

LA THÉORIE DU MANDAT APPARENT À L'ÉPREUVE DE LA CONSTITUTION

PAR

DAVID RENDERS

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

1. En quarante-cinq ans d'activité doctrinale, Francis Delpérée s'est attelé à l'examen d'un nombre impressionnant de sujets qui, pour l'essentiel, touchent au droit constitutionnel, au droit administratif et au droit européen. Sa bibliographie, imposante, débute pourtant par un accident. Nous sommes en 1962. L'auteur a vingt ans à peine. Dans les *Annales de droit et de science politique*, Francis Delpérée livre sa première contribution scientifique. Elle s'intitule : «À propos d'un accident causé par un attelage» (1). Quarante-cinq ans plus tard, il n'est pas déraisonnable d'écrire que l'accident ne réside pas tant dans le fait juridique dont le jeune auteur cherche à identifier le responsable, que dans le sujet – de droit privé – qui ne témoigne pas exactement de l'activité scientifique à laquelle il s'est livré depuis.

C'est qu'au fil des ans, Francis Delpérée n'a cessé d'arpenter la voie publique. Dans son périple, il n'a pas manqué d'observer, puis d'enseigner, que tous les chemins conduisent à une même source : la Constitution. Mieux : que le cœur de cette source doit être localisé à l'article 33 du texte, qui, prescrivant que «tous les pouvoirs émanent de la Nation» et que ceux-ci «sont exercés de la manière établie par la Constitution», «définit le système constitutionnel de la Belgique» (2). Au fil des ans, l'Etat fédératif, l'autorité fédérale, les régions, les communautés, les commissions communautaires, les provinces, les communes, l'agglomération, les districts, l'Administra-

(1) F. DELPÉRÉE. «À propos d'un accident causé par un attelage». *Ann. dr. sc. pol.*, 1962. pp. 131-153.

(2) F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000. p. 397.

tion, la Cour constitutionnelle, le Conseil d'Etat, les cours et tribunaux, et même l'Union européenne, sont autant de «pouvoirs qui émanent de la Nation» dont l'auteur a investi chacun des méandres.

2. L'on serait tenté de penser qu'il n'existe aucune relation entre l'accident doctrinal qui initie le parcours de Francis Delpérée et l'article 33 de la Constitution qui unifie son oeuvre. Ce n'est là qu'une apparence. Le droit privé constitue – qui l'ignore? – le droit commun d'entre les droits et joue, à ce titre, un rôle non négligeable dans la sphère du droit public (3). À l'inverse, la Constitution, en raison de la valeur qui lui est prêtée au sein de la hiérarchie des normes, place le droit privé sous tutelle et le contraint au respect d'un certain nombre d'exigences.

3. La pratique du droit public soulève nombre de questions qui témoignent de cette interaction et qui allient ainsi la préoccupation d'un jour avec celle qui, toujours, a animé le professeur à qui l'on rend hommage. L'une de ces questions consiste à se demander si, compte tenu de la prescription qu'impose l'article 33 de la Constitution, la théorie du mandat apparent peut être reçue en droit public.

L'enjeu est important. Une histoire courte le révèle, qui n'est pas le fruit de l'imagination (4). Un collège communal promet à l'un des citoyens de la commune de lui vendre un terrain en échange d'un prix donné. La vente d'un bien communal implique, on le sait, l'autorisation du conseil communal (5) qui, par hypothèse, n'a pas été délivrée. La commune se rétracte et, prétextant l'absence d'autorisation du conseil, refuse de passer l'acte authentique devant notaire. L'acquéreur est mécontent. Il saisit la justice et demande que la commune soit condamnée à la passation de l'acte authentique, en dépit de l'absence d'autorisation du conseil communal. Il fonde cette demande sur l'article 1583 du Code civil qui prescrit que la vente est parfaite lorsque les parties se sont accordées sur la

(3) F. DELPÉRÉE a eu l'occasion, à diverses reprises, de s'intéresser à ces synergies. Voy., à cet égard, F. DELPÉRÉE, «L'obligation de réglementer», obs. sous Cass., 23 avril 1971, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 9-39; F. DELPÉRÉE, «La prévention et la réparation des dommages causés par l'Administration», obs. sous Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 177-198.

(4) Civ. Arlon, 15 mars 2005. *Rev. dr. comm.*, 2006/4, p. 28.

(5) Voy., à cet égard, les articles 117 et 123, 9°, de la Nouvelle loi communale, en Région bruxelloise, et les articles L-1122-30 et L-1123-23, 8°, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, en Région wallonne.

chose et sur le prix. Il s'appuie aussi sur la confiance légitime qu'il estimait pouvoir déduire de l'offre que le collège lui avait faite.

La question se présente. L'article 33 de la Constitution permet-il au collège d'engager la commune, bien que le collège ait outrepassé les limites de ses attributions? En d'autres termes, la Constitution permet-elle d'accueillir la théorie du mandat apparent en droit public? Au contraire, l'article 33 de la Constitution empêche-t-il que le collège qui a outrepassé les limites de ses attributions engage la commune? Autrement dit, la Constitution interdit-elle d'accueillir la théorie du mandat apparent en droit public?

4. Pour répondre à la question, l'on revient d'abord sur les contours de la théorie du mandat apparent, telle qu'elle est consacrée en droit privé (I). L'on rappelle ensuite la règle que prescrit l'article 33 de la Constitution (II). L'on se demande alors si l'article 33 de la Constitution permet d'accueillir la théorie du mandat apparent en droit public (III).

I. – LA THÉORIE DU MANDAT APPARENT

5. Le mandat est le contrat par lequel une personne – le mandant – donne à une autre personne – le mandataire – le pouvoir d'accomplir un acte juridique en son nom et pour son compte (6). Dans cette perspective, le mandant est tenu d'accomplir l'engagement pris par le mandataire, à moins que ce dernier ait excédé les pouvoirs qui lui étaient attribués (7).

Le Code civil n'empêche cependant pas le mandant de «ratifier» l'engagement pris par le mandataire en dehors des limites assignées (8). Le traitement réservé au tiers qui conclurait un contrat avec le mandataire, sans savoir que ce dernier excède ses pouvoirs, n'est pas pour autant enviable : si le mandant refuse de ratifier l'engagement irrégulier pris par le mandataire, le tiers se trouve sans recours à l'égard du mandant et, partant, dans l'impossibilité de voir l'engagement se concrétiser.

(6) Art. 1984 du Code civil; voy. aussi G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 499, v^o «Mandat».

(7) Art. 1998 du Code civil.

(8) Art. 1998, alinéa 2, du Code civil.

6. Pour pallier l'injustice ainsi occasionnée au tiers, la doctrine ne tarde pas à élaborer une théorie : celle du mandat apparent. Très vite, cette théorie trouve un écho dans la jurisprudence. Sa mise en œuvre requiert cependant qu'une faute soit commise par le mandant : celle d'avoir laissé croire que le mandataire disposait de pouvoirs qui, en réalité, n'étaient pas les siens (9). Dans la mesure où le mandant ne commet pas toujours de faute, l'application de la théorie du mandat apparent peine à compenser, dans toutes les hypothèses, l'injustice subie par le tiers.

L'on peut ainsi comprendre que, sous l'influence de la jurisprudence française (10), la Cour de cassation franchisse un pas supplémentaire, encouragée par la doctrine (11). Par un arrêt du 20 juin 1988, la Cour juge que «le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, non seulement dans le cas où il aurait fautivement créé l'apparence, mais également en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime» (12). Face à l'injustice dont il est victime, le tiers pris au piège de l'apparence bénéficie ainsi d'une compensation adéquate en toutes circonstances.

7. L'on s'accorde à considérer que trois conditions sont requises pour que la théorie du mandat apparent puisse être valablement mise en œuvre (13). Une personne doit sembler être investie de pouvoirs, alors que tel n'est pas le cas ou que les pouvoirs qui lui sont conférés ne sont pas aussi étendus qu'en apparence. Le tiers doit, par ailleurs, ignorer de bonne foi que le mandataire avec qui il traite ne dispose pas des pouvoirs dont il semble être investi. Enfin,

(9) Voy. not. Cass., 30 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1123; Bruxelles, 17 février 1982, *J.T.*, 1982, p. 513.

(10) Cass. fr., 13 décembre 1962, *J.C.P.*, 1963, II, p. 13.105.

(11) Voy., à cet égard, C. PARMENTIER, «Le mandat apparent», note sous Com. Liège, 23 janvier 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 387 et les nombreuses références qu'il cite.

(12) Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1258; *J.T.*, 1989, p. 547; *R.C.J.B.*, 1991, p. 45 et note R. KRUTHOF; *R.W.*, 1989-1990, p. 1425 et note A. VAN OEVELEN. Les juridictions de fond, qui avait, pour partie, franchi le pas dès avant la Cour de cassation, suivent aujourd'hui, dans l'ensemble, l'enseignement de la Cour (voy. not. Mons, 28 mars 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1412 et note J.-Fr. JEUNEHOMME).

(13) Sur les conditions de l'apparence, voy. not. P.A. FORIERS, «L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi», *J.T.*, 1989, pp. 541-546; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, «Chronique de jurisprudence - Les obligations : les sources (1985-1995)», *J.T.*, 1996, pp. 694-695; S. DENOO, «Schijnmandaat : vereiste van, toerekenbaarheid van de schijn aan schijnbare lastgever», note sous J.P. Bruxelles, 10 avril 1997, *R.W.*, 1998-1999, pp. 1118 et suiv.; P. WERY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, *Répertoire notarial*, 2000, pp. 248-250.

l'apparence doit être «imputable au mandant» (14). Sur ce point, la Cour de cassation a précisé que tel était le cas si le mandant «a, librement, par son comportement, même non fautif, contribué à créer ou à laisser subsister [l'] apparence» (15).

Pour agir en justice, le tiers qui entend se prévaloir de la théorie du mandat apparent est tenu de démontrer, outre la réunion des trois conditions évoquées, l'existence d'un préjudice découlant de l'apparence. Le préjudice est avéré pour autant qu'il puisse être démontré que le préjudice allégué n'aurait pas existé si la situation apparente avait été réalité.

Le juge qui constate que les conditions d'applicabilité de la théorie sont réunies et que le préjudice allégué est démontré doit attribuer à l'apparence «les effets juridiques qui se seraient attachés à la situation, si celle-ci avait correspondu à la réalité» (16). En d'autres termes, le mandant est contraint d'honorer l'engagement passé par le mandataire à l'égard du tiers, bien qu'il n'ait pas demandé au mandataire de prendre cet engagement. Quant au mandataire, il engage sa responsabilité contractuelle s'il a excédé les limites des pouvoirs qui lui avaient été confiés (17), et sa responsabilité extracontractuelle s'il a agi sans pouvoirs (18).

8. La théorie du mandat apparent revient ainsi à ce qu'une personne juridique soit engagée au-delà des pouvoirs qu'elle avait confiés à une autre personne juridique, en raison d'une situation apparente qui laissait présager au tiers normalement prudent que la réalité était telle.

II. – L'ARTICLE 33 DE LA CONSTITUTION

9. Les personnes privées, tant qu'elles en émettent la volonté, peuvent poser tous actes juridiques (19), exclusion faite de ceux qui

(14) Voy., en ce sens, Cass., 20 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 159; *R.D.C.*, 2000, p. 483 et note P.A. FORIERS; égal. L. SIMONT et P.A. FORIERS, «Les contrats spéciaux – Examen de jurisprudence 1981-1991», *R.C.J.B.*, 2001, pp. 541-542.

(15) Cass., 25 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2004, p. 457; à ce sujet, voy. P.A. FORIERS, «Actualités en matière de représentation», in P.A. FORIERS (coord.), L. SIMONT, P. VAN OMMESELAGHE et X. DIEUX, *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, collection UB cube, 2005, pp. 18-19; S. STIJNS et I. SAMOY, *op. cit.*, à paraître.

(16) P. WERY, *Le mandat, op. cit.*, p. 250.

(17) Art. 1989 du Code civil.

(18) Art. 1382 du Code civil. Voy., à ce sujet, P. WERY, *Le mandat, op. cit.*, p. 250.

(19) Art. 1134 du Code civil.

seraient interdits par les lois impératives, l'ordre public et les bonnes mœurs (20). Il n'en va pas de même des personnes publiques.

En disposant que «tous les pouvoirs [...] sont exercés de la manière établie par la Constitution», l'article 33 de la Constitution prescrit que les personnes juridiques publiques sont tenues d'agir dans le strict respect des missions qui leur sont confiées. Si un acte devait être posé en dehors des limites de ces missions, il serait irrégulier. Si une personne publique devait se départir de tout ou partie de ses pouvoirs, elle modifierait l'ordonnancement de ceux-ci contre l'exigence de l'article 33 qui rend cet ordonnancement «indisponible» (21).

La justification du système d'organisation des pouvoirs publics n'est pas difficile à comprendre. À la différence des personnes privées, les personnes publiques existent dans la seule mesure où une société humaine en a besoin. Dans cette perspective, les personnes publiques sont tenues d'assumer les seules missions qui leur sont assignées et ne sauraient justifier d'aucun titre juridique pour s'aventurer au-delà ou pour en céder l'exercice, voire la titularité (22).

10. La règle en vertu de laquelle les pouvoirs sont – comme on dit – «d'attribution» (23) emporte des implications rigoureuses.

La régularisation, par l'administration compétente, d'un acte accompli par une autorité incompétente est inadmissible en droit (24). Cette opération – qu'en droit public, comme en droit privé, l'on rencontre sous le vocable «ratification» (25) – consacre «une atteinte au principe de l'exercice personnel des compétences dont le but est de donner des garanties au destinataire de l'acte. Toute attribution de compétences suppose, en effet, la volonté de

(20) Voy. not. P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. I^{er}, Bruxelles, Presses universitaires de l'U.L.B., 2002-2003, p. 43; égal. Cass., 23 décembre 1977. *Pas.*, 1978, I, p. 480; Cass., 16 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 718.

(21) P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 863; en ce sens, A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 16-18.

(22) Le principe de spécialité des personnes morales de droit public exprime la même idée.

(23) F. DELPÉRE et S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, Répertoire notarial, 2000, p. 286.

(24) Voy. D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 66.

(25) Voy. not. A. KOHL, «La ratification en droit administratif», *Rev. adm.*, 1966, p. 269; P. WERY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 243-245.

conférer un pouvoir donné à un agent déterminé» qui «ne dispose pas, en principe, du pouvoir de modifier l'ordre des compétences» (26).

La délégation de pouvoirs est, quant à elle, autorisée, mais sous conditions. Il doit s'agir d'un mécanisme exceptionnel, dès lors que le principe est celui de l'attribution des pouvoirs (27). Dans cette perspective, la délégation ne saurait être générale, mais ne peut porter que sur des mesures d'«exécution» ou de «détail» (28). La délégation suppose encore un texte écrit (29), précis (30) et publié (31), que son caractère rétroactif viderait de toute substance (32). Elle doit enfin être temporaire, dès lors que l'autorité délégante doit être en mesure d'en recouvrer l'usage à tout moment (33).

11. L'article 33 de la Constitution prescrit ainsi que les personnes publiques ne peuvent valablement s'engager que dans le respect des pouvoirs qui leur sont confiés. En principe, les pouvoirs sont conférés par un texte, sans que l'autorité à laquelle ils sont confiés puisse modifier l'ordre des compétences. La délégation de pouvoirs est toutefois admise à certaines conditions. Tout engagement pris sur le fondement d'un pouvoir qui ne répondrait pas à celles-ci serait nul (34).

(26) J.-J. ISRAËL, *La régularisation en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 89; égal. G. JEZE, «Note de jurisprudence», *R.D.P.*, 1916, p. 543.

(27) Art. 33, al. 2, de la Constitution. Voy. sur cette question F. KOEKELBERG, «Licéité de la délégation de pouvoir: avant tout une question de limites», note sous C.E., arrêt *Crabbe*, n° 24.514 du 27 juin 1984, *A.P.T.*, 1985, p. 133; B. LOMBAERT, «La délégation de compétence en matière administrative et le pouvoir d'évocation du délégant», *A.P.T.*, 1997, p. 155.

(28) Voy. not. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 865.

(29) Voy. not. J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 414.

(30) Une délégation imprécise est illégale (voy. not. C.E., arrêt *Robert*, n° 64.806 du 26 février 1997).

(31) J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 413; égal. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 865.

(32) En ce sens, voy. J.-J. ISRAËL, *La régularisation administrative en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 90; égal. D. RENDERS, *La consolidation législative...*, *op. cit.*, pp. 66-67.

(33) Cass., 4 mai 1920, *Rev. adm.*, 1920, p. 320; égal. M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 345; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 383.

(34) Le moyen déduit de l'incompétence de l'auteur de l'acte est même d'ordre public suivant la jurisprudence constante du Conseil d'Etat (voy., p. ex., J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 400).

III. – LA THÉORIE DU MANDAT APPARENT À L'ÉPREUVE DE L'ARTICLE 33 DE LA CONSTITUTION

12. La théorie du mandat apparent se concilie difficilement avec l'article 33 de la Constitution.

En droit privé, l'ordonnancement des pouvoirs est disponible. Chaque personne juridique est libre de consentir l'engagement qui rencontre sa volonté. Dans l'hypothèse où – même sans commettre de faute –, le mandant laisse croire que le mandataire pouvait l'engager, la croyance légitime du tiers peut supplanter la volonté réelle du mandant, dès lors que ce dernier a pu vouloir en droit ce que le tiers a cru en fait. Telles sont, du reste, les limites à l'applicabilité de la théorie du mandat apparent en droit privé. Si une loi impérative, l'ordre public ou les bonnes mœurs devait interdire au mandant de prendre un engagement, le tiers qui croirait de bonne foi que le mandataire pouvait y consentir ne saurait en obtenir l'exécution au titre de la théorie du mandat apparent.

En droit public, l'ordonnancement des pouvoirs est indisponible. Chaque personne juridique est libre de consentir l'engagement qui rencontre sa volonté, mais dans le seul cadre des pouvoirs qui lui sont dévolus. Dans l'hypothèse où – même sans commettre de faute –, l'autorité publique laisse croire que le mandataire pouvait l'engager, la croyance légitime du tiers ne saurait l'emporter sur la volonté réelle de l'autorité publique, dès lors que celle-ci n'a pas pu vouloir en droit ce que le tiers a cru en fait. Telles sont, du reste, les limites de l'inapplicabilité de la théorie du mandat apparent en droit public. Car, si l'engagement apparent devait être pris par une personne publique, dans le respect des pouvoirs qui lui sont régulièrement dévolus, le tiers qui croirait de bonne foi à l'engagement devrait pouvoir en obtenir l'exécution, au nom du principe général de droit de la confiance légitime que le citoyen peut avoir en l'Administration.

13. Sans parvenir à éviter l'écueil de l'article 33 de la Constitution, doctrine et jurisprudence avancent, en général, deux fondements qui seraient de nature à justifier l'applicabilité de la théorie du mandat apparent en droit public (35).

(35) Voy. not. M. GREGOIRE et M. von KUEGELGEN, «Le mandat. Aspects controversés», in *Les contrats spéciaux*, Formation permanente CUP, novembre 1999, pp. 201-202; égal. Civ. Arlon, 15 mars 2005, *Rev. dr. comm.*, 2006/4, p. 28.

14. Le premier fondement serait à situer dans un arrêt de la Cour de cassation du 29 mai 1947. Par cet arrêt, la Cour juge que «l'organe d'un pouvoir public ne représente celui-ci et n'engage sa responsabilité, sur pied de l'article 1382 du Code civil, que lorsqu'il agit dans les limites de ses attributions légales ou qu'il doit être tenu comme agissant dans les limites de celles-ci par tout homme raisonnable et prudent» (36).

Ainsi qu'on peut l'observer, l'arrêt s'inscrit dans le cadre spécifique du droit de la responsabilité civile. L'hypothèse est la suivante : une faute a été commise par une personne qui est «agent organe» de l'Administration, c'est-à-dire détenteur d'une part, si minime soit-elle, de la puissance publique (37). La question est de savoir si la victime de cette faute peut assigner l'Administration, alors que l'agent a outrepassé les limites des pouvoirs qui lui étaient dévolus. La Cour répond à cette question par l'affirmative, si la victime de la faute, normalement raisonnable et prudente, a pu croire que l'agent était resté dans les limites de ses attributions.

Bien que proche en apparence, le problème auquel la Cour est confrontée diffère sensiblement de celui qui préoccupe. Dans le domaine de la responsabilité civile, l'obligation naît d'une faute qui peut notamment trouver son origine dans le fait de ne pas respecter l'ordonnancement des pouvoirs. Autrement dit, dans ce domaine, la symétrie entre les pouvoirs du débiteur et la source de l'obligation ne s'impose pas. Dès lors, l'imputabilité à l'Administration d'une faute commise par celui qui apparaît au tiers comme étant son représentant ne pose guère de difficulté. L'on tend même à penser que, si cette «apparence de fonctionnalité» (38) ne permettait pas d'engager la responsabilité de l'Administration, l'on en arriverait à exclure l'Administration du champ de la responsabilité civile chaque fois qu'est commise une faute déduite de l'incompétence de

(36) Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 216 et note R. HAYOIT DE TERMICOURT; *J.T.*, 1947, p. 539 et note C. CAMBIER.

(37) Cass., 27 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1034.

(38) C'est en ces termes que la théorie en cause est identifiée. Voy., à cet égard, M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 1201; P. LEWALLE, «La responsabilité délictuelle de l'Administration et la responsabilité personnelle de ses agents : un système?», *A.P.T.*, 1989, p. 13; C. DRESSEN, A.-L. DURVIAUX et P. LEWALLE, «La responsabilité délictuelle des communes», *Rev. dr. comm.*, 1994, p. 278; S. BOLLEN, «La responsabilité civile des communes et de leurs agents», *Mouv. comm.*, 1998, p. 20; D. RENDERS et F. PIRET, «La responsabilité pénale et civile des mandataires provinciaux et communaux», in *Droit de la démocratie provinciale et communale : la désignation et la responsabilité des mandataires*, Namur, Presses universitaires des F.U.Ca.M., 2006, p. 120.

l'auteur de l'acte. Ce faisant, le principe selon lequel l'Administration engage sa responsabilité civile au même titre que les autres personnes juridiques (39), s'en trouverait partiellement remis en cause, ce qui paraît aujourd'hui difficile à tolérer.

Dans le domaine du droit des contrats, l'engagement implique, au contraire, l'expression d'un consentement régulier. Autrement dit, dans ce domaine, la symétrie entre les pouvoirs du débiteur et la source de l'obligation s'impose en principe. Dès lors, l'obligation faite à l'Administration de respecter un engagement qu'elle n'a pas pu nouer pose difficulté.

Ainsi, l'article 33 de la Constitution, qui chasse la théorie du mandat apparent en droit des contrats, n'interdit pas la réception de la théorie de l'apparence de fonctionnalité de l'agent organe de l'Administration en droit de la responsabilité civile.

15. Un second fondement est proposé pour justifier l'application de la théorie du mandat apparent en droit public. Il s'agit des principes généraux de sécurité juridique et de confiance légitime qui s'imposent notamment à l'Administration. Au nom de ces principes, le tiers qui croirait légitimement à l'offre ou à la promesse de l'Administration devrait bénéficier des fruits de l'apparence, comme si celle-ci correspondait à la réalité (40).

Le raisonnement, qui peut paraître séduisant, est, à notre estime, inexact. Les principes généraux en cause, même si on leur prête une valeur constitutionnelle (41), ne sauraient avoir pour effet d'éviter l'article 33 de la Constitution de sa substance. Du reste, leur contenu n'entend pas se donner cette portée.

Suivant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la section de législation du Conseil d'Etat, la sécurité juridique impose, «en principe», que «le contenu du droit» soit «prévisible et accessible de sorte que le sujet de droit puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise» (42). L'on ne saurait contester que l'article 33 de la Consti-

(39) Cass., 5 novembre 1920. *Pas.*, 1920, I, p. 239.

(40) En ce sens, voy. not. M. GREGOIRE et M. von KUEGELGEN, *op. cit.*, pp. 201-202.

(41) En ce sens, voy. not. D. RENDERS, *La consolidation législative...*, *op. cit.*, p. 105.

(42) Voy. not. C.A., arrêt n° 25/90 du 5 juillet 1990; n° 36/90 du 22 novembre 1990; n° 49/98 du 20 mai 1998; n° 17/2000 du 9 février 2000; n° 36/2000 du 29 mars 2000; égal. l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 23 janvier 1997 rendu sur un avant-projet de loi «portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et

tution – et de façon générale la loi au sens large du terme qui dispose pour l'avenir – constitue le meilleur rempart pour préserver la sécurité juridique, lui qui, en raison de son antériorité et de sa publicité, est «prévisible» et «accessible».

Par ailleurs, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, la confiance légitime – qui découle de la sécurité juridique – implique notamment «que le citoyen doit pouvoir faire confiance aux services publics et doit pouvoir être assuré [que ces derniers] respectent les règles et poursuivent une politique constante qui n'est pas susceptible d'interprétation différente par le citoyen» (43). Ce n'est pas à dire pour autant que, si l'Administration viole les règles – en l'occurrence l'article 33 de la Constitution –, l'irrégularité ainsi commise devrait être réputée constituer le droit. Un tel raisonnement reviendrait à substituer le fait au droit, ce qui heurte, précisément, les principes généraux de sécurité juridique et de confiance légitime, qui impliquent, on l'a vu, la prévisibilité.

Pour autant, les principes généraux de sécurité juridique et de confiance légitime ne sont pas inutiles à la défense des intérêts du citoyen tombé dans le piège de l'apparence. Si la théorie du mandat apparent ne peut trouver à s'appliquer en droit public, compte tenu des termes de l'article 33 de la Constitution, l'apparence créée par l'Administration peut constituer une faute qui, si elle engendre un dommage, conduit l'autorité à engager sa responsabilité civile, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Le préjudice invoqué ne saurait, bien évidemment, être l'absence du bénéfice de l'engagement pris par l'Administration, en dehors de ses attributions. Mais une éventuelle perte de chances, un possible préjudice moral ou matériel déduit de l'accomplissement d'opérations en raison de la situation apparente, sont autant de postes susceptibles d'entrer en considération dans le calcul du dommage causé.



monétaire européenne, et de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions. *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 1996-1997, n° 925/1, p. 28.

(43) Cass., 14 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 352; égal. Cass., 13 février 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 400.

16. L'histoire courte qui a servi à révéler l'enjeu de la question étudiée a conduit, dans la réalité, le Tribunal de première instance d'Arlon à condamner la commune à la passation de l'acte authentique devant notaire. Au regard des développements qui précèdent, il apparaît que l'article 33 de la Constitution s'opposait à une condamnation de cette nature, en sorte que le bien litigieux eut dû demeurer la propriété de la commune.

Par ailleurs, le Tribunal de première instance condamne la commune au paiement de dommages et intérêts, en vue de compenser le retard occasionné dans le transfert de propriété et les montants déboursés pour engager la procédure judiciaire dont le jugement constitue le résultat. À notre estime, l'article 33 de la Constitution ne s'opposait pas à une condamnation de cette nature, mais les préjudices allégués ne pouvaient être réparés, compte tenu de ce qu'ils postulaient un droit de propriété dont on s'est attaché à démontrer l'inexistence. D'autres préjudices, qui n'impliquaient pas ce postulat, auraient cependant pu être avancés. C'est le cas, par exemple, des intérêts calculés sur un emprunt bancaire qui aurait été consenti en raison de la croyance, dans le chef du citoyen, d'être devenu propriétaire.

17. La question de l'apparence en droit public ne trouve pas, dans ces considérations, sa pleine résolution. Elle pose bien d'autres difficultés qui mériteraient, à coup sûr, d'être traitées. Pourquoi un jeune chercheur ne consacrerait-il pas une thèse de doctorat à ce thème délicat ? Au-delà de l'imposant héritage qu'il laisse aux générations qui le secondent, l'on doit notamment à Francis Delpérée d'avoir fait confiance à la jeunesse. Perpétuer cette confiance, c'est donner ce qu'il a donné. Celui qui va déposer la plume ne saurait l'oublier.