonctions.

Après la seconde guerre mondiale, un arrêté royal du 20 juin 1955 va octroyer de nouvelles prérogatives aux syndicats et à leurs délégués, notamment un droit d'avis sur les statuts des agents, la sécurité, l'hygiène et l'embellissement des lieux de travail, ainsi que l'organisation des services et du travail<sup>1149</sup>.

Enfin, dans les années 60, un régime de *négociation* de fait lié à la pratique des accords de programmation sociale voit le jour, sans doute inspirée par le système des négociations collectives du secteur privé (loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives entre organisations de travailleurs et organisations d'employeurs)<sup>1150</sup>.

---

<sup>1145</sup> J. JACQMAIN, *Droit social de la fonction publique*, Université libre de Bruxelles, cours, vol. 1., pp. 124-

<sup>1146</sup> E. PEREMANS, « Les relations sociales », in *Précis de la fonction publique*, op. cit., pp. 597-667, spéc. p. 597.

<sup>1147</sup> Art. 102, 7°.

<sup>1148</sup> E. PEREMANS, « Les relations sociales », op. cit., spéc., p. 598.

<sup>1149</sup> E. PEREMANS, « Les relations sociales », op. cit., spéc., p. 600.

<sup>1150</sup> E. PEREMANS, « Les relations sociales », op. cit., spéc., p. 600.

L'assimilation pure et simple entre le statut des relations collectives et le système des conventions collectives de travail dans le secteur privé n'allait cependant pas de soi.

L'essence même d'une relation statutaire de droit public réside dans la faculté reconnue à l'autorité de modifier de manière unilatérale les règles qui s'appliquent aux agents, ce que fit remarquer le Conseil d'Etat, saisi de l'avant-projet de loi qui allait devenir le nouveau statut syndical<sup>1151</sup>.

En d'autres termes, cette assimilation aurait pu entraîner une profonde mutation de la relation statutaire individuelle de travail.

Cette même idée a guidé l'interprétation restrictive de la loi du 19 décembre 1974 par le Conseil d'Etat, car elle constitue « un frein au jeu normal de la loi du changement qui gouverne l'action administrative »<sup>1152</sup>.

#### 189. *Les relations collectives dans le secteur privé : aperçu*

Dans le secteur privé, les relations de travail sont marquées par la négociation collective.

En consacrant la **convention collective de travail**, le législateur a officialisé un processus de fait et inséré l'instrument dans une hiérarchie des sources du droit<sup>1153</sup>.

Les interlocuteurs sociaux peuvent demander ou non l'octroi d'une force obligatoire (par arrêté royal)<sup>1154</sup> aux conventions collectives négociées.

Une fois accordée, la violation de la convention peut être érigée en infraction et être sanctionnée par une amende administrative.

La convention collective rendue obligatoire par arrêté royal ne peut cependant pas faire l'objet d'un recours en annulation par le Conseil d'Etat<sup>1155</sup>.

Les organisations syndicales représentatives ont le monopole de conclusions des C.C.T. par l'intermédiaire de leurs délégués permanents.

Dans le secteur privé, les **organes de relations collectives** sont multiples et ont des compétences très variées.

---

<sup>1151</sup> Doc. Parl., Ch., sess. 1970-1970, n° 889/1, pp. 16 et 17, cite par E. PEREMANS, « Les relations sociales », *op. cit.*, spéc., p. 602.

<sup>1152</sup> Voy., not., C.E., Godart, 31 mai 1989, n° 32.667 ; Mousset, 7 octobre 1991, n° 37.816 ; Mousset, 7 avril 1992, n° 39.176, cités par E. PEREMANS, « Les relations sociales », *op. cit.*, spéc., p. 602.

<sup>1153</sup> Art. 51 de la loi du 5 décembre 1968.

<sup>1154</sup> Compétence fédérale exclusive, C.A., 15 septembre 2004, 145/2004.

<sup>1155</sup> Art. 26, alinéa 3 de la loi du 5 décembre 1968 ; voy. l'arrêt rendu sur question préjudicielle par la cour d'arbitrage, CA, 19 mai 1993, 37/93, C.E., F.N.U.C.M., 13 décembre 1991, n° 38.334, *J.T.T.*, 1992, p. 93 et s.

La délégation syndicale est composée uniquement de travailleurs. Elle a pour mission de représenter le personnel auprès de la direction de l'entreprise. Une protection spécifique dans le cadre des licenciements est accordée aux délégués syndicaux.

Les anciens conseils de sécurité et d'hygiène, devenus le C.P.P.T.<sup>1156</sup>, sont composés de représentants de l'employeur et de représentants élus par les travailleurs. Ils ont une compétence consultative en matière de sécurité et d'hygiène.

Le conseil d'entreprise<sup>1157</sup>, de composition identique aux C.P.P.T., a diverses compétences – parfois de décision – sur des aspects sociaux de la vie des entreprises. Il existe également un système spécifique de protection contre le licenciement des représentants des travailleurs.

Les commissions et sous-commissions paritaires<sup>1158</sup> sont compétentes non seulement pour conclure des C.C.T. mais également pour prévenir et solutionner des conflits collectifs et dans le cadre de l'apprentissage industriel.

Le conseil national du travail, principal organe consultatif en matière de législation sociale, est compétent pour conclure des conventions collectives de travail de portée nationale. Le Roi est compétent pour déterminer quelles organisations patronales et syndicales siègent au Conseil national du travail. La représentativité a une incidence sur tous les échelons inférieurs et également dans le secteur public. Lors de l'adoption de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises économiques, ce système a été mis en cause devant la cour d'arbitrage<sup>1159</sup>.

Dans le secteur privé, les conflits collectifs sont restés un sujet très sensible et controversé.

Si le droit de grève ne fait plus débat<sup>1160</sup>, il reste divers contentieux importants liés à l'exercice effectif du droit de grève : occupation illégale des lieux et destruction de matériels ou de marchandises, licenciements pour motifs graves, etc.

#### 190. *Les relations collectives dans la fonction publique*<sup>1161</sup> : aperçu<sup>1162</sup>

<sup>1156</sup> Loi du 4 août 1996 et arrêté royal du 3 mai 1999.

<sup>1157</sup> Loi du 20 septembre 1948.

<sup>1158</sup> Loi du 5 décembre 1968.

<sup>1159</sup> CA., 18 novembre 1992, n° 71/92. La cour a rejeté le recours en annulation ; voy. encore, CA, 26 mai 2004, n°94/2004.

<sup>1160</sup> Il est reconnu par la loi du 11 juillet 1990 approuvant la Charte sociale européenne, M.B., 28 décembre 1990. L'Etat signataire s'est engagé à garantir la liberté d'action collective. C. DUBOIS-HAMDI, « La Charte sociale européenne et le droit social belge », *J. T. T.*, 1998, p. 1 et s. ; Cour eur. Dr H, 2 février 2002, Wilson e ; a ; c/Royaume-Uni, p. 30.668 et s. La cour y admet une application combinée de l'art. 11 de la CEDH de la Charte et des Conventions n° 87 et 98 de l'O.I.T.

<sup>1161</sup> J. JACQUEMAIN, *Droit social de la fonction publique*, Cours, Presses de l'U.L.B., 2005/06-vol. 1, pp. 126-135.

La loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités<sup>1163</sup> et la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1980 relative au paiement de la prime syndicale sont généralement appelés « statut syndical ».

Les règles relatives aux relations entre les autorités publiques et les organisations syndicales des agents relevant de ces autorités, ainsi qu'avec les membres de ces organisations syndicales, relèvent en ce qui concerne les communautés, les Régions et les personnes morales de droit public qui en dépendent, [y compris l'enseignement<sup>1164</sup>, les centres publics d'aide sociale et les associations de communes dans un but d'utilité publique], de la **compétence de l'autorité fédérale**, sauf en ce qui concerne la Radio Télévision belge de la communauté française<sup>1165</sup> et le Commissariat général aux relations internationales de la communauté française<sup>1166</sup>. Toutefois, le gouvernement concerné peut décider d'appliquer pour ces institutions, les dispositions légales précitées.]<sup>1167</sup>.

Pourquoi le statut syndical a-t-il été déterminé par une loi ?

Applicable aux communes, il touche à l'autonomie communale (art. 162 de la Constitution). Il est relatif à la liberté d'association (art. 27 de la Constitution). En outre, l'art. 23 de la Constitution proclame le droit de consultation et de négociation collectives, en chargeant la loi ou le décret d'en organiser l'exercice.

En principe<sup>1168</sup>, la loi du 19 décembre 1974 s'applique à tout le personnel (statutaire et contractuel) des services publics<sup>1169</sup>.

D'importants pans du secteur public sont régis par des règles spécifiques : les forces armées<sup>1170</sup>, le service de police intégré, le personnel des services extérieurs

---

<sup>1162</sup> Pour une telle belle présentation synthétique du sujet, v. S. JACOB, *Le statut syndical de la fonction publique*, C.H. Crisp, n° 1736, 2001.

<sup>1163</sup> Qui fait l'objet de divers arrêtés d'exécution, dont l'arrêté du 28 septembre 1984.

<sup>1164</sup> CA., 23 février 2005, n°44/2005 : déclare que l'art. 87, §5 est contraire à l'art. 127, §1<sup>er</sup> de la Constitution dans le cadre d'un recours introduit contre le décret de la Communauté flamande du 4 avril 2003 (Bologne) qui prévoyait qu'une association (entre une université et une haute école) était compétente pour organiser les relations avec le personnel. Cet arrêt est interprété par le Professeur Jacquemain comme impliquant que chaque Communauté est seule compétente pour organiser les relations collectives dans son enseignement, y compris officiel (organisé ou subventionné), op. cit., spéc. p. 128.

<sup>1165</sup> Le décret du 14 juillet 1997 qui transforme la RTBF en entreprise culturelle autonome prévoit la fixation négociée d'un statut syndical.

<sup>1166</sup> Le Gouvernement a mis fin à l'exception prévue pour le CGRI par l'arrêté du 28 novembre 1996 (M.B. du 7 décembre 1996.)

<sup>1167</sup> § 5 de l'art. 87 de la loi spéciale du 8 août 1980, inséré par l'art. 12 de la L. spéc. du 8 août 1988 (M.B., 13 août 1988) et modifié par l'art. 60 de la L. spéc. du 16 juillet 1993 (M.B., 20 juillet 1993 (deuxième éd.)).

<sup>1168</sup> Les magistrats et greffiers de l'ordre judiciaire ne sont pas visés (CA, 16 décembre 1998, n° 178/98). La loi autorise la cour d'arbitrage, le conseil supérieur de la justice à organiser un régime spécifique de relations collectives. Le personnel des assemblées législatives n'est pas visé par la loi du 19 décembre 1974. Voy., en outre, les statuts du Comités P et R, M.B., du 3 septembre 2002.

<sup>1169</sup> Selon le champ d'application précisé par l'art. 3 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984.

<sup>1170</sup> Loi du 11 juillet 1978 sur le statut syndical des forces armées. Le système de représentativité des organisations syndicales a été maintes fois critiqué, voy., CA, 16

de la sûreté de l'Etat<sup>1171</sup>, les entreprises publiques autonomes, les institutions de crédit<sup>1172</sup>, les sociétés régionales de transports publics<sup>1173</sup>.

En principe, un seul système de relations collectives s'applique à un employeur et son personnel.

Il existe cependant des angles morts de ce point de vue. Ainsi, une A.S.B.L. communale ne relève pas des relations collectives du secteur privé sans être pour autant rattrapée par la loi du 19 décembre 1974.

Il existe également des systèmes hybrides : les établissements d'enseignements libres soumis au pacte scolaire sont exclus des deux systèmes de relations collectives, tout en étant soumis à aux lois du 4 août 1996 et du 20 septembre 1948 (obligation d'avoir un C.P.P.T et un conseil d'entreprise).

Le statut syndical est relatif, d'une part, aux organisations syndicales considérées comme représentatives ou seulement agréées, d'autre part, aux délégués syndicaux, et enfin, détermine les matières soumises à la négociation ou à la concertation (relations collectives proprement dites), ainsi que les organes au sein desquels celles-ci ont lieu.

Les accords de programmation sociale n'ont pas de valeur juridique (à l'opposé des CCT) : ils constituent des engagements politiques de l'autorité. Ils ne deviennent contraignants que lorsqu'ils sont traduits dans des normes juridiques.

Une structure pyramidale est prévue.

Les négociations en vue de la conclusion d'un accord « intersectoriel » (accord général aux services publics) doivent être menées au sein du Comité A. La délégation de l'autorité comprend des représentants du gouvernement fédéral et des entités fédérées qui doivent adopter une attitude commune. Une fois adopté, l'accord engage les autorités et les organismes qui en dépendent. Par ailleurs, ces mêmes autorités recommandent aux personnes non soumises à la loi du 19 décembre 1974 de s'y conformer. Après la conclusion de ce type d'accord, ou en cas d'échec, les négociations « sectorielles » peuvent s'engager<sup>1174</sup>.

Les divergences de politiques et de sensibilités existant entre les diverses composantes du pays compliquent singulièrement le fonctionnement de ce système. A tel point qu'un loi du 15 décembre 1998 a modifié le système en introduisant un système de « répartition de compétence » spécifique (une première liste de droits minimaux – indexation, pensions, risques professionnels, protection sociale – relevant de la compétence exclusive de l'Etat fédéral et toujours négocié dans le Comité A, la législation en vigueur constitue le contenu du droit minimal ;

---

novembre 2001, n° 141/2000 ; CA, 18 avril 2002, n° 10/2002 ; CA, 21 mai 2003, n° 72/2003 ; CA, 19 novembre 2003, n° 148/2003 ; CA., 22 juillet 2004, n° 144/2004.

<sup>1171</sup> Loi du 17 mars 2004, M.B. ...

<sup>1172</sup> Application de la loi du 5 décembre 1968.

<sup>1173</sup> *Ibid.*

<sup>1174</sup> Il existe un protocole d'accord (17 octobre 1989) conclu au sein du Comité A, qui définit les « droits minimaux des agents » qui doivent nécessairement être négociés de manière intersectorielle, afin d'éviter une trop grande diversité.

l'autre liste est relative à des matières qui relèvent des autres autorités, censées définir pour chacune les points de référence du droit minimal, tout projet qui est moins favorable que le droit minimal peut être évoqué par un syndicat devant le Comité A)<sup>1175</sup>.

Comme le souligne le professeur Jacqmain<sup>1176</sup>, si « les organisations syndicales veulent maintenir un principe de solidarité entre tous les membres du personnel de toutes les autorités, elles doivent se résigner à ce que les engagements de celles-ci se situent à un niveau extrêmement faible, quantitativement du moins ».

Les accords intersectoriels 1999-2001 et 2001-2002 ont été traduits dans une loi du 5 juin 2004 qui a donné de nouvelles missions au Comité A comme l'examen de l'opportunité et la manière de traduire le contenu des CCT conclues au CNT dans les services publics. La loi a simplifié le système des droits minimaux (un seul AR fixe les matières de la seconde liste).

La convention n° 151 de l'O.I.T. relative à la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emplois dans la fonction publique a été approuvée par la loi du 4 avril 1991<sup>1177</sup>. Elle entend promouvoir la logique des négociations collectives du secteur privé. Ceci implique notamment de faire trancher de manière paritaire les points qui peuvent être soumis à la négociation collective, points qui relèvent toujours actuellement de la compétence discrétionnaire des autorités publiques.

L'art. 2 de la Charte sociale européenne va dans le même sens puisqu'il impose l'information et la consultation préalable des travailleurs avant la prise de décisions qui peuvent affecter l'emploi.

Les syndicats et les services publics participent au dialogue social organisé sur base de l'art. 139 du traité de Rome.

La loi du 19 décembre 1974 définit les organisations représentatives, les délégués syndicaux et matières soumises à la négociation et à la concertation, les organes de négociation et de concertation, les conflits collectifs.

#### 191. Les organisations représentatives

---

<sup>1175</sup> Voy. par ex. : l'AR du 19 avril 1999, MB du 28 mai, éléments et points de référence des droits minimaux pour les services relevant de la compétence de l'Etat fédéral, l'AGF du 25 janvier 2001, M.B. du 24 février 2<sup>ème</sup> éd. pour la Communauté française et les organismes qui en dépendent ; circulaire du 11 octobre 2001, M.B. du 20 novembre de la RW fixant les points de références pour les pouvoirs locaux.

<sup>1176</sup> *Droit social de la fonction publique, op.cit.* spéc. p. 129.

<sup>1177</sup> M.B., 26 juillet 1991.



Les organisations agréées, à l'instar des délégations syndicales dans le secteur privé, peuvent assister un agent dans une procédure disciplinaire. Les organisations représentatives ont des prérogatives plus importantes, elles peuvent notamment siéger dans les organes de concertation et de négociation.

La loi et l'arrêté précités énoncent les conditions à remplir pour accéder à la représentativité<sup>1178</sup>.

#### 192. *Les délégués syndicaux*

Si les organisations syndicales sont libres de déterminer le mode de désignation de leurs délégués, le statut syndical détermine leurs prérogatives et leurs devoirs.

Le délégué permanent<sup>1179</sup> peut bénéficier de « congé syndical », dit « détachement » assimilé à l'activité de service, réserve faite de l'absence de subordination à l'autorité hiérarchique. Il est soumis à des obligations particulières de confidentialité.

Une protection particulière contre les mesures disciplinaires et la rupture de la relation de travail, infligées suite à des activités relevant de la mission des délégués syndicaux sont prévues<sup>1180</sup>. Les articles 88 et s. prévoient une procédure préalable au licenciement : le comité supérieur de concertation donne un avis sur la pertinence des motifs invoqués.

#### 193. *Les matières soumises à la négociation*

Les matières soumises à la négociation sont : les réglementations de bases<sup>1181</sup> – divers statuts, administratifs, pécuniaire et syndical, pensions –, les dispositions générale relatives aux cadres, à la durée et à l'organisation du travail.

Les résultats (positifs ou négatifs) de la négociation sont consignés dans un protocole d'accord ; la signature d'une seule organisation suffit. L'autorité est politiquement liée par ce protocole.

#### 194. *Matières soumises à la concertation*

Les matières soumises à la concertation sont<sup>1182</sup> : les décisions de fixation des cadres et réglementation autre que de base. La concertation implique une

<sup>1178</sup> C.E., 27 août 1992, V.V.O., n° 40.175.

<sup>1179</sup> Art. 73 et s. de l'AR du 28 septembre 1984.

<sup>1180</sup> Art. 87 de l'AR du 28 septembre 1984.

<sup>1181</sup> AR du 29 août 1985, MB 2 oct. 1985

<sup>1182</sup> Art. 11 de la loi.

compétence d'avis et de proposition. L'autorité peut aller à l'encontre d'un avis, à condition de motiver sa décision.

La procédure de concertation est une formalité substantielle, dont le non respect est susceptible d'entraîner l'illégalité (Conseil d'Etat, ou juridiction ordinaire sur base de l'art. 159 de la Constitution). Un agent peut avoir intérêt à soulever cet argument. En outre, le représentant syndical, membre du comité compétent pour la concertation ou une organisation syndicale représentative, se sont vu reconnaître un intérêt fonctionnel à soulever le non respect de la procédure de concertation.

#### 195. *Les conflits collectifs*

La grève est un fait qui en théorie peut donner lieu à l'application des dispositions statutaires : l'abandon de poste non-motivé après 10 jours peut entraîner la cessation des fonctions<sup>1183</sup>. Des sanctions disciplinaires ou des poursuites pénales<sup>1184</sup> sont également théoriquement possibles en fonction des comportements adoptés à l'occasion des grèves.

La Charte sociale européenne<sup>1185</sup> reconnaît le droit d'action collective et lui donne une portée générale (art. 6). La disposition a un effet direct<sup>1186</sup>. Les Etats peuvent réglementer l'exercice de ce droit pour des raisons liées à l'ordre et la santé public.

En droit belge, ce droit n'est pas reconnu aux militaires<sup>1187</sup>, ni au personnel des services extérieurs de la Sûreté de l'Etat<sup>1188</sup>.

Pour les services de police, l'exercice du droit de grève est reconnu mais soumis à une procédure de négociation préalable. En outre, l'autorité compétente peut procéder à des réquisitions (de personnels), le policier qui n'obéit pas à une réquisition commet une infraction passible de sanctions correctionnelles. La circulaire POL 1999/1 du 12 janvier 1999<sup>1189</sup> définit les missions minimales à accomplir, qui peuvent, dans certaines circonstances, entraîner la réquisition de tous les effectifs.

L'ARPG prévoit que la participation à une cessation concertée du travail entraîne la perte du traitement<sup>1190</sup> : l'agent reste en activité de service, l'abandon de poste n'est dès lors plus possible.

La question des prestations minimales dans tous les services publics en cas de grève est à l'ordre de l'agenda de tous les pouvoirs politiques. Le statut de certains organismes publics ou entreprises publiques le prévoit déjà (R.T.B.F.,

<sup>1183</sup> Anc. Art. 112, 4° de l'AR du 2 octobre 1937.

<sup>1184</sup> Sans toutefois que le délit de coalition de fonctionnaires pour s'opposer à l'exécution des lois ou arrêts n'ait jamais été invoqué (art. 233 du Code pénal).

<sup>1185</sup> Approuvée par la loi du 11 juillet 1990.

<sup>1186</sup> CE, 22 mars 1995, Henry, n° 52.424.

<sup>1187</sup> Loi du 14 janvier 1975.

<sup>1188</sup> Loi du 17 mars 2004.

<sup>1189</sup> M.B. du 20 janv. 1999.

<sup>1190</sup> Art. 18 de l'ARPG du 22 décembre 2000.

V.R.T, entreprises publiques autonomes, etc.). Deux propositions de révision de la Constitution ont déjà été déposées en ce sens...

### § 3. Les statuts administratifs et pécunières

#### I. La répartition des compétences

##### 196. Présentation

Les réformes institutionnelles entreprises depuis le début des années 70 en Belgique ont eu un impact très important sur le droit de la fonction publique.

Les entités fédérées ont progressivement revendiqué une plus grande autonomie dans la gestion de leur administration, le volet des ressources humaines étant particulièrement important.

Le compromis a été inscrit dans l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 qui consacre une *habilitation imprécise* du gouvernement pour adopter un arrêté royal relatif aux principes généraux en matière de fonction publique applicables de plein droit aux entités fédérées.

Cet arrêté royal occupe une place singulière dans la hiérarchie des normes.

Sa nature et son élaboration itérative sont particulièrement complexes.

##### 197. La fédéralisation de l'Etat

Fin des années 80, les entités fédérées ont revendiqué la compétence de fixer les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel.

Chaque Gouvernement disposait, en effet, d'une administration, d'institutions et d'un personnel<sup>1191</sup>.

Chaque gouvernement entendait pouvoir fixer le cadre du personnel de son administration et procéder aux nominations [...]<sup>1192</sup>.

Si ce personnel prêtait serment, conformément aux dispositions légales, entre les mains de l'autorité que le gouvernement désigne à cet effet, il était prévu que son

<sup>1191</sup> Art. 87, §1<sup>er</sup>, L. spéc. du 8 août 1980.

<sup>1192</sup> Art. 87, § 2 modifié par l'art. 12 de la L. spéc. du 8 août 1988 (*M.B.*, 13 août 1988).

recrutement se ferait par l'intermédiaire du Secrétariat permanent de recrutement<sup>1193</sup> du personnel de l'État.

Il s'agit, sans doute, d'une première précaution prise afin de conserver, à la fois, une certaine unité dans le recrutement et d'empêcher certaines dérives bien connues.

« Sans préjudice du § 4, les communautés et les Régions fixent les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel définitif, temporaire et auxiliaire », c'est à l'exclusion des règles relatives aux pensions<sup>1194</sup>.

En effet, en matière de pensions, leur personnel est soumis aux règles légales et statutaires applicables au personnel définitif, temporaire et auxiliaire de l'État.

Afin d'éviter une trop grande diversification des statuts<sup>1195</sup>, un compromis a été trouvé et inscrit dans l'article 87, §4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980<sup>1196</sup>.

Cet article dispose que : [§ 4. Un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, pris après avis des gouvernements, désigne ceux des principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'État qui seront applicables de plein droit, au personnel des communautés et des Régions, ainsi qu'à celui des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des Régions, à l'exception du personnel visé à l'article 17 de la Constitution.]<sup>1197, 1198</sup>.

---

<sup>1193</sup> En vertu du même art. 87, §2. Dans son arrêt du 21 juin 2000 (n°78/2000), la cour d'arbitrage a estimé que cette disposition ne prévoyait pas aux personnes morales de droit public qui dépendent des entités fédérées. Lorsque cette obligation leur incombe, c'est en application de dispositions réglementaires qui échappent à la compétence de la cour.

<sup>1194</sup> Art. 87, § 3 remplacé par l'art. 12 de la L. spéc. du 8 août 1988 (M.B., 13 août 1988).

<sup>1195</sup> A vrai dire cet objectif est curieux. La compétence d'une entité fédérée pour régler une matière semble impliquer qu'elle puisse poser des choix politiques qui lui sont propres. Le professeur DELPERÉE n'a pas hésité à évoquer le « paternalisme du pouvoir central à l'égard des institutions fédérées », *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 2000, spéc. p. 620.

<sup>1196</sup> L'art. 87, §7 s'applique à la Communauté germanophone et la Région de Bruxelles-Capitale en vertu respectivement de l'art. 54 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone et l'art. 40 de la loi du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

<sup>1197</sup> Art. 87, § 4 inséré par l'art. 12 de la L. spéc. du 8 août 1988 (M.B., 13 août 1988).

<sup>1198</sup> Cette disposition a fait l'objet de deux recours portés devant la cour d'arbitrage ; Constitution en ce qu'il traite différemment l'État, d'une part, et les communautés et les régions, d'autre part, ou les citoyens qui sont candidats à des emplois d'une administration fédérale, d'une part, ou d'une administration communautaire ou régionale, d'autre part. L'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980, modifié par la loi spéciale du 8 août 1988, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'est pas applicable qu'au personnel des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des régions et non au personnel de celles qui dépendent de l'Etat (Cour d'Arbitrage, n° 78/97, 17 décembre 1997 (M.B., 10 février 1998). L'article 87, §§ 2 et 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution (C.A. n° 78/2000 du 21 juin 2000 (M.B., 5 septembre 2000).

A vrai dire, la technique juridique choisie, s'est révélée d'une rare complexité.

L'élaboration de cet arrêté royal a donné lieu à une véritable « saga judiciaire ».

Les contours et conséquences de cette complexité multidimensionnelles méritent une attention particulière<sup>1199</sup>.

En moins de 10 ans, trois arrêtés ont été promulgués les 22 novembre 1991, 26 septembre 1994 et 22 décembre 2000.

Une part importante des problèmes liés à l'élaboration de l'ARPG aurait pu être évitée si le Gouvernement avait suivi les nombreuses remarques formulées par la section législation du Conseil d'Etat<sup>1200</sup>.

En effet, le premier AR du 22 novembre 1991 a été annulé par le Conseil d'Etat parce que le Gouvernement l'avait adopté en affaires dites « courantes » (soit après dissolution des chambres)<sup>1201</sup>, ce que laissait augurer l'avis rendu par la section législation du 13 novembre 1991.

---

<sup>1199</sup> Voy., notamment, P. BERCKX, « De algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren », *T.B.P.* 1992, pp. 219-255 ; O. DAURMONT, « Les principes généraux du droit de la fonction publique », *in Précis de fonction publique, op.cit. spéc.* pp.83-102 ; O. DAURMONT E. GILLET, « Les principes généraux du statut des agents de l'Etat, des Communautés et des Régions », *J.T.* 1990, pp. 653-658 ; J. DE BROUWER, P. VANDERNOOT, « Les principes généraux du statut de la fonction publique de l'Etat, des Communautés et des Régions ainsi que des organismes d'intérêt public qui en dépendent », *A.P.T.* 1991, pp. 169-182 ; P. DE BRUYCKER, « Déontologie de la fonction publique et transparence administrative. Quelques observations à propos de la confrontation des devoirs des fonctionnaires avec le droit d'accès aux documents administratifs après l'A.R. du 22 novembre 1991 relatif aux principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat », *A.P.T.* 1993, pp. 172-196 ; F. FRANCEUS, « De algemene principes van het Statuut : van 22 november 1991 tot 26 september 1994 », *T.B.P.* 1995, pp. 5-11 ; E. GILLET, « Les principes généraux du statut des agents de l'Etat, des Communautés et des Régions », *A.P.T.* 1991, pp. 252-255 ; F., LEURQUIN DE VISSCHER, « L'arrêté royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique : évolutions normatives et jurisprudentielles », *in La réforme de la fonction publique, op.cit.*, pp. 33-54 ; F., LEURQUIN DE VISSCHER, « Heurs et malheurs de l'Arrêté Royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique », *A.P.T.* 1995, pp. 84-91. C.E. n° 47.689, 31 mai 1994, <http://www.raadvst-consetat.be> (7 janvier 2000); *A.P.T.* 1995, p. 79, note F., LEURQUIN DE VISSCHER; arr. r.v.st. 1994, s.p.; m.b. 20 juillet 1994, 19.067 et <http://moniteur.be> (11 octobre 2005); *jaarboek mensenrechten* 1996-97, 353; *R.A.C.E.* 1994, s.p. ; F., LEURQUIN DE VISSCHER, « Les principes généraux du droit de la fonction publique et la réforme de l'Etat », *Ann. dr. Louvain* 1991, pp. 333-350 ; K. LEUS, « Sens et non-sens de l'arrêté royal contenant les principes généraux de la fonction publique », *in La réforme de la fonction publique, op.cit.*, pp. 57-73; C. MOLITOR, « Le contrôle par le Conseil d'Etat de la rétroactivité de l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut de la fonction publique », *A.P.T.* 1997, pp. 200-215 ;X., [Arrêté Royal du 22 novembre 1991] fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des exécutifs et aux personnes morales de droit public qui en dépendent », *A.P.T.* 1991, pp. 256-279.

<sup>1200</sup> F. LEURQUIN-DE-VISSCHER, « L'arrêté royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique : évolutions normatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, spéc. pp. 40-41.

<sup>1201</sup> C.E. (Ass.gén.), 31 mai 1991, Le Clercq, n° 47.689 ; *J.T.*, 1994, p. 515 et s., rapport du Prem. Aud. J. SALMON ; *A.P.T.*, 1995, p. 79 et s., note F. LEURQUIN-DE-VISSCHER.

L'AR du 26 septembre 1994 fut attaqué, à nouveau devant le Conseil d'Etat<sup>1202</sup>, qui posa par deux fois des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage<sup>1203</sup>. Sans attendre l'issue de la procédure devant le Conseil d'Etat<sup>1204</sup>, l'AR fut abrogé par l'AR du 22 décembre 2000.

Plus fondamentalement, l'ARPG est enserré dans de nombreuses contraintes issues du droit international, de la Constitution, des lois spéciales de réformes institutionnelles (notamment l'habilitation de l'article 87, §4 de la loi du 8 août 1980) et de certaines lois ordinaires.

Sous l'impulsion de la Cour de Justice, le droit communautaire a infléchi la condition de nationalité pour accéder à la fonction publique<sup>1205</sup>. La C.E.D.H intervient lorsque, par exemple, il s'agit de poser des limites à la liberté d'expression.

Ainsi, l'article 62, §1<sup>er</sup> de l'AR du 26 septembre 1994 a été annulé par la Cour d'arbitrage au motif que le Roi « n'a pu se réserver aucune compétence pour désigner les seules personnes de droit public dont le personnel serait soumis aux P.G. »<sup>1206</sup>. Il doit en outre, de par son objet, respecter certaines lois ordinaires.

Enfin, il doit « permettre une gestion du personnel compatible avec les nécessités résultant du cadre concurrentiel dans lequel certaines entreprises publiques doivent exercer leurs compétences »<sup>1207</sup>.

#### 198. *Une habilitation, relativement imprécise, ambivalente et complexe*

L'habilitation du gouvernement fédéral est relativement imprécise et implique des choix politiques délicats : il ne peut que désigner, « *ceux des principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'État qui seront applicables de plein droit, au personnel des communautés et des Régions, ainsi qu'à celui des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des Régions, à l'exception du personnel visé à l'article 17 de la Constitution* ».

<sup>1202</sup> C.E., 5 nov. 1996, Orfinger, n°62.922, A.P.T., 1996, p. 139; R. ERGEC, « La consécration jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution », *op.cit.*; C. MOLITOR, « Le contrôle par le Conseil d'Etat de la rétroactivité de l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut de la fonction publique », *op.cit.*; C.E., 19 mars 1999, Orfinger, n°79.358.

<sup>1203</sup> C.A., 19 déc. 1997, 78/97, C.A., 21 juin 2000, 78/2000.

<sup>1204</sup> C.E., 21 sept. 2001, n°99.010 (désistement d'instance).

<sup>1205</sup> Si l'article 1<sup>er</sup>, §3, 1° de l'ARPG du 26 septembre 1994 exigeait d'être belge, pour pouvoir être nommé agent, lorsque les fonctions comportaient une participation, directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat, de la Communauté ou de la Région et dans les autres hypothèses, être belge ou citoyen de l'Union européenne, l'ARPG du 22 décembre 2000 n'a pu reprendre l'exigence de nationalité (à mettre en relation avec la modification de l'article 10, al. 2 de la Constitution).

<sup>1206</sup> C.A., 14 juillet 1997, 39/97, point B.4.4.2., M.B., 14 août 1997.

<sup>1207</sup> C.A., 21 juin 2000, 78/200, point B.3.2., M.B., 5 sept. 2000.

Il ne peut dès lors s'agir que de déterminer les règles qui sont essentielles en matière de fonction publique belge, qui sont issues du statut des agents de l'Etat et qui doivent s'appliquer de plein droit aux entités fédérées.

Madame LEURQUIN-DE-VISSCHER a parfaitement illustré l'imprécision, l'ambivalence et la complexité de cette habilitation<sup>1208</sup>.

**Premièrement**, les principes essentiels se sont amenuisés au fur et à mesure des différentes versions de l'A.R., à l'exception notoire de la procédure disciplinaire<sup>1209</sup>.

La dernière version, la plus courte, accentue, de ce fait, l'autonomie des entités fédérées.

Participe également de cette tendance, la normativité variable des principes retenus, la possibilité de régler, soit par décret, certains aspects précis (engagement contractuel), soit par les statuts (stage, formation, organisation de la carrière, système d'évaluation, etc.), enfin, un pouvoir d'exécution (obligation de mettre en œuvre le principe de recrutement objectif ou de fixer les montants des droits pécuniaires du personnel).

Le texte n'est pas dépourvu d'ambivalence.

**Deuxièmement**, les « principes généraux » formalisés relèvent plus de la normativité de règles techniques que de directives générales.

Ce choix énerve quelque peu l'autonomie des entités fédérées, qui aurait été mieux préservée par des options plus générales qu'elles auraient pu ensuite concrétiser. Il est vrai que l'applicabilité de plein droit prévue dans l'habilitation laissait augurer une « certaine » normativité.

**Troisièmement**, l'habilitation est limitée aux principes du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Etat.

Par conséquent, une certaine corrélation est requise.

Aussi, et cela énerve les impératifs liés à la sécurité juridique, si une règle du statut du personnel de l'Etat disparaît alors qu'elle était contenue dans l'ARPG, elle ne peut plus y figurer<sup>1210</sup>.

Le PG repris dans l'ARPG peut également être un principe jurisprudentiel relatif au personnel de l'Etat, comme l'égalité d'admissibilité aux emplois publics.

En outre, il est admis que l'autorité fédérale peut déroger à une règle reprise dans l'ARPG par une réglementation ultérieure<sup>1211</sup>.

<sup>1208</sup> « L'arrêté royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique : évolutions normatives et jurisprudentielles », in *La réforme de la fonction publique, op.cit.*, pp. 33-54, spéc. 34-38.

<sup>1209</sup> Il suffit à cet égard de consulter le texte des trois arrêtés royaux déjà mentionnés.

<sup>1210</sup> Ainsi, l'article 27 de l'ARPG du 22 décembre 1990 exigeant la fixation d'échelles barémiques, alors que l'AR du 11 juillet 2001 relatif à la pondération des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux, fixant leur traitement, ne contient pas d'échelles barémiques.

<sup>1211</sup> K. LEUS, « Sens et non sens de l'arrêté... », *op.cit.*, spéc. pp.59-60.

**Quatrièmement**, il est délicat, dans la Belgique fédérale, de dégager ce qui peut relever d'une conception commune<sup>1212</sup>, en matière de fonction publique (et dans d'autres matières).

Trois axes ont été déterminés.

Le premier est relatif au principe de l'engagement statutaire qui a, cependant, vu l'élargissement de ses exceptions<sup>1213</sup>.

Le deuxième est relatif aux principes régissant les droits et devoirs impliqués par la situation statutaire : droit à la liberté d'expression, devoir de loyauté, devoir de formation, etc.

Le troisième est relatif aux garanties en matière de recrutement, de discipline, de rémunération et dans le domaine des relations de travail.

#### 199. *La nature et l'élaboration itérative complexes de l'ARPG*

L'ARPG est à la fois un acte d'une autorité administrative et une règle répartitrice de compétence<sup>1214</sup>.

La détermination de l'autorité compétente pour fixer les principes généraux applicables aux Communautés et aux Régions n'allait pas de soi.

Les partisans de la thèse de la compétence du pouvoir législatif arguait de la circonstance que cette compétence n'avait pas été formellement attribuée au pouvoir exécutif (le Roi se voit seulement reconnaître la compétence de nommer aux emplois publics), et de la compétence résiduaire du pouvoir législatif.

Les partisans d'une seconde thèse l'ont emporté.

Celle-ci interprète l'art. 107 de la Constitution en relation avec le principe de séparation des pouvoirs, s'appuyant notamment sur le Rapport au Roi précédant l'AR du 2 oct. 1937 portant le statut des agents de l'Etat.

Dans cette interprétation, le pouvoir de nommer englobe celui de fixer les règles générales, afin de prévenir toute immixtion du pouvoir législatif.

Le Conseil d'Etat a suivi cette deuxième thèse.

Avec Madame LEURQUIN-DE-VISSCHER<sup>1215</sup>, nous considérons que l'argument soulevé en 1937 ne vaut pas nécessairement pour le problème soulevé en 1980.

---

<sup>1212</sup> Selon l'expression choisie dans le rapport au Roi précédant l'AR du 22 décembre 2000.

<sup>1213</sup> *Infra*, sect. 3.

<sup>1214</sup> F. LEURQUIN-DE-VISSCHER, « L'arrêté royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique : évolutions normatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, spéc. pp. 42-53.

<sup>1215</sup> *Ibid.*, spéc. p. 44.



En effet, la question qui s'est posée en 1980 était de savoir quelle autorité devait être désignée, dans un Etat Fédéral, pour déterminer des règles communes.

Aussi, le choix du législateur spécial avait un sens, dans le processus de fédéralisation déjà largement engagé.

Le choix du Gouvernement fédéral par AR délibéré en conseil des Ministres a pour conséquence que l'ARPG est un **acte d'une autorité administrative** susceptible, d'une part, d'être soumis à la censure du Conseil d'Etat dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et d'autre part, de faire l'objet d'un **contrôle de légalité (par voie d'exception)** par toutes les juridictions dans le cadre de l'article 159 de la Constitution<sup>1216</sup>.

A l'occasion de recours en annulation intentés contre des décrets déterminant partiellement la situation juridique des agents, la Cour d'arbitrage (devenue constitutionnelle) a été confrontée à la question de savoir si ces décrets devaient respecter l'ARPG (en d'autres termes, si l'ARPG était, en tant que tel, une règle établie par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences de l'Etat, des Communautés et des Régions).

S'il ne fait pas de doute que les dispositions des §§ 3 et 4 de l'article 87 relèvent bien de ce concept, qu'en est-il de l'ARPG ?

La Cour d'arbitrage (devenue constitutionnelle) a proposé deux justifications.

**La première**, guère convaincante, vise à reconnaître à l'ARPG le caractère d'une norme répartitrice de compétences parce qu'il est censé se substituer à pareille norme (l'art. 13, § 6 de la loi spéc. du 8 août 1980)<sup>1217</sup>.

Le litige (aff. 31/95) portait sur l'art 22 du décret de la Commission communautaire française du 17 mars 1994 portant création de l'Institut bruxellois francophone pour la formation professionnelle qui disposait que : « le Collège fixe, après avis du Comité de gestion, le cadre organique du personnel de l'Institut ainsi que les statuts administratifs et pécuniaire de celui-ci ».

Le premier moyen était pris de la violation de l'art. 87, §3 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et les règles répartitrices de compétences. Le Conseil d'Etat ayant annulé (n° 47.689, du 31 mai 1994), l'ARPG du 22.12.1991. Selon les requérants, la modification de l'art. 87, §3 et l'abrogation de l'art. 13, §6<sup>1218</sup> de la même loi, par celle de la loi du 8.08.1988, ne pouvaient avoir d'effet que lors de l'entrée en vigueur de l'ARPG. Compte tenu de l'annulation rétroactive de celui-ci, le décret avait violé les règles répartitrices de compétences, car l'art. 13, §6 retrouvait son empire (et donc l'accord du Ministre de la fonction publique fédérale aurait dû être obtenu).

La cour ne suivra pas l'argument, constatant que l'ARPG de 1994 était entré en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 1994, entraînant l'abrogation de l'art. 13, §6 (conformément

<sup>1216</sup> Par ex., C.E., 9 janvier 1998, A.S.B.L. Gerfa, n° 70.600.

<sup>1217</sup> *Ibid.*, C.A., 4 avril 1995, 31/95 (point B.3.3) et C.A. 6 juin 1995, 45/95 (point B.4.3).

<sup>1218</sup> L'art. 13, §6 ancien disposait que : « A l'exception de la fixation du statut administratif et pécuniaire, les compétences attribuées par la loi du 16 mars 1954 au Ministre ayant la fonction publique dans ses attributions sont exercées par les organes correspondants de la Communauté ou de la Région ».

aux art. 16, 4° et 18, §3, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1988). Elle va cependant affirmer que l'ARPG fait partie intégrante d'un ensemble de règles répartitrices de compétences, en ce que le législateur spécial a subordonné l'abrogation de l'art. 13, §6, à l'entrée en vigueur de cet arrêté.

Elle va réaffirmer sa position dans le point B.4.3 de l'arrêt 45/95.

**La deuxième**, limpide mais contestable, est que l'ARPG concrétise la restriction formulée par l'art. 87, §4 à laquelle doivent se conformer les entités fédérées<sup>1219</sup>. La Cour considère que l'AR qui énonce les principes généraux fait partie intégrante des règles déterminant les compétences respectives de l'Etat fédéral, des communautés et des régions, règles sur le respect desquelles il appartient à la cour de statuer, en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, 1° de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

Ce faisant, la Cour Constitutionnelle (ex cour d'arbitrage) s'est affranchie de l'interprétation doctrinale des articles 1<sup>er</sup> et 26 de la loi spéc. du 6 janvier 1989 qui fonde sa compétence.

En effet, il était admis que seule la Constitution pouvait attribuer directement des compétences à l'Etat fédéral et aux entités fédérées ou habiliter les législateurs (spécial ou ordinaire) à préciser ou réaliser cette attribution de compétence<sup>1220</sup>.

Aussi, l'ensemble des règles adoptées par les entités fédérées doivent-elles respecter l'ARPG.

*200. L'application de l'ARPG au personnel des organismes publics des entités fédérées*

Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises<sup>1221</sup>, ou prendre des participations en capital.

Le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. « Sans préjudice de l'article 87, § 4, il en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle ».

La compétence des entités fédérées était limitée par l'article 13 de la loi spéciale qui rendait les dispositions de la loi du 16 mars 1954 applicables aux organismes dépendant de ces dernières (article 13, §3), les compétences visées par cette loi étant exercées par les organes correspondant des entités fédérées (article 13, §5),

<sup>1219</sup> C.A., 14 juillet 1997, 39/97 (point B.4.3).

<sup>1220</sup> Voy. notamment, H. SIMONART, « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage. Actualité et perspective*, Bruxelles, Bruylant, 1988, spéc. n° 136 et s. ; J. VELARS, *Van Arbitragehoh tot Grondwettelijk Hoh*, Antwerpen, Apeldoorn, Maklu, 1990 spéc. n°122-123.

<sup>1221</sup> Art. 9 de la loi spéciale du 8 août 1980.

**à l'exception de la fixation des statuts administratif et pécuniaire qui restait de la compétence du ministre de la fonction publique nationale.**

Ceci était normal, dans la mesure où la première version de l'article 87, §3 réservait l'application des statuts fédéraux au personnel des entités fédérées.

La modification de l'article 87, §3 par la loi du 8 août 1988 accorde une autonomie aux entités fédérées en matière de fonction publique et abroge les §§ 3 et 6 de l'article 13 de la loi du 8 août 1980 précités, mais à partir du moment où l'ARPG serait adopté et où les entités fédérées accéderaient à l'autonomie en matière de personnel.

Parallèlement, l'article 96 de la loi spéciale, tel que modifié, prévoyait l'application aux organismes des entités fédérées du système de contrôle institué par la loi du 16 mars 1954, jusqu'à ce que cette loi soit remplacée par décret des communautés ou régions elles-mêmes<sup>1222</sup>.

Jean Sarot a ainsi pu déduire de l'abrogation de l'article 13, §6 précité que « la fixation du statut administratif et pécuniaire des agents des OIP n'est plus soumise à l'accord du ministre national de la fonction publique ».

Depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal de principes généraux, les gouvernements des entités fédérées sont donc exclusivement compétents pour fixer ces statuts en vertu de l'article 11 de la loi du 16 mars 1954<sup>1223</sup>.

L'article 62 de l'ARPG du 26 septembre 1994 donnait compétence au Roi de fixer la liste des organismes d'intérêt public relevant des entités fédérées et auxquels les principes généraux étaient applicables.

Ce procédé, qui permettait de soustraire certains organismes au champ d'application des principes généraux, a été jugé par le Conseil d'Etat contraire à l'article 87, §4 de la loi spéciale.

Il a été abandonné par le nouvel ARPG du 22 décembre 2000<sup>1224</sup>.

La spécificité de certains organismes a été prise en compte par le biais de la possibilité d'engager plus largement par contrat de travail lorsqu'ils sont en concurrence pour la totalité ou pour partie de leurs activités avec des entreprises privées<sup>1225</sup>.

<sup>1222</sup> Art. 96 : « Les dispositions de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public restent applicables aux organismes d'intérêt public qui dépendent de la Communauté ou de la Région aussi longtemps qu'elles ne sont pas modifiées par la Communauté ou la Région concernée ».

<sup>1223</sup> Les règles applicables aux OIP du fédéral restent toutefois applicables aux OIP régionaux et communautaires tant que les entités fédérées n'ont pas fait usage de cette compétence : l'arrêté royal du 8 janvier 1973 portant statut du personnel des organismes d'intérêt public pour le fédéral est donc d'application jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation au niveau communautaire ou régional.

<sup>1224</sup> Avis de la section législation du Conseil d'Etat : « il ressort des mots cités que les principes généraux sont intégralement applicables au personnel des personnes morales de droit public qui dépendent des Communautés et des Régions... » (*Moniteur belge* du 1er octobre 1994, p. 24882, dans le même sens : Doc. Parl., VI.R., 1997-1998, 1132/1).

<sup>1225</sup> Voy. *infra*, sect.3.

201. *Remise en cause de l'utilité de l'ARPG*

Dans un tel contexte, il n'est guère étonnant, au fur et à mesure de la concrétisation de la fédéralisation de l'Etat belge, que l'utilité d'un tel arrêté soit posée.

Kaat Leus a avancé divers arguments<sup>1226</sup>.

Certaines entités fédérées dénoncent l'inutilité de l'instrument et revendiquent une plus grande autonomie dans la gestion de leur fonction publique.

Des sensibilités et approches différentes se sont accentuées au fil des ans. Des réformes fondamentales conduites dans des pays voisins remettent en question le principe de l'engagement statutaire.

Plus fondamentalement, est-il possible de conserver les deux types d'engagement, avec pour conséquence des protections juridictionnelles et des régimes de protection différents pour des personnes qui accomplissent quotidiennement les mêmes tâches, pour le même type d'employeurs ?<sup>1227</sup>

A terme, le droit communautaire, par le biais de l'art. 39,§4 du TCE (ex 48) n'est-il pas un facteur d'harmonisation inexorable ?

202. *L'Etat fédéral et les organismes d'intérêt public qui en dépendent*

En vertu de l'art. 107 de la Constitution, il est généralement admis que le Roi dispose d'une compétence directe d'élaborer le statut des agents de l'Etat, sans que la loi ne puisse priver ou limiter celle-ci. Cette compétence explique que le statut administratif des agents de l'Etat soit repris dans un arrêté royal, toujours l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat, dit statut Camu, plusieurs fois modifié, notamment dans le cadre de la vaste réforme Copernic.

Il est de même compétent pour fixer le statut du personnel des organismes repris dans l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 16 mars 1954, sur proposition du ou des ministres dont ils relèvent, l'accord du Ministre du budget étant requis pour la fixation du statut pécuniaire<sup>1228</sup>.

L'arrêté royal du 8 janvier 1973 détermine le statut du personnel de certains organismes d'intérêt public.

<sup>1226</sup> « Sens et non sens de l'arrêté... », *op.cit.*, spéc. pp. 57-73.

<sup>1227</sup> Voy. les développements du chap.3 relatif au droit social dans la fonction publique.

<sup>1228</sup> Art. 11, §1<sup>er</sup> de la loi du 16 mars 1954.

La loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique<sup>1229</sup> s'applique aux services publics fédéraux, au personnel civil du service public de la défense et aux organismes publics cités dans l'art. 1<sup>er</sup>.

203. *Le droit de la fonction publique des entités fédérées*

L'élaboration du droit de la fonction publique applicable aux entités fédérées s'est réalisée de manière chaotique. Il ne pouvait guère en aller autrement compte tenu des différentes versions de l'ARPG de 1991 à 2000.

Les régions wallonne, flamande, de Bruxelles Capitale, les Communautés française et germanophone, la Commission communautaire française et la Commission communautaire commune ont adopté leur propre statut du personnel.

## **II. Les principaux éléments d'un statut**

204. *Présentation*

En approfondissant l'analyse du droit positif, on constatera à la fois le **grand nombre et la variété des statuts**.

Il est généralement admis que l'autorité qui a, en vertu d'une disposition constitutionnelle, législative ou réglementaire, le **pouvoir de nommer**, dispose du **pouvoir de fixer un statut**.

Le statut des agents de l'Etat en offre un exemple très connu : comme en témoignent les visas de l'arrêté royal du 2 octobre 1937, il a été fait par le Roi, en vertu de l'article 66, al. 2, ancien de la Constitution (107, al. 2, actuel) qui lui donne le pouvoir de nommer aux emplois d'administration générale.

Aussi important soit-il, le statut des agents de l'Etat ne vaut que pour l'administration générale de l'Etat fédéral<sup>1230</sup>.

Il ne s'applique pas aux agents des services publics décentralisés qui relèvent de l'Etat fédéral, pas plus qu'aux agents des Communautés et des Régions.

---

<sup>1229</sup> M.B. 14 août 1993.

<sup>1230</sup> Jugé par exemple que le statut des agents de l'Etat n'est pas constitutif de principe général de droit applicable en l'absence de tout texte à l'O.N.S.S. - C.E., 18 avril 1969, Leman c/ O.N.S.S., n° 13.0508, Rec., p. 418. Voy. aussi C.E., 5 février 1974, Stoppie c/ Fonds national de retraite des ouvriers mineurs, n° 16.223, p. 100.

L'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat a, certes, un champ d'application étendu, puisque, comme son intitulé l'indique, il s'applique, outre aux agents de l'Etat fédéral, " *au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des collèges de la commission communautaire commune et de la commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent* ". Mais cette liste ne recouvre pas, il s'en faut de beaucoup, la totalité des services publics organiques dont le réseau forme l'administration de la Belgique.

Malgré leur diversité, les statuts administratifs de la fonction publique portent presque invariablement sur un petit nombre de thèmes communs : le recrutement, ses conditions et modalités; le déroulement de la carrière; les obligations fonctionnelles; la cessation de la fonction; ...

Dans les pages qui suivent nous allons donner quelques exemples de la façon dont ces questions sont réglées dans le statut des agents de l'Etat, tel qu'adapté depuis l'entrée en vigueur des arrêtés du 22 décembre 2000.

#### 205. *Les conditions de recrutement*

L'article 15 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937, tel que modifié à ce jour, précise que nul ne peut être nommé agent de l'Etat s'il ne satisfait aux conditions suivantes :

- 1° réunir les conditions d'admissibilité imposées pour l'emploi à conférer;
- 2° réussir la sélection comparative prévue;
- 3° accomplir avec succès le stage probatoire.

L'agent doit en outre justifier des aptitudes physiques exigées pour la fonction à exercer.

L'article 16 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937, tel que modifié à ce jour, requiert que soient remplies les conditions d'admissibilité suivantes pour pouvoir être nommé agent de l'Etat :

1° être Belge lorsque les fonctions à exercer comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat, ou, dans les autres cas, être Belge ou citoyen d'un autre Etat faisant partie de l'Espace économique européen ou de la confédération suisse;

Cette formulation est l'aboutissement d'une évolution remarquable qui appelle un commentaire particulier.

Dans sa version initiale, le statut des agents de l'Etat exigeait la nationalité belge comme condition générale de recrutement.

Cette version était en conformité avec l'article 10 de la Constitution qui réserve aux seuls Belges les emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par la loi pour des cas particuliers<sup>1231</sup>.

On finit par s'apercevoir néanmoins qu'elle n'était pas en harmonie avec l'article 48. 4 du Traité de Rome.

L'article 48 du Traité pose le principe de la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté européenne; il implique notamment l'abolition entre les travailleurs des Etats membres de toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et en ce compris le recrutement.

Toutefois, le paragraphe 4 de cet article 48 prévoit que ses dispositions ne sont pas applicables aux "emplois dans l'administration publique".

Dans ses arrêts des 17 décembre 1980<sup>1232</sup> et 26 mai 1982<sup>1233</sup> prononcés contre la Belgique<sup>1234</sup> dans le cadre d'un recours en manquement, la Cour de justice des Communautés européennes a donné aux termes "emplois dans l'administration publique", inscrits à l'article 48, paragraphe 4, le sens suivant : il s'agit des "emplois qui comportent une participation directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques".

La Cour de justice a déclaré encore que les emplois qui "tout en relevant de l'Etat ou d'autres organismes de droit public, n'impliquent cependant aucun concours à des tâches relevant de l'administration publique proprement dite" ne rentrent pas dans son champ d'application.

Elle a, en conséquence, condamné la Belgique en ce qu'elle imposait ou permettait d'imposer la condition de nationalité pour l'accès aux emplois suivants : menuisier, aide-jardinier, infirmière, puéricultrice, surveillant, électricien, plombier<sup>1235</sup>.

---

<sup>1231</sup> Voy. par exemple l'article 62 de la loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement supérieur dans les universités de l'Etat : "Lorsque l'intérêt de l'instruction publique le réclame, le Roi peut, en se conformant à la présente loi, nommer des étrangers d'un talent éminent, professeur ordinaire ou extraordinaire, professeur ou chargé de cours..."; voy. encore l'article 85 du décret flamand du 12 juin 1991 relatif aux universités dans la Communauté flamande : "Dans l'intérêt de l'enseignement ou de la recherche, les autorités universitaires peuvent nommer ou désigner des ressortissants d'Etats ne faisant pas parties des Communautés européennes comme membre du personnel académique".

<sup>1232</sup> C.J.C.E., 17 décembre 1980 (Commission c/ Belgique), 149/79, Rec. C.J.C.E., p. 3881.

<sup>1233</sup> C.J.C.E., 26 mai 1982 (Commission c/ Belgique), 149/79, Rec. C.J.C.E., p. 1845.

<sup>1234</sup> A noter que les Gouvernements du Royaume-Uni de Grande-Bretagne, de l'Irlande du Nord, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française avaient demandé à intervenir à l'appui des conclusions du Royaume de Belgique.

<sup>1235</sup> Dans un arrêt du 2 juillet 1996, la Cour condamne une fois encore le Royaume de Belgique pour ne pas avoir, en l'hypothèse, limité l'exigence de la nationalité belge pour l'accès aux emplois au sein des personnes de droit public chargées de la distribution d'eau, de gaz et d'électricité aux seuls postes qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts de l'Etat ou des autres collectivités publiques- C.J.C.E., 2 juillet 1996, Commission c. Royaume de Belgique, C-173/94.

De l'avis de la Commission, la notion d' "emplois dans l'administration publique " doit être regardée dans le cadre de l'article 48, paragraphe 4, comme une notion communautaire dont le contenu ne pourrait être déterminé que par référence à " des critères matériels tirés des attributions que comporte l'emploi occupé dans l'administration et des activités réellement exercées par le titulaire de cet emploi " <sup>1236</sup>.

La Cour partage cette interprétation : "C'est donc en fonction du but poursuivi par l'article 48, paragraphe 4, qu'il convient de déterminer la portée de la dérogation qu'il apporte aux principes de libre circulation et d'égalité de traitement consacrés par les trois premiers paragraphes du même article. La détermination du champ d'application du paragraphe 4 de l'article 48 soulève cependant des difficultés particulières en raison du fait que, dans les divers Etats membres, la puissance publique a assumé des responsabilités de caractère économique et social, ou participe à des activités qui ne sont pas assimilables aux fonctions typiques de l'administration publique, mais qui relèvent par contre, en raison de leur nature, du domaine d'application du traité. Dans ces conditions, le fait d'étendre l'exception prévue à l'article 48, paragraphe 4, à des emplois qui, tout en relevant de l'Etat ou d'autres organismes de droit public, n'impliquent cependant aucun concours à des tâches relevant de l'administration publique proprement dite, aurait pour conséquence de soustraire à l'application des principes du traité un nombre considérable d'emplois et de créer des inégalités entre Etats membres, en fonction des disparités qui caractérisent l'organisation de l'Etat et celle de certains secteurs de la vie économique " <sup>1237</sup>.

"Il convient dès lors de rechercher si les emplois visés par le recours peuvent être rattachés à la notion d'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4, qui doit comporter une interprétation et une application uniformes dans l'ensemble de la Communauté. Il faut reconnaître que l'application des critères de distinction ci-dessus indiqués pose des problèmes d'appréciation et de délimitation dans des cas concrets. Il résulte de ce qui précède que cette qualification dépend de la question de savoir si les emplois en cause sont, ou non, caractéristiques des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ".

Pratiquement, la Commission considère que " la dérogation établie par l'article 48,4, vise les fonctions spécifiques de l'Etat et des collectivités assimilables telles les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre; la magistrature; l'administration fiscale et la diplomatie. En outre, sont considérés aussi couverts par cette exception, les emplois relevant des ministères de l'Etat, des gouvernements régionaux, des collectivités territoriales et autres organismes assimilés, des banques centrales dans la mesure où il s'agit du personnel (fonctionnaires et autres agents) qui exerce les activités ordonnées autour d'un pouvoir juridique public de l'Etat ou d'une autre personne morale de droit public telles que l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants ".

<sup>1236</sup> Propos qu'aurait tenus l'avocat général MAYRAS dans l'affaire 152/73, Sotgiu, reproduits par la Commission.

<sup>1237</sup> C.J.C.E., 17 déc. 1980, Commission c/ Belgique, 149/79, Rec. C.J.C.E., p. 3881.



Elle remarque encore que "les tâches et responsabilités caractérisant les emplois relevant de certaines structures nationales apparaissent manifestement comme étant en général suffisamment éloignées des activités spécifiques de l'administration publique telles que définies par la Cour de Justice, pour qu'elles ne puissent que très exceptionnellement relever de l'exemption prévue à l'article 48, 4 du Traité CEE".

"Dès lors, la Commission entend porter en priorité son action systématique sur les secteurs suivants:

- les organismes chargés de gérer un service commercial (par exemple: transports publics, distribution d'électricité ou de gaz, compagnies de navigation aérienne ou maritime, postes et télécommunications, organismes de radio-télédiffusion);

- les services opérationnels de santé publique;

- l'enseignement dans les établissements publics;

- la recherche à des fins civiles dans les établissements publics"<sup>1238</sup>.

L'article 16 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 subordonne encore aux conditions suivantes la nomination en qualité d'agent de l'Etat :

2° être d'une conduite répondant aux exigences de la fonction;

3° jouir des droits civils et politiques;

4° satisfaire aux lois sur la milice;

5° (...)

6° être porteur d'un diplôme ou certificat d'études en rapport avec le niveau du grade à conférer (...).

#### 206. Les obligations fonctionnelles

Les articles 7 à 14 du statut sont consacrés aux "Droits et devoirs" des agents.

Ces dispositions, reprises de l'arrêté royal du 22 novembre 1991, sont rédigées dans un style fort différent de celui, très laconique, des auteurs du statut de 1937<sup>1239</sup>.

Nous y relevons en bref :

---

<sup>1238</sup> Communication de la Commission, J.O.C.E., 18 mars 1988, C72, p.2.

<sup>1239</sup> Voy. E. GILLET, in J. SAROT et autres, Précis de fonction publique, o.c., p. 233 et s.

- la liberté d'expression à l'égard des faits dont les agents ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, limitée par l'obligation de discrétion quant aux faits mentionnés à l'article 10, al. 2;

La liste des cas soumis à cette obligation de discrétion est étoffée à un point tel qu'elle contredit presque le principe de la liberté d'expression : "*Il leur est uniquement interdit de révéler des faits qui ont trait à la sécurité nationale, à la protection de l'ordre public, aux intérêts financiers de l'autorité, à la prévention et à la répression des faits délictueux, au secret médical, aux droits et libertés du citoyen, et notamment le droit au respect de la vie privée; cette interdiction vaut également pour les faits qui ont trait à la préparation de toutes les décisions aussi longtemps qu'une décision finale n'a pas encore été prise ainsi que pour les faits qui, lorsqu'ils sont divulgués, peuvent porter préjudice à la position de concurrence de l'organisme dans lequel l'agent est occupé.*"

- le droit à l'information pour tous les aspects utiles à l'exercice de leur tâche et le droit à la formation continue (art. 11, § 1er);

- le droit de consultation de son dossier personnel (art. 9);

- l'obligation de loyauté et d'intégrité sous l'autorité des supérieurs hiérarchiques (art. 7, § 1er);

- l'obligation de compréhension et de non discrimination vis-à-vis des usagers du service (art. 8, § 1er);

- l'obligation de réserve dans la vie privée (art. 8, § 2);

- l'obligation de désintéressement (art. 8, § 2, al. 2);

- l'obligation de se tenir informé de l'évolution de la réglementation, des techniques et des recherches dans les matières dont ils sont professionnellement chargés (art. 11, § 2).

#### 207. *La nature du régime disciplinaire*

La répression disciplinaire est intimement liée à l'exercice de la fonction hiérarchique.

La discipline administrative a un **caractère exclusivement fonctionnel**.

En effet, elle donne lieu au prononcé d'une peine disciplinaire, c'est à dire d'une sanction qui n'atteint l'agent que dans l'exercice de la fonction; elle ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'un agent public ou d'un usager du service public; elle sanctionne un manquement fonctionnel.

Elle se distingue de la répression pénale.

Un même fait peut fonder une action pénale et une action disciplinaire s'il constitue à la fois une infraction pénale et un manquement disciplinaire.

Par exemple un fait de corruption peut être une infraction au sens de l'article 246 du Code pénal et un manquement à l'obligation de désintéressement au sens de l'article 8, § 2, alinéa 2, du statut.

En principe, la répression disciplinaire est indépendante de la répression pénale.

L'action pénale et l'action disciplinaire se dissocient à de multiples points de vue<sup>1240</sup>.

L'action pénale vise à réprimer ou à prévenir une infraction; elle est exercée dans l'intérêt de la société.

Les peines disciplinaires sont infligées dans le seul intérêt du service, à la suite d'un manquement fonctionnel.

En droit pénal, le fait incriminé doit avoir été préalablement défini par la loi (" ***Nullum crimen sine lege*** ").

Ce principe de la légalité des incriminations, qui trouve son fondement dans l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, ne s'applique pas en matière disciplinaire; l'autorité hiérarchique dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour qualifier un fait reproché à un agent ou à un usager de manquement disciplinaire.

L'adage "***nulla poena sine lege***", qui est affirmé à l'article 14 de la Constitution, ne s'applique pas non plus en matière disciplinaire.

L'autorité qui exerce le pouvoir hiérarchique peut infliger la peine qu'elle estime la plus appropriée.

En effet, dans le silence du statut, on considère que l'autorité hiérarchique doit pouvoir prendre des sanctions disciplinaires.

Par application du parallélisme des compétences, on reconnaît à l'autorité qui a, en vertu de la loi ou du règlement, le pouvoir de nommer, le pouvoir de révoquer pour motif disciplinaire, et, dès lors, le pouvoir d'infliger toute peine plus légère....

Cependant, lorsque le statut comporte une énumération des peines disciplinaires, comme il en va de l'article 77, § 1er, de l'arrêté du 2 octobre 1937, le pouvoir de déterminer la peine applicable est limité par le texte : l'autorité apprécie alors laquelle des peines prévues est la mieux adaptée au comportement à sanctionner, sans cependant pouvoir infliger une peine non reprise dans l'énumération : celle-ci doit être considérée comme limitative.

La sanction pénale ne peut être prononcée en toute hypothèse que par un **juge**.

La peine disciplinaire, tout au moins au premier échelon, peut être prononcée par une autorité administrative.

---

1240 Voy. E. VAN NUFFEL, L'infraction pénale de l'agent public et sa sanction disciplinaire : l'autonomie de l'action disciplinaire et l'incidence de la décision pénale, A.P.T., 2005, p. 51 et s.

Sauf disposition contraire expresse,- tel l'article 81, § 3, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat<sup>1241</sup> - lorsque les mêmes faits font l'objet de poursuites pénales et de poursuites disciplinaires, l'autorité administrative n'est pas tenue de surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction répressive se soit définitivement prononcée. Elle peut toutefois estimer prudent d'attendre qu'une décision judiciaire ait définitivement statué sur l'action publique. La prudence dont peut faire preuve l'autorité disciplinaire ne la dispense cependant pas de statuer dans un délai raisonnable, qui s'apprécie suivant les circonstances de la cause, la nature de l'affaire, le comportement de l'intéressé et celui de l'autorité<sup>1242</sup>.

L'autorité disciplinaire n'est tenue de respecter l'autorité de la chose jugée au pénal que lorsque le juge se prononce sur l'existence des faits qui sont invoqués à l'appui de la poursuite disciplinaire. La juridiction d'instruction n'a pas le pouvoir de se prononcer sur l'existence des faits ou leur qualification. Sa mission est seulement d'apprécier si le dossier révèle des charges qui lui paraissent suffisantes pour ordonner la continuation des poursuites pénales. Lorsqu'elle décide un non-lieu, en l'absence de charges suffisantes, sa décision a, sur le plan pénal, une autorité provisoire de chose jugée en ce sens qu'elle interdit la réouverture des poursuites sur la base de ces charges mais n'y fait pas obstacle en cas de survenance de charges nouvelles. Sur le plan disciplinaire, cette décision de non-lieu ne peut lier l'autorité disciplinaire qui n'est, dès lors, pas tenue de considérer comme définitivement non-établis les faits dans lesquels la juridiction d'instruction a seulement estimé n'avoir pas trouvé de charges suffisantes. Il s'ensuit que le conseil communal n'avait pas l'obligation d'attendre la décision de la juridiction d'instruction pour se prononcer<sup>1243</sup>.

Enfin, la sanction pénale peut être privative de liberté ou porter atteinte au patrimoine. La peine disciplinaire, elle, ne peut avoir de conséquences que sur la carrière de l'agent.

La mesure disciplinaire se distingue encore de la **mesure d'ordre intérieur**<sup>1244</sup>.

Si la sanction disciplinaire vise à réprimer un comportement jugé fautif de l'agent, la mesure d'ordre intérieur a pour seul objet d'organiser ou de modifier l'organisation du service sans procéder de l'intention de punir.

Comme elle ne fait pas grief, la mesure d'ordre intérieur n'exige pas, en principe le respect de la procédure disciplinaire et en particulier le respect des droits de la défense.

On peut citer comme exemples :

- la suspension dans l'intérêt du service; il faut observer que l'article 15, § 1er, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux soumet le prononcé de cette mesure à des exigences procédurales spécifiques.

- le déplacement dans l'intérêt du service;

<sup>1241</sup> Aux termes de cette disposition, "*les actions pénales sont suspensives de la procédure et du prononcé disciplinaire*".

<sup>1242</sup> C.E., 29 février 2000, Van Mullen c/ Etat belge, n° 85.745.

<sup>1243</sup> C.E., 28 juin 2000, Glibert c/ Commune de Jemeppe-sur-Sambre, n° 88.336.

<sup>1244</sup> Voy. P. LEWALLE, Contentieux administratif, o.c., n° 370.

- le retrait d'emploi dans l'intérêt du service...

208. *Le régime juridique de la répression disciplinaire*

Le régime juridique de la répression disciplinaire implique la définition de la faute disciplinaire, de la peine disciplinaire, du rapport de proportionnalité entre faute et sanction et enfin de la procédure disciplinaire.

209. *La faute disciplinaire*

La faute, le manquement fonctionnel, est le **motif**, la raison d'être de la sanction.

Le fait reproché doit **exister matériellement et être légalement qualifié** de manquement disciplinaire.

Le respect de ces deux exigences peut être contrôlé, sur recours, par le Conseil d'Etat.

Il s'agit de la **légalité interne** de la sanction disciplinaire.

210. *La peine disciplinaire*

La plupart des statuts, à l'exemple de celui des agents de l'Etat<sup>1245</sup> contiennent une échelle des peines pouvant être infligées aux agents.

On peut y distinguer trois degrés de gravité:

- a) les peines mineures : le rappel à l'ordre et le blâme;
- b) les peines graves : la retenue de traitement, le déplacement disciplinaire, la suspension disciplinaire;
- c) les peines les plus graves : la rétrogradation, la démission d'office et la révocation<sup>1246</sup>.

---

<sup>1245</sup> Art. 77, § 1er.

<sup>1246</sup> La régularité de la révocation a été considérée d'office comme illégale par le juge dans la mesure où le statut prévoit qu'elle entraîne la déchéance du droit à la pension; si celui-ci n'est pas garanti comme tel par l'article 1er du protocole n°1, additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il peut, dans certaines circonstances, être assimilé à un droit de propriété. Parmi ces circonstances figure celle où des cotisations particulières ont été versées par l'intéressé et celle où l'employeur a pris l'engagement plus général de verser une pension à des conditions qui peuvent être considérées comme faisant partie du contrat de travail (C.E., 24 mai 2007, Dassonville c/ R.T.B.F., n° 171.523, J.L.M.B., 2007, p. 1110 et s.

Lorsque le statut mentionne les différentes peines applicables, l'autorité disciplinaire est tenue d'effectuer son choix parmi celles-ci, mais décide en toute liberté<sup>1247</sup> laquelle constitue la sanction la mieux adaptée.

Dans le silence du statut, l'autorité prononce la sanction qui lui paraît appropriée<sup>1248</sup>.

#### 211. *Le rapport de proportionnalité entre faute et sanction*

L'autorité doit respecter **un rapport de proportionnalité raisonnable** entre la faute et la peine. Elle doit apprécier la gravité de la faute et choisir la peine en tenant compte des circonstances propres au cas d'espèce.

Le Conseil d'Etat a longtemps refusé de connaître de cette appréciation de la peine, se limitant à vérifier si la sanction prononcée était bien prévue dans l'échelle des peines.

Il a fallu attendre 1974 pour que la Haute juridiction administrative sorte de sa réserve<sup>1249</sup>.

Elle a fini par admettre que, *"s'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se substituer à l'autorité compétente pour fixer la peine à infliger à un agent pour des faits établis et non encore sanctionnés, il lui incombe de vérifier si ces faits sont susceptibles de donner lieu à une peine disciplinaire et si la peine infligée n'est pas disproportionnée à ces faits"*<sup>1250</sup>.

#### 212. *La procédure disciplinaire*

Il s'agit des conditions de **légalité externe** des sanctions disciplinaires.

Au premier rang des exigences de procédure, il convient d'inscrire le respect des **droits de la défense**; la portée de ce principe général de droit sera examinée dans le cours de contentieux administratif.

Comme tout acte administratif unilatéral de portée individuelle, la sanction disciplinaire doit être **motivée** en application de la loi du 29 juillet 1991; les implications de cette obligation seront étudiées dans la partie du cours se rapportant au contentieux administratif.

<sup>1247</sup> Dans le respect du rapport de proportionnalité entre la faute et la peine.

<sup>1248</sup> Voy. note précédente.

<sup>1249</sup> C.E., 26 juillet 1974, Noe c/ Etat belge, n° 16592, Rec. p. 847. Voy. P. LEWALLE, Contentieux administratif, o.c., n° 508.

<sup>1250</sup> C.E., 19 février 1980, Decock c/ Ville Courtrai, n° 20116, Rec., p. 203: M. Decock, inspecteur de police, est révoqué par le conseil communal de Courtrai. Trois faits lui sont reprochés: injures à un collègue (fait déjà sanctionné disciplinairement); intervention dans une vente à tempérament en abusant de sa qualité; réparation de jeux de hasard (acquiescement au pénal).

Seuls les deux derniers faits pouvaient encore être sanctionnés. Le Conseil d'Etat annule la révocation, la jugeant trop sévère par rapport aux éléments incriminés.

**L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit-il être respecté dans le déroulement de la procédure disciplinaire administrative ?**

Tant la **Commission** européenne des droits de l'homme que la **Cour de cassation** se prononcent dans le sens de la **non-application de l'article 6** à la procédure disciplinaire dans la fonction publique<sup>1251</sup>, non sans cependant qu'une évolution ait pu être décelée dans leur jurisprudence<sup>1252</sup>.

La position du **Conseil d'Etat** est plus nuancée.

Par un arrêt prononcé le 20 janvier 1988, la Haute juridiction administrative a affirmé que : "*L'action disciplinaire qui, dans la fonction publique, peut aboutir à priver une personne de l'emploi qu'elle occupait, n'a pas le caractère d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Si graves qu'en soient, socialement et moralement, les conséquences, une mesure de révocation d'un emploi public, à la différence de la radiation d'un ordre professionnel, ne prive celui qui en est l'objet que de son emploi et non du droit d'exercer une profession*"<sup>1253</sup>.

Le Conseil d'Etat semble s'en tenir à cette interprétation<sup>1254</sup>.

Toutefois, par un arrêt du 26 septembre 1984, ayant à connaître du licenciement disciplinaire d'une nettoyeuse de piscine communale, le Conseil d'Etat a déclaré ce qui suit : "*Il n'est pas contesté qu'en tant que membre du personnel d'une intercommunale, la requérante se trouve dans une position juridique statutaire. Il n'en découle cependant pas de manière automatique que la requérante occupait une fonction publique au sens propre du terme. Il convient de faire une distinction entre les occupations, fonctions et emplois au service de l'autorité selon qu'ils doivent ou ne doivent pas être considérés comme des missions typiques de l'autorité, qu'ils sont ou ne sont pas typiques de la mission spécifique de l'autorité, selon qu'ils impliquent ou n'impliquent pas de collaboration aux activités d'autorité au sens propre (cfr. Cour de justice des Communautés européennes, 17 décembre 1980). La requérante était nettoyeuse dans une piscine; il ne s'agit pas là d'une activité qui doit être considérée comme une mission typique de l'autorité. La requérante n'exerçait pas une profession qui est une fonction publique; il s'agit bien en l'espèce d'une contestation portant sur un droit civil au sens de la Convention, et, partant, l'article 6.1. de la C.E.D.H. est d'application*"<sup>1255</sup>.

<sup>1251</sup> Voy. les conclusions de M. J.VELU, alors Avocat général, pré. Cass.14 mai 1987, J.T., 1988, p. 58 et s.

<sup>1252</sup> J.C. GEUS, L'administration et le respect des droits de l'homme, in L'administration en 7 questions, Bruxelles, Bruylant 1996, p. 89 et s.

<sup>1253</sup> C.E., 20 janvier 1988, Cornet c/ Soc. coop. intercom. A.L.E., n° 29183, U.G.A.; voy. également C.E., 13 janvier 1988, François c/ R.T.B.F., n° 29125, J.T., 1988, p. 618 et s., avec l'avis de M. Michel LEROY, alors Auditeur, et obs. D. LAGASSE; 24 avril 1991, Laruelle, n° 36857.

<sup>1254</sup> C.E., 27 avril 1994, Jolet, c/ Communauté française, n° 47034, U.G.A.

<sup>1255</sup> C.E., 26 septembre 1984, Vercammen c/ Soc. coop. intercom. Olympos, n° 24.689, Rec., p. 1702.

Le Procureur général VELU concluait l'examen de jurisprudence auquel il procédait en 1987 de la façon suivante : " *On peut (...) admettre qu'une partie du contentieux de la fonction publique est susceptible d'avoir pour objet des droits et obligations de caractère civil.*

*A cet égard, deux distinctions importantes me paraissent s'imposer.*

*Première distinction : sont des droits de caractère civils, au sens de l'article 6, § 1er, les droits des titulaires d'une fonction publique qui se trouvent non dans une situation statutaire, mais dans une situation contractuelle. Cette première distinction se situe dans la ligne de décisions récentes de la Commission et de la Cour européenne intervenues en des matières connexes.*

*Seconde distinction: sont aussi des droits de caractère civils, les droits des titulaires d'une fonction publique qui, quoique se trouvant dans une situation statutaire, ne sont pas appelés à participer à l'exercice de la puissance publique (...).*

*Par contre, ne sont pas des droits de caractère civil les droits découlant des rapports juridiques de nature non-contractuelle que le droit public établit entre l'Etat et ses organes <sup>1256</sup>.*

La position de la **Cour de Strasbourg** paraissait avoir été fixée dans un arrêt du 8 décembre 1999, **Pellegrin c/ France**, dont il nous paraît ressortir que **l'application de l'article 6, § 1er, au contentieux de la fonction publique dépend essentiellement de la fonction exercée.**

La Cour y avait affirmé notamment ce qui suit :

" 64. (...) pour déterminer l'applicabilité de l'article 6 § 1er aux agents publics, qu'ils soient **titulaires ou contractuels**, la Cour estime qu'il convient d'adopter un critère fonctionnel, fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent. Ce faisant, il faut retenir, conformément à l'objet et au but de la Convention, une interprétation restrictive des exceptions aux garanties offertes par l'article 6 § 1er.

65. La Cour relève qu'au sein des administrations nationales, certains postes comportent une mission d'intérêt général ou une participation à l'exercice de la puissance publique. Leurs titulaires détiennent ainsi une parcelle de la souveraineté de l'Etat. Celui-ci a donc un intérêt légitime à exiger de ces agents un lien spécial de confiance et de loyauté. Par contre, pour les autres postes, qui ne présentent pas cette dimension d'"administration publique", cet intérêt fait défaut.

66. Par conséquent, la Cour décide que sont seuls soustraits au champ d'application de l'article 6 § 1er de la Convention les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques. Un exemple manifeste de telles activités est constitué par les forces armées et la police. En pratique, la Cour examinera, dans chaque cas, si l'emploi du requérant implique – compte tenu de la nature des fonctions et des

<sup>1256</sup> Concl. précitées, J.T.1988, p. 62.



*responsabilités qu'il comporte – une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques.*

(...)

67. Dès lors, la totalité des litiges opposant à l'administration des agents qui occupent des emplois impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique échappent au champ d'application de l'article 6 § 1er puisque la Cour entend faire prévaloir un critère fonctionnel<sup>1257</sup>.

Par un arrêt du 31 mai 2001, la Cour d'arbitrage a déduit de l'arrêt Pellegrin, précité, que le régime disciplinaire établi à l'égard des magistrats judiciaires échappait au champ d'application de l'article 6 de la Convention<sup>1258</sup>.

La Cour de Strasbourg a suivi encore le raisonnement tenu dans l'arrêt Pellegrin dans un arrêt du 12 avril 2006, *Martinie c/ France*<sup>1259</sup>.

Cependant, l'arrêt du 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande* **marque une rupture avec cette jurisprudence.**

<sup>1257</sup> Voy. les observations de Pierre LAMBERT, J.T., 2000, p. 373. Voy. encore M. GUYOMAR, le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative, Le principe vu par le Conseil d'Etat, A.J.D.A., 2001, p. 518 et s. ; Y. HOUYET, L'article 6.1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le contentieux de la fonction publique : arrêt "*Pellegrin*", A.P.T., 2000, p. 276 et s.

<sup>1258</sup> C.A., 31 mai 2001, n° 74/2001, n° de rôle 1877, *Moniteur belge*, 19 juin 2001.

<sup>1259</sup> On y lit notamment que : " 28. L'arrêt Pellegrin a ainsi constitué un revirement de jurisprudence, et il a été depuis lors confirmé, quant aux principes qu'il a édicté et au critère d'applicabilité de l'article 6 § 1 qu'il a dégagé, par de très nombreux arrêts et décisions de la Cour (voir par exemple, entre autres précédents, *Frydlender c. France*, arrêt du 27 juin 2000 [GC], CEDH 2000-VII, *Linde Falero c. Espagne*, n° 51535/99, décision du 21 juin 2000, *Rey et autres c. France*, arrêt du 5 octobre 2004, n° 68406/01, *Czech c. Pologne*, arrêt du 15 novembre 2005, n° 49034/99). 29. Il y a donc lieu de rechercher si l'emploi du requérant impliquait, au sens de cette jurisprudence, une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques. 30 La Grande Chambre conclut à l'applicabilité de l'article 6 § 1 comme la chambre dans sa décision sur la recevabilité précitée, mais par un raisonnement différent. En effet, la chambre s'était fondée principalement sur la nature particulière du litige opposant le requérant à l'Etat, pour en tirer la conclusion que les obligations mises à la charge du requérant étaient de caractère « civil » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, les aspects de droit privé prédominant en l'espèce. **Pour la Grande Chambre, il convient plutôt, comme y invitait l'arrêt Pellegrin, d'examiner l'emploi du requérant, la nature de ses fonctions et les responsabilités qu'il comportait.** Or, il s'agissait d'un agent de l'Education nationale, nommé par arrêté du Recteur d'Académie agent comptable d'un lycée, et chargé à ce titre de la comptabilité d'un établissement d'enseignement secondaire, ainsi que de celle d'un centre créé en son sein et dépourvu de la personnalité morale. Ni la nature des fonctions qu'exerçait le requérant, ni les responsabilités qu'elles comportaient ne peuvent le faire regarder comme participant à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques », sauf à envisager ces notions de façon extensive, alors qu'il faut retenir, conformément à l'objet et au but de la Convention, une interprétation restrictive des exceptions aux garanties de l'article 6 § 1 (arrêt Pellegrin, § 64 précité).

Partant, la Cour conclut que, eu égard à l'emploi qui lui avait été confié, le litige opposant le requérant à l'Etat entre bien dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention".

On y voit la Cour de Strasbourg elle-même déclarer, au point 55 de son arrêt que : *"Force est à la Cour de conclure que le critère fonctionnel, tel qu'appliqué en pratique, n'a pas simplifié l'examen de la question de l'applicabilité de l'article 6 aux procédures auxquelles un fonctionnaire est partie, et que, contrairement aux attentes, il n'a pas apporté en la matière plus de certitude (voir, mutatis mutandis, Perez c. France [GC], n° 47287/99, § 55, CEDH 2004-I)."*

La Cour a déterminé sa position dans les termes suivants :

*"1. En résumé, pour que l'Etat défendeur puisse devant la Cour invoquer le statut de fonctionnaire d'un requérant afin de le soustraire à la protection offerte par l'article 6, deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, le droit interne de l'Etat concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat. Le simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant. Pour que l'exclusion soit justifiée, il ne suffit pas que l'Etat démontre que le fonctionnaire en question participe à l'exercice de la puissance publique ou qu'il existe – pour reprendre les termes employés par la Cour dans l'arrêt Pellegrin – un « lien spécial de confiance et de loyauté » entre l'intéressé et l'Etat employeur. Il faut aussi que l'Etat montre que l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial susmentionné. Ainsi, rien en principe ne justifie de soustraire aux garanties de l'article 6 les conflits ordinaires du travail – tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type – à raison du caractère spécial de la relation entre le fonctionnaire concerné et l'Etat en question. En effet, il y aura présomption que l'article 6 trouve à s'appliquer, et il appartiendra à l'Etat défendeur de démontrer, premièrement, que d'après le droit national un requérant fonctionnaire n'a pas le droit d'accéder à un tribunal, et, deuxièmement, que l'exclusion des droits garantis à l'article 6 est fondée s'agissant de ce fonctionnaire."<sup>1260</sup>*

### III. Quelques mots sur la réforme COPERNIC

#### 213. Présentation

Le temps des distinctions classiques est décidément dépassé.

Ainsi, notamment, de celle qui affirmait qu'une frontière bien marquée séparait le "public" et le "privé", l'administration et les particuliers, les fonctionnaires ou agents publics et les travailleurs - ouvriers, employés, cadres - du secteur industriel et commercial.

<sup>1260</sup> Requête n° 63235/00 ; J.L.M.B., 2007, p. 860 et s., obs. M. et E. VAN BRUSTEM.

Les exemples sont nombreux qui témoignent d'une remise en cause de la dualité du public et du privé, et de l'effritement des marques juridiques de leurs spécificités.

L'organisation actuelle de la fonction publique, et, par suite, son encadrement juridique, procèdent de choix politiques qui sont profondément marqués par ce courant de pensée.

La "**culture manageriale**" inspire le mouvement, animé tant par des pressions financières et budgétaires que par une recherche de rationalisation et d'amélioration du service.

Selon le politologue suisse Matthias FINGER, la Nouvelle Gestion Publique se fonde sur quatre principes directeurs, celui de la subsidiarité, selon lequel le service doit être organisé de la manière la plus appropriée pour servir le citoyen-client, celui de l'implication des citoyens-clients, appelés à évaluer les prestations qui leur sont destinées, celui de la recherche constante de l'amélioration et de l'efficacité, et celui de la "**responsabilisation**", qui conduit à l'abandon du modèle hiérarchique au profit de celui du management par contrat.

L'accord de Gouvernement de juillet 1999 a défini des priorités conformes à ces principes<sup>1261</sup>.

La réforme qui a suivi, conduite par le Ministre Luc VAN DEN BOSSCHE, s'est développée **en deux volets**, portant l'un sur **les structures administratives**, caractérisé par la disparition des ministères remplacés par **les services publics fédéraux**, l'autre sur **la gestion du personnel**.

#### 214. *Les services publics fédéraux.*

Comme l'explique J. SOHIER dans son étude précitée, les départements ministériels traditionnels ont cédé la place à des services publics fédéraux de deux types, les uns "**verticaux**", qui correspondent plus ou moins aux anciens ministères et relèvent en principe de la compétence d'un ministre et d'un seul, et les autres "**horizontaux**", censés apporter un soutien stratégique aux services publics verticaux. Ceux-ci rassemblent le service de chancellerie et services généraux, le service du budget et du contrôle de gestion, le service "**personnel et organisation**" appelé à remplacer l'actuel ministère de la Fonction publique, et le service "**I.C.T.**", responsable des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Selon l'arrêté royal du 7 novembre 2000 portant création et composition des organes communs à chaque service public fédéral, au sein de chacun de ceux-ci se trouvent quatre cellules dirigeantes.

Un "**conseil stratégique**" est chargé de définir les lignes de force de la politique du service public concerné, de se prononcer sur les propositions budgétaires annuelles à présenter au ministre, de surveiller le comité de direction dans sa mise en œuvre du plan stratégique et de donner un avis sur l'établissement et la

<sup>1261</sup> On les retrouve dans la déclaration du Gouvernement fédéral du 14 juillet 2003 : voy. Doc. parl. , Ch., sess. extra 2003, n° 0020/001 p. 58 à 60.

modification du plan stratégique du ministre et sur le projet de contrat de management du président du comité de direction. Le conseil stratégique qui est une sorte d'interface entre le pouvoir politique, qui conçoit les politiques, et l'administration qui la met en œuvre. Il est composé notamment du/des ministres compétents, du top manager du SPF/SPP et d'experts externes. Le conseil doit veiller à aider à l'établissement du plan stratégique du/des ministres (ou aux éventuelles adaptations), à la bonne mise en œuvre du plan et intervenait dans les propositions de budget. Depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 27 avril 2008, a l'institution du conseil stratégique devient optionnelle, c'est-à-dire que cet organe ne se retrouvera plus obligatoirement dans l'ensemble des SPF/SPP. La justification fournie est que cet organe n'apparaissait pas comme « indispensable » dans les SPF horizontaux dès lors que leurs missions sont « purement opérationnelles », le ministre de la fonction publique allant jusqu'à affirmer que les missions du conseil « peuvent tout aussi bien être prises en charge par le ministre lui-même en concertation avec son administration ». La Cour des comptes relevait en effet dans un rapport de fin 2006 que seuls deux conseils fonctionnaient en réalité, mais qu'ils étaient beaucoup plus nombreux « sur le papier » et ce, pour des raisons budgétaires. Désormais, il est prévu que, en l'absence de conseil stratégique, le budget de ce dernier consacré aux experts peut être utilisé pour rémunérer des experts externes au sein de la cellule stratégique (voir ci-dessous). Les observations de la Cour sur ce point sont donc suivies, la pratique critiquée étant à présent autorisée.

Un "*comité de direction*" est chargé de la gestion opérationnelle, comprenant la gestion quotidienne du service, la coordination de l'ensemble des services ainsi qu'un rôle de proposition concernant le budget et la surveillance de sa bonne exécution, conformément au plan stratégique. Ce comité de direction est composé du "*top manager*" du service public concerné, qui le préside, des responsables des différents services opérationnels, des directeurs des services fédéraux horizontaux (à l'exception du service public horizontal "*chancellerie et services généraux*") ainsi que des responsables des cellules stratégiques.

Une "*cellule stratégique*" , composée de collaborateurs du ministre, chargée d'appuyer le "*conseil stratégique*" et le "*comité de direction*". Il s'agissait sans doute du successeur des cabinets ministériels;

Un "*comité d'audit*", chargé du contrôle interne, du processus d'audit et de l'information financière.

On le sait, l'application concrète de cette réforme a été difficile et toutes les intentions n'ont pas été traduites dans la réalité.

#### 215. *La gestion du personnel*

Il s'agit de promouvoir une culture de service au public et d'améliorer les perspectives de carrière des fonctionnaires en valorisant, dans la politique de promotion et de rémunération, les compétences, au détriment de l'ancienneté et du diplôme.

Inscrit dans les lois de réformes institutionnelles depuis août 1988, l'arrêté royal définissant les principes généraux du droit de la fonction publique, dans sa version

du 22 décembre 2000, énonce la règle fondamentale selon laquelle le personnel de l'administration est **sous statut**, assortie cependant de plusieurs **exceptions**.

Le nouvel arrêté des principes généraux a réaffirmé les possibilités de recrutement par contrat retenues par les arrêtés antérieurs, et en a ajouté de nouvelles : notamment celle de **pourvoir à l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau**, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter.

Le but de cette disposition est de permettre l'engagement de managers ou de gestionnaires chargés des ressources humaines, tant au sein de l'administration qu'en dehors d'elle.

Mais, caractéristique des tiraillements en présence, la voie contractuelle a finalement été délaissée pour le recrutement des managers fédéraux au profit d'un régime statutaire temporaire.

L'article 12 de l'arrêté des principes généraux du 22 décembre 2000 prévoit que le **statut** peut organiser un régime de **mandats** pour les fonctions de **management**.

Le mandat se définit comme une désignation temporaire à une fonction déterminée. Il procède d'un acte juridique unilatéral exprès et spécial visant à attribuer temporairement l'exercice de fonctions particulières dans un objectif de meilleure gestion du service public.

Reste la possibilité désormais ouverte de recruter par contrat de travail, des **experts** pour de tâches qui requièrent des connaissances particulières ou une expérience de "*haut niveau*". Ces contractuels de "*haut niveau*" pourront être engagés par contrat à durée indéterminée, ce qui tranche avec les autres exceptions ménagées par l'article 2, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000, qui ne permettent pareil engagement qu'à titre temporaire ou extraordinaire.

En application du nouvel arrêté définissant les principes généraux, un autre arrêté royal du 22 décembre 2000 a modifié le statut des agents de l'Etat.

La réforme repose au surplus sur différentes lois et arrêtés<sup>1262</sup>, dont la mise en œuvre ne s'est pas faite sans incidents.

---

<sup>1262</sup> Le rapport au Roi qui accompagne la publication 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 (Moniteur belge, 31 octobre 2001) contient l'énumération suivante :

- l'arrêté royal du 22 mai 2000 portant diverses mesures en vue de la mise en place des cellules des ressources humaines dans les ministères fédéraux;
- l'arrêté royal du 7 novembre 2000 portant création et composition des organes communs à chaque service public fédéral;
- l'arrêté royal du 22 décembre 2000 modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat;
- l'arrêté royal du 22 décembre 2001 concernant la sélection et la carrière des agents de l'Etat;
- l'arrêté royal du 13 mars 2001 instituant un congé préalable à la mise à la retraite en faveur des agents de la Fonction publique administrative fédérale qui sont titulaires des grades classés dans les niveaux 3 et 4;
- la loi de 23 mars 2001 portant diverses dispositions en matière de fonction publique;

C'est ainsi qu'un arrêté royal du 12 mars 2000 réglant la situation juridique du T.I.C.-manager fédéral engagé par contrat de travail a été annulé par un arrêt du

- 
- l'arrêté royal du 2 mai 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux, qui constitue le signal de départ et la charnière de la mise en oeuvre effective de cette réforme fondamentale de la Fonction publique fédérale et qui a été suspendu par la Section administrative du Conseil d'Etat le 7 septembre 2001;
  - l'arrêté royal du 11 mai 2001 portant création du Service public fédéral " *Technologie de l'information et de la communication* ";
  - l'arrêté royal du 11 mai 2001 portant création du Service public fédéral " *Personnel et organisation* ";
  - l'arrêté royal du 15 mai 2001 portant création du Service public fédéral " *Budget et contrôle de la gestion* ";
  - l'arrêté royal du 15 mai 2001 portant création du Service public fédéral " *Chancellerie et services généraux* ";
  - l'arrêté royal du 23 mai 2001 portant création du Service public fédéral " *Justice* ";
  - l'arrêté royal du 23 mai 2001 portant création du Service public fédéral " *Sécurité sociale* ";
  - l'arrêté royal du 23 mai 2001 portant création du Service public fédéral " *Santé publique, sécurité de la chaîne alimentaire et environnement* ";
  - l'arrêté royal du 4 juillet 2001 modifiant l'article 9 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs;
  - l'arrêté royal du 11 juillet 2001 relatif à la pondération des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux et fixant leur traitement;
  - l'arrêté royal du 19 juillet 2001 portant diverses dispositions concernant la mise en place des services publics fédéraux et des services publics fédéraux de programmation;
  - l'arrêté royal du 19 juillet 2001 relatif à l'installation des organes stratégiques des services publics fédéraux et relatif aux membres du personnel des services publics fédéraux désignés pour faire partie du cabinet d'un membre d'un Gouvernement ou d'un Collège d'une Communauté ou d'une Région;
  - l'arrêté royal du 19 juillet 2001 déterminant, en vue de l'application de l'article 43 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, les grades des agents des services centraux des services publics fédéraux, qui constituent un même degré de la hiérarchie;
  - l'arrêté royal du 19 juillet 2001 fixant les cadres linguistiques du Service public fédéral " *Personnel et organisation* ";
  - l'arrêté royal du 19 juillet 2001 fixant les cadres linguistiques du Service public fédéral " *Budget et contrôle de la gestion* ";
  - l'arrêté royal du 19 juillet 2001 fixant les cadres linguistiques du Service public fédéral " *Technologie de l'information et de la communication* ";
  - l'arrêté royal du 19 juillet 2001 fixant les cadres linguistiques du Service public fédéral " *Chancellerie et services généraux* ";
  - l'arrêté royal du 18 octobre 2001 relatif à la mobilité du personnel de certains services publics;
  - le projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 8 mars 2001 fixant les conditions de délivrance des certificats de connaissances linguistiques prévus à l'article 53 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966;
  - le projet d'arrêté royal portant la désignation d'adjoints bilingues dans les services centraux des services publics fédéraux;
  - l'avant-projet de loi insérant les articles 43ter, 44bis, 46bis, 69 et 70 dans les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966. - Amendement du Gouvernement;
  - le projet d'arrêté royal modifiant diverses dispositions réglementaires en matière de statut des agents de l'Etat;
  - l'avant-projet de loi portant diverses dispositions en matière de fonction publique.

18 octobre 2000, au motif qu'en application de la loi du 22 juillet 1993 un fonctionnaire ne pouvait être engagé par contrat de travail que dans des hypothèses déterminées et pour des tâches spécifiques, alors qu'il s'agissait en l'espèce de l'accomplissement d'une mission d'intérêt général<sup>1263</sup>.

A la suite de cet arrêt a été adoptée la loi du 26 mars 2001 portant diverses mesures en matière de fonction publique, qui a modifié l'article 4, § 1<sup>er</sup>, la loi du 22 juillet 1993 en permettant l'engagement par contrat de travail afin "*4° de pouvoir à l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes deux pertinentes pour les tâches à exécuter, également lorsque les tâches à exécuter concernent des missions permanentes*"<sup>1264</sup>.

Un arrêté royal du 2 mai 2001 est venu régler la désignation et l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux.

Sur recours d'un secrétaire général de ministère, son exécution fut suspendue par le Conseil d'Etat le 7 septembre 2001, notamment parce qu'il étendait le principe du mandat à des fonctions d'encadrement distinctes de celles de management et violait ainsi la loi du 26 mars 2001, et parce qu'il subordonnait l'exercice d'une fonction de management à la connaissance fonctionnelle de la deuxième langue nationale, alors que l'imposition de connaissances linguistiques à des fonctionnaires est une matière que la Constitution réserve au législateur<sup>1265</sup>.

Un arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux a retiré expressément l'arrêté royal du 2 mai 2001 et a corrigé les irrégularités dénoncées par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 7 septembre 2001<sup>1266</sup>.

L'histoire ne devait pas s'arrêter là, puisqu'un arrêté royal du 15 juin 2004 a modifié l'arrêté royal du 29 octobre 2001, après que, dans un arrêt de suspension du 17 décembre 2003, le Conseil d'Etat eût considéré comme sérieux le moyen pris de ce que l'article 8 de l'arrêté royal du 22 janvier 2003 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management au sein des établissements scientifiques de l'Etat, qui organise les commissions de sélection, était contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution<sup>1267</sup>.

---

1263 C.E., 18 octobre 2000, Fagard c/ Etat belge, n° 90.291.

1264 Comme vu plus haut, l'article 4 de la loi du 22 juillet 1993 a encore été modifié en application de la loi-programme du 24 décembre 2002. Il dispose notamment que "*sur proposition du ministre qui a la Fonction publique dans ses attributions, le Roi détermine par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les circonstances dans lesquelles il peut être procédé à l'engagement de personnes sous contrat de travail, les conditions et les modalités de leur engagement et leurs conditions de travail.*"

<sup>1265</sup> C.E., 7 septembre 2001, Jadot c/ Etat belge, n° 98.735.

<sup>1266</sup> L'exécution de cet arrêté royal a fait l'objet d'un recours en suspension qui a été rejeté par le Conseil d'Etat (C.E., 28 mai 2002, Jadot c/ Etat belge, n° 107.081).

<sup>1267</sup> On lit notamment dans l'arrêt du 17 décembre 2003 que "*il y a lieu de constater qu'il est à tout le moins incertain que le système d'une sélection parallèle d'une part, de candidats francophones et, d'autre part, de candidats néerlandophones permette effectivement à l'autorité investie du pouvoir de nomination de mettre en balance les aptitudes des candidats d'une manière tout à fait objective et égale dans les cas où le choix entre les candidats n'est pas fixé par les exigences de la législation linguistique; que la composition différente des deux commissions de sélection comporte inévitablement l'éventualité qu'il y aura des*

En vertu de l'arrêté modificatif, une seule commission de sélection est prévue.

Dans le rapport au Roi qui précède l'arrêté modificatif du 15 juin 2004, on lit notamment ce qui suit : *"Etant donné que l'arrêté royal litigieux, et notamment son article 8, est la reproduction fidèle des dispositions prévues dans l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux, toutes les procédures de sélection des candidats à une fonction de management dans l'administration publique administrative fédérale sont susceptibles d'être caduques. Sur ce point, il convient de mettre en exergue la circonstance que le Conseil d'Etat pourrait soulever d'office l'illégalité de toute disposition qui consacrerait le principe d'une sélection comparative par rôle linguistique (en ce compris les assessment centers) à l'occasion d'un recours en annulation ou d'une demande de suspension d'un acte préparatoire à une désignation à mandat, par application de l'article 159 de la Constitution.*

*Etant donné ce qui précède, le Gouvernement n'a pu raisonnablement agir qu'en se référant à la notion d'administrateur public prudent et diligent. Il a donc décidé de suspendre immédiatement toutes les procédures de sélection et de désignation à des fonctions de management, dans la mesure où le risque est réel et connu de voir la procédure déclarée illégale par la section d'administration du Conseil d'Etat. Afin de ne pas perturber plus avant le bon fonctionnement des administrations de l'Etat en les privant des fonctionnaires de haut rang, le Gouvernement a également chargé Votre dévouée de lui présenter un projet de nouvelle procédure de sélection respectueuse de l'esprit qui avait prévalu lors de l'élaboration de l'arrêté royal du 29 octobre 2001, à savoir continuer à mettre l'accent sur les capacités de gestion et d'organisation sans faire fi pour autant des capacités techniques et fonctionnelles des personnes qui seront chargées d'exercer lesdites fonctions"<sup>1268</sup>.*

## Section 2. Des biens

### 216. Présentation

Les administrations publiques ont des biens, comme les particuliers. Le droit commun s'applique aux seconds qui jouissent sur leurs biens d'un droit de propriété régi par le code civil. Par contre, le rapport entre l'administration et ses biens s'établit selon des règles spécifiques et variables selon l'intensité qu'ils ont

---

*nuances dans les critères d'évaluation et des différences d'appréciation dans l'évaluation elle-même; que la circonstance que l'évaluation est faite sur la base d'une description unique des compétences ne supprime pas cette éventualité; que la concertation entre les présidents des commissions peut d'autant moins avoir cet effet que ni le moment ni les modalités de cette concertation ne sont précisés; que l'on n'aperçoit pas en quoi le fait de s'approprier ou non une évaluation constituerait la garantie requise, dès lors notamment que l'appropriation se fait "à l'issue de la surveillance de qualité" et que la possible inégalité ne provient pas d'une différence de qualité mais essentiellement de différences d'appréciations; qu'au stade actuel de la procédure, l'illégalité de l'article 8 de l'arrêté royal précité du 22 janvier 2003 paraît établie; que l'application doit en être écartée" (C.E., 17 décembre 2003, Dewaide c/ Bureau de sélection de l'administration fédérale, n° 126.511).*

<sup>1268</sup> Moniteur belge, 23 juillet 2004, p. 57.024.



avec le service public, l'intérêt général ou l'usage de tous<sup>1269</sup>. La spécificité du droit applicable aux biens de l'administration a été considérée comme conforme à la Constitution par la Cour constitutionnelle<sup>1270</sup>. Le statut des biens des administrations et des règles propres à leur acquisition, leur gestion ou leur aliénation forme l'objet du droit domanial, qui relève à la fois du droit administratif et du droit civil (§1)<sup>1271</sup>. L'expropriation pour cause d'utilité publique est sans doute une des prérogatives les plus marquantes des pouvoirs publics dans les sociétés libérales. En effet, il s'agit de privé un citoyen de sa propriété dans l'intérêt général moyennant le respect de nombreuses contraintes (§2).

Le droit domanial reste très discuté en droit administratif belge. Sous l'impulsion du droit international et communautaire, ainsi que sous la pression des nécessités économiques, il se rapproche de plus en plus du régime de commun sans toutefois pouvoir y être réduit. Ainsi, les règles de l'insaisissabilité des biens du domaine public et l'interdiction de la constitution de droits réels sur ces derniers ont subi de profondes mutations ces dernières années.

Le droit domanial ne repose sur aucun fondement constitutionnel. Le code civil contient diverses dispositions relatives à cette problématique prise dans un sens très général. L'article 537 du Code civil évoque une distinction entre les biens des particuliers et ceux qui n'appartiennent pas aux particuliers, fort éloigné de la distinction contemporaine entre les biens domaine public et privé<sup>1272</sup>. L'article 538 du Code civil énonce des biens qui font partie des "dépendances du domaine public". Les articles 539 et 713 du Code civil font tomber dans le domaine public les biens sans maître et les successions vacantes. Les articles 540 et 541 du Code civil évoquent les ouvrages et biens militaires pour les ranger dans les biens du domaine public. L'article 542 du Code civil évoque les biens communaux. L'article 1712 du Code civil évoque quant à lui les baux et règlements particuliers des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics.

Ces articles ne fondent pas le droit domanial et la distinction moderne du domaine public et privé. Tout au plus sont-ils relatifs à l'appropriation publique des biens<sup>1273</sup>.

## § 1. Les domaines privé et public

### 217. Distinction du domaine public et du domaine privé

La distinction en les biens relevant du domaine public et les biens relevant du domaine privé est une construction jurisprudentielle et doctrinale<sup>1274</sup>.

<sup>1269</sup> M. PAQUES, D. DEOM, P-Y ERNEUX, D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, 2008, déjà cité, spéc. p. 66, n°2.

<sup>1270</sup> C.A., n°32/2003, 12 mars 2003.

<sup>1271</sup> M. PAQUES, D. DEOM, P-Y ERNEUX, D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, 2008, déjà cité, spéc. p. 66, n°3.

<sup>1272</sup> *Ibid*, spéc. p. 69, n°8.

<sup>1273</sup> *Ibid*, spéc. p. 73, n°14.

<sup>1274</sup> J. HANSENNE, *Les biens - Précis*, Liège, éd. Collection scientifique de la Faculté de droit, 1996, T.II, n°115.

Les biens du domaine public sont hors commerce dit-on, protégés par un régime d'indisponibilité, ils sont inaliénables, insaisissables et relativement imprescriptibles<sup>1275</sup> dans les limites de l'article 1412 bis du Code judiciaire. Les biens du domaine privé jouissent de la même d'insaisissabilité relative en vertu de l'article 1412 bis du Code judiciaire.

Si la distinction est délicate à cerner, elle est régulièrement évoquée par le législateur qui se garde bien cependant de la clarifier<sup>1276</sup>.

Le législateur est intervenu à maintes reprises pour modaliser les contraintes de la domanialité publique, singulièrement dans le champ des activités économiques. Il s'agit parfois d'autoriser la constitution de droits réels immobiliers temporaire sur des biens du domaine public compatibles avec l'affectation domaniale<sup>1277</sup>, ou plus généralement la constitution de droits réels sur le domaine public<sup>1278</sup>, ou la cession de tels droits<sup>1279</sup> sur tout un périmètre.

#### 218. La répartition des compétences

La compétence des entités fédérées de légiférer dans la matière est généralement admise<sup>1280</sup> en dépit de l'absence d'une norme d'habilitation claire.

Les compétences liées à la gestion de leur domaine (affecter, désaffecter, aliéner) résultent simplement de l'octroi de la personnalité juridique aux entités fédérées, comme l'a précisé le législateur lors du transferts des immeubles domaniaux aux communautés et régions<sup>1281</sup>.

La compétence normative en matière domaniale est considérée comme une compétence instrumentale induite de divers éléments<sup>1282</sup>.

L'article 12 des lois de réformes institutionnelles et l'article 57 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement emporte un transfert des biens vers les entités fédérées qui peuvent en disposer alors *librement*, cette précision impliquant la possibilité d'instaurer des procédures pour le faire. Le Conseil d'Etat

<sup>1275</sup> PH. FLAMME, "Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique : un obstacle au financement privé des équipements collectifs", *J.T.*, 1991, pp. 441 et s. Cass., 8 décembre 1978, Pas., 1979, I, p. 410.

<sup>1276</sup> M. PAQUES, D. DEOM, P-Y ERNEUX, D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, 2008, déjà cité, spéc. p. 76-77, n°17.

<sup>1277</sup> Art. 8 du décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de Financement complémentaire des infrastructures.

<sup>1278</sup> Décret wallon du 3 février 2005 de relance et de simplification administrative (visant le domaine public des aéroports et aérodromes).

<sup>1279</sup> Ordonnance du 30 mars 1995 relative à la concession du service de réaménagement du quartier de Bruxelles-Midi.

<sup>1280</sup> M. PAQUES, D. DEOM, P-Y ERNEUX, D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, 2008, déjà cité, spéc. p 86, n° 25.

<sup>1281</sup> Travaux préparatoires, art. 12 de la loi de réformes institutionnelles du 8 août 1980, Doc. part., Sénat, S.E., 1979-1980, n°434/1, p. 37.

<sup>1282</sup> M. PAQUES, D. DEOM, P-Y ERNEUX, D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, 2008, déjà cité, spéc. p. 88, n°28.

en a déduit une compétence normative<sup>1283</sup>. La Doctrine propose d'autres bases juridiques pour fonder cette compétence normative comme l'article 8 des lois de réformes institutionnelles (infrastructures), l'article 6, §1er, X, 2° bis de la loi spéciale du 8 août 1980 (voirie terrestre et voies hydrauliques), l'article 94 de la loi spéciale du 8 août 1980 (disposition de droit transitoire), dispositions relatives à la comptabilité publique, ces dernières constituant sans doute une base très fragile<sup>1284</sup>.

Quoi qu'il en fut, la pratique des entités fédérées va clairement dans le sens d'une compétence législative soit qu'elles aient abrogés la loi du 31 mai 1923 relative à l'aliénation domaniale des immeubles domaniaux<sup>1285</sup>, soit qu'elles l'aient rendu applicable cette loi par voie normative<sup>1286</sup>, quitte à apporter ensuite des compléments substantiels<sup>1287</sup>.

## 219. Définition

La définition du domaine public est controversée.

Pour la Cour de cassation, relèvent du domaine public d'une part, les biens qui y sont rangés par une loi particulière et d'autre part, les biens qui servent indistinctement à l'usage de tous<sup>1288</sup>. La Doctrine a critiqué cette définition qui ne rend pas compte d'une certaine réalité, les prisons et écoles relevant manifestement du domaine public alors que la définition ne permet pas de tirer pareille conclusion<sup>1289</sup>. Il est délicat de comprendre qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, les cimetières, les centres culturels, les marchés ouverts, relèvent du domaine public, et non les maisons communales et les palais de justice.

S'inspirant des travaux de WALINE, la doctrine récente a préconisé d'élargir la définition aux biens affectés soit directement à l'usage de tous, soit à un service public, pour autant que dans cette dernière hypothèse, les biens soient par nature ou par aménagements spéciaux, adaptés exclusivement ou essentiellement au but

<sup>1283</sup> *Ibid.*

<sup>1284</sup> *Ibid.*

<sup>1285</sup> Décrets de la communauté française des 28 janvier 1991, du 26 juin 1992 et du 21 décembre 1992; décret du 19 mars 1990 de la Communauté germanophone; décret du 21 octobre 1991 de la Communauté germanophone rend applicable l'article 4 de la loi domaniale du 22 décembre 1949; ordonnance du 12 novembre 1992 de la Région de Bruxelles-Capitale, remplacée par l'ordonnance du 23 février 2006 organique portant les dispositions applicables au budget, à la comptabilité et aux contrôles.

<sup>1286</sup> Décret (Communauté et Région flamandes) du 20 décembre 1989; décret de la Région wallonne du 24 octobre 1991.

<sup>1287</sup> Décret du 18 juillet 2003 relatif au partenariat public privé (Communauté et Région flamandes) autorisant la constitution de droits réels sur les biens du domaine public; ordonnance du 30 mars 1995 relative à la concession du service public du réaménagement du quartier de Bruxelles-Midi qui autorise des cessions de droits réels; décret du 10 mars 1994 relatif à l'organisation des activités de la SOFICO qui autorise la constitution de droits réels immobilier temporaires; décret de la Région wallonne du 3 février 2005 de relance économique et de simplification administrative (aéroports et aérodomes).

<sup>1288</sup> Cass., 14 juin 1960, J.T., 1961, p.222.

<sup>1289</sup> A. Buttgenbach, Manuel de droit administratif, 1ère partie, 3ème édition, Bruxelles, Larcier, 1966, p. 370.

particulier du service considéré<sup>1290</sup>. Cette exigence d'adaptation spéciale qui tend à limiter l'application de ce régime exceptionnel, suscite également des problèmes d'interprétation. P. Goffaux tente de les résoudre en proposant de dépasser les liens entre le droit administratif et le droit privé pour élargir la domanialité publique<sup>1291</sup>. Il nous semble toutefois que d'autres considérations, singulièrement liées au droit économique européen, plaident pour conserver une définition stricte du domaine public qui constitue un privilège de l'administration en ce qu'il permet une protection particulière de ses biens par rapport aux opérateurs économiques.

Les biens du domaine privé sont ceux qui ne relèvent pas de la définition du domaine public.

#### 220. Régime juridique

Le régime de la domanialité est différent du régime applicable aux biens des particuliers. Les biens relevant du domaine public sont indisponibles, hors commerces, inaliénables et imprescriptibles, insaisissables, et ne peuvent faire l'objet d'un droit réel ou personnel au profit d'un tiers ou de son fonds<sup>1292</sup>. Les biens du domaine privé seraient régis par le droit commun<sup>1293</sup>.

Il n'est cependant pas possible de considérer qu'il existerait un régime strictement applicable aux biens du domaine public qui soit l'exact opposé du régime qui s'appliquerait aux biens du domaine privé<sup>1294</sup>.

Toutefois, l'article 1412 bis du Code judiciaire a organisé l'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public – sans référence à la distinction domaine public et privé – et en prévoyant une exception. En effet, les personnes morales de droit public peuvent inscrire les biens qui ne sont pas manifestement utiles à l'exercice de sa mission dans une liste de biens qui pourront être saisis.

Progressivement, la jurisprudence a admis, soutenue de manière déterminante par les travaux du professeur Lagasse<sup>1295</sup>, la constitution de droits réels ou non, sur un bien du domaine public, pour autant qu'ils ne soient pas incompatibles avec la destination publique du domaine, et ne fasse pas obstacle à son usage public<sup>1296</sup>.

Le professeur GOFFAUX plaide à juste titre selon nous, pour simplification du régime juridique des biens appartenant aux pouvoirs publics, dans le prolongement de la réforme entreprise avec l'introduction de l'article 1412 bis dans le code judiciaire.

Il s'agirait alors de modaliser le degré de protection que l'on entend donner à un bien.

<sup>1290</sup> J. Dembour, Droit administratif, Liège, 1978, p. 371 ; M.A. Flamme, Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 1989, p.1030; D. Lagasse, Les domaines public et privé. La voirie, P.U.B., 2003-2004, p.19.

<sup>1291</sup> P. Goffaux, Dictionnaire élémentaire de droit administratif, déjà cité, p.92.

<sup>1292</sup> Pour un exemple, Cass, 25 septembre 2000, P., 2000, I, 491; Rev not. B. 2000, p. 50, note J. Sace.

<sup>1293</sup> P. Bouvier, Droit administratif, déjà cité, p. 157.

<sup>1294</sup> P. Goffaux, Dictionnaire élémentaire de droit administratif, déjà cité, p.94.

<sup>1295</sup> D. Lagasse, La gestion active du domaine public, A.P.T., 2003, p. 91.

<sup>1296</sup> Cass., 11 septembre 1964, p., 1965, I, 29; Cass, 25 septembre 2000, P., 2000, I, 491; Rev not. B. 2000, p. 50, note J. Sace.

L'entrée d'un bien dans le domaine public suppose en principe, une décision expresse de l'autorité d'affectation<sup>1297</sup> lorsqu'elle ne se réalise par naturellement (rivage de la mer, le lit des rivières). L'entrée ne sera effective que si la décision a été exécutée matériellement<sup>1298</sup>. La sortie se réalise de la même manière, à la suite d'évènements naturels ou par une décision expresse de l'autorité compétente, ou un acte qui suppose nécessairement et sans équivoque pareille décision de désaffectation<sup>1299</sup>.

## § 2. L'expropriation pour cause d'utilité publique

### 221. Présentation

L'expropriation pour cause d'utilité publique est un des moyens d'action usuels des autorités administratives. Elle leur permet de disposer, au nom de l'utilité publique, de biens nécessaires à la réalisation des politiques publiques.

Si indispensable soit-elle, l'expropriation pour cause d'utilité publique ne peut pas sacrifier l'intérêt des particuliers à l'intérêt général. Dans un Etat de droit, elle ne peut se réaliser que moyennant l'octroi à l'exproprié d'une juste indemnité.

Cette technique juridique est très invasive de la « sphère privée ». Son régime juridique suppose une définition précise de la technique, de déterminer les autorités compétentes pour procéder à l'expropriation et enfin, d'imaginer des règles de procédures et de fond protectrices des intérêts divergeant en présence. De nombreux écrits ont été consacrés à une étude minutieuse de l'expropriation.

La matière se renouvelle sans cesse, amenant de nouvelles interrogations. Les multiples expropriations rendues nécessaires par la construction des lignes du T.G.V. en site propre ont fait naître de nouvelles questions. Qui décidera de telles expropriations, dans un Etat fédéral au sein duquel les travaux publics dépendent en principe des Régions, mais où les transports ferroviaires sont assurés par une entreprise publique fédérale, la S.N.C.B. ?

Les droits des expropriés - propriétaires et autres intéressés à titre d'usufruit, de bail, d'usage, d'antichrèse et d'habitation - sont protégés dans notre pays par les Cours et tribunaux. La jurisprudence y voit autant de droits civils, au sens de l'article 144 de la Constitution. Les personnes qui se plaignent d'une lésion portée à ces droits peuvent se faire entendre par ces juridictions judiciaires. La compétence des Cours et tribunaux se trouve ici non seulement confirmée mais même sensiblement élargie.

Le constituant et le législateur ordinaire ont décidé en effet que l'autorité administrative ne pourrait pas décider d'office l'expropriation, fût-elle d'utilité

<sup>1297</sup> Cass, 3 mai 1968, R.C.J.B., 1968, p. 5, note A. Mast.

<sup>1298</sup> M.A. Flamme, droit administratif, 1989, déjà cité, p. 1036.

<sup>1299</sup> Cass., 3 mai 1968, R.C.J.B., 1968, p.5, note A. Mast; CE, 23 février 1996, n°58.400, J.T., 1996, p. 437, note D.L..

publique. Seul un juge judiciaire a le pouvoir de la déclarer, sur requête de l'administration moyennant fixation d'une juste et préalable indemnité.

La procédure est régie par les lois sur l'expropriation dans des termes parfois dérogeant au Code judiciaire. Mais il faut insister sur la règle selon laquelle le Code judiciaire énonce *le droit commun de la procédure*; sauf disposition spéciale, c'est à son énoncé qu'il convient de se reporter dans notre matière, notamment pour ce qui a trait aux délais (articles 48 et suivants) ou aux sanctions (articles 860 et suivants).

L'expropriation pour cause d'utilité publique ne va pas sans contestations.

Dans la perspective adoptée par le législateur, c'est l'autorité administrative qui poursuit l'expropriation. C'est elle qui prend l'initiative d'engager, s'il le faut, une procédure en expropriation devant le juge judiciaire.

Le propriétaire du bien exproprié, et, plus largement, différents intéressés, ne peuvent agir que comme défendeur.

Toutefois, propriétaires et intéressés menacés d'expropriation ne se sont pas laissés enfermer dans ce rôle. Appliquant la maxime célèbre selon laquelle la meilleure défense est l'attaque, ils ont pris l'initiative, on les a vus ouvrir les hostilités par diverses offensives. On les a vus mettre en cause la responsabilité pour faute de l'autorité expropriante lorsque celle-ci tardait à mettre en œuvre le pouvoir d'expropriation que l'administration tenait d'un arrêté<sup>1300</sup>.

Il est même arrivé qu'un "exproprié", las d'attendre la mise en œuvre de l'action judiciaire en expropriation d'extrême urgence, assigne l'administration à cette fin devant le juge de Paix<sup>1301</sup>.

<sup>1300</sup> A titre d'application récente, nous mentionnerons l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 23 septembre 2003, qui statue sur une demande d'indemnité du préjudice résultant des tergiversations de la commune de Jette, alors que celle-ci était autorisée à exproprier un immeuble en vertu d'un plan d'alignement et d'expropriation par zone pour l'assainissement et l'aménagement du quartier de l'hôpital Brugmann, adopté par un arrêté royal du ... 30 janvier 1921 ! La demande d'indemnisation n'ayant été introduite que le 22 mai 1996, elle fut déclarée prescrite pour ce qui concerne la période antérieure au 22 mai 1966. Pour la période postérieure, la Cour d'appel devait constater que les lois du 1er juillet 1858 et du 15 novembre 1867 sur l'expropriation par zone, ainsi que la loi du 1er février 1844 sur la police de la voirie, sur base desquelles le plan d'expropriation avait été adopté, avaient été abrogées par la loi du 29 mars 1962 sur l'urbanisme et l'aménagement du territoire, en manière telle que, depuis le 22 avril 1962, date de l'entrée en vigueur de celle-ci, l'immeuble en cause n'entrait plus dans les prévisions d'aucun plan d'expropriation. Cependant, la commune de Jette avait continué à réagir comme si l'expropriation était toujours possible. Il fut jugé que, par ses tergiversations et ses réactions sommaires et inexactes en droit, celle-ci avait manqué à son obligation d'administration correcte et d'information exacte de son administré. Ce comportement fut jugé fautif. Cependant, il fut reproché au demandeur d'avoir négligé de s'informer sur l'incidence de la loi du 29 mars 1962, ce qui conduisit à conclure que les fautes respectives de la commune et du demandeur avaient contribué chacune pour moitié au préjudice, lequel ne consistait que dans la perte de chance de prendre une initiative concernant le sort de l'immeuble. Alors que le demandeur réclamait une indemnisation de 20.000.000 de francs belges, il ne lui fut alloué qu'une indemnité évaluée "ex aequo et bono" à 150.000 francs (3718, 40 euros), augmentée des intérêts depuis la citation (Bruxelles, 23 septembre 2003, J.T., 2004, p. 117).

<sup>1301</sup> Justice de Paix de Saint-Gilles, 9 janvier 2004, C.D.P.K., 2004, p. 112 et s., Obs. D. De ROY. Le jugement qui a ordonné l'expropriation dans ces conditions a été mis à néant

On les a vus surtout prendre les devants, et contester, sans attendre que l'administration entame l'action judiciaire, la légalité de l'arrêté d'expropriation; on les a vu poursuivre devant le Conseil d'Etat la suspension et l'annulation de cet arrêté.

Cette tactique a fait longtemps difficulté sur le plan de la répartition des compétences entre le Conseil d'Etat et les juges judiciaires, amenés à connaître simultanément ou successivement de la légalité d'une même expropriation. On s'est aperçu, au fil des cas, que l'égalité n'était pas ménagée quant à l'accès au Conseil d'Etat du propriétaire exproprié, d'une part, et des tiers, d'autre part.

Il a fallu que la Cour d'arbitrage (devenue constitutionnelle) intervînt pour y mettre bon ordre.

Les questions suivantes sont abordées dans les pages qui suivent: la notion d'expropriation pour cause d'utilité publique (A), la répartition du pouvoir de décider l'expropriation dans la Belgique Fédérale (B), le contrôle juridictionnel de l'utilité publique justificative de l'expropriation (C), l'expropriation forcée et la cession amiable (D), le rôle des Comités d'acquisition (F), la procédure ordinaire d'expropriation pour cause d'utilité publique (G), la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (H), et enfin, l'indemnité d'expropriation (I).

## ***I. Notion et répartition de compétences dans la Belgique Fédérale***

### **A. La notion d'expropriation pour cause d'utilité publique**

#### **222. *Expropriation et restrictions à l'exercice du droit de propriété***

L'expropriation pour cause d'utilité publique est une opération juridique visant à réaliser **l'enlèvement forcé du droit de propriété**<sup>1302</sup>. Un arrêt prononcé le 25

---

par le tribunal de première instance de Bruxelles statuant en appel le 20 février 2004 (Res jur. imm., 2005, p. 207 et s.).

<sup>1302</sup> Cette définition, classique, est celle que retient la Cour d'arbitrage pour reconnaître une expropriation dans l'opération visée à l'article 84 du Code wallon de l'aménagement du territoire de l'urbanisme et du patrimoine, dans la rédaction antérieure à la modification que lui a apportée le décret du 27 novembre 1997; cette disposition permettait le dessaisissement forcé de la propriété d'un bien immobilier consécutif à une opération de rénovation d'un site d'activité économique lorsque le propriétaire ne réalisait pas les travaux de rénovation; elle se présentait comme une mesure d'exécution forcée d'une obligation légale à charge du propriétaire; mais elle poursuivait le même but et aboutissait aux mêmes effets qu'une procédure d'expropriation : "*elle prive le propriétaire contre son gré de sa propriété immobilière à l'initiative d'une autorité publique; elle est justifiée par des raisons d'utilité publique, en l'espèce, la réalisation d'un bon aménagement du territoire par la rénovation d'un site d'activité économique désaffecté*". La Cour d'arbitrage jugera que l'article 84 du Code wallon excède la compétence de la Région wallonne telle que fondée sur l'article 79, §1er, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 en dérogeant aux procédures judiciaires fixées par la loi ainsi qu'au principe de la juste et préalable indemnité (C.A., 5 mars 1997, n° 9/97, rôle n° 929, Moniteur belge, 12 avril 1997);

mars 1997 par la Cour d'arbitrage confirme, s'il en était besoin, l'actualité de cette définition; la Cour y déclare que l'expropriation offre aux pouvoirs publics la possibilité d'obtenir, pour des motifs d'utilité publique, la disposition de biens en particulier immobiliers, qui ne peuvent être acquis par les voies normales du transfert de propriété<sup>1303</sup>.

En principe, l'expropriation réalise le **transfert forcé** de la propriété d'un bien; celui-ci passe d'un patrimoine à un autre. La Cour d'arbitrage a retenu elle aussi le transfert de propriété comme une des caractéristiques de l'expropriation et a refusé de voir, en conséquence, dans les articles 10 à 14 de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, le fondement d'une expropriation<sup>1304</sup>.

La Cour d'arbitrage a raisonné de la même façon au sujet du classement d'un terri en catégorie A, sur la base de l'article 3 du décret wallon du 9 mai 1985 concernant la valorisation des terrils.

La Cour a constaté que le classement avait pour effet d'interdire d'exploiter le terri ainsi classé, c'est-à-dire d'extraire, évacuer, éliminer, transformer ou utiliser les matières qui le composent.

Elle en a conclu que le classement en catégorie A ne constituait ni une expropriation au sens de l'article 16 de la Constitution ni une mesure devant être assimilée à une expropriation étant donné qu'il n'y avait pas transfert de propriété et que la mesure de classement prévue par le décret, valable pour cinq ans, n'emportait pas par elle-même interdiction définitive d'exploiter<sup>1305</sup>.

Le 29 février 2000, le Conseil d'Etat a interrogé la Cour d'arbitrage sur le point de savoir si l'occupation en location prescrite par l'arrêté royal n° 31 du 23 août 1939 sur l'occupation des terrains en vue de l'organisation défensive du territoire ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle ne donne pas lieu à l'indemnisation préalable que l'article 16 de la Constitution impose pour que quelqu'un puisse être privé de sa propriété. Il apparaît en effet qu'entre les personnes qui sont expropriées et celles dont la propriété fait l'objet d'une "*occupation en location*" existe une différence de traitement<sup>1306</sup>.

La Cour d'arbitrage a répondu à cette question le 12 juillet 2001.

---

dans une note d'observations consacrée à cet arrêt, M. D. RENDERS remarque que jamais jusque là la Cour d'arbitrage n'avait eu à connaître d'un cas où le transfert de propriété consécutif à la disposition entreprise pouvait profiter à un particulier plutôt qu'à une autorité publique; or, la vente publique prévue par le Code wallon permet à tout intéressé de se porter acquéreur; "*Malgré cette constatation, la Cour d'arbitrage n'a pas hésité à considérer que la disposition entreprise constituait une expropriation pour cause d'utilité publique, rejoignant ainsi la conception de la doctrine majoritaire qui ne subordonne pas l'existence de l'expropriation au transfert de la propriété litigieuse en faveur de l'autorité expropriante*" (A.P.T., 1997, p. 123 et s., spéc. p. 128). On trouvait cependant dans la jurisprudence du Conseil d'Etat des définitions plus restrictives de l'expropriation : ainsi, selon la formule de l'arrêt du 14 novembre 1966, l'expropriation qui donne lieu à une juste et préalable indemnité implique l'acquisition du bien par l'autorité publique (C.E., 14 novembre 1966, Braun de ter Meeren c/ Commune de Sterrebeek, n° 12.061, Rec., p. 886).

<sup>1303</sup> C.A., 25 mars 1997, n° 16/97, rôle n° 951, Moniteur belge, 6 mai 1997.

<sup>1304</sup> C.A., 7 novembre 1996, n° 63/96, rôle n° 923, B.3., Moniteur belge 25 janvier 1997.

<sup>1305</sup> C.A., 13 mars 2001, n° 34/2001, rôle n° 1864, B.3.2, Moniteur belge, 24 mai 2001.

<sup>1306</sup> C.E., 29 février 2000, Dubois c/ Etat belge, n° 85.698.



Elle a conclu que, eu égard aux droits que les propriétaires des biens pris en location conservent - il n'y a pas transfert de propriété -, au caractère temporaire de l'occupation de leurs biens et à l'indemnité de location qui leur est due, la mesure litigieuse ne saurait raisonnablement être considérée comme disproportionnée par rapport au but d'intérêt général poursuivi par le législateur<sup>1307</sup>.

Par un arrêt du 25 octobre 2001, le Conseil d'Etat a réaffirmé que "*les mesures administratives restreignant l'exercice du droit de propriété, ne constituent pas en principe une expropriation au sens de l'article 16 de la Constitution s'il n'y a pas appropriation du bien par l'autorité*". Il a jugé que l'ouverture, en Région de Bruxelles-Capitale, d'une procédure de classement partiel d'un monument n'équivalait pas à une privation de propriété, ni en droit ni en fait<sup>1308</sup>.

Le caractère forcé de l'enlèvement du droit de propriété est bien une des caractéristiques de l'expropriation, si l'on en juge d'après la position prise par la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 14 décembre 2005 mettant en cause l'article 1er bis, § 4, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 18 juillet 1973 relative à la lutte contre le bruit, tel que modifié par le décret wallon du 29 avril 2004.

Le moyen était pris de la violation des articles 16, 17, 33, 39, 142, 144 et 145 de la Constitution, des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, des articles 6, § 1er, II, 1°, et X, 7°, et 78 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et des principes d'autorité de la chose jugée et de proportionnalité en ce que l'article 1er bis, § 4, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 18 juillet 1973 n'impose pas le recours à la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique, alors que les nuisances en cause dans la zone A' sont

<sup>1307</sup> La Cour d'arbitrage a fondé sa position sur les motifs suivants : "*B.5. Les dispositions en cause permettent à l'autorité publique de prendre possession, pour une durée d'un an maximum, des terrains qu'elle détermine, au terme d'une procédure extrêmement rapide et qui n'offre pas aux propriétaires concernés des garanties équivalentes à celles dont bénéficient les propriétaires de terrains faisant l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique. Le propriétaire du terrain visé ne perçoit pas d'indemnité préalable et il n'est pas prévu d'intervention préalable d'un juge de l'ordre judiciaire appelé à statuer sur la légalité de l'arrêté ministériel concernant la prise de possession ou à fixer le montant de l'indemnité. B.6.1. La prise de possession, pour une durée qui n'excède pas un an, s'apparente à une location. Une indemnité de location est due par l'autorité militaire au propriétaire du bien. Le droit d'occupation accordé au ministre de la Défense nationale implique une limitation de l'exercice du droit de propriété des propriétaires des biens occupés. Il ne constitue cependant pas une expropriation au sens de l'article 16 de la Constitution, étant donné que la propriété n'est pas transférée, fût-ce temporairement, de sorte que le législateur n'était pas tenu de prévoir la juste et préalable indemnité imposée par cette disposition constitutionnelle. B.6.2. Il va de soi que cette procédure ne pourrait être utilisée pour permettre à l'autorité militaire de réaliser une expropriation sans mettre en oeuvre les procédures prévues à cette fin, d'autant que, contrairement à la situation existant en 1939, où les délais d'expropriation ne permettaient pas "d'entrer en possession d'un immeuble avant un laps de temps de trois mois au maximum" (Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 31, Moniteur belge, 27 août 1939, p. 5854), la loi du 26 juillet 1962 "relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique" permet une prise de possession rapide. En l'espèce, c'est au Conseil d'Etat qu'il appartient de vérifier s'il n'a pas été fait une application illégale de l'arrêté royal n° 31.*"(C.A., 12 juillet 2001, n° 97/2001, rôle n°1917, Moniteur belge, 23 octobre 2001).

<sup>1308</sup> C.E., 25 octobre 2001, Simon et Hennebicq c/ Région de Bruxelles-Capitale, n° 100.286.

telles qu'il s'agit d'une réelle privation des prérogatives essentielles du droit de propriété et qu'il ne peut être excipé du caractère volontaire du mécanisme en cause pour prétendre à l'inapplicabilité de l'article 16 de la Constitution.

Selon l'analyse de la Cour, la disposition attaquée permet au Gouvernement wallon, notamment, d'acquérir tout immeuble bâti ou non bâti dans les zones définies par le plan d'exposition au bruit (P.E.B.) et par le plan de développement à long terme (P.D.L.T). Mais les travaux préparatoires du décret indiquent qu'il a été constaté que de nombreux riverains de la zone A' du (nouveau) P.E.B. ne souhaitaient pas quitter leur habitation et qu'il convenait dès lors de leur laisser la possibilité de choisir entre le rachat de leur immeuble par la Région wallonne et des travaux d'insonorisation<sup>1309</sup>. Le législateur décréta donc pu estimer que la procédure de l'expropriation, "*qui s'applique lorsque l'aliénation du bien se fait par voie d'autorité*", ne constituait pas une mesure adéquate lorsque, comme en l'espèce, cette aliénation résultait d'un choix du propriétaire.

Contrairement à ce que soutenaient les parties requérantes, les charges imposées aux riverains ne pouvaient être jugées excessives au point de les priver de la possibilité d'un choix puisqu'ils disposaient de la possibilité de faire exécuter des travaux d'insonorisation aux frais de l'autorité (Doc. parl., Parlement wallon, 2003-2004, n° 661/1, p. 2). Au surplus, les nuisances ne pouvaient être considérées comme emportant, pour les riverains, une dépossession effective de leur bien puisqu'ils pouvaient le vendre, notamment à la Région wallonne. Ces nuisances constituent certes une restriction dans l'usage du droit de propriété mais ne sont pas excessives au regard du but d'intérêt général poursuivi par les dispositions attaquées et les compensations prévues par le décret ne procèdent pas d'une appréciation manifestement déraisonnable<sup>1310</sup>.

La Cour de cassation a jugé que le pouvoir expropriant ne puise pas dans les lois relatives à l'expropriation la faculté d'exproprier les droits nés d'un bail<sup>1311</sup>.

L'expropriation se distingue ainsi de toutes les limitations, si importantes soient-elles, qui peuvent affecter l'exercice de ce droit<sup>1312</sup>.

Ces limitations sont annoncées par l'article 544 du Code civil, aux termes duquel "*la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*".

<sup>1309</sup> Doc. parl., Parlement wallon, 2003-2004, n° 661/4, pp. 6, 19 et 25.

<sup>1310</sup> C.A., 14 décembre 2005, n° 189/2005, n° du rôle 3183 et 3188, B.16.3., Moniteur belge, 20 janvier 2006, Ed. 2.

<sup>1311</sup> Cass., 3 juin 1971, J.T., 1972, p. 112.

<sup>1312</sup> C'est ainsi que la Cour d'arbitrage n'a pas reconnu comme expropriation le système de récupération forcé d'honoraires imposé par les articles 20 à 22 de la loi du 26 juin 1992 portant des dispositions sociales et diverses. Les dispositions entreprises visent à lutter contre la surconsommation des prestations de biologie clinique. Afin d'empêcher un dépassement du budget destiné à ces prestations, le législateur a imposé la récupération des montants payés par l'I.N.A.M.I. au delà de ce budget. Le législateur a de la sorte modifié les règles fixant l'intervention de l'assurance obligatoire dans ces prestations. Un système qui transforme une intervention illimitée en intervention provisoire dont le montant définitif est limité, n'est pas une privation de propriété, quelle que soit sa mise en oeuvre concrète; il ne peut être considéré ni comme une expropriation, ni comme une confiscation, ni comme un impôt déguisé (C.A., 7 décembre 1993, n° 84/93, rôle n° 443 à 444, 447 à 453, 459 à 465, 466 à 475, 477 à 482, B.11, B. 12, Moniteur belge, 28 décembre 1993).

De telles restrictions, qui peuvent constituer des servitudes légales d'utilité publique, échappent aux conditions de l'expropriation telles que fixées par la Constitution, les lois et les règlements<sup>1313</sup>.

On a pu soutenir longtemps, en droit belge, que l'expropriation et la restriction à l'exercice de la propriété se dissociaient en ce que l'expropriation emportait l'obligation d'indemniser alors que la restriction à l'exercice du droit de propriété pouvait être imposée sans indemnité. On admettait seulement que le législateur puisse, par une disposition particulière, ouvrir un droit à indemnisation en pareille circonstance; mais cette indemnisation était laissée à son appréciation<sup>1314</sup>.

Cette manière de voir se heurte aujourd'hui à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui répute contraires à l'article 1er du protocole du 20 mars 1952 les restrictions au droit de propriété qui sont hors de proportion avec le but légitime poursuivi.

Le tribunal de première instance de Bruxelles a jugé, suivant très adéquatement les Nouvelles<sup>1315</sup>, que l'expropriation pour cause d'utilité publique ne se concevait pas pour des biens relevant déjà du domaine public. Dans ce cas, le changement d'affectation éventuellement requis devra faire l'objet d'une décision de l'autorité administrative compétente<sup>1316</sup>.

223. *La protection de la propriété fondée sur l'article 1er du protocole du 20 mars 1952 additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*<sup>1317</sup>

L'article 1er du protocole du 20 mars 1952 prévoit que toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

<sup>1313</sup> Des particuliers voyaient une expropriation dans l'interdiction immédiate et totale de bâtir imposée par l'article 2 du décret de la Région flamande du 14 juillet 1993 portant des mesures de protection des dunes côtières et du décret de la région flamande du 26 janvier 1994 portant ratification de l'arrêté du Gouvernement flamand du 15 septembre 1993 relatif à la désignation de zones de dunes protégées et de zones agricoles ayant une importance pour les dunes. Ces particuliers se plaignaient notamment de ce que la procédure judiciaire relative aux expropriations forcées n'y ait pas été déclarée applicable. La Cour d'arbitrage affirma que la limitation temporaire du droit de propriété découlant des dispositions attaquées ne constituait pas une expropriation au sens de l'article 16 de la Constitution (C.A., 6 juin 1995, n° 41/95, rôle n° 677 à 688, 690, 691, 735, 743 à 754, 761, et 762, B.4.2., Moniteur belge 1er juillet 1995; voy. D. RENDERS, obs. précitées, A.P.T., 1997, p. 129; P. VANDERNOOT, La Cour d'arbitrage et le droit de propriété, A.P.T., 1999, p. 203 et s.).

<sup>1314</sup> Voy. par exemple l'article 37 de la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme; les articles 70 et 71 du Code wallon de l'Aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine; l'article 13 de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations.

<sup>1315</sup> O.c., T. VII, n° 77.

<sup>1316</sup> Civ., Bruxelles, 28 octobre 2004, J.T., 2005, p. 68 et s.

<sup>1317</sup> Voy. B. LOMBAERT, La protection juridictionnelle de la propriété privée face aux empiètements de l'administration, R.T.D.H., 1995, p. 33 et s.; SUETENS, Eigendomsordening in het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens, Liber amicorum Ernest Krings, p. 807 et s.

Le second alinéa du même article précise que ces dispositions ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.

La portée de cette disposition a fait l'objet de maintes décisions de la Cour de Strasbourg.

Ainsi, un arrêt du 23 septembre 1982, en cause Sporrong et Lonroth, se prononce sur la violation de l'article 1er du protocole par des permis d'exproprier et des interdictions de construire pendant une longue période (23 et 8 ans pour la succession Sporrong, 25 et 12 ans pour Madame Lonroth).

La Cour reconnaît que l'article 1er contient trois normes distinctes : la première, exprimée à la première phrase de l'alinéa 1er, revêt un caractère général et énonce le principe du respect de la propriété; la deuxième, exprimée à la deuxième phrase de l'alinéa 1er, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; la troisième concerne, entre autres, le droit pour l'Etat de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'il juge nécessaire à cette fin; cette dernière règle ressort du deuxième alinéa.

Les griefs de requérants portaient en l'espèce sur la durée des délais accordés à la Ville de Stockholm. Ils furent examinés au regard de la première phrase du premier alinéa. La Cour rechercha si un juste équilibre avait été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. Elle conclut que les deux séries de mesures avaient rompu ce juste équilibre: la succession Sporrong et Madame Lonroth avaient supporté une charge spéciale et exorbitante que seule aurait pu rendre légitime la possibilité de réclamer l'abrègement des délais ou celle de demander réparation. Il y avait donc violation de l'article 1er<sup>1318</sup>.

Une décision du 8 juillet 1986, en cause Lithgow c/ Royaume-Uni, relative à une nationalisation, reprend la même analyse de l'article 1er et y dissocie trois normes distinctes.

Les deuxième et la troisième règles ont trait à des exemples particuliers d'atteinte au droit de propriété : elles doivent alors s'interpréter à la lumière du principe consacré à la première.

L'obligation d'indemniser découle implicitement de l'article 1er du protocole n° 1 pris dans son ensemble et non de la notion d'utilité publique qui sert de justification et de motifs à la privation de propriété elle-même

L'article 1er exige implicitement, en règle générale, le versement d'une compensation pour priver de sa propriété quiconque relève de la juridiction d'un

---

<sup>1318</sup> Aff. 1/1981/40/58-59; cet arrêt n'a été obtenu qu'au terme d'un "vote serré", soit par 10 voix contre neuf; par la suite, un arrêt du 25 octobre 1989, en cause Jacobson c/ Suède, considérera qu'une interdiction prolongée de construire devait être appréciée par référence à l'alinéa 2 de l'article 1er du protocole. Voy. les observations de Béatrice HAUBERT sous cet arrêt, R.T.D.H., 1990, p. 375, 376. Voy. P. LEMMENS, *Onteigeningen en stedbouwkundige voorschriften*, R.W., 1992-1993, 2025-2031; SUETENS, o.c., p. 812.

Etat contractant. Il ne suffit pas qu'une mesure privative de propriété poursuive un objectif légitime d'utilité publique. Il doit en outre exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Ce juste équilibre s'apprécie en fonction des conditions de dédommagement. Sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constituerait normalement une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1er. Celui-ci ne garantit cependant pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale car des objectifs légitimes d'utilité publique, tels qu'en poursuivent des mesures de réformes économiques ou de justice sociale peuvent conduire à un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande<sup>1319</sup>.

Un arrêt du 25 octobre 1990, Allan Jacobson c/ Suède, reprenant la même analyse de l'article 1er du protocole, ajoute qu'en ce qui concerne la légalité et la finalité de l'ingérence, il existe un lien étroit entre la question de la garantie contre les abus et l'observation de l'article 6 de la Convention. Des interdictions de construire, même si elles sont de longue durée, ne sont pas nécessairement disproportionnées aux exigences du but légitime que constitue, pour l'autorité, l'aménagement d'une zone<sup>1320</sup>.

Par l'arrêt du 24 juin 1993, Papamichalopoulos c/ Grèce, la Cour a décidé qu'une occupation de terrains empêchant les propriétaires d'user de leurs biens, de les vendre, de les léguer, de les donner ou de les hypothéquer, sans être une expropriation formelle, constituait une ingérence manifeste dans la jouissance du droit au respect des biens et une expropriation de fait<sup>1321</sup>.

Un arrêt du 31 octobre 1995 prononcé au sujet de la même cause ajoute que l'indemnité à accorder aux personnes privées indûment de la possession de leurs biens immobiliers ne se limite pas à la valeur de leurs propriétés à la date de l'occupation par l'Etat. Il y a lieu à restitution des terrains et attribution des bâtiments existants afin de compenser les conséquences de la perte de jouissance; à défaut de pareille restitution, il y a obligation de verser aux victimes la valeur actuelle de leurs terrains augmentée par la plus-value apportée par l'existence des bâtiments, ainsi que du coût de construction de ces derniers. En outre, l'Etat doit verser une certaine somme pour dommage moral<sup>1322</sup>.

Par un arrêt du 28 septembre 1995, Spadea & Scalabrino c/ Italie, la Cour de Strasbourg a décidé que les lois temporaires qui impliquent une prolongation des baux sociaux en cours ne violent pas l'art. 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel étant donné que ces mesures ne constituent pas une expropriation formelle ou de facto mais un contrôle de l'usage de la propriété. Les mesures de prolongation de bail que l'Etat italien avait prises ne pouvaient dès lors pas être considérées comme disproportionnées dans le cadre des restrictions au droit de propriété permises par l'art. 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel à la C.E.D.H. Il n'était pas non plus question de discrimination au sens de l'art. 14 de la Convention, étant donné que la distinction entre les différents types de propriétaires reposait sur un critère objectif et raisonnable.

<sup>1319</sup> Aff. 2/1984/74-112-118/8 juillet 1986.

<sup>1320</sup> Aff. 18/1987/141/195/25 octobre 1990; obs. B. HAUBERT, précitées, R.T.D.H., 1990, p. 377 et s.

<sup>1321</sup> Aff. 18/1992/363/437/24 juin 1993.

<sup>1322</sup> Aff. 18/1992/363/437/31 octobre 1995.

Le 28 septembre 1995, dans une affaire *Scollo c/ Italie*, la Cour de Strasbourg a jugé que les Etats disposent d'une large marge de manœuvre lors de l'exécution de leur politique sociale et économique et plus particulièrement de leur politique du logement. Des mesures législatives urgentes qui suspendent l'expulsion des locataires après la fin du bail, et limitent ainsi le droit de propriété des propriétaires, poursuivent un objectif légitime conformément à l'art. 1<sup>er</sup> Premier protocole additionnel. Ceci est notamment le cas lorsque de nombreuses expulsions forcées entraîneraient des tensions sociales importantes susceptibles de compromettre l'ordre public. L'immixtion des autorités est toutefois soumise au principe de proportionnalité et doit par conséquent garantir un équilibre entre la protection de l'intérêt général, d'une part, et des intérêts individuels des propriétaires, d'autre part. Il est essentiel que les exceptions qui prévoient que les propriétaires peuvent revendiquer leur propriété sous certaines conditions, soient exécutoires. L'inertie des autorités nationales pour mettre de telles dispositions en œuvre est contraire à l'art. 1er, 2 du Premier protocole additionnel.

Le requérant, propriétaire d'un appartement, se plaignait de la durée d'une procédure en expulsion de son locataire, qui avait pris un peu plus de onze ans et dix mois. L'exécution des expulsions dépendant de l'impulsion du requérant, celui-ci ne ménagea pas ses efforts pour obtenir satisfaction en s'adressant à maintes reprises à l'huissier de justice, qui demandait d'ailleurs systématiquement l'assistance de la force publique. Cependant, la commission préfectorale et le préfet (prefetto) ne donnèrent jamais suite à ces démarches. Il fut jugé que tout en ne méconnaissant pas les difficultés pratiques soulevées par l'exécution d'un nombre très élevé d'expulsions, l'inertie de l'administration compétente engageait la responsabilité de l'Etat italien sur le terrain de l'art. 6.1 de la Convention. Partant, il y avait eu violation de l'article précité<sup>1323</sup>.

Par l'arrêt du 16 septembre 1996, *Matos E Silva, Lda c/ Portugal*, il a été jugé dans les termes suivants. Les requérantes étaient exploitantes de terrains destinés à l'agriculture, la pisciculture et la production de sel, titulaires de droits pour une période de près d'un siècle sur les terrains litigieux. Vu les profits qu'elles tiraient de leur exploitation, lesdits terrains pouvaient passer pour des "*biens*", au sens de l'art. 1er du Premier protocole additionnel. Par l'utilisation combinée des déclarations d'utilité publique et la création d'une réserve naturelle pendant une longue durée, le droit des requérantes sur les terrains litigieux était devenu très précaire et incertain, de telle sorte que, même si les actes en cause de l'Etat portugais laissaient le droit de disposer et d'user de leurs biens juridiquement intact, la possibilité pour elles de l'exercer était pratiquement annihilée. Les requérantes avaient donc subi une ingérence dans leur droit au respect de leurs biens, même si celle-ci ne constituait pas une expropriation formelle ou de fait. Si les mesures litigieuses poursuivaient l'intérêt public (à savoir l'aménagement du territoire dans une perspective de protection de l'environnement), dans les circonstances de la cause, lesdites mesures avaient eu pour les requérantes des répercussions sérieuses et dommageables. Il en résultait que les requérantes avaient eu à supporter une charge spéciale et exorbitante qui avait rompu le juste équilibre devant régner d'une part entre l'intérêt général et d'autre part la sauvegarde du droit au respect des biens, de telle sorte qu'il y avait eu violation de l'art. 1er du Premier protocole additionnel.

<sup>1323</sup> *Jaarboek Mensenrechten, 1995-1996, 260, obs.. B HUBEAU.*

Il nous paraît qu'un arrêt prononcé par la Cour d'arbitrage le 10 février 1999 s'inscrit dans la ligne de cette jurisprudence : on y lit que *"les mesures visées (...) doivent être considérées comme des restrictions que l'autorité publique impose au droit de propriété dans l'intérêt général et qui n'ont pas pour effet que cette autorité serait tenue à indemnisation, dès lors que, envisagées globalement, ces mesures, en raison de leur nature et des garanties offertes, ne peuvent raisonnablement pas être considérées comme ayant des effets disproportionnés pour les propriétaires des terres auxquelles elles s'appliquent"*<sup>1324</sup>.

Au reste, il s'avère que la Cour d'arbitrage reconnaît une portée très large au concept de *"bien"* employé à l'article 1er du Premier Protocole additionnel : des requérants soutenaient, entre autres, qu'une loi de validation les privait de la faculté de faire valoir devant un juge le caractère illégal de cotisations perçues sur la base de la loi du 24 mars 1987; la Cour a reconnu qu'existait en faveur des requérants une *"espérance légitime"* de voir reconnaître par le juge le caractère illégal de certaines cotisations et que, dès lors, la créance portant sur la récupération de ces cotisations pouvait être considérée comme un bien protégé par l'article 1er du Premier Protocole. Mais elle conclut que la loi attaquée n'expropriait pas les requérants : elle opérait en effet une compensation entre ces créances et les cotisations dues sur la base des dispositions concernées<sup>1325</sup>.

Par l'arrêt du 25 octobre 2001, Simon et Hennebicq c/ Région de Bruxelles-Capitale, précité<sup>1326</sup>, le Conseil d'Etat a rejeté un moyen pris de la violation de l'article 16 de la Constitution en ce qu'un arrêté de classement partiel d'un immeuble comme monument portait une atteinte grave au droit de propriété. Il n'y a pas eu de mesure contraire à l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel. Les requérants ne fournissaient pas de données précises permettant de conclure à l'existence d'une disproportion manifeste entre, d'une part, la restriction sans indemnité apportée à l'exercice de leur droit de propriété et, d'autre part, la fin d'intérêt général que poursuivait la mesure et que reconnaît l'article 1er, alinéa 2, du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans un arrêt du 26 novembre 2003, la Cour d'arbitrage a considéré que l'aménagement du territoire peut légitimement impliquer des restrictions au droit de propriété. Les limitations apportées au droit de propriété par les autorités sont permises si elles respectent un juste équilibre entre l'intérêt général de la société et la protection des droits fondamentaux de l'individu<sup>1327</sup>. La Cour a jugé que les mesures confirmées par le décret attaqué devaient être considérées comme des restrictions que l'autorité publique impose au droit de propriété dans l'intérêt général, à savoir l'intérêt général et stratégique exceptionnel des travaux

<sup>1324</sup> C.A., 10 février 1999, n° 18/99, rôle n° 1359, B.7.2., Moniteur belge, 26 février 1999.

<sup>1325</sup> C.A., 9 février 2000, n° 17/2000, rôle n° 1414, 1450, 1452, 1453 et 1415, B.10., Moniteur belge, 7 mars 2000.

<sup>1326</sup> N° 100.286.

<sup>1327</sup> voy. notamment Cour européenne des droits de l'homme, 23 septembre 1982, Sporrang et Lönnroth c. Suède; 25 octobre 1989, Allan Jacobson c. Suède; 20 novembre 1995, Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique; 23 octobre 1997, National and Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society et The Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni; 23 novembre 2000, Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce; 9 juillet 2002, Balanescu c. Roumanie; 12 décembre 2002, Wittek c. Allemagne; 16 janvier 2003, Nastou c. Grèce.

limitativement énumérés. Elles reposaient sur une mise en balance de l'intérêt général du projet stratégique pour l'ensemble de la Région flamande et des intérêts dignes de protection de l'individu. Compte tenu de leur nature, des garanties dont elles étaient entourées et de l'indemnisation à laquelle elles donnaient lieu, les restrictions de propriété, envisagées globalement, ne pouvaient raisonnablement pas être considérées comme ayant des effets disproportionnés pour les preneurs ou les propriétaires des terres auxquelles elles s'appliqueraient<sup>1328</sup>.

224. *La protection de la propriété privée par la Constitution belge.*

Le constituant de 1830 s'est gardé de toute déclaration solennelle en rédigeant le titre II "*Des Belges et de leurs droits*". Le style de l'actuel article 16 (article 11 à l'origine) est marqué de ce laconisme. On n'y trouve aucune définition du droit de propriété, mais uniquement les éléments essentiels du régime de l'expropriation.

*"Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité".*

La régularité d'une expropriation suppose donc d'une part, une cause d'utilité publique, d'autre part, une des occurrences déterminées par le législateur et le respect de la manière de procéder fixée par lui<sup>1329</sup> et enfin, une juste et préalable indemnité.

225. *Les lois sur l'expropriation : lois déterminant les compétences et la procédure*

Conformément au prescrit constitutionnel, des lois ont été faites en vue de déterminer les autorités compétentes et la procédure en matière d'expropriation.

Sans prétendre établir ici un inventaire complet, il convient de citer en tout cas la loi du 17 avril 1835 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, la loi du 27 mai 1870 portant simplification des formalités administratives en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, la loi du 28 juin 1930 sur l'expropriation par zones d'intérêt général ou provincial, ainsi que la loi du 26 juillet

<sup>1328</sup> C.A., 26 novembre 2003, n° 151/2003, n° de rôle 2502, B.14.1. à B.14.2., Moniteur belge, 13 janvier 2004.

<sup>1329</sup> La Cour d'arbitrage a précisé qu'en utilisant les termes "*par la loi*" dans l'article 16 de la Constitution, article dont le contenu est demeuré inchangé depuis 1831, le Constituant a uniquement voulu exclure la compétence du pouvoir exécutif en réservant aux assemblées délibérantes démocratiquement élues la compétence d'établir les cas et modalités d'expropriation (C.A., 30 juin 2004, n° 115/2004, n° de rôle 2747, Moniteur belge, 13 juillet 2004, Ed. 2). On retrouve dans cet arrêt l'interprétation donnée par la Cour d'arbitrage aux dispositions de la Constitution réservant une compétence à la loi antérieures à la modification constitutionnelle du 24 décembre 1970 (voy. C.A., 25 mars 2003, n° 35/2003, numéros de rôle : 2343, 2344, 2345, 2346, 2348 à 2352, 2355 à 2362 et 2379, Moniteur belge, 15 avril 2003; J.T., 2003, p. 537 et s.).



1962 relative aux expropriations pour cause d'utilité publique et aux concessions en vue de la construction des autoroutes.

Cette législation permet à toute autorité publique, à tout service public, de poursuivre, au nom de l'intérêt général, une expropriation. Vue sous cet angle, l'expropriation apparaît comme un moyen d'action de l'administration au sens le plus large du terme.

Ainsi, l'Etat, les Communautés, les Régions, provinces, communes, agglomérations et fédérations de communes, intercommunales, C.P.A.S., établissements publics, ...<sup>1330</sup> se sont vu reconnaître ce pouvoir.

Mais une chose est la compétence de *poursuivre*, autre chose est celle de *décider* ou d'*autoriser* une expropriation.

Selon les lois du 27 mai 1870 portant simplification des formalités administratives en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique et du 26 juillet 1962 relative aux expropriations pour cause d'utilité publique et aux concessions en vue de la construction des autoroutes faites, faut-il le souligner, par les pouvoirs de la Belgique unitaire, l'expropriation ne pouvait s'opérer qu'en vertu d'une loi ou d'un arrêté royal autorisant les travaux qui la rendaient nécessaire<sup>1331</sup>.

Cette formule, toujours en vigueur, doit être lue en tenant compte des transferts de compétences résultant des réformes institutionnelles.

Au surplus, il faut souligner encore une particularité du pouvoir donné au Roi de décider une expropriation.

Contrairement au droit commun de la décision unilatérale, l'arrêté d'expropriation, même notifié à son ou ses destinataires, reste privé de force obligatoire.

Selon les lois sur l'expropriation, cet arrêté permet seulement à l'administration qui entend poursuivre une procédure judiciaire en expropriation forcée d'assigner le propriétaire devant le juge judiciaire.

Dans le système qui est le nôtre, le transfert forcé de propriété ne peut s'opérer qu'en vertu d'un jugement : "*L'expropriation s'opère par autorité de justice conformément à la loi du 17 avril 1835*"<sup>1332</sup>.

## 226. Les lois et décrets déterminant les cas d'expropriation

<sup>1330</sup> Voy. M.-A. FLAMME, o.c., p. 844, 845.

<sup>1331</sup> C'est ce qui ressort de l'article 1er de la loi du 27 mai 1870 portant simplification des formalités administratives en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique; voy. encore l'article 1er de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique : "*Lorsqu'il est constaté par le Roi que la prise de possession immédiate d'un ou plusieurs immeubles est indispensable pour cause d'utilité publique, l'expropriation de ces immeubles est poursuivie conformément aux règles ci-après*".

<sup>1332</sup> Loi du 27 mai 1870 portant simplification des formalités administratives en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 8.

De multiples législations particulières confèrent aux autorités qu'elles désignent le pouvoir de poursuivre des expropriations; le législateur reconnaît du même coup leur activité comme étant d'utilité publique.

Nous inspirant ici de la liste établie par M. M.-A. FLAMME<sup>1333</sup>, nous citerons : la loi du 25 juin 1956, remplacée par la loi du 22 juillet 1970 sur le remembrement légal des biens ruraux; la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme<sup>1334</sup>; la loi du 30 décembre 1970 sur l'expansion économique; la loi du 9 avril 1965 portant diverses mesures en faveur de l'expansion universitaire; l'article 10, § 3, du décret de la Région wallonne du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, aux termes duquel : "*Dans l'hypothèse où le gestionnaire de réseau est proposé par une commune propriétaire d'une partie du réseau sur son territoire ou par une commune enclavée, le Gouvernement peut autoriser la commune à procéder à ses frais à l'expropriation pour cause d'utilité publique du réseau de distribution situé sur son territoire et nécessaire à la réalisation de la mission du gestionnaire de réseau de distribution proposé par celle-ci. La commune enclavée est la commune dont le réseau de distribution situé sur son territoire est géré par un autre gestionnaire que le gestionnaire du réseau de toutes les communes limitrophes. La procédure d'extrême urgence instaurée par la loi du 26 juillet 1962 relative aux expropriations pour cause d'utilité publique et aux concessions en vue de la construction d'autoroutes est applicable aux expropriations visées au paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>.*"

A cette liste, on peut ajouter encore l'hypothèse prévue par le décret wallon du 11 mars 2004 relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques.

Aux termes de son article 2, afin de promouvoir le développement économique et social, la Région, les communes et les intercommunales peuvent procéder à l'expropriation des immeubles nécessaires à l'aménagement d'espaces destinés à accueillir des activités économiques, à favoriser leur implantation ou à permettre l'extension d'activités existantes.

On se gardera de conclure que l'expropriation ne peut être réputée d'utilité publique que dans les cas déterminés par des normes législatives particulières.

Selon la présentation faite par HOFFLER, il s'impose de faire une distinction fondamentale entre deux catégories d'expropriation : "*celle où l'utilité publique est manifeste car elle s'attache à la nature même des travaux envisagés : routes, voies navigables, bâtiments et ouvrages publics, et celle où elle répond à la mise en œuvre de conceptions liées au progrès de la société dont seul le législateur*

<sup>1333</sup> Droit administratif, o.c., T. II, p. 846 et s.

<sup>1334</sup> Il a été soutenu que l'article 25, al. 1<sup>er</sup>, de cette loi rendait le pouvoir d'expropriation quasi absolu dès lors qu'il s'agissait de réaliser un plan d'aménagement: voy. P. VANDEN BORRE, La législation belge en matière de rénovation urbaine, R.J.D.A., 1971, p. 43, 44. Par un arrêt déjà mentionné, prononcé le 25 mars 1997, la Cour d'arbitrage a reconnu que dans l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 mars 1962, la notion d'utilité publique est interprétée plus largement que dans le cas d'une expropriation ayant un autre but; l'expropriation en vue de la réalisation d'un plan d'aménagement est réputée d'utilité publique en vertu de la loi elle-même. Le caractère particulier de telles expropriations est encore souligné par le fait que le pouvoir expropriant peut, dans certains cas, à la demande des personnes chargées de l'aménagement de la zone, exproprier les immeubles nécessaires à cette fin lorsque leur acquisition à l'amiable se révèle impossible (C.A., 25 mars 1997, n° 16/97, rôle n° 951, B.4.2., Moniteur belge, 6 mai 1997).

peut reconnaître la validité, définir l'orientation et délimiter le champ d'application"<sup>1335</sup>.

## **B. La répartition du pouvoir de décider l'expropriation dans la Belgique fédérale**

### *227. Présentation*

A l'heure actuelle, l'arrêté qui décide ou autorise une expropriation peut être pris non seulement par le Roi, mais encore par le Gouvernement d'une Communauté ou d'une Région.

La répartition des compétences en la matière ne se détermine cependant pas sans mal.

### *228. Les dispositions des lois de réformes institutionnelles*

L'article 79, § 1er, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, modifié par la loi spéciale du 16 juillet 1993 dispose que : "*Sans préjudice du § 2, les Gouvernements peuvent poursuivre des expropriations pour cause d'utilité publique dans les cas et selon les modalités fixés par décret,*<sup>1336</sup> *dans le respect des procédures judiciaires fixées par la loi*<sup>1337</sup> *et du principe de la juste et préalable indemnité visé à l'article 11 de la Constitution*<sup>1338</sup>".

<sup>1335</sup> Avis préc. C.E., 11 décembre 1973, Liebin et Baudry c/ Etat et Ville de Mons, n° 16.159, R.J.D.A., 1974, p. 107 et s.

<sup>1336</sup> Par l'arrêt du 30 juin 2004, n° 115/2004, précité, la Cour d'arbitrage a affirmé que le principe de légalité contenu dans l'article 16 de la Constitution s'appliquait également aux Communautés et aux Régions. Elle a jugé que l'article 21 du décret flamand du 20 décembre 2002 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 2003, en ce qu'il permettait au locataire d'un logement social d'acquérir l'habitation louée suivant des conditions à fixer par le Gouvernement flamand, organisait un transfert obligé de propriété relevant du champ d'application de l'article 16 de la Constitution, mais que, faute de précisions suffisantes dans l'habilitation donnée au Gouvernement flamand, il méconnaissait le principe de légalité contenu dans cette disposition. Par la suite, le législateur flamand a, par un décret du 15 juillet 2005, entendu répondre à l'arrêt n° 115/2004; il a, par l'article 3 du décret précité, inséré dans le décret du 15 juillet 1997 contenant le Code flamand du logement un article 45bis qui reconnaît à nouveau au locataire le droit d'acquérir l'habitation qu'une société de logement social donne en location, mais qui fixe lui-même les conditions auxquelles ce droit est soumis. Saisie d'un recours en annulation des articles 3 et 4 (partim) du décret du 15 juillet 2005, la Cour d'arbitrage a déclaré que l'octroi d'un droit d'achat est une mesure qui entre dans le champ d'application de l'article 16 de la Constitution; le principe de la juste indemnité lui a paru suffisamment garanti par l'article 45bis, § 5, en ce qu'il prévoit que le transfert de propriété n'a lieu qu'une fois que le locataire est disposé à payer, pour ce faire, un prix égal à la valeur vénale du logement, définie dans cette même disposition (C.A., 7 mars 2007, n° 33/2007, n° de rôle 3938, Moniteur belge 15 mars 2007).

<sup>1337</sup> La Cour d'arbitrage a eu à connaître d'une question préjudicielle relative aux articles 181 et 182 du CWATUP, interprétés comme imposant au Gouvernement wallon d'avoir recours à la procédure d'expropriation d'extrême urgence établie par la loi du 26 juillet 1962 pour exproprier les sites d'activités économiques désaffectés reconnus d'intérêt régional. Par un arrêt du 18 septembre 2002, elle a déclaré ce qui suit : " B.7. En disposant que

Cette disposition ne concerne que les Gouvernements de la Communauté française et de la Région wallonne ainsi que le Gouvernement flamand. Mais elle a été rendue applicable au Gouvernement de la Communauté germanophone par l'article 51 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone; de même s'applique-t-elle au Gouvernement bruxellois en vertu de l'article 38 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

La portée de l'article 79, § 1<sup>er</sup>, de la loi spéciale de réformes institutionnelles n'est pas sans avoir fait difficulté. On est obligé de reconnaître qu'aujourd'hui encore elle demeure problématique.

Existe en effet une distinction majeure et classique entre le pouvoir de poursuivre une expropriation et la décision même d'exproprier.

A première lecture, les lois de réformes institutionnelles ne semblent accorder aux Gouvernements des Communautés et Régions que le seul pouvoir de poursuivre une expropriation.

Pris au pied de la lettre, l'article 79 de la loi spéciale de réformes institutionnelles n'aurait donc guère de spécificité. Il se bornerait à énoncer ce qui va de soi.

Aussi n'est-ce pas en ce sens qu'il a été entendu. Mais sa signification exacte ne s'est pas dégageée sans heurts.

229. *La position prise par la Cour de Cassation dans l'arrêt du 20 février 1986, Commune de Silly c/ Hallet et crts*<sup>1339</sup>

Les faits qui ont conduit au prononcé de cet arrêt sont simples.

---

*l'expropriation est poursuivie selon les règles prévues par la loi du 26 juillet 1962, le législateur décréteil semble empiéter sur les compétences fédérales puisqu'il écarte implicitement l'application des règles prévues par d'autres lois relatives à l'expropriation : la loi du 17 avril 1835 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique et la loi du 10 mai 1926 instituant une procédure d'urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Toutefois, la procédure d'extrême urgence organisée par la loi du 26 juillet 1962 est devenue la seule procédure appliquée par toute autorité expropriante, sauf dans les cas où une procédure particulière est organisée par le législateur fédéral. Il s'ensuit qu'en renvoyant à la loi du 26 juillet 1962, le législateur régional s'est aligné sur les règles établies par le législateur fédéral et n'a pas entendu y déroger". Elle a conclu que "Interprétés comme ne dispensant pas le Gouvernement wallon de constater que la prise de possession immédiate du bien exproprié est indispensable pour cause d'utilité publique, les articles 181 et 182 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine ne violent pas les articles 16 de la Constitution et 79, § 1<sup>er</sup>, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles" (C.A., 18 septembre 2002, n° 131/2002, numéro de rôle 2213, Moniteur belge, 19 novembre 2002).*

<sup>1338</sup> Par un arrêt du 17 mai 2001, la Cour d'arbitrage a jugé qu'en ce qu'il exclut que soit prise en compte, dans la détermination de la valeur du site exproprié, la valeur résultant de l'affectation du site telle qu'elle a été fixée par les plans d'aménagement en vigueur, l'article 182, § 3, in fine, du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine viole l'article 79, § 1<sup>er</sup>, de la loi spéciale du 8 août 1980 (C.A., 17 mai 2001, n° 65/2001, rôle n° 1811, Moniteur belge, 8 septembre 2001).

<sup>1339</sup> J.T., 1986, p. 423 et s.

La commune de Silly entendait exproprier des parcelles nécessaires à la réalisation de travaux d'alignement.

La décision de y procéder avait été prise le 1er octobre 1982 par le ministre des Technologies nouvelles et des P.M.E., de l'Aménagement du territoire et de la Forêt pour la Région wallonne, ledit ministre agissant par délégation de l'Exécutif régional wallon.

Une telle décision n'était pas sans logique : les plans d'alignement de la voirie communale relèvent en effet des matières attribuées à la compétence des Régions par l'article 6, § 1er, 1, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980. Il pouvait donc paraître cohérent de lier le pouvoir d'exproprier à la compétence principale, relative, en l'occurrence, à l'alignement.

Mais cette version supposait que la Région wallonne fût de l'article 79 de la loi spéciale de réformes institutionnelles le pouvoir d'*autoriser* la Commune à exproprier.

Le juge de Paix du Canton d'Enghien ne l'entendit pas ainsi : il déclara l'action non recevable à défaut d'observation des formalités légales; saisi en appel, le tribunal de Mons confirma son jugement.

La Cour de Cassation, saisie d'un pourvoi ayant ce jugement pour objet, détermina la portée de l'article 79 de la loi spéciale de réformes institutionnelles dans les termes qui suivent.

Elle déclara qu'en l'adoptant, "*le législateur national a entendu uniquement autoriser l'exécutif régional wallon, l'exécutif de la communauté française, l'exécutif de la communauté germanophone et l'exécutif flamand*<sup>1340</sup> *à poursuivre des expropriations pour cause d'utilité publique, c'est-à-dire à y procéder, dans les cas et selon les modalités fixées par décret, dans le respect des procédures judiciaires fixées par la loi et du principe de la juste et préalable indemnité...* ; que l'article 6, § 1er, 1, 1° et 2° de la loi du 8 août 1980 ne saurait être interprété comme ayant rendu le conseil régional wallon et l'exécutif régional wallon compétents dans les matières relatives aux expropriations pour cause d'utilité publique poursuivies par des autorités publiques autres que cet exécutif, et notamment par les communes".

La Cour de cassation n'admit pas que le pouvoir d'autoriser une commune à exproprier pût trouver son fondement dans l'article 10 de la loi spéciale, c'est-à-dire dans les compétences implicites des Communautés et des Régions. Se référant à l'article 19, § 1er, de la loi spéciale, tel qu'alors rédigé, elle rappela que les compétences décrétales des Communautés et Régions devaient s'exercer sans préjudice des compétences que la Constitution réserve à la loi, notamment dans l'article relatif à l'expropriation.

La Cour de Cassation conclut comme suit : "*Attendu qu'en conséquence, dans le système de la loi du 8 août 1980, les matières relatives aux expropriations pour cause d'utilité publique poursuivies par des autorités publiques autres que les exécutifs visés par les articles 79 de la loi précitée et 51 de la loi du 31 décembre 1983, et notamment par des communes, continuent à relever du législateur*

<sup>1340</sup> Aujourd'hui les Gouvernements correspondants.

*national et du Roi; qu'en l'espèce, ni l'exécutif régional wallon, ni l'un de ses membres n'étaient compétents pour, en exécution de l'article 1er de la loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique contenue dans l'article 5 de la loi du 26 juillet 1962 relative aux expropriations pour cause d'utilité publique et aux concessions en vue de la construction des autoroutes, constater que la prise de possession immédiate de parcelles appartenant aux défendeurs était indispensable pour cause d'utilité publique et autoriser la demanderesse à poursuivre l'expropriation conformément à ladite loi".*

L'arrêt Commune de Silly a fait l'objet d'observations généralement critiques de la part des auteurs<sup>1341</sup> de plusieurs parlementaires<sup>1342</sup>, et de la Section de législation du Conseil d'Etat<sup>1343</sup>.

La position de la Cour de cassation présentait l'inconvénient majeur de faire dépendre des autorités nationales de nombreuses décisions d'expropriation prises dans des matières régionalisées ou communautarisées. Elle apportait une entrave certaine à l'autonomie reconnue aux Communautés et Régions en ces matières.

### 230. Les décrets communautaires et régionaux relatifs à l'expropriation

La réaction n'allait pas tarder.

Un décret fut adopté par le législateur de la Communauté germanophone le 9 novembre 1987 relatif aux expropriations pour cause d'utilité publique pratiquées ou agréées par l'Exécutif de la Communauté germanophone.

Selon l'article 1er, le Gouvernement est autorisé à procéder à l'expropriation pour cause d'utilité publique de biens immeubles dans les cas où il constate que cette acquisition est nécessaire à l'extension de l'infrastructure ou à la politique menée dans les matières culturelles et personnalisables. Selon l'article 2 de ce décret, le Gouvernement peut autoriser les provinces, communes, associations de communes, organismes d'intérêt public ainsi que d'autres personnes de droit public à procéder à des expropriations pour cause d'utilité publique de biens immeubles dans les cas cités à l'article 1er.

<sup>1341</sup> Voy. en particulier : obs. J.P. BALFROID, J.T., 1987, p. 625; D. LAGASSE, obs. sous civ. Mons, 6 mai 1987, J.T., 1987, p. 630 et s.; Y. LEJEUNE, Aménagement-Environnement, 1986, p. 47 et s.

<sup>1342</sup> Voy. question de M. BORREMANS du 17 février 1987, Quest. rép. C.R.W., 1986-1987, p. 28; question de M. EERDEKENS du 3 juillet 1987, Quest. rép. Ch., 1986-1987, p. 3442.

<sup>1343</sup> En réponse à la question de M. EERDEKENS, précitée, le Premier ministre fit savoir que le comité de concertation avait décidé le 4 novembre 1986 de prendre l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat; celle-ci a fourni le 22 avril 1987 un avis au sujet de deux avant-projets de décret de l'exécutif flamand portant sur les matières régionales, d'une part, les matières communautarisées et personnalisables, d'autre part. Le Conseil d'Etat admit que l'Exécutif pouvait être habilité à accorder l'autorisation d'exproprier en vue de la réalisation de travaux dans lesquels des intérêts communautaires ou régionaux sont en jeu. Le comité de concertation a, en conséquence, invité les exécutifs à déposer d'urgence, devant leurs Conseils respectifs, des projets de décrets analogues à ceux qui avaient été soumis au Conseil d'Etat.

La Communauté flamande réglait dans deux décrets du 13 avril 1988 les cas et les modalités des expropriations pour cause d'utilité publique auxquelles le Gouvernement flamand peut procéder dans les matières culturelles, personnalisables, les questions d'enseignement, d'une part, les matières régionales, d'autre part.

Selon ces décrets, le Gouvernement flamand est autorisé à poursuivre des expropriations d'immeubles pour cause d'utilité publique dans les cas où il juge leur acquisition nécessaire au développement de l'infrastructure ou à la politique relative aux matières culturelles, personnalisables et aux matières d'enseignement, ainsi que dans les cas où il juge leur acquisition nécessaire au développement de l'infrastructure ou à la politique relative aux matières régionales.

Au surplus, le Gouvernement peut autoriser d'autres personnes morales qui ont la compétence de poursuivre des expropriations d'immeubles pour cause d'utilité publique, à procéder à l'expropriation d'immeubles dans les cas où il juge leur acquisition nécessaire au développement de l'infrastructure ou à la politique relative aux matières culturelles, personnalisables et aux matières d'enseignement, ainsi que dans les cas où il juge leur acquisition nécessaire au développement de l'infrastructure ou à la politique relative aux matières régionales.

Le Conseil régional wallon adoptait un texte de même portée le 6 mai 1988. L'article 1er de ce décret autorise le Gouvernement wallon à poursuivre l'expropriation de biens immeubles pour cause d'utilité publique pour l'exercice de ses compétences. L'article 2 permet au Gouvernement wallon d'autoriser cas par cas les provinces, les communes, les intercommunales, les organismes d'intérêt public et toute autre personne morale de droit public à procéder à l'expropriation de biens immeubles pour cause d'utilité publique. On peut observer que, sur le fondement du décret du 11 mars 2004 relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques, le Gouvernement wallon a le pouvoir de décider l'expropriation sur demande de la Région, des communes et des intercommunales (art. 2 et 9).

Une ordonnance du 22 février 1990 est relative aux expropriations pour cause d'utilité publique poursuivies ou autorisées par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale. L'article 1er de cette ordonnance autorise le Gouvernement bruxellois à poursuivre l'expropriation de biens immeubles pour cause d'utilité publique pour l'exercice de ses compétences telles que définies dans la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises. L'article 2 permet au même Gouvernement d'autoriser cas par cas les communes, les intercommunales, les organismes d'intérêt public et toute autre personne morale de droit public à procéder à l'expropriation de biens immeubles pour cause d'utilité publique.

Enfin, un décret du 9 novembre 1990 est relatif aux expropriations pour cause d'utilité publique poursuivies ou autorisées par le Gouvernement de la Communauté française. L'article 1er de ce décret autorise le Gouvernement de la Communauté française à poursuivre l'expropriation de biens immeubles pour cause d'utilité publique pour l'exercice de ses compétences. L'article 2 permet au même Gouvernement d'autoriser cas par cas les provinces, les communes, les intercommunales, les organismes d'intérêt public et toute autre personne morale de droit public à procéder à l'expropriation de biens immeubles pour cause d'utilité publique.

231. *La jurisprudence de la Cour d'arbitrage*

Les décrets et ordonnances faits par les Communautés et Régions en matière d'expropriation s'exposaient à être taxés d'excès de compétence, à en juger d'après l'interprétation retenue par la Cour de cassation.

1) Le 9 juin 1988, la Cour d'arbitrage fut saisie par le juge de paix du canton de Zandhoven d'une question préjudicielle relative à la violation des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des Communautés et des Régions par le décret flamand du 13 avril 1988 fixant les cas et les modalités des expropriations pour cause d'utilité publique auxquelles l'Exécutif flamand peut procéder dans les matières culturelles, personnalisables et les questions d'enseignement. Le juge de Paix avait observé que la commune de Zoersel ne produisait pas un arrêté royal constatant la nécessité de l'expropriation, mais un arrêté du ministre communautaire des Affaires intérieures et de l'Aménagement du territoire.

La Cour commença par rappeler que *"sauf le cas où une habilitation spéciale et expresse a été donnée par la loi spéciale ou la loi ordinaire de réformes institutionnelles ou par la loi du 31 décembre 1983 le décret ne peut régler les matières qui lui ont été attribuées qu'à la condition de n'empiéter en aucune façon sur les compétences réservées à la loi par la Constitution"*. *"La possibilité donnée aux Conseils par l'article 10 de la loi spéciale de porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles ils ne sont pas compétents ne peut trouver à s'appliquer à des compétences que la Constitution réserve à la loi"* (2.B.1.).

La Cour constata que la Constitution réservait au législateur national le soin de déterminer les cas dans lesquels il peut être procédé à des expropriations pour cause d'utilité publique et d'établir la manière dont ces expropriations peuvent avoir lieu. Les Communautés et les Régions ne pouvaient donc intervenir dans cette matière réservée que moyennant l'habilitation mentionnée plus haut.

L'article 79, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 et l'article 51 de la loi du 31 décembre 1983 lui parurent comporter une telle habilitation (2.B.2.).

Jusque là, les motifs ne faisaient pas apparaître de divergence par rapport à l'analyse de la Cour de cassation dans l'arrêt Commune de Silly.

C'est la suite qui allait révéler la rupture : sur le point de savoir si les Communautés et Régions disposaient ou non du pouvoir d'autoriser d'autres personnes morales à exproprier, comme le décret flamand du 13 avril 1988 le supposait, la Cour d'arbitrage allait répondre par l'affirmative. Elle déclara en effet que : *"Bien que l'article 79, § 1er, de la loi spéciale ne prévoie que les expropriations pour cause d'utilité publique poursuivies par les Exécutifs, il résulte de la finalité de la loi spéciale du 8 août 1980 et de l'économie générale de la réforme de l'Etat que cette disposition doit être interprétée en ce sens que les Exécutifs sont également autorisés - et que donc le législateur décrétole est autorisé à habiliter les Exécutifs à cette fin - à accorder à d'autres personnes morales*



*l'autorisation de procéder à des expropriations dans les matières régionales ou communautaires* ".

La Cour d'arbitrage conclut donc que le décret de la Communauté flamande du 13 avril 1988 ne violait pas les règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des Communautés et des Régions<sup>1344</sup>.

2) Le 26 octobre 1988, la Cour d'arbitrage fut saisie d'une question préjudicielle par le tribunal de 1ère instance de Mons ayant pour objet les dispositions du décret du 6 mai 1988 du Conseil régional wallon en ce qu'elles donnent au Gouvernement wallon le pouvoir d'autoriser une personne morale de droit public - en l'espèce la Société wallonne de distribution d'eau - à procéder à l'expropriation de biens immeubles.

Dans les motifs de son arrêt du 31 mai 1989, la Cour d'arbitrage reprit le raisonnement développé au sujet du décret flamand du 13 avril 1988; elle déclara que les articles 2 à 4 du décret wallon du 6 mai 1988, précité, ne violaient pas les règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des Communautés et des Régions<sup>1345</sup>.

3) La leçon des arrêts des 2 février et 31 mai 1989 paraît fort claire : **c'est l'autorité compétente au fond qui décide ou autorise l'expropriation.**

Dans le cadre des matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions ont le pouvoir de décider les expropriations qui leur sont directement nécessaires; elles ont encore le pouvoir d'autoriser d'autres personnes morales à exproprier dans le cadre des mêmes matières.

Les décrets et ordonnances faits quant aux expropriations par l'ensemble des Communautés et Régions ne décidaient pas autre chose.

Un arrêt prononcé par la Cour d'arbitrage le 16 décembre 1993 nous semble malheureusement brouiller les pistes<sup>1346</sup>.

La Cour avait à connaître d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat le 19 février 1993.

Le Conseil d'Etat avait été saisi d'une requête en annulation à l'encontre d'une décision prise le 6 novembre 1990 par le conseil communal de la Ville de Beaumont visant à exproprier les terrains nécessaires à l'aménagement d'une plaine de jeux, et de l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 février 1991 qui autorisait cette expropriation.

L'objectif poursuivi paraissait s'inscrire dans les compétences de la Communauté française - au titre de l'éducation physique, des sports et de la vie en plein air<sup>1347</sup> -;

<sup>1344</sup> C.A., 2 février 1989, n° 3/89, rôle n° 77, Moniteur belge, 25 février 1989.

<sup>1345</sup> C.A., 31 mai 1989, n° 14/89, en réponse à une question préjudicielle relative à la compatibilité du décret régional wallon avec les règles répartitrices de compétence.

<sup>1346</sup> C.A., 16 décembre 1993, n° 85/93, rôle n° 533, Moniteur belge, 2 mars 1994; T.B.P., 1994, p. 391 et s., obs. P. BERCKX.

<sup>1347</sup> Art. 4, 9° et 10°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Il faut noter que depuis l'entrée en vigueur d'un décret II du Conseil et de Gouvernement de la

le requérant soutenait donc que la Région wallonne n'était pas compétente pour l'autoriser.

La Région wallonne entendait justifier sa compétence dans le cas d'espèce en se prévalant de l'article 7 de la loi spéciale du 8 août 1980 - qui lui confie l'organisation et l'exercice de la tutelle ordinaire sur une communes de la Région wallonne telle que la Ville de Beaumont - et de l'article 2 du décret de la Région wallonne du 6 mai 1988.

Dans son arrêt du 16 décembre 1993, la Cour d'arbitrage s'est prononcée une nouvelle fois sur la compatibilité du décret du Conseil régional wallon du 6 mai 1988 (plus précisément son article 2) avec les règles répartitrices de compétences.

La Cour d'arbitrage commença par rappeler son interprétation de l'article 79, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 (B.2., B.3.); elle expose ensuite ce qui suit : *"la décision par laquelle un pouvoir central autorise, cas par cas, une administration décentralisée à procéder à une expropriation est un acte de tutelle administrative portant tant sur la légalité - externe et interne - de la mesure prévue que sur son caractère d'utilité publique . (...) l'article 7 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles a transféré aux Régions l'organisation des procédures ainsi que l'exercice de la tutelle administrative sur les provinces, les communes et les agglomérations et fédérations de communes, à l'exception toutefois des acte "qui sont relatifs aux matières relevant de la compétence du pouvoir national ou de la Communauté et pour lesquels la loi ou le décret a organisé une tutelle spécifique". Le pouvoir d'exproprier est une compétence instrumentale et non pas une matière en soi. En ce qui concerne les matières pour lesquelles l'autorité fédérale ou l'autorité communautaire est compétente, le législateur fédéral et le législateur communautaire peuvent chacun pour ce qui le concerne organiser une tutelle spécifique à l'égard des actes des provinces, des communes et des agglomérations et fédérations de communes, tant en ce qui concerne les questions de droit matériel que pour ce qui est des moyens - par exemple les expropriations - afin de développer dans ces matières une politique cohérente "*.

*"Il suit toutefois de l'article 7 de la loi spéciale du 8 août 1980 que les Régions sont compétentes pour l'organisation des procédures et l'exercice de la tutelle administrative à l'égard d'une décision de la province, de la commune, de l'agglomération ou fédération de communes portant expropriation d'un bien, même si cette expropriation est relative à une matière qui ressortit à la compétence du législateur fédéral ou du législateur communautaire, mais aussi longtemps seulement que ces derniers n'organisent pas eux-mêmes une tutelle spécifique".*

La Cour en conclut que, lu comme le proposait la Région wallonne, l'article 2 du décret du 6 mai 1988 ne violait pas les règles qui déterminent les compétences respectives de l'Etat, des Communautés et des Régions.

L'arrêt du 16 décembre 1993 fait donc de l'autorisation d'expropriation une décision de tutelle. La détermination de l'autorité compétente pour la délivrer ne pouvait s'opérer que par référence à l'article 7 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, tel que modifié, à la date du prononcé de cet arrêt, par la loi spéciale du 8 août 1988 et par la loi spéciale du 16 juillet 1993.

---

Communauté française du 19 juillet 1993, ces matières ont été transférées à la Région wallonne; mais ce décret n'est en vigueur que depuis le 1er janvier 1994.

Sur ce point déjà, l'arrêt du 16 décembre 1993 nous paraît appeler des réserves: en donnant au législateur et au Roi le pouvoir de décider l'expropriation, nous ne voyons pas que les lois de 1835, 1870 et 1962 aient entendu faire de cette décision un acte de tutelle.

Au surplus, par ses arrêts des 2 février et 31 mai 1989, la Cour d'arbitrage n'a nullement laissé entendre que l'autorisation d'exproprier dût relever de la Région au titre de l'organisation et de l'exercice de la tutelle, alors qu'elle eût pu le faire, s'agissant d'expropriation poursuivie par la commune de Zoerzel et par la Société wallonne de distribution d'eau.

Enfin, le raisonnement tenu dans l'arrêt du 16 décembre 1993 ne fait nulle mention du décret de la Communauté française du 9 novembre 1990<sup>1348</sup>.

Si l'article 2 de ce décret habilite le Gouvernement à autoriser, cas par cas, les communes à procéder à l'expropriation de biens immeubles pour cause d'utilité publique dans les matières qui sont de la compétence de la Communauté française, cette disposition n'aurait-elle pu être regardée comme fondant une tutelle spécifique du Gouvernement de la Communauté française sur une commune telle que la Ville de Beaumont ?

L'arrêt prononcé par la Cour d'arbitrage le 16 décembre 1993 reste à bien des égards énigmatique...<sup>1349</sup>.

4) Un recours visant à l'annulation de l'article 20, § 5, du décret wallon du 27 juin 1996 relatif aux déchets a donné à la Cour d'arbitrage l'occasion de déterminer les compétences respectives du législateur fédéral et celle des Communautés et des Régions en fonction de la finale du paragraphe 1er de l'article 79 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

Par un arrêt du 17 décembre 1997, la Cour a affirmé notamment qu' « *en exigeant des régions et des communautés qu'elles respectent le principe de la juste et préalable indemnité, le législateur spécial n'a pas entendu leur enlever la compétence de déterminer le mode de calcul d'une telle indemnité* »; elle

---

<sup>1348</sup> On pourrait avoir une hésitation sur le point de savoir si ce décret du 9 novembre 1990 était applicable à l'hypothèse : en effet, c'est le 6 novembre 1990 que le conseil communal de la Ville de Beaumont a décidé d'exproprier les terrains nécessaires à l'aménagement d'une plaine de jeux et c'est le 15 février 1991 que le Gouvernement wallon autorisait l'expropriation. Le décret de la Communauté française date du 9 novembre 1990, mais il n'a été publié au Moniteur belge que le 19 janvier 1991. Toutefois, son article 4 prévoit qu'il est en vigueur depuis le 1er octobre 1980. Cette rétroactivité le rendait donc applicable à l'espèce.

<sup>1349</sup> Nous observons qu'un arrêt du 16 mai 1995 ne fait plus référence à la tutelle s'agissant de régler la question du pouvoir d'autoriser une expropriation, mais paraît revenir à la version des arrêts prononcés les 2 février et 31 mai 1989 liant le pouvoir d'autoriser l'expropriation à la compétence quant à la matière. On y lit que "*Dès qu'une expropriation est envisagée dans le cadre des matières transférées aux communautés ou aux régions, il appartient aux gouvernements de communauté et de région d'apprécier si la prise de possession immédiate est indispensable pour cause d'utilité publique, les mots le Roi et l'arrêté royal figurant dans la loi de 1962 devant être remplacés par le Gouvernement et l'arrêté du Gouvernement*" (C.A., 16 mai 1995, n° 38/95, rôle n° 734, B.4.1., Moniteur belge, 26 juin 1995).

poursuivit en rappelant que, "*pour être juste, l'indemnité doit assurer la réparation intégrale du préjudice subi*"<sup>1350</sup>.

Appliquant ensuite la règle ainsi rappelée au cas d'espèce, la Cour d'arbitrage a décidé qu'en disposant que la valeur du bien est établie "*à l'exclusion de toute référence à l'exploitation future en centre d'enfouissement technique, le législateur décréto n'avait pas distingué selon que la plus-value dont il entend exclure l'indemnisation est celle d'un terrain déjà exploitable comme installation d'élimination de déchets avant la décision d'expropriation ou celle qui résulterait de l'affectation du terrain exproprié par l'autorité en centre d'enfouissement technique. Si, dans la deuxième hypothèse, l'exclusion de la plus value est conforme aux règles d'évaluation de la juste indemnité, dans la première hypothèse, le législateur décréto exclut un élément qu'il doit prendre en compte pour la calculer*"<sup>1351</sup>.

232. *L'arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 2000, K.B., K.C., C.G. / Commune de Wommel*

Rompant avec l'analyse qu'elle avait développée dans l'arrêt Commune de Silly, précité, la Cour de cassation nous paraît avoir fait sienne, dans sa jurisprudence récente, la position prise par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 3/89 du 2 février 1989, mentionné plus haut.

L'arrêt faisant l'objet du pourvoi, prononcé le 9 mars 1998 par la Cour d'appel de Bruxelles, confirmait le jugement du Juge de paix de Wolvertem, selon lequel le Ministre flamand des Affaires intérieures et de la Fonction publique ayant la tutelle sur les communes de la Région flamande dans ses attributions avait pu autoriser la Commune de Wommel à exproprier, sur la base du décret flamand du 13 avril 1988 fixant les cas et les modalités des expropriations pour cause d'utilité publique auxquelles l'Exécutif flamand peut procéder dans les matières régionales.

On retrouve dans l'arrêt de la Cour de cassation la position de la Cour d'arbitrage : l'article 79, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles permet aux Communautés et aux Régions de déterminer par décret les cas dans lesquels leur gouvernement peut procéder à une expropriation pour cause d'utilité publique ainsi que les modalités selon lesquelles celle-ci doit être poursuivie; le décret peut autoriser les gouvernements à consentir à ce que des personnes morales de droit public y procèdent.

Partant, l'article 3 du décret flamand du 13 avril 1988 fixant les cas et les modalités des expropriations pour cause d'utilité publique auxquelles l'Exécutif flamand peut procéder dans les matières régionales, a pu habiliter l'Exécutif flamand à autoriser d'autres personnes qui ont la compétence de poursuivre des expropriations d'immeubles pour cause d'utilité publique à procéder à ces expropriations, dans les cas où il juge leur acquisition nécessaire pour le développement de l'infrastructure ou pour la politique relative aux matières régionales visées par la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

<sup>1350</sup> C.A., 17 décembre 1997, n° 81/97, rôle n° 1042, 1043, 1046 et 1047, B.6.5., Moniteur belge, 21 janvier 1998.

<sup>1351</sup> Ibidem, B.9.

Constatant qu'en vertu de l'article 6, §, 1er, l, 1°, de la loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'urbanisme et l'aménagement du territoire sont des matières régionales, la Cour de cassation a conclu que, dans cette matière, il appartient au gouvernement flamand de déterminer si la prise de possession immédiate d'un ou de plusieurs biens est indispensable à l'utilité publique.

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, qui faisait l'objet du pourvoi, constatait que, le 11 mars 1991, le Ministre communautaire des Affaires intérieures et de la Fonction publique - ayant la tutelle sur les communes dans ses attributions - avait décidé de reconnaître le caractère d'utilité publique de l'acquisition des parcelles faisant l'objet de la décision prise le 1er octobre 1990 par le conseil communal de Wemmel, d'autoriser la commune à poursuivre l'expropriation et, la prise de possession immédiate de ces biens s'avérant absolument nécessaire, d'accorder l'autorisation d'appliquer la loi du 26 juillet 1962.

La Cour de cassation jugea qu'en appliquant les dispositions de la décision prise le 11 mars 1991, l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles ne violait pas les articles de la Constitution ou des autres lois cités au moyen<sup>1352</sup>.

La Cour de cassation a donc admis qu'il revenait au Ministre flamand des Affaires intérieures, ayant la tutelle dans ses attributions, d'autoriser la Commune de Wemmel à poursuivre une expropriation. Cependant, l'arrêt considéré n'affirme nullement que cette compétence n'appartenait qu'à ce ministre, à l'exclusion de son collègue Ministre communautaire de l'Aménagement du territoire et du Logement ...

La Cour de cassation évitait ainsi, prudemment selon nous, de prendre parti dans la controverse ouverte par l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 89/93 du 16 décembre 1993, selon lequel l'autorisation d'exproprier donnée par le gouvernement communautaire ou régional à une commune, notamment, serait une décision de tutelle.

## **II. Contrôle juridictionnel et procédure**

### **A. Le contrôle juridictionnel de l'utilité publique justificative de l'expropriation**

233. *Principe : le contrôle de la légalité interne par les juridictions judiciaires et le Conseil d'Etat*

L'article 16 de la Constitution est explicite : l'expropriation ne peut être décidée que pour cause d'utilité publique.

---

<sup>1352</sup> Cass. , 8 juin 2000, Pas., 2000, I, p. 349.

L'utilité publique est la justification de l'expropriation, une condition certaine de sa légalité interne.

Les circonstances de fait que l'autorité invoque doivent donc être contrôlées par le juge - tant par le Conseil d'Etat que par les juges judiciaires, dans les rôles respectifs qui sont les leurs.

Il appartient au juge de vérifier la légalité interne des actes administratifs unilatéraux<sup>1353</sup> : la Cour de cassation s'est prononcée nettement sur la question par un arrêt du 3 mars 1972<sup>1354</sup>; le Conseil d'Etat n'est pas moins affirmatif. Occasionnellement, les réticences - tenaces - dues à une interprétation étroite de la séparation des pouvoirs reparaissent dans la jurisprudence judiciaire; ainsi le juge de paix du 2ème canton de Bruxelles déclarait-il le 8 septembre 1989 que le principe de la séparation des pouvoirs interdisait au juge de paix de juger de l'opportunité ou de l'extrême urgence de l'expropriation ou encore de l'excès ou du détournement de pouvoir qui aurait conduit à la décision d'expropriation<sup>1355</sup>.

*234. Le contrôle de l'exactitude matérielle des faits et de leur qualification juridique, contrôle de la légalité du but*

Le juge aura donc à vérifier si les faits avancés par l'administration sont exacts, et s'ils peuvent être regardés comme constitutifs d'utilité publique<sup>1356</sup>, il s'agit là des contrôles classiques de l'exactitude matérielle des faits et de leur qualification juridique. S'y ajoute le contrôle de la légalité quant au but: une expropriation qui serait décidée en vue de favoriser un intérêt privé serait entachée de détournement de pouvoir<sup>1357</sup>.

Longtemps, le juge judiciaire a limité son contrôle à ces vérifications; la Cour de cassation affirmait qu'il excéderait ses pouvoirs s'il substituait son appréciation des circonstances requérant l'expropriation et la prise de possession immédiate des biens immobiliers à celle du pouvoir exécutif<sup>1358</sup>.

<sup>1353</sup> Voy. E. CAUSIN, Pour une contradiction effective des débats dans la procédure d'expropriation d'extrême urgence, J.J.P., 2006, p. 474.

<sup>1354</sup> Pas., 1972, I, p. 601, Concl. GANSHOF van der MEERSCH; R.C.J.B. 1973, p. 431 et s., obs. HUBERLANT.

<sup>1355</sup> Res et jura immobilia, 1990, p. 131.

<sup>1356</sup> Jugé par exemple que le caractère d'utilité publique autorisant l'administration à exproprier un particulier de son bien pouvait se déduire de l'avantage qu'une entreprise privée est susceptible de procurer à la collectivité sociale; la loi d'expansion économique du 30 décembre 1970 autorise les personnes de droit public à recourir à l'expropriation pour créer des infrastructures d'accueil d'industries, d'artisanat ou de services (Civ. Charleroi, 10 mars 1988, J.L.M.B., 1989, p. 308 et s.). Jugé que la construction d'un bâtiment permettant de loger en tout ou en partie les services administratifs du Conseil d'Etat répond manifestement à la condition d'expropriation pour cause d'utilité publique (J.P. Bruxelles, 6 juin 1990, Mouvement communal, 1991, p. 71). Jugé qu'une opération de promotion immobilière réalisée par une filiale de la S.N.C.B. n'est pas incompatible avec l'utilité publique d'un projet (J.P. Saint-Gilles, 3 décembre 1993, Entr. et drt., 1996, p. 290 et s., obs. M.A. FLAMME). Jugé qu'était entaché de détournement de pouvoir l'expropriation réalisée par l'I.D.E.A. dans le but d'en rétrocéder les emprises à la S.A. Compagnie des ciments belges (Mons, 4 février 1998, J.T., 1998, p. 528, obs. A. DAL, L'extension de la notion d'utilité publique en matière d'expropriation).

<sup>1357</sup> Civ. Courtrai, 28 novembre 1991, R.W., 1992-1993, p. 98.

<sup>1358</sup> Cass., 23 juin 1978, Pas., 1978, I, p. 1212.

235. *Contrôle de l'appréciation des faits : les appréciations déraisonnables et l'erreur manifeste d'appréciation*

On trouve cependant des décisions qui paraissent aller au delà et ajouter un contrôle de l'appréciation des faits<sup>1359</sup>.

Il a été jugé que le contrôle marginal de l'utilité publique ne peut mesurer que les appréciations déraisonnables ou les erreurs manifestes d'appréciation, le surplus relevant de considérations subjectives et de choix du pouvoir politique qui doit trouver et respecter le juste équilibre entre le droit de propriété et l'intérêt général. Un rapport de proportionnalité doit être établi entre la mesure envisagée et la situation en cause<sup>1360</sup>.

Dans le litige qui avait trait à l'expropriation pour cause d'utilité publique de deux immeubles situés place Emile Dupont n° 9 et 10, à Liège, dont il apparut qu'ils recelaient des richesses archéologiques inattendues, il a été jugé que le but poursuivi était la mise en valeur d'un patrimoine exceptionnel, la garantie de sa conservation et le souci d'en permettre un accès au public; sans doute ce but pouvait-il être atteint par un autre moyen que l'appropriation définitive des lieux par les pouvoirs publics; cela ne signifiait toutefois pas qu'il y eût en l'espèce une disproportion entre l'expropriation envisagée et le but poursuivi, ni détournement de pouvoir ni erreur manifeste d'appréciation de l'expropriant<sup>1361</sup>.

Il convient d'ajouter que la Cour d'arbitrage n'est pas sans exercer un contrôle de l'utilité publique invoquée par une norme législative autorisant, dans une hypothèse précise, le recours à l'expropriation.

C'est ainsi que par un arrêt du 15 septembre 2004, la Cour d'arbitrage s'est prononcée sur la conformité aux articles 10, 11 et 16 de la Constitution, combinés avec les articles 86 et suivants du Traité instituant la Communauté européenne, de l'article 10, § 3, du décret de la Région wallonne du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, en ce qu'il dispose que, dans l'hypothèse où le gestionnaire de réseau est proposé par une commune propriétaire d'une partie du réseau sur son territoire ou par une commune enclavée, le Gouvernement peut autoriser la commune à procéder à ses frais à l'expropriation pour cause d'utilité publique du réseau de distribution situé sur son territoire et nécessaire à la réalisation de la mission du gestionnaire de réseau de distribution proposé par celle-ci.

La Cour a décidé que les objectifs de rationalisation de la gestion et de constitution de territoires homogènes, qui peuvent être considérés comme des objectifs d'intérêt général, ne peuvent être atteints, dans les territoires concernés, que par un changement de gestionnaire de réseau pour certaines parties de celui-ci. *"Ils constituent dès lors une cause d'utilité publique au sens des articles 16 de la Constitution et 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Ils justifient à suffisance la possibilité d'expropriation*

<sup>1359</sup> Voy. par exemple C.E., 8 novembre 1994, n° 50.085, Aménagement-environnement, 1995, p. 93, obs. B. PAQUES.

<sup>1360</sup> J.P. Charleroi, 7 juillet 2003, J.L.M.B., 2004, p. 1.550.

<sup>1361</sup> Civ. Liège, 15 juin 2004, J.L.M.B., 2004, p. 1.540.

*critiquée, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution. ( ... ) En outre, la mesure n'a pas d'effets disproportionnés pour les titulaires du droit de propriété ou d'usage sur le réseau exproprié, dès lors que la procédure d'expropriation garantit la possibilité d'exercer des recours, et d'obtenir le paiement d'une indemnité*<sup>1362</sup>.

## **B. La chose et son contraire : expropriation forcée et cession amiable**

### *236. L'enlèvement forcé versus cession amiable*

L'expropriation est l'enlèvement forcé du droit de propriété.

Il n'y a d'expropriation que "à défaut de convention entre les parties": c'est ce qui ressort de l'article 1er de la loi du 17 avril 1835 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. On retrouve une formule analogue à l'article 3 de la loi du 26 juillet 1962 relative aux expropriations pour cause d'utilité publique et aux concessions en vue de la construction des autoroutes : "A défaut d'accord entre les parties, l'expropriant dépose au greffe ...".

Il a été jugé que la cession amiable de certaines parcelles de terre, conclue entre des particuliers et l'intercommunale IGRETEC, à la condition expresse que celle-ci, autorisée par arrêté royal à exproprier, renonçât à acquérir certaines des parcelles de terres qui y étaient visées, n'empêchait pas que l'expropriation de ces dernières fût finalement poursuivie et décidée en vertu d'un arrêté de la Région wallonne<sup>1363</sup>.

Aussi surprenant que cela puisse paraître, c'est, et de loin, par cession amiable que les pouvoirs publics acquièrent le plus souvent les immeubles qu'ils jugent nécessaires à la réalisation des objectifs publics.

La cession amiable peut précéder mais aussi suivre la notification de l'arrêté décidant l'expropriation.

Dans une étude remarquablement documentée publiée en 1979<sup>1364</sup>, M. J.P. COPPEE citait la proportion de 95 % !

### *237. Les avantages de la cession amiable*

<sup>1362</sup> C.A., 15 septembre 2004, n° 147/2004, n° de rôle 2768 et 2769, B.5.6., Moniteur belge, 5 octobre 2004.

<sup>1363</sup> " ( ... ) l'expropriation pour cause d'utilité publique est un attribut des pouvoirs publics et leur est conféré en vue de leur permettre de réaliser, dans l'intérêt général, les missions en vue desquelles ils sont institués; que le pouvoir d'y recourir est hors commerce, d'ordre public et ne peut faire l'objet de conventions; que la partie adverse n'a pu être privée par un contrat conclu par l'intercommunale IGRETEC" (C.E., 20 novembre 1997, Tirtiaux et crts. c/ Région wallonne, n° 69.713).

<sup>1364</sup> L'expropriation, J.T., 1979, p. 106.



Une telle proportion, qui fait de l'expropriation forcée une opération marginale, peut s'expliquer par plusieurs facteurs.

Les particuliers, avertis de ce qu'en cas de refus d'accord de leur part, l'administration a le pouvoir de les assigner en expropriation forcée, et de les obliger à un procès aux résultats aléatoires, préféreront fréquemment accepter un arrangement.

Au surplus, en période de haute conjoncture, l'administration a les moyens d'offrir des prix particulièrement séduisants, et d' "*acheter*" en quelque sorte l'accord du propriétaire avec le bien...

Le législateur a facilité la cession amiable : il a précisé, à l'article 9 de la loi du 27 mai 1870 portant simplification des formalités administratives en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, que les contrats de cession amiable, les quittances et autres actes relatifs à l'acquisition des immeubles, pourront être passés sans frais, à l'intervention du gouverneur agissant au nom de l'Etat ou de la province, soit du bourgmestre agissant au nom de la commune.

Cette règle se trouve reproduite à l'article 79, § 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, modifié par la loi spéciale du 16 juillet 1993. La compétence de passer les contrats de cession amiable, quittances et autres actes relatifs à l'acquisition des immeubles y est attribuée au membre du Gouvernement communautaire ou régional délégué à cette fin.

#### 238. *Le régime juridique de la cession amiable*

On doit souligner que le régime juridique de la cession amiable diffère sensiblement de celui de l'expropriation forcée.

1) Alors que l'expropriation est un acte administratif unilatéral, soumis aux conditions générales de légalité externe et interne des actes administratifs<sup>1365</sup>, la cession amiable est un contrat de vente portant sur un immeuble. Elle est régie par les règles du Code civil et par les lois qui le complètent<sup>1366</sup>.

2) L'expropriation par décision de justice a un effet extinctif des droits réels portant sur l'immeuble qui en est l'objet<sup>1367</sup>; la cession amiable, par contre, fait entrer le bien dans le patrimoine de l'administration avec les charges réelles dont il peut être grevé<sup>1368</sup>.

<sup>1365</sup> Compétence, formalités et formes, objet, motifs et but.

<sup>1366</sup> Cass., 17 octobre 1969, Pas., 1970, I, p. 153; 3 juin 1971, Pas., 1971, I, 935.

<sup>1367</sup> Selon l'article 21 de la loi du 17 avril 1835 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, les actions en résolution, en revendication ou toutes autres actions réelles ne pourront arrêter l'expropriation ni en empêcher l'effet. Le droit des réclamants sera transporté sur le prix, et l'immeuble en demeurera affranchi. On retrouve la formule à l'article 18, 1° de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême d'urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique; l'article 18, 2°, précise que le créancier dont la dette est garantie par une hypothèque inscrite sur un immeuble exproprié, ne peut pour la seule cause de morcellement de son hypothèque ou de la division de son capital exiger le remboursement du surplus de sa créance.

<sup>1368</sup> Cass., 21 janvier 1960, Pas., 1960, I, p. 576.

3) La cession amiable oblige l'administration au paiement d'un prix de vente; ce prix correspond dans son chef à une dette de somme, qui tombe sous le coup de l'article 1895 du Code civil. L'indemnité d'expropriation correspond à une dette de valeur; ceci a entre autres conséquences qu'il appartient notamment à l'exproprié de réclamer une indemnité pour dépréciation de la monnaie entre la date du jugement déclaratif et celle du jugement fixant le montant de l'indemnité<sup>1369</sup>.

4) L'obligation d'appeler à la cause les tiers intéressés, titulaires d'un droit réel ou personnel sur l'immeuble, est imposée uniquement au propriétaire exproprié; la Cour de cassation a confirmé que cette obligation n'est pas applicable en cas de cession amiable<sup>1370</sup>.

### C. Rôle des comités d'acquisition.

#### 239. *Activité et fonctionnement*

Un arrêté royal du 3 novembre 1960 régit l'activité et le fonctionnement des comités d'acquisition d'immeubles pour compte de l'Etat, des organismes d'Etat et des organismes dans lesquels l'Etat a un intérêt prépondérant<sup>1371</sup>.

Ces comités font partie de l'administration de l'enregistrement et des domaines.

Ils sont placés sous la surveillance du ministre des Finances.

Ils ont seuls, compétence pour procéder à toutes les acquisitions d'immeubles pour compte de l'Etat.

Ils exercent les poursuites et dirigent les procédures d'expropriation au nom du ministre intéressé.

Les comités d'acquisition sont également chargés de procéder aux acquisitions d'immeubles pour compte d'organismes publics jouissant de la personnalité civile, dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'un organisme placé sous la surveillance et l'autorité de l'Etat leur en donne mandat.

Lorsque la loi ne les charge pas de poursuivre les expropriations, ils peuvent néanmoins être requis par ces organismes de les assister dans les procédures.

Les comités d'acquisition sont chargés d'exercer toutes les attributions conférées par la loi à l'administration de l'enregistrement et des domaines ou à ses fonctionnaires en matière d'acquisitions et d'expropriations d'immeubles pour compte d'organismes publics jouissant de la personnalité civile.

---

<sup>1369</sup> Voy. Obs. F. MAUSSON, obs. sous Cass., 20 septembre 1979, R.C.J.B., 1982, p. 100 et s.

<sup>1370</sup> Voy. J.P. COPPEE, o.c., J.T., 1979, p. 98 et Cass., 3 juin 1971, J.T., 1972, p. 112.

<sup>1371</sup> Voy. le rapport au Roi et l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, Moniteur belge, 18 novembre 1960.

Un protocole d'accord a été signé le 5 mars 1985 entre le Gouvernement national et l'Exécutif flamand, l'Exécutif de la Communauté française, l'Exécutif régional wallon et l'Exécutif de la Communauté germanophone concernant les comités d'acquisition d'immeubles et les bureaux des domaines de l'Etat.

Aux termes de ce protocole, le Gouvernement s'engageait à déposer dans les meilleurs délais un projet de loi tendant à autoriser les fonctionnaires de l'administration de la T.V.A., de l'enregistrement et des domaines à effectuer, au nom et pour compte des Communautés, Régions et organismes d'intérêt public qui en dépendent, toutes les opérations à caractère immobilier et domanial qu'ils réalisent pour compte de l'Etat.

Une loi du 18 décembre 1986 a été faite en ce sens<sup>1372</sup>.

Les Communautés ont adopté ensuite des décrets et ordonnances de même portée<sup>1373</sup>.

#### D. La procédure ordinaire d'expropriation pour cause d'utilité publique

##### 240. *Présentation générale*

Cette procédure est régie par la loi du 17 avril 1835 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique et par la loi du 27 mai 1870 portant simplification des formalités administratives en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

La procédure ordinaire d'expropriation comporte deux phases : une phase administrative et une phase judiciaire.

En pratique, la procédure d'extrême urgence, telle qu'organisée par la loi du 26 juillet 1962, a en quelque sorte "*détrôné*" la procédure ordinaire d'expropriation; la lenteur de cette procédure ordinaire explique cette espèce de dérégulation<sup>1374</sup>.

Toutefois, l'administration n'est pas invariablement en mesure d'invoquer l'extrême urgence; elle est soumise quant à cela comme quant aux autres éléments de sa décision, au contrôle de légalité du juge judiciaire et du Conseil d'Etat; il arrive qu'elle soit contrainte de reprendre la procédure ordinaire, telle qu'organisée par les lois du XIX<sup>e</sup> siècle.

<sup>1372</sup> Moniteur belge, 24 février 1987.

<sup>1373</sup> Décret du Conseil flamand du 23 décembre 1986, Moniteur belge, 3 mars 1987; décret de la Communauté germanophone du 9 juin 1987, Moniteur belge, 18 décembre 1987; décret de la Communauté française du 17 juillet 1987, Moniteur belge, 3 septembre 1987; décret de la Région wallonne du 23 juillet 1987, Moniteur belge, 30 septembre 1987; ordonnance bruxelloise du 19 juillet 1990, Moniteur belge, 10 octobre 1990.

<sup>1374</sup> "*Malgré le maintien en vigueur de la procédure que régle la loi de 1835, il est à présumer que la procédure d'extrême urgence deviendra la procédure habituelle en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Déjà, au Sénat, 12 juillet 1962, le sénateur HAMBYE constatait qu'elle était en pratique la règle quasi universelle et que la procédure de la loi du 17 avril 1835 était pratiquement tombée en désuétude*" (GANSBLOF van der MEERSCH, concl. pre. Cass., 13 mai 1965, Pas., 1965, I, 979).

C'est ainsi que le tribunal de Namur a déclaré, le 10 mai 1999, que *"la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique a été pensée par le législateur et doit être considérée comme une procédure exceptionnelle qui relève de l'ordre public et dans laquelle le juge "doit se rappeler qu'il a pour mission de concilier les prérogatives de la puissance publique" avec un droit constitutionnellement partagé, à savoir le droit de propriété". "Le juge de paix doit donc vérifier si l'autorité n'a pas commis d'excès ou de détournement de pouvoir en méconnaissant la notion juridique d'extrême urgence".* Lorsque l'autorité expropriante a, sans motifs valables, laissé s'écouler un long délai depuis les événements qui sont invoqués pour justifier l'expropriation, la demande d'expropriation en extrême urgence n'est pas fondée<sup>1375</sup>.

On lit cependant, dans un arrêt prononcé par le Conseil d'Etat sur demande de suspension, que la procédure d'extrême urgence organisée par la loi du 26 juillet 1962 est devenue, en pratique, la procédure ordinaire d'expropriation, l'administration n'ayant plus recours aux autres procédures; il en résulte que le recours à la procédure d'extrême urgence ne doit plus faire l'objet de justification circonstanciée<sup>1376</sup>.

Un arrêt prononcé le même 23 février 1999 déclare que la procédure d'extrême urgence peut être justifiée par des considérations de coût, de lutte contre la spéculation foncière et de perte de matières fiscales due à l'état d'abandon de plusieurs immeubles, ajoutant que *"la procédure d'expropriation d'extrême urgence établie par la loi du 26 juillet 1962 est, en pratique, devenue la procédure usuelle d'expropriation, les autres procédures prévues par les lois antérieures n'étant plus jamais appliquées; qu'il s'ensuit que l'on ne peut raisonnablement encore exiger des autorités publiques une justification circonstanciée du recours à la procédure qui est devenue le droit commun"*<sup>1377</sup>.

Un arrêt prononcé par la Cour d'arbitrage le 18 septembre 2002 s'inscrit dans la même perspective : on y lit que *"la procédure d'extrême urgence organisée par la loi du 26 juillet 1962 est devenue la seule procédure appliquée par toute autorité expropriante"*<sup>1378</sup>.

#### 241. La phase administrative

Pour qu'une autorisation d'exproprier soit délivrée, une enquête doit être préalablement organisée<sup>1379</sup>.

L'enquête s'ouvre sur un projet comprenant le tracé des travaux et le plan parcellaire, ainsi que le nom des propriétaires concernés<sup>1380</sup>.

<sup>1375</sup> Civ. Namur, 10 mai 1999, J.T., 1999, p. 559.

<sup>1376</sup> C.E., 23 février 1999, Devriese c/ Commission communautaire française, n° 78.919.

<sup>1377</sup> C.E., 23 février 1999, De Cree c/ Région de Bruxelles-Capitale et Commune d'Ixelles, n° 78.918, Aménagement-Environnement, 1999, p. 212 et s., obs. M. PAQUES.

<sup>1378</sup> C.A., 18 septembre 2002, n° 131/2002, n° de rôle 2213, Moniteur belge, 19 novembre 2002.

<sup>1379</sup> Art. 1er de la loi du 27 mai 1870 portant simplification des formalités administratives en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

<sup>1380</sup> Art. 2 de la loi du 27 mai 1870.

Ce projet est déposé pendant 15 jours dans les maisons communales des communes en cause, pour consultation.

En outre, les propriétaires des immeubles compris dans le périmètre des terrains à exproprier doivent être avertis par écrit individuellement et à domicile du dépôt du projet. L'annonce de ce dépôt sera en outre affichée et publiée dans la forme usitée pour les publications officielles.

Il sera justifié de l'accomplissement de ces formalités par un certificat du collège des bourgmestre et échevins.

Le législateur a pris la précaution d'affirmer que ces formalités étaient prescrites à peine de nullité. Toutefois, le défaut d'avertissement n'entraînera la nullité qu'à l'égard des propriétaires non avertis<sup>1381</sup>.

L'autorisation d'exproprier peut alors être délivrée.

#### 242. *La phase judiciaire*

Très caractéristique de la procédure ordinaire d'expropriation, la phase judiciaire, telle qu'organisée par la loi du 17 avril 1835, témoigne des précautions prises par le législateur en la circonstance.

Cette loi fait apparaître que le pouvoir de décider le transfert forcé de propriété est confié aux juges judiciaires; il faut y voir une application de l'article 144 de la Constitution : la contestation qui est à la base de l'expropriation porte sur le droit de propriété, généralement cité comme l'exemple-type du droit de nature civile.

La procédure ordinaire se développe devant le juge judiciaire en plusieurs temps : dans un premier temps, le juge est amené à se prononcer sur la validité de l'arrêté d'expropriation et à prononcer ou non le jugement déclaratif qui opérera transfert de propriété.

Dans un second temps, qui peut être fortement retardé par rapport au moment du jugement déclaratif, le juge se prononce sur le montant de l'indemnité.

#### 243. *Le jugement déclaratif*

L'arrêté et le plan indicatif des travaux et des parcelles à exproprier, ainsi que les pièces de l'instruction administrative, seront déposés au greffe du tribunal de 1ère instance de la situation des biens, où les parties pourront en prendre communication, sans frais, jusqu'au règlement définitif de l'indemnité<sup>1382</sup>.

L'autorité expropriante informe de ce dépôt les propriétaires et usufruitiers concernés et les assigne en vue de voir procéder au règlement des indemnités et ordonner l'envoi en possession.

---

<sup>1381</sup> Art. 3 de la loi du 27 mai 1870.

<sup>1382</sup> Loi du 17 avril 1835 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 1er.

Au terme du délai d'assignation de 15 jours, le tribunal juge si toutes les formalités prescrites ont été remplies, si l'action a été régulièrement intentée.

Si le tribunal décide que l'action n'a pas été régulièrement intentée, que les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées, ou bien que le plan des travaux n'est pas applicable à la propriété dont l'expropriation est poursuivie, il déclare qu'il n'y a pas lieu de procéder ultérieurement<sup>1383</sup>.

L'appel de ce jugement, comme de celui qui a décidé de passer outre au règlement de l'indemnité, sera interjeté dans les 15 jours de sa prononciation<sup>1384</sup>.

Le jugement déclaratif favorable à l'administration expropriante a cette conséquence essentielle d'opérer transfert de propriété.

Toutefois, compte tenu de la règle inscrite à l'article 16 de la Constitution, qui subordonne l'expropriation au versement d'une indemnité juste et préalable, ce transfert ne se réalise que sur le plan du droit seul. Jusqu'au paiement, le propriétaire exproprié dispose d'un droit de rétention : en pratique, il conserve la possession de son bien.

#### 244. *Le jugement fixant l'indemnité*

Lorsqu'il a été jugé que les formes prévues par la loi ont été observées, et qu'il n'a pas été produit de documents propres à déterminer le montant de l'indemnité, le juge devra organiser l'expertise nécessaire à son évaluation.

Dans le cas où il y aurait des tiers intéressés à titre de bail, d'antichrèse, d'usage ou d'habitation, le propriétaire sera tenu de les appeler avant la fixation de l'indemnité, pour concourir, s'ils le trouvent bon, en ce qui les concerne, aux opérations des évaluations, sinon il restera seul chargé, envers eux, des indemnités que ces derniers pourraient réclamer. Les indemnités des tiers intéressés, ainsi appelés ou intervenants, seront réglées en la même forme que celles dues aux propriétaires<sup>1385</sup>.

A cette fin, il déclarera, dans le même jugement, qu'il sera procédé, dans le plus bref délai, à la visite et à l'évaluation des terrains ou édifices par trois experts qui seront désignés sur le champ et de commun accord par les parties, sinon nommés d'office. Il commettra un des juges qui se rendra avec eux sur les lieux au jour, heure et lieu qui seront indiqués par le même jugement<sup>1386</sup>.

L'expertise est organisée avec minutie par les articles 9, 9bis et 9 ter de la loi du 17 avril 1835, qui en assure le caractère contradictoire.

La cause doit être appelée à l'audience 15 jours francs après le dépôt du rapport d'expertise.

<sup>1383</sup> Loi du 17 avril 1835, art. 2 à 5.

<sup>1384</sup> Loi du 17 avril 1835, art. 6.

<sup>1385</sup> Loi du 17 avril 1835, art. 19.

<sup>1386</sup> Loi du 17 avril 1835, art. 7.

Les parties seront entendues, le ministère public donnera son avis au plus tard dans les 8 jours et le jugement qui détermine l'indemnité sera prononcé dans le huitaine qui suivra.

Disposition lourde de conséquence, le législateur a défendu que le jugement fixant l'indemnité, préalable à la prise de possession du bien, intervînt avant qu'il eût été statué sur l'appel du jugement qui aura décidé de passer outre au règlement de l'indemnité<sup>1387</sup>.

Cette défense est source d'une lenteur considérable.

#### 245. *L'envoi en possession*

En vertu du jugement qui a fixé l'indemnité, le montant de l'indemnité adjugée sera déposé à la caisse des consignations.

Sur le vu de la signification du certificat de dépôt, l'administration sera envoyée en possession, par ordonnance du président du tribunal rendue sur requête. Cette ordonnance sera exécutoire provisoirement, nonobstant opposition, appel et sans caution.

Par ce système, qui réalise en quelque sorte un paiement indirect, le législateur entend contourner l'obstination éventuelle d'un exproprié, et éviter que celui-ci ne puisse bloquer la procédure à son stade ultime en refusant de recevoir l'indemnité.

Au vu du jugement et du certificat constatant que l'immeuble exproprié est libre d'hypothèques, le préposé à la caisse des consignations sera tenu de remettre aux ayants droits le montant de l'indemnité adjugée, s'il n'existe aucune saisie-arrêt ou opposition sur les deniers consignés.

A défaut de produire ce certificat ou de rapporter mainlevée des saisies-arrêts ou oppositions, le préposé à la caisse des consignations ne pourra vider ses mains que sur ordonnance de justice. Il en sera de même dans les cas où les droits du propriétaire et de l'usufruitier ne se trouveraient pas réglés par le jugement qui a ordonné la consignation.

Le créancier qui, par le résultat d'un ordre ouvert pour la distribution de l'indemnité n'obtiendrait pas collocation utile pour la totalité de sa créance, ne pourra, pour cause de morcellement de son hypothèque, ou de la division de son capital, exiger le remboursement du surplus de sa créance, si elle n'est d'ailleurs exigible en vertu de son titre, ou pour tout autre motif<sup>1388</sup>.

### **E. La procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique**

#### 246. *Présentation générale*

<sup>1387</sup> Loi du 17 avril 1835, art. 11, al. 3.

<sup>1388</sup> Loi du 17 avril 1835, art. 22.

Segment de la loi du 26 juillet 1962 relative aux expropriations pour cause d'utilité publique et aux concessions en vue de la construction des autoroutes, la loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique permet, en mettant les choses au plus court, de réaliser celle-ci en une quarantaine de jours.

Au demeurant, la procédure d'extrême urgence n'est nullement incompatible avec la cession amiable : c'est ce qui ressort clairement de l'article 3 de la loi du 26 juillet 1962 : la procédure d'extrême urgence n'y est envisagée qu' « à défaut d'accord entre les parties »<sup>1389</sup>.

#### 247. *La phase administrative*

Dans la procédure d'extrême urgence, la phase administrative est réduite à l'élaboration de l'arrêté décidant que la prise de possession immédiate d'un immeuble est indispensable pour cause d'utilité publique<sup>1390</sup>.

Cette procédure ne comporte pas d'enquête administrative<sup>1391</sup>.

Toutefois, lorsqu'un plan d'expropriation et un plan d'aménagement sont établis en même temps, ils doivent être soumis l'un et l'autre aux formalités prévues pour le plan d'aménagement; les propriétaires des biens situés dans le périmètre des parcelles à exproprier doivent en outre être avisés personnellement par écrit et à leur domicile de ce que le plan peut être consulté, dans le cadre de l'enquête publique, à la maison communale, pendant un délai de 30 jours dont le début et la fin sont indiqués<sup>1392</sup>.

De même, lorsqu'une expropriation est décidée en application de la loi du 30 décembre 1970 sur l'expansion économique, elle doit être précédée d'une enquête publique; en effet, si l'article 30, § 2, c), de cette loi dispose que, en cas d'expropriation, il est procédé conformément aux dispositions de la loi du 26 juillet

<sup>1389</sup> J.P. COPPEE, Les règles spéciales de la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, R.R.D., 1985, p. 19.

<sup>1390</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 1er.

<sup>1391</sup> Voy. notamment J.P. COPPEE, o.c., J.T., 1979, p. 100. La Cour de cassation a décidé que "cette loi (du 26 juillet 1962) réglant tous les stades de la procédure d'expropriation, il n'y a pas lieu de remplir, lorsqu'elle est applicable, la formalité administrative de droit commun relative à l'enquête publique antérieure à l'arrêté autorisant l'expropriation prescrite par les articles 3 à 6 de la loi du 27 mai 1870" (Cass., 22 mars 1991, Pas., 1991, I, p. 689; 21 septembre 1992, R.W., 1992, p. 581; Larcier cassation, 1992, p. 212). Il a été soutenu cependant que cette interprétation serait à nuancer au vu d'un jugement du tribunal de première instance de Namur du 7 mai 1996 suivant lequel les formalités prévues par les lois spéciales d'habilitation, même si elles ont été identifiées par renvoi à la loi du 17 juillet 1835, doivent être respectées malgré le recours ultérieur à la loi du 26 juillet 1962 (B. PAQUES, L'expropriation pour cause d'utilité publique, Larcier, 2001, n° 81). Nous ne partageons pas cette interprétation, mais, suivant la position de la Cour de cassation, nous pensons que la loi du 26 juillet 1962 doit être traitée comme une loi particulière qui déroge aux lois antérieures sur l'expropriation d'utilité publique : ne comportant aucune exigence en matière d'enquête préalable, elle permet, nous paraît-il, à l'autorité compétente de décider d'une expropriation sans se plier à cette formalité préalable.

<sup>1392</sup> C.E., 30 juin 1993, Van Cauwenberghe et crts c/ Région flamande, n° 43.561, V.A.R.S.



1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, le § 1er, alinéa 3, du même article prévoit que l'arrêté royal sera précédé d'une enquête publique d'une durée de quinze jours, faite par les soins de l'expropriant, qui devra également adresser un avertissement à chacune des personnes propriétaires, selon les indications du cadastre, des immeubles compris dans les terrains visés<sup>1393</sup>.

Il est erroné d'écrire, en tout cas aujourd'hui, que le pouvoir exécutif constate "*souverainement*" la nécessité et l'extrême urgence d'une mesure d'expropriation, ce qui donnerait à penser que cette constatation échappe à tout contrôle juridictionnel<sup>1394</sup> : un arrêt remarqué de la Cour de cassation affirme que les Cours et tribunaux ont le devoir et le pouvoir de contrôler tant la légalité externe que la légalité interne des arrêtés d'expropriations<sup>1395</sup>; la jurisprudence est en ce sens que l'autorité doit justifier l'extrême urgence si elle décide de recourir à la procédure organisée par la loi du 26 juillet 1962<sup>1396</sup>, même si cette exigence est en voie d'atténuation<sup>1397</sup>.

Cette justification doit se faire dans chaque cas : un arrêté royal ne pourrait conférer à un organisme public le pouvoir d'exproprier par application systématique et non motivée de la procédure d'extrême urgence<sup>1398</sup>.

Même dans la procédure d'extrême urgence, l'arrêté d'expropriation et la requête introductive d'instance peuvent être séparés par un long délai; la Cour de cassation a eu égard notamment à la nécessité de procéder à des expropriations successives en vue d'un même objet, à la difficulté de parvenir à un accord amiable et aux problèmes de crédits<sup>1399</sup>.

On rangera au rang des curiosités juridiques la décision du juge de Paix de Saint-Gilles du 9 janvier 2004, qui accueille l'action en expropriation introduite par le propriétaire de l'immeuble exproprié - en l'espèce la République islamique d'Iran - à l'encontre de la Région de Bruxelles-Capitale et de la S.A. concessionnaire, la Société d'aménagement urbain de quartier la Gare du Midi.

<sup>1393</sup> Pour une application, voy. J. P. de Wavre, 4 décembre 2003, J.T., 2004, p. 185 et 186; Rev. du notariat, n° 2974, p. 208

<sup>1394</sup> Voy. par exemple en ce sens : Cass., 23 juin 1978, Pas., 1978, I, p. 1212; J.P. 2ème canton de Bruxelles, Res et jura immobilia 1990, p. 131.

<sup>1395</sup> Cass. 3 mars 1972, R.C.J.B., 1973, p. 431 et s., obs. HUBERLANT.

<sup>1396</sup> Voy. notamment Cass., 7 octobre 1977, Pas., 1978, I, p. 162 et s.; 30 avril 1981, Pas., 1981, I, p. 998 et s.; Trib. Bruges, 6 mai 1994, R.W., 1994, p. 579, 580; C.E., 28 janvier 1993, Van Nespén c/ Région flamande, n° 41.810, V.A.R.S.; R.W., 1993-1994, p. 49 et s., obs. I. OPDEBEEK; 30 juin 1993, De Bouck et autres c/ Région flamande, n° 43.560, V.A.R.S.; 8 février 1994, Taveirne c/ Région flamande, n° 46.051, V.A.R.S.; 14 septembre 1994, S.A. Carrières unies de porphyre c/ Région wallonne, n° 49.053, A.P.M., 1994, p. 172; 17 mars 1995, Adam c/ Ville de Beaumont, n° 52.288, A.P.M., 1995, p. 72; cass. 22 janvier 1998, Bull. cass., 1998, p. 120; C.E., 14 juin 2007, Nothomb c/Région wallonne, n° 172.294.

<sup>1397</sup> Voy. Supra.

<sup>1398</sup> Ainsi jugé à propos de l'arrêté royal du 12 octobre 1987 portant approbation de la modification des statuts de la Société de développement régional pour l'arrondissement de Bruxelles-Capitale (C.E., 23 mars 1993, De Backer c/ Région de Bruxelles-Capitale, n° 42.388, U.G.A.).

<sup>1399</sup> Cass., 7 octobre 1977, Pas., 1978, I, p. 162.

Le juge de paix devait constater que, par un arrêté du 18 juillet 1996, la Région de Bruxelles-Capitale expropriante avait décidé que la prise de possession immédiate de l'immeuble était indispensable pour cause d'utilité publique et qu'il y avait lieu d'appliquer la loi du 26 juillet 1962, alors qu'elle n'avait ni introduit l'action judiciaire ni offert un prix de reprise.

La République islamique d'Iran, se substituant à la Région de Bruxelles-Capitale, poursuivait elle-même l'exécution de l'arrêté du 18 juillet 1996.

Contre toute attente, et en paraissant ignorer aussi allégrement tant les dispositions législatives, cependant claires, qui réservent à l'expropriant l'initiative de l'action judiciaire, que la spécificité de l'action en expropriation, distincte de l'action en réparation d'un dommage, le Juge de Paix a accueilli la demande, déclaré l'expropriation, et fixé le montant de l'indemnité provisionnelle<sup>1400</sup> ...

On ne s'étonnera pas qu'appel ait été interjeté de ce jugement.

Non que la recevabilité de celui-ci fût évidente, puisque l'appel principal était interjeté par la Région de Bruxelles-Capitale, expropriante, ainsi que par la S.A. Société d'aménagement urbain du quartier de la gare du Midi, à l'encontre d'un jugement décidant l'expropriation, alors que la loi du 26 juillet 1962 ne prévoit l'appel que du seul expropriant débouté.

Constatant qu'il était saisie d'une hypothèse non réglée par la loi, le tribunal de première instance de Bruxelles statuant en appel n'en décida pas moins que l'appel principal était recevable, par application du Code judiciaire, dont on sait qu'il est, selon son article 2, le droit commun de la procédure, et de ses articles 616 et 1050, qui érigent en règle générale le droit d'interjeter appel.

Insensible, peut-on croire, au style élégiaque du jugement attaqué, le tribunal de Bruxelles a déclaré qu'il appartenait au propriétaire lésé par un plan d'expropriation non suivi d'effet de choisir un autre terrain que celui de l'action en expropriation pour faire valoir ses prétentions. Il affirma que le premier juge aurait dû déclarer la requête irrecevable, d'autant plus que la S.A. Société d'aménagement urbain du quartier de la gare du Midi n'était pas une autorité expropriante, en sorte qu'il y avait là un second motif d'irrecevabilité. Il mit à néant le jugement entrepris.

Pour le surplus, il se refusa à accueillir l'appel incident, l'estimant recevable mais non fondé en ce qu'il n'y avait pas lieu à révision du montant provisionnel accordé

<sup>1400</sup> Dans les motifs de ce jugement singulier, on peut lire, notamment, que "*l'arrêté de l'expropriation susdit additionné de l'inaction administrative depuis plus de sept années paralyse en fait depuis 1996 toute mutation immobilière, toute rénovation et donc aussi toute rentabilisation, eu égard à la loi du 20 février 1991 et du code bruxellois du logement, décrété par ce même gouvernement, et met ainsi en oeuvre une dévaluation avérée de l'immeuble et, partant, une procédure innommée d'expropriation sans compensation préalable ( ... ) ; qu'en introduisant la présente action en expropriation à la place de l'administration, le requérant ne fait donc rien d'autre que se désaltérer à la rosée du premier matin du droit, gardé par le suffrage des citoyens; que, lorsque l'administration trahit la mission constitutive de sa raison d'être, il n'y a donc aucun inconvénient juridique à ce que le citoyen, dont les droits subjectifs sont concernés par l'acte administratif individuel, exerce lui-même la faculté que l'administration, qui représente ce citoyen, néglige d'exercer (patere legem quam ipse fecisti), faculté dont le caractère exclusif n'est au reste pas avéré"* (C.D.P.K., 2004, p. 112 et s., Obs. D. De ROY).

par le juge de paix, puisque celui-ci n'eût pas dû recevoir la demande, pas plus qu'il n'y avait lieu à annulation de l'arrêté d'expropriation<sup>1401</sup>.

Comme tout acte administratif unilatéral de portée individuelle, l'arrêté d'expropriation doit être motivé de façon adéquate, la décision doit comporter des indications quant à ses motifs de fait et de droit : telle est la règle imposée par la loi du 29 juillet 1991, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1992.

*"La motivation d'un arrêté d'expropriation doit énoncer les motifs pour lesquels l'expropriation s'avère nécessaire, ce qui implique qu'elle doit être fondée sur des faits réels, qu'un rapport raisonnable entre l'expropriation envisagée et le but visé doit pouvoir s'en déduire et que, suivant le cas, il doit en apparaître que les options politiques prises ont été évaluées"*<sup>1402</sup>.

Les autorités concernées veillent au respect de cette exigence, particulièrement sur le plan de la justification de l'extrême urgence. Ainsi, l'arrêté royal du 31 mars 1995 déclarant d'utilité publique la prise de possession immédiate de certaines parcelles situées sur le territoire de la commune de Hannut comporte notamment les motifs suivants : *"Vu que le projet TGV répond à la croissance de mobilité actuelle et attendue et forme un maillon important dans le réseau européen à grande vitesse". "Considérant que, en ce qui concerne la ligne à grande vitesse Bruxelles-frontière allemande, le gouvernement fédéral a opté le 26 janvier 1990 pour un tracé entre Louvain et Liège accolé à l'autoroute E 40; Considérant que le Gouvernement wallon a décidé le 8 septembre 1991 de modifier les plans de secteur concernés afin d'y inclure le tracé à grande vitesse; Considérant que la prise de possession des parcelles indiquées au plan (...) situées sur le territoire de la commune de Hannut est nécessaire en vue de la réalisation des travaux annexes indispensable à la mise en service de la ligne à grande vitesse (...)"*<sup>1403</sup>.

#### 248. La phase judiciaire

Les dispositions de la loi du 26 juillet 1962 permettent de distinguer plusieurs stades dans la phase judiciaire : le jugement déclaratif et la fixation de l'indemnité provisionnelle, l'entrée en possession, l'évaluation raisonnée et la fixation des indemnités provisoires, l'éventuelle action en révision. La conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution de la différence de traitement entre l'expropriant et l'exproprié quant aux voies de recours a été examinée par la Cour d'arbitrage.

#### 249. Le jugement déclaratif et la fixation de l'indemnité provisionnelle

Le transfert de propriété et l'entrée en possession du bien exproprié peuvent intervenir dès ce premier stade. C'est ce raccourci qui fait ressortir le plus manifestement la rapidité de la procédure d'extrême urgence.

L'autorité expropriante dépose au greffe de la justice de paix de la situation des biens, outre l'arrêté autorisant l'expropriation, le plan des parcelles à exproprier,

<sup>1401</sup> Civ. Bruxelles, 20 février 2004, Res jur. imm., 2005, p. 207 et s.

<sup>1402</sup> Cass., 3 février 2000, Bull. cass., 2000, p. 285; Amén., 2001/4, p. 324 et s., Obs. B. PAQUES.

<sup>1403</sup> Moniteur belge, 21 septembre 1995.

ainsi qu'une requête tendant à voir fixer par le juge les jours et heures auxquels l'expropriant, les propriétaires et usufruitiers desdites parcelles sont cités à comparaître, devant le juge, sur les lieux à exproprier<sup>1404</sup>.

L'arrêté [royal] et le plan restent déposés au greffe où les intéressés peuvent en prendre gratuitement connaissance jusqu'au règlement de l'indemnité provisoire<sup>1405</sup>.

Dans la huitaine du dépôt de la requête, le juge fixe, par voie d'ordonnance le jour et heure de cette comparution : celle-ci a lieu au plus tard le 21<sup>ème</sup> jour qui suit le dépôt<sup>1406</sup>. Par la même ordonnance, le juge commet un expert chargé de dresser l'état descriptif des immeubles et d'évaluer ceux-ci<sup>1407</sup>.

Huit jours au moins avant celui fixé pour la comparution<sup>1408</sup>, l'expropriant cite, par exploit d'huissier, les propriétaires et usufruitiers<sup>1409</sup> à être présents sur les lieux aux jours et heures fixés par le juge et à assister à l'établissement de l'état descriptif des lieux.

La citation porte en tête copie de : 1° l'arrêté décrétant l'expropriation; 2° la requête déposée par l'expropriant; 3° l'ordonnance du juge<sup>1410</sup>.

Elle mentionne l'offre faite par l'expropriant au cité pour l'acquisition de l'immeuble<sup>1411</sup>.

---

<sup>1404</sup> La requête ne doit pas nécessairement être introduite par un avocat; les règles spéciales de procédure instaurées par la loi du 26 juillet 1962 n'ont pas été abrogées par le Code judiciaire; voy. en ce sens J.P. COPPEE, Les règles spéciales de la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, R.R.D., 1985, p. 19, avec les références citées..

<sup>1405</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 3.

<sup>1406</sup> Le délai pour la comparution sur les lieux n'est pas prescrit à peine de nullité (J.P., Bruxelles, 6 juin 1990, Mouvement communal, 1991, p. 71).

<sup>1407</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 4.

<sup>1408</sup> Faisant une intéressante application des articles 2 et 710 du Code judiciaire à la procédure de l'expropriation en extrême urgence, la Cour de cassation a déclaré, le 15 janvier 1998, que "*nonobstant le fait que cette loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique ne prévoit elle-même aucune nullité au cas où ce délai de citation n'est pas respecté, l'application de cette loi est compatible avec celle de la sanction de nullité générale en cas de non-respect du délai de citation, telle qu'elle est prévue par l'article 710 du Code judiciaire*". En conséquence, elle a cassé l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui décidait que cette sanction de nullité n'était pas applicable en cas de violation du délai de citation visé à l'article 5 de la loi du 26 juillet 1962 (Cass. 15 janvier 1998, Bull. cass., 1998, p. 78).

<sup>1409</sup> Il est de doctrine et de jurisprudence constantes qu'en raison du caractère réel de l'action en expropriation, celle-ci est valablement poursuivie contre celui que l'enquête administrative ou les indications cadastrales renseignent comme tel, au moment de la citation (J.P. COPPEE, Les règles spéciales de la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, R.R.D., 1985, p. 20).

<sup>1410</sup> Selon M. P. OLIVIERS, Juge de Paix du 4<sup>ème</sup> canton de Bruxelles, une erreur matérielle à ce stade de la procédure pourrait être rectifiée et il serait même possible de suppléer ultérieurement au défaut de signification de l'arrêté d'expropriation, de la requête et de l'ordonnance si les intérêts des parties n'avaient pas été lésés (La procédure devant le juge de Paix, in L'expropriation pour cause d'utilité publique, Bruxelles, La Chartre, 1993, p. 169).

L'expert, commis par le juge, est convoqué par celui-ci à être présent lors de la comparution des parties<sup>1412</sup>.

Dès la réception de la citation, le cité est tenu d'informer<sup>1413</sup> les tiers intéressés à titre de bail, d'antichrèse, d'usage ou d'habitation, de l'expropriation poursuivie, ainsi que des jour, heure et lieu de la comparution devant le juge et de l'établissement de l'état descriptif des lieux<sup>1414</sup>. Toute négligence à ce sujet est lourdement sanctionnée<sup>1415</sup>.

Par un arrêt prononcé le 11 février 1998, la Cour d'arbitrage a affirmé que le traitement distinct des propriétaires et usufruitiers, d'une part, et des tiers intéressés, d'autre part, repose sur la constatation que l'expropriant peut s'enquérir de l'identité des propriétaires et usufruitiers du bien à exproprier mais qu'il ne connaît pas nécessairement les conventions relatives au bien à exproprier que le propriétaire ou l'usufruitier ont conclues avec des tiers, lesquels peuvent dès lors faire valoir eux aussi un intérêt lors de l'expropriation. Ce critère est objectif<sup>1416</sup>.

Le jour fixé pour la comparution, le juge reçoit les parties intervenantes, sans autre procédure et sans qu'il puisse en résulter du retard les tiers intéressés qui le demandent.

Après avoir entendu les observations des parties présentes, il vérifie si l'action a été régulièrement intentée, si les formes prescrites par la loi ont été observées, et si le plan des emprises est applicable à la propriété dont l'expropriation est poursuivie<sup>1417</sup>. Les défendeurs présents sont tenus, à peine de déchéance, de proposer en une fois toutes les exceptions qu'ils croiraient devoir opposer, le juge de paix statue sur le tout par un seul jugement rendu au plus tard 48 heures après la comparution<sup>1418</sup>.

---

<sup>1411</sup> Cette mention est essentielle et son omission entraînerait la nullité de la procédure (P. OLIVIERS, o.c., p. 170).

<sup>1412</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 5.

<sup>1413</sup> Pratiquement, cette information se fait sous la forme d'une lettre recommandée avec en annexe les photocopies de l'exploit et autres pièces de procédure (P. OLIVIERS, o.c., p. 170).

<sup>1414</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 6.

<sup>1415</sup> Lorsqu'en raison de la négligence du propriétaire ou de l'usufruitier, les tiers intéressés ne comparaissent pas devant le juge de paix avant le prononcé du jugement fixant l'indemnité provisoire, propriétaire et usufruitier restent seuls chargés envers eux des indemnités que ces derniers pourraient réclamer (Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 19, § 1er).

<sup>1416</sup> C.A., 11 février 1998, n° 9/98, rôle n° 1032, Moniteur belge, 27 mars 1998.

<sup>1417</sup> Le juge doit examiner notamment si l'expropriant n'a pas fait une application abusive de la notion d'extrême urgence (Cass., 22 janvier 1998, précité).

<sup>1418</sup> Lorsqu'à l'expiration d'un délai de 40 jours à dater du dépôt de la requête, l'expropriant n'a pas reçu l'expédition et les copies du jugement, il est autorisé à occuper l'immeuble en location après avoir établi un état descriptif des lieux conformément au §1er, al. 2, de l'article 17. La location prend fin le premier jour du mois qui suit le prononcé du jugement fixant l'indemnité provisoire. Les indemnités dues pour location ou dommages sont déterminées à l'amiable; en cas de contestation, elles sont déférées au juge de paix (Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 17, § 2).

La Cour de cassation a décidé que les dispositions du Code judiciaire, notamment celles qui sont relatives à la réouverture des débats, ne sont pas compatibles avec les impératifs d'extrême urgence<sup>1419</sup>.

Le pourvoi contre ce jugement n'est pas recevable eu égard à l'article 8, alinéa 2, de la loi du 26 juillet 1962 qui stipule qu'il n'est susceptible d'aucun recours<sup>1420</sup>.

L'appel du jugement par lequel le juge déboute l'expropriant de son action et décide qu'il n'y a pas lieu, dès lors, de procéder ultérieurement est interjeté dans les 15 jours du prononcé. Le délai d'ajournement est toujours de huitaine; l'acte d'appel contient à peine de nullité les griefs articulés contre le jugement. Aucun autre grief ne peut être retenu. Il est statué sur l'appel à l'audience d'introduction ou au plus tard dans la huitaine<sup>1421</sup>.

L'appel interjeté par l'expropriant contre la décision du juge de paix qui le déboute de son action ne saisit pas le juge d'appel du fond du litige, les règles du Code judiciaire relatives à l'effet dévolutif de l'appel ne s'appliquant pas à la procédure instaurée par la loi du 26 juillet 1962<sup>1422</sup>.

Lorsque le juge fait droit à la requête de l'expropriant, il fixe dans le même jugement, par voie d'évaluation sommaire le montant des indemnités provisionnelles que l'expropriant versera, à titre global, à chacune des parties défenderesses et reçues intervenantes. Le montant de ces indemnités ne peut être inférieur à 90% de la somme offerte par l'expropriant.

Ce jugement n'est susceptible d'aucun recours<sup>1423</sup>.

<sup>1419</sup> Cass., 9 septembre 1982, J.T., 1982, p. 706 et s.

<sup>1420</sup> Cass., 10 octobre 2003, J.L.M.B., 2004, p. 1.559.

<sup>1421</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 7. Le délai dans lequel le juge doit se prononcer sur l'appel contre le jugement qui déboute l'expropriant n'est pas prescrit à peine de nullité (Cass., 29 septembre 2005, Pas., 2005, I, p. 1766). Dans le cas où le juge de paix a débouté l'expropriant de son action, et que, sur appel de celui-ci, les juges d'appel réforment cette décision, c'est le jugement rendu en degré d'appel qui, faisant droit à la requête de l'expropriant, conformément à l'article 8, al. 1er, n'est susceptible d'aucun recours en vertu de l'alinéa 2 de cet article. N'est susceptible d'aucun recours, conformément à l'article 8, al. 2, précité, et ne peut donc faire l'objet d'un pourvoi en cassation, le jugement qui, tout en omettant de fixer le montant des indemnités provisionnelles statue sur toutes les questions de la compétence du juge d'appel, selon l'article 7, al. 2 et 3 de la loi précitée et qui, en conséquence, fait droit à la requête de l'expropriant (Cass., 20 juin 1985, J.T., 1985, p. 670).

<sup>1422</sup> Cass., 15 juin 1973, Pas., 1973, I, p. 961.

<sup>1423</sup> Le recours en cassation même est exclu : Cass. 14 mai 1971, Pas., 1971, I, 853; 15 juin 1973, Pas., 1973, I, p. 958; 30 octobre 1975, J.T., 1976, p. 265 et s. ; 20 juin 1985, Res et jura immobilia, 1986, p. 277 ; 29 septembre 2005, Pas., 2005, I, p. 1766. Les dispositions de l'art. 8, al. 2 de la loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique suivant lesquelles le jugement qui fait droit à la requête de l'expropriant n'est susceptible d'aucun recours est applicable non seulement à la disposition du jugement fixant le montant des indemnités provisionnelles mais aussi aux dispositions qui statuent sur la régularité et la légalité de l'expropriation. La circonstance que le juge omette de fixer dans son jugement le montant desdites indemnités ne saurait avoir pour effet de rendre susceptibles de recours les autres dispositions du jugement faisant droit à la requête de l'expropriant (Cass., 20 juin 1985, précité). La Cour de cassation a jugé que les articles 7, 8 et 16 de la loi n'étaient pas incompatibles avec l'article 6, § 1er, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cass. 22 juin 1982,

Une réouverture des débats ne pourrait même pas être ordonnée; la procédure spéciale d'extrême urgence n'est pas compatible avec les articles 772 et 776 du Code judiciaire<sup>1424</sup>.

Un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 22 janvier 1998 affirme qu'en décidant que le jugement rendu par le juge de paix est susceptible d'appel dans la mesure où celui-ci décide que la loi du 26 juillet 1962 a été appliquée à bon droit, le tribunal de première instance, statuant en appel, a violé les articles 7, principalement alinéa 3, et 8, principalement alinéa 2 de cette loi<sup>1425</sup>.

Le jugement est transcrit sur le registre du conservateur des hypothèques compétent et produit à l'égard des tiers les mêmes effets que la transcription d'un acte de cession.

On observera que, par un arrêt du 30 octobre 2001, la Cour d'arbitrage a jugé que les articles 5 et 7, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution<sup>1426</sup>.

---

Pas., 1982, I, p. 653; 22 janvier 1998, Bull. cass., 1998, p. 120). Le jugement qui, aux termes de l'article 8, alinéa 2, de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, n'est susceptible d'aucun recours, est celui par lequel le juge, qu'il s'agisse du juge de paix ou du tribunal de première instance statuant sur l'appel de l'expropriant débouté de sa demande, fait droit à la requête de l'expropriant; tel est le cas du jugement du tribunal de première instance qui, statuant sur l'appel de l'expropriant, met à néant le jugement provisoire de mise en continuation de la cause prononcé par le juge de paix et, statuant à nouveau, fait droit à la requête de l'expropriant (Cass., 10 octobre 2003, Res. jur. imm., 2004, liv. 1, p. 32).

<sup>1424</sup> Cass., 9 septembre 1982, J.T., 1982, p. 706.

<sup>1425</sup> Cass., 22 janvier 1998, précité.

<sup>1426</sup> "B.7.2. L'objectif recherché par la loi du 26 juillet 1962 est qu'un arrêté d'expropriation puisse être mis à exécution le plus rapidement possible dans le respect des articles 16 et 144 de la Constitution, c'est-à-dire moyennant la possibilité pour le propriétaire du bien faisant l'objet de l'arrêté d'expropriation et pour les tiers visés à l'article 6 de la loi précitée de faire valoir leurs droits, en cas de contestation devant le juge judiciaire, lequel, compétent pour contrôler, avant le transfert de propriété, la légalité, tant interne qu'externe, de l'arrêté d'expropriation, statuera, s'il y a lieu, sur l'indemnité préalable et l'envoi en possession.

B.7.3. Justifié exclusivement par des raisons d'intérêt général, le recours à la procédure dérogatoire de la loi du 26 juillet 1962 n'est permis que si la prise de possession immédiate de l'immeuble par l'autorité expropriante est indispensable. Le juge de paix doit donc vérifier si l'autorité n'a pas commis d'excès ou de détournement de pouvoir en méconnaissant la notion juridique d'extrême urgence. Il rejettera la demande de l'autorité expropriante si, lorsqu'il en est saisi, l'extrême urgence invoquée dans l'arrêté d'expropriation n'existe pas ou n'existe plus.

B.8. La différence de traitement en cause violerait cependant le principe de proportionnalité et porterait une atteinte discriminatoire aux droits garantis par les dispositions de droit international visées par le juge a quo si elle interdisait à l'exproprié de jamais remettre en cause la légalité de l'expropriation dès lors qu'elle a été vérifiée par le juge de paix dans les conditions de célérité prévues par l'article 7 de la loi. Telle n'est cependant pas la portée des dispositions en cause. En effet, l'exproprié peut, après le jugement fixant les indemnités provisoires, exercer devant le tribunal de première instance une action en révision qu'en vertu de l'article 16, alinéa 2, de la loi, il pourra notamment fonder sur l'irrégularité de l'expropriation. Dans l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation par son arrêt du 7 décembre 1990 rendu en audience plénière, cette disposition autorise l'exproprié à fonder son action en révision sur des motifs qu'il n'avait pas invoqués devant le juge de paix, ce qui

250. *La différence de traitement entre l'expropriant et l'exproprié quant aux voies de recours - Sa conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution*

Du point de vue de l'appel, expropriant et exproprié sont traités différemment; l'un peut faire appel du jugement le déboutant, l'autre ne peut le faire du jugement déclarant la validité de l'expropriation.

La Cour d'arbitrage a eu à décider de la conformité de cette différence de traitement aux articles 10 et 11 de la Constitution. Elle ne conclut à sa conformité aux articles précités qu'aux termes d'une analyse de l'ensemble de la procédure instituée par la loi du 26 juillet 1962 et en tenant compte de l'interprétation donnée par la Cour de cassation à l'article 16 de cette loi.

La Cour considéra qu'existait entre l'exproprié et l'expropriant une différence objective justifiant raisonnablement qu'ils soient traités différemment. Les mêmes raisons pouvaient justifier que, lorsque la prise de possession immédiate du bien est indispensable, l'expropriant bénéficie d'une protection supérieure à celle que la loi accorde à l'exproprié.

Une telle différence de traitement violerait le principe de proportionnalité si elle interdisait à l'exproprié de jamais remettre en cause la légalité de l'expropriation dès lors qu'elle a été vérifiée par le juge de paix dans les conditions de célérité prévue à l'article 7 de la loi. Telle n'est cependant pas la conséquence de la

---

*lui permet de recommencer tout le procès. L'article 16, alinéa 2, de la loi précise encore que l'action en révision est instruite par le tribunal "conformément aux règles du Code de procédure civile". L'exproprié qui agit en révision pourra donc exercer contre le jugement du tribunal les recours en appel et en cassation prévus par le Code judiciaire.*

*B.9. Il est vrai que la loi limite à huit jours le délai dont les défendeurs disposent pour opposer des exceptions à la mesure d'expropriation et à quarante-huit heures le délai dont le juge dispose pour statuer; il est vrai aussi qu'en prévoyant que le jugement qui fait droit à la demande de l'expropriant n'est susceptible d'aucun recours (article 8, alinéa 2), en permettant à l'expropriant de prendre possession du bien dès qu'il a procédé à la signification de ce jugement (article 11) et en ne permettant à l'exproprié de contester à nouveau la légalité de l'expropriation qu'après qu'aura été rendu le jugement fixant les indemnités provisoires (articles 14 à 16), le législateur permet à l'expropriant de disposer d'un immeuble alors qu'il sera peut-être jugé ultérieurement que l'exproprié en a été illégalement dépossédé. Cette prise de possession peut avoir des conséquences irréversibles si entre-temps l'expropriant a procédé à des travaux de démolition ou de construction qui ne permettront pas la restitution intégrale en nature du bien dont il a illégalement disposé.*

*B.10. Ces conséquences ne peuvent cependant être considérées comme étant manifestement disproportionnées à l'objectif poursuivi. Le législateur peut estimer que, pour autant que le juge de paix, qui dispose d'un rapport d'expertise, ait autorisé la poursuite de l'expropriation après avoir vérifié, en vertu de l'article 159 de la Constitution, la légalité tant interne qu'externe de l'arrêté d'expropriation, l'utilité publique exigeait que, en cas d'extrême urgence, l'expropriant soit mis immédiatement en possession du bien exproprié. En disposant que le juge statue dans un délai de quarante-huit heures, le législateur ne le dispense pas de respecter les droits de défense. Cette disposition n'est donc pas disproportionnée. De plus, il y a lieu de tenir compte, quant au délai de huit jours qui sépare la citation de la comparution, de ce que la loi prévoit, avant cette citation, une procédure visant à obtenir, entre les parties, un accord amiable, la procédure judiciaire n'étant mise en oeuvre qu'à défaut d'un tel accord. Il s'ensuit que les intéressés ont la possibilité, dès avant la citation, de préparer leur argumentation" (C.A., 30 octobre 2001, n° 135/2001, Moniteur belge, 22 décembre 2001).*



disposition litigieuse. En effet, l'exproprié peut, après le jugement fixant les indemnités provisoires, exercer devant le tribunal de 1<sup>ère</sup> instance une action en révision, selon l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation dans son arrêt du 7 décembre 1990, soit même sur des motifs non invoqués devant le juge de paix, ce qui lui permet de recommencer tout le procès.

Il est vrai qu'en prévoyant que le jugement qui fait droit à la demande de l'expropriant n'est susceptible d'aucun recours (art. 8, al. 2), en permettant à l'expropriant de prendre possession du bien dès qu'il a procédé à la signification de ce jugement (art. 11), et en ne permettant à l'exproprié de contester à nouveau la légalité de l'expropriation qu'après qu'aura été rendu le jugement fixant les indemnités provisoires, le législateur permet à l'expropriant de disposer d'un immeuble alors qu'il sera peut-être jugé ultérieurement que l'exproprié en a été illégalement dépossédé. Cette prise de possession peut avoir des conséquences irréversibles lorsqu'entre-temps l'expropriant a procédé à des travaux de démolition ou de construction qui ne permettront pas la restitution en nature du bien dont il a illégalement disposé.

Ces conséquences ne peuvent cependant être considérées comme manifestement disproportionnées à l'objectif poursuivi. Le législateur peut estimer que, pour autant que le juge de paix ait autorisé la poursuite de l'expropriation après avoir vérifié, en vertu de l'article 159 de la Constitution, la légalité tant interne qu'externe de l'arrêté d'expropriation, l'utilité publique exige que, en cas d'extrême urgence, l'expropriant soit mis immédiatement en possession du bien exproprié.

La constatation ultérieure de l'illégalité de l'expropriation permettra au propriétaire d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice, soit en nature, soit par équivalent. Le risque qu'il court de ne pas obtenir la restitution en nature de son bien n'est pas un effet disproportionné de la procédure d'expropriation d'extrême urgence, par rapport au préjudice que pourrait subir l'intérêt général si la prise de possession par l'expropriant était retardée jusqu'à l'épuisement des voies de recours offertes à l'exproprié<sup>1427</sup>.

#### 251. *L'entrée en possession*

Le greffe du tribunal adresse à l'expropriant, dans les 5 jours l'expédition du jugement; en outre, il transmet, dans le même délai, quatre copies certifiées conformes dudit jugement au siège social de l'organisme expropriant et s'il s'agit de l'Etat, au siège de l'administration centrale dépendant du ministre pour compte de qui l'expropriation est poursuivie, même en cas d'élection de domicile en tout autre lieu<sup>1428</sup>.

En vertu du jugement et *sans qu'il soit besoin de le faire signifier au préalable*, l'expropriant dépose à la caisse des dépôts et consignations la somme fixée par le juge.

<sup>1427</sup> C.A., 17 juin 1993, n° 47/93, rôle n° 427 à 431, B.2. à B.8., Moniteur belge, 24 août 1993.

<sup>1428</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 8. Seules la citation à comparaître sur les lieux et la signification du jugement déclaratif sont effectuées par exploit d'huissier. Toutes les autres notifications et convocations sont faites par lettres recommandées (P. OLIVIER, o.c., p. 177).

L'ordonnance du paiement émise en vue du paiement est exempte du visa préalable de la Cour des comptes; elle est soumise aux règles établies par l'article 23 de la loi du 15 mai 1846.

La caisse transmet, dans les 5 jours du dépôt, une copie certifiée conforme du certificat de dépôt de l'indemnité provisionnelle au siège social de l'organisme expropriant et, s'il s'agit de l'Etat, au siège de l'administration centrale dépendant du ministre pour compte de qui l'expropriation est poursuivie même en cas d'élection de domicile en tout autre lieu.

Sur le vu du jugement et du certificat délivré après la date de la transcription de ce jugement constatant que l'immeuble exproprié est libre d'hypothèque, le préposé à la Caisse des dépôts et consignations sera tenu de remettre aux ayants droit le montant de l'indemnité consignée, s'il n'existe aucune saisie arrêt ou opposition sur les deniers consignés.

A défaut de produire ce certificat ou de rapporter mainlevée des saisies-arêts ou oppositions ou encore lorsque le jugement fixant l'indemnité n'aura pas réglé les droits respectifs du propriétaire de l'usufruitier ou des tiers intéressés reçus intervenants, le paiement ne pourra avoir lieu que sur ordonnance de justice<sup>1429</sup>.

Aussitôt après la comparution sur les lieux, l'expert commis par le juge établit l'état descriptif des lieux.

Cet état descriptif des lieux présente une importance déterminante pour la protection des droits de l'exproprié : il figure parmi les conditions de l'entrée en possession; c'est en s'y référant que l'expert pourra procéder à l'évaluation raisonnée des biens, à un moment où ceux-ci peuvent avoir déjà été transformés ou détruits.

L'expropriant, les propriétaires et usufruitiers ainsi que les tiers intéressés reçus intervenants peuvent assister à ces opérations et faire consigner toutes observations utiles. Même, les tiers intéressés à titre de bail, d'antichrèse, d'usage ou d'habitation, qui ne sont pas intervenus devant le juge, sont recevables à intervenir lors de l'établissement de l'état descriptif, mais sans qu'il en résulte aucun retard pour les opérations.

L'état descriptif des lieux est déposé au greffe dans les 15 jours qui suivent la comparution sur les lieux<sup>1430</sup>.

Le jour même du dépôt, l'expert envoie à l'expropriant, par lettre recommandée, le nombre de copies certifiées conformes de l'état descriptif indiqué par le juge. Une copie supplémentaire est transmise obligatoirement au siège social de l'organisme expropriant et s'il s'agit de l'Etat, au siège de l'administration centrale dépendant du

---

<sup>1429</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 9.

<sup>1430</sup> L'expert est révoqué d'office par le juge lorsqu'au moment de la prise de possession de l'immeuble par l'expropriant il n'a pas déposé l'état descriptif des lieux et qu'un délai de 20 jours s'est écoulé depuis la comparution (Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 19, § 2).

ministre pour le compte duquel l'expropriation est poursuivie, même en cas d'élection de domicile en tout autre lieu<sup>1431</sup>.

L'expropriant prend possession du bien exproprié après avoir signifié à toutes les parties défenderesses ou reçues intervenantes une copie certifiée conforme : 1° du jugement fixant le montant de l'indemnité provisionnelle; 2° du certificat de dépôt de l'indemnité provisionnelle à la Caisse des dépôts et consignations; 3° de l'état descriptif des lieux.

Aussitôt cette signification faite, il peut demander au juge une ordonnance d'envoi en possession des immeubles expropriés; celle-ci est apposée par le juge, sur le champ, au bas de l'original de l'exploit de signification visée à l'article 1<sup>er</sup><sup>1432</sup>.

#### 252. *L'évaluation raisonnée et la fixation des indemnités provisoires*

Dans les 30 jours suivant la comparution des parties devant le juge - délai qui peut être prorogé de 30 jours par le juge s'il l'estime nécessaire - , l'expert dépose au greffe un rapport contenant l'évaluation raisonnée des indemnités qu'il propose ainsi que tous renseignements utiles à la détermination de celles-ci. L'expert dépose, en même temps que son rapport, autant de copies certifiées conformes qu'il y a de parties en cause<sup>1433</sup>.

Le juge fixe les jour et heure pour la comparution des parties et de l'expert à son audience.

---

<sup>1431</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 10. Lorsqu'à l'expiration d'un délai de 40 jours à dater du dépôt de la requête visée à l'article 3, l'expropriant n'a pas reçu la copie de l'état descriptif des lieux, il peut prendre possession de l'immeuble, nonobstant toute opposition qui lui serait signifiée, après avoir adressé aux parties défenderesses ou reçues intervenantes les copies certifiées conformes du jugement fixant le montant de l'indemnité provisionnelle et du certificat de dépôt de cette indemnité à la Caisse des dépôts et consignations, et après avoir établi un état descriptif des lieux. L'état descriptif des lieux est établi après que les parties défenderesses ou reçues intervenantes ont été, 4 jours francs au moins à l'avance, convoquées aux jour et heures fixés dans la convocation, à l'établissement de cet état et averties qu'il y sera procédé tant en leur absence qu'en leur présence. Dans les mêmes conditions, l'administration communale est invitée à déléguer un de ses membres pour assister à l'établissement de l'état des lieux. Un exemplaire de l'état des lieux est remis à chacun des comparants et adressé aux défaillants (Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 17, § 1er).

<sup>1432</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 11. J.P. COPPEE note que ce délai est rarement observé : "Les experts répugnent à déposer un rapport établi dans la hâte prescrite par le législateur pour déterminer une indemnité provisoire et ils apprécient de vider le débat technique (...). Parfois les expertises lambinent et s'enlisent sous l'accumulation de notes et de recherches ou de la mauvaise volonté des parties" (o.c., R.R.D., 1985, p. 145).

<sup>1433</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 12.

Huit jours au moins avant celui fixé pour cette comparution, le greffier convoque les parties et l'expert. Aux convocations adressées aux parties est jointe une copie du rapport de l'expert<sup>1434</sup>.

A cette audience, le juge reçoit éventuellement les parties intervenantes, sans autre formalité ni retard les tiers intéressés qui le demanderaient encore.

Après avoir entendu les parties présentes et l'expert, le juge détermine à titre provisoire le montant des indemnités dues du chef de l'expropriation.

Son jugement, qui est rendu au plus tard dans les 30 jours du dépôt du rapport<sup>1435</sup> n'est susceptible d'aucun recours. Une expédition en est adressée à l'expropriant dans les 10 jours du prononcé<sup>1436</sup>.

En vertu du jugement et *sans qu'il soit besoin de le faire signifier*, l'expropriant dépose à la Caisse des dépôts et consignations dans le mois du prononcé du jugement, le montant de l'indemnité provisoire qui excède celui de l'indemnité provisionnelle.

Dans les 10 jours qui suivent le dépôt du rapport, il adresse aux parties défenderesses ou reçues intervenantes une copie : 1° du jugement fixant le montant de l'indemnité provisoire; 2° du certificat de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations du supplément d'indemnité.

A défaut, l'exproprié peut, en vertu du même jugement, exiger que l'expropriant suspende l'occupation de l'immeuble<sup>1437</sup>.

---

<sup>1434</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 13.

<sup>1435</sup> Ce n'est là qu'un délai d'ordre, rarement respecté.

<sup>1436</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 14.

<sup>1437</sup> La Cour d'arbitrage a eu à connaître d'une question préjudicielle portant sur le point de savoir si les articles 15, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, et 16 de la loi du 26 juillet 1962 étaient compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tant que les deux délais précités, fixés par l'article 15, sont considérés comme des délais d'ordre, alors que le délai fixé par l'article 16 est considéré comme un délai de forclusion. La Cour d'arbitrage a répondu dans les termes suivants : " B.5.1. Du fait que les délais que doit respecter l'autorité expropriante, fixés à l'article 15, alinéas 1er et 2, de la loi d'expropriation, sont considérés comme des délais d'ordre, l'autorité expropriante détermine dès lors aussi le point de départ du délai fixé à l'article 16 de cette loi pour intenter l'action en révision de l'indemnité provisoire d'expropriation. Ceci pourrait impliquer que l'exproprié se trouve longtemps dans une situation d'insécurité juridique quant au montant définitif de l'indemnité d'expropriation. B.5.2. Toutefois, lorsque l'autorité expropriante omet, dans les délais fixés à l'article 15, alinéas 1er et 2, de déposer à la Caisse des Dépôts et Consignations le montant de l'indemnité provisoire qui excède le montant de l'indemnité provisionnelle ou d'adresser une copie du jugement qui fixe le montant de l'indemnité provisoire ou le certificat de dépôt du supplément d'indemnité, l'exproprié peut exiger que l'autorité expropriante suspende l'occupation de l'immeuble (article 15, alinéa 3, de la loi d'expropriation). En prévoyant cette sanction particulière, le législateur a entendu déroger tant à la sanction prévue, en cas d'irrégularité de l'expropriation, par l'article 16, alinéa 2, de la loi d'expropriation, à savoir une action en révision de l'expropriation, qu'à la sanction de la résolution établie, en cas de manquement de l'une des deux parties à ses engagements, par la règle générale de l'article 1184 du Code civil (Cass., 29 avril 1966, Pas., 1966, I, p. 1094). B.5.3. La sanction prévue

Le retrait des sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations a lieu dans les conditions prévues aux alinéas 4 et 5 de l'article 9, sans que toutefois la production d'un nouveau certificat hypothécaire puisse être exigée<sup>1438</sup>.

### 253. L'éventuelle action en révision

Les indemnités provisoires allouées par le juge deviennent définitives si, dans les deux mois de la date de l'envoi des documents prévus à l'article 15, al. 2, aucune des parties n'en a demandé la révision devant le tribunal de première instance<sup>1439</sup>.

L'expropriant peut signifier ces documents par voie d'huissier, ce qui, sans être obligatoire<sup>1440</sup>, présente plus de garantie pour l'exproprié<sup>1441</sup>; mais la loi est nette : le délai de deux mois court à partir de cet envoi et non à partir de la prise de connaissance des documents.

Le délai de deux mois prescrit par l'article 16 fixe une échéance; est dès lors recevable, l'action en révision de l'indemnité provisoire allouée qui a été introduite avant l'envoi des pièces prévues à l'article 15, al. 2, de la même loi<sup>1442</sup>.

La Cour d'arbitrage a été saisie d'une question préjudicielle sur le point de savoir si les articles 15 et 16 de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'expropriation d'extrême urgence ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils ne stipulent pas qu'en l'absence de mention dans la notification prévue à l'article 15 de la possibilité d'exercer une action en révision devant le Tribunal de première instance dans le délai de deux mois à compter de la date de l'envoi des documents, le délai de prescription ne prend pas cours alors

---

*par l'article 15, alinéa 3, de la loi d'expropriation constitue, pour l'exproprié, une voie de droit effective contre l'autorité expropriante négligente. En outre, il ne peut être mis fin à cette sanction que lorsque l'autorité expropriante dépose le supplément d'indemnité et adresse le certificat de ce dépôt à l'exproprié. B.5.4. En outre, l'exproprié peut demander au juge des référés d'imposer une astreinte à l'autorité expropriante lorsque celle-ci ne satisfait pas, dans les délais fixés à l'article 15, aux obligations contenues dans cet article (Cass., 9 septembre 1988, Pas., 1989, I, p. 22). B.5.5. Eu égard aux voies de droit précitées dont dispose l'exproprié lorsque l'autorité expropriante ne respecte pas les délais fixés à l'article 15 de la loi d'expropriation, la différence de traitement qui est établie du fait que ces délais sont considérés comme des délais d'ordre, alors que le délai prévu à l'article 16 de cette même loi est prescrit à peine de déchéance, est raisonnablement justifiée. B.5.6. Le contrôle des dispositions en cause au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, combinés avec les articles 10 et 11 de la Constitution, ne conduit pas à une autre conclusion. B.6. La question préjudicielle appelle une réponse négative" (C.A., 5 décembre 2006, n° 194/2006, n° du rôle 3896, Moniteur belge, 12 février 2006).*

1438 Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 15.

<sup>1439</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 16.

<sup>1440</sup> M. le Juge de Paix OLIVIERS écrit qu'elle se fait non par exploit d'huissier mais par lettre recommandée (o.c., p. 180). Le même juge observe que si l'exproprié devait être avisé de la décision judiciaire par le greffier, le délai ne prendrait pas cours.

<sup>1441</sup> J.P. COPPEE, Les règles spéciales de la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, R.R.D., 1985, p. 152.

<sup>1442</sup> Cass. 13 mai 1994, Pas., 1994, I, 471.

que, l'article 2, 4°, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité des actes de l'administration et les articles 1051, alinéa 1er, et 792, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire, en cas de notification d'un acte faisant courir un délai de recours, subordonnent la prise de cours du délai à la mention dans la notification de l'existence du recours, de l'instance devant laquelle il doit être porté et du délai dans lequel il doit être exercé.

La Cour a estimé que *"la différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui résulte de l'application de règles de procédure différentes dans des circonstances tout à fait différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait y avoir de discrimination que si la différence de traitement résultant de l'application de ces procédures allait de pair avec une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. L'inégalité alléguée concerne le contenu de deux notifications relatives à des situations différentes. La notification litigieuse concerne un jugement et la preuve de son exécution provisoire en vue de l'introduction ou non d'une procédure judiciaire spécifique, à savoir l'action en révision de l'indemnité provisoire. Cette action doit être considérée comme la prolongation d'une procédure judiciaire en cours. La seconde notification a une portée tout à fait générale et concerne, dans l'optique de répondre à une exigence de publicité des actes administratifs, tous les actes administratifs en dehors de toute procédure judiciaire. Le législateur a dès lors pu raisonnablement considérer que des règles différentes pouvaient être appliquées, d'une part, à des citoyens envisagés dans le cadre de leurs rapports avec l'administration et, d'autre part, à des justiciables qui, dans le cadre de leurs rapports avec une autorité judiciaire spécifique, sont engagés dans une procédure d'expropriation d'extrême urgence. (...)* En ce qui concerne la comparaison avec la notification prévue à l'article 792, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire, la Cour observe que les procédures visées par ces dispositions sont relatives au droit social et relèvent de la compétence exclusive du tribunal du travail. Le législateur a pu prévoir dans ces matières particulières des règles procédurales spécifiques qui ne sont pas applicables à une procédure d'expropriation d'extrême urgence"<sup>1443</sup>.

L'action en révision n'est pas un appel<sup>1444</sup>, elle constitue une action nouvelle, distincte de celle introduite par l'expropriant<sup>1445</sup>.

Il en résulte, entre autres, que l'article 723 du Code judiciaire étant inapplicable, le dossier complet, en ce compris les pièces de procédure, ne sera pas transmis au tribunal de première instance par le greffe de la Justice de Paix. Le tribunal devra donc se faire une opinion uniquement sur base des copies ou photocopies réunies par les parties<sup>1446</sup>.

Le jugement du tribunal peut lui-même faire l'objet d'un appel<sup>1447</sup>, mais non d'un pourvoi en cassation<sup>1448</sup>. L'appel a un effet dévolutif<sup>1449</sup>.

<sup>1443</sup> C.A., 13 décembre 2006, n° 197/2006, n° du rôle 3939, B.3, Moniteur belge, 20 février 2007, Ed. 3).

<sup>1444</sup> Si, par erreur, l'action en révision a été qualifiée d'appel dans l'exploit d'huissier, l'exposé des moyens doit permettre de constater qu'il s'agit en réalité d'une action en révision (Cass., 23 juin 1986, Res et jura immobilia, 1986, p. 187).

<sup>1445</sup> Civ. Liège, 17 novembre 1976, J.L., 1977, p. 206.

<sup>1446</sup> P. OLIVIERS, o.c., p. 180. Ce magistrat considère ce cloisonnement des procédures comme *"totalement absurde"*.

<sup>1447</sup> Il faut noter que, par un arrêt du 3 novembre 2005, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que les Etats contractants devaient organiser leur système judiciaire de

L'action en révision n'a aucun effet suspensif.

Elle est ouverte également à l'expropriant et à l'exproprié aussi bien qu'aux tiers intéressés<sup>1450</sup>, voire même au propriétaire véritable<sup>1451</sup>, et peut donc aboutir à une réduction<sup>1452</sup> aussi bien qu'à une augmentation des indemnités provisoires; il n'y a là, selon la Cour d'arbitrage, aucune discrimination<sup>1453</sup>.

---

telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable. La Cour avait à connaître du déroulement d'une action en expropriation d'extrême urgence introduite par le comité d'acquisition de la Ville d'Anvers devant le juge de paix du canton de Boom, qui s'était poursuivie par une action en révision introduite par l'expropriant, puis de l'appel et du pourvoi en cassation des expropriés. La Cour d'appel n'avait rendu son arrêt que plus de 7 ans et 3 mois après avoir été saisie par les requérants. La mise en état avait pris plus de 6 ans et demi. La Cour de Strasbourg conclut que le délai de fixation de plus de 4 ans et demi était imputable à l'Etat défendeur à qui il appartenait d'organiser les tribunaux en manière telle que le respect des exigences de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, soit assuré. Du fait des 4 ans et demi imputables à l'Etat, le délai global de l'instance d'appel avait été porté à 7 ans et trois mois. L'ensemble de la procédure avait duré plus de 12 ans, pour trois degrés de juridictions. Il y avait donc violation de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (C.E.D.H., 3 novembre 2005, Mariën c/ Etat belge, T.R.O.S., 2006/42, obs. S. BOULLART).

<sup>1448</sup> Cass., 3 février 1989, R.W., 1988-1989 Ceux-ci ne se plaignait que de la durée de l'action en révision, p. 1366.

<sup>1449</sup> Cass., 29 octobre 1993, Pas., 1993, I, p. 910. Voy. A. DAL, L'expropriation pour cause d'utilité publique et l'effet dévolutif de l'appel, J.T., 1995, p. 278.

<sup>1450</sup> Jugé que l'article 16 de la loi de 1962 sur l'expropriation n'établit en tant que tel aucune distinction entre, d'une part, les propriétaires et usufruitiers et les tiers intéressés, d'autre part; cet article n'empêche pas que l'intervention du tiers intéressé devant le juge de paix, qu'il ait été ou non reçu partie intervenante, et quelle que soit la suite réservée à son intervention, suffit pour qu'il puisse demander la révision des indemnités provisoires (C.A., 11 février 1998, n° 9/98, précité, B.4, B.7.1.).

<sup>1451</sup> Dans un cas où l'action en expropriation avait été dirigée contre le seul mari, propriétaire apparent, et non contre son épouse, pourtant propriétaire indivise des biens expropriés, laquelle agissait en déguerpissement, et alors que le juge de paix avait ordonné la jonction des causes, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre le jugement confirmatif du tribunal de première instance de Mons, statuant en degré d'appel, en déclarant que l'action en expropriation a un caractère réel, et qu'elle n'est pas nécessairement dirigée contre le propriétaire véritable du bien qui en est l'objet, mais contre celui que l'enquête administrative ou les indications cadastrales renseignent comme tel au moment de la citation. Par l'effet du jugement d'expropriation constatant que les conditions et les formalités prescrites par la loi ont été observées le droit de propriété passe définitivement et sans réserves du patrimoine de son titulaire dans celui de l'expropriant; à partir de ce moment, dans le cadre de la procédure établie par la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, il appartient aux réclamants quels qu'ils soient, fussent-ils même les propriétaires véritables, d'exercer l'action en révision visée à l'article 16 de ladite loi, qui lui permet de contester tant la régularité de l'expropriation que le montant des indemnités provisoires (Cass., 24 octobre 2003, J.L.M.B., 2004, p. 1533).

<sup>1452</sup> Par un arrêt du 10 novembre 1994, la Cour de cassation a décidé que lorsque, au cours d'une expropriation pour cause d'utilité publique par la procédure d'extrême urgence, l'expropriant avait payé à la Caisse des dépôts et consignations des indemnités provisoires d'un montant supérieur au montant des indemnités définitives, il ne pouvait être condamné en outre à verser des intérêts légaux sur ces dernières indemnités pour la période précédant la décision qui les fixait; d'autre part, la seule considération que les expropriés étaient dans la situation d'un accipiens de bonne foi ne justifiait pas que les intérêts dus à l'expropriant sur le montant payé en trop aux expropriés ne prissent cours qu'à partir de la décision fixant l'indemnité définitive (Cass., ass. 10 novembre 1994, Pas. 1994, I, p. 923).

L'action en révision est instruite par le tribunal conformément aux règles du Code de procédure civile<sup>1454</sup>, aujourd'hui du Code judiciaire<sup>1455</sup>. Elle doit être introduite par voie de citation en vertu du principe général énoncé à l'article 700 du Code judiciaire<sup>1456</sup>.

L'action en révision peut être également fondée sur l'irrégularité de l'expropriation<sup>1457</sup>.

Une controverse s'est développée sur le point de savoir si l'exproprié pouvait fonder son action en révision sur des illégalités qu'il n'avait pas soulevées devant le juge de paix lors de la comparution sur les lieux : on se souvient que selon l'article 7, al. 2, de la loi du 26 juillet 1962, les défendeurs présents sont tenus à peine de déchéance de proposer en une fois toutes les exceptions qu'ils croient pouvoir soulever, le juge de paix statuant sur le tout par un seul jugement.

Les juridictions de fond, se référant au caractère spécifique de l'action en révision, admirent généralement les moyens nouveaux<sup>1458</sup>.

---

Lorsqu'à la suite de la procédure de révision, l'exproprié est condamné à la restitution du trop-perçu, le juge ne peut décider que les intérêts moratoires sur le montant à rembourser, majoré des intérêts compensatoires, prendront cours avant la date du jugement de révision. Lorsqu'ensuite de la procédure de révision, l'exproprié est condamné à la restitution du trop-perçu, le juge peut décider, sans devoir constater la mauvaise foi de l'exproprié, qu'il y a lieu d'allouer des intérêts sur la différence entre le montant de l'indemnité définitive et celui de l'indemnité provisoire, à partir du jour du paiement (Cass., 14 septembre 1995, Pas. 1995, I, p.806).

Ainsi a-t-il été jugé encore qu'il incombe à l'exproprié de rembourser la partie de l'indemnité provisoire qui excède l'indemnité définitive. La somme à rembourser doit, le cas échéant, porter intérêts à dater du paiement : sont visés en premier lieu les intérêts que l'exproprié a perçus de la Caisse des dépôts et consignations sur la partie à rembourser et ensuite les intérêts compensatoires depuis la réception du montant, lequel correspond à la partie à rembourser, jusqu'à la date de la décision définitive quant au montant de l'indemnité d'expropriation. Après la décision définitive, c.à.d. dès que la dette est exigible, les intérêts légaux commencent à courir parce que ce n'est qu'à ce moment que l'on peut parler de "*retard dans l'exécution de l'obligation*". Le fondement de l'attribution de ces intérêts réside dans la responsabilité objective résultant du fait que l'exproprié a effectivement retiré les montants consignés (Bruxelles, 28 mai 2001, Res Jur. Imm., 2002, p. 158, Obs. J. LAMBERS).

<sup>1453</sup> La Cour d'arbitrage a déclaré que l'article 16 de la loi du 26 juillet 1962 ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 16 de la Constitution, l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 60 de cette même convention, en tant que cette disposition a inclus l'autorité expropriante dans les parties qui peuvent demander devant le tribunal de première instance la révision des indemnités d'expropriation provisoires, révision qui peut aboutir à une réduction des indemnités après le transfert de possession (C.A., 18 octobre 1994, n° 77/94, rôle n° 622, Moniteur belge, 29 novembre 1994).

<sup>1454</sup> Loi relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, art. 16.

<sup>1455</sup> Cass., 3 novembre 1988, R.W., 1988-1989, p. 887; 12 janvier 1990, Bull., 1990, n° 295.

<sup>1456</sup> Civ. Huy, 14 janvier 1987, J.L.M.B., 1987, p. 1318.

<sup>1457</sup> Voy. Civ. Charleroi, 23 avril 1999, J.L.M.B., 2001, p. 606 à 611, Obs. A.DAL.

<sup>1458</sup> Civ. Liège, 11 janvier 1977, J.T., 1977, p. 196.



Par un arrêt du 29 janvier 1990, la Cour de cassation a condamné cette interprétation, considérant qu'à la suivre, la déchéance édictée par l'article 7 deviendrait lettre morte<sup>1459</sup>.

Mais un arrêt du 7 décembre 1990, marquant un revirement spectaculaire de jurisprudence, se prononce en sens opposé : la Cour de cassation y affirme que l'article 7, al. 2, de la loi du 26 juillet 1962 n'est applicable qu'à la procédure sommaire; l'article 16, al. 2, n'interdit pas à l'exproprié de fonder son action en révision sur des irrégularités de l'expropriation qu'il n'avait pas invoquées devant le juge de paix<sup>1460</sup>.

## F. L'indemnité d'expropriation

### 254. *L'indemnité correspond à la réparation d'un dommage*

L'expropriation forcée n'est pas une vente; en toute logique, le versement de l'indemnité ne peut donc être considéré comme le paiement d'un prix, mais comme la réparation d'une lésion qui tient dans l'enlèvement du droit de propriété<sup>1461</sup>.

Il n'empêche, E. CAUSIN a pu établir que deux conceptions se sont développées sur le sujet - la conception commutative et la conception indemnitaire - et que si la seconde domine aujourd'hui la jurisprudence, certaines applications témoignent encore d'une certaine ambiguïté<sup>1462</sup>.

Il n'est certes pas question de considérer que la lésion tenant dans l'enlèvement forcé du droit de propriété résulte d'une faute. L'opération est légale à condition de respecter les termes de l'article 16 de la Constitution. Mais il n'est pas interdit de trouver dans l'expropriation la source d'une responsabilité objective de l'autorité.

Il faut admettre que celui dont l'immeuble a été exproprié pour cause d'utilité publique a, comme la victime d'un dommage, une créance contre l'autorité expropriante; l'objet de cette créance n'est pas le paiement d'une somme numérique mais porte sur une prestation à évaluer par le juge et doit réparer le préjudice subi; cette réparation doit être intégrale, comme en règle elle doit l'être en matière contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle.

<sup>1459</sup> Cass., 29 janvier 1990, Res et jura immobilia, 1990, p. 213.

<sup>1460</sup> Cass. 7 décembre 1990, J.T., 1991, p. 239, obs. L. BELVA. Voy. dans le même sens, Liège, 22 mai 1991, J.L.M.B., 1991, p. 1244, obs. A. DAL. ; Mons, 22 décembre 1992, J.L.M.B., 1994, p. 169; 13 janvier 1993, J.L.M.B., 1994, p. 164. Nous avons vu que c'était en considération de cette interprétation que, par son arrêt du 17 juin 1993, n° 47/93, la Cour d'arbitrage avait conclu à la conformité des articles 7 et 8 de la loi relative à la procédure d'extrême urgence en ce que ces dispositions refusent à l'exproprié un recours contre le jugement qui, statuant sur l'appel de l'expropriant, réforme la décision du juge de paix disant n'y avoir lieu à poursuivre l'expropriation, et en ce qu'elles confèrent à l'expropriant le droit d'interjeter appel du jugement par lequel le juge de paix le déboute de son action, tandis que l'exproprié ne peut interjeter appel du jugement qui accueille l'action de l'expropriant.

<sup>1461</sup> J.P. COPPEE, o.c., J.T., 1979, p. 106, avec les références citées.

<sup>1462</sup> Voy. E. CAUSIN, Les indemnités d'expropriation, Principes et applications, Kluwer Editions juridiques, 1997, p. 27 et s.

Ainsi que l'a expliqué Madame France MAUSSION, la créance de l'exproprié est une "*créance de valeur*" et non une "*créance de somme*"<sup>1463</sup>. Cette qualification a permis la prise en compte de la dépréciation monétaire lors de la fixation du montant de l'indemnité.

Au surplus, l'indemnité d'expropriation doit être juste; ce caractère a été défini dans les termes suivants par la Cour de cassation :

*"Pour être juste au sens de l'article [ 16 ] de la Constitution, l'indemnité doit être équivalente à la somme à déboursier pour se procurer un immeuble de la même valeur que celui dont l'exproprié est dépossédé"*<sup>1464</sup>.

La Cour d'arbitrage a rappelé elle aussi que "*pour être juste, l'indemnité doit assurer la réparation intégrale du préjudice subi*"<sup>1465</sup>.

La Cour de cassation a réaffirmé que pour être juste, l'indemnité due à l'exproprié, dépossédé de son immeuble, doit être équivalente mais ne peut être supérieure à la somme à déboursier pour se procurer un immeuble de même valeur<sup>1466</sup>.

Des controverses, à notre sens très artificielles, se sont élevées sur le point de savoir si l'indemnité d'expropriation correspondait à la "*théorie du réapplica*" : selon celle-ci, l'indemnité devrait permettre à l'exproprié d'acquérir un bien semblable ou équivalent, c'est-à-dire de même valeur. On a pu faire observer que l'indemnité n'avait pas pour objet de reconstituer une propriété identique, quel qu'en fût le coût, mais de compenser en argent la perte subie<sup>1467</sup>. Le juge judiciaire a dénié par exemple à l'exproprié le droit d'exiger l'acquisition d'un bien similaire dans les environs de l'endroit où est situé le bien empris<sup>1468</sup>.

Mais il tient compte dans l'évaluation de l'indemnité des frais de emploi que l'exproprié devra exposer pour acquérir un nouvel immeuble; les contraintes liées à une nouvelle acquisition ne sont donc pas indifférentes.

#### 255. Les éléments constitutifs du dommage

C'est au moment du jugement déclaratif que s'opère le transfert de propriété. C'est donc à ce moment qu'il convient de se reporter pour prendre en compte les éléments constitutifs du dommage<sup>1469</sup>. En pratique, il s'agit de déterminer la composition et l'état de l'immeuble à la date de ce jugement déclaratif.

<sup>1463</sup> Obs. précitées, R.C.J.B., 1982, p. 110.

<sup>1464</sup> Cass., 20 septembre 1979, R.C.J.B., 1982, p. 100 et s., obs. F. MAUSSION.

<sup>1465</sup> C.A., 17 décembre 1997, n° 81/97, rôle n° 1042, 1043, 1046 et 1047, B.6.5., précité; 7 mars 2007, n° 33/2007, n° de rôle 3938, B.4.6., Moniteur belge, 15 mars 2007.

<sup>1466</sup> Cass. 21 septembre 2006, Rec. gén. enr. not., 2007, p. 150.

<sup>1467</sup> Voy. Civ. Bruxelles, 4 avril 1978, Rev. com., 1978, p. 67 à 73; J.P. Wavre, 13 avril 1995, Amén. Env., 1995, p. 130.

<sup>1468</sup> Bruxelles, 26 janvier 1977, J.T., 1977, p. 359.

<sup>1469</sup> Cette interprétation est contestée par E. CAUSIN, qui écrit que : "*Aussi longtemps que le rétablissement de la victime n'est pas acquis par le paiement d'une somme qui n'est plus susceptible d'être modifiée, à la hausse comme à la baisse, le dommage n'est pas réparé et l'expropriation continue donc à produire ses effets dommageables*" (Les indemnités d'expropriation, Principes et applications, o.c., p. 76).

Il a été jugé, sans surprise, que la perte d'un avantage illégal ne constitue pas un avantage réparable. Il s'en suit qu'aucune indemnité d'expropriation ne peut être allouée pour un avantage illégal acquis en raison de travaux exécutés sans le permis requis<sup>1470</sup>.

En cas d'application de la procédure ordinaire, le juge devra apprécier le préjudice subi au jour du jugement déclaratif visé à l'article 7 de la loi du 17 avril 1835; en cas de recours à la procédure d'extrême urgence, il devra apprécier ce préjudice au jour du jugement fixant l'indemnité provisionnelle par application de l'article 8 de la loi relative à la procédure d'extrême urgence contenue dans l'article 5 de la loi du 26 juillet 1962<sup>1471</sup>.

256. *La détermination du montant de l'indemnité*

Cette détermination doit se faire au jour où le juge statue<sup>1472</sup>.

Cette solution, retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 20 septembre 1979, *"ne constitue que l'application des principes corrects et unanimement admis, suivant lesquels le juge doit d'une part réparer intégralement le préjudice souffert par la victime et d'autre part se placer, pour ce faire, au jour de la réparation, c'est-à-dire pratiquement au moment le plus rapproché possible de celle-ci, soit au jour où il statue sur les dommages et intérêts"*<sup>1473</sup>.

Il en résulte que si le juge *"considère que l'indemnité mise antérieurement à la disposition de l'exproprié n'était pas suffisante au moment où elle a été accordée, il doit, pour évaluer le montant supplémentaire à allouer, se placer au moment de sa décision et tenir compte, le cas échéant, de la diminution du pouvoir d'achat de la monnaie ou de la hausse du marché immobilier depuis le jour où l'indemnité a été fixée; qu'ainsi le juge ne prend pas en considération un préjudice postérieur à l'expropriation, mais se borne à fixer, au jour de sa décision, la juste indemnité due à l'exproprié; qu'aucune disposition légale ne le lui interdit et que ce faisant, il se conforme aux dispositions de la Constitution"*<sup>1474</sup>.

257. *Solution particulière en cas d'expropriations successives*

L'exproprié pourrait-il tirer avantage d'une plus-value acquise par son bien à la suite d'une expropriation antérieure ?

En principe, rien ne devrait empêcher qu'il en soit ainsi, s'il est vrai que la valeur du bien exproprié doit être déterminée à la date du jugement déclaratif.

<sup>1470</sup> Cass. 18 juin 1998, R.W., 1998-1999, p. 543; F.TULKENS et J. SOHIER, Les Cours et tribunaux, Chronique de jurisprudence 1998-1999, R.B.D.C., 1999, p. 474.

<sup>1471</sup> Cass., 17 mai 1976, Pas., 1976, I, p. 991; 20 septembre 1979, précité, R.C.J.B., 1982, p. 100 et s., obs. F. MAUSSION.

<sup>1472</sup> E. CAUSIN, Les indemnités d'expropriation, Principes et applications, o.c., p. 76.

<sup>1473</sup> F. MAUSSION, obs. précitées, R.C.J.B., 1982, p. 119.

<sup>1474</sup> Cass., 20 septembre 1979, précité.

Il faut noter cependant que législateur est intervenu à plusieurs reprises en vue d'interdire qu'un exproprié tire parti de cette situation.

Ainsi l'article 2 de la loi relative à la procédure d'extrême urgence précise que "*les expropriations décrétées successivement en vue d'un même objet sont, pour l'appréciation de la valeur des biens expropriés, considérées comme formant un tout*". L'article 32 de la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme reprend la même règle, en énonçant que "*des expropriations décrétées successivement en vue de la réalisation du plan régional, de secteur ou communal d'aménagement, même révisé en application du chapitre VII, sont, pour l'appréciation de la valeur des biens à exproprier, considérées comme formant un tout à la date du premier décret d'expropriation*". L'article 65 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine modifié par le décret du 27 novembre 1997 reprend une formule analogue : "*des expropriations décrétées successivement en vue de la réalisation du plan d'aménagement, même révisé sont, pour l'appréciation de la valeur des biens à exproprier, considérées comme formant un tout à la date du premier arrêté d'expropriation*". L'ordonnance du 29 août 1991 du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale organique de la planification et de l'urbanisme porte en son article 76 que des expropriations décrétées successivement en vue de la réalisation d'un plan, y compris la réalisation d'une modification de ce plan, sont, pour l'appréciation de la valeur des biens à exproprier, considérées comme formant un tout à la date du premier arrêté d'expropriation. L'article 14 du décret wallon du 11 mars 2004 relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques dispose en termes analogues que "*Des expropriations décrétées successivement en vue de la création d'un espace destiné à accueillir des activités économiques sont, pour l'estimation de la valeur des biens expropriés, considérées comme formant un tout à la date du premier arrêté d'expropriation*".

258. *Solution particulière en cas d'expropriation décrétée en vue de la réalisation d'un plan d'aménagement*

La Cour de cassation a développé une jurisprudence constante, aux termes de laquelle "*si l'expropriation n'est pas envisagée en vue de réaliser un plan d'aménagement régional, de secteur ou communal, aucune disposition légale n'interdit de tenir compte, pour le calcul de la valeur de la parcelle expropriée, de la plus-value ou de la moins-value résultant des prescriptions d'un tel plan; (...) dans ce cas, le juge est tenu, lors du calcul de l'indemnité juste et préalable qui est due à l'exproprié en vertu de l'article <16> de la Constitution, de tenir compte de cette plus-value ou de cette moins-value*"<sup>1475</sup>.

La solution est inverse lorsque l'expropriation est décidée en vue de la réalisation d'un plan d'aménagement.

Elle a été formulée à l'article 31 de la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme : "*Pour le calcul de la valeur de l'immeuble exproprié, il n'est pas tenu compte de la plus-value ou de la moins-value qui résulte de prescriptions du plan d'aménagement régional, de secteur ou*

<sup>1475</sup> Cass., 5 septembre 1985, Pas., 1986, I, p. 6; 6 octobre 1988, Pas., 1989, I, p. 130; 7 juin 1990, Pas., 1990, I, p. 1135).

*communal, ni de l'augmentation de valeur acquise par ce bien ensuite de travaux ou modifications effectuées en contravention aux prescriptions de l'un de ses plans d'aménagement, si ces travaux ont été exécutés après la clôture de l'enquête publique relative au plan".*

L'article 64 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, modifié par le décret du 27 novembre 1997, reprend une formulation analogue. Quant à l'article 75 de l'ordonnance du 29 août 1991 du Conseil de la Région de Bruxelles-capitale organique de la planification et de l'urbanisme, il exclut que, pour le calcul de la valeur de l'immeuble exproprié, il soit tenu compte de la plus-value ou moins-value qui résulte des prescriptions de l'un des plans visés à l'article 2, pour autant que l'expropriation soit poursuivie pour la réalisation de l'aménagement dudit plan; il exclut de même qu'il soit tenu compte de l'augmentation de valeur acquise par ce bien en suite de travaux ou de modifications effectuées en infraction aux dispositions légales et réglementaires en matière d'urbanisme.

Les propriétaires sont donc traités différemment selon que leur bien est ou non exproprié en vue la réalisation d'un plan d'aménagement.

Interrogée par voie de question préjudicielle, la Cour d'arbitrage a eu à se prononcer sur la conformité de l'article 31 de la loi du 29 mars 1962 à l'article 10 de la Constitution.

La Cour a décidé que la différence de traitement reposait sur un critère objectif, à savoir la spécificité des expropriations réalisées dans le cadre de cette loi. Cette spécificité ressort du but de l'expropriation, de la possibilité d'y procéder en faveur de particuliers et de la limitation dans le temps de la faculté d'exproprier. La Cour reconnaît la pertinence de la mesure instaurant la distinction, parce qu'il existe un rapport adéquat entre la mesure et l'objectif poursuivi par le législateur. Les critères mentionnés à l'article 31 de la loi organique de l'urbanisme pour le calcul de l'indemnité d'expropriation tiennent compte du lien direct existant entre l'objectif de l'expropriation - la réalisation des plans d'aménagement - et la cause de la modification de la valeur du bien à exproprier; puisque c'est la réalisation du plan d'aménagement, à travers l'expropriation, qui influence réellement la valeur du bien immobilier, il se justifie de ne pas tenir compte, pour le calcul de l'indemnité d'expropriation, de la plus-value ou de la moins-value résultant de la réalisation de cet objectif. La Cour d'arbitrage observe enfin que le législateur a tenu compte, à l'article 37 de la loi du 29 mars 1962, du préjudice que peut subir un propriétaire dont le bien est déprécié par l'effet d'un plan d'aménagement<sup>1476</sup>.

#### 259. *Les éléments de l'indemnité*

Seuls les éléments les plus couramment pris en compte dans la fixation de l'indemnité sont examinés ici. Pour le surplus, les monographies spécialisées

---

1476 C.A., 25 mars 1997, n° 16/97, rôle n° 951, B.6., B.7., Moniteur belge, 6 mai 1997; R.C.J.B., 1999, p. 239 et s., obs. M. PAQUES.

préciseront notamment le préjudice commercial et industriel<sup>1477</sup> et le préjudice agricole<sup>1478</sup>.

260. 1<sup>er</sup> élément : la valeur vénale

L'indemnité due au propriétaire d'un bien exproprié pour cause d'utilité publique doit, pour être juste, tenir compte de tous les avantages que le bien exproprié présente pour son propriétaire; la valeur vénale du bien est une mesure de cette appréciation dont il n'est pas possible de faire abstraction sans léser le droit du propriétaire de disposer de son avoir ainsi qu'il l'entend<sup>1479</sup>.

La valeur vénale est la valeur de vente, la valeur marchande, celle que l'on obtiendrait en cas d'adjudication réalisée dans des conditions normales<sup>1480</sup>.

Cette évaluation se fait "*in concreto*", en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce.

Il a été jugé que la valeur vénale d'un bien ne peut être déterminée par la capitalisation de son revenu locatif, par son revenu cadastral ou par les éléments d'une police incendie. La confrontation, d'une part, des cessions amiables réalisées par l'expropriant et, d'autre part, d'une évaluation séparée d'une construction de peu de valeur et du terrain permet de cerner et de fixer la valeur vénale du bien exproprié. La faible valeur résiduelle d'un bâtiment totalement délabré compense la dépréciation dont il affecte le terrain sur lequel il est implanté, en manière telle que l'évaluation se réduit à l'estimation du terrain<sup>1481</sup>.

La valeur de reconstruction ne peut être prise en considération que lorsque l'acquisition d'un immeuble analogue est impossible alors qu'elle s'impose de façon indispensable à peine d'un préjudice grave et immédiat. Tel n'est pas le cas de bâtiments de ferme, même si la proximité entre eux et les autres immeubles affectés à exploitation constituait un avantage appréciable. La perte de celui-ci doit être indemnisée par une allocation complémentaire à titre de valeur de convenance, en l'occurrence fixée à 20% de la valeur des bâtiments<sup>1482</sup>.

Pour apprécier la valeur vénale, il n'existe aucun motif d'écarter par principe, les ventes de gré à gré pour ne retenir que les adjudications publiques. Le prix d'achat, surtout récent, peut normalement constituer une indication acceptable et même le critère le plus judicieux en l'absence de points de comparaison valables<sup>1483</sup>.

<sup>1477</sup> Voy. notamment E. CAUSIN, L'indemnisation des entreprises expropriées ou le préjudice commercial et industriel, *in* L'expropriation pour cause d'utilité publique, Bruxelles, La Charte, 1993, p. 223 et s.

<sup>1478</sup> Voy. notamment V. REGNIER, Le préjudice agricole, *in* L'expropriation pour cause d'utilité publique, Bruxelles, La Charte, 1993, p. 343 et s.

<sup>1479</sup> Gand, 16 juin 1967, Pas., 1968, II, p. 34; E. CAUSIN, Les indemnités d'expropriation, Principes et applications, o.c., p. 107.

<sup>1480</sup> Appel Liège, 21 janvier 1987, J.L.M.B., 1987, p. 1.079.

<sup>1481</sup> J.P. Liège, 20 février 1980, J.T., 1980, p. 317.

<sup>1482</sup> Civ. Nivelles, 19 mars 1987, J.L.M.B., 1987, p. 1.304.

<sup>1483</sup> Appel Liège, 21 janvier 1987, Revue générale de l'enregistrement et du notariat, 1990, p. 305.

La valeur vénale comprend à la fois la valeur actuelle et la valeur d'avenir, cette dernière étant la plus-value se rattachant à des éventualités futures mais dont l'acquéreur peut dès à présent tenir compte<sup>1484</sup>.

La Cour d'arbitrage a eu l'occasion de préciser que, en prenant en compte pour le calcul de la valeur du site exproprié le coût de son assainissement, l'article 182, § 3, du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine assure à l'exproprié une indemnité d'expropriation qui doit être considérée comme juste au sens de l'article 79, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980. La règle en cause n'est pas de nature à aboutir à une indemnisation moindre que celle susceptible d'être obtenue par application des règles ordinaires régissant la fixation du montant de l'indemnité d'expropriation des biens qui en font l'objet. Il n'est en effet pas contestable que la valeur d'un site économique désaffecté, avant son assainissement, est influencée par le coût que représente, pour tout acquéreur, la réalisation de l'assainissement. Le législateur décrétaal a estimé utile de rappeler que la valeur du terrain doit être appréciée en tenant compte des charges qui le grèvent<sup>1485</sup>.

La valeur vénale n'est, comme dit plus haut, qu'un élément servant à la détermination de l'indemnité : celle-ci n'est pas un prix de vente, mais la réparation d'un dommage.

261. *2<sup>ème</sup> élément : la valeur de convenance*

Pour que l'indemnité soit juste, il convient de prendre en considération les aménagements que l'exproprié a apportés à l'immeuble, notamment en vue d'y exercer une activité professionnelle.

Une valeur de convenance peut être retenue lorsque le bien présente pour son propriétaire des avantages et des agréments en fonction de besoins ou de goûts qui lui sont propres ; ces avantages et agréments résultent d'une appropriation spécifique à laquelle la généralité des acheteurs n'attache pas d'importance et qui n'a, dès lors, pas d'influence sur la valeur vénale<sup>1486</sup>.

262. *3<sup>ème</sup> élément : la valeur d'affection*

Les juges tiennent compte, dans l'évaluation de l'indemnité, de la valeur morale ou d'affection<sup>1487</sup>.

<sup>1484</sup> Appel Mons, 2 novembre 1992, J.L.M.B., 1994, p. 169.

<sup>1485</sup> C.A., 17 mai 2001, n° 65/2001, n° du rôle 1811, B.7.1. et s., Moniteur belge, 8 septembre 2001; Aménagement-Environnement, 200/4, Obs. B. PAQUES.

<sup>1486</sup> Appel Liège, 21 novembre 1988, Revue générale de l'enregistrement et du notariat, 1990, p. 295.

<sup>1487</sup> Cass., 28 octobre 1976, Pas., 1977, I, p. 247; E. CAUSIN, Les indemnités d'expropriation, Principes et applications, o.c., p. 152 et s.

Mais il n'en est ainsi que si l'expropriation entraîne un déracinement ou une véritable perturbation, ce qui suppose un attachement sentimental justifié par des éléments objectifs. Tel n'est pas le cas si l'exproprié, âgé de soixante ans, n'occupait l'immeuble que depuis quelques années<sup>1488</sup>.

La jurisprudence accorde généralement une indemnité à titre de préjudice moral à des personnes âgées, qui ont longtemps ou toujours vécu dans l'immeuble exproprié, de sorte que leur départ entraîne un déracinement, une véritable perturbation; une telle indemnité présente un caractère exceptionnel<sup>1489</sup>.

L'expropriation d'un bien qui appartient à une famille – la Maison d'Ursel - depuis plusieurs générations, peut déterminer la reconnaissance d'une valeur d'affection. Il s'agissait toutefois d'une terre de culture de 2 hectares à laquelle l'exproprié n'était attaché que par tradition familiale de propriété. Le déracinement, réel sur le plan purement historique, ne revêtait qu'un aspect symbolique et théorique. L'indemnité pour la valeur d'affection ne pouvait revêtir que le même caractère. Elle a été fixée à la somme d'un euro<sup>1490</sup>.

#### 263. 4<sup>ème</sup> élément : l'indemnité de emploi

Si l'on accepte la thèse suivant laquelle l'indemnité doit couvrir les frais d'acquisition d'un immeuble équivalent, on reconnaîtra à l'exproprié un droit au remboursement des frais d'enregistrement, de transcription et de notaire<sup>1491</sup>.

L'indemnité de emploi correspond aux frais que l'exproprié aurait dû exposer s'il avait dû acquérir l'immeuble à l'époque de l'expropriation<sup>1492</sup>.

Jugé que cette indemnité est applicable à toutes les valeurs immobilières, et même sur la valeur de convenance et d'avenir<sup>1493</sup>, à l'exclusion des indemnités de emploi<sup>1494</sup>. La détermination de cette indemnité se fait en appliquant le tarif dégressif utilisé par les notaires pour les ventes publiques<sup>1495</sup>.

#### 264. Les intérêts d'attente

L'expropriation entraîne la perte des garanties et des revenus qui s'attachent à la propriété immobilière; l'indemnité ne pourra être placée qu'à court terme par l'exproprié.

<sup>1488</sup> Appel Liège, 21 janvier 1987, précité.

<sup>1489</sup> Appel Liège, 21 janvier 1987, précité.

<sup>1490</sup> J.P. Marche-en-Famenne Durbuy, 26 avril 2006, R.R.D., 2007, p. 44 et s.

<sup>1491</sup> E. CAUSIN, Les indemnités d'expropriation, Principes et applications, o.c., p. 110.

<sup>1492</sup> Appel Mons, 19 avril 1988, J.L.M.B., 1988, p. 1003 et s.; appel Bruxelles, 3 janvier 1989, J.T., 1990, p. 709 et s.

<sup>1493</sup> J.P. Etterbeek, 18 novembre 1986, Res et jura immobilia, 1987, p. 41.

<sup>1494</sup> Appel Mons, 5 mai 1992, J.L.M.B., 1994, p. 169.

<sup>1495</sup> J.P. Sint-Kwintens-Lennik, 12 novembre 1983, R.W., 1984, col. 1821.



La jurisprudence lui reconnaît de ce fait le droit à des intérêts d'attente. Ils ne doivent être calculés que sur les valeurs normalement productives de revenus<sup>1496</sup>.

#### 265. Les intérêts judiciaires

L'expression "*intérêts judiciaires*" désigne soit des intérêts moratoires, soit des intérêts compensatoires.

Les intérêts moratoires sont ceux qui courent depuis la décision qui fixe l'indemnité jusqu'au jour du paiement; ils réparent le retard dans l'exécution de la décision.

Les intérêts compensatoires sont ceux qui courent depuis la naissance du dommage - soit depuis le transfert de propriété<sup>1497</sup> - jusqu'au moment de la fixation définitive de l'indemnité. Ils sont inclus dans l'indemnité d'expropriation qui est la compensation du dommage individualisé et évalué au jour du jugement<sup>1498</sup>.

Si l'indemnité définitive est inférieure à l'indemnité provisoire, le juge peut condamner l'exproprié au remboursement des intérêts sur la différence<sup>1499</sup>.

#### 266. Les frais de défense ?

Jusqu'ici, selon une jurisprudence, apparemment constante, des juges du fond, l'exproprié n'a eu droit à aucune indemnisation pour frais de défense. C'est en ce sens que l'on a pu écrire qu'en la matière, les honoraires de l'avocat étaient "*irrécupérables*"<sup>1500</sup>.

L'indemnité de défense vise, pour l'essentiel, les honoraires demandés par le conseil de l'exproprié, sans distinguer s'il s'agit d'un conseiller technique ou juridique. Elle se dissocie des dépens, visés aux articles 1017 et suivants du Code judiciaire qui, en vertu d'une jurisprudence constante, sont mis à charge de l'expropriant<sup>1501</sup>.

On réservera une particulière attention à l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 3 février 2000 : il y est décidé que le juge de Paix, statuant en application de la loi du 26 juillet 1962, précitée, peut attribuer une indemnité de procédure, en application des articles 1017 et 1022 du Code judiciaire, celui-ci s'appliquant à titre de droit commun<sup>1502</sup>.

<sup>1496</sup> Cass., 14 décembre 1989, J.L.M.B., 1990, p. 547 et s., obs. A. DAL; E. CAUSIN, Les indemnités d'expropriation, Principes et applications, o.c., p. 161.

<sup>1497</sup> Cass. 14 décembre 1989, précité.

<sup>1498</sup> Civ. Liège, 19 mars 1981, J.L., 1981, obs. G. de LEVAL.

<sup>1499</sup> Cass., 19 février 1988, Res et jura immobilia, 1989, p. 43 et s.

<sup>1500</sup> Marc NIHOUL, La répétibilité des honoraires du conseil en matière d'expropriation : vers une indemnité de défense en marge du droit commun ?, J.T., 1996, p. 401 et s.; concl. de l'avocat général HENKES pre.cass., 2 septembre 2004, n° de rôle C 010186F.

<sup>1501</sup> Voy. les références citées par M. NIHOUL, o.c., J.T., 1996, p. 405, note 51.

<sup>1502</sup> "Attendu qu'en vertu de l'article 2 du Code judiciaire, les règles énoncées dans ce code s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est

La critique de ces positions a été faite, notamment, par M. Marc NIHOUL.

Celui-ci a soutenu que pour être juste, l'indemnité d'expropriation devrait inclure les frais de défense en justice.

La difficulté vient notamment de l'article 1023 du Code judiciaire, aux termes duquel : "*Toute clause conventionnelle portant augmentation de la créance en raison de sa réclamation en justice est réputée non écrite*".

La "*répétibilité*" des frais d'avocat liés à une expropriation ne prive cependant personne du droit de se défendre en justice; elle ne contrevient pas à l'article 1023 du Code judiciaire. Cet article ne vise pas comme telle la créance qui naît entre le client et l'avocat, laquelle ne donne pas lieu en toute hypothèse à contestation en justice.

Mais il est acquis, depuis le prononcé de l'arrêt du 7 avril 1995 par la Cour de cassation<sup>1503</sup>, que l'article 1023 du Code judiciaire fait obstacle à ce que les parties conviennent d'augmenter le montant de la créance à concurrence des honoraires demandés par l'avocat qui a poursuivi la procédure en recouvrement du montant dû.

La jurisprudence de la Cour de cassation est établie dans le domaine de la responsabilité délictuelle : elle a considéré que le recours à l'intervention d'un avocat par la victime d'un délit a uniquement pour objet l'assistance de la victime

---

*pas compatible avec celle des dispositions dudit code; Que la procédure introduite devant le juge de paix en application de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique est une procédure au sens de l'article 2 du Code judiciaire et non une procédure tombant sous l'application des exceptions prévues à cet article 2; Attendu que la procédure introduite devant le juge de paix en application de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique vise à accélérer la prise de possession du bien exproprié et à allouer une indemnité provisionnelle et, ensuite, une indemnité provisoire, qui deviendra définitive si aucune des parties n'introduit de procédure en révision; Que ces dispositions légales n'excluent pas l'allocation d'une indemnité de procédure par le juge de paix; Que ne sont pas de nature à exclure les indemnités de procédure, les indemnités de procédure complémentaires ou les indemnités de débours de l'ensemble des dépens :*

- l'objet précité de la procédure,
- le but de celle-ci, notamment la conciliation d'intérêts opposés, à savoir, d'une part, l'intérêt dans le chef de l'exproprié de percevoir préalablement une juste indemnité pour le bien exproprié et, d'autre part, l'intérêt dans le chef de l'expropriant d'entrer d'urgence en possession de ce bien,
- le fait que le jugement rendu par le juge de paix en matière d'indemnité provisoire n'est susceptible d'aucun recours,
- le fait que le montant fixé est définitif ou ne l'est pas en fonction de l'introduction d'une procédure indépendante tendant à la révision de l'indemnité d'expropriation,
- les travaux parlementaires;

*Attendu que l'arrêt exclut l'allocation des indemnités de procédure dans le cadre de la procédure devant le juge de paix par le motif que cette procédure a un caractère spécial et que l'article 2 de l'arrêt royal du 30 novembre 1970 ne prévoit une indemnité de procédure qu'en cas de "procédure au fond devant le juge de paix"; Que, dès lors, il viole les dispositions légales citées au moyen "(Cass., 3 février 2000, Pas., 2000, I, p. 88).*

<sup>1503</sup> Pas. 1995, I, 403; R.W., 1995, p. 188, Obs. A. VAN OEVELEN.

dans sa demande en réparation du dommage causé par l'infraction, mais qu'il n'est pas un élément de ce dommage<sup>1504</sup>.

Cette jurisprudence a pu être contestée en ce qu'il apparaît que les honoraires de l'avocat ont trouvé leur cause nécessaire dans la faute qui a donné lieu à l'instance en réparation.

En ce qui concerne la responsabilité contractuelle, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 2 septembre 2004, que les honoraires des avocats et des conseils techniques ne sont pas des frais et dépens, au sens des articles 1017 à 1022 du Code judiciaire, mais qu'ils constituent bien un élément du dommage causé par les manquements contractuels reprochés; qu'en vertu de l'article 1149 du Code civil, en cas d'inexécution fautive d'une obligation contractuelle, le débiteur de l'obligation doit entièrement répondre de la perte subie par le créancier et du gain dont celui-ci a été privé, sous réserve de l'application des articles 1150 et 1151 du Code civil; qu'en application de l'article 1151 de ce code, les dommages et intérêts dus au créancier ne doivent comprendre que ce qui est une suite nécessaire de l'inexécution de la convention.

Elle a conclu que les honoraires et frais d'avocat ou de conseil technique exposés par la victime d'une faute contractuelle peuvent constituer un élément de son dommage donnant lieu à indemnisation dans la mesure où ils présentent ce caractère de nécessité<sup>1505</sup>.

On a pu soutenir que cette jurisprudence déterminait une différence de traitement entre, d'une part, le demandeur de réparation ou la partie civile, qui peuvent englober les honoraires et les frais d'avocat dans leur dommage, et, d'autre part, le défendeur ou le prévenu, qui n'ont pas cette possibilité.

Le tribunal de première instance de Louvain a saisi la Cour d'arbitrage de questions préjudicielles portant sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, et 1149 du même Code, interprétés en ce sens.

Par un arrêt du 19 avril 2006, la Cour d'arbitrage a examiné si cette différence de traitement entre la partie demanderesse et la partie défenderesse est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Elle a affirmé que : "*B.3.1. La victime d'une faute qui obtient gain de cause dans une action en responsabilité civile, d'une part, et le défendeur ou le prévenu qui obtient gain de cause dans une telle action, d'autre part, se trouvent dans une situation objectivement différente : dans le premier cas, la responsabilité est établie et les règles du droit de la responsabilité sont donc applicables, alors qu'il n'en est pas de même dans le deuxième cas. ( ... ) B.3.3. La différence de traitement entre, d'une part, le demandeur ou la partie civile, qui peuvent englober les honoraires et frais d'avocat dans leur dommage, et, d'autre part, le défendeur ou le prévenu, qui n'ont pas cette possibilité, repose, en ce qu'elle découle des règles de la responsabilité civile inscrites aux articles 1149, 1382 et 1383 du Code civil, sur un*

<sup>1504</sup> Cass., 11 avril 1956, Pas., 1956, I, p. 841; 11 juin 1956, Pas., 1956, I, p. 1098; 18 juin 1964, Pas., 1964, I, p. 1121.

<sup>1505</sup> Cass., 2 septembre 2004, n° de rôle C010186F. Voy. G. MARY, La répétibilité des frais et honoraires d'avocat, J.T., 2007, p. 2 et s.

*critère pertinent : si l'action en responsabilité est déclarée fondée, il est judiciairement établi que le défendeur ou le prévenu ont commis une faute, tandis que la décision qui déboute le demandeur ou la partie civile ne contient pas la démonstration d'une faute qu'ils auraient commise.*

La Cour d'arbitrage a jugé cependant que les problèmes posés par les questions préjudicielles excédaient le domaine de la responsabilité civile- et c'est par là que sa jurisprudence peut intéresser la matière de l'expropriation.

Elle a poursuivi en énonçant : "*Le droit de s'adresser à un juge concerne tout autant la liberté d'agir en justice que celle de s'y défendre. Le fait que des parties s'opposent quant au contenu juridique de leurs obligations et doivent, dès lors, recourir au juge pour trancher leur litige ne saurait être considéré comme une faute. De même, une partie raisonnable et de bonne foi peut se tromper sur l'étendue de ses droits. B.4.2. L'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit à toute personne le droit de bénéficier d'un procès équitable, ce qui peut impliquer, en vue de comparaître devant une juridiction, l'assistance d'un conseil lorsqu'il ressort des circonstances de la cause qu'il est très improbable que la personne concernée puisse défendre utilement sa propre cause (Cour européenne des droits de l'homme, Airey c/Irlande, 9 octobre 1979). B.4.3. Le droit d'accès à un juge et le principe de l'égalité des armes impliquent également l'obligation de garantir un équilibre entre les parties au procès et d'offrir à chaque partie la possibilité de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires (Cour européenne des droits de l'homme, Dombo c/Pays-Bas, 22 septembre 1993; Öçalan c/Turquie, 12 mars 2003; Yvon c/France, 24 avril 2003). B.4.4. C'est au législateur qu'il appartient de donner une portée concrète aux principes généraux tels l'accès à un juge et l'égalité des armes et de déterminer dans quelle mesure la répétibilité des honoraires et frais d'avocat doit y contribuer. Mais il relève de la compétence de la Cour, sans qu'elle puisse se substituer au législateur, de vérifier si les différentes parties au procès ne sont pas traitées de manière discriminatoire. B.4.5. Il peut être nécessaire pour la victime d'un acte illicite ou d'un manquement contractuel de s'adresser à un juge si l'auteur du dommage conteste sa responsabilité et de faire appel à un avocat en vue de défendre ses intérêts. Toutefois, si le responsable prétendu souhaite contester à l'aide d'arguments sérieux sa responsabilité ou l'étendue du dédommagement demandé, l'exercice de son droit de défense peut également justifier l'assistance d'un avocat. B.4.6. Le coût éventuel d'une procédure judiciaire peut donc influencer aussi bien la décision d'intenter une action que la décision de se défendre contre une demande ou une accusation. La situation financière des différentes parties au procès peut être aggravée dans la même mesure par la charge des honoraires et frais d'avocat. B.5.1. Or, dans l'état actuel du droit, les parties à un procès ne peuvent être indemnisées des honoraires et frais d'avocat qu'en subissant les différences de traitement examinées en B.3. Même si celles-ci sont justifiées au regard des règles de la responsabilité civile, elles ne satisfont pas aux exigences du procès équitable et de l'égalité des armes, puisque les parties assument inégalement le risque d'un procès. Le défendeur ou le prévenu qui obtiennent gain de cause dans une action en responsabilité dirigée contre eux sont donc victimes d'une discrimination en ce que les honoraires et frais d'avocat nécessaires à leur défense ne peuvent être mis à charge du demandeur ou de la partie civile qui succombe. B.5.2. Cette différence de traitement ne provient cependant pas des articles du Code civil mentionnés dans les questions préjudicielles. Elle est due à l'inexistence de dispositions qui permettraient au juge de mettre les honoraires et frais d'avocat à charge de la*

*partie qui succombe. B.6. Pour mettre fin à cette discrimination, il appartient au législateur d'apprécier de quelle manière et dans quelle mesure la répétibilité des honoraires et frais d'avocat doit être organisée. Cette répétibilité fait l'objet de dispositions législatives notamment aux Pays-Bas, en France et en Allemagne. Par ailleurs, selon la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe n° R(81)7 sur les moyens de faciliter l'accès à la justice, « la partie gagnante, sauf dans des circonstances particulières, doit, en principe, obtenir de la partie perdante le remboursement de ses frais et dépens, y compris les honoraires d'avocat, qu'elle a raisonnablement exposés à propos de la procédure ».*

La Cour a conclu que les parties à un procès sont traitées de manière différente sans justification raisonnable mais que cette discrimination n'a pas son origine dans les articles 1149, 1382 ou 1383 du Code civil, de telle sorte que les questions préjudicielles appelaient une réponse négative<sup>1506</sup>.

La jurisprudence judiciaire détermine encore une différence de traitement entre les créanciers de dettes de somme, soumis à l'article 1153 du Code civil, et les créanciers de dettes de valeur correspondant à la réparation du dommage consécutif à une faute contractuelle.

Cette différence de traitement a amené le tribunal de première instance de Liège à poser deux questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage.

Celle-ci a décidé, par un arrêt du 14 juin 2006, dans la ligne de l'arrêt du 19 avril 2006, précité, que cette différence de traitement n'était pas due au système du forfait organisé par l'article 1153 du Code civil "à une époque où ni la loi, ni la jurisprudence n'admettaient le principe de la répétibilité des honoraires et frais d'avocat. Elle provient de ce que, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004, le législateur n'a pas organisé la répétibilité des honoraires et frais d'avocat, ce qui eût permis d'éviter les différences de traitement auxquelles peut donner lieu l'application de la jurisprudence nouvelle aux seules dettes de valeur. C'est au législateur qu'il appartient d'apprécier de quelle manière et dans quelle mesure la répétibilité des honoraires et frais d'avocat doit être organisée"<sup>1507</sup>.

En ce qui concerne l'indemnité d'expropriation, dont on sait qu'elle correspond à une créance de valeur, il semble que la Cour de cassation n'ait jamais tranché, jusqu'ici, le problème de la "répétibilité" des honoraires de l'avocat.

Elle ne s'est opposée qu'à l'inclusion, dans l'indemnité d'expropriation, des honoraires d'un conseil technique (géomètre, architecte, comptable, ingénieur agronome)<sup>1508</sup>, l'explication de cette attitude paraît devoir être trouvée dans les lois

<sup>1506</sup> C.A., 19 avril 2006, n° 57/2006, n° de rôle 3689, 3692 et 3726, Moniteur belge, 7 juillet 2006.

<sup>1507</sup> C.A., 14 juin 2006, n° 95/2006, n° du rôle 3742 et 3774, B.7.3., B.13 et B.14, Moniteur belge, 14 août 2006.

<sup>1508</sup> "Attendu que, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, comme en droit commun, la relation causale doit revêtir un caractère de nécessité; Attendu que le recours à un conseiller technique est une mesure que les défendeurs ont personnellement jugé utile de prendre, en dehors de celles qui sont prévues par la loi; qu'ils ne pouvaient par leur fait aggraver, à charge de l'autorité expropriante, le préjudice résultant de l'expropriation; Attendu qu'il suit de ces considérations que le juge d'appel n'a pu, sans violer les dispositions légales visées dans le moyen, inclure dans l'indemnité d'expropriation la

sur l'expropriation, qui prévoient l'intervention d'un expert dont les frais et honoraires sont mis à charge de l'expropriant par le biais des dépens : *"le recours à l'assistance d'un expert personnel est en quelque sorte jugé superfétatoire par la Cour"*<sup>1509</sup>.

Un arrêt du 5 mai 2006 ne cite l'article 6 de la C.E.D.H. que comme la justification de recourir à un conseil technique<sup>1510</sup>.

Par un arrêt du 16 novembre 2006, la Cour de cassation, statuant sur un litige relatif à la responsabilité d'un médecin, a affirmé que *"les frais et honoraires d'avocat exposés par la victime d'une faute extracontractuelle peuvent constituer un élément du dommage donnant lieu à indemnisation dans la mesure où ils sont nécessaires pour permettre à la victime de faire valoir ses droits à l'indemnisation de son dommage"*<sup>1511</sup>. Comme l'observe justement Gauthier MARY, *"la Cour confirme l'enseignement unanime de la doctrine, qui avait déjà étendu l'application de l'arrêt du 2 septembre 2004 à cette matière"*<sup>1512</sup>.

La question paraît désormais en voie d'être réglée : l'article 1022 du Code judiciaire, tel que modifié par l'article 7 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétabilité des honoraires et frais d'avocat, dispose que *"l'indemnité de procédure est une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant obtenu gain de cause"*<sup>1513</sup>.

Le législateur a confié au Roi le soin d'établir, par arrêté délibéré en conseil des ministres, après avoir pris l'avis de l'Ordre des barreaux francophone et germanophone et de l'Orde van Vlaamse Balies, le montant de base, minima et maxima, de l'indemnité de procédure, en fonction notamment de la nature de l'affaire et de l'importance du litige.

Le législateur a prévu la possibilité pour le juge de réduire l'indemnité soit de l'augmenter, à la demande d'une des parties et sur décision spécialement motivée, sans cependant dépasser les montants maxima et minima prévus par le Roi.

---

*somme que les défendeurs ont déboursée pour frais d'assistance technique"* (Cass., 14 juin 1990, Pas., 1990, I, p. 1159).

<sup>1509</sup> M. NIHOUL, o.c., J.T., 1996, p. 407. Voy. encore J. LINSMEAU, Pour la répétabilité des honoraires d'avocats, R.G.A.R., 1998, 12915.

<sup>1510</sup> Cass., 5 mai 2006, J.L.M.B., 2006, p. 857 ; J.T., 2006, p. 339, obs. B. DE CONINCK.

<sup>1511</sup> Cass., 16 novembre 2006, J.T., 2007, p. 14 ; obs. B. DE CONINCK ; R.G.A.R., 2007, 14205, obs. N. ESTIENNE.

<sup>1512</sup> La répétabilité des frais et honoraires d'avocat, o.c., J.T., 2007, p. 13.

<sup>1513</sup> Dans son avis sur la proposition de loi appelée à devenir la loi du 21 avril 2007, la section de législation du Conseil d'Etat a observé que *"En donnant la possibilité au juge d'intégrer tout ou partie des honoraires et des frais d'avocats dans les « frais et dépens » au sens large, puisque l'article 1017bis, proposé, se situe dans le titre IV du livre II, de la quatrième partie du Code judiciaire intitulée « Des frais et dépens », la proposition évite les questions liées au champ d'application de la répétabilité suscitées par l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004. La répétabilité s'applique de manière identique à tous les litiges en matière civile portés devant les juridictions de l'ordre judiciaire, qu'ils relèvent ou non de la responsabilité civile contractuelle ou délictuelle; elle vaut aussi bien pour le demandeur que pour le défendeur"* (Doc. parl., Sénat, sess. 2006-2007, n° 3-1686-2006/2007, n° 3).

267. *La réformation du montant de l'indemnité et la restitution des "fruits civils"*

La loi du 6 avril 2000 est venue modifier, en ce qui concerne les intérêts dus sur la partie à rembourser de l'indemnité d'expropriation, l'article 18 de la loi du 17 avril 1835 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique et l'article 21 de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique<sup>1514</sup>.

Ses dispositions sont libellées respectivement comme suit : "*Si le jugement qui a fixé l'indemnité est réformé et si l'arrêt en a diminué le montant et a dès lors condamné l'exproprié au remboursement du trop-perçu, celui-ci est redevable des fruits civils qu'il a perçus ou aurait pu percevoir sur ce montant jusqu'au jour de la condamnation au remboursement. Ces fruits sont toujours égaux au taux de l'intérêt de la Caisse des dépôts et consignations pour la période où les sommes y sont restées consignées, et au taux de refinancement de la Banque centrale européenne à partir du retrait de celles-ci. Pour la période antérieure au 1er janvier 1999, les fruits s'élèvent à 3 % à partir du retrait des sommes de la Caisse des dépôts et consignations*". "*Si au cours de la procédure, l'indemnité d'expropriation est diminuée par décision judiciaire et que l'exproprié est dès lors condamné au remboursement du trop-perçu, celui-ci est redevable des fruits civils qu'il a perçus ou aurait pu percevoir sur ce montant jusqu'au jour de la condamnation au remboursement. Ces fruits sont toujours égaux au taux de l'intérêt de la Caisse des dépôts et consignations pour la période où les sommes y sont restées consignées, et au taux de refinancement de la Banque centrale européenne à partir du retrait de celles-ci. Pour la période antérieure au 1er janvier 1999, les fruits s'élèvent à 3 % à partir du retrait des sommes de la Caisse des dépôts et consignations*".

**G. La rétrocession**<sup>1515</sup>

C'est dans l'article 23 de la loi du 17 avril 1835, modifié par la loi du 12 juillet 1976, qu'il faut rechercher encore aujourd'hui le fondement du droit de rétrocession. La loi du 26 juillet 1962 est muette à cet égard.

Si les terrains acquis pour travaux d'utilité publique ne reçoivent pas cette destination<sup>1516</sup>, un avis publié de la manière indiquée [en l'article 6, titre II, de la loi du 8 mars 1810] fait connaître les terrains que l'administration est dans le cas de

<sup>1514</sup> Selon son article 4, cette loi est entrée en vigueur le 1er juin 2000. Elle s'applique aux litiges qui, au moment de son entrée en vigueur ne sont pas encore tranchés par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée.

<sup>1515</sup> Voy. A. DAL, Le régime juridique de la rétrocession en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, obs. sous Civ. Bruxelles, 12 mars 1998, J.L.M.B., 1999, p. 861 à 866.

<sup>1516</sup> Une affectation différente ouvre le droit à rétrocession (Appel Liège, 23 février 1990, Rev. régionale de droit, 1990, p. 371; 6 mai 1992, J.T., 1993, p. 70). Mais tout est une question de mesure : une affectation légèrement différente n'ouvre pas le droit à rétrocession; ainsi jugé au sujet d'une expropriation décidée en vue de créer une école moyenne pour jeunes filles et ayant abouti à la création de complexes scolaires de type différent (Appel Liège, 23 mai 1980, J.T., 1980, p. 329).

revendre. Dans les trois mois de cette publication, les anciens propriétaires qui veulent réacquérir la propriété desdits terrains sont tenus de le déclarer à peine de déchéance<sup>1517</sup>.

A défaut de publication de cet avis, les anciens propriétaires ou leurs ayants droit, peuvent demander la remise desdits terrains, et cette remise sera ordonnée en justice sur la déclaration de l'administration qu'ils ne sont plus destinés à servir aux travaux pour lesquels ils avaient été acquis.

Le prix des terrains à rétrocéder sera fixé par le tribunal de la situation, si mieux n'aime le propriétaire restituer le montant de l'indemnité qu'il a reçue. La fixation judiciaire ne pourra en aucun cas excéder le montant de l'indemnité.

Le droit de rétrocession se prescrit par trente ans; la prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où l'expropriant a reconnu, directement ou indirectement, que le terrain empris ne sera pas affecté à la destination d'utilité publique prévue<sup>1518</sup>.

Les huit alinéas suivants de l'article 23 prévoient un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la société nationale terrienne doit être mise en mesure de se substituer aux anciens propriétaires.

---

<sup>1517</sup> Par un arrêt du 24 avril 2003, en cause de J. Dicks et M. Verleysen contre la Communauté flamande, la Cour d'appel de Bruxelles a posé à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle suivante : *"Tels qu'interprétés par la Cour de cassation en son arrêt du 14 octobre 1948 (Pas., I, p. 564), les articles 23 de la loi du 17 avril 1835 et 12 et 3 de la loi du 27 mai 1870 ne violent-ils pas les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que les propriétaires qui font l'objet d'une expropriation, auxquels il est reconnu, ou à leurs ayants droit, un droit personnel de rétrocession à exercer dans un délai fixé par la loi, doivent prendre connaissance de l'acte individuel les concernant en consultant les panneaux d'affichage de la commune alors que tous les administrés faisant l'objet d'un acte à portée individuelle émanant d'une autorité publique peuvent soutenir que celui-ci ne leur est pas opposable tant qu'il ne leur a pas été notifié, avec la conséquence que, pour eux, le délai pour l'exercice de leurs droits ne commence à courir qu'à dater de cette notification ?"*

La Cour d'arbitrage a répondu que dans l'interprétation retenue par le juge a quo, les dispositions en cause traitent différemment les personnes visées, à savoir les propriétaires qui ont été expropriés auxquels est reconnu un droit de rétrocession lorsque les terrains acquis pour travaux d'utilité publique ne reçoivent pas cette destination, des autres administrés, puisqu'elles doivent prendre connaissance de l'acte individuel qui les concerne en consultant les panneaux d'affichage de la commune, alors que de manière générale un acte administratif à portée individuelle n'est pas opposable à un administré tant qu'il ne lui a pas été notifié. L'absence de notification de l'avis dont il est fait mention à l'article 23 de la loi du 17 avril 1835 porte atteinte au principe général selon lequel un acte administratif à portée individuelle doit faire l'objet d'une communication individuelle aux personnes concernées. La publication de l'avis a des effets déterminants sur la situation des anciens propriétaires puisqu'elle fait courir un délai de trois mois dont l'échéance leur fait perdre le droit de réacquérir la propriété du bien exproprié, corollaire du droit de propriété que leur reconnaît par ailleurs cet article. La Cour d'arbitrage a conclu qu'ainsi interprétées, les dispositions en cause violaient les articles 10 et 11 de la Constitution. Mais elle a constaté encore que les dispositions en cause pouvaient être interprétées comme prévoyant la notification aux propriétaires de l'avis dont il est fait mention dans l'article 23 de la loi du 17 avril 1835, en application de l'article 3, alinéa 2, de la loi du 27 mai 1870 et qu'ainsi interprétées, ces dispositions étaient compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution (C.A., 28 avril 2004, n° 64/2004, n° de rôle 2695, Moniteur belge 25 juin 2004).

<sup>1518</sup> Liège, 23 février 1990, précité.



Il convient de tenir compte cependant de certaines législations dérogatoires à la règle ainsi énoncée : c'est ainsi que l'article 11 du décret wallon du 11 mars 2004 relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques dispose que le droit de rétrocession visé à l'article 23 de la loi du 17 avril 1835 ne peut être invoqué.

### § 3. Les servitudes d'utilité publique

#### 268. Définition

Les servitudes d'utilité publique permettent d'imposer des restrictions à l'usage et à la jouissance des propriétés<sup>1519</sup> privées ou à des biens relevant du domaine privé ou public de l'administration. L'instrument juridique est moins intrusif que l'expropriation d'utilité publique puisque les individus ne sont pas privés de leur propriété. En droit privé, une servitude est "une charge imposée à un héritage pour l'utilité et l'usage d'un héritage appartenant à un autre propriétaire", selon les termes de l'article 657 du code civil.

Il est spécifique de l'action publique puisqu'à l'opposé des servitudes de droit privé, les servitudes d'utilité publique ne sont pas susceptibles d'aliénation, d'extension, de restriction, de prescription et sont toujours établies dans un but d'intérêt général. En outre, elles sont parfois instaurées au bénéfice de la collectivité tout entière, en l'absence donc d'un fond dominant (servitude d'ancrage sur les façades pour des éléments bénéficiant à tous comme l'électricité). Elles comportent parfois un fond dominant comme les servitudes établies en faveur des chemins de fer ou des aéroports.

#### 269. Régime juridique

Les servitudes d'utilité sont établies par<sup>1520</sup> ou en vertu de normes à valeur législative<sup>1521</sup> et s'éteignent par les mêmes voies.

A l'opposé du dispositif constitutionnel relatif au principe de l'indemnisation en cas d'expropriation, le principe en cas d'instauration d'une servitude d'utilité publique reste l'absence d'indemnisation de celui ou ceux qui la subissent<sup>1522</sup>. En l'absence de transfert ou de privation de la propriété, la préservation d'intérêt général pouvait dicter ce type de solution.

Toutefois, la proportionnalité et la gestion raisonnable des intérêts publics ont conduit le législateur, dans de nombreuses hypothèses, à prévoir un

<sup>1519</sup> PH. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, déjà cité, spéc. p. 188, n°220.

<sup>1520</sup> La loi du 26 mars 1914 pour la préservation du champ de bataille de Waterloo contient un régime complet détaillé établissant les servitudes d'utilité publique.

<sup>1521</sup> La loi identifie le but d'utilité public, les restrictions et les procédures et désigné l'autorité chargée d'imposer et d'administrer les restrictions proprement dites aux biens par des mesures de portée générale (plan de secteur) ou individuelle (délivrance d'un permis d'urbanisme assorti du respect de certaines conditions). Les décisions prises par l'administration dans ce cadre relève de la police administrative (PH. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, déjà cité, spéc. pp. 188-189, n°221).

<sup>1522</sup> Rappelé par la cour ce cassation (cass, 16 mars 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 499) et la cour d'arbitrage (C.A., n°50/93, 24 juin 1993).

dédommagement en compensation des inconvénients, sans pour s'inscrire dans un principe d'indemnisation d'un préjudice.

En l'absence de pareil dispositif normatif, il est généralement admis que le principe d'égalité inscrit dans l'article 10 de la Constitution s'oppose à l'instauration de charges disproportionnées, en général et en particulier aux propriétés<sup>1523</sup>.

## **Chapitre 2. Des limites et du contrôle de l'action de l'administration publique**

### **Section 1. La responsabilité des pouvoirs publics<sup>1524</sup>**

#### *270. Présentation*

La responsabilité des pouvoirs publics dans ses trois fonctions principales, administratives, juridictionnelle et législative a connu de récentes et très importantes évolutions (§2). Avant de les aborder, la responsabilité de l'administration publique et de ses agents est présentée dans une perspective historique (§1).

#### **§1. La responsabilité de l'administration publique et de ses agents**

#### *271. Introduction*

La question de la responsabilité des pouvoirs publics du fait de leurs agents, combinée à celle de la responsabilité des agents des pouvoirs publics, a donné lieu à une doctrine et une jurisprudence abondantes<sup>1525</sup>.

<sup>1523</sup> Rappelé par la Cour d'arbitrage (C.A., n°63/96, 7 novembre 1996) et la section législation du Conseil d'Etat (avis cité par R. ANDERSEN P. NIHOUL, "Le conseil d'Etat - chronique de jurisprudence 1999", *Rev. b. dr. constitutionnel*, 2000/3 et 4, pp.361-362).

<sup>1524</sup> Ce chapitre a été rédigé avec la contribution de D. Fisse, assistant à l'Ulg.

<sup>1525</sup> Voyez par exemple CAMBIER C., « *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents* », Larcier, Bruxelles, 1947 ; LEWALLE P., « *La responsabilité délictuelle de l'administration et la responsabilité personnelle de ses agents : un système ?* », A.P.T., 1989, pp. 6 et ss. ; LEWALLE P., « *Responsabilité des pouvoirs publics* », in C.U.P., Vol. X, Larcier, Bruxelles, 1996, pp. 59 et ss. ; COENRAETS Ph., « *La responsabilité aquilienne des organes de la puissance publique et la restauration du principe d'égalité* », note sous C.A., 18 décembre 1996, R.C.J.B., 1998, pp. 227 et ss. ; FAGNART J-L., « *L'action récursoire de l'Etat contre son organe responsable d'un accident de la circulation* », R.G.A.R., 2001, n° 13.415 ; JACQMAIN J., « *La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des agents des services publics* », *Chron.dr.soc.*, 2003, pp. 313 et ss. ; DEOM D., « *La responsabilité civile des fonctionnaires : une page se tourne* », *Rev. dr. comm.*, 2003/3, pp. 8 et ss. ; DUBUISSON B., « *La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents* », J.T., 2003, pp. 507 et ss. ; LEWALLE P., « *La responsabilité civile personnelle des agents de l'administration. Du code civil à la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques* », in *Liber amicorum Michel COIPEL*, Kluwer, Anvers, 2004, pp. 325 et ss. ; KERZMANN L., « *La loi du 10 février 2003 relative à*

Les pouvoirs publics sont des abstractions<sup>1526</sup> qui n'ont de réalité et ne peuvent agir que par l'intermédiaire des personnes physiques qui sont chargées de les exercer. Dans cet exercice, ces personnes physiques, qui n'agissent donc pas en leur nom personnel, peuvent causer un dommage.

Si la victime de ce dommage souhaite en obtenir réparation, pourra-t-elle s'adresser à cette fin au pouvoir public, à l'administration dont dépend l'agent auteur de l'acte (ou de l'abstention) litigieux ? En d'autres termes, la victime du dommage pourra-t-elle mettre en cause la responsabilité du pouvoir public du fait de son agent ? C'est une première question à laquelle il faudra tenter de répondre.

Une seconde question sera de savoir si cumulativement ou l'une à défaut de l'autre, la responsabilité personnelle de l'agent pourra également être recherchée par la victime du dommage.

La réponse à ces questions n'a pas toujours été la même au fil du temps. Aux solutions développées par la doctrine et la jurisprudence au cours des 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles (I) est venue se substituer, dans une large mesure au moins, la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité de et pour les membres du personnel au service des personnes publiques (II). Cette loi avait été précédée, dans la dernière décennie du siècle passé, par l'instauration de régimes spécifiques de responsabilité propres à certains secteurs : police, armée, services de renseignements et de sécurité, bourgmestres et échevins (IV). Des arrêts de la Cour constitutionnelle avaient par ailleurs rendu une intervention du législateur nécessaire (III). Enfin, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2003, la protection civile fera à son tour l'objet de mesures spécifiques à cet égard (V). Les lignes qui suivent s'articuleront autour de ces différentes étapes.

## **I. Le régime construit au cours des 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles**

### **272. Les distinctions entre actes de gestion et actes de souveraineté et entre organes et préposés**

Pétrie du culte voué au Code civil depuis la promulgation de celui-ci en 1804, la doctrine fut tentée, dans un premier temps, de résoudre la question de savoir si un

---

*la responsabilité des agents de services publics* », R.G.A.R., 2004, n° 13.877 ; RENDERS D. et PIRET F., « *La responsabilité pénale et civile des mandataires provinciaux et locaux* », in LE HARDY DE BEAULIEU L. (dir.), « *Droit de la démocratie provinciale et communale : la désignation et la responsabilité des mandataires* », Actes de la journée d'études du 21 juin 2006, P.U. Namur, 2006, pp. 83 et ss. ; BOVERIE M. et SMOOS S., « *La responsabilité des élus locaux : une question cruciale et délicate pour la démocratie locale* », <http://www.uvcw.be/articles/3,17,2,0,1470.htm>. ; LEWALLE P., *Droit administratif*, Ed. de l'Université de Liège, Liège, 2008-2009, Tome I, pp. 189 et ss. ; VAN MELSEN, « *La responsabilité civile du fait des agents des personnes publiques : entre organes, préposés, agents contractuels, agents statutaires et exigences du principe d'égalité et de non-discrimination* », C.D.P.K., numéro spécial du 10<sup>ème</sup> anniversaire, 2008, pp. 155 et ss. ; HENRY P. et DE COCQUEAU B., « *Le point sur la responsabilité du commettant* », in C.U.P., vol. 107, Anthémis, Liège, 2008, pp. 169 et ss.

<sup>1526</sup> P. LEWALLE, *Droit administratif*, op. cit., p. 189.

agent de l'administration qui cause un dommage à autrui engage la responsabilité de cette administration, en ayant recours à l'article 1384 du Code civil<sup>1527</sup>.

Cet article énonce notamment : « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. (...) Les maîtres et les commettants (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés (...)* ».

La solution proposée, fondée sur l'idée qu'un contrat liait l'administration et ses agents, assimilait l'administration à un commettant, responsable des fautes de ses préposés commises dans l'exercice des fonctions pour lesquelles ils étaient employés.

Cette thèse avait notamment pour inconvénient de mettre sur un même pied l'ensemble des personnes prenant part à l'exercice des missions des pouvoirs publics, du chef de l'Etat à l'agent occupant le rang le moins élevé de la hiérarchie administrative, en passant par les ministres, les hauts fonctionnaires, les mandataires communaux, ... Or il paraissait difficile de concevoir l'existence d'un contrat entre le pouvoir public et le chef de l'Etat ou un haut fonctionnaire.

La doctrine, rapidement suivie par la jurisprudence, abandonna cette piste et eut alors recours pour répondre à la question qui nous occupe, à une double distinction :

- la distinction entre acte de gestion et acte de souveraineté ;
- la distinction entre organe et préposé.

L'acte de souveraineté relevait d'une compétence reconnue au pouvoir public en tant que tel et dont celui-ci ne pouvait se dessaisir. L'agent qui posait cet acte se confondait avec le pouvoir public concerné qu'il incarnait. Il était alors considéré comme organe de ce pouvoir public.

A l'inverse, l'acte de gestion relevait d'une mission dont le pouvoir public avait pu se dessaisir en la confiant à certains de ses agents. Ceux-ci, quant à eux, étaient considérés comme des préposés du pouvoir public concerné.

Jusqu'en 1920, les cours et tribunaux refusèrent le plus souvent de connaître des demandes de réparation d'un dommage causé par un acte de souveraineté, au nom de la séparation des pouvoirs<sup>1528</sup>.

#### 273. L'arrêt « La Flandria » du 5 novembre 1920

Le 5 novembre 1920, la Cour de cassation prononça toutefois un arrêt appelé à passer à la postérité : l'arrêt « La Flandria »<sup>1529</sup>.

<sup>1527</sup> C. CAMBIER, « *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents* », Larcier, Bruxelles, 1947, p. 175.

<sup>1528</sup> P. LEWALLE, op. cit., p. 190.

Dans cet arrêt, la Cour abandonna la distinction entre acte de souveraineté et acte de gestion, en ce qu'elle amenait à exclure la compétence des cours et tribunaux à connaître de la demande d'un justiciable tendant à obtenir réparation de l'atteinte fautivement portée à son droit par un pouvoir public, lorsque l'atteinte résultait d'un acte de souveraineté.

Dans des « Attendu » devenus célèbres, la Cour décida en effet :

*« Attendu que la Constitution a déferé aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des « contestations qui ont pour objet des droits civils » (article 92) ; Attendu que, par ces termes, elle a mis sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, c'est-à-dire tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent, et confié aux cours et tribunaux la mission de réparer les atteintes portées à ces droits ; Qu'en vue de réaliser cette protection, la Constitution n'a égard ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit lésé ; Qu'en conséquence, dès lors qu'une personne qui se dit titulaire d'un droit civil allègue qu'une atteinte a été portée à ce droit et qu'elle demande la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé, le pouvoir judiciaire peut et doit connaître de la contestation et il est qualifié pour ordonner, le cas échéant, la réparation du préjudice, même au cas où l'auteur prétendu de la lésion serait l'Etat, une commune, ou quelque autre personne du droit public, comme aussi au cas où la lésion serait causée par un acte illicite d'administration publique ; (...)  
« (...) les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi ; qu'ils sont limités dans leur activité par les lois et notamment par celles qui organisent les droits civils et que, s'ils lèsent l'un de ces droits, le pouvoir judiciaire peut déclarer que leur acte a été accompli sans pouvoir, qu'il est donc illégal et constitutif de faute et accorder la réparation du préjudice ainsi causé, ce que faisant il fait œuvre non d'administrateur mais de juge d'une contestation dont l'objet est un droit civil (...) ».*

274. *Conséquence de l'arrêt « La Flandria » sur la question de la responsabilité des pouvoirs publics du fait de leurs agents*

L'abandon de la distinction entre acte de souveraineté et acte de gestion dans la mesure précitée, n'eut pas de répercussion sur la question de la responsabilité des pouvoirs publics du fait de leurs agents<sup>1530</sup>.

En fait, la distinction ou du moins une idée dérivée, a persisté jusqu'à nos jours, et servi à distinguer les agents des services publics ayant la qualité d'organes, des agents ayant la qualité de préposés.

<sup>1529</sup> Cass., 5 novembre 1920, Pas., 1920, I, pp. 239 et 240, précédé des conclusions de Monsieur le Premier Avocat général Paul LECLERCQ, pp. 193 et ss.

<sup>1530</sup> P. LEWALLE, Droit administratif, op. cit., p. 190, note 10.

La jurisprudence essentiellement, non sans difficultés, sera amenée à distinguer au fil des cas d'espèces qui lui seront soumis, les agents participant à l'exercice de la souveraineté, de ceux chargés des tâches d'exécution.

En 1963, la Cour de cassation énoncera : « *Sont organes de l'Etat ceux qui, en vertu de la loi ou des décisions prises ou des délégations données dans le cadre de la loi, disposent d'une parcelle, si minime soit-elle, de la puissance publique exercée par lui ou qui ont le pouvoir de l'engager vis-à-vis des tiers* »<sup>1531</sup>. A contrario, les autres agents sont des préposés.

275. *Conséquence de la distinction entre organes et préposés quant à la question de la responsabilité des pouvoirs publics du fait de leurs agents*

La question de la responsabilité de l'administration du fait de ses agents va recevoir une réponse différente selon que l'agent auteur du fait dommageable est un agent organe, ou selon qu'il s'agit d'un agent préposé.

L'agent organe étant l'incarnation du pouvoir public, il s'identifie en quelque sorte à celui-ci. S'il commet une faute, c'est comme si le pouvoir public concerné commettait lui-même une faute. La faute de l'agent organe engage dès lors directement la responsabilité du pouvoir public (théorie de l'organe).

Cette responsabilité est fondée sur l'article 1382 du Code civil aux termes duquel « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »<sup>1532</sup>.

Encore faut-il cependant que l'organe ait agi dans les limites de ses attributions légales<sup>1533</sup> ou qu'il doive être tenu comme ayant agi dans ces limites par tout homme raisonnable et prudent (apparence de fonctionnalité)<sup>1534</sup>.

Si tel n'est pas le cas<sup>1535</sup>, la responsabilité des pouvoirs publics ne pourra pas être recherchée en cas de faute commise par un organe. Le tiers lésé ne pourra mettre en cause que la responsabilité de l'agent fautif qui devra se défendre seul.

<sup>1531</sup> Cass., 27 mai 1963, Pas., 1963, I, pp. 1034 et ss.

<sup>1532</sup> Nous avons vu que dans l'arrêt La Flandria, la Cour de cassation avait estimé qu'au même titre que les particuliers, les pouvoirs publics étaient soumis au régime du droit commun de la responsabilité civile exposé aux articles 1382 et suivants du Code civil.

<sup>1533</sup> Il ne suffit pas que le fait dommageable soit en rapport avec les fonctions de l'agent, ni qu'il ait eu lieu à l'occasion ou au cours de son exercice ; il faut que le fait reproché consiste dans l'exécution fautive ou doléuse d'un acte qu'en raison de ses fonctions propres, l'agent avait le pouvoir ou le devoir d'accomplir (Cass., 31 mars 1943, Pas., 1943, I, p. 117). « *En d'autres termes, les déviations, détournements, abus de toute sorte, reprochables à l'organe, ne sont plus imputables qu'à sa seule personne* » (LEWALLE P., « Responsabilité des pouvoirs publics », op. cit., p. 75).

<sup>1534</sup> Cass., 29 mai 1947, Pas., 1947, I, p. 216. Voyez aussi Cass., 28 septembre 2006, n° C.02.0570.F : « *En règle, la faute dommageable commise par l'un des organes de l'Etat engage la responsabilité directe de celui-ci sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil lorsque l'organe a agi dans les limites de ses attributions légales ou qu'il doit être tenu comme ayant agi dans ces limites par tout homme raisonnable et prudent* ».

<sup>1535</sup> Si, en d'autres termes, la faute est commise dans l'exercice des fonctions mais ne s'inscrit pas dans les limites de celles-ci.

La responsabilité civile des pouvoirs publics est donc régie par les articles 1382 et suivants du Code civil en vertu desquels une faute simple suffit à engager la responsabilité. Puisque la faute fonctionnelle de l'organe engage directement la responsabilité du pouvoir public dont il relève, il faut conclure que la faute simple de l'organe suffit à engager cette responsabilité<sup>1536</sup>.

Les agents préposés quant à eux n'engageront pas directement mais seulement indirectement la responsabilité des pouvoirs publics, sur la base de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil. Le manquement reproché au préposé devra avoir été commis dans l'exercice des fonctions ou encore à l'occasion de cet exercice<sup>1537</sup>. La notion de faute susceptible d'engager la responsabilité du pouvoir public concerné est donc plus large lorsque l'agent fautif est un préposé que lorsqu'il est un organe. Ainsi, la responsabilité du pouvoir public se trouvera plus facilement et fréquemment engagée en suite de la faute d'un préposé qu'en suite de la faute d'un organe.

De manière générale, la mise en cause de la responsabilité du pouvoir public du fait de son agent, n'exonère pas l'agent de sa responsabilité civile personnelle, qui pourra être recherchée en même temps que celle du pouvoir public<sup>1538</sup>. Il y aura donc cumul de responsabilités<sup>1539 1540</sup>.

Par ailleurs, la faute, même légère<sup>1541</sup>, de l'agent, est de nature à engager sa responsabilité personnelle, tant à l'égard du pouvoir public qu'à l'égard d'un tiers et le pouvoir public qui a subi un dommage à la suite de la faute de son agent ou qui

<sup>1536</sup> Si la faute consiste en la violation d'une obligation déterminée de faire ou de ne pas faire, il n'y a pas lieu de se référer pour apprécier le comportement de l'organe, au comportement de l'homme normalement diligent et prudent placé dans les mêmes circonstances. La violation constatée de la norme imposant de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée suffit à établir l'existence de la faute. Dans les autres hypothèses, le caractère éventuellement fautif du comportement de l'organe sera apprécié au regard du critère de l'homme normalement diligent et prudent placé dans les mêmes circonstances. Voyez à ce sujet, Cass., 13 mai 1982, J.T., 1982, pp. 772 et ss. ; D. DE ROY, « *La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute ?* », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK, « *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration* », Bibliothèque de droit administratif, éd. La Charte, Bruxelles, 2006, pp. 67 et ss.

<sup>1537</sup> Cass., 4 novembre 1993, R.C.J.B., 1997, pp. 299 et ss. Et note de CORNELIS L., « *Plaidoyer pour une responsabilité uniforme en cas d'abus de fonction* ».

<sup>1538</sup> L'article 31 de la Constitution énonce que « (n)ulle autorisation préalable n'est nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics, pour faits de leur administration, sauf ce qui est statué à l'égard des ministres et des membres des Gouvernements de communauté et de région ».

<sup>1539</sup> Seule la responsabilité du pouvoir public pourrait être engagée si l'agent peut invoquer une cause d'exonération de responsabilité. Inversement, seule la responsabilité de l'agent pourra être recherchée si la faute qu'il a commis ne rentre pas dans le périmètre de celles qui sont de nature à permettre la mise en cause de la responsabilité du pouvoir public (par exemple, parce que l'agent organe n'a pas agi dans les limites de ses fonctions).

<sup>1540</sup> Voyez Mons, 24 novembre 1993, R.G.A.R., 1995, n° 12.402, Rev. dr. comm., 1996, p. 23.

<sup>1541</sup> Cass., 14 avril 1921, Pas., 1921, I, p. 143. Le comportement doit s'apprécier par rapport au comportement de l'agent normalement diligent et prudent placé dans les mêmes circonstances.



a vu sa responsabilité engagée à la suite de cette faute, peut se retourner contre son agent pour obtenir la réparation de son préjudice ou le remboursement de ses débours (action récursoire).

276. *Inconvénients de la distinction entre organes et préposés*

Ce système de responsabilité de l'administration du fait de ses agents, fondé sur la distinction entre organes et préposés, soulève diverses difficultés.

Premièrement, il revient aux juridictions d'apprécier qui, parmi les agents, sont organes et qui sont préposés. Il leur revient également d'apprécier le degré de rattachement de l'acte litigieux avec la fonction. Il en résulte de l'incertitude et des divergences d'appréciation possibles, d'une juridiction à l'autre.

Deuxièmement, le manquement commis par l'agent peut être constitutif d'infraction pénale. Si l'agent est poursuivi devant une juridiction répressive, la victime pourrait vouloir obtenir réparation de son dommage en se constituant partie civile tant contre l'agent que contre le pouvoir public dont il dépend. Toutefois, si l'agent a la qualité d'organe du pouvoir public, sa faute engage directement la responsabilité civile de celui-ci, la faute du pouvoir public s'identifiant à celle de l'organe. Le pouvoir public n'intervient donc pas comme civilement responsable et ne peut donc être mis à la cause comme tel devant le Juge pénal sur pied de l'article 4 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle et de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil. Par ailleurs, jusqu'en 1999, les personnes morales bénéficiaient du principe d'irresponsabilité pénale en vertu duquel les personnes morales ne pouvaient pas commettre d'infraction. Les juridictions répressives étant incompétentes pour connaître d'une infraction commise par une personne morale de droit public, elles refusaient également de connaître de la constitution de partie civile dirigée contre celle-ci. La victime du dommage était alors contrainte d'introduire une nouvelle procédure devant le juge civil pour obtenir réparation de son dommage à charge du pouvoir public concerné<sup>1542</sup>. La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales<sup>1543</sup> n'a remédié que très partiellement à cette difficulté en ce qui concerne les personnes morales de droit public puisqu'aussi bien, elle exclut de son champ d'application *ratione personae*, la plupart des personnes morales de droit public<sup>1544</sup>.

<sup>1542</sup> Le raisonnement est différent pour les agents préposés poursuivis devant une juridiction répressive. Dans ce cas, les juridictions acceptent de connaître de la constitution de partie civile dirigée contre le pouvoir public dont le préposé relève, au motif que dans ce cas, le pouvoir public est partie au procès en qualité de civilement responsable sur pied de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil.

<sup>1543</sup> *Moniteur belge*, 22 juin 1999, p. 23.411.

<sup>1544</sup> Son article 2 rétablit l'article 5 du Code pénal dont l'alinéa 4 énonce : « *Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les organes territoriaux intra-communales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale* ». Les travaux préparatoires de la loi enseignent que le législateur a voulu exclure du champ d'application

L'agent organe, à la différence de l'agent préposé, se retrouve seul devant la juridiction répressive pour faire face aux réclamations de la partie civile. Or, sa solvabilité n'est pas acquise.

En outre, qu'advient-il lorsque l'agent auteur du fait dommageable n'est pas identifié ? La victime du dommage pourra-t-elle néanmoins obtenir réparation de son dommage à charge du pouvoir public concerné ?

Cette dernière difficulté a trouvé une solution à la suite d'un arrêt du 19 décembre 1991 de la Cour de cassation dit arrêt « ANCA »<sup>1545</sup> dans lequel la Cour décide notamment « *que la responsabilité de l'Etat n'est, en effet, pas nécessairement exclue par le fait que celle de son organe ne peut, quant à elle, être engagée à la suite de l'acte dommageable que celui-ci a commis, soit que l'organe ne soit pas identifié, soit que l'acte ne puisse être considéré comme une faute de l'organe en raison d'une erreur invincible de celui-ci ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité le concernant personnellement, soit que cet acte constitue une faute mais que l'organe soit personnellement exonéré de la responsabilité pouvant en découler* ». C'est ce que l'on appellera la responsabilité des pouvoirs publics pour faute de service.

#### 277. Autre source de difficulté

Les agents des pouvoirs publics sont engagés dans les liens d'un statut ou d'un contrat de travail. La coexistence de ces deux instruments juridiques a posé une difficulté particulière dans le droit de la responsabilité de l'administration publique pour faits de ses agents. En effet, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 a instauré une immunité personnelle de responsabilité du travailleur pour sa faute légère accidentelle. Partant, alors qu'ils exerçaient parfois les mêmes responsabilités ou tâches quotidiennes, des agents se voyaient traités de ce point de vue, de manière fondamentalement différente. Cette différence n'était pas, à terme, tenable, dans un système juridique où le contrôle de la constitutionnalité des lois est confié à une juridiction particulièrement attentive au principe d'égalité et de non discrimination. Des événements tragiques allaient précipiter des interventions législatives diverses.

## II. L'instauration de régimes spécifiques de responsabilité propres à certains secteurs

---

de l'article 5 du Code pénal, les personnes morales de droit public disposant d'un organe directement élu selon des règles démocratiques (voyez doc. parl., Sén., s.o., 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3). La Cour constitutionnelle a considéré que ce critère était objectif et pouvait fonder une différence de traitement entre ces personnes morales de droit public et les autres personnes morales (voyez C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002, B.7.2. à B.7.6. ; C.A., n° 8/2005, 12 janvier 2005, B.6.3. et B.6.4. ; C.A., n° 31/2007, 21 février 2007, B.3., B.4.1. à B.4.4. et B.7.3.). Voyez à ce sujet NIHOUL M., « *L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle « constitutionnellement correcte » ?* », R.D.P., 2003, pp. 799 et ss.

<sup>1545</sup> Cass., 19 décembre 1991, J.T., 1992, pp. 142 et ss.

278. *La loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, la loi du 20 mai 1994 relative aux statuts du personnel militaire et la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité*

Les inconvénients générés par le mécanisme de responsabilité des pouvoirs publics du fait de leurs agents fondé sur la distinction entre organes et préposés, a conduit le législateur, dans le courant des années 1990, à établir pour certaines catégories de personnels entrant traditionnellement dans le périmètre de la notion d'organe, des régimes spécifiques.

La première législation adoptée en ce sens fut la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police<sup>1546</sup>.

Modifié par la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux<sup>1547</sup> et par la loi du 15 mai 2007 sur l'Inspection générale et portant des dispositions diverses relatives au statut de certains membres des services de police<sup>1548</sup>, son article 47 énonce :

*« L'Etat est responsable du dommage causé par les fonctionnaires de police de la police fédérale dans les fonctions auxquelles ils les a employés, comme les commettants sont responsables du dommage causé par le fait de leurs préposés.*

*L'Etat est également responsable du dommage causé par les fonctionnaires de liaison visés à l'article 134 de la loi provinciale dans les fonctions auxquelles il les a employés, comme les commettants sont responsables du dommage causé par le fait de leurs préposés.*

*L'Etat est également responsable du dommage causé par les fonctionnaires de police et par les membres du cadre administratif et logistique, désignés à l'Inspection générale de la police fédérale et de la police locale, dans les fonctions auxquelles il les a employés comme les commettants sont responsables du dommage causé par le fait de leurs préposés.*

*La commune ou, le cas échéant, la zone pluricommunale est responsable du dommage causé par les fonctionnaires de police de la police locale dans les fonctions auxquelles l'Etat, la commune ou la zone pluricommunale les a employés, comme les commettants sont responsables du dommage causé par le fait de leurs préposés.*

*La commune ou, le cas échéant, la zone pluricommunale peut exercer un recours contre l'Etat pour le dommage causé par le fonctionnaire de police de la police locale dans les missions que l'Etat lui a confiées »*<sup>1549</sup>.

Une législation analogue sera également promulguée en 1994 pour le personnel militaire<sup>1550</sup>, puis en 1998 pour certains membres des services de renseignement et de sécurité<sup>1551</sup>.

<sup>1546</sup> *Moniteur belge*, 22 décembre 1992, pp. 27.124 et ss.

<sup>1547</sup> *Moniteur belge*, 5 janvier 1999, pp. 132 et ss.

<sup>1548</sup> *Moniteur belge*, 15 juin 2007, pp. 32.637 et ss.

<sup>1549</sup> Voyez Cass., 2 décembre 1997, R.G. n° P. 96.0117.N ; Anvers, 16 février 2000, R. W., 2000-2001, 482 ;

<sup>1550</sup> Loi du 20 mai 1994 relative aux statuts du personnel militaire, *Moniteur belge*, 21 juin 1994, pp. 16.871 et ss. L'intitulé de cette loi a été modifié par la loi du 5 mars 2006 portant des dispositions diverses urgentes relatives aux statuts du personnel de la Défense

Toutes ces législations offrent, en ce qui concerne la question de la responsabilité des pouvoirs publics du fait de leurs agents, certains avantages par rapport à la situation résultant de la distinction organe – préposé.

Ainsi, tout en laissant subsister dans le chef des personnes visées, la qualité d'organe qui leur a été traditionnellement reconnue, ces lois permettent : d'une part, de rechercher la responsabilité des pouvoirs publics dès que la faute commise par l'agent est en relation avec le service. Une faute purement fonctionnelle n'est plus exigée ; et d'autre part, à la partie civile de réclamer réparation de son dommage au pouvoir public dont dépend l'agent poursuivi devant la juridiction répressive, directement devant celle-ci. « (L)a responsabilité civile de l'administration peut être engagée devant la juridiction pénale, sur la base de ces dispositions législatives, parce qu'elle est civilement responsable de l'agent, non pas parce qu'elle a commis une infraction. Cette responsabilité civile est indépendante d'une éventuelle responsabilité pénale »<sup>1552</sup>.

Par ailleurs, un régime d'immunité de responsabilité a été prévu pour ces différentes catégories d'agents.

Ainsi, l'article 48 de la loi du 5 août 1992, tel que modifié par la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux énonce-t-il que « les fonctionnaires de police visés à l'article 47, qui dans leurs fonctions causent un dommage à l'Etat, à la commune, à la zone pluricommunale ou à des tiers, ne doivent le réparer que s'ils commettent une faute intentionnelle, une faute lourde, ou une faute légère qui présente dans leur chef un caractère habituel. Un mandataire, un préposé ou un organe de l'Etat, de la commune ou de la zone pluricommunale, victime d'un accident de travail causé par un des fonctionnaires de police visés à l'article 47, ne peut intenter une action en justice en responsabilité civile contre ce fonctionnaire de police que pour autant que celui-ci ait intentionnellement causé l'accident de travail. En outre, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, exonérer en tout ou en partie les fonctionnaires de police de l'obligation de réparer le dommage conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup> en ce qui concerne la responsabilité à l'égard de l'Etat<sup>1553</sup> ».

Il en résulte que le fonctionnaire de police qui cause un dommage à un tiers ou à l'Etat, la commune ou la zone pluricommunale, ne pourra voir sa responsabilité engagée si celle-ci résulte d'une faute légère n'ayant pas un caractère habituel.

---

(*Moniteur belge*, 5 avril 2006, pp. 18.907) pour devenir « loi relative aux statuts du personnel de la Défense ». Son article 91 énonce : « L'Etat est responsable du dommage causé par le militaire dans les fonctions auxquelles il l'a employé, comme les commettants sont responsables du dommage causé par le fait de leurs préposés ».

<sup>1551</sup> Loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité, *Moniteur belge*, 18 décembre 1998, pp. 40.312 et ss. dont l'article 35 dispose que « (l)es officiers de protection affectés aux missions de protection des personnes bénéficient du même régime de responsabilité civile et d'assistance en justice que celui que les articles 47 à 53 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police octroient aux membres d'un service de police placé sous l'autorité d'un Ministre fédéral. L'assistance en justice des officiers de protection est à charge du Ministre de la Justice, lequel représente également l'Etat lorsque l'officier de protection appelle l'Etat à la cause dans les cas fixés par la loi sur la fonction de police ».

<sup>1552</sup> P. LEWALLE, op. cit., p. 201.

<sup>1553</sup> Aucun arrêté royal n'a été adopté à ce jour.

En outre, si le dommage est causé à un mandataire, un préposé ou un organe de l'Etat, de la commune ou de la zone pluricommunale dans le cadre d'un accident de travail causé par un fonctionnaire de police, les victimes ne pourront rechercher la responsabilité civile de l'agent fautif en justice, que si celui-ci a commis une faute intentionnelle (un dol)<sup>1554</sup>.

La loi du 5 août 1992 prévoit encore que l'action en responsabilité intentée par l'Etat, la commune ou la zone pluricommunale à l'encontre d'un de ses agents n'est recevable que si elle est précédée d'une offre de transaction faite au défendeur (article 49)<sup>1555</sup>.

Elle dispose également que le fonctionnaire de police visé à l'article 47 qui fait l'objet d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile ou répressive peut appeler à la cause l'Etat, la commune ou la zone pluricommunale qui, par ailleurs, peuvent intervenir volontairement (article 50)<sup>1556</sup>.

La loi prévoit en outre une intervention de l'Etat ou de la commune dans la prise en charge des frais de justice auxquels l'agent est condamné en justice pour des faits commis dans ses fonctions, sauf s'il a commis une faute intentionnelle, une faute lourde, ou une faute légère qui présente dans son chef un caractère habituel. Lorsqu'une de ces fautes est établie, l'Etat, la commune ou la zone pluricommunale décide, après avoir entendu le fonctionnaire de police, si celui-ci doit supporter la totalité ou bien une partie des frais de justice (article 51)<sup>1557</sup>.

Enfin, la loi du 5 août 1992 met en place un système d'assistance en justice en faveur des fonctionnaires ou anciens fonctionnaires de police (article 52)<sup>1558</sup>.

Ces législations spécifiques à certaines catégories d'agents ont été motivées par les circonstances particulières dans lesquelles ceux-ci étaient souvent amenés à intervenir (notamment le recours à la contrainte), les conséquences de leurs actes pouvant par ailleurs régulièrement dépasser très largement leurs propres capacités financières<sup>1559</sup>. Ces législations se sont très largement inspirées des principes

---

<sup>1554</sup> La loi du 20 mai 1994 relative aux statuts du personnel de la Défense prévoit également un régime d'immunité de responsabilité en son article 92, lequel est ainsi rédigé : « *Le militaire qui, dans ses fonctions, cause un dommage à l'Etat ou à des tiers ne doit le réparer que s'il commet une faute intentionnelle, une faute lourde ou une faute légère qui présente dans son chef un caractère habituel. En outre, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, exonérer, en tout ou en partie, les militaires de l'obligation de réparer le dommage conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup> en ce qui concerne la responsabilité à l'égard de l'Etat* ».

<sup>1555</sup> Voyez pour les militaires, l'article 93 de la loi du 20 mai 1994.

<sup>1556</sup> Voyez pour les militaires, l'article 94 de la loi du 20 mai 1994.

<sup>1557</sup> Voyez pour les militaires, l'article 95 de la loi du 20 mai 1994.

<sup>1558</sup> Voyez pour les militaires, l'article 96 de la loi du 20 mai 1994, ainsi que l'arrêté royal du 9 mars 1995 relatif à la responsabilité civile et à l'assistance en justice des militaires et à l'indemnisation du dommage subi par eux.

<sup>1559</sup> Voir par exemple le projet de loi sur la fonction de police, doc. parl., Ch. Représ., s.o., 1990-1991, n° 1637/1, pp. 72 et ss. ou le projet de loi relatif aux statuts du personnel militaire, doc. parl., Sén., s.o., 1993-1994, n° 928/1, pp. 17 et ss.

dégagés par le législateur dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Ces principes intervenaient déjà pour tous les fonctionnaires engagés dans les liens d'un contrat de travail, ce qui les plaçait dans une position plus favorable que les agentes statutaires confrontés aux mêmes difficultés<sup>1560</sup>.

#### 279. *La situation des bourgmestres et échevins*

Le législateur s'est également préoccupé de la situation des bourgmestres et des échevins par le biais d'une loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité civile et pénale des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente<sup>1561</sup>.

Issue de la réflexion menée dans le cadre des « Assises de la démocratie » tenues de décembre 1996 à juin 1997, cette loi partait du constat que la responsabilité des bourgmestres et échevins était de plus en plus souvent mise en cause, ce qui pouvait à terme déboucher sur une certaine paralysie de l'action des mandataires locaux et à une désaffection des candidats à l'exercice de ces mandats<sup>1562</sup>.

La loi du 4 mai 1999 insère dans la Nouvelle Loi Communale les articles 271 bis, 271 ter, 329 bis, 106 bis, 106 ter et y rétablit un article 144. Les trois premières dispositions concernent les bourgmestres et échevins, tandis que les trois dernières se rapportent aux membres de la députation permanente.

Le bourgmestre ou l'échevin qui fait l'objet d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile ou répressive, va pouvoir contraindre l'Etat ou la commune à intervenir à la cause (intervention forcée). L'Etat ou la commune peut également intervenir volontairement<sup>1563</sup>.

<sup>1560</sup> Infra, §3.

<sup>1561</sup> *Moniteur belge*, 28 juillet 1999, p. 28.223. Doc. parl., Sén., s.o., 1997-1998, n° 1-987/1 et ss. Voyez notamment BOVERIE M. et SMOOS S., « *La responsabilité des élus locaux : une question cruciale et délicate pour la démocratie locale* », <http://www.uvcw.be/articles/3,17,2,0,1470.htm>.

<sup>1562</sup> Doc. parl., Sén., s.o., 1997-1998, n° 1-987/1, Proposition de loi relative à la responsabilité civile et pénale des bourgmestres et échevins. Dans les développements de la proposition, on peut lire notamment : « *Force est de constater, qu'à l'heure actuelle, la responsabilité, et particulièrement la responsabilité pénale, des mandataires locaux est devenue une question très sensible. En effet, les mises en cause de plus en plus fréquentes de la responsabilité des bourgmestres et/ou échevins ont suscité chez ces derniers un réel émoi et une interrogation sur la portée et les limites de leurs fonctions. Face à une multiplication croissante des missions attribuées non seulement aux communes, mais aux bourgmestres eux-mêmes, à un moment où les contraintes budgétaires imposent des choix, ces derniers se retrouvent de plus en plus souvent tiraillés entre la volonté d'entreprendre et la crainte de fauter, l'obligation d'agir et le risque d'omettre. Le problème de la responsabilité personnelle des bourgmestres, à cause des inquiétudes qu'elle suscite légitimement auprès de ceux-ci, peut représenter un frein important à l'initiative et l'innovation dans la gestion communale, ainsi qu'un découragement des élus locaux pouvant conduire à une diminution des candidatures. L'étendue de la responsabilité des bourgmestres et échevins s'élargit d'autant plus que les cours et tribunaux interprètent avec plus de sévérité à leur égard la notion de responsabilité, alors que dans la majorité des cas, l'objectif premier poursuivi par les personnes lésées, même au pénal, reste la réparation civile du dommage subi par l'obtention de dommages et intérêts* ».

<sup>1563</sup> Article 271 bis.

La commune est civilement responsable du paiement des amendes auxquelles est condamné le bourgmestre ou l'échevin qui a commis une infraction dans l'exercice normal de ses fonctions<sup>1564</sup> et pour autant qu'il ne se trouve pas en état de récidive<sup>1565</sup>. Il prévoit également que la commune pourra ultérieurement se retourner contre le bourgmestre ou l'échevin concerné dans le cadre d'une action récursoire, pour autant que l'intéressé ait commis un dol, une faute lourde ou encore une faute légère présentant un caractère habituel.

Enfin, pour prémunir les finances communales, la commune est tenue de contracter une assurance visant à couvrir la responsabilité civile, en ce compris l'assistance en justice, qui incombe personnellement au bourgmestre et à l'échevin dans l'exercice normal de ses fonctions<sup>1566</sup>.

Un régime identique, *mutatis mutandis*, est prévu pour les membres de la députation permanente<sup>1567</sup>.

A la suite de la régionalisation de la législation communale<sup>1568</sup>, ces dispositions ont été insérées, en Région wallonne, dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation qui a substitué à l'Etat, la Région elle-même<sup>1569</sup>.

### III. L'intervention de la Cour constitutionnelle

#### 280. Observations liminaires

L'adoption de réglementations spécifiques à certains corps de la fonction publique ou à certaines catégories de mandataires devait immanquablement soulever des interrogations au regard des articles 10 et 11 de la Constitution consacrant les principes d'égalité et de non-discrimination.

<sup>1564</sup> Selon D. RENDERS et F. PIRET, cette règle ne trouverait pas à s'appliquer en cas d'apparence de fonctionnalité. Voyez RENDERS D. et PIRET F., « *La responsabilité pénale et civile des mandataires provinciaux et communaux* », op. cit., pp. 104-105.

<sup>1565</sup> Article 271 ter.

<sup>1566</sup> Article 329 bis.

<sup>1567</sup> Devenue, en Région wallonne, le collège provincial, articles 106 bis, 106 ter et 144.

<sup>1568</sup> Loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés, *Moniteur belge*, 3 août 2001, pp. 26.636 et ss.

<sup>1569</sup> L 1241-1 à L 1241-3 CDLD, ainsi qu'aux articles L 2224-1 à L 2224-3 CDLD. Parmi les réglementations spécifiques, il convient encore de relever la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers qui, en son article 68, énonce que la Commission bancaire, financière et des assurances (CBFA), les membres de ses organes et les membres de son personnel n'encourent aucune responsabilité civile en raison de leurs décisions, actes ou comportements dans l'exercice des missions légales de la CBFA sauf en cas de dol ou de faute lourde. Il faut également mentionner la loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer qui en son article 3 bis, § 1<sup>er</sup>, inséré par une loi du 30 août 1988, énonce notamment que le membre du personnel qui, par son fait ou son omission, a causé un dommage au navire piloté ou avec le navire piloté, n'est responsable que s'il a commis une faute intentionnelle ou une faute grave. Par ailleurs, il n'est tenu de réparer le dommage qu'il a causé par sa faute grave qu'à concurrence de 500.000 Bef. (12.394,68 €) par événement dommageable. Cette loi du 3 novembre 1967 a été abrogée pour ce qui concerne la Région flamande, par un décret du Conseil régional flamand du 19 avril 1995, à l'exception toutefois de ses articles 3 bis et 10, § 3.

Il en allait de même de la différence d'étendue de la responsabilité du pouvoir public, selon que celle-ci était engagée directement par l'acte de l'organe ou qu'elle l'était indirectement par l'acte d'un préposé. De même encore de la position différente que le pouvoir public occupait dans le procès pénal, selon qu'était poursuivi un organe ou un préposé.

C'est toutefois à propos de la comparaison entre le régime des travailleurs se trouvant sous contrat de travail et de ceux se trouvant sous statut que la Cour constitutionnelle va être amenée à prononcer différents arrêts qui conduiront le législateur fédéral à remettre l'ouvrage sur le métier en adoptant la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité de et pour les membres du personnel au service des personnes publiques.

281. L'arrêt n° 77/96 du 18 décembre 1996<sup>1570</sup>

En vertu de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, « (e)n cas de dommages causés par le travailleurs à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol et de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel. A peine de nullité, il ne peut être dérogé à la responsabilité fixée aux alinéas 1<sup>er</sup> et 2 que par une convention collective de travail rendue obligatoire par le Roi, et ce uniquement en ce qui concerne la responsabilité à l'égard de l'employeur. L'employeur peut, dans les conditions prévues à l'article 23 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, imputer sur la rémunération les indemnités et dommages-intérêts qui lui sont dus en vertu du présent article et qui ont été, après les faits, convenus avec le travailleur ou fixés par le juge ». L'article 1<sup>er</sup> de la même loi exclut de son champ d'application les personnes employées par les pouvoirs publics dans le cadre d'un statut.

Dans une première espèce<sup>1571</sup>, la Cour constitutionnelle va devoir répondre à la question de savoir si les articles 1382, 1383 et 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil sont conformes aux articles 10 et 11 de la Constitution, en tant qu'ils permettent notamment à l'Etat belge d'exercer un recours contre son organe lorsqu'à la suite d'une faute légère purement occasionnelle commise par celui-ci dans le cadre de ses fonctions, ledit Etat belge a indemnisé la victime du dommage dont son organe a été déclaré responsable, alors que l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 précitée limite la responsabilité civile du travailleur lié par un contrat de travail, en cas de dommages causés à l'employeur ou à des tiers dans l'exercice de son contrat, aux cas de dol, de faute lourde et de faute légère habituelle<sup>1572</sup>.

<sup>1570</sup> Voyez VAN MELSEN R., « La responsabilité civile du fait des agents des personnes publiques : entre organes, préposés, agents contractuels, agents statutaires et exigences du principe d'égalité et de non-discrimination », note sous C.A., n° 77/96, 18 décembre 1996, op. cit., pp. 155 et ss. ; COENRAETS Ph., « La responsabilité aquilienne des organes de la puissance publique et la restauration du principe d'égalité », note sous C.A., n° 77/96, 18 décembre 1996, R.C.J.B., 1998, pp. 227 et ss.

<sup>1571</sup> C.A., n° 77/96, 18 décembre 1996.

<sup>1572</sup> Ce qui vaut également pour les travailleurs occupés dans le cadre d'un contrat de travail, par un pouvoir public. Il convient d'observer qu'à la différence de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, l'article 18 crée une immunité de responsabilité pour le travailleur qui a



Après avoir rappelé l'existence de législations spécifiques à certains services publics, la Cour va constater qu'il est généralement admis que le pouvoir public qui à la suite de la faute d'un de ses organes, a été amené à indemniser la victime du dommage, peut se retourner contre son agent organe dans le cadre d'une action récursoire, même si la faute reprochée à l'agent organe était une faute légère occasionnelle (B.2.). Selon la Cour, il en résulte que les agents organes des pouvoirs publics ne sont pas traités de la même manière que les travailleurs contractuels placés dans la même situation « *puisque seuls les premiers sont exposés au risque d'une action récursoire de l'employeur visant au remboursement du dédommagement payé par celui-ci à des tiers* » (B.3.).

Cette différence de traitement « *n'étant pas justifiée étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique* » (B.3.), la Cour conclut que « *les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés en ce que, en matière de responsabilité civile dans le cadre de la relation de travail, d'une part, les articles 1382, 1383 et 1251, 3°, du Code civil permettent à l'Etat belge d'exercer un recours contre son organe lorsqu'à la suite d'une faute légère purement occasionnelle commise par celui-ci dans le cadre de ses fonctions, ledit Etat belge a indemnisé la victime du dommage dont son organe a été déclaré responsable et, d'autre part, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail limite la responsabilité civile du travailleur, lié par un contrat de travail, en cas de dommages causés à l'employeur ou à des tiers dans l'exercice de son contrat, aux cas de dol, de faute lourde et de faute légère habituelle* » (dispositif).

Ce faisant, la Cour ne dit pas que les articles 1382, 1383 et 1251, 3°, du Code civil violent les articles 10 et 11 de la Constitution, pas davantage qu'elle n'affirme que l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 serait contraire à ces dispositions constitutionnelles. De cette manière, deux possibilités s'offrent au législateur qui voudrait mettre fin à la discrimination dénoncée par la Cour : empêcher l'action récursoire des pouvoirs publics en cas de faute légère occasionnelle de leurs organes ou autoriser celle-ci en cas de faute légère occasionnelle du travailleur contractuel. Sans surprise, c'est la première branche de l'alternative qui sera retenue par le législateur dans le cadre de la loi du 10 février 2003.

282. *L'arrêt n° 20/99 du 17 février 1999*

La Cour constitutionnelle a également dû examiner la question de savoir si l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 violait les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il a pour effet que le tiers victime d'une faute légère occasionnelle est traitée différemment selon que la faute a été commise par un travailleur contractuel qui bénéficie d'une exonération totale de sa responsabilité en pareille hypothèse ou

---

commis une faute légère qui n'a pas de caractère habituel. Sa responsabilité ne peut donc être recherchée en pareille hypothèse. Dans le cadre de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, en revanche, la mise en cause de la responsabilité du commettant n'exonère pas le préposé de sa responsabilité personnelle. Une différence de traitement existe donc également entre les travailleurs sous contrat de travail et les agents statutaires qui ont la qualité de préposés.

selon qu'elle a été commise par un organe d'un pouvoir public qui peut être tenu personnellement pour responsable<sup>1573</sup>.

Pour répondre par la négative à cette question, la Cour rappellera que « l'exonération de la responsabilité que l'article 18 précité accorde au travailleur à l'égard des tiers, n'enlève rien, comme l'admettent généralement la jurisprudence et la doctrine, à la responsabilité de l'employeur fondée sur l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, pour autant que les conditions d'application de cette disposition soient remplies. La présomption de responsabilité établie par l'article 1384, alinéa 3, du Code civil est irréfragable, en sorte que l'employeur est objectivement responsable. L'exonération de responsabilité dans le chef du travailleur à la suite d'une faute légère occasionnelle n'empêche donc pas en principe que la victime soit indemnisée » (B.3.3.). Il peut évidemment se faire qu'en pareille hypothèse, la victime soit confrontée à l'insolvabilité de l'employeur ou que le dommage ne soit pas couvert par une assurance. Pour la Cour toutefois, la mise en balance des intérêts des victimes dans cette hypothèse particulière et des intérêts des travailleurs n'aboutit pas au constat que cette limitation de responsabilité serait disproportionnée à l'objectif poursuivi par l'article 18, à savoir tenir compte du surcroît de risque qu'implique toute activité professionnelle et du fait que les travailleurs exercent la leur, pour partie, au profit de leur employeur (B.4.).

283. L'arrêt n° 19/2000 du 9 février 2000

Tenant un raisonnement analogue à celui développé dans les deux arrêts précités, la Cour dira aussi que « les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés par le fait qu'un enseignant du secteur public, organe de la puissance publique, peut faire l'objet d'une condamnation personnelle à des dommages et intérêts en faveur d'une victime sur la base de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil, et donc sur la base d'une faute si légère soit-elle »<sup>1574</sup>.

284. L'arrêt n° 29/2000 du 21 mars 2000

En revanche, invitée à examiner la différence de traitement existant entre les militaires d'une part et les autres agents statutaires, la Cour constitutionnelle a considéré qu'il n'y avait pas de discrimination<sup>1575</sup>.

L'article 93, §1<sup>er</sup>, de la loi du 20 mai 1994 relative aux statuts du personnel de la Défense énonce que « l'action en justice exercée par l'Etat contre un militaire sur la base de l'article 92, n'est recevable que si elle est précédée d'une offre de transaction au défendeur. Cette offre de transaction émane de l'autorité désignée par le Roi ».

La Cour avait à examiner la question suivante : « L'article 93 de la loi du 20 mai 1994 relative aux statuts du personnel militaire, en ce qu'il subordonne la recevabilité de l'action en justice de l'Etat contre un militaire à la formulation d'une

<sup>1573</sup> C.A., n° 20/99, 17 février 1999.

<sup>1574</sup> C.A., n° 19/2000, 9 février 2000.

<sup>1575</sup> C.A., n° 29/2000, 21 mars 2000.

*offre transactionnelle préalable, est-il conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution ainsi qu'à l'article 13 de la Constitution<sup>1576</sup> lu en combinaison avec les articles 10 et 11 précités ? »<sup>1577</sup>.*

La Cour va tout d'abord considérer que la différence de traitement existant à cet égard entre les militaires d'une part et les autres agents statutaires d'autre part, repose sur un critère objectif, « à savoir le statut particulier auquel sont soumis les militaires par comparaison avec d'autres agents publics. En effet, le législateur a pu estimer que les missions spécifiques dont les militaires sont chargés les exposent, plus que d'autres agents publics, au risque de causer un dommage qui excède très souvent leur capacité contributive personnelle et, dès lors, qu'ils avaient besoin d'une protection particulière en obligeant l'Etat, avant d'engager une action en responsabilité, à faire une offre transactionnelle (...)»<sup>1578</sup>. La Cour constate en outre que des mesures analogues ont été prises à l'égard d'autres agents publics ayant un statut comparable et des missions comparables, en particulier les fonctionnaires de police » (B.5.2.).

Différence de traitement entre travailleurs du secteur privé et agents du secteur public, entre agents du secteur public employés dans le cadre d'un contrat de travail et agents du secteur public sous statut, entre agents de certains services publics et ceux des autres services publics, entre agents statutaires ayant la qualité d'organe et agents statutaires ayant la qualité de préposé...Eu égard à la place prise par les principes d'égalité et de non-discrimination dans notre ordre juridique et aux enseignements fournis par la Cour constitutionnelle, il devenait nécessaire pour le législateur d'intervenir afin de remédier à ces différences de traitement jugées, pour certaines d'entre elles au moins, discriminatoires.

C'est ce qu'il va tenter de faire en adoptant la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité de et pour les membres du personnel au service des personnes publiques<sup>1579</sup>.

#### **IV. La loi du 10 février 2003**

##### **285. Objet**

L'objectif du législateur exprimé dans les travaux préparatoires est de généraliser « le régime mis en place pour les policiers et les militaires à tous les membres du personnel de l'autorité »<sup>1580</sup>.

Afin de mettre fin aux discriminations existant entre les agents statutaires et les travailleurs engagés sous les liens d'un contrat de travail, le législateur va établir

<sup>1576</sup> « Nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne ».

<sup>1577</sup> Curieusement, c'est l'Etat belge lui-même qui invoquait l'existence d'une discrimination devant le Juge du fond ayant posé la question préjudicielle, soutenant que l'article 93, § 1<sup>er</sup> établissait une différence de traitement injustifiée en ce qui concerne le régime général des conditions de recevabilité d'une action en justice...

<sup>1578</sup> Voyez également doc. parl., Sén., s.o., 1993-1994, n° 928/1, p. 18.

<sup>1579</sup> *Moniteur belge*, 27 février 2003, pp. 9558 et ss.

<sup>1580</sup> Doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, n° 50-1736/001, p.21.

au profit des fonctionnaires sous statut, une immunité de responsabilité parallèle à celle existant dans l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Par ailleurs, il va calquer le régime de la responsabilité des pouvoirs publics du fait de leur agent sur la responsabilité du commettant pour ses préposés prévue à l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, que l'agent statutaire ait la qualité d'organe ou qu'il ait celle de préposé.

286. *Champ d'application*

L'article 2 de la loi du 10 février 2003 énonce que « (l)es membres du personnel au service d'une personne publique, dont la situation est réglée statutairement, en cas de dommage causé par eux dans l'exercice de leurs fonctions à la personne publique ou à des tiers ne répondent que de leur dol et de leur faute lourde. Ils ne répondent de leur faute légère que si celle-ci présente dans leur chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel ».

Dans cette disposition, comme dans l'article 3, la loi vise donc les membres du personnel statutaire, par opposition aux membres du personnel engagés sous les liens d'un contrat de travail, qui bénéficient de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978.

Il doit s'agir de membres du personnel en service, les travaux préparatoires renvoyant au juge pour concrétiser cette notion « à la lumière, d'une part, des critères généraux dans le texte et, d'autre part de l'objectif du législateur »<sup>1581</sup>.

Par ailleurs, sont uniquement visés les membres du personnel au service d'une personne publique. Il doit exister un lien de subordination entre le membre du personnel et la personne publique. « (La loi) n'a pas l'intention de régler la position des représentants indépendants de l'autorité tels que les mandataires politiques et les membres du pouvoir judiciaire. (...) Le projet ne s'applique donc pas aux ministres et aux secrétaires d'Etat, aux membres de la députation permanente, aux bourgmestres et échevins<sup>1582</sup>, aux membres des assemblées législatives fédérales et aux membres du conseil provincial, aux membres du conseil communal, aux présidents et membres des conseils de C.P.A.S., aux membres de la Cour d'Arbitrage, de la Cour des Comptes et du Conseil d'Etat, aux membres des organes chargés de l'administration des entreprises publiques et d'autres personnes morales de droit public créées sous la forme de personnes morales de droit privé, aux membres de commissions indépendantes telles que la Commission bancaire et financière. Les membres du pouvoir judiciaire n'entrent pas non plus dans le champ d'application de cette loi. Il peut également être fait référence ici aux dispositions des articles 1140 et suivants du Code judiciaire qui régissent la responsabilité personnelle des juges. Les collaborateurs non indépendants de la justice tels que le personnel des greffes, les référendaires et les juristes de parquet, auxquels le régime de la prise à partie contre le juge ne s'applique pas non plus, sont toutefois protégés par cette loi. L'intention n'est pas d'introduire à cet endroit un régime explicite pour la responsabilité des membres du parquet.

<sup>1581</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>1582</sup> Cette exclusion des membres de la députation permanente, des bourgmestres et des échevins fait l'objet de critiques de la part notamment de D. RENDERS et de F. PIRET, lorsque ces mandataires exercent des missions en qualité d'autorités déconcentrées. Voyez RENDERS D. et PIRET F., op. cit., pp. 112 et ss.

*Dans la mesure où la jurisprudence leur applique le régime de la prise à partie du juge, la présente loi n'a évidemment pas d'effet sur eux. L'énumération précitée n'est pas limitative. **Le critère fondamental pour déterminer si la loi est applicable est de savoir s'il s'agit de quelqu'un qui travaille en service, en qualité de subordonné ou non***<sup>1583</sup> »<sup>1584</sup>.

La notion de personne publique est délibérément floue<sup>1585</sup>, l'objectif étant de donner à la loi un champ d'application aussi large que possible.

Pour en terminer avec le champ d'application de la loi, il faut encore mentionner son article 6 qui précise que « *(l)a présente loi est d'application aux membres du personnel de l'enseignement libre qui ne sont pas soumis à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail* ».

Dans son avis, la section de législation du Conseil d'Etat avait suggéré de supprimer cette disposition dès lors que si le personnel de l'enseignement libre subventionné est soumis à l'application d'un régime statutaire décrétable et n'est donc, en principe, pas soumis à la loi relative aux contrats de travail, il ressort tant de la jurisprudence de la Cour de cassation que de celle de la Cour constitutionnelle ou du Conseil d'Etat<sup>1586</sup> que la loi relative aux contrats de travail reste néanmoins applicable aux matières qui ne sont pas régies par le régime statutaire décrétable. « *En d'autres termes, concluait le Conseil d'Etat, il n'y a pas de « membres du personnel de l'enseignement libre qui échappent à l'application de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail », puisque celle-ci s'applique à titre supplétif au personnel de l'enseignement libre subventionné soumis à un régime statutaire* »<sup>1587</sup>.

Le législateur a toutefois maintenu la disposition, dans un souci, affirmé dans les travaux préparatoires<sup>1588</sup>, de sécurité juridique. Il est permis de douter que l'objectif ainsi formulé soit atteint dès lors que la disposition est de nature à laisser penser que le personnel de l'enseignement libre pourrait échapper au champ d'application

<sup>1583</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>1584</sup> Doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, n° 50-1736/001, pp. 18-19. Il se déduit de ces précisions que sous réserve d'un régime particulier de responsabilité qui leur serait propre, la théorie de l'organe trouve encore à s'appliquer pour les personnes non subordonnées qui exercent des fonctions publiques (ibidem, p. 23).

<sup>1585</sup> La formulation a été suggérée par la section de Législation du Conseil d'Etat (voyez doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, n° 50-1736/001, Avis du Conseil d'Etat, p. 32 : « *Il est donc suggéré de remplacer les termes « personne morale de droit public » par les termes « personne publique* ». L'utilisation de ces termes plus flous permet de mieux faire apparaître le champ d'application étendu de la loi en projet et d'éviter le risque de contradiction entre l'exposé des motifs et le texte de la loi actuellement en projet ». L'exposé des motifs contient une liste non exhaustive de ces personnes publiques (voyez doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, n° 50-1736/001, Exposé des motifs, pp. 15 et 16).

<sup>1586</sup> Voyez les références citées par R. VAN MELSEN, op. cit., p. 179, note 165.

<sup>1587</sup> Doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, n° 50-1736/001, Avis du Conseil d'Etat, pp. 35-36. Voyez toutefois l'analyse divergente du Professeur JACQMAIN, in JACQMAIN J., « *La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des agents des services publics* », op. cit., pp. 316-317.

<sup>1588</sup> Doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, n° 50-1736/001, Commentaire des articles, p. 26.

de la loi du 3 juillet 1978, alors qu'à titre supplétif, la jurisprudence en décide autrement.

Il convient aussi de relever l'article 8 qui précise que « *la présente loi ne porte pas préjudice à l'application d'autres lois ou de décrets qui régissent les matières visées par la présente loi, pour certaines catégories de membres du personnel au service des personnes publiques* ».

Dès lors que le législateur affirmait vouloir généraliser à l'ensemble du personnel statutaire au service de personnes publiques, le régime de responsabilité instauré antérieurement pour les policiers et les militaires, il était raisonnable de penser que ces réglementations particulières perdraient leur raison d'être<sup>1589</sup>. Le législateur n'a pas répondu aux observations que la section de Législation avait formulées à cet égard et a maintenu la disposition devenue l'article 8 de la loi. L'on relèvera en tout état de cause que la généralisation n'est pas totale puisque par exemple, pour ce qui concerne les policiers et les militaires, les réglementations particulières respectives prévoient un système d'assistance en justice du membre du personnel qui fait l'objet d'une action ou qui souhaite en tenter une, ou encore une intervention du pouvoir public, à certaines conditions, dans la prise en charge des frais de justice. La loi du 10 février 2003, en revanche, ne prévoit rien à ce sujet, les travaux préparatoires se contentant, notamment pour la question de l'assistance en justice, de renvoyer à des dispositions réglementaires devant être adoptées par chaque collectivité publique concernée<sup>1590</sup>.

#### 287. Immunité de responsabilité civile

L'article 2 prévoit pour les membres du personnel concernés, une immunité de responsabilité identique à celle figurant à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Cette immunité ne concerne que les fautes commises dans l'exercice de la fonction.

Elle ne couvre que la responsabilité civile<sup>1591</sup>, à l'exclusion de la responsabilité pénale ou de la responsabilité disciplinaire. Elle ne trouve à s'appliquer que lorsque la responsabilité civile de l'agent est engagée en raison d'une faute légère ne présentant pas un caractère habituel<sup>1592</sup>.

<sup>1589</sup> En ce sens, voyez doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, n° 50-1736/001, Avis du Conseil d'Etat, p. 32.

<sup>1590</sup> Doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, n° 50-1736/001, Exposé des motifs, p. 14.

<sup>1591</sup> Voyez HENRY P. et DE COCQUEAU B., « *Le point sur la responsabilité du commettant* », op. cit., p. 180. La responsabilité pénale de l'agent susceptible d'être engagée dans certains cas, tels que les coups et blessures involontaires ou l'homicide involontaire, en même temps que la responsabilité civile, pourrait donc être engagée alors même que ne s'agissant que d'une faute légère ne présentant pas un caractère habituel, l'agent bénéficierait de l'immunité de responsabilité sur le plan civil.

<sup>1592</sup> Si le dommage est causé à un autre membre du personnel, il faudra tenir compte, le cas échéant, de l'article 14 de la loi du 3 juillet 1967 sur la prévention ou la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public ou de l'article 46 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail. L'article 14 de la loi du 3 juillet 1967 prévoit ainsi que la responsabilité civile de l'agent ne pourra être recherchée que si l'accident du travail ou la maladie professionnelle a été causée intentionnellement.

288. *Responsabilité de la personne publique du fait des membres de son personnel*

Parallèlement à la limitation de la responsabilité civile personnelle des agents concernés, la loi généralise un autre principe : la responsabilité de la personne publique du fait des membres de son personnel.

L'article 3 dispose en effet : « *Les personnes publiques sont responsables du dommage causé à des tiers par les membres de leur personnel dans l'exercice de leurs fonctions, de la même manière que les commettants sont responsables du dommage causé par leurs préposés, et ce aussi bien lorsque la situation de ces membres du personnel est réglée statutairement que lorsqu'ils agissent dans l'exercice de la puissance publique* ».

Bien que le texte n'y fasse pas une référence explicite, le régime de la responsabilité des commettants pour le fait de leurs préposés qui est visé, est celui de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil<sup>1593</sup>.

La responsabilité de la personne publique pourra être engagée dès que la responsabilité civile de son agent sera engagée dans l'exercice de ses fonctions, soit par son fait personnel<sup>1594</sup>, soit par le fait d'autrui dont cet agent doit répondre<sup>1595</sup> ou des choses que cet agent avait sous sa garde.

Sauf disposition particulière<sup>1596</sup>, cette responsabilité ne s'étend pas aux conséquences pénales des infractions commises par l'agent. En d'autres termes, si le fait fautif reproché à l'agent est également constitutif d'une infraction pour laquelle il se voit condamner au paiement d'une amende, la personne publique n'aura pas, en principe, à supporter le paiement de celle-ci<sup>1597</sup>.

---

<sup>1593</sup> Voyez doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, 50-1736/001, Commentaire des articles, p. 24

<sup>1594</sup> Le fait fautif reproché à l'agent peut être aussi bien une faute légère ne présentant pas un caractère habituel, qu'une faute légère présentant un tel caractère ou encore une faute lourde ou un dol. Dans ces trois dernières hypothèses, la personne publique pourra toutefois ultérieurement se retourner contre l'agent, dans le cadre d'une action récursoire. Dans le premier cas, l'immunité de responsabilité prévue à l'article 2 de la loi fera obstacle à pareille action récursoire.

<sup>1595</sup> Tel est par exemple le cas de l'enseignant qui en vertu de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil, est responsable du dommage causé par ses élèves pendant le temps qu'ils sont sous sa surveillance.

<sup>1596</sup> Voyez par exemple l'article 67 des lois coordonnées sur la police de la circulation routière. Même si cette disposition fait une référence expresse à l'article 1384 du Code civil et n'a pas été modifié à la suite de l'adoption de la loi du 10 février 2003, il doit également trouver à s'appliquer dans ce cadre, la volonté du législateur étant bien d'instaurer un régime de responsabilité de la personne publique du fait de ses agents, calqué sur celui prévu à l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, la référence à cette disposition dans la loi du 10 février 2003 n'apparaissant pas pour une raison essentiellement légistique.

<sup>1597</sup> Voyez HENRY P. et DE COCQUEAU B., op. cit., p. 182. Voyez également chez ses auteurs, p. 184, la question de la responsabilité de la personne publique en l'absence d'identification de l'agent responsable du dommage causé et la référence qui y est faite à la notion de faute de service.

La formulation du final de l'article 3, qui n'est pas exempte de tout reproche, s'explique par la volonté du législateur d'unifier le régime de responsabilité de la personne publique, que celle-ci se trouve engagée par le fait d'un agent préposé ou qu'elle le soit par le fait d'un agent organe.

Pour autant et comme déjà précisé, la théorie de l'organe ne disparaît pas purement et simplement puisqu'elle trouvera encore à s'appliquer pour les agents ne rentrant pas dans le champ d'application de l'article 3, dès lors qu'ils ne se trouvent pas dans un lien de subordination à l'égard de la personne publique.

#### 289. Aspects procéduraux

Les articles 4 et 5 de la loi du 10 février 2003 concernent des aspects procéduraux.

Pour éviter de créer des discriminations nouvelles entre agents statutaires et agents contractuels, il faut considérer que nonobstant l'utilisation de la même terminologie<sup>1598</sup> que celle employée dans les articles 2 et 3, le champ d'application *ratione personae* de ces dispositions procédurales doit être plus étendu. Ces dispositions doivent pouvoir trouver à s'appliquer non seulement aux agents statutaires mais aussi aux agents contractuels.

L'article 4 énonce que « *(l)es membres du personnel au service d'une personne publique qui font l'objet d'une action en dommages et intérêts devant la juridiction civile ou pénale en raison d'un dommage causé à un tiers dans l'exercice de leurs fonctions en informent la personne publique. Ils peuvent appeler en intervention forcée la personne morale ; celle-ci peut également intervenir volontairement* ».

Les membres du personnel ont donc une obligation d'information à l'égard de leur employeur, dont le non respect pourrait être sanctionné sur le plan disciplinaire. Pour autant, l'agent assigné qui ne remplirait pas cette obligation d'information ne perdrait pas le droit d'appeler la personne publique concernée à la cause.

Le but poursuivi par cette obligation est de permettre à la personne publique d'intervenir volontairement et le plus tôt possible dans la procédure, pour y défendre ses intérêts. En l'absence d'intervention volontaire, l'agent pourra appeler la personne publique en intervention forcée.

L'article 5 précise quant à lui que « *(l)'action en dommages et intérêts ainsi que l'action récursoire exercée par une personne publique contre un membre de son personnel, n'est recevable que si elle est précédée d'une offre de règlement amiable faite au défendeur. Les personnes publiques peuvent décider que le dommage ne doit être réparé qu'en partie* ».

L'action en dommages et intérêts concerne le cas où l'agent fautif a causé un dommage à la personne publique. L'action récursoire concerne l'hypothèse où la

<sup>1598</sup> « *Membre du personnel au service d'une personne publique* ».



responsabilité de la personne publique a été engagée par le fait de son agent et où elle a dû indemniser le tiers lésé en lieu et place de l'agent fautif.

L'offre de règlement amiable<sup>1599</sup> préalable est donc une question de recevabilité de l'action de la personne publique.

L'immunité de l'article 2 ne concernant que la responsabilité civile, l'action récursoire de la personne publique reste possible pour récupérer le montant payé au titre d'amende pénale, en qualité de civilement responsable.

## V. La loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile<sup>1600</sup>

### 290. Objet

Postérieurement à la loi du 10 février 2003, censée généraliser à l'ensemble des agents statutaires, le régime de responsabilité mis en place pour les policiers et les militaires<sup>1601</sup>, le législateur a pourtant encore adopté la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile.

Celle-ci contient, sur le plan de la responsabilité civile, des dispositions comparables, pour l'essentiel, à celles s'appliquant au personnel militaire.

---

<sup>1599</sup> C'est par le biais d'un amendement que la notion d'« offre de règlement amiable » a été introduite dans le texte. Initialement, celui-ci retenait la notion de « transaction », se calquant une fois de plus sur les dispositions existantes à propos des policiers et des militaires. Toutefois, en vertu de l'article 2044 du Code civil, « (l)la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Il est habituellement admis que cette convention suppose des concessions réciproques dans le chef de chacune des parties. Dans l'avis rendu à propos du projet de loi, la section de législation du Conseil d'Etat avait dès lors émis l'observation suivante : « La disposition qui vient d'être évoquée implique dès lors que l'autorité est toujours tenue de renoncer à une partie de ses prétentions, même si elle estime qu'il n'y a nullement lieu de le faire. La question est de savoir si cela répond à l'intention des auteurs du projet, ou si ceux-ci entendent seulement contraindre l'autorité à entreprendre une tentative de conciliation – laquelle n'implique pas nécessairement des concessions mutuelles » (voyez doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, n° 50-1736/001, Avis du Conseil d'Etat, p. 34). A la suite de cet avis, un amendement a été déposé en vue de procéder à la modification du texte en ce sens (voyez doc. parl., Ch. représ., s.o., 2001-2002, n° 50-1736/002 et n° 50-1736/003, p. 8).

<sup>1600</sup> *Moniteur belge*, 31 juillet 2007, pp. 40.379 et ss. Doc. parl., Ch. représ., s.o., 2006-2007, n° 51-2928/1 et ss.

<sup>1601</sup> Généralisation qui ne fut donc que partielle et qui, a rebours, peut soulever de nouvelles questions au regard des articles 10 et 11 de la Constitution puisque les particularités afférentes au travail des policiers ou des militaires qui avaient servi à justifier l'instauration d'un régime qui leur était propre, ne se rencontrent pas nécessairement dans tous les métiers exercés par les membres du personnel statutaire au service de personnes publiques et qu'en principe, les articles 10 et 11 interdisent de traiter de la même façon des situations différentes...

291. *Champ d'application*

Les dispositions de la loi du 15 mai 2007 concernant la responsabilité des membres du personnel sont applicables aux membres du personnel des zones de secours et aux membres du personnel des services de la Protection civile, tant volontaires que professionnels (article 159).

292. *Immunité de responsabilité*

Le membre du personnel dispose d'une immunité de responsabilité pour la faute légère commise dans l'exercice de ses fonctions, qui ne présente pas un caractère habituel. Il répond en revanche de sa faute intentionnelle, de sa faute lourde et de sa faute légère présentant un caractère habituel (article 160).

293. *Responsabilité de la personne morale publique du fait des membres de son personnel*

La personne morale publique est responsable du dommage causé à des tiers par les membres de son personnel, conformément à l'article 1384 du Code civil (article 161). Contrairement à la loi du 10 février 2003, celle du 15 mai 2007 fait une référence expresse à l'article 1384.

294. *Aspects procéduraux*

L'action en dommages et intérêts ainsi que l'action récursoire exercée par une personne morale publique contre un membre de son personnel n'est recevable que si elle est précédée d'une offre de règlement amiable faite au défendeur. Dans ce cadre, la personne publique peut décider que le dommage ne doit être réparé qu'en partie (article 163).

L'Etat ou la zone, selon qu'il s'agit du personnel de l'Etat ou de la zone, prend en charge les frais de justice auxquels le membre du personnel est condamné en justice pour des faits commis dans ses fonctions, sauf s'il a commis une faute intentionnelle, une faute lourde, ou une faute légère qui présente dans son chef un caractère habituel. Lorsqu'une de ces fautes est établie, l'Etat ou la zone décide, après avoir entendu le membre du personnel, si celui-ci doit supporter la totalité ou une partie des frais de justice (article 164).

Enfin, la loi prévoit un mécanisme d'assistance en justice à charge de l'Etat ou de la zone en faveur du membre du personnel qui est cité en justice ou contre lequel l'action publique est intentée pour des actes commis dans l'exercice de ses fonctions (article 165).

**§2. La responsabilité des pouvoirs publics dans ses trois fonctions : administrative, juridictionnelle et législative<sup>1602</sup>**

295. Introduction : rappel

Dans l'arrêt « La Flandria » du 5 novembre 1920, la Cour de cassation avait donc à examiner la question de la responsabilité d'un pouvoir public dans sa fonction administrative.

A cette occasion, elle décide que la responsabilité civile de l'Etat, d'une province ou de quelque autre personne de droit public est subordonnée aux règles de droit commun de la responsabilité civile (articles 1382 et ss. du Code civil) et que les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour connaître des actions tendant à la mise en cause de la responsabilité civile d'une personne de droit public, sur pied de l'article 144 de la Constitution qui réserve aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, la compétence exclusive de connaître des contestations qui ont pour objet des droits civils.

<sup>1602</sup> Voyez notamment WILDEMEERSCH J., « *La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382* », in C.U.P., vol. 107, Anthémis, Liège, 2009, pp. 231 et ss.; LEWALLE P. et DONNAY L., *Contentieux administratif*, Larcier, Bruxelles, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, pp. 373 à 394 et pp. 1248 et ss.; UYTENDAELE M., *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruylant, Bruxelles, 3<sup>ème</sup> éd., 2005, pp. 676 à 703; LEROY M., *Contentieux administratif*, Bruylant, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, pp. 741 à 758; RENDERS D., « *L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ?* », note sous Cass., 21 décembre 2007, J.T., 2008, pp. 554 et ss.; RENDERS D., « *De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible* », note sous Cass., 8 février 2008, J.T., 2008, pp. 569 et ss.; RENDERS D. et VAN DROOGHENBROECK J-F., « *Erreur de droit et droit à l'erreur* », in Liber amicorum Michel MAHIEU, Larcier, 2008, pp. 459 et ss.; DE ROY D., « *La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute ?* », in DUMONT. H, JADOUL P. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.) « *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration* », La Charte, Bruxelles, 2007, pp. 67 et ss.; DE ROY D., « *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives : revirement ou affinement ?* », note sous Cass., 25 octobre 2004, J.L.M.B., 2005, pp. 638 et ss.; VELU J., Avocat général, Conclusions précédant Cass., 13 mai 1982, J.T., 1982, pp. 772 et ss.; DELPEREE F., « *L'obligation de réglementer* », note sous Cass., 23 avril 1971, R.C.J.B., 1975, pp. 5 et ss.; DABIN J., « *La responsabilité de l'Administration à l'égard des usagers de la voirie* » note sous Cass., 7 mars 1963, R.C.J.B., 1963, pp. 93 et ss.; LEROY A., « *L'indemnisation du dommage subi à la suite d'une faute d'appréciation du parquet ou d'un juge d'instruction* », note sous Civ. Liège (6<sup>ème</sup> ch.), 9 septembre 2008, J.T., 2008, pp. 604 et ss.; STANGHERLIN K., « *La responsabilité de l'Etat du fait du service public de la justice* », R.G.D.C., 2002, pp. 502 et ss.; ALEN A., « *La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur, Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> juin 2006 et du 28 septembre 2006* », J.T., 2008, pp. 97 et ss.; SCHOLSEM J-C., « *L'article 58 de la Constitution : deux visions du droit ?* », in Liber amicorum Paul MARTENS, Larcier, 2007, pp. 475 et ss.; ERGEC R., « *Quelques doutes sur la soumission du législateur au droit commun de la responsabilité civile* », J.T., 2007, pp. 440-441; VAN DROOGHENBROECK S., « *Arrière judiciaire et responsabilité de l'Etat – législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs* », note sous Cass., 28 septembre 2006, R.C.J.B., 2007, pp. 353 et ss.; THIELS Y. et WOUTERS I., « *La responsabilité des pouvoirs publics : le pouvoir législatif mis en cause : révolution ou simple évolution ?* », note sous Cass. (ass. plén.), 1<sup>er</sup> juin 2006, J.L.M.B., 2006, pp. 1524 et ss.

Cette décision de principe ne remet toutefois pas en cause la distinction entre agent organe et agent préposé établie antérieurement et qui subsiste encore dans une certaine mesure aujourd'hui.

Sur le plan civil, cette distinction a comme conséquence que lorsque la faute est commise par un organe, la responsabilité de la personne de droit public se trouve directement engagée sur pied de l'article 1382 du Code civil, pour autant que l'organe ait agi dans les limites de ses attributions légales ou qu'il ait dû être tenu comme ayant agi dans ces limites par tout homme raisonnable et prudent. Lorsqu'en revanche, la faute est commise par un préposé, la responsabilité de la personne de droit public n'est qu'indirectement engagée, sur pied de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil. Encore faut-il que le préposé ait agi dans l'exercice de ses fonctions ou à tout le moins à l'occasion de celui-ci.

La mise en cause de la responsabilité de la personne de droit public n'exclut pas, en principe, la mise en cause de la responsabilité de l'agent, ces responsabilités pouvant donc se cumuler.

La distinction entre organe et préposé n'est pas sans soulever certaines difficultés, notamment lorsque la faute commise s'identifie à une infraction pénale.

A partir des années 90, le législateur va instaurer des régimes spécifiques de responsabilité pour certaines catégories d'agents des services publics, en vue notamment de remédier à ces inconvénients. Tel sera le cas pour les policiers, les militaires, les agents des services de renseignement et de sécurité, les bourgmestres, les échevins et les députés permanents. Ces interventions auront pour effet d'atténuer le régime de responsabilité personnelle des agents, sans remettre en cause le principe consacré en 1920, de la responsabilité des personnes de droit public du fait de leurs agents.

A la suite de différents arrêts de la Cour constitutionnelle<sup>1603</sup> qui avait essentiellement à examiner certains différences de traitement pouvant exister entre les agents sous contrat de travail et les agents statutaires, le législateur adoptera finalement la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité de et pour les membres du personnel au service des personnes publiques.

Cette loi bouleverse assez sensiblement le régime de responsabilité des agents des services publics dès lors qu'en synthèse, sans préjudice de régimes spécifiques de responsabilité instaurés par ailleurs, elle aligne le sort des agents statutaires sur celui des agents contractuels<sup>1604</sup> et renonçant largement à la différence de régime pouvant exister à cet égard entre organe et préposé, elle décide que la responsabilité des personnes publiques du fait de leurs agents sera désormais calquée sur le régime de responsabilité du commettant pour ses préposés visé à l'article 1384, alinéa 3, du Code civil.

Pour autant, la distinction entre organe et préposé ne disparaît pas totalement puisque de l'aveu même des travaux préparatoires de la loi, celle-ci n'a pas

---

<sup>1603</sup> Voy. supra, point 4.

<sup>1604</sup> En particulier par l'instauration dans le chef des agents statutaires d'une immunité de responsabilité pour les fautes légères ne présentant pas un caractère habituel, calquée sur celle existant pour les contractuels dans l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

l'intention de régler la position des représentants indépendants de l'autorité tels que les mandataires politiques et les membres du pouvoir judiciaire (sous réserve des collaborateurs non indépendants de la justice auxquels le régime de la prise à partie contre le juge ne s'applique pas).

Postérieurement à cette loi, le législateur établira encore un régime particulier en faveur des membres du personnel des zones de secours et des membres du personnel des services de la Protection civile, tant volontaires que professionnels.

296. *Quelques principes généraux de la responsabilité civile en droit belge*

Dès lors que la Cour de cassation décide que la responsabilité des pouvoirs publics dans leur fonction administrative<sup>1605</sup> est régie par le droit commun de la responsabilité civile, il n'est pas inutile de rappeler quelques principes gouvernant celui-ci.

L'article 1382 du Code civil pose une triple condition : 1) tout fait quelconque de l'homme qui 2) cause à autrui 3) un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Pour mettre en cause la responsabilité d'un pouvoir public, point ne suffira donc de constater que celui-ci a commis une faute. Encore faudra-t-il que cette faute ait causé (lien de causalité) un dommage.

C'est à celui qui se prétend lésé qu'il revient de rapporter la preuve, par toutes voies de droit, de la faute, du dommage et du lien de causalité reliant la faute et le dommage<sup>1606</sup>. De la seule existence d'un dommage ne peut être déduite celle d'une faute<sup>1607</sup>. Par ailleurs, il ne résulte pas de la simple circonstance qu'un lien de causalité existe entre un fait et un dommage qu'une faute a été commise<sup>1608</sup>.

La faute la plus légère suffit<sup>1609</sup>. Elle sera appréciée *in concreto*<sup>1610</sup> à l'aune du critère abstrait du bon père de famille soit la personne normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions<sup>1611</sup>.

<sup>1605</sup> Il en va toutefois de même pour la fonction juridictionnelle et pour la fonction législative.

<sup>1606</sup> Cass., 16 décembre 2004, J.L.M.B., 2006, p. 1168. L'existence d'une faute, d'un dommage ou d'un lien de causalité entre les deux, est une appréciation en fait. La Cour de cassation vérifie uniquement si le juge, des faits et des circonstances constatées par lui, ne déduit pas de ces faits des conséquences qui seraient sans lien avec eux ou qui ne seraient susceptibles, sur leur fondement, d'aucune justification et s'il ne viole pas les notions de faute, de dommage et de lien de causalité (Cass. (2<sup>ème</sup> ch.), 19 juin 2007, R.G. P.07.0201.N).

<sup>1607</sup> Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 10 mai 2001, Amén., 2002, liv. 1, p. 93 ; Pas., 2001, I, p. 807 ; Cass., 4 février 1994, Pas., 1994, I, p. 149.

<sup>1608</sup> Cass., 14 décembre 1990, Pas., 1991, I, p. 370 ; J.T., 1991, p. 743.

<sup>1609</sup> L'article 1383 du Code civil énonce d'ailleurs que « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore pas sa négligence ou par son imprudence* ».

<sup>1610</sup> Cass., 13 juin 1983, Pas., 1983, I, p. 1151.

<sup>1611</sup> Par exemple, Cass., 5 juin 2003, J.L.M.B., 2004, liv. 13, p. 543 et note PHILIPPE D.

La faute doit avoir été la condition *sine qua non* de la réalisation du dommage<sup>1612</sup>. Le juge devra constater que sans la faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit. La Cour de cassation retient ainsi ce que l'on appelle la théorie de l'équivalence des conditions. En outre, lorsqu'un dommage a été causé par les fautes concurrentes de plusieurs personnes, chacune d'elle est tenue envers la victime à la réparation intégrale du dommage<sup>1613</sup>. Si le dommage a été causé par les fautes concurrentes de la victime et de l'auteur, celui-ci ne peut, en règle, être condamné envers la victime à la réparation entière du dommage<sup>1614</sup>. Il y aura alors partage de responsabilité, le tribunal appréciant souverainement la part de responsabilité de chacun dans la survenance du dommage<sup>1615</sup>.

Le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi, s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage<sup>1616</sup>. Le juge apprécie souverainement l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage<sup>1617</sup>.

Le lien de causalité entre la faute et le dommage peut être rompu si intervient entre la faute et le dommage une cause juridique propre telle qu'une obligation légale ou réglementaire qui est en soi suffisante pour justifier l'exécution<sup>1618</sup>. Il n'en est cependant pas ainsi lorsque cette obligation n'est que secondaire par rapport à celle incombant à l'auteur d'une faute délictuelle ou quasi délictuelle, de faire cesser un état de choses, créé par son fait, et qui ne peut persister<sup>1619</sup>.

Le dommage réparable doit être certain et ne peut consister en la privation d'un avantage illicite<sup>1620</sup>. Il peut s'agir d'un dommage matériel ou moral. Seul le préjudice réellement subi peut être indemnisé<sup>1621</sup>. Il doit être apprécié<sup>1622</sup> par le

<sup>1612</sup> Par exemple, Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 5 juin 2008, J.T., 2009, p. 28 ; Cass., 12 janvier 2007, Entr. et dr., 2007, liv. 2, p. 172 ; DURANT I., « *A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage* », in C.U.P., vol. 68, Larcier, Bruxelles, 2004, pp. 7 et ss.

<sup>1613</sup> Cass., 28 novembre 1984, Pas., 1985, I, p. 392. Plus précisément, lorsque l'accident est causé par les fautes concurrentes de plusieurs personnes, chacune de celles-ci est tenue à la réparation intégrale de ce dommage envers la victime qui n'a pas commis de faute présentant un lien de causalité avec l'accident et les dégâts (Cass., 18 septembre 2007, R.G. P.07.0743.N). Il existe une relation causale entre une faute et le dommage lorsque, sans cette faute, le dommage ne se serait pas réalisé, quand bien même la faute ne serait pas la cause directe de ce dommage (Cass., 2 juin 1987, Dr. circ., 1987, p. 277).

<sup>1614</sup> Cass., 6 novembre 2002, J.T., 2003, p. 579, J.L.M.B., 2003, p. 808.

<sup>1615</sup> Cass., 12 février 2003, Dr. circ., 2003, p. 240.

<sup>1616</sup> Par exemple Cass. (ch. réunies), 1<sup>er</sup> avril 2004, J.T., 2005, p. 357.

<sup>1617</sup> Cass., 30 septembre 2003, Pas., 2003, p. 1509. On relèvera encore que l'existence d'une obligation contractuelle, légale ou réglementaire n'exclut pas qu'il y ait dommage au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, sauf lorsqu'il ressort du contenu ou de la portée du contrat, de la loi ou du règlement que ladite dépense ou prestation à intervenir doit définitivement rester à charge de celui qui s'y est obligé ou qui doit l'exécuter en vertu de la loi ou du règlement (Cass., 27 novembre 2007, R.G. P.07.1181.N). Une personne de droit public qui, à la suite de la faute d'un tiers, doit, en vertu d'obligations contractuelles, légales ou réglementaires, continuer à payer à l'un de ses agents la rémunération et les charges grevant celle-ci sans bénéficier des prestations de travail de cet agent, a droit à une indemnité dans la mesure où elle subit ainsi un dommage (Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 10 avril 2003, J.L.M.B., 2004, p. 243 et note JEUNEHOMME J. et WILDEMEERSCH J.).

<sup>1618</sup> Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1993, Pas., 1993, I, p. 1008.

<sup>1619</sup> Cass., 15 novembre 1990, J.L.M.B., 1991, p. 866 et note SCHAMPS G.

<sup>1620</sup> Cass. (2<sup>ème</sup> ch.), 15 novembre 2006, R.G. P.06.0308.F, Pas., 2006, p. 2336.

<sup>1621</sup> Cass., 19 mai 1981, Pas., 1981, I, p. 1086. Doit être réparé tout le dommage mais rien que le dommage.

juge au jour où celui-ci statue<sup>1623</sup>. Sa réparation doit être intégrale, en manière telle que la personne lésée se retrouve dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise<sup>1624</sup>. La personne lésée n'a l'obligation ni de restreindre le dommage dans la mesure du possible ni de faire supporter une partie du dommage par un tiers qui y est étranger<sup>1625</sup>. Mais elle doit limiter son dommage. Le juge qui statue peut recourir à une évaluation *ex aequo et bono* du dommage s'il indique la raison pour laquelle le mode de calcul proposé par la victime ne peut être admis et constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement le dommage tel qu'il l'a caractérisé<sup>1626</sup>.

L'auteur d'une faute pourra toutefois être exonéré de sa responsabilité s'il est en mesure d'invoquer une cause de justification (cas fortuit, force majeure, erreur invincible, faute de la victime).

297. *Responsabilité des pouvoirs publics dans la fonction administrative  
– précisions relatives au préjudice allégué*

Dans l'arrêt *La Flandria*, était en cause l'atteinte portée à un droit civil au sens strict du terme (en l'occurrence, le droit de propriété), la Cour se référant à « *tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent* ».

Ultérieurement, la Cour va étendre la compétence des cours et tribunaux à l'atteinte portée à un droit politique, considérant que le droit à réparation résultant des articles 1382 et suivants du Code civil était un droit civil en tant que tel. Dans un arrêt du 16 décembre 1965, elle décidera ainsi « *qu'une contestation qui a pour objet la réparation pécuniaire de la lésion d'un droit, fut-il politique, relève de la compétence exclusive des tribunaux ; Que ni l'appréciation de la faute ni celle du préjudice causé par celle-ci n'échappent à la compétence du pouvoir judiciaire au cas où la lésion du droit vanté pourrait trouver sa source dans l'excès de pouvoir d'une autorité administrative et donner lieu à l'annulation de l'acte accompli par cette autorité si une requête à cette fin était introduite devant le Conseil d'Etat* »<sup>1627</sup>.

<sup>1622</sup> L'appréciation du juge quant à l'existence et l'étendue du dommage est souveraine. Il en est de même quant au montant de l'indemnité destinée à le réparer intégralement (Cass., 12 janvier 1988, Pas., 1988, I, p. 563).

<sup>1623</sup> Par exemple, Cass., 26 octobre 2005, R.G.A.R., 2007, liv. 4, n° 14.245 ; Cass., 2 mai 2001, R.G.D.C., 2003, liv. 1, p. 45 et note SIMOENS D. qui rappelle que le juge ne peut en outre tenir compte d'événements ultérieurs qui sont étrangers à l'acte illicite ou au dommage mêmes et qui ont aggravé ou amélioré la situation de la personne lésée. En revanche, il doit tenir compte de tout événement postérieur qui, bien qu'étranger à l'acte illicite lui-même, exerce une influence sur le dommage qui en résulte.

<sup>1624</sup> Cass., 13 avril 1995, J.T., 1995, p. 649.

<sup>1625</sup> Cass., 14 mai 1992, J.L.M.B., 1994, p. 48 et note PHILIPPE D.

<sup>1626</sup> Cass., 13 janvier 1999, Arr. Cass., 1999, p. 42.

<sup>1627</sup> Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 16 décembre 1965, Pas., 1966, I, p. 513, avec les conclusions de GANSOF VAN DER MEERSCH, alors Premier avocat général. Voyez aussi Cass. (ch. réunies), 23 mars 1984, Pas., 1984, I, pp. 867 et ss.

Plus tard encore, elle reconnaîtra la compétence des cours et tribunaux pour connaître de l'action en réparation d'une atteinte portée par l'administration aux intérêts légitimes des particuliers<sup>1628</sup>.

Plus récemment, la Cour a également admis la compétence du pouvoir judiciaire pour prévenir ou réparer l'atteinte portée par l'administration à un droit subjectif dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire<sup>1629</sup> ou encore dans l'exercice d'une action non liée, le juge ne pouvant toutefois « à cette occasion, priver les autorités de leur liberté d'appréciation ou se substituer à celles-ci »<sup>1630</sup>.

298.       *Responsabilité des pouvoirs publics dans la fonction administrative  
– précisions relatives à la faute*

A la suite de l'arrêt La Flandria, la jurisprudence, soucieuse de se montrer respectueuse du principe de séparation des pouvoirs, réserva un sort distinct aux décisions de l'administration et à l'exécution de celles-ci<sup>1631</sup>. Elle admit de connaître des actions en réparation du dommage causé par l'administration à l'occasion de l'exécution d'une décision prise par celle-ci, mais se refusa à connaître des mêmes actions lorsque le dommage résultait de la décision elle-même<sup>1632</sup>.

La Cour de cassation tourna le dos à cette jurisprudence en 1963 en décidant : « (...) que le juge a considéré que l'administration aurait dû prendre aussi d'autres mesures de sécurité et a constaté que, dans l'espèce, pareilles mesures pouvaient être prises et ne l'avaient pas été ; Attendu que les pouvoirs que la loi attribue à l'administration, dans l'intérêt général, ne soustraient pas celle-ci au devoir de prudence qui s'impose à tous ; Attendu que les pouvoirs publics ont l'obligation de n'établir et de n'ouvrir à la circulation publique que des voies suffisamment sûres ; que, hormis le cas où une cause étrangère qui ne peut leur être imputée les empêche de remplir l'obligation de sécurité qui leur incombe, ils doivent, par des

<sup>1628</sup> Cass., 13 mai 1982, J.T., 1982, pp. 772 et ss.

<sup>1629</sup> Cass., 24 novembre 2005, R.G. C.040317.N. : « Attendu que l'autorité administrative qui prend une décision en vertu de son pouvoir discrétionnaire dispose d'une liberté d'appréciation qui lui permet, dans les limites de la loi, de déterminer elle-même les modalités d'exercice de sa compétence et de choisir la solution qui lui paraît la plus adéquate ; Que le pouvoir judiciaire est compétent pour prévenir ou réparer toute atteinte portée fautivement à un droit subjectif par l'autorité administrative dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ». En l'espèce, le demandeur (GLAXOSMITHKLINE S.A.) invoquait le droit subjectif d'être traité sans discrimination par l'autorité déduit des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que le droit subjectif d'obtenir réparation du dommage causé par l'autorité ou de demander des mesures empêchant la réalisation du dommage.

<sup>1630</sup> Cass., 24 novembre 2006, R.G. C.05.0436.N. : « L'administration qui prend une décision en vertu de son pouvoir discrétionnaire bénéficie d'une liberté d'appréciation qui lui permet de déterminer elle-même les modalités d'exercice de ses compétences et de choisir les options qui lui semblent être les plus adéquates dans les limites de la loi. Le pouvoir judiciaire est compétent tant pour éviter que pour réparer toute atteinte illicite à un droit subjectif commise par les autorités dans l'exercice de leurs compétences non liées, mais ne peut, à cette occasion, priver ces autorités de leur liberté d'appréciation ou se substituer à celles-ci ». Voyez également Cass., 4 mars 2004, R.G. C.03.0346.N.

<sup>1631</sup> Cass., 11 mai 1933, Pas., 1933, I, p. 222.

<sup>1632</sup> Voyez Cass., 6 novembre 1952, Pas., 1953, I, p. 140 ; Cass., 14 juin 1956, Pas., 1956, I, pp. 1128 et ss. qui réservent toutefois l'hypothèse, en matière de voiries, de la décision qui tromperait la légitime confiance de l'utilisateur.



*mesures appropriées, obvier à tout danger anormal ; Qu'ils n'ont pas nécessairement rempli cette obligation, dans le cas où la voie publique présente un tel danger, en y apposant (...) les signaux prévus par (le règlement général sur la police de la circulation routière) ; Attendu qu'ainsi le juge a pu constater que l'apposition du signal n° 12 ne constituait pas une mesure qui obviait au danger anormal que présentait l'état défectueux de la route et a pu décider légalement que, s'étant abstenue de prendre les mesures nécessaires, l'administration avait manqué à son obligation de sécurité »<sup>1633</sup>.*

En cette affaire était en cause une décision à portée individuelle.

La même année, la Cour de cassation admettra également que la responsabilité de l'administration puisse être mise en cause à l'occasion de son pouvoir réglementaire<sup>1634</sup>.

Ultérieurement, c'est l'abstention de prendre une décision<sup>1635</sup> ou d'exercer son pouvoir réglementaire<sup>1636</sup> qui vaudra à l'administration de voir sa responsabilité civile engagée sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil.

L'administration verra encore sa responsabilité mise en cause à l'occasion de son devoir de renseignement<sup>1637</sup>.

<sup>1633</sup> Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 7 mars 1963, R.C.J.B., 1963, pp. 93 et ss. avec note DABIN J.

<sup>1634</sup> Cass. (aud. plén.), 26 avril 1963, Pas., 1963, I, p. 905 : « Attendu que les juges sont sans pouvoir pour apprécier l'opportunité des décisions prises par l'administration ; que, par contre, ils peuvent connaître de la légalité de ces décisions ; Attendu que, si la loi sanitaire du 1<sup>er</sup> septembre 1945 charge le Roi de prendre des mesures de prophylaxie afin de prévenir ou de combattre certaines maladies transmissibles, aucune de ces dispositions n'attribue aux décisions prises par le Roi un caractère souverain, en ce sens que le pouvoir exécutif serait dispensé de respecter l'obligation de prudence que lui imposent les articles 1382 et 1383 du Code civil ».

<sup>1635</sup> Cass., 11 avril 1969, Pas., 1969, I, pp. 702 et ss. : « Attendu, d'autre part, que si l'absence de toute signalisation à un carrefour peut être due soit à une décision expresse de l'autorité compétente selon laquelle la situation des lieux ne requiert pas une signalisation spéciale, soit à une omission ou à une négligence, cette circonstance est sans influence sur le pouvoir qu'a le tribunal de rechercher si, eu égard à la situation des lieux, l'absence de toute mesure pour assurer la sécurité de la circulation peut être imputée à l'autorité communale comme une faute ou un manquement ».

<sup>1636</sup> Cass., 23 avril 1971, R.C.J.B., 1975, pp. 5 et ss. et note DELPEREE F. : « Attendu, d'autre part, qu'aucune disposition constitutionnelle ou légale ne soustrait le pouvoir exécutif, dans l'exercice de ses missions et de ses activités réglementaires, à l'obligation, résultant des articles 1382 et 1383 du Code civil, de réparer le dommage qu'il cause à autrui par sa faute, notamment par son imprudence ou par sa négligence ; Attendu, enfin, que, même dans les cas où aucun délai n'est prescrit au pouvoir exécutif par une disposition légale pour prendre un règlement, l'abstention de prendre celui-ci peut en application des articles 1382 et 1383 du Code civil donner lieu à réparation, si un dommage en est résulté ».

<sup>1637</sup> Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 4 janvier 1973, Pas., 1973, I, p. 434 : « Attendu que (...) l'erreur commise par ces services dans l'appréciation de l'étendue des droits du demandeur à la pension ne constitue pas en soi une faute quasi délictuelle ; que pareille erreur constitue toutefois une faute engageant la responsabilité de l'administration chargée de l'application de la loi, qui fournit semblables renseignements, si l'interprétation erronée a été formulée sans investigations suffisantes ou sans laisser apparaître l'incertitude de la solution indiquée ».

299. *Responsabilité des pouvoirs publics dans la fonction administrative*  
– *toute illégalité est-elle une faute civile ?*

Une autre question, particulièrement délicate, est celle de savoir si toute illégalité commise par l'administration est constitutive d'une faute. En d'autres termes faute et illégalité se recouvrent-elles ?

La Cour de cassation va rendre en 1982, un arrêt qui fera date en la matière<sup>1638</sup>.

La S.A. des charbonnages de Gosson-Kessales s'était vue appliquée durant plusieurs exercices par la commune de Seraing, une taxe dite de « démergement »<sup>1639</sup> calculée au prorata de la superficie de la concession. La S.A. poursuivit l'annulation de ces règlements-taxes et des arrêtés royaux ayant approuvé ceux-ci devant le Conseil d'Etat. Elle obtint satisfaction.

A la suite de cette annulation, la commune remboursa les taxes perçues. En 1970, la S.A. introduisit une procédure devant le juge civil en vue d'obtenir à charge de la commune, le paiement d'intérêts sur les sommes qui avaient été décaissées sur la base des règlements-taxes ultérieurement annulés. Déboutée en première instance, elle interjeta appel et soutint à titre subsidiaire, sur pied des articles 1382 et suivants du Code civil, qu'elle avait subi un préjudice dans la mesure où sur la base des règlements-taxes ultérieurement annulés par le Conseil d'Etat, elle avait dû supporter une charge d'intérêts bancaires liée aux ouvertures de crédit qu'elle avait dû souscrire à concurrence des montants qu'elle avait dû payer à la commune.

La cour d'appel déclara la demande non fondée, au motif notamment que « *la diligence et la prudence qui doivent servir de modèle sont seulement celles que l'on peut attendre d'un homme normal et qui sont conformes aux usages : que l'homme d'une prudence normale qui sert de comparaison pour apprécier si une faute a été commise doit être placé dans les mêmes conditions « externes » que l'Etat ; (...) que l'omission d'une précaution exceptionnelle, qui aurait été inusitée en l'espèce et dont l'expérience ultérieure aurait seulement démontré l'importance, ne constitue pas une faute ; qu'il faut considérer que pour nombres d'exercices antérieurs, des « règlements-taxes » identiques avaient été pris et approuvés par arrêtés royaux sans qu'il y ait jamais discussion ou réclamation ; qu'il n'est pas acquis que l'approbation aurait été accordée à la légère sans examen du problème ; qu'il sied de constater, pour autant que de besoin, qu'il n'est pas davantage constant que l'intimée aurait fait preuve de légèreté lorsqu'elle a décidé de la taxe (...) qu'on peut à nouveau rappeler que, pour décider de l'illégalité des règlements-taxes, il a fallu procéder à des études longues et minutieuses* ».

<sup>1638</sup> Cet arrêt avait en réalité été précédé d'un autre arrêt du 19 décembre 1980 (J.T., 1981, p. 517) posant déjà le principe. La question se pose spécialement lorsque le Conseil d'Etat a prononcé préalablement l'annulation d'une décision ou d'un règlement administratif. Cette annulation ne constitue cependant pas un préalable obligatoire à l'introduction d'une action en responsabilité à base de faute devant le juge de l'ordre judiciaire (Cass., 16 décembre 1965, Pas., 1966, I, p. 513).

<sup>1639</sup> A l'origine, ces taxes de démergement servaient à financer les travaux destinés à prévenir les inondations, lesquelles se trouvaient aggravées, dans de nombreuses communes de la vallée de la Meuse, par les affaissements de sol provoqués par les extractions charbonnières. Initialement fixées en proportion du nombre de tonnes de houille extraites, ces taxes furent calculées, à partir des années 60, en proportion de la superficie des concessions minières.

Pour la cour d'appel, une illégalité constatée par le Conseil d'Etat dans le cadre d'un arrêt d'annulation n'était donc pas nécessairement constitutive d'une faute civile.

La S.A. des charbonnages de Gosson-Kessales introduisit un pourvoi devant la Cour de cassation à l'encontre de cet arrêt, dans lequel elle soutint notamment que toute transgression d'une disposition légale ou réglementaire constituait en soi une faute entraînant la responsabilité civile de l'auteur de la transgression, sans qu'il faille rechercher en outre si ce dernier avait agi par imprudence, négligence ou imprévoyance<sup>1640</sup>.

Dans son arrêt du 13 mai 1982<sup>1641</sup>, la Cour de cassation accueillit le moyen, dans des termes cependant plus nuancés puisqu'elle décida que « *sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage ; Attendu que les décisions d'annulation du Conseil d'Etat ont autorité de chose jugée erga omnes ; Que, lorsqu'une juridiction judiciaire est valablement saisie d'une action en responsabilité fondée sur l'excès de pouvoir résultant de la méconnaissance de telles règles constitutionnelles ou légales ayant entraîné l'annulation d'un acte administratif par le Conseil d'Etat, la constatation par ce dernier de l'excès de pouvoir s'impose à elle ; que, dès lors, sous la réserve indiquée ci-avant, cette juridiction doit nécessairement décider que l'autorité administrative, auteur de l'acte annulé, a commis une faute et, pour autant que le lien causal entre l'excès de pouvoir et le dommage soit établi, ordonner la réparation de celui-ci* ».

Une grande partie de la doctrine va considérer, à la suite de cet arrêt, que la Cour a consacré la théorie de l'unité des notions de faute civile et d'illégalité<sup>1642</sup>.

Il convient cependant d'observer que la Cour de cassation n'affirmait pas, comme l'y invitait le moyen, que toute illégalité était nécessairement constitutive d'une faute. Encore fallait-il que l'excès de pouvoir résulte de la méconnaissance d'une

<sup>1640</sup> Le deuxième moyen du pourvoi précise : « *Toute transgression d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute entraînant la responsabilité civile de l'auteur de la transgression, sans qu'il faille rechercher en outre si ce dernier a agi par imprudence, négligence ou imprévoyance ; qu'en ce qui concerne les autorités administratives, elles ne peuvent agir que dans les limites de la loi ; que tout acte qui comporte un excès de pouvoir est nécessairement un acte illicite et que, dès lors, s'il a causé un dommage à autrui, pareil acte entraîne nécessairement la responsabilité de la personne publique au nom de laquelle il a été accompli ; que les arrêts d'annulation du Conseil d'Etat ont autorité de chose jugée erga omnes et s'imposent notamment au juge civil statuant sur une action en responsabilité fondée sur l'excès de pouvoir constaté par le Conseil d'Etat ; d'où il suit qu'en décidant que les défendeurs n'avaient pas commis de faute, la première en adoptant et le second en approuvant les règlements ultérieurement annulés pour excès de pouvoir par le Conseil d'Etat, et ce, pour le motif que ces autorités administratives n'avaient pas « agi à la légère, sans examen du problème », l'arrêt méconnaît la notion légale de faute et l'autorité de chose jugée des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat (...)* » (c'est nous qui soulignons).

<sup>1641</sup> Cass., 13 mai 1982, J.T., 1982, pp. 772 et ss. avec les conclusions de Monsieur le Procureur Général J. VELU, alors Avocat général.

<sup>1642</sup> Voyez toutefois les nuances et réserves formulées par M. LEROY à cet égard, in *Contentieux administratif*, op. cit., pp. 743 et ss. et 747 et ss.

règle constitutionnelle ou légale imposant à l'autorité administrative de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée.

La difficulté est alors de pouvoir déterminer les normes qui imposent à l'autorité de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée et celles qui ne le font pas. Pour certains auteurs, toute norme impose d'une manière ou d'une autre à l'autorité administrative de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée, ne fut-ce que par référence au respect du principe de légalité qui s'impose à l'administration. Partant, toute illégalité commise est nécessairement constitutive d'une faute.

Les développements ultérieurs de la jurisprudence de la Cour de cassation invitent toutefois à appréhender cette affirmation avec prudence. Ainsi, dans un arrêt du 25 octobre 2004<sup>1643</sup>, après avoir rappelé que « *la faute de l'autorité administrative, pouvant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil engager sa responsabilité, consiste en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant à cette autorité de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée* », la Cour va constater qu'en l'espèce, aucune norme de droit n'imposait à l'autorité administrative<sup>1644</sup> de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte que la décision de celle-ci ne pouvait être considérée comme fautive que si elle consistait en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité administrative normalement soigneuse et prudente placée dans les mêmes conditions. Dans la mesure où l'arrêt attaqué ne constatait pas l'existence de pareil comportement, la Cour de cassation accueillit le pourvoi et cassa l'arrêt de la cour d'appel.

Il est permis de soutenir, à la suite de cet arrêt, que toute illégalité ne constitue pas nécessairement une faute. Tel ne sera le cas que si l'illégalité commise l'est aux dépens d'une norme imposant à l'autorité administrative de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée. Si tel n'est pas le cas, il conviendra encore de vérifier que le comportement de l'autorité administrative ne s'écarte pas du comportement de l'autorité administrative normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions. S'il s'en écarte, il y aura faute. S'il ne s'en écarte pas, aucune faute ne pourra être constatée, nonobstant l'existence d'une illégalité.

300. *Responsabilité des pouvoirs publics dans la fonction administrative – erreur invincible et autres causes de justification*

Dès l'arrêt du 13 mai 1982, la Cour de cassation précise que l'autorité administrative qui viole une norme de droit national ou de droit international ayant des effets dans l'ordre juridique interne pourrait toutefois être exonérée de sa responsabilité si, ce faisant, elle a commis une erreur invincible ou si elle peut faire valoir « *une autre cause de justification* ».

<sup>1643</sup> J.L.M.B., 2005, pp. 638 et ss. et note DE ROY D., « *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives : revirement ou affinement ?* ».

<sup>1644</sup> En l'espèce, l'O.N.S.S.

Selon la Cour de cassation, l'erreur peut être considérée comme étant invincible s'il peut se déduire des circonstances de la cause, que l'autorité administrative a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente placée dans les mêmes circonstances<sup>1645</sup>.

La Cour de cassation n'admet pas aisément les causes de justifications susceptibles d'exonérer la responsabilité de l'administration. Jusqu'il y a peu, les hypothèses retenues étaient celles de la loi rétroactive ou interprétative et du revirement de jurisprudence intervenant postérieurement à l'action (ou l'inaction) de l'administration. Il est en effet difficile de sanctionner l'administration sur la base d'un élément apparu après qu'elle ait agi.

La jurisprudence de la Cour a toutefois connu quelques évolutions ces dernières années.

Ainsi, dans un arrêt du 23 juin 2005<sup>1646</sup> la Cour a-t-elle admis qu'une divergence d'interprétation d'une norme pouvant exister entre une juridiction de l'ordre judiciaire et le Conseil d'Etat pouvait être constitutive d'une erreur invincible de nature à exonérer l'autorité administrative de sa responsabilité.

Cette analyse ne fait toutefois pas l'unanimité en doctrine. Une partie de celle-ci, se fondant sur un arrêt de la Cour de cassation du 16 septembre 2005<sup>1647</sup>, considère en effet qu'une controverse jurisprudentielle doit toujours aboutir à la constatation d'une faute de l'administration si celle-ci n'a pas adopté l'interprétation retenue in fine par le Juge qui a à connaître de l'action en responsabilité diligentée à l'encontre de l'administration<sup>1648</sup>. Comme le relève toutefois J. WILDEMEERSCH, les circonstances des deux espèces n'étaient pas les mêmes, de sorte qu'il est délicat de se fonder sur l'enseignement contenu dans un des deux arrêts pour l'étendre au cas d'espèce tranché par l'autre arrêt<sup>1649</sup>.

---

<sup>1645</sup> Cass., 8 février 2008, J.T., 2008, p. 569 et note RENDERS D. ; Cass., 16 septembre 2005, Pas., 2005, p. 1663.

<sup>1646</sup> Cass., 23 juin 2005, Pas., 2005, I, p. 1437. En l'espèce, l'autorité administrative avait adopté une décision sur la base d'une disposition faisant l'objet d'interprétations divergentes en retenant une interprétation défendue par une partie de la doctrine et de la jurisprudence existant à ce moment-là, mais qui fut ultérieurement écartée au profit d'une autre interprétation de la norme, par la Cour de cassation. La Cour de cassation estime qu'en pareilles circonstances, il peut être admis que l'autorité administrative a commis une erreur invincible susceptible de l'exonérer de sa responsabilité.

<sup>1647</sup> Cass., 16 septembre 2005, Pas., 2005, I, p. 1663.

<sup>1648</sup> En ce sens, RENDERS D., « *De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible* », obs. sous Cass., 8 février 2008, J.T. 2008, pp. 571 et ss. ; RENDERS D. et PIRET FI., « *La responsabilité pénale et civile des mandataires provinciaux et locaux* », op. cit., p. 110.

<sup>1649</sup> Voyez WILDEMEERSCH J., « *La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382* », op. cit., pp. 240 à 242. Dans l'espèce tranchée par l'arrêt du 16 septembre 2005, l'autorité administrative avait adopté d'une norme, une interprétation divergente de la seule interprétation alors connue en jurisprudence. Lorsque sa responsabilité fut mise en cause, elle soutint bien que son interprétation était conforme à celle retenue in fine par le Conseil d'Etat, mais elle ne fut pas suivie dans la mesure où l'interprétation retenue par le Conseil d'Etat était postérieure à l'adoption de l'acte administratif litigieux.

Dans un arrêt du 21 décembre 2007<sup>1650</sup>, la Cour de cassation a eu à examiner la question de savoir si l'administration qui avait fait application d'une loi déclarée ultérieurement inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle, avait ce faisant commis une faute. La Cour d'appel de Mons avait considéré en l'espèce que l'arrêt de la Cour constitutionnelle et sa publication au Moniteur belge n'étaient intervenus que plusieurs années après la décision litigieuse de l'administration de sorte que celle-ci ne pouvait, avant cette publication, avoir connaissance de l'irrégularité de son action.

La Cour de cassation va rejeter le pourvoi dirigé à l'encontre de cet arrêt au motif, notamment que *« l'arrêt décide qu'il ne peut être imputé à faute au défendeur d'avoir appliqué l'article 222 précité avant la publication dudit arrêt au Moniteur belge du 9 mars 2002 au motif que l'administration des douanes et accises « n'a bien évidemment pas pour mission de contrôler la constitutionnalité des lois ». L'arrêt qui considère ainsi que la violation de la Constitution n'est pas fautive dès lors qu'elle trouve sa justification dans l'application d'une loi n'ayant fait l'objet d'aucun constat d'inconstitutionnalité ni d'aucune invalidation par la Cour constitutionnelle, justifie légalement sa décision »*.

Cet arrêt, pris sur conclusions contraires de l'avocat général, a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine<sup>1651</sup>. La solution retenue par la Cour paraît toutefois logique si l'on a égard à l'article 108 de la Constitution qui énonce que *« (l)le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution »* et à la considération que dans notre ordre juridique, une loi n'est inconstitutionnelle que si elle a été jugée telle par la Cour constitutionnelle. Tant que celle-ci ne s'est pas prononcée, il n'appartient donc pas, en principe, à l'autorité administrative, de ne pas mettre en œuvre la loi.

Certains estiment que son devoir général de prudence devrait toutefois lui permettre d'écarter l'application de la loi si des doutes sérieux existent quant à la compatibilité de celle-ci avec les normes qui lui sont supérieures dans la hiérarchie des normes et, donc, par exemple, avant même que la Cour constitutionnelle ne se soit prononcée<sup>1652</sup>.

Un arrêt du 8 février 2008<sup>1653</sup> mérite encore d'être mentionné. Le C.P.A.S. de Thuin avait décidé d'imposer au secrétaire qu'il venait de recruter, un stage d'un an au terme duquel une commission de stage ferait rapport au conseil. Avant même que la commission ne se soit réunie, le conseil avait décidé de prolonger le stage de 6 mois, décision qui fut, pour ce motif, suspendue par l'autorité de tutelle. Après réunion de la commission de stage, le conseil avait repris une nouvelle décision de prolongation du stage. Tant la décision d'imposer un stage que celle de le prolonger étaient illégales dès lors que pareilles conditions n'avaient été prévues parmi les conditions de nomination ou dans l'appel aux candidats. Le secrétaire recruté ne les entreprit toutefois pas en justice.

<sup>1650</sup> Cass., 21 décembre 2007, J.T., 2008, pp. 554 et ss. et obs. RENDERS D., « *L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ?* ».

<sup>1651</sup> RENDERS D., obs. sous Cass., 21 décembre 2007, op. cit., pp. 555 et ss.

<sup>1652</sup> Voyez à cet égard les développements de J. WILDEMEERSCH, « *La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382* », op. cit., pp. 243-248.

<sup>1653</sup> Cass., 8 février 2008, J.T., 2008, pp. 569 et ss. et obs. RENDERS D., « *De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible en passant par l'erreur invincible* ».

Finalement, le conseil du C.P.A.S. devait décider de mettre fin aux fonctions du secrétaire recruté. Celui-ci attaqua cette dernière décision au Conseil d'Etat qui en prononça l'annulation.

Il se tourna alors vers les juridictions de l'ordre judiciaire pour obtenir réparation du préjudice qu'il estimait avoir subi à la suite de l'excès de pouvoir commis par le C.P.A.S. et constaté par l'arrêt d'annulation du Conseil d'Etat. En appel, la Cour d'appel de Mons estima notamment qu'en l'absence de recours de l'intéressé à l'encontre de la décision de nomination à titre temporaire et de la décision de prolongation du stage, celles-ci avaient acquis un caractère définitif en sorte que « dans les circonstances qui viennent d'être décrites, toute autorité administrative normalement prudente et diligente pouvait légitimement considérer ne pas pouvoir faire fi des décisions devenues définitives et ayant pour objet de désigner l'appelant en qualité de secrétaire du C.P.A.S. tout en lui imposant un stage probatoire et de prolonger la durée de ce stage pour une période de six mois ; toute autorité administrative normalement prudente et diligente pouvait tout aussi légitimement estimer ne pas pouvoir faire abstraction de la qualité de stagiaire attachée à la fonction exercée par l'appelant et ne pas pouvoir ignorer les deux rapports successifs déposés en l'espèce par la commission de stage ; l'illégalité de la décision de mettre fin aux fonctions de l'appelant n'était pas manifeste dès lors que les décisions antérieures étaient devenues définitives n'étant plus susceptibles de recours, que le statut des agents du C.P.A.S. prévoyait l'organisation d'un stage probatoire d'une durée minimum d'un an (...), et que par ailleurs la loi organique des C.P.A.S. et son arrêté d'exécution ne contenaient aucune disposition interdisant d'imposer un tel stage à un secrétaire de C.P.A.S. lors de son recrutement ; c'est dès lors à bon droit que l'intimé se prévaut de l'erreur invincible en ce qui concerne l'illégalité de sa décision de mettre fin aux fonctions de l'appelant, illégalité résultant du fait de lui avoir imposé un stage probatoire lors de son recrutement en qualité de secrétaire du C.P.A.S. ».

La Cour de cassation va rejeter le pourvoi dirigé contre cet arrêt, au motif, notamment que « l'erreur de droit peut, en raison de certaines circonstances, être considérée par le juge comme étant invincible à la condition que de ces circonstances il puisse se déduire que l'autorité a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente ».

Comme le relève D. RENDERS, cette décision qui constitue un assouplissement de la notion d'erreur invincible, est en porte-à-faux avec la jurisprudence constante de la Cour de cassation en vertu de laquelle un acte administratif unilatéral de portée individuelle n'est jamais définitif et peut toujours être contesté, devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, sur le fondement de l'article 159 de la Constitution<sup>1654</sup>.

301. *Responsabilité des pouvoirs publics dans la fonction administrative – réparation en nature ou par équivalent*

<sup>1654</sup> D. RENDERS, obs. sous cass., 8 février 2008, op. cit., J.T., 2008, pp. 571 et ss. : « En considérant que le fait de ne pas diriger de recours au Conseil d'Etat contre un acte administratif unilatéral de portée individuelle a pu faire croire à l'administration que son action était régulière, la Cour de cassation fait di de l'enseignement qu'elle tire, depuis des décennies, de l'article 159 de la Constitution ».

S'appuyant sur le principe de la séparation des pouvoirs, les cours et tribunaux ont longtemps renâclé à imposer à l'Etat, déclaré responsable du fait de l'administration, une réparation en nature, alors même que celle-ci constitue le principe en matière de réparation.

La réparation avait lieu par équivalent, sous forme de dommages et intérêts.

Le principe de la réparation en nature a toutefois été admis par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 juin 1980<sup>1655</sup>.

302. *La responsabilité des pouvoirs publics dans la fonction juridictionnelle – la reconnaissance de principe*

C'est par un arrêt de 1991 que la Cour de cassation va admettre le principe de la responsabilité de l'Etat du fait du pouvoir judiciaire.

Les faits de la cause sont les suivants<sup>1656</sup>. En 1982, le Tribunal de Commerce de Bruxelles prononça par défaut, la faillite d'office de la S.P.R.L. « Anderlecht – Café », en abrégé « ANCA ». Le jugement fut confirmé sur opposition, mais réformé en appel, la Cour d'appel constatant notamment que le Tribunal de commerce avait méconnu les principes de la publicité et du caractère contradictoire des débats. Après un recours avorté devant la Commission européenne des droits de l'homme, la société ANCA saisit le Tribunal de Première Instance de Bruxelles, en vue d'obtenir à charge de l'Etat belge, l'indemnisation du préjudice qu'elle prétendait avoir subi à la suite des fautes qui auraient été commises par les magistrats du Tribunal de commerce de Bruxelles lorsqu'ils avaient déclaré par défaut et d'office, la faillite de la société.

Le Tribunal de Première Instance de Bruxelles déclara la demande non recevable, au motif que la responsabilité de l'Etat, pas plus que celle des magistrats de l'ordre judiciaire ne pouvait, en dehors des cas de prise à partie, prévus limitativement par l'article 1140 du Code judiciaire, être recherchée pour des fautes commises par des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions.

La Cour d'appel de Bruxelles déclara quant à elle la demande non fondée. Elle appuyait sa décision sur divers motifs parmi lesquels les principes d'indépendance du pouvoir judiciaire et des magistrats qui le composent, de séparation des pouvoirs, de l'autorité s'attachant à la chose jugée et les principes régissant la mise en œuvre des voies de recours.

Un pourvoi fut introduit à l'encontre de cette dernière décision. Dans un arrêt du 19 décembre 1991<sup>1657</sup>, la Cour de cassation accueillit celui-ci. Après avoir rappelé l'enseignement de l'arrêt « La Flandria » et les principes de la théorie de l'organe,

<sup>1655</sup> J.T., 1980, p. 707. Voyez sur ce point LEWALLE P., *Contentieux administratif*, op. cit., pp. 392-394 et les références citées.

<sup>1656</sup> Un résumé complet de ceux-ci figure dans les conclusions du Ministère public précédant l'arrêt du 19 décembre 1991 de la Cour de cassation, Pas., 1992, I, pp. 316 et ss.

<sup>1657</sup> Cass., 19 décembre 1991, Pas., 1992, I, pp. 363 et ss. ; R.C.J.B., 1993, pp. 289 et ss. et note RIGAUX Fr. et VAN COMPERNOLLE J. ; J.L.M.B., 1992, pp. 20 et ss. et note PIEDBOEUF F. ; R.W., 1992-1993, pp. 377 et ss. et note VAN OEVELEN A.



elle décida : « Attendu que les principes de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance du pouvoir judiciaire et des magistrats qui le composent, ainsi que de l'autorité de la chose jugée n'impliquent pas que l'Etat serait, d'une manière générale, soustrait à l'obligation, résultant des dispositions légales précitées, de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celles de ses organes dans l'administration du service public de la justice, notamment dans l'accomplissement des actes qui constituent l'objet direct de la fonction juridictionnelle ; Attendu que les articles 1140 à 1147 du Code judiciaire, qui organisent la procédure de la prise à partie, ne dérogent au régime du droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil qu'en ce qui concerne la mise en cause de la responsabilité personnelle des juges et des officiers du ministère public ; qu'il ne s'en déduit pas que la responsabilité de l'Etat ne saurait jamais être engagée sur la base de ces dispositions du Code civil lorsque, dans les cas pouvant donner lieu à prise à partie ou en dehors de ces cas, un juge ou un officier du ministère public commet, dans l'exercice de ses fonctions, une faute dommageable ; Que la responsabilité de l'Etat n'est, en effet, pas nécessairement exclue par le fait que celle de son organe ne peut, quant à elle, être engagée à la suite de l'acte dommageable que celui-ci a commis, soit que l'organe ne soit pas identifié, soit que l'acte ne puisse être considéré comme une faute de l'organe en raison d'une erreur invincible de celui-ci ou d'une autre cause de responsabilité le concernant personnellement, soit que cet acte constitue une faute mais que l'organe soit personnellement exonéré de la responsabilité pouvant en découler ; Qu'en l'état actuel de la législation, l'Etat peut, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, être, en règle, rendu responsable du dommage résultant d'une faute commise par un juge ou un officier du ministère public lorsque ce magistrat a agi dans les limites de ses attributions légales ou lorsque celui-ci doit être considéré comme ayant agi dans ces limites, par tout homme raisonnable et prudent ; que, toutefois, si cet acte constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la demande tendant à la réparation du dommage ne peut, en règle, être reçue que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie et n'est plus, dès lors, revêtu de l'autorité de la chose jugée ; Que, dans ces limites, la responsabilité de l'Etat du chef d'un acte dommageable du pouvoir judiciaire n'est ni contraire à des dispositions constitutionnelles ou légales, ni inconciliable avec les principes de la séparation des pouvoirs et de l'autorité de la chose jugée ; qu'elle n'est pas incompatible non plus avec l'indépendance du pouvoir judiciaire et des magistrats qui le composent, que les dispositions du Code judiciaire relatives à la procédure de prise à partie tendent à sauvegarder, cette indépendance apparaissant assurée à suffisance par l'impossibilité légale de mettre en cause la responsabilité personnelle des magistrats en dehors des cas où ceux-ci ont été condamnés pénalement et des cas pouvant donner ouverture à la prise à partie ».

Cet arrêt pose donc le principe de la responsabilité de l'Etat pour la faute commise par un magistrat du siège ou du parquet agissant dans les limites de ses attributions. Il se réfère toutefois à « *l'administration du service public de la justice* », expression susceptible d'englober non seulement les magistrats, mais également les greffiers, employés de greffe ou encore les juristes fonctionnant au sein des tribunaux et des parquets. Il faut toutefois conserver à l'esprit qu'à la différence des magistrats (assis ou debout), ces différentes catégories de personnel sont désormais soumises à la loi du 10 février 2003.

Le fait que la responsabilité de l'organe ne puisse être mise en cause, par exemple parce qu'il bénéficie, comme c'est le cas des magistrats assis ou debout, d'un

régime spécifique de responsabilité<sup>1658</sup>, n'empêche pas que la responsabilité de l'Etat pour faute de son organe puisse quant à elle être mise en cause.

303. *La responsabilité des pouvoirs publics dans la fonction  
juridictionnelle – les conditions de mise en œuvre*

Comme pour l'administration, cette responsabilité se fonde sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Toutefois, la Cour de cassation ajoute une double précision pour l'hypothèse où l'acte fautif constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle<sup>1659</sup>. Dans ce cas en effet, celui qui veut mettre en cause la responsabilité de l'Etat devra 1) avoir préalablement obtenu le retrait, l'annulation, la réformation ou la rétractation de l'acte litigieux par une décision passée en force de chose jugée 2) en raison de la violation d'une norme juridique établie en manière telle que l'acte litigieux ne soit plus revêtu de l'autorité de la chose jugée.

La première précision s'explique par le souci de préserver la cohérence du système procédural des voies de recours<sup>1660</sup>.

Après quelques hésitations, il est désormais admis que cette condition à trait à la recevabilité de l'action en responsabilité contre l'État-législateur<sup>1661</sup>.

<sup>1658</sup> Il s'agit du régime de la prise à partie visé aux articles 1140 et ss. du Code judiciaire. En vertu de l'article 1140, « (l)es juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants :

1° s'ils se sont rendus coupables de dol ou de fraude, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ;

2° si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ;

3° si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts ;

4° s'il y a déni de justice ».

En vertu de l'article 1141, les trois premières hypothèses sont également applicables à l'égard des officiers du ministère public.

<sup>1659</sup> Les actes non-juridictionnels posés par un magistrat ne sont pas soumis au régime décrit ci-dessous.

<sup>1660</sup> Voyez VELU J., Premier Avocat général, conclusions précédant Cass., 19 décembre 1991, Pas., 1992, I, pp. 350-351.

<sup>1661</sup> En effet, la condition a d'abord été présentée comme une condition de recevabilité, pour ensuite, à partir de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1994 (ANCA II), être considérée comme une condition de fond. Voyez Cass., 8 décembre 1994, Pas., 1994, I, pp. 1063 et ss. ; J.T., 1995, pp. 497 et ss. et obs. DALCQ R.O. ; J.L.M.B., 1995, pp. 387 et ss. et obs. PHILIPPE D-M. ; R.W., 1995-1996, pp. 180 et ss. et note VAN OEVELEN A. : « *Que de plus, lorsque l'acte incriminé constitue, comme en l'espèce, l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la responsabilité de l'Etat ne peut être encourue que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision...* ». Aujourd'hui, toutefois, la doctrine et la jurisprudence, tant de la Cour de cassation que de la Cour constitutionnelle, semblent considérer que cette condition est bel et bien une condition de recevabilité de l'action : Cass., 27 juin 2008, Pas., 2008, p. 1732 ; R.C.J.B., 2010, p. 183 et note D. RENDERS ; Cass., 5 juin 2008, J.L.M.B., 2009, p. 52 et note D. PHILIPPE, « Condition de recevabilité de la responsabilité des magistrats : la réformation de l'acte juridictionnel litigieux » ; C. const., n° 99/2014 du 30 juin 2014, J.L.M.B., 2014, pp. 1462 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'Etat du fait des magistrats », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics – XXI<sup>es</sup> journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 195-197 ; B. DUBUISSON et J.-F. VAN

Si l'action en responsabilité n'a pas le même objet que le recours introduit contre la décision litigieuse et n'a pas pour effet de remettre en cause l'autorité de chose jugée de celle-ci, il est inévitable que dans le cadre du débat sur la responsabilité, le magistrat saisi de l'action soit amené à prendre position quant à la décision litigieuse. Une éventuelle mise en cause de la responsabilité de l'Etat par le juge saisi de l'action en responsabilité pourrait aboutir, au moins implicitement, à la remise en cause de la décision litigieuse. Or en vertu du Code judiciaire, la seule manière de remettre en cause une décision de justice est d'exercer les voies de recours prévues à cet effet. En imposant cette démarche préalablement, on préserve donc le système mis en place et sa cohérence.

Du reste, s'il est possible d'obtenir le retrait, l'annulation, la réformation ou la rétractation de la décision litigieuse qui est source d'un préjudice, le fait de ne pas exercer le recours permettant d'y parvenir peut également s'analyser en un comportement fautif en lien causal avec le dommage invoqué, pouvant déboucher sur un partage de responsabilité, voire en une « cause juridique propre », excluant la responsabilité de l'Etat.

C'est l'idée qui sous-tend, semble-t-il, un arrêt du 5 juin 2008 de la Cour de cassation dans lequel celle-ci précise, de manière très claire, que « *lorsque l'acte litigieux constitue, comme en l'espèce, l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la responsabilité de l'Etat n'est engagée, en règle, que si l'acte litigieux a été rapporté, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie*<sup>1662</sup>. *Avant le rapport, la modification, l'annulation ou la rétractation, il n'y a pas de dommage réparable. En décider autrement réduirait à néant l'autorité des voies de recours et serait contraire aux règles essentielles de l'organisation judiciaire et à la mission des cours et tribunaux* »<sup>1663</sup>.

Depuis l'origine, à savoir, l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991, précité, il est admis que la condition de recevabilité énoncée ci-dessous n'est pas absolue<sup>1664</sup>. Ainsi, il est admis que même s'il n'y a pas eu de retrait, de réformation, d'annulation ou de rétractation de la décision litigieuse, la

---

DROOGHENBROECK, « L'anéantissement de la décision fautive, condition de recevabilité de l'action en réparation de l'erreur judiciaire », in D. RENDERS (dir.), *ibid.*, 2016, pp. 241-308.

<sup>1662</sup> Dans un autre arrêt du même jour, la Cour de cassation précise que « *cette situation doit être assimilée à celle où, indépendamment de sa volonté, le préjudicié ne peut introduire aucun recours contre l'acte litigieux au motif que la décision même a été rapportée et qu'il n'a juridiquement plus d'intérêt manifeste à demander que la décision litigieuse soit écartée* » (Cass., 5 juin 2008, R.G. C.06.0366.N). En l'espèce, un sieur D.E. avait été placé sous mandat d'arrêt par un juge d'instruction. Quelques jours plus tard, la chambre du conseil avait confirmé le mandat d'arrêt mais avait considéré que les conditions de maintien de la détention n'étaient plus réunies. Ultérieurement, l'intéressé avait été mis hors de cause. Il avait alors cité l'Etat belge pour obtenir réparation.

<sup>1663</sup> Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 5 juin 2008, R.G. C.07.0073.N. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 19 décembre 1991, le Premier Avocat général VELU s'était montré, semble-t-il, un peu plus nuancé (voyez Pas., 1992, I, p. 354). Cette jurisprudence fut confirmée en 2010 encore : Cass., 25 mars 2010, Justel 201000325-4. P. Dubuisson, V. Callewaert, B. De coninck et autres, in « La responsabilité civile », *Chronique de jurisprudence 1996-2007*, 23 Larcier, 2009, vol. 1, pp. 611-612.

<sup>1664</sup> Des exceptions au principe sont mentionnées dans les conclusions du Ministère public précédant l'arrêt. Voyez Pas., 1992, I, pp. 353-356.

responsabilité de l'Etat peut être admise si la juridiction a méconnu une obligation imposée par la Cour européenne des droits de l'Homme et dont la violation a été constatée par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Entre autre exception importante<sup>1665</sup>, signalons que la Cour de Justice de l'Union européenne a, dans un arrêt Köbler, du 30 septembre 2003, consacré le principe selon lequel la *violation manifeste* du droit de l'Union européenne par une juridiction suprême est de nature à engager la responsabilité de l'Etat membre à l'égard des particuliers<sup>1666</sup>.

Enfin, la dernière exception importante au principe est dégagée par la Cour constitutionnelle, dans son important arrêt du 30 juin 2014 :

*« B.20.1. Quant au respect des articles 10 et 11 de la Constitution, pris isolément, bien qu'une faute légère puisse entraîner des dommages aussi importants qu'une faute lourde, il convient de tenir compte du rôle décisif que jouent les juridictions de dernier ressort dans l'interprétation et l'application du droit et de l'autorité particulière qui s'attache à leurs décisions.*

*La recherche d'un juste équilibre entre le principe de sécurité juridique, d'une part, et le droit d'accès au juge, d'autre part, peut ainsi justifier que le droit à la réparation intégrale du préjudice causé par la faute commise par une juridiction de dernier ressort, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, ne soit garanti, sans exiger l'effacement préalable de la décision de justice litigieuse, que si la juridiction a violé de manière suffisamment caractérisée une règle de droit applicable.*

*B.20.2. Exiger que la faute commise par la juridiction de dernier ressort soit manifeste et grave permet de surcroît de diminuer le risque d'erreurs dans le chef du juge de la responsabilité, chargé d'apprécier seul l'illégalité de la décision adoptée ou de la procédure suivie par une juridiction statuant en dernier ressort, erreurs qui pourraient, elles-mêmes, donner lieu à une cascade de recours en responsabilité.*

*B.21. Enfin, compte tenu de la nécessité d'harmoniser les garanties reconnues par le droit de l'Union européenne, d'une part, et par le droit interne, d'autre part, la Cour tient compte de la jurisprudence de la Cour de justice en vertu de laquelle la juridiction de dernière instance qui méconnaît de manière suffisamment caractérisée une disposition du droit de l'Union européenne ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers, engage la responsabilité de l'Etat envers le particulier qui démontre que cette méconnaissance lui a causé un préjudice, les conditions de recevabilité d'une telle action, susceptibles d'être arrêtées par les Etats membres, dans le cadre de leur autonomie procédurale, ne pouvant de surcroît rendre « impossible en pratique ou excessivement difficile » l'exercice d'une telle prérogative (voy. CJCE, 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01, points 34, 47 et 53-59 et, à propos des limites à l'autonomie procédurale des Etats*

<sup>1665</sup> Pour un détail plus exhaustif des exceptions, voy. J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'Etat du fait des magistrats », *op. cit.*, pp. 197-203 ; B. DUBUISSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'anéantissement de la décision fautive, condition de recevabilité de l'action en réparation de l'erreur judiciaire », *op. cit.*, 2016, pp. 277-308.

<sup>1666</sup> C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Kobler c. République d'Autriche*, J.T. droit européen, 2004, p. 90 ; confirmé par C.J.C.E. (Grande chambre), 13 juin 2006, *Traghetti*, J.T. droit européen, 2006, p. 223.

membres, CJUE, 12 décembre 2013, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, C-362/12, points 31-32).

B.22. Amenée à préciser ce qu'elle entendait par une violation suffisamment caractérisée des règles du droit de l'Union, la Cour de justice a jugé :

« Afin de déterminer si cette condition est réunie, le juge national saisi d'une demande en réparation doit tenir compte de tous les éléments qui caractérisent la situation qui lui est soumise.

Parmi ces éléments figurent notamment le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit, la position prise, le cas échéant, par une institution communautaire, ainsi que l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE.

En tout état de cause, une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée lorsque la décision concernée est intervenue en méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour en la matière (voir, en ce sens, arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, précité, point 57) » (CJCE, 30 septembre 2003 précité, points 54-56; voy. aussi CJCE, grande chambre, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, point 32).

Afin de respecter le principe d'égalité, il appartient au juge de la responsabilité de tenir compte de tels éléments afin de déterminer si la faute commise par une juridiction statuant en dernier ressort, en dehors du champ d'application du droit de l'Union européenne, constitue une violation suffisamment caractérisée des règles de droit applicables.

B.23. Il s'ensuit que l'article 1382 du Code civil n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle il ne permet pas, tant que la décision de justice en cause n'a pas été retirée, rétractée, réformée ou annulée, d'engager la responsabilité de l'Etat pour une faute commise, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, par une juridiction ayant statué en dernier ressort, lorsque cette juridiction a violé de manière suffisamment caractérisée les règles de droit applicables alors que cette faute ne permet pas, eu égard aux voies de recours limitées ouvertes à l'encontre de ladite décision, d'en obtenir l'anéantissement.

B.24. La Cour relève cependant que la disposition en cause est susceptible de recevoir une autre interprétation, selon laquelle le fait que la décision litigieuse n'a pas été retirée, rétractée, réformée ou annulée n'a pas pour effet d'empêcher que le juge de la responsabilité puisse condamner l'Etat en raison d'une faute, commise dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, par une juridiction ayant statué en dernier ressort lorsque cette faute constitue une violation suffisamment caractérisée des règles de droit qui lui sont applicables et que cette faute ne permet pas, eu égard aux voies de recours limitées ouvertes à l'encontre de ladite décision, d'en obtenir l'anéantissement.

*B.25. Dans cette interprétation, la disposition en cause est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>1667</sup>.*

Il paraît résulter de cette décision que la responsabilité de l'Etat peut être recherchée si la Cour de cassation, le Conseil d'État, voire la Cour constitutionnelle<sup>1668</sup>, commettent une faute « caractérisée » dans l'interprétation d'un règle de droit, entraînant un dommage à autrui. De même, la responsabilité de l'Etat peut être pareillement engagée si un recours théorique contre la décision litigieuse existe mais que ce recours ne pourrait conduire, concrètement, à une satisfaction de la personne préjudiciée<sup>1669</sup>.

La seconde précision porte sur le motif de la réformation, de la rétractation, de l'annulation ou du retrait. Ceux-ci doivent intervenir en raison de la violation d'une norme juridique établie, « *c'est à dire*, explique J. VELU dans ses conclusions précédant l'arrêt du 18 décembre 1991, *d'une norme connue au moment ou l'acte juridictionnel incriminé est intervenu. Il faut en effet que la décision retirée, réformée, annulée ou rétractée ait été illicite. Ne doit pas donner lieu à la responsabilité de l'Etat le dommage causé par une décision provisoire ultérieurement retirée, réformée, annulée ou rétractée en raison de faits nouveaux* »<sup>1670</sup>, tels par exemple qu'un renversement de jurisprudence.

J. WILDEMEERSCH précise toutefois, avec d'autres, que « *l'invocation de la « norme » ne peut conduire à exclure de la responsabilité de l'Etat les hypothèses où la réformation, l'annulation ou le retrait de la première décision se fonderait uniquement sur une lecture différente des faits* »<sup>1671</sup>.

Cette dernière précision amène à s'interroger sur la notion de faute retenue à charge du magistrat.

Dans l'arrêt du 18 décembre 1991, la Cour de cassation ne définit pas la faute du magistrat. Il résultait toutefois des conclusions du Ministère public que, comme pour l'administration, la faute était susceptible de se présenter sous deux aspects : soit une erreur de conduite devant être appréciée *in concreto*, suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions, soit, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, un comportement<sup>1672</sup> qui viole une norme imposant au magistrat de s'abstenir ou

<sup>1667</sup> C. const., Arrêt n° 99/2014 du 30 juin 2014.

<sup>1668</sup> En ce sens : J. VAN COMPENOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'Etat du fait des magistrats », *op. cit.*, pp. 202-203.

<sup>1669</sup> B. DUBUISSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'anéantissement de la décision fautive, condition de recevabilité de l'action en réparation de l'erreur judiciaire », *op. cit.*, pp. 293-297.

<sup>1670</sup> VELU J., Premier Avocat général, conclusions précédant Cass., 19 décembre 1991, Pas., 1992, I, p. 352.

<sup>1671</sup> WILDEMEERSCH J., « *La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382* », *op. cit.*, p257. Contra Bruxelles, 8 décembre 1999, J.T., 2000, p. 338 ; C.D.P.K., 2000, p. 501 ; LEROY M., *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 750-751.

<sup>1672</sup> Ibidem p. 358 : « *Je précise que par comportement, j'entends toute action ou omission de nature à produire des effets directs sur les droits, libertés ou intérêts des personnes* ».

d'agir de manière déterminée, établie par le droit national ou par un traité international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne<sup>1673</sup>.

Sur cette base, fallait-il considérer que de la réformation, la rétractation, l'annulation ou le retrait d'une décision découlait nécessairement la démonstration d'une faute dans le chef du magistrat ayant adopté la décision litigieuse ?

Dans le second arrêt qu'elle rendra dans l'affaire ANCA<sup>1674</sup>, le 8 décembre 1994<sup>1675</sup>, la Cour va reprendre explicitement la double formule : « *Attendu que la faute du magistrat pouvant, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, entraîner la responsabilité de l'Etat consiste, en règle, en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme du droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant au magistrat de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée* ».

Elle va pourtant refuser de casser l'arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait considéré que l'annulation du jugement ayant prononcé la faillite était une condition certes nécessaire mais pas suffisante à l'admission d'une éventuelle responsabilité de l'Etat. En d'autres termes, il ne suffisait pas pour la cour d'appel, de constater que le juge avait commis une illégalité en prononçant la faillite, illégalité dénoncée par l'annulation du jugement en appel. Encore fallait-il vérifier, *in concreto*, si le magistrat avait ce faisant adopté un comportement s'écartant du critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions et circonstances de temps.

En définitive, il semble donc que seule l'erreur de conduite analysée au regard du critère du magistrat normalement soigneux et prudent placé dans les mêmes circonstances est désormais retenue au titre de faute, dans le chef des magistrats. La Cour de cassation paraît ainsi se montrer moins sévère dans l'appréciation de la faute du juge que dans l'appréciation de la faute de l'administration<sup>1676</sup>.

Cette analyse est confortée par un arrêt du 26 juin 1998 concernant l'exercice d'une fonction juridictionnelle par un directeur des contributions<sup>1677</sup>. Bien que la Cour de cassation y ait repris sa double définition de la faute, elle ne mentionne plus la nécessité d'obtenir la réformation préalable de la décision<sup>1678</sup>. Elle y précise en outre : « *Attendu que si certaines normes de droit imposent à celui qui prend*

<sup>1673</sup> Ibidem, pp. 358-362.

<sup>1674</sup> A la suite de la cassation intervenue en décembre 1991, l'affaire fut renvoyée devant la Cour d'appel de Liège.

<sup>1675</sup> Voyez Cass., 8 décembre 1994, Pas., 1994, I, pp. 1063 et ss. ; J.T., 1995, pp. 497 et ss. et obs. DALCQ R.O. ; J.L.M.B., 1995, pp. 387 et ss. et obs. PHILIPPE D-M. ; R.W., 1995-1996, pp. 180 et ss. et note VAN OEVELEN A.

<sup>1676</sup> M. LEROY écrit sur cette disparité de traitement « *qu'avec un brin de malveillance (mais serait-elle hors de propos ?), on pourrait (la) taxer de corporatisme* » (voyez LEROY M., *Contentieux administratif*, op. cit., p. 755).

<sup>1677</sup> Cass., 26 juin 1998, R.G.A.R., 1999, n° 13095 et obs. DALCQ R.O. ; J.L.M.B., 1998, pp. 1166 et ss. et obs. PHILIPPE D. ; J.T., 1998, p. 667 ; R.C.J.B., 2001, pp. 21 et ss. et note DUBUISSON B.

<sup>1678</sup> La condition réapparaît toutefois dans les arrêts du 5 juin 2008 R.G. C.07.0073.N et C.06.0366.N.

*une décision juridictionnelle de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, tel n'est pas le cas de la norme de droit qu'il a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce ; que, partant, l'erreur dans l'interprétation ou l'application d'une telle norme n'est fautive que si elle consiste en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'organe de l'Etat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions » (c'est nous qui soulignons)<sup>1679</sup>.*

Le maintien de la double définition de la faute imposerait de pouvoir identifier parmi les normes, celles imposant au juge d'agir ou de s'abstenir de manière déterminée, sachant que tel n'est pas le cas de la norme de droit qu'il a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce. La tâche s'avère délicate et la doctrine paraît avoir renoncé à identifier des cas où la norme que le juge était censé appliquer devait conduire à un comportement déterminé de la part du magistrat<sup>1680</sup>. Dès lors, la seule faute paraissant pouvoir être reprochée au juge semble être la faute « caractérisée », à l'image de la faute qu'il est possible de retenir à l'encontre des décisions des Cours suprêmes, depuis l'arrêt n° 99/2004 de la Cour constitutionnelle, précité<sup>1681</sup>.

#### 304. *La responsabilité des pouvoirs publics dans la fonction législative – reconnaissance du principe*

Le pouvoir législatif est le dernier des trois grands pouvoirs traditionnels à avoir vu sa responsabilité mise en cause et retenue par les cours et tribunaux. Ce n'est qu'en 2006<sup>1682</sup> que la Cour de cassation a admis le principe non sans susciter de nombreuses critiques.

Il est vrai que dans un régime de démocratie parlementaire représentative, mettre en cause la responsabilité des pouvoirs publics dans leur fonction législative implique de mettre en cause le parlement, censé tirer sa légitimité des élections organisées à intervalles réguliers. Mettre en cause le travail du parlement, c'est en quelque sorte mettre en cause le choix des électeurs qui l'ont élu. Si, comme l'affirme la Constitution, tous les pouvoirs émanent de la Nation<sup>1683</sup>, il en est particulièrement ainsi, à tout le moins en apparence, du parlement qui, avec l'exécutif, forme le pouvoir législatif<sup>1684</sup>.

<sup>1679</sup> Dans un arrêt du 21 avril 2006, la Cour ne se réfère même plus à sa double définition et décide que « *la faute prétendument extra-contractuelle d'un juge-commissaire doit être appréciée par rapport à l'attitude d'un juge-commissaire raisonnablement prudent et prévoyant qui se trouve dans les mêmes circonstances* » (Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 21 avril 2006, R.G. C.04.0614.N). La double définition réapparaît cependant dans les arrêts précités du 5 juin 2008.

<sup>1680</sup> : J. VAN COMPENOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'Etat du fait des magistrats », *op. cit.*, pp. 206-208.

<sup>1681</sup> B. DUBUISSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'anéantissement de la décision fautive, condition de recevabilité de l'action en réparation de l'erreur judiciaire », *op. cit.*, p. 288.

<sup>1682</sup> Cass., 28 septembre 2006, J.T., 2006, pp. 595 et ss. avec les conclusions du Premier Avocat général LECLERCQ ; J.L.M.B., 2006, pp. 1548 et ss. et obs. WILDEMEERSCH J. et UYTENDAELE M. ; R.C.J.B., 2007, pp. 367 et ss. et note VAN DROOGHENBROECK S.

<sup>1683</sup> Constitution, art. 33, alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>1684</sup> Constitution, art. 36.



Par ailleurs, sous l'influence française, la loi a longtemps joui d'une sorte de présomption d'infailibilité et d'intangibilité. Le législateur ne pouvait mal faire. Dans ces conditions, à défaut de faute, sa responsabilité ne trouvait jamais à être mise en cause et le juge se gardait bien de la rechercher. Du reste, la conception de la séparation des pouvoirs alors défendue faisait obstacle à pareille démarche.

La situation a commencé à évoluer sensiblement au début des années 1970, lorsque la Cour de cassation prononça le célèbre arrêt « Le Ski »<sup>1685</sup>. Dans cet arrêt, la Cour reconnaissait au juge le pouvoir de contrôler la loi au regard des dispositions du droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne et d'en écarter l'application si son contrôle menait à un constat de contrariété de la loi auxdites dispositions internationales.

La création de la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage dans les années 1980<sup>1686</sup> constitua une seconde atteinte, de taille, au dogme de l'infailibilité du législateur et de l'intangibilité de la loi, dès lors qu'elle se vit investie du pouvoir d'annuler purement et simplement, ou, sur question préjudicielle, de déclarer inconstitutionnelle, telle loi qui était soumise à sa censure. Sa compétence n'a d'ailleurs cessé, depuis son instauration, d'être élargie.

Mais c'est du droit communautaire qu'est venu le signal explicite de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat du chef du pouvoir législatif.

Dans les arrêts FRANCOVICH et BONIFACI du 19 novembre 1991<sup>1687</sup>, puis BRASSERIE DU PECHEUR et FACTORTAM III du 5 mars 1996<sup>1688</sup>, la Cour de Justice des Communautés Européennes va décider en substance que la violation du droit communautaire par un Etat membre, fut-elle imputable au législateur, est constitutive d'une faute et que celle-ci doit pouvoir déboucher sur la réparation du préjudice qu'en subirait un citoyen de l'Etat membre concerné<sup>1689</sup>.

<sup>1685</sup> Cass., 27 mai 1971, Pas., 1971, I, pp. 886 et ss. ; J.T., 1971, pp. 777 et ss.

<sup>1686</sup> Voyez l'actuel article 142 de la Constitution, ainsi que la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage qui a abrogé et remplacé la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage.

<sup>1687</sup> C.J.C.E., n° C – 6/90 et C – 9/90, Rec., 1991, I, pp. 5357 et ss.

<sup>1688</sup> C.J.C.E., n° C – 46/93 et C – 48/93, J.L.M.B., 1996, pp. 696 et ss.

<sup>1689</sup> Dans l'arrêt du 19 novembre 1991, dans lequel était en cause le défaut de transposition d'une directive par la République italienne, la Cour décidait notamment : « 37. Il résulte de tout ce qui précède que le droit communautaire impose le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables. (...) 38. Si la responsabilité de l'État est ainsi imposée par le droit communautaire, les conditions dans lesquelles celle-ci ouvre un droit à réparation dépendent de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé. 39. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un État membre méconnaît l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 189, troisième alinéa, du traité, de prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive, la pleine efficacité de cette norme de droit communautaire impose un droit à réparation dès lors que trois conditions sont réunies. 40. La première de ces conditions est que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers. La deuxième condition est que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, la troisième condition est l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées. 41. Ces conditions sont suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation, qui trouve directement son fondement dans le droit communautaire ». Dans l'arrêt du 5 mars 1996, la Cour précisait : « 31. En tenant compte de ce qui précède, la Cour a déjà relevé, dans l'arrêt Francovich e.a., précité, point 35, que le principe de la

Si la violation du droit communautaire par une loi était susceptible de déboucher sur la mise en cause de la responsabilité de l'Etat du fait du législateur<sup>1690</sup>, tel devait également être le cas en cas de violation d'autres dispositions internationales<sup>1691</sup> ou encore en cas de violation par la loi de la Constitution<sup>1692</sup>.

---

*responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité. 32. Il en résulte que le principe est valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un État membre, et ce quel que soit l'organe de l'État membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement. 33. De surcroît, eu égard à l'exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire que constitue l'uniformité d'application du droit communautaire (voir, notamment, arrêt du 21 février 1991, Zuckerfabrik, C-143/88 et C-92/89, Rec. p. I-415, point 26), l'obligation de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire ne saurait dépendre des règles internes de répartition des compétences entre les pouvoirs constitutionnels. 34. (...). Il doit en être d'autant plus ainsi dans l'ordre juridique communautaire que toutes les instances de l'État, y compris le pouvoir législatif, sont tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, au respect des normes imposées par le droit communautaire et susceptibles de régir directement la situation des particuliers. 35. Aussi, la circonstance que le manquement reproché est, au regard des règles internes, imputable au législateur national n'est pas de nature à remettre en cause les exigences inhérentes à la protection des droits des particuliers qui se prévalent du droit communautaire et, en l'occurrence, le droit d'obtenir réparation du préjudice causé par ledit manquement devant les juridictions nationales. (...). 46. Cela étant rappelé, il y a lieu de constater que le législateur national, comme d'ailleurs les institutions communautaires, ne dispose pas systématiquement d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il agit dans un domaine régi par le droit communautaire. Celui-ci peut lui imposer des obligations de résultat ou des obligations de comportement ou d'abstention réduisant, parfois considérablement, sa marge d'appréciation. Tel est notamment le cas lorsque, comme dans les circonstances visées par l'arrêt Francovich e.a., précité, l'État membre est obligé, en vertu de l'article 189 du traité, de prendre dans un certain délai toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive. Dans ce cas, la circonstance que les mesures à prendre incombent au législateur national est dépourvue de pertinence pour la mise en œuvre de la responsabilité de l'État membre du fait de la non-transposition de la directive. 47. En revanche, lorsqu'un État membre agit dans un domaine dans lequel il dispose d'un large pouvoir d'appréciation, comparable à celui dont disposent les institutions communautaires pour la mise en œuvre des politiques communautaires, les conditions dans lesquelles sa responsabilité peut être engagée doivent être, en principe, les mêmes que celles dont dépend la responsabilité de la Communauté dans une situation comparable. (...). 51. Dans de telles circonstances, un droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées ».*

<sup>1690</sup> Voyez les exemples de jurisprudence cités par LEWALLE P., *Contentieux administratif*, pp. 377-378.

<sup>1691</sup> En particulier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Voyez en ce sens civ. Bruxelles, 23 mars 2007, J.T., 2007, pp. 445 et ss.

<sup>1692</sup> Avec la réserve en pareille hypothèse que le constat d'inconstitutionnalité doit avoir été préalablement posé par la Cour constitutionnelle, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire n'ayant pas la compétence de contrôler les lois au regard de la Constitution. Voyez civ. Liège, 17 novembre 2000, J.T., 2001, p. 299 et obs. Y-H. LELEU. Concernant la carence du législateur à adopter une loi ou à voter un budget, voyez civ. Bruxelles (4<sup>ème</sup> ch.), 3 mars 2005, J.L.M.B., 2005, pp. 733 et ss. Encore faudra-t-il évidemment que la disposition constitutionnelle concernée soit de celles dont la Cour constitutionnelle est chargée d'assurer le respect.

Enfin, comme le relève le Professeur UYTENDAELE, « *il n'y a guère de raison, au regard des principes posés dans les arrêts La Flandria et Anca, que l'Etat soit exonéré de toute responsabilité pour les fautes accomplies par le pouvoir législatif. Cette responsabilité est restée longtemps lettre morte dès lors qu'aucune juridiction n'était fondée à contrôler la constitutionnalité d'une norme législative. Comme, aujourd'hui, la Cour d'arbitrage est compétente pour annuler des normes législatives irrégulières – et partant pour constater leur caractère fautif – il n'y a plus guère de raison de priver les justiciables du droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'application d'une norme législative dont l'irrégularité a été sanctionnée par la juridiction constitutionnelle. Il en va de même pour toute norme législative interne qui méconnaîtrait une disposition de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne* »<sup>1693</sup>.

Après avoir été admis de plus en plus fréquemment par les juridictions de fond, le principe de la responsabilité de l'Etat dans sa fonction législative paraît avoir été consacré dans un arrêt du 28 septembre 2006 de la Cour de cassation<sup>1694</sup>.

Cet arrêt fut toutefois précédé d'un autre arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2006<sup>1695</sup> sur lequel il convient de s'arrêter un instant.

En l'espèce, une commission parlementaire d'enquête sur les sectes avait établi au terme de ses travaux, un rapport dans lequel se retrouvaient des assertions concernant l'Eglise universelle du Royaume de Dieu et certains de ses membres, que l'une et les autres estimèrent calomnieuses. Ils engagèrent une action en responsabilité fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, en vue d'obtenir réparation du dommage causé par ces propos et la publicité qui leur avait été donnée.

Le Tribunal de Première Instance de Bruxelles déclara l'action irrecevable.

La Cour d'appel en revanche, réformant le jugement de première instance, déclara l'action recevable et partiellement fondée<sup>1696</sup>. Un pourvoi en cassation fut introduit à l'encontre de l'arrêt.

Le 1<sup>er</sup> juin 2006, la Cour de cassation, dans des termes rappelant ceux employés par le passé à propos de la responsabilité de l'Etat dans sa fonction exécutive et dans sa fonction judiciaire, va décider : « *Les principes de la séparation des*

<sup>1693</sup> UYTENDAELE M., « *Réflexions à froid sur un petit coup d'Etat jurisprudentiel* », obs. sous Bruxelles (1<sup>ère</sup> ch.), 28 juin 2005, J.L.M.B., 2005, pp. 1576 et ss.

<sup>1694</sup> Cass., 28 septembre 2006, J.T., 2006, pp. 595 et ss. avec les conclusions du Premier Avocat général LECLERCQ ; J.L.M.B., 2006, pp. 1548 et ss. et obs. WILDEMEERSCH J. et UYTENDAELE M. ; R.C.J.B., 2007, pp. 367 et ss. et note VAN DROOGHENBROECK S.

<sup>1695</sup> Cass. (aud. plén.), 1<sup>er</sup> juin 2006, J.T., 2006, pp. 461 et ss. et obs. VAN DROOGHENBROECK S. ; T.B.P., 2006, pp. 434 et ss. et obs. MUYLLE K. ; J.L.M.B., 2006, pp. 1524 et ss. et obs. WOUTERS I. et THIELS Y.

<sup>1696</sup> Bruxelles (1<sup>ère</sup> ch.), 28 juin 2005, J.L.M.B., 2005, pp. 1576 et ss. avec obs. UYTENDAELE M., « *Réflexions à froid sur un petit coup d'Etat jurisprudentiel* », très critique à l'égard de la décision commentée et WILDEMEERSCH J., « *Quand le pouvoir judiciaire se mêle du pouvoir législatif* », pp. 1590 et ss. qui paraît approuver celle-ci en soulignant notamment le parallélisme entre le raisonnement tenu par la cour d'appel de Bruxelles dans la présente espèce avec le raisonnement développé par le Premier Avocat général VELU dans ses conclusions précédant l'arrêt ANCA I. Voyez également SCHOLSEM J.-C., « *L'article 58 de la Constitution : deux visions du droit ?* », op. cit., spéc. pp. 482-483.

*pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir législatif et des membres du Parlement ne signifient pas que l'Etat puisse de manière générale être dispensé de ses obligations de réparer les dommages causés à un tiers par une faute du Parlement. En attribuant l'examen des litiges concernant les droits civils exclusivement aux cours et tribunaux, l'article 144 de la Constitution place tous les droits civils sous la protection du pouvoir judiciaire. En réalisant cette protection, la Constitution n'a pas tenu compte de la capacité des parties contendantes ni de la nature des actes par lesquels un droit a été violé, mais bien exclusivement de la nature du droit en cause. Tout comme les citoyens, l'Etat est soumis aux règles de droit, notamment celles qui concernent la réparation d'un dommage résultant de fautes qui ont affecté les droits subjectifs et les intérêts légitimes des personnes ».*

La Cour va toutefois casser l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, pour des motifs tenant notamment aux articles 56 et 58 de la Constitution<sup>1697</sup>, après avoir précisé que « la protection ordonnée par l'article 144 de la constitution ne permet pas que le juge, de manière directe ou indirecte, contrôle la manière dont le Parlement exerce son droit d'enquête ou prend sa décision et, partant, sur la manière dont les membres de la Chambre expriment leur opinion »<sup>1698</sup>.

L'espèce soumise à la Cour de cassation dans ce cadre, ne concernait pas à strictement parler la fonction législative, mais bien le droit d'enquête reconnu aux Chambres par la Constitution.

La Cour de cassation va toutefois avoir l'occasion de se prononcer sur la question de la responsabilité de l'Etat dans sa fonction législative<sup>1699</sup>, dans le cadre du délicat problème de l'arriéré judiciaire bruxellois.

Une dame FERRARA JUNG se plaignant d'avoir été victime d'une erreur médicale introduisit en 1987 une action devant les juridictions bruxelloises en réparation du dommage qu'elle prétendait avoir subi en suite de cette erreur. Le jugement intervint après expertise, en 1995. Il fut frappé d'appel en mars 1996. Une demande de fixation du dossier en appel fut déposée en juillet 1997. Par une ordonnance d'octobre, l'affaire se trouva placée sur une liste d'attente. L'ordonnance précisait qu'elle ne pourrait être plaidée avant juin 2004 !

<sup>1697</sup> L'article 56 confie à chaque chambre le droit d'enquête, tandis que l'article 58 prévoit qu'aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre – il existe des dispositions analogues pour les parlements des entités fédérées – ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions. La motivation de la décision de la Cour de cassation se réfère également à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme (voyez notamment C.E.D.H., A. c. Royaume-Uni, 17 décembre 2002, disponible sur le site Internet de la Cour).

<sup>1698</sup> Comparez avec le raisonnement retenu par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 décembre 1991 et par J. VELU dans les conclusions précédant cet arrêt, concernant la responsabilité de l'Etat dans sa fonction juridictionnelle, raisonnement que la cour d'appel avait fait sien en l'espèce, en décidant que la mise en cause de la responsabilité de l'Etat était compatible avec l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité des parlementaires et respectueux de la séparation des pouvoirs.

<sup>1699</sup> D'aucun considère même qu'à cette occasion, la Cour de cassation a désormais limité la possibilité de mettre en cause la responsabilité de l'Etat du fait du législateur à la seule hypothèse où est en cause la fonction législative *sensu stricto*, à l'exclusion par exemple de l'exercice de droit d'enquête. Voyez à cet égard WILDEMERSCH J., « L'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> juin 2006 versus l'arrêt du 28 septembre 2006 : le loup était déjà dans la bergerie », obs. sous Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 28 septembre 2006, J.L.M.B., 2006, pp. 1548 et ss.

Dès 2001, Madame FERRARA introduisit une procédure en responsabilité sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil à l'encontre de l'Etat belge auquel elle reprochait la longueur anormale de sa procédure. Etaient mises en cause tant les fonctions exécutive que législative (à cet égard, c'est une omission de légiférer qui est critiquée). Le Tribunal de Première Instance et la Cour d'appel de Bruxelles ayant fait droit à sa demande en quelques mois, la Cour de cassation fut saisie d'un pourvoi interjeté par l'Etat belge.

Dans son arrêt du 28 septembre 2006, la Cour de cassation, rejetant cette fois le pourvoi, énonce : « *En attribuant aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour objet des droits civils, l'article 144 de la Constitution met sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils. En vue de réaliser cette protection, la Constitution n'a égard ni à la qualité des parties contendantes ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit faisant l'objet de la contestation. L'Etat est, comme les gouvernés, soumis aux règles de droit, et notamment à celles qui régissent la réparation des dommages découlant des atteintes portées par des fautes aux droits subjectifs et aux intérêts légitimes des personnes. En règle, la faute dommageable commise par l'un de ses organes engage la responsabilité directe de l'Etat sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil lorsque l'organe a agi dans les limites de ses attributions légales ou qu'il doit être tenu comme ayant agi dans ces limites par tout homme raisonnable et prudent. Le principe de la séparation des pouvoirs, qui tend à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'Etat, n'implique pas que celui-ci serait, de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative. Ni ce principe ni les articles 33, 36 et 42 de la Constitution ne s'opposent à ce qu'un tribunal de l'ordre judiciaire constate pareille faute pour condamner l'Etat à réparer les conséquences dommageables qui en sont résultées. En appréciant le caractère fautif du comportement dommageable du pouvoir législatif, ce tribunal ne s'immisce pas dans la fonction législative et dans le processus politique de l'élaboration des lois mais se conforme à la mission du pouvoir judiciaire de protéger les droits civils* ». Et la Cour de poursuivre plus loin, par un « attendu » interpellant du point de vue du bon fonctionnement de l'Etat de droit : « *Saisi d'une demande tendant à la réparation d'un dommage causé par une atteinte fautive à un droit consacré par une norme supérieure imposant une obligation à l'Etat<sup>1700</sup>, un tribunal de l'ordre judiciaire a le pouvoir de contrôler si le pouvoir législatif a légiféré de manière adéquate ou suffisante pour permettre à l'Etat de respecter cette obligation, lors même que la norme qui la prescrit laisse au législateur un pouvoir d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour en assurer le respect* » !

305. *La responsabilité des pouvoirs publics dans la fonction législative – application*

<sup>1700</sup> En l'occurrence, il s'agissait de l'article 6.1. de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La responsabilité de l'Etat-législateur peut être engagée en cas de violation d'une norme de droit international ou en cas de violation d'une norme de nature constitutionnelle<sup>1701</sup>.

Il faut distinguer les deux hypothèses. En effet, dans le premier cas, le juge judiciaire peut constater l'« inconvictionnalité » de la loi de sa propre initiative, en vertu de l'enseignement rendu par la Cour de cassation dans le cadre de son célèbre arrêt « Le Ski »<sup>1702</sup>.

Dans la deuxième hypothèse, par contre, un détour procédural par la Cour constitutionnelle paraît devoir s'imposer puisque seul le juge constitutionnel peut constater une violation de la Constitution par la loi<sup>1703</sup>. Si la norme législative n'a pas déjà été invalidée par la Cour constitutionnelle à la suite d'un recours en annulation<sup>1704</sup>, il appartient alors au juge judiciaire de sursoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle afin de s'assurer que la loi en cause (n')enfreint (pas) la Constitution<sup>1705</sup>.

En matière de responsabilité des pouvoirs publics, la Cour de cassation définit habituellement la faute de deux manières. Ainsi, dans un arrêt du 25 octobre 2004, la Cour indique notamment :

*« Attendu que la faute de l'autorité administrative, pouvant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil engager sa responsabilité, consiste en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant à cette autorité de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée »<sup>1706</sup> »<sup>1707</sup>.*

Ces deux facettes de la faute ne se retrouvent pas en l'état, dans les attendus de la Cour de cassation portant sur la responsabilité de l'Etat-

<sup>1701</sup> Peut être également rangée sous ce vocable, la norme répartitrice de compétence adoptée en vertu de la Constitution : S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics – XXIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 348.

<sup>1702</sup> Cass., 27 mai 1971, Pas., 1971, I, pp. 886 et ss. ; J.T., 1971, pp. 777 et ss.

<sup>1703</sup> En ce sens S. VAN DROOGHENBROECK, *ibid.*, p. 349 ; M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », in D. RENDERS, *op. cit.*, 2016, pp. 400-401 ; v. aussi : C. const., n° 2/2014 du 16 janvier 2014.

<sup>1704</sup> Ou d'un recours sur question préjudicielle, posée par un juge dans le cadre d'un autre litige.

<sup>1705</sup> Nous renvoyons, à ce sujet, aux manuels de droit constitutionnel et de contentieux constitutionnel. P. ex. : Ch. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Éléments de droit constitutionnel belge – notes provisoires 2015-2016*, ULg, en ligne, pp. 367-396.

<sup>1706</sup> Nous soulignons.

<sup>1707</sup> Cass., 25 octobre 2004, Pas., 2004, p. 1667, cité in D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer, vue d'ensemble », in D. RENDERS, *op. cit.*, p. 61.

législateur<sup>1708</sup>. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 septembre 2010 indique :

« 1. L'article 1382 du Code civil dispose que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

2. L'État peut, en règle, être tenu responsable d'une intervention ou omission législative fautive. Il appartient au juge d'examiner si l'État a agi comme le ferait un législateur normalement prudent et diligent.

3. La décision prise par la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une question préjudicielle qu'une disposition légale est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution n'implique pas encore qu'il est établi que le législateur a commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

4. La responsabilité du législateur pour avoir adopté une législation fautive requiert une appréciation propre du juge saisi de la demande de condamner l'État sur la base d'un acte illicite. Le simple renvoi à un arrêt de la Cour constitutionnelle qui a décelé lors d'une question préjudicielle une contrariété entre la loi et la Constitution sur la base de l'état du droit au moment où elle a statué, ne suffit pas comme appréciation propre.

5. Les juges d'appel ont énoncé que la Cour constitutionnelle a constaté dans un arrêt préjudiciel du 9 décembre 1998 que l'article 34, § 1er, 1°, du Code des impôts sur les revenus 1992 viole la Constitution. Ils ont considéré que la constatation par cette Cour qu'une disposition est contraire à la Constitution signifie nécessairement que le comportement fautif est établi dans le chef du législateur<sup>1709</sup> »<sup>1710</sup>.

M. VERDUSSEN considère que, d'un point de vue théorique, même en l'absence de la mention des deux facettes de la faute dans les attendus de la Cour de cassation, celles-ci se retrouvent dans le cadre de la responsabilité de l'Etat-Législateur. Sa faute pourrait, dès lors, être recherchée en cas de « violation d'une norme constitutionnelle [ou internationale] imposant au législateur un comportement déterminé » et en cas de « méconnaissance d'une obligation générale de prudence »<sup>1711</sup>. L'auteur remarque tout de même que d'un point de vue pratique, il n'est pas aisé, pour le juge judiciaire, de déterminer ce qu'il convient d'entendre par la violation d'une obligation générale de prudence lorsqu'il s'agit d'examiner la faute du législateur lui-même.

Par son arrêt du 10 septembre 2010, la Cour de cassation semble, en tout cas, rejeter la théorie de l'unité entre la faute et l'inconstitutionnalité ou

<sup>1708</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, pp. 366-370 ; M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », *op. cit.*, p. 406.

<sup>1709</sup> Nous soulignons.

<sup>1710</sup> Cass., 10 septembre 2010, F.09.0042.N/3. Le Même constat peut être dressé dans le récent arrêt du 30 avril 2015 de la Cour de cassation, C.12.0637.F/14.

<sup>1711</sup> M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », *op. cit.*, p. 407-412.

l'« inconvencionnalité » du législateur, même si un doute subsiste encore par rapport à cette question<sup>1712</sup>.

## Section 2. Le contrôle de l'action de l'administration

### 306. *Présentation*

Les mécanismes de recours ouverts aux citoyens pour contester la légalité et parfois, l'opportunité, de l'action de l'Administration doivent encore être introduits. Ils forment l'objet d'un enseignement de Master dans les nouveaux programmes de droit et de science politique. La faculté de droit et de science politique a compté parmi ses membres, une des plus fines plumes en contentieux administratif belge de ces dernières années, le professeur Lewalle. Il a quitté ses fonctions en 2008 en laissant une œuvre à jour - ce dont ses successeurs lui seront éternellement reconnaissant - un opus dédié au *Contentieux administratif*<sup>1713</sup>, qui reste le support de l'enseignement de ce cours et le restera encore sans doute pour de longues années. Pour finir, ce manuel consacré à l'action publique, il importait de présenter de manière synthétique et partant simplifiée la question de son contrôle. Il ne s'agit partant que d'introduire les développements du Précis, qui sert de référence à l'enseignement en Master.

Une distinction s'impose entre les recours qui sont portés devant des autorités administratives et les recours portés devant une juridiction. En effet, si les recours administratifs permettent de régler une série de contestations, seuls les recours portés devant le juge offrent certaines garanties aux administrés, puisque ce juge est censé être un « tiers » par rapport aux parties impliquées dans la contestation. Les inconvénients liés au contentieux ont amenés les pouvoirs publics à développer des moyens pour prévenir certains conflits.

### §1. Les moyens de prévention du contentieux et les recours à l'administrateur actif

#### 307. *Définition du contentieux*

Le contentieux administratif peut se définir simplement comme l'ensemble des litiges générés par l'activité de l'administration, ainsi que les procédés pour y mettre fin.

<sup>1712</sup> A ce sujet, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, pp. 367-371.

<sup>1713</sup> Bruxelles, Larcier, 2008.



L'organisation institutionnelle d'un contentieux administratif est intimement liée tant au principe de l'Etat de droit qu'au principe de légalité. Il doit être mis en perspective avec l'existence des prérogatives de puissance publique reconnues aux autorités administratives abordées dans la première partie du cours et aux devoirs impliqués par l'exercice d'une mission de service public déjà précisée ci-avant.

La reconnaissance des **privilèges du préalable** et de **l'exécution d'office**, l'inégalité du rapport qui s'instaure entre les gouvernants et les gouvernés donne immédiatement la mesure de l'importance de la qualité des moyens organisés dans un système juridique pour permettre aux gouvernés de se défendre. Il y va souvent de la protection des libertés publiques fondamentales.

308. *L'explosion du contentieux et le souci de la prévention*

Le contentieux administratif est croissant dans de nombreux pays de l'Europe Occidentale. La croissance de celui-ci est partiellement liée à la multiplication des interventions publiques- autoritaires et prestataires de service aux citoyens. Le degré d'instruction élevé dans nos démocraties occidentales constitue un autre facteur explicatif de ce contentieux croissant.

Il existe de nombreuses possibilités de contester les actions et décisions prises par une administration. C'est un lieu commun pourtant que de reconnaître qu'il existe un réel problème d'information tant du citoyen que de l'administration elle-même sur les voies de recours qu'il est permis ou préférable d'entreprendre.

Il est au demeurant aisé de comprendre que la multiplication de conflits soit en elle-même une source de déperdition d'énergie tant pour les gouvernés que les gouvernants. Dès lors, depuis le début des années 1980, de nombreux pays ont mené des réflexions relatives aux moyens à mettre en place pour prévenir les conflits et, lorsque le conflit est né, pour les orienter vers le bon juge, ou y mettre fin rapidement.

Les multiples évolutions de notre société comme l'augmentation généralisée du degré d'instruction, entraînant nécessairement un changement de mentalité, se sont répercutées sur le fonctionnement de l'administration. L'administration qui commandait hier doit aujourd'hui se résoudre à expliquer, convaincre, justifier ses actions. Ces évolutions ont été traduites dans l'article 32 de la Constitution qui stipule que "*chacun a le droit de consulter et de se faire remettre copie de chaque document administratif, sauf dans les cas et conditions fixées par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution (l'ordonnance bruxelloise)*".

**I. La prévention du contentieux**

309. *Premier moyen : la transparence administrative*

De multiples législations fédérales, communautaires et régionales sont venues préciser cet article 32 de la Constitution en organisant une forme de publicité

active et passive des administrations. L'ensemble de ces législations précise les exceptions obligatoires et facultatives à cette publicité active et passive, tout en organisant des voies de recours ouvertes aux personnes qui se sont vu opposer soit un refus de communication de document soit un refus de rectification de documents administratifs.

Toutes ces législations visent les autorités administratives qui relèvent de la compétence du législateur agissant, concept qui sera précisé à l'occasion de l'examen de recours pour excès de pouvoir que peuvent porter les administrés devant le Conseil d'Etat, à l'encontre des actes administratifs unilatéraux pris par ces autorités. La transparence administrative vise tous les documents administratifs, soit une notion distincte de l'acte administratif unilatéral évoqué dans la première partie du cours. Les documents administratifs doivent s'entendre comme toute information dont dispose l'administration, quel qu'en soit le support. Cependant, l'ensemble des législations vise à introduire des exceptions à la communication de documents à caractère personnel ou de documents qui pourraient porter une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne nommée dans celui-ci ou identifiable aisément, ou dont la divulgation pourrait causer un préjudice.

La notion de publicité active renvoie à l'idée que l'administration doit accomplir certains actes, certaines obligations, en vue d'informer les administrés. A ce titre, elle doit rédiger un guide explicatif sur le fonctionnement et les compétences de telle ou telle administration. Dans le même état d'esprit, toute correspondance officielle doit indiquer les coordonnées de la personne ressource, soit celle qui peut donner des informations complémentaires au sujet du courrier envoyé.

Toute décision ou acte individuel, notion qui renvoie à l'acte unilatéral au sens de la première partie du cours, doit désormais contenir l'indication des voies de recours qui peuvent être introduites à son encontre avec précision des instances compétentes, des formes et des délais à respecter. A défaut de contenir pareilles mentions, certaines législations prévoient que le délai pour introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat (voir infra) ne commencera pas à courir.

La notion de publicité passive renvoie à l'idée que chaque citoyen a le droit de consulter et de prendre ou de se faire remettre une copie de documents administratifs. Cette publicité passive est naturellement encadrée, notamment par l'exigence d'un intérêt particulier si le document contient des renseignements personnels, mais aussi par deux séries d'exceptions, obligatoires et facultatives, contenues souvent dans les législations. A titre d'exemples, des exclusions obligatoires peuvent viser la protection de certains intérêts (la sécurité de la population, les libertés et droits fondamentaux des administrations, les relations internationales fédérales, l'ordre public, la sûreté, la recherche ou la poursuite de faits punissables, les secrets d'entreprises, des documents qui seraient par nature confidentiels ou des documents relatifs à la vie privée). A titre d'exemples d'exclusions facultatives peuvent être refusées la communication de documents inachevés ou des demandes manifestement abusives ou formulées de manière trop vague. Les voies de recours contre des refus de communication de documents sont instituées par les législations pertinentes, ainsi qu'est organisé un droit de rectification des documents contenant des informations erronées. L'intervention d'une commission d'accès aux documents administratifs pouvant formuler des avis est également prévue. Ce type de contentieux peut éventuellement déboucher sur un recours juridictionnel.

310. *Deuxième exemple de prévention : l'enquête*

Les enquêtes sont souvent prévues dans la législation en matière d'urbanisme et d'environnement; par exemple, en Région wallonne, avant l'adoption d'un plan de secteur ou lors de la délivrance de certains permis en matière d'environnement. Cette manière de décider offre la possibilité aux citoyens d'exprimer leur avis avant l'adoption d'un acte unilatéral. L'expression de cet avis peut dénouer certains contentieux avant toute prise de décision administrative, puisque, par définition, ces enquêtes influenceront le contenu même de la décision.

311. *Troisième moyen : la consultation*

La consultation est une procédure plus institutionnalisée que l'enquête et plus spécialisée. Elle sera souvent portée devant une autorité administrative différente de l'autorité qui va prendre la décision. La consultation est souvent prévue avant l'adoption d'un acte et constitue une formalité substantielle pouvant être invoquée dans le cadre d'un moyen d'annulation devant le Conseil d'Etat (voir infra, recours pour excès de pouvoir).

312. *Quatrième moyen : la motivation formelle*

Un acte doit toujours reposer sur des motifs de droit et de fait pertinents. L'exigence de motivation formelle consiste à obliger l'administration à formaliser ceux-ci dans le corps même de sa décision. Cela peut d'une certaine manière freiner l'administration car formaliser les raisons a pour effet de les mettre en évidence et donc il sera parfois plus prudent de s'abstenir que d'expliquer en droit et en fait les raisons qui motivent une action. Cette motivation permet de dégager, dans une certaines mesures, des constances et donc d'anticiper et d'adapter son comportement, car l'action de l'administration est plus accessible dans ses fondements essentiels pour les citoyens. D'un autre côté, expliquer peut aussi encourager ceux qui ne veulent pas entendre les explications à introduire des contestations. L'obligation de motivation formelle peut aussi engendrer une augmentation des illégalités de pure forme qui en soi ne sont pas très éclairantes sur la légalité fondamentale de l'action critiquée pour cette raison.

Avant l'adoption de la loi du 29 juillet 1991, la jurisprudence avait déjà reconnu que certains actes devaient faire l'objet d'une motivation formelle. Depuis l'entrée en vigueur de cette législation, le principe est devenu l'obligation de motiver formellement les actes administratifs unilatéraux de portée individuelle accomplis par une autorité administrative. La jurisprudence a rapidement admis la motivation par référence, c'est-à-dire qui s'appuierait sur des documents autres que la décision même, pour autant que les « *références* » soient communiquées ou connues au moment de l'adoption de l'acte par le destinataire de celui-ci. La motivation formelle s'impose également lorsqu'une décision est prise au scrutin secret. Il suffit d'organiser le vote sur un document qui contient la motivation formelle de la décision. Des exceptions à cette obligation de motivation formelle sont prévues pour des motifs de sécurité extérieure de l'Etat, afin de ne pas porter

atteinte à l'ordre public, d'assurer le respect de la vie privée, d'assurer certaines obligations de secret professionnel.

313. *Cinquième moyen : le caractère contradictoire de la procédure d'élaboration de l'acte administratif ?*

Ce principe implique l'obligation pour l'administration de donner la parole au destinataire de l'acte avant de prendre celui-ci, afin d'organiser d'une manière ou d'une autre une sorte de droit de défense, un droit d'audition, un droit de présenter des observations utiles. Cette obligation doit être nécessairement mise en balance avec les nécessités de fonctionnement de l'administration et l'urgence qui préside parfois à l'adoption de certaines décisions.

Dans l'état actuel du droit, le principe reste que, sauf en présence d'une loi ou d'un usage qui l'impose, le caractère contradictoire dans l'élaboration d'un acte administratif n'est pas requis. La jurisprudence a cependant introduit trois séries d'exceptions. La première exception est liée à l'adoption des mesures disciplinaires prises à l'encontre des fonctionnaires de l'Etat. La deuxième série d'exceptions est relative aux mesures graves prises en considération de la personne, par exemple un licenciement pour inaptitude professionnelle d'un fonctionnaire. Enfin, la dernière série d'exceptions est relative à toutes mesures graves comme par exemple la déclaration d'inhabitabilité d'un logement.

314. *Extinction des contestations : l'arbitrage*

Une loi du 19 mai 1998 a modifié l'article 1672 du Code judiciaire. Le principe reste l'interdiction de l'arbitrage pour les pouvoirs publics. Cependant, une exception est prévue et autorise dès lors le recours à l'arbitrage pour toute contestation qui porte sur l'élaboration ou l'exécution d'une convention et toute autre matière qui serait précisée par la loi ou un arrêté délibéré en Conseil des Ministres. L'arbitrage permet aux parties de soustraire le règlement de leurs différends aux juridictions ordinaires et spéciales, et de les confier à un arbitre, qui rendra une décision qui s'imposera aux parties.

315. *Extinction des contestations : la conciliation*

La conciliation consiste à instituer un moment de réflexion dans le conflit, afin d'inviter les parties à se rencontrer pour éviter la poursuite du litige. Cette conciliation est parfois facultative et parfois obligatoire, comme dans le cadre du recours qui peut être porté devant le Conseil d'Etat afin de réparer un dommage exceptionnel qui serait causé par l'action d'une administration.

316. *Extinction des contestations : la transaction*

L'article 2044 du Code civil dispose que la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître.

Ce mode de résolution souple des conflits entre personnes privées pose problème lorsque des personnes publiques sont impliquées, en raison de l'indisponibilité des compétences qui leur sont attribuées. Une autorité administrative est compétente pour accomplir les missions qui sont précisées par la loi au sens large; elle ne peut, à l'occasion d'un litige, renoncer d'une manière ou d'une autre à l'exercice de ses compétences. Toutefois, de nombreuses transactions sont signées par les pouvoirs publics, qui ne mettent pas en cause le principe de l'exercice de leurs compétences. Il en est ainsi, par exemple, dans le cadre des litiges relatifs à l'exécution des marchés publics, notamment lorsque ceux-ci impliquent une expertise judiciaire.

317. *Médiation*

Cette institution est d'origine scandinave et participe dans notre pays à des nouvelles méthodes d'administration. Il s'agit d'une personne qui est censée entendre, écouter, deviner et dégager des solutions individuelles ou globales aux dysfonctionnements des institutions, qui lui sont, de manière informelle, dénoncés par l'ensemble des administrés. Cependant, le médiateur est susceptible, dans le cadre de l'exercice de ses missions, d'accomplir des actes qui seront susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat.

## **II. Les recours à l'administrateur actif**

### **318. Présentation**

Ces recours sont adressés à l'administration, qui les examine dans le cadre de sa fonction administrative. Dès lors, l'accomplissement de ces recours conduira à l'élaboration d'un acte administratif (renvoi à la première partie : application de la théorie de l'abrogation ou du retrait).

On distingue les recours gracieux, hiérarchique et de tutelle. Le recours gracieux sera adressé à l'auteur de l'acte, le recours hiérarchique sera adressé au supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte, le recours de tutelle sera adressé à l'autorité qui dispose d'un pouvoir de tutelle sur l'auteur de l'acte (renvoi à la première partie et aux notions de centralisation et décentralisation administratives).

Il est fondamental de distinguer les recours administratifs prévus par un texte de ceux qui ne sont pas prévus par un texte.

### **A. Les recours administratifs non prévus par un texte**

#### **319. Droit de pétition**

L'exercice d'un recours administratif non prévu par un texte constitue l'expression du droit de pétition prévu à **l'article 28 de la Constitution**. Cependant, cette faculté peut être exclue par un texte précis. Si un texte prévoit une voie de réclamation particulière, un recours administratif organisé, ceci implique l'exclusion implicite de la possibilité d'introduire un recours administratif non organisé. En principe, les recours non organisés par un texte ne sont pas des préalables obligatoires à l'introduction d'un recours devant le Conseil d'Etat (voir infra, le recours porté devant le juge).

#### **320. Conditions de recevabilité ?**

Les conditions de recevabilité de ce recours ne posent pas de problème particulier en raison de leur caractère peu formaliste. Tout requérant peut adresser pareille réclamation sans justifier d'un intérêt quelconque. La réclamation peut viser tout acte juridique administratif sans aucune restriction. Ces recours peuvent en outre être introduits sans aucune considération de délai, pour autant que l'on se réserve la possibilité d'attaquer l'acte initial qui fait l'objet de la contestation devant le Conseil d'Etat (délai de soixante jours) et pour autant que l'on reste conscient que l'autorité administrative devra exercer sa compétence dans le cadre de la théorie du retrait (voir première partie).

321. *Les moyens et procédure*

Les moyens qui peuvent être soulevés dans le cadre des recours administratifs touchent tant à la légalité qu'à l'opportunité.

Il n'existe pas de difficulté particulière liée à la qualité de l'autorité saisie du recours, si ce n'est qu'il faudra soit identifier l'auteur de l'acte (recours gracieux), soit identifier l'autorité investie d'un pouvoir hiérarchique sur l'auteur de l'acte, soit identifier dans le système juridique la compétence d'un organe de tutelle, sans qu'il soit nécessaire pour cette dernière d'identifier un texte qui organise précisément la faculté de saisir à titre de recours cette autorité de tutelle.

Il est important de retenir que l'autorité saisie de recours non administratif non organisé n'est pas tenue de statuer sur ces recours, n'est pas tenue d'appliquer une procédure particulière. Le rejet de ce type de recours sera interprété par le Conseil d'Etat comme un acte confirmatif qui ne peut, en tant que tel, faire l'objet d'un recours. Il s'impose dès lors toujours de se réserver la possibilité d'intenter un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, contre le premier acte contesté par cette voie contentieuse.

322. *Les pouvoirs de l'autorité saisie*

Les liens entre la théorie du retrait de l'abrogation de l'acte et l'accomplissement d'un recours gracieux ont déjà été tissés. Les pouvoirs d'un supérieur hiérarchique, sans pouvoir être assimilés à un pouvoir de substitution d'action, pourront parfois prendre la forme d'un pouvoir d'injonction, d'annulation ou de réformation de l'acte attaqué. Une nouvelle fois, la théorie du retrait, telle qu'elle fut précisée dans la première partie du cours, pose des limites à l'utilité de ce type de recours. Les pouvoirs d'une autorité de tutelle dépendront du texte qui prévoit la compétence de tutelle, et dès lors du type de tutelle organisé par le texte (annulation, substitution à l'action, etc.) (renvoi première partie du cours, organisation administrative).

323. *Absence d'effet suspensif*

L'exercice d'un recours administratif n'a pas d'effet suspensif de l'exécution de l'acte que l'on conteste de cette manière.

Il a déjà été précisé que l'exercice d'un recours administratif non organisé n'était pas un préalable obligatoire à l'introduction d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Il est important également de se souvenir que l'introduction d'un recours en annulation et en suspension d'un acte administratif devant le Conseil d'Etat est enserré dans un délai très strict. L'introduction d'un recours administratif non organisé aura en tout cas pour effet de manifester la connaissance acquise de l'acte initial qui seul pourra faire l'objet d'un recours.

## B. Les recours administratifs prévus par un texte

### 324. *Présentation*

Il faudra dans cette perspective chaque fois se référer au texte pour déterminer les conditions essentielles de recevabilité et les conditions relatives à l'examen du recours, tout en retenant le principe de l'obligation de statuer, qui permet dès lors, en cas de silence ou d'inaction de l'autorité saisie du recours, d'invoquer l'application de *l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat*, qui autorise, après mise en demeure et expiration d'un délai de quatre mois, l'introduction d'un recours devant le Conseil d'Etat, portant sur la décision implicite de rejet du recours. Les textes préciseront également les procédures à suivre et les pouvoirs de l'autorité de recours saisie dans pareil contexte.

### 325. *Relations avec le recours apporté devant le Conseil d'Etat*

Contrairement aux recours non organisés, les recours administratifs organisés sont des **préalables obligatoires** à l'obligation d'un recours en annulation apporté devant le Conseil d'Etat. Dès lors, la décision rendue dans le cadre du recours administratif organisé sera celle précisément qui pourra faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat.



## §2. Les recours portés devant les juridictions

### I. Introduction

#### A. Principes constitutionnels

##### 326. *Les articles de la Constitution*

**L'article 144 de la Constitution** prévoit que les contestations qui portent sur des droits civils sont de la compétence exclusive des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. **L'article 145 de la Constitution** prévoit que les contestations qui portent sur des droits politiques sont de la compétence des tribunaux ordinaires, sauf les exceptions prévues par la loi.

Ces deux dispositions nous indiquent clairement qu'une grande partie des contentieux qui se nouent entre les administrations et les administrés seront portés devant les tribunaux ordinaires. La définition de la notion de droit civil et politique relève des manuels de droit constitutionnels. Cette question s'adresse au législateur lorsqu'il institue une juridiction à compétence spéciale.

**L'article 31 de la Constitution** indique qu'il n'est pas nécessaire de recevoir une autorisation pour introduire une action contre l'Etat.

**L'article 158 de la Constitution** porte que la Cour de Cassation tranche les conflits d'attribution, soit les conflits qui peuvent se nouer au sujet de la compétence des tribunaux ordinaires et des juridictions spéciales. **Les articles 33 et 34 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat** constituent une application de ce principe.

**L'article 159 de la Constitution** dispose que les cours et tribunaux ordinaires peuvent refuser d'appliquer les arrêtés, règlements généraux, provinciaux ou locaux qui ne sont pas conformes aux lois. Cette exception de légalité ou moyen incident de légalité permet de contrôler l'action de l'administration, qui se matérialise dans des actes individuels ou dans des règlements.

L'expression *"loi"* dans cette disposition doit être interprétée largement et renvoie au niveau législatif de la hiérarchie des sources (voir deuxième partie du cours). Ce contrôle de légalité peut être exercé sans considération de délai (à mettre en relation avec le contrôle de légalité qui est exercé par le Conseil d'Etat). Le pouvoir des juges dans le cadre de ces dispositions fait l'objet d'une certaine controverse dans la mesure où la majorité de la doctrine et de la jurisprudence s'accordent pour leur reconnaître un pouvoir de censure négative, soit un refus d'application. C'est dans le cadre d'une censure positive que les controverses se nouent. Les juges disposent-ils d'un pouvoir d'injonction en application de cette disposition ? Dans le cadre de la responsabilité extra contractuelle, le juge s'est reconnu le pouvoir d'ordonner vis-à-vis d'une administration une réparation en

nature. Dans le cadre de référé judiciaire, des injonctions sont très fréquemment formulées par un juge à l'encontre de l'administration.

## B. Application des principes

### 327. *La responsabilité civile de l'administration*

La responsabilité civile de l'administration au sens large, comportant le contentieux relatif à l'exécution des contrats publics relèvent de la compétence des juridictions ordinaires.

### 328. *Les contestations relatives aux allocations sociales*

Le contentieux des allocations sociales, comme celui des allocations de chômage en raison du fait qu'ils sont considérés comme des droits politiques, sont de la compétence des tribunaux ordinaires en application de l'article 145 de la Constitution. Les contestations relatives à la relation de travail dans la fonction publique sont de la compétence des juridictions ordinaires, en application de l'article 778.1 du Code judiciaire.

### 329. *Le contentieux relatif à la responsabilité sans faute de l'administration*

Un contentieux relatif à la responsabilité sans faute des pouvoirs publics peut être porté devant la juridiction ordinaire. En effet, il est fondé sur la notion d'atteintes graves mais non fautives portées aux aïances essentielles de voirie, en vertu de **l'article 544 du Code civil** ou de **l'article 16 de la Constitution**, qui prévoient l'égalité devant les charges publiques, soit du contentieux relatif aux troubles excessifs du voisinage (cassation 6 avril 1960), soit des troubles causés par le voisinage d'un chantier d'autoroute mené par les pouvoirs publics et bordant des propriétés privées.

## C. L'acte juridictionnel

### 330. *Les avantages de l'intervention d'un juge*

Les avantages de l'intervention du juge sont bien connus : l'obligation de motiver sa sentence, l'obligation de se prononcer sur le litige dont il est saisi, l'obligation de répondre aux moyens soulevés par l'ensemble des parties, l'impartialité qui s'attache à l'exercice de la fonction juridictionnelle constituent autant d'avantages liés à son intervention.

331. *L'identification problématique d'une juridiction*

L'identification d'une juridiction reste cependant problématique, l'identification d'un acte juridictionnel reste en soi difficile, notamment parce que certaines autorités administratives exercent parfois des compétences juridictionnelles tout en continuant à exercer des compétences strictement administratives (conduisant à l'élaboration d'un acte administratif).

La qualification de juridiction dépend en définitive d'une série d'indices dont l'accumulation sera seule déterminante. Seront recherchés, l'intervention du législateur requise par la Constitution (article 161) (mais on sait que l'intervention du législateur est exigée également pour mettre en place une administration, renvoi à la partie 1 sur le service public), l'autorité de chose jugée qui s'attache à l'acte rendu par le juge, l'acte coulé en force de chose jugée (lorsque l'acte juridictionnel sera pris en dernier ressort, qu'il aura fait l'objet d'un acquiescement ou que les délais pour introduire les recours seront écoulés) constituent en définitive, la caractéristique de l'acte juridictionnel.

332. *Les caractéristiques de l'acte juridictionnel*

L'acte juridictionnel peut être caractérisé par les éléments suivants : il s'impose aux parties et à tout organe étranger, il ne peut être retiré, abrogé ou modifié par une autorité administrative, il ne peut être revu que dans le cadre des recours prévus par la loi, il s'impose aux autres juridictions, il ne peut faire l'objet d'un recours hiérarchique ou de tutelle.

## **II. Le Conseil d'Etat**

### **A. Généralités**

333. *Présentation générale du Conseil d'Etat*

Le Conseil d'Etat a fait l'objet d'une profonde réforme d'ordre structurel et organisationnel. Il est désormais divisé en une section législation et une section contentieux administratif. Un conseil du contentieux des étrangers a été créé pour désengorger le Conseil d'Etat. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

**La section législation** a pour tâche d'éclairer et d'assister le législateur et le gouvernement fédéral, les conseils des gouvernements communautaires et régionaux, les membres de la commission communautaire française ou de l'assemblée réunie, les membres du collège de la commission communautaire française et collège réuni, dans l'exercice de leur fonction normative (*articles 2 à 6 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat telles que modifiées par la loi du 4 août 1996*).

**La section contentieux administratif** n'exerce désormais plus que des compétences juridictionnelles, ses fonctions consultatives lui ayant été retirées lors de la dernière réforme<sup>1714</sup>.

Dans le cadre de ces **compétences juridictionnelles**, deux contentieux retiennent notre attention : le contentieux en réparation d'un dommage exceptionnel causé par une autorité administrative et le contentieux pour excès de pouvoir.

Il existe cependant d'autres compétences juridictionnelles.

Ainsi, selon *l'article 12 des lois coordonnées, modifié par la loi du 10 juillet 1973 et par la loi du 4 août 1996*, la section tranche par voie d'arrêts les difficultés relatives à la compétence respective des autorités provinciales ou communales ou des établissements publics.

En application de *l'article 13 des lois coordonnées*, la section statue par voie d'arrêts sur les recours tendant à prévenir ou à résoudre les contrariétés de décisions entre les juridictions administratives relevant de sa compétence. Cette disposition n'a reçu à ce jour aucune application.

La section du contentieux administratif statue dans les six mois par voie d'arrêts sur les recours en annulation d'un arrêté visé à *l'article 81, paragraphe 4 ou paragraphe 5 de la loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980, modifiée par la loi spéciale du 5 mai 1993 sur les relations internationales des communautés et des régions*. Le Conseil d'Etat est ainsi compétent pour annuler les arrêtés par lesquels le Roi confirme la suspension de la procédure de conclusion d'un traité envisagé par un gouvernement communautaire ou régional, ou suspend l'exécution d'un traité conclu par les mêmes gouvernements en application de *l'article 26 bis introduit dans les lois coordonnées par la loi du 5 mai 1993*.

*L'article 16 des lois coordonnées* énonce une série de contentieux (élections provinciales, communales, résiliation, réalisation de certains contrats conclus avant et après la guerre 14-18, aide sociale, différends entre communes nouvellement créées au sujet de partage de biens entre habitants des territoires séparés, élection des membres de conseil de police prévue par la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré et structuré à deux niveaux), **contentieux de pleine juridiction**. Ces termes signifient que le Conseil d'Etat dispose d'une compétence complète d'un juge, qui lui permet, par exemple, de valider une

---

<sup>1714</sup> *Les articles 8 et 9 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat* indiquaient que la section administration pouvait être consultée par les ministres fédéraux, les membres des gouvernements communautaires ou régionaux, les membres de la commission communautaire française et les membres du collège réuni, chacun pour ce qui les concerne, sur les difficultés et contestations qu'il appartenait au pouvoir exécutif de résoudre ou de trancher, pourvu qu'elles aient le caractère d'affaires d'ordre administratif non litigieuses. La section d'administration jouait ici un rôle d'organe administratif chargé de donner un avis. Ces avis restaient confidentiels. A titre indicatif, plus de 1100 avis ont été rendus dans le cadre de cette compétence, mais peu font l'objet de publication. Il pouvait parfois s'agir de la question de savoir comment interpréter certaines dispositions d'une législation, qui posent problème.

élection, de désigner des élus, de constater leur déchéance ou de réformer une sanction prise vis-à-vis d'un président d'un CPAS<sup>1715</sup>.

*L'article 16 bis introduit dans les lois sur le Conseil d'Etat par la loi du 12 février 1999, laquelle a inséré un article 15 ter dans la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis, dispose que la chambre bilingue de la section d'administration tranche ce type de conflit dans le cadre d'une compétence juridictionnelle qui peut faire elle-même l'objet d'un recours devant la cour de cassation.*

Le Conseil d'Etat est également compétent pour connaître d'un recours contre les décisions ou l'absence de décision de la Commission bancaire, financière et des assurances<sup>1716</sup>.

Ces contentieux particuliers ne sont pas examinés dans le présent cours.

L'introduction d'un *article 37 par la loi du 10 février 2002* permet au Conseil d'Etat d'imposer **une amende du chef d'un recours manifestement abusif** pouvant aller de 125 à 2.500 eur.

#### B. Le contentieux en réparation du dommage exceptionnel : article 11 des lois coordonnées

##### 334. *Les 3 conditions de compétence*

Il existe trois conditions de compétence pour saisir le Conseil d'Etat de pareil contentieux : la demande de réparation doit être formulée au titre de l'équité en raison du caractère exceptionnel du dommage, il ne doit pas exister d'autre juridiction compétente pour octroyer une réparation, et, enfin, le dommage doit être causé par un autorité administrative.

##### 335. *Première condition de compétence : la demande formulée au titre de l'équité*

La demande formulée au titre d'équité signifie que le requérant ne peut formuler sa demande en invoquant la violation d'une règle de droit. Cette précision doit être mise en relation avec le concept de faute, de violation d'une obligation légale ou réglementaire<sup>1717</sup>.

##### 336. *Seconde condition de compétence : la compétence résiduelle du Conseil d'Etat*

<sup>1715</sup> Conseil d'Etat 30 avril 1991, n°21129.

<sup>1716</sup> V. l'arrêté royal du 15 mai 2003 portant règlement de la procédure accélérée en cas de recours auprès du Conseil d'Etat contre certaines décisions de la Commission bancaire et financière.

<sup>1717</sup> *Supra*.

La portée de la condition relative à la compétence résiduelle signifie soit qu'aucune autre juridiction n'est compétente pour octroyer la réparation demandée, soit que l'action portée devant toute autre juridiction ne pourrait être estimée fondée (absence de faute, absence de dommage réparable, absence de lien de causalité).

337. *La troisième condition de compétence : la notion d'autorité administrative*

Le concept d'**autorité administrative** sera précisé dans le cadre de recours pour excès de pouvoir.

338. *La condition de recevabilité*

La requête portée devant le Conseil d'Etat doit être précédée d'**une requête préalable écrite**, visant à obtenir la réparation du dommage, adressée à l'autorité qui a causé le dommage. Cette requête doit être précise, indiquer clairement le dommage, une somme déterminée; elle peut être introduite sans considération de délai.

339. *La condition de délai pour porter l'action devant le Conseil d'Etat*

L'administration a soixante jours pour répondre à la requête préalable introduite par la partie lésée. Si l'administration ne répond pas, le requérant a trois ans à compter de l'introduction de sa requête préalable pour porter l'action en réparation devant le Conseil d'Etat. Si l'administration rejette la requête préalable en indemnisation, le requérant a soixante jours à partir de la notification du rejet pour porter son action devant le Conseil d'Etat.

Si une action juridictionnelle a été introduite, les délais précédant ne commencent à courir que lorsque l'issue de cette action juridictionnelle est définitive, soit que la personne se soit désistée de ses actions, soit qu'un acte juridictionnel ait été coulé en force de chose jugée.

340. *Epuisement des voies de recours propres à faire rapporter, modifier ou annuler la mesure dommageable*

Avant de s'engager dans pareille entreprise, le requérant veillera à exercer toutes les voies de recours qui seraient de nature à entraîner la disparition de son dommage.

Ainsi, un refus de permis d'urbanisme peut faire l'objet d'un recours en réformation en application de l'article 129 du CWATU (Code Wallon de l'Aménagement du Territoire et de l'Urbanisme). Il devra dès lors impérativement exercer cette voie de recours avant d'envisager toute action en réparation du dommage exceptionnel devant le Conseil d'Etat.

341. *Le fond du litige : le dommage exceptionnel*

Le dommage exceptionnel peut se définir comme un préjudice anormal, exceptionnel, dépassant par sa nature et son importance les gênes et sacrifices courants qu'exige la vie en société. Il doit être né et actuel, causé directement par le fait de l'autorité administrative (exclusion de facteur étranger), il ne doit pas être prévisible, il peut être moral ou matériel, il doit être en tout cas spécial, c'est-à-dire lié à une personne en particulier, qui s'estime victime de manière tout à fait spécifique.

342. *La réparation en équité*

Le Conseil d'Etat ordonne, dans le cadre de ce recours, une réparation en équité, qui tient compte de toutes les circonstances d'intérêts public et privé liées à la cause. Ainsi, il pourra être influencé par des éléments qui ne sont pas directement liés à une valorisation précise du préjudice, mais qui impliquent la prise en considération d'une situation tout à fait dommageable (contentieux relatifs aux vaccinations obligatoires et effets pervers).

C. Le recours pour excès de pouvoir.

343. *Généralités*

Le recours pour excès de pouvoir est réputé **d'ordre public**, ce qui signifie que l'on ne peut envisager de l'exclure par l'introduction d'une clause particulière d'un cahier des charges par exemple. Il s'agit d'un contrôle de légalité (différent de l'opportunité, nuances : le contrôle des motifs).

344. *Le référé administratif : l'amont du recours (articles 17 et 18 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat introduits par la loi du 19 juillet 1991)*

L'exercice d'un recours pour excès de pouvoir n'a pas d'effet suspensif en soi.

Dès lors, étant donné le privilège du préalable et de l'exécution d'office qui s'attache aux actes unilatéraux, il devenait impératif de pouvoir demander, dans certaines circonstances, la suspension de l'exécution d'un acte.

Le législateur l'a organisé de manière générale en 1991, en ouvrant la possibilité de demander, éventuellement sous peine d'astreinte, la suspension de tout acte administratif dont l'exécution immédiate est susceptible de causer **un préjudice grave difficilement réparable**, pour autant que le requérant puisse faire valoir **des moyens sérieux**.

Le Conseil d'Etat peut ordonner la suspension d'un acte ou d'un règlement administratif (voir première partie sur la notion d'acte unilatéral).

Le Conseil d'Etat a toutefois exercé cette compétence de manière extrêmement prudente, considérant par exemple qu'un préjudice pouvait souvent être réparé de manière financière et s'octroyant la possibilité, au titre de la **balance des intérêts**, de refuser la suspension en dépit du fait que les conditions étaient réunies en l'espèce (présence d'un préjudice grave difficilement réparable et existence de moyens sérieux).

345. *L'astreinte en aval*

La résistance d'une administration est parfois féroce.

Ainsi, a-t-on parfois vu des administrations refuser d'exécuter des arrêts prononcés par le Conseil d'Etat. Certaines solutions à ce type de problème existent dans le cadre des pouvoirs de tutelle, comme l'envoi d'un commissaire spécial, (à titre d'exemple, *l'article 9 du décret du 1<sup>er</sup> avril 1999 relatif à la tutelle sur les communes en région wallonne*).

En 1990, le législateur a introduit la possibilité pour le Conseil d'Etat de prononcer des astreintes si l'administration devait prendre une nouvelle décision en application d'un arrêt d'annulation et restait en défaut de le faire. Une nouvelle action peut être introduite devant le Conseil d'Etat qui pourra, dans le cadre de ce second recours, imposer des astreintes. L'appel au médiateur peut également être envisagée pour régler ce type de problème.

346. *Caractère objectif de ce recours, conséquence*

Le **caractère objectif** du recours en annulation d'un acte administratif a souvent été souligné : LAFERRIERE « *le contentieux de l'excès de pouvoir ne comportait pas un litige entre les parties, mais constituait bien plutôt un procès fait à un acte* ». En application de ce principe, le Conseil d'Etat déclare, pour justifier son droit de contrôler la légalité d'un désistement, que le recours en annulation et l'instance qui s'ouvre par ce recours ont été institués, non en vue du règlement d'intérêts privés dont les parties resteraient maîtresses, mais en vue d'assurer, par le moyen d'une annulation, en même temps que la protection légitime des requérants, la légalité des actes accomplis par l'administration. La conséquence principale du caractère objectif du recours est l'autorité absolue de chose jugée des arrêts d'annulation.

347. *Compétence et recevabilité : distinction*

La distinction, un peu artificielle, est utilisée tant par le législateur, que par le



Conseil d'Etat et, par la majorité des auteurs.

La **compétence** du Conseil d'Etat est essentiellement déterminée par rapport à celle des pouvoirs législatif et judiciaire ainsi que par rapport à celle de l'administrateur actif.

Les conditions de **recevabilité** sont celles qui doivent être réalisées pour que, indépendamment des conditions de compétence, le recours soit examiné au fond par la juridiction administrative.

348. *Les trois conditions cumulatives de compétence*

Le recours doit tendre à l'annulation de l'acte attaqué ; la décision attaquée doit émaner d'une autorité administrative et enfin, aucune action de nature à aboutir à un résultat équivalent à l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir ne doit être ouverte à l'intéressé devant une Cour ou un tribunal de l'ordre judiciaire. Le recours en annulation ne doit pas avoir pour objet véritable une contestation portant sur un droit subjectif.

349. *Première condition de compétence : le recours doit tendre à l'annulation de la décision attaquée*

Le requérant se heurtera donc à **l'incompétence du Conseil d'Etat chaque fois qu'il lui demandera autre chose que le prononcé d'une annulation**, par exemple lorsqu'il sollicite : un simple avis ; la constatation d'une situation, le juge ne peut se prononcer sur le recours en tant que celui-ci l'invite à constater et dire pour droit que le requérant a tel titre et qualité; le prononcé d'une injonction à l'égard d'une autorité administrative; la réformation de l'acte attaqué; des explications sur la manière dont l'autorité doit exercer sa compétence; l'accomplissement d'un acte administratif, comme une régularisation, ou la délivrance d'une autorisation ou le rétablissement d'un agent dans ses droits ou la réintégration d'un agent; ou l'attribution d'un marché.

Si on lui demande d'accomplir l'acte ou les actes que postule le prononcé de l'annulation elle-même, le Conseil d'Etat déclinera sa compétence : le règlement des effets de l'annulation ne relève plus de la juridiction mais appartient en propre à l'administrateur actif.

Le C.E. ne peut pas agir en lieu et place de l'administrateur actif; le Conseil d'Etat ne dispose en aucune hypothèse d'un pouvoir de réformation. Il ne peut formuler des injonctions à l'administration, ne peut dicter le mode d'exécution des arrêts. Il peut seulement définir concrètement dans les motifs de l'arrêt l'obligation qui incombe à l'administration dans une affaire déterminée et préciser corrélativement les décisions qu'elle avait à prendre<sup>1718</sup>.

L'article 14ter, introduit dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat par la loi du

<sup>1718</sup> La possibilité de prononcer une astreinte sur base de l'article 36 des lois coordonnées introduit par la loi du 17 octobre 1990.

4 août 1996, lui donne le pouvoir d'indiquer, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions d'actes réglementaires annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'il détermine.

350. *Seconde condition de compétence : l'acte ou le règlement attaqué doit avoir été accompli par une autorité administrative*

La notion essentiellement jurisprudentielle est complexe et évolutive.

En écho à des arrêts prononcés sur question préjudicielle par la Cour d'arbitrage le 26 avril 1994<sup>1719</sup> et le 15 mai 1996, l'article 2 de la loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, la loi du 5 avril 1955 relative au traitement des titulaires d'une fonction au Conseil d'Etat, ainsi que le Code judiciaire, a introduit dans l'article 14 un § 1er libellé comme suit : "*La section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives, ainsi que contre les actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel*". L'article 2 de la loi du 25 mai 1999 élargit manifestement la compétence du Conseil d'Etat à des actes accomplis par des autorités étrangères au pouvoir exécutif.

351. *Le concept d'autorité administrative : la notion clé du droit administratif belge contemporain*

La compétence du Conseil d'Etat dépend directement ce concept non seulement au contentieux de l'excès de pouvoir, mais encore au contentieux de l'indemnité, puisque les articles 11 et 14 des lois coordonnées font référence à la notion commune d' "*autorité administrative*".

352. *Le critère organique de l'autorité administrative*

Le sens premier, l'autorité administrative semble tout naturellement devoir s'inscrire dans l'orbite du **pouvoir exécutif**, qu'il soit fédéral, communautaire ou régional. Cela permet de la distinguer d'un organe du pouvoir judiciaire ou un

<sup>1719</sup> C.A., 26 avril 1994, n° 33/94, n° de rôle 563, Moniteur belge, 22 juin 1994. Voy. Doc. parl. Ch. repr., sess. 1997-1998, n° 1733/1, p. 3.

organe du pouvoir législatif et d'une personne physique ou morale privée. Il s'agit à tout le moins des organes qui, **en vertu de la Constitution et des lois spéciales de réformes institutionnelles exercent le pouvoir exécutif**<sup>1720</sup>, de même que les organes qui, en vertu d'une norme de rang constitutionnel ou législatif, sont soumis au contrôle **hiérarchique**<sup>1721</sup> ou au contrôle de **tutelle** du Gouvernement fédéral, communautaire ou régional.

Ce critère ne permet pas de résoudre toutes les difficultés. Comment qualifier le Crédit communal qui a été créé par deux particuliers, à la suite d'une initiative gouvernementale et de l'adhésion massive des communes ? Que faire par rapport à ce critère, des institutions qui échappent à toute dépendance de tutelle ou à tout rattachement hiérarchique et auxquelles la jurisprudence reconnaît cependant la nature d'autorité administrative, quitte à les qualifier d'"**indépendantes**" : jurys d'examen de l'enseignement public, **jury d'examen** dans la fonction publique, **commission d'homologation des diplômes, commission nationale permanente du pacte culturel** ? Que dire de la **Commission bancaire et financière** et des **ordres professionnels**, dont on sait cependant que l'autonomie est très étendue ?

Un sort particulier doit être fait au **Conseil supérieur de la Justice**, autorité constitutionnelle indépendante "**inclassable**", qui ne peut être répertorié dans aucun des trois pouvoirs constitués – en particulier dans le pouvoir exécutif - et qui se caractérise par une indépendance statutaire doublée d'une autonomie financière.

Le critère organique ne permet pas de rendre compte des **entités nouvelles**, résultant de la mise en œuvre de procédés d'intervention économique pouvant aboutir à la création d'entreprises privées constituées à l'initiative de la société nationale et des sociétés régionales d'investissement.

### 353. *Le critère organique : applications*

Le critère organique, seul, permet d'exclure certaines autorités.

Il en va ainsi, réserve faite des actes administratifs relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel, **des actes accomplis par les organes du pouvoir législatif fédéral, communautaire ou régional**<sup>1722</sup>; réserve faite des actes administratifs accomplis par des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur

<sup>1720</sup> Soit, dans l'état actuel de notre droit public, le Roi, les ministres et secrétaires d'Etat, membres du Gouvernement fédéral, les membres des Gouvernements communautaires et régionaux, les membres du collège de la Commission communautaire française et de la Commission communautaire commune.

<sup>1721</sup> Par exemple les universités publiques ressortissant à la Communauté.

<sup>1722</sup> E. MARON, Les notions d'actes administratifs et d'autorité administrative : compétence ou incompétence du Conseil d'Etat pour connaître des recours en annulation dirigés contre les actes de nature administrative accomplis par des autorités relevant du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire?, Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 309 et s.

personnel, des actes émanant du pouvoir judiciaire; des actes accomplis par des personnes privées dans l'exercice d'activités purement privées<sup>1723</sup>; des contrats et marchés conclus entre une autorité administrative et un particulier ou une personne morale de droit privé, sous réserve de la compétence du Conseil d'Etat pour connaître des actes détachables du contrat.

La catégorie des actes de gouvernement est plus controversée. Alors que la catégorie des actes de gouvernement était donnée par certains comme "*moribonde*" au début des années 1990, on a pu observer que le Conseil d'Etat qualifiait d'acte de gouvernement la décision du Président de la République française de reprendre, en juin 1995, une série d'essais nucléaires et celle de nommer un membre du Conseil constitutionnel. Se rattache également aux applications de l'acte de gouvernement, la décision par laquelle le Conseil d'Etat s'est dit sans compétence pour connaître du recours visant la décision du Président de la République d'engager des forces militaires en République fédérale de Yougoslavie en liaison avec les événements du Kosovo. Est par contre "*détachable des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif tels qu'ils sont organisés par la Constitution*" et revêt le caractère d'une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir le décret par lequel le premier ministre charge un parlementaire d'une mission.

#### 354. *Le critère matériel de l'autorité administrative*

Le recours au critère organique présente des limites même s'il reste prépondérant. **Il doit être combiné avec un critère matériel** qui consiste soit dans l'accomplissement d'une tâche d'intérêt général ou dans la détention d'une parcelle de puissance publique ou de prérogatives dites de puissance publique.

**Le critère matériel** de l'autorité administrative consiste généralement à identifier ce que l'organe fait et a qualité pour faire, soit que l'on considère l'activité exercée ou les prérogatives attribuées à l'entité<sup>1724</sup>.

Il peut avoir une incidence positive ou négative dans la reconnaissance de la qualité d'autorité administrative.

La jurisprudence qui s'est développée sur le sujet est particulièrement délicate et nuancée, singulièrement dans le champ de l'enseignement et du secteur économique.

Le rattachement fonctionnel est utile pour la qualification d'organismes ou d'entités qui soit ont été créés par des personnes de droit privé, soit revêtent une forme de droit privé ou, en d'autres termes, pour la qualification d'une personne morale qui n'a aucun lien organique caractérisé avec les pouvoirs publics<sup>1725</sup>.

<sup>1723</sup> Ainsi le Conseil d'Etat est-il évidemment incompétent pour connaître d'une requête relative à la fixation de ses honoraires par un avocat ou d'un acte accompli par un notaire dans l'exercice de ses fonctions.

<sup>1724</sup> W. LAMBRECHTS, *De evolutie van het begrip administratieve overheid*, T.B.P., 1987, p. 357 à 366.

<sup>1725</sup> D. DEOM, *op. cit.*, spéc. p.96.

L'analyse de ce que ces personnes font ou ont qualité pour faire<sup>1726</sup> devient alors déterminante dans l'exercice de qualification.

L'activité et les prérogatives attribuées à l'organisme doivent être analysées minutieusement<sup>1727</sup>.

Le service public fonctionnel a été théorisé en Belgique, par les travaux du professeur Buttgenbach. Les pouvoirs publics peuvent confier, par contrat (concession ou marché) ou par acte unilatéral (agrément ou autorisation), la gestion d'un service public à une entreprise ou personne privée. Un service public fonctionnel suppose, d'une part, la création d'un service public par la loi et, d'autre part, des obligations de prestations positives, soit des obligations qui n'incombent en général pas à une entreprise privée gérant une activité privée, imposées par des pouvoirs publics et qu'ils peuvent à tout moment restreindre ou augmenter dans l'intérêt général<sup>1728</sup>.

Le rattachement fonctionnel a été utilisé, principalement, dans le secteur de l'enseignement et dans le secteur économique.

Le secteur de l'enseignement a été une source inépuisable de contentieux, compte tenu de l'existence d'une jurisprudence instable<sup>1729</sup> et incohérente, jusqu'aux deux arrêts de la cour de cassation du 6 septembre 2002<sup>1730</sup>.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de ces deux décisions fondamentales qui clarifient la manière dont le rattachement fonctionnel peut influencer la qualification d'autorité administrative.

Dans ses relations avec leurs membres du personnel, les universités libres ne sont pas considérées comme des autorités administratives.

La Cour de cassation a estimé que la liberté de l'enseignement garantie par l'article 24 de la Constitution impliquait, d'une part, que l'enseignement n'était pas une matière réservée aux autorités et, d'autre part, que, pour autant qu'il respecte les règles applicables en matière de subventions, de contrôle de qualité et d'équivalence des diplômes et attestations, le pouvoir organisateur de l'enseignement privé pouvait offrir, contrairement à l'enseignement public, un enseignement fondé sur des convictions philosophiques, idéologiques ou religieuses propres. Par conséquent, le pouvoir organisateur doit pouvoir choisir le personnel enseignant qu'il désire employer en vue de réaliser son projet pédagogique. Dans la mesure où il désigne les membres de leur personnel, dans

<sup>1726</sup> La formule est du procureur général G. van der MEERSCH, concl., précédant Cass., 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, 515.

<sup>1727</sup> W. LAMBRECHTS, « De evolutie van het begrip administratieve overheid », *T.B.P.*, 1987, pp.357-366.

<sup>1728</sup> M. HERBIET, AL DURVIAUX, *Droit public économique*, Bruxelles, La Chartre, 2008, spéc. p. 63.

<sup>1729</sup> P. LEWALLE, op.cit., spéc. p. 683.

<sup>1730</sup> Cass., 6 septembre 2002, C.02.0177.N ; extraits du rapport d'activités de la Cour de cassation 2002-2003 ; *J.L.M.B.*, 2004, p. 11 et s., *R.C.J.B.*, 2005, p. 5 et s. Obs. X. DELGRANGE ; Cass., 6 septembre 2002 (Sœurs de l'Immaculée Conception), *R.C.J.B.*, 2005, p. 5 et s., obs DELGRANGE ; F. TULKENS et J. SOHIER, « Chronique de jurisprudence », 2001-2002, *R.B.D.C.*, 2003, p. 449.

le respect du décret du 12 juillet 1991, les pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre subventionné n'exercent aucune part de l'autorité publique ni ne prennent des décisions unilatérales obligatoires. La qualification contractuelle de la relation de travail a pour effet d'exclure la compétence du Conseil d'Etat<sup>1731</sup>. La Cour Constitutionnelle a par ailleurs considéré que les différences de traitement existant entre le personnel contractuel des universités libres et le personnel statutaire des universités publiques étaient justifiées par les mêmes raisons que celles énoncées par la Cour de cassation<sup>1732</sup>.

Dans leurs relations avec leurs élèves, du moins celles qui ont trait à leur mission première, l'enseignement et la délivrance d'un diplôme attestant des compétences de l'étudiant<sup>1733</sup>, les établissements d'enseignement libre sont considérés comme des autorités administratives par la Cour de cassation. Les raisons mises en avant touchent à la notion de service public fonctionnel. Ces établissements n'ont certes pas été créés par les pouvoirs publics, mais d'une part, ils sont agréés par des pouvoirs publics - fédéraux, des entités fédérées et des pouvoirs locaux -, d'autre part, ces mêmes pouvoirs publics déterminent et contrôlent leur fonctionnement ; enfin, ils peuvent prendre des mesures obligatoires à l'égard de tiers, plus spécialement en déterminant de manière unilatérale leurs propres obligations à l'égard de tiers ou en constatant unilatéralement les obligations des tiers. La Cour de cassation a censuré ce faisant l'application exclusive du critère organique qui avait été choisi par le Conseil d'Etat dans l'affaire soumise à sa censure<sup>1734</sup>.

La justification de la Cour de cassation n'est pas exempte de tout reproche. La Doctrine n'a pas manqué de le souligner<sup>1735</sup> : il est curieux de rattacher à une « prérogative de puissance publique » ou à la capacité d'adopter « des actes unilatéraux », la délivrance de diplôme reconnu. En tant qu'il est opposable aux tiers, le diplôme ne diffère pas d'un contrat qui n'a jamais été considéré, en soi, comme relevant de la puissance publique. Le rattachement à la puissance publique est plus indirect : les diplômes délivrés par les institutions d'enseignements reconnus sont opposables aux tiers parce qu'ils « constituent l'exercice d'un droit exclusif », la puissance publique délègue aux institutions

<sup>1731</sup> D. DEOM, *op.cit.*, spéc.pp.95-96.

<sup>1732</sup> C.A., 1<sup>er</sup> juin 2005, n°97/2005.

<sup>1733</sup> Une décision d'exclusion par un établissement d'enseignement privé qui a pris soin de qualifier sa relation avec l'étudiant de contractuelle, n'entraîne dès lors pas la qualification d'autorité administrative, C.E., 18 mai 2004, Dupont N. et M. c/ Le centre scolaire Saint-Stanislas, n° 131.565 ; C.E., 22 mai 2006, n°159.070 ; une décision de refus d'inscription à une session d'examen entraîne les mêmes conséquences, puisque cette décision n'est pas opposable aux autres institutions qui restent libres de l'accepter, C.E., 25 juin 2007, Rozenzweig c/U.L.B., n°172.698.

<sup>1734</sup> Le critère organique a le mérite de la simplicité. Curieusement, le Conseil d'Etat l'écarte parfois, préférant s'engager dans une analyse fonctionnelle plus délicate. V. pour une illustration, la question posée par le Conseil d'Etat par son arrêt du 3 octobre 2001, n°99.417 à la Cour constitutionnelle, mettant en jeu une commission de l'Université libre de Bruxelles, certes, mais créée en vertu du décret de la Communauté française du 5 septembre 1994, compétente pour décerner une attestation permettant aux titulaires du deuxième grade de candidat en sciences dentaires d'accéder au deuxième cycle de ces études. La Cour constitutionnelle a répondu au Conseil d'Etat en reformulant la question afin d'admettre que la Commission était une autorité administrative puisqu'elle avait été créée à l'initiative des pouvoirs publics d'une part, et que, d'autre part, elle rendait des décisions obligatoires qui liaient les tiers, (C.A., 9 avril 2003, n°41/2003).

<sup>1735</sup> P. LEWALLE, *op.cit.*, spéc. p. 697, note 1177 ; D. DEOM, *op.cit.*, spéc. p. 102.

d'enseignements le « monopole de vérifier et de constater de manière officielle la compétence des étudiants »<sup>1736</sup>.

L'arrêt de la Cour de cassation entérine la disparition des distinctions injustifiables résultant de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, sur la nature du diplôme, seuls ceux donnant accès à la fonction publique ou à des professions réglementées donnant accès à la censure de la haute juridiction.

Enfin, lorsque les institutions d'enseignements libres attribuent un marché, sur base de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le Conseil d'Etat estime qu'ils ne prennent pas une décision obligatoire vis-à-vis de tiers et décline sa compétence<sup>1737</sup>, les institutions d'enseignements libres ne pouvant être considérées comme une autorité administrative.

Dans le champ économique, la Cour de cassation applique les mêmes critères. Elle a cassé un arrêt du Conseil d'Etat<sup>1738</sup> qui avait reconnu à la société Gimvindus le caractère d'une autorité administrative, alors que cette dernière ne pouvait prendre de décisions liant les tiers et ne perdait dès lors pas son caractère privé<sup>1739</sup>.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la S.A Berlaymont 2000 a été qualifié d'autorité administrative lorsqu'elle attribue un marché public parce que cette décision concourt à la mission de service public<sup>1740</sup> que la régie des bâtiments a confiée à la S.A<sup>1741</sup>.

Dans un premier temps, la S.A. B.A.T.C. (Société Brussels Airport Terminal), lorsqu'elle attribue un marché public, fut qualifiée d'autorité administrative par le Conseil d'Etat<sup>1742</sup>, qui a prétendu analyser la relation entre la passation du marché et ses missions de service public ou ses activités privées. Le Conseil d'Etat avait conclu que le marché participait aux missions de service public confiées par la R.V.A. à B.A.T.C., la construction de l'extension de l'aéroport ressortissant de la sécurité des opérations d'embarquement et de débarquement.

La Cour de cassation a cassé cet arrêt en raison de la circonstance que le Conseil d'Etat n'avait pas recherché si cet organisme privé disposait, dans

---

<sup>1736</sup> D. DEOM, *ibid.*

<sup>1737</sup> C.E., 2 décembre 2003, S.A Close C/A.S.B.L., Haute Ecole Léonard de Vinci, n°125.889.

<sup>1738</sup> C.E., 30 avril 1996, n°59.443.

<sup>1739</sup> Cass., 14 février 1997, Larcier cassation, 1997, p. 217 ; *T.B.P.*, 1997, p. 361 ; C. BERX, « Geen administratieve overheid zonder eenzijdig bindende beslissingmacht, Recente arresten van het Hof van Cassatie » ; 1998, p.281 et s. ; S. BAETEN, « Variaties op verzelfstandigingsthema's : enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996 », *C.D.P.K.*, 1999, p.83 et s.

<sup>1740</sup> En vertu de l'article 2 de la loi du 1<sup>er</sup> avril 1971 qui charge la Régie des bâtiments de mettre à la disposition de l'Etat et des services publics qui lui sont désignés les terrains, bâtiments et dépendances qui leur sont nécessaires, mission qui implique la réalisation de constructions.

<sup>1741</sup> C.E., 18 avril 1997.

<sup>1742</sup> C.E., 11 février 1998, S.A. Travaux c/ S.A. B.A.T.C., n°71.754.

l'accomplissement de ses missions de service public, du pouvoir de prendre des décisions obligatoires pour les tiers<sup>1743</sup>.

Après renvoi, le Conseil d'Etat a considéré, d'une part, que B.A.T.C. n'avait pas été constituée par les pouvoirs publics qui ont simplement participé à sa constitution, d'autre part, qu'elle n'avait pas le pouvoir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis de tiers. Par conséquent, B.A.T.C. ne pouvait être considérée comme une autorité administrative<sup>1744</sup>.

355. *Troisième condition de compétence : incompétence résultant de la compétence des juges judiciaires*

Il ne doit pas exister dit-on d'action de nature à aboutir à un résultat équivalent devant le juge judiciaire, soit en application des articles 144 et 145 de la Constitution (théorie de l'objet véritable du recours), soit en application d'une disposition législative attributive de compétence spéciale au pouvoir judiciaire.

Il peut arriver qu'une disposition législative attribue spécialement compétence aux Cours et tribunaux à l'égard d'actes administratifs déterminés, leur permettant d'en prononcer directement ou indirectement l'annulation ou la réformation.

La Cour de cassation, juge des conflits d'attributions, a constaté par exemple que l'article 7, § 11, de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944, modifié par la loi du 10 octobre 1967, concernant la sécurité sociale des travailleurs, et l'article 580, 2°, du Code judiciaire, disposaient, respectivement, que les litiges ayant pour objet la réglementation en matière de chômage étaient de la compétence du tribunal du travail et que ce tribunal connaissait des contestations relatives aux droits et obligations, notamment des travailleurs salariés, résultant des lois et règlements relatifs au chômage; le tribunal du travail était donc compétent pour connaître d'un recours contre les décisions du comité de gestion de l'Office national de l'emploi et du directeur d'un bureau régional de cet office; ces autorités avaient statué sur l'octroi d'allocations de chômage aux travailleurs qui avaient été en état de grève ou de lock-out, ou dont le chômage avait été la conséquence directe ou indirecte d'une grève. Le Conseil d'Etat était dès lors incompétent pour statuer sur une requête tendant à l'annulation des décisions ainsi prises par lesdits comité de gestion et directeur d'un bureau régional.

Au delà des apparences, la demande d'annulation oblige parfois le Conseil d'Etat à trancher, une **contestation portant essentiellement sur un droit subjectif**, du moins si l'on intègre les enseignements de la théorie de l'objet véritable du recours élaborée par la Cour de cassation. Cette dernière scrute la demande pour rechercher, derrière l'annulation, une contestation relative à un droit subjectif. Il en est ainsi selon elle, lorsque l'acte dont l'annulation est demandée, consiste en une

<sup>1743</sup> Cass., 10 septembre 1999, *A.P.T.*, 1999, p. 236, concl. Procureur général J.-M. Piret.

<sup>1744</sup> C.E., 7 juin 2002, *S.A. Travaux et autres C/B.A.T.C.*, n°107.488 ; F. VANDENDRIESSCHE, « De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimindus en BATC van het Hof van Cassatie », *R.W.*, 2000-2001, p. 497 et s.; *Publieke en privaatrechtspersonen*, Die Keure, pp. 367-272.



décision par laquelle, l'autorité **refuse de reconnaître ou d'exécuter l'obligation corrélatrice au droit subjectif** allégué par le requérant, et lorsqu'en outre, le requérant invoque comme **moyen** qu'en agissant ainsi, l'autorité administrative a **violé la règle de droit qui la soumet à cette obligation**. Il convient donc, pour déterminer "*l'objet véritable*" de la requête, de tenir compte à la fois de l'objet de la demande ("*petitum*") et du fondement de celle-ci ("*causa petendi*")<sup>1745</sup>.

Appliquant cette théorie, le Conseil d'Etat a **décliné** sa compétence lorsque le requérant poursuivait l'annulation : du refus de versement d'une allocation pour exercice de fonction supérieure, à laquelle il prétendait avoir droit; du refus de fixation d'un traitement selon un régime transitoire favorable auquel il prétendait avoir droit ; du refus de traitement plein à la suite d'un défaut de prestation, décidé en méconnaissance de ses droits<sup>1746</sup>.

La situation serait différente si le requérant attaquait devant le Conseil d'Etat un acte susceptible d'avoir **des répercussions sur des droits subjectifs**, mais procédant dans le chef de l'administration d'une **compétence discrétionnaire**, d'un pouvoir d'appréciation, et non d'une **compétence absolument liée**<sup>1747</sup>. La circonstance que l'arrêt d'annulation puisse se répercuter sur la situation des requérants en ce qui concerne quelque droit civil ou politique n'exclut pas, selon la Cour de cassation, la compétence du Conseil d'Etat<sup>1748</sup>.

### 356. *Les conditions de recevabilité quant à l'acte et quant au requérant*

Les conditions de recevabilité sont celles qui doivent être remplies pour que, indépendamment des conditions de compétence, le recours puisse être examiné au fond "*en ses moyens et conclusions*".

Certaines conditions touchent en effet à la **nature et à la portée de l'acte** attaqué; d'autres se rapportent à la **situation personnelle du requérant**; d'autres encore sont relatives au respect des règles de **procédure** propres à la demande d'annulation.

### 357. *La Recevabilité tenant à la nature et à la portée de l'acte attaqué*

Le recours ne sera recevable que s'il poursuit l'annulation d'un acte juridique unilatéral, faisant grief et contre lequel aucun recours préalable obligatoire n'est organisé ou après épuisement d'un tel recours.

<sup>1745</sup> C.E., 18 mars 1969, Marneffe c/ Etat belge, n° 13.450, Rec., p. 286; voy. encore sur cette question : M. LEROY, Aux confins des compétences judiciaire et administrative, A.P.T., 1988, p. 141 et s.

<sup>1746</sup> C.E., 6 novembre 1969, Bollens c/ Etat belge, n° 13.778, R.J.D.A., 1970, p. 259.

<sup>1747</sup> Le fait que la compétence de l'administration soit liée n'a pas pour conséquence certaine que l'acte qui procède de l'exercice d'une telle compétence soit de ceux dont le Conseil d'Etat ne pourrait connaître. Ainsi, même lorsque l'administration est tenue de respecter un ordre de priorité lors de nominations, un acte individuel est indispensable pour fixer la consistance des droits des candidats; un tel acte est de nature à être annulé par le Conseil d'Etat (C.E., 10 octobre 1997, Timmermans c/ Communauté française, n° 68.790).

<sup>1748</sup> Cass., 5 février 1993, Pas. 1993, I, 145.

358. *Mesure constituant un acte juridique unilatéral*

Il peut s'agir d'un **règlement ou une décision individuelle, explicites et écrits**, **explicite**, mais **non écrit** - pour autant que la preuve de l'existence de l'acte verbal puisse être rapportée. Il peut même s'agir d'un acte implicite pour autant que son existence et sa signification propre puisse être démontrée.

Le silence peut être signifiant en certaines circonstances.

Ainsi, le silence gardé par l'administration est réputé décision implicite de rejet en application de l'**article 14, § 3**, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, modifiée par la loi du 25 mai 1999 qui dispose que "*lorsqu'une autorité administrative est tenue de statuer et qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois prenant cours à la mise en demeure de statuer qui lui est notifiée par un intéressé, il n'est pas intervenu de décision, le silence de l'autorité est réputé constituer une décision de rejet susceptible de recours*".

Par contre, ne constitue pas un acte juridique unilatéral : une opération matérielle même accomplie en exécution d'un acte juridique ; un acte non encore accompli ; une convention conclue entre l'administration et une ou plusieurs personnes de droit privé.

359. *Mesure de nature à faire grief*

Pour satisfaire aux conditions de recevabilité, le recours doit poursuivre l'annulation d'un **acte administratif exécutoire**, soit une décision qui produit, par elle-même, des effets de droit susceptibles de faire immédiatement grief au requérant.

En principe, ne font pas griefs : **les actes préparatoires** ( publication de vacance d'emplois; une proposition d'avancement faite par le Conseil de direction; l'acte par lequel le ministre donne son accord à une proposition de son administration qui doit être concrétisée par un arrêté royal; l'acte par lequel le ministre exprime l'intention d'infliger la sanction de la rétrogradation à un agent); **les avis simples** (dont le contenu ne lie nullement l'autorité consultante); **les actes confirmatifs**, qui ne font que répéter une décision précédente, en étant fondés sur les mêmes motifs; **les actes récognitifs** dont le contenu est limité à de simples constatations n'entraînant aucune modification de l'ordonnancement juridique; **les circulaires, dépêches et notes de service**, qui ne font qu'énoncer des instructions ou des recommandations; **les mesures d'ordre intérieur**, lesquelles ne produisent aucun effet quelconque en dehors de l'administration et qui, en outre, n'opèrent pas non plus, en ce qui concerne les services et les agents dont l'administration dispose, de modifications à l'ordonnancement juridique.

Quelle nature reconnaître, par exemple, aux **mesures prises par l'administration des établissements pénitentiaires vis-à-vis des détenus** ?

A été considérée comme mesure d'ordre intérieur, l'interdiction de fréquenter la bibliothèque, la cantine et le cinéma de la prison pendant un mois et l'envoi en promenoir distinct pour les promenades quotidiennes. Jugé de même au sujet du refus de transfert d'un détenu.

Le Conseil d'Etat français a qualifié naguère de mesure d'ordre intérieur le placement d'un détenu en quartier de haute sécurité. Mais il a reconnu par la suite que l'installation d'un portique de détection à l'entrée d'une maison d'arrêt fait grief.

L'évolution favorable à la recevabilité du recours ayant un objet analogue s'est confirmée : par des arrêts d'assemblée en date du 17 février 1995, le Conseil d'Etat français a admis la recevabilité de l'action introduite par un détenu contre une sanction de mise en cellule de punition pour une durée de 8 jours avec sursis; il a admis de même la recevabilité du recours introduit par un militaire de carrière contre une punition de 10 jours d'arrêt; on a pu reconnaître dans cette évolution l'incidence de la convention européenne des droits de l'homme.

Le Conseil d'Etat belge a rejeté l'exception d'irrecevabilité fondée sur le caractère de mesure d'ordre interne de l'arrêté royal du 21 mai 1965 portant règlement général des établissements pénitentiaires. Il a déclaré recevable et fondé le recours visant à l'annulation d'un arrêté royal du 23 octobre 1993, modificatif de l'arrêté royal du 21 mai 1965; il était reproché à cet arrêté modificatif de ne pas avoir organisé, au sein des quartiers de sécurité renforcée qu'il instituait, des régimes distincts pour les détenus condamnés, les détenus prévenus et les jeunes détenus, et d'avoir ainsi violé l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Rejetant la qualification de mesure d'ordre intérieur, le Conseil d'Etat a accepté de connaître encore de la décision du ministre de la Justice qui refusait à un détenu la possibilité de bénéficier de la surveillance électronique et donc de l'exercice d'une modalité d'exécution de la peine qui lui permettrait d'exercer un emploi et de mener une vie de famille, ou de la décision prise par le directeur de la prison de Forest d'envoyer un détenu pendant 9 jours au cachot et lui imposant trois mois de régime strict.

360. *Mesure contre laquelle aucun recours n'est organisé*

Un recours pour excès de pouvoir ne peut prendre pour cible un acte administratif à l'égard duquel un recours préalable est ouvert au requérant par une disposition législative ou réglementaire. Il est de jurisprudence constante que, pour être recevable, le recours en annulation **doit viser** :- soit une mesure prise "**en dernier ressort**", après épuisement des voies de recours organisées;- soit une mesure prise "**en premier et dernier ressort**", en ce sens à tout le moins qu'elle n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours organisé, aucun texte n'instituant à son égard une voie de recours particulière.





Section 2. Le contrôle de l'action de l'administration..... 392  
§1. Les moyens de prévention du contentieux et les recours à l'administrateur actif ..... 392  
I. La prévention du contentieux..... 393  
II. Les recours à l'administrateur actif ..... 398  
A. Les recours administratifs non prévus par un texte ..... 398  
B. Les recours administratifs prévus par un texte ..... 400  
§2. Les recours portés devant les juridictions ..... 401  
I. Introduction ..... 401  
A. Principes constitutionnels ..... 401  
B. Application des principes ..... 402  
C. L'acte juridictionnel ..... 402  
II. Le Conseil d'Etat..... 403  
A. Généralités..... 403  
B. Le contentieux en réparation du dommage exceptionnel : article 11 des lois coordonnées ..... 405  
C. Le recours pour excès de pouvoir ..... 407

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27

Ann-Lawrence Durviaux 8/7/y 15:32

Supprimé: 27