

REVUE CRITIQUE

DE

JURISPRUDENCE BELGE

Cour de cassation, 1^{re} chambre, 23 avril 1971.

Président et rapporteur : M. LOUVEAUX, président.

Conclusions conformes : M. DUMON, avocat général.

Plaidants : MM. VAN HECKE et VAN RYN.

I. RESPONSABILITÉ DES POUVOIRS PUBLICS. — LÉSION D'UN DROIT CIVIL. — LÉSION NOTAMMENT D'UN DROIT POLITIQUE. — DOMMAGE.

II. RESPONSABILITÉ DES POUVOIRS PUBLICS. — POUVOIR EXÉCUTIF. — EXERCICE DE MISSIONS ET D'ACTIVITÉS RÉGLEMENTAIRES. — FAUTE, NOTAMMENT IMPRUDENCE OU NÉGLIGENCE.

III. RESPONSABILITÉ DES POUVOIRS PUBLICS. — ABSTENTION DE RÉGLEMENTER. — DÉLAI POUR AGIR.

I. *La lésion non seulement d'un droit civil, mais notamment aussi d'un droit politique, peut constituer le dommage qui, dans les conditions déterminées par les articles 1382 et 1383 du Code civil, donne lieu à l'obligation de réparer.*

II. *Le pouvoir exécutif est soumis, dans l'exercice de ses missions et de ses activités réglementaires, à l'obligation de réparer le dommage qu'il cause à autrui par sa faute, notamment par son imprudence ou par sa négligence. Aucune disposition constitutionnelle ou légale ne soustrait le pouvoir exécutif à cette obligation qui résulte des articles 1382 et 1383 du Code civil.*

III. *L'abstention de prendre un règlement en application des articles 1382 et 1383 du Code civil donne lieu à réparation, si un dommage en est résulté. L'abstention est fautive même dans les cas où aucun délai n'est prescrit au pouvoir exécutif par une disposition légale pour prendre un règlement.*

(GOFFIN C. ÉTAT BELGE, MINISTÈRE DES
COMMUNICATIONS, POSTES, TÉLÉGRAPHES ET TÉLÉPHONES.)

ARRÊT (*traduction*).

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 19 juin 1967 par la Cour d'appel de Bruxelles ;

Sur le moyen pris de la violation des articles 3 de l'arrêté royal du 30 novembre 1950 relatif au logement de certaines catégories du personnel rétribué de l'Etat, 1382, 1383 du Code civil et 97 de la Constitution,

en ce que le juge d'appel ainsi que le premier juge admettent qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de qualifier de fautive l'abstention du Ministre des communications de soumettre à la signature du Roi un projet d'arrêté royal, parce que le ministre arrête librement et souverainement les modalités d'exécution de son pouvoir réglementaire, que les dispositions de l'article 3 de l'arrêté royal du 30 novembre 1950 ne reconnaissent pas un droit civil au demandeur, qu'elles ne fixent pas un délai dans lequel devra être pris l'arrêté royal prévu et que, la circulaire du 12 décembre 1950 du Premier Ministre n'ayant pu créer un droit dans le chef du demandeur, les tribunaux ne peuvent y attacher un caractère obligatoire,

alors que, première branche, pour intenter une action en dommages-intérêts en raison d'un fait illicite, il n'est pas requis que la partie lésée puisse faire état de la lésion d'un droit civil (violation des articles 1382 et 1383 du Code civil) ;

deuxième branche, un devoir général de prudence s'impose au défendeur comme à toute personne physique ou morale, de sorte qu'une abstention systématique, pendant dix ans, d'exercer un pouvoir réglementaire qui avait été attribué au profit d'agents déterminés, constitue la violation de ce devoir à l'égard de ces agents (violation aussi des articles 1382 et 1383 du Code civil) ;

troisième branche, en n'examinant pas si la période durant laquelle le défendeur a omis d'exercer son pouvoir n'est pas déraisonnablement longue l'arrêt n'est pas régulièrement motivé, la considération suivant laquelle aucun délai n'était fixé ne permettant pas de savoir si le défendeur pouvait indéfiniment omettre d'exercer son pouvoir (violation de l'article 97 de la Constitution :

Attendu qu'il ressort des constatations de l'arrêt attaqué ainsi que du jugement dont appel, auquel l'arrêt se réfère, que l'action originaire du demandeur tendait à la condamnation du défendeur au paiement d'un montant de 78.000 francs de dommages-intérêts en raison de la faute commise en négligeant de prendre l'arrêté d'exécution prévu à l'article 3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 30 novembre 1950 pour le personnel du ministère dont le demandeur était fonctionnaire, manquement qui aurait causé au demandeur un dommage correspondant au montant déduit chaque mois de son traitement depuis le 1^{er} janvier 1950 (date d'entrée en vigueur de cet arrêté) jusqu'au 30 avril 1958 (date à laquelle le demandeur a été mis à la retraite) ;

Attendu qu'aux termes de l'article 3, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 30 novembre 1950 les agents astreints à occuper des logements déterminés parce que leurs fonctions réclament leur présence permanente sur les lieux de travail, bénéficient gratuitement du logement, et que l'alinéa 2 du même article dispose que le Roi détermine, pour chaque ministère, les fonctions visées à l'alinéa premier ;

Attendu que, pour déclarer l'action du demandeur non fondée, l'arrêt se base sur des motifs, d'une part, qu'en l'absence de l'arrêté royal visé à l'alinéa 2 de l'article 3 de l'arrêté royal du 30 novembre 1950, le demandeur ne peut se prévaloir de l'avantage du logement gratuit dont il est question dans l'alinéa 1^{er}, d'autre part, qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de qualifier de fautive l'omission « du Ministre des communications de soumettre un projet d'arrêté royal à la signature du Roi ; que, sous réserve de sa responsabilité politique à l'égard des Chambres législatives, le ministre arrête librement et souverainement les modalités d'exécution de son pouvoir réglementaire » et enfin que les dispositions de l'article 3 n'accordent pas de droit civil au demandeur ;

Attendu que l'action du demandeur ne tendait pas à obtenir

le paiement ou le remboursement d'une somme, parce que l'arrêté royal du 30 novembre 1950 lui aurait accordé le droit d'obtenir la « gratuité du logement dont il est question à l'alinéa 1^{er} », mais tendait, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, à la condamnation de l'Etat à réparer le dommage résultant pour le demandeur de l'abstention fautive du pouvoir exécutif d'exécuter ledit arrêté royal du 30 novembre 1950 ;

Attendu, d'une part, que la lésion non seulement d'un droit civil, mais notamment aussi d'un droit politique, peut constituer le dommage qui, dans les conditions déterminées par les articles 1382 et 1383 du Code civil, donne lieu à l'obligation de réparer ;

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 ;

Attendu, dès lors, qu'en décidant que le pouvoir exécutif, sous réserve toutefois de sa responsabilité politique à l'égard des Chambres législatives, arrête librement et souverainement « les modalités d'exécution de son pouvoir réglementaire » et qu'en conséquence le pouvoir judiciaire ne peut jamais considérer que l'abstention, en matière réglementaire, et notamment celle d'exécuter une loi ou un arrêté royal quelconque, est fautive au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil et partant qu'elle donne lieu à l'obligation de réparer le dommage qu'elle a causé, l'arrêt attaqué a violé ces dispositions légales ;

Que le moyen est fondé ;

Par ces motifs, la Cour casse l'arrêt attaqué ; ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de la décision annulée ; réserve les dépens, sur lesquels il sera statué par le juge de fond ; renvoie la cause devant la Cour d'appel de Gand.

NOTE.

L'obligation de réglementer.

INTRODUCTION.

A. — *Les faits.*

M. Goffin est percepteur des postes. En raison de ses fonctions, il bénéficie du logement dans un immeuble qui est propriété de l'Etat ; en contrepartie, une retenue de dix pour cent est opérée sur son traitement.

Certaines dispositions de l'arrêté royal du 30 novembre 1950 relatif au logement de certaines catégories du personnel rétribué par l'Etat — et notamment du « personnel des administrations de l'Etat » (art. 1^{er}, 1^o) — vont, dans ce contexte, retenir toute son attention. Elles précisent, en effet, que « bénéficient gratuitement du logement les agents astreints à occuper des logements déterminés parce que leur fonction réclame leur présence permanente sur les lieux du travail » (art. 4, al. 1^{er}).

En réalité, ces dispositions qui s'intègrent dans ce qu'il est convenu d'appeler le statut pécuniaire des agents des services publics sont doublement exceptionnelles par rapport au régime général qu'organise le statut et que confirme, d'ailleurs, dans ses lignes essentielles, l'arrêté royal du 30 novembre 1950.

Une première particularité apparaît : c'est la jouissance d'un logement gratuit qui peut être assurée, alors que le principe veut qu'une retenue mensuelle soit opérée « sur le traitement des agents qui occupent un logement dont la jouissance leur est concédée par leur administration en vue de faciliter l'accomplissement de leur tâche » (art. 2 du même arrêté ; voy. également arrêté du Régent du 20 juin 1946, art. 10). Une seconde exception se fait jour : c'est à une catégorie restreinte d'agents que cet avantage est consenti ; elle ne comprend que les personnes dont la fonction réclame une présence permanente sur les lieux du travail.

M. Goffin qui, depuis plusieurs années, est astreint à occuper un logement déterminé se trouve-t-il dans les conditions requises pour bénéficier du régime exceptionnel ? Plus généralement, quels sont les agents concernés et les fonctions visées ? L'arrêté royal du 30 novembre 1950 n'entre pas dans la voie des énumérations. Il laisse au Roi le soin de déterminer, pour chaque ministère, ces fonctions (art. 3, al. 2). Pour le reste, et selon une formule consacrée, « les ministres sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution » de l'arrêté (art. 9).

L'arrêté royal du 30 novembre 1950 est appelé à sortir ses effets « le 1^{er} janvier 1950 » (art. 8, al. 1^{er}) et même, pour certaines catégories de personnes qui bénéficieront d'un logement gratuit, le 1^{er} juillet 1947 ou le 1^{er} juillet 1948 (art. 8, al. 2).

Mis à la retraite le 30 avril 1958, M. Goffin constate, cependant, que le régime pécuniaire général a continué à lui être appliqué après 1950 ; le régime exceptionnel n'a pas reçu le moindre commencement d'exécu-

tion, en tout cas en ce qui concerne le Ministère des communications, postes, télégraphes et téléphones (1). Cette situation lui paraît domageable.

B. — *L'action originaire.*

L'action introduite par M. Goffin vise à obtenir la condamnation de l'Etat belge. Elle se donne le fondement suivant. Une faute aurait été commise : elle est de négligence et se résume en un défaut d'agir, en l'espèce le défaut de prendre un arrêté d'exécution de l'arrêté royal du 30 novembre 1950 pour le personnel du Ministère des communications, postes, télégraphes et téléphones. Un dommage en serait résulté : il équivaut pour le demandeur à la somme des retenues mensuelles opérées sur son traitement entre la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal et la date de mise à la retraite, soit entre le 1^{er} janvier 1950 et le 30 avril 1958. Le lien de causalité entre le dommage et la négligence paraît bien exister.

Encore faut-il relever le fondement exact de la demande. Le demandeur ne prétend pas obtenir paiement d'une somme qui lui est due. Il entend plus simplement obtenir, en application des principes de la responsabilité civile, réparation d'un dommage. En s'abstenant pendant près de dix ans d'exercer une compétence réglementaire qui lui avait été octroyée pour assurer un régime de faveur à certaines catégories de membres de son personnel, l'Etat belge n'a-t-il pas commis une négligence et manqué au devoir de prudence qui s'impose, en toutes circonstances, aux pouvoirs publics? En d'autres termes, n'est-ce pas une faute que de ne pas tenir ses promesses et de ne pas avoir pris les mesures concrètes qui permettaient de les réaliser?

Chose promise, chose due ... ?

Raisonner autrement, n'est-ce pas permettre aux détenteurs du pouvoir réglementaire d'apprécier librement et souverainement, en dehors de toute règle de délai, les modalités d'exercice de leurs compétences? Telle est la principale question de droit que le tribunal de première instance de Louvain comme la Cour d'appel de Bruxelles ont eu à examiner pour prendre leur décision, respectivement le 25 février 1965 et le 19 juin 1967.

C'est sur ce point que l'on se propose également de commenter l'arrêt du 23 avril 1971. On se permet pour d'autres questions, comme celle de la détermination du dommage, de renvoyer aux conclusions de M. l'avocat général DUMON (2) et à la note d'observations que M. Ph. MAYSTADT a consacrée à cet arrêt au *Journal des Tribunaux* (3).

C. — *L'arrêt.*

La leçon de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 avril 1971

(1) Voy. *infra* des exemples de mesures prises dans d'autres départements ministériels en exécution de l'arrêté royal du 30 novembre 1950.

(2) *Arr. Cass.*, 1971, p. 787 et suiv.; *R.W.*, 1970-1971, col. 1793 et suiv.

(3) *J.T.*, 1972, p. 690.

peut être commodément résumée : « Le pouvoir exécutif est soumis, dans l'exercice de ses missions et de ses activités réglementaires, à l'obligation de réparer le dommage qu'il cause à autrui par sa faute, notamment par son imprudence ou par sa négligence ». Elle est formulée selon un mode quelque peu solennel pour qu'il n'y ait guère matière à discussion : « Aucune disposition constitutionnelle ou légale ne soustrait le pouvoir exécutif à cette obligation qui résulte des articles 1382 et 1383 du Code civil ».

Comment ces affirmations de principe trouvent-elles à s'appliquer ? « L'abstention de prendre un règlement peut constituer une faute et donner lieu à réparation si un dommage en est résulté », note la Cour de cassation. Une précision est fort opportunément apportée à cette observation : la solution trouve à s'appliquer « même dans les cas où aucun délai n'est prescrit au pouvoir exécutif » pour agir.

Le raisonnement de la Cour de cassation s'articule donc autour de deux idées que l'on examine successivement :

I) Le principe de responsabilité du pouvoir exécutif.

II) Le principe de responsabilité dans l'exercice de la fonction de réglementer.

CHAPITRE I^{er}. — LE PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ DU POUVOIR EXÉCUTIF.

La jurisprudence est désormais bien établie qui admet que le pouvoir exécutif soit rendu responsable de la faute qu'il commet dans l'accomplissement d'activités matérielles, dans l'émission d'ordres particuliers ou dans l'élaboration de règlements généraux (voy. spécialement cass., 26 avril 1963, *Pas.*, I, 905, *R.C.J.B.*, 1963, note J. DABIN).

L'arrêt du 23 avril 1971 rend cependant un son neuf par sa formulation et par la référence qu'il fait explicitement à la notion de « pouvoir exécutif ». Cette évolution est heureuse si elle conduit à abandonner, une fois pour toutes, le concept commode mais ambigu de « responsabilité de la puissance publique » et à affiner les notions utilisées. Elle prête plus à discussion si, s'accrochant au concept de « pouvoir exécutif », elle ne fait que déplacer pour partie le problème. Une évolution, déjà amorcée dans l'arrêt analysé, ne conduira-t-elle pas ultérieurement à une étude plus précise des manifestations de ce pouvoir ?

L'arrêt annoté entend aussi étayer le principe qu'il énonce par une affirmation particulièrement solennelle ; il lui donne ainsi une portée générale : « aucune disposition constitutionnelle ou légale » ne vient soustraire le pouvoir exécutif aux obligations que lui imposent les dispositions du Code civil.

Ces observations méritent d'être quelque peu explicitées.

1. *La puissance publique.*

Nul mot dans l'arrêt commenté de la puissance publique. C'est l'Etat

ou le pouvoir exécutif qui, plus prosaïquement, sont mis en cause. N'est-ce pas là l'indice d'une évolution significative?

Le terme de « puissance publique » a alimenté, depuis bientôt deux siècles, les controverses les plus animées et les plus importantes du droit administratif. Il ne saurait être question de rappeler ici, même sommairement, les arguments qui ont été échangés dans ces discussions. Relevons simplement que d'aucuns ont voué au vocable de puissance publique un culte qui n'a peut-être servi qu'à en discréditer l'idée (4) : l'Etat était personnifié dans sa toute-puissance ; une emprise matérielle sur les hommes lui était reconnue ; son irresponsabilité dans des secteurs entiers de la vie administrative était consacrée (5). D'autres, par ailleurs, se sont préoccupés de traquer les manifestations — même insidieuses (6) — de la puissance publique ; sans aller, comme Jean DABIN, jusqu'à proposer de rayer le terme du vocabulaire des sciences juridiques et politiques (7), ils s'efforcent de montrer comment la puissance publique voit, en un ensemble de circonstances, engager effectivement sa responsabilité sur le plan contractuel ou extra-contractuel (8).

Aujourd'hui, la cause serait-elle entendue ? On n'ose l'affirmer. Une partie de l'Ecole française reste, en effet, attachée à la notion de puissance publique qu'elle considère comme un concept exact et utile qu'il faut simplement « épurer de ses aspects inacceptables » (9). Le concept est exact parce qu'il traduit, sur le plan de l'aménagement interne des pouvoirs, le concept de souveraineté nationale ; celui-ci n'implique-t-il pas une différenciation de situation juridique entre les gouvernants et les gouvernés ? Le concept est utile parce qu'il résume en une formule les traits essentiels du régime juridique fait aux détenteurs de pouvoir ; mais — et là est l'essentiel de la démonstration — ce régime est caractérisé par des prérogatives et surtout par des sujétions exorbitantes du droit commun (10).

L'Ecole belge reste aussi, pour partie, solidement attachée à cette notion de puissance publique. « Toute contestation du rôle prééminent de la notion de puissance publique comme critère du droit administratif » est vaine, écrit M. Maurice FLAMME (11), qui voit dans les articles 25 et 67 de la Constitution la base juridique de pareil concept. Encore la puissance publique est-elle ramenée dans l'ordre des moyens d'action et

(4) Voy. M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris Ed. Techniques, 1960 ; G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1968, p. 18.

(5) Réserve est faite des hypothèses où l'Etat-personne privée répond de ses actes.

(6) C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 571 : « L'on se demande, bien vite, si la distinction entre l'Etat-puissance publique et l'Etat-personne privée n'est point réintroduite par le biais des actes décisifs qui ne donnent point matière à procès judiciaire ».

(7) J. DABIN, *L'Etat ou le Politique*, Paris, Dalloz, 1957, p. 174.

(8) Spécialement C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, Larcier, 1947, p. 287 et suiv. et 398 et suiv.

(9) G. VEDEL, *op. cit.*, p. 19.

(10) J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *R.D.P.*, 1953, p. 279 et suiv.

(11) M. FLAMME, « Service public et puissance publique. Mythes ou réalités ? », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. III, p. 477.

des procédés utilisés (12) ; elle ne se meut plus sur le plan des finalités de l'action publique ou sur celui de la détermination des organes de l'autorité.

En d'autres termes, même les adeptes d'une théorie moderne de la puissance publique n'identifient plus régime de puissance publique et irresponsabilité de l'Etat. C'est dire, puisque la jurisprudence n'a pas à trancher les querelles d'école sans portée pratique, que la référence à cette théorie — même pour la combattre ou la condamner — ne semble plus avoir sa place dans les décisions des cours et tribunaux. Ne faut-il pas, dès lors, se féliciter de ce que l'arrêt du 23 avril 1971 s'engage dans la voie qui prépare le constat de décès du concept de « puissance publique » dans la matière de la responsabilité des personnes morales de droit public ?

2. *Le pouvoir exécutif.*

Faut-il, pour autant, accepter sans réticences la déclaration de naissance du concept de « pouvoir exécutif » ?

La Constitution, en confiant aux cours et tribunaux la mission de réparer les atteintes portées aux droits, n'a pas égard à la qualité des parties contendantes, proclame solennellement l'arrêt du 5 novembre 1920. Et d'exclure, « au nom de cette vérité constitutionnelle restaurée » (13), le concept de puissance publique. Le Code civil trouve à s'appliquer à tous : « les gouvernants ... sont comme les gouvernés soumis à la loi » ; il vise tous leurs actes, « même au cas où l'auteur prétendu de la lésion serait l'Etat, une commune ou quelque autre personne de droit public » (14).

Dans la même perspective, l'arrêt du 23 avril 1971 récuse le concept de puissance publique et préfère recourir à celui de « pouvoir exécutif » (15). Synonyme ou substitut ? La puissance publique, effacée comme justification de l'irresponsabilité de l'Etat, ne réapparaît-elle pas dans ses manifestations — les pouvoirs — affirmées comme autant de limitations au droit commun de la responsabilité civile ?

Il n'en est rien. La terminologie employée — et la référence qu'elle fait explicitement à la notion de « pouvoir » — paraît surtout remettre en cause le principe même d'un régime général de responsabilité de la puissance publique. C'est plus volontiers un système propre de responsabilité pour chacun des pouvoirs dans l'Etat que la jurisprudence semble désormais prendre en considération. Le contentieux de l'indemnité trouve alors à se diversifier — dans son fondement, dans ses procédures, voire dans ses organes — selon qu'il s'agit d'apprécier la responsabilité d'un acte commis dans l'exercice de la fonction législative, de la fonction judiciaire, de la fonction administrative, ...

L'évolution semble heureuse, ici encore. « L'entreprise étatique, comme le note M. C. CAMBIER, fait appel à des fonctions et à des pouvoirs qui

(12) M. FLAMME, *op. cit.*, p. 491.

(13) C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 573.

(14) Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, I, 193, concl. P. LECLERCQ, spécialement p. 223.

(15) Les deux notions peuvent-elles, cependant, être distinguées ? Voy. les observations de J. RIVERO, in *Droit administratif*, n° 31, p. 32.

différent » (16). Pourquoi tenter, sur le plan de la responsabilité, de recréer l'impossible unité? Mieux vaut admettre que la fonction exécutive comme le pouvoir exécutif sont des manifestations particulières de l'Etat et qu'ils obéissent comme telles à un régime particulier de responsabilité.

L'arrêt annoté paraît ainsi préparer la voie d'une jurisprudence plus structurée et serrant de plus près les réalités particulières à l'action des différents pouvoirs dans l'Etat.

Est-ce à dire que la notion de « pouvoir exécutif » donne entière satisfaction?

a) *Les données constitutionnelles.*

La référence à un régime de responsabilité du pouvoir exécutif a le mérite de renvoyer sans ambiguïté aux dispositions constitutionnelles en vertu desquelles « au Roi appartient le pouvoir exécutif, tel qu'il est réglé par la Constitution » (article 29), ainsi que le pouvoir de faire « les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans jamais pouvoir ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution » (article 67). Pour reprendre une expression chère au doyen G. VEDEL, les bases constitutionnelles du droit administratif (17) sont ainsi rappelées d'emblée. Mais, surtout, le domaine de la responsabilité du pouvoir exécutif est, par la même occasion, circonscrit : les actes susceptibles de causer dommage — principalement les arrêtés et règlements — sont mis en évidence ; l'auteur de ces actes — c'est le Roi — est désigné. Le rappel des données constitutionnelles est-il, cependant, suffisamment convaincant?

D'aucuns ne manqueront pas de reprocher à la notion de pouvoir exécutif son caractère restrictif. Faisant référence à l'article 29 de la Constitution, elle ne laisse guère percevoir, derrière l'action du Roi, celle de ses ministres, celle de son administration, celle des collectivités subordonnées, celle — plus généralement encore — de l'ensemble des personnes morales de droit public (18). Faisant référence à l'article 67 de la même constitution, elle paraît privilégier, par ailleurs, une forme d'action qui est celle des arrêtés et règlements, comme si le pouvoir exécutif n'était pas responsable des mesures individuelles qu'il prend, des ordres particuliers qu'il donne ou des activités matérielles auxquelles il se livre.

D'autres, au contraire, s'attacheront à contester le caractère par trop extensif de la notion de pouvoir exécutif. Parmi les actes du pouvoir exécutif qui engagent éventuellement sa responsabilité, figurent les actes les plus importants de la fonction gouvernementale (par exemple,

(16) C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 573. Dans le même sens, voy. R. ANDERSEN, « Quelques réflexions sur la responsabilité du fait des lois », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 391 et suiv.

(17) G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *E.D.C.E.*, n° 8, p. 21 et suiv.

(18) Les expressions « administration » et « personnes morales de droit public » reviennent à plusieurs reprises sous la plume de PH. MAYSTADT (*op. cit.*, p. 690).

un arrêté royal de mobilisation de l'armée) et les faits les plus anodins de la vie d'une collectivité locale (par exemple, la chute d'un arbre sur la voie publique). N'y aurait-il pas intérêt, dans un souci de clarté et de sécurité juridiques, à mieux sérier les problèmes?

D'autres encore mettront en évidence le caractère foncièrement ambigu du concept. Le « pouvoir exécutif » est héritier de la doctrine de Rousseau — « J'appelle donc gouvernement ou suprême administration l'exercice légitime de la puissance exécutive » — et du système conventionnel de 1793 : l'affirmation de la primauté de la loi ne conduit-elle pas à n'accorder aux problèmes de gouvernement et d'administration qu'une importance accessoire, celle que l'on réserve aux tâches d'exécution? En un mot, « pouvoir exécutif » n'est-il pas synonyme de « pouvoir d'exécution » (19)? Et qu'est-ce que l'exécution? Est-ce l'exécution d'une loi, ou, plus généralement, l'exécution des lois, c'est-à-dire le respect de la légalité?

b) *L'exécution d'une loi.*

Seuls les théoriciens de l'Etat ou les spécialistes de la science politique et administrative (20) se sont préoccupés jusqu'à présent de donner une définition correcte du pouvoir exécutif. Et ce au prix d'une interrogation sur les missions de l'Etat, sur l'équilibre — en droit et en fait — des fonctions étatiques, sur le comportement respectif des organes de législation, de gouvernement et d'administration (21).

Faut-il dire que cette définition revêt, cependant, une importance toute particulière dans le domaine de la responsabilité des pouvoirs publics? Cette matière a été longtemps dominée, en effet, par une distinction qui paraissait fondamentale entre la décision — jugée souveraine et discrétionnaire — et l'exécution de la décision — susceptible d'être contrôlée (22). Est-ce pareille argumentation qui réapparaît à travers la référence faite à la notion de pouvoir exécutif? Ne s'agit-il pas d'affirmer que les actes législatifs échappent au contrôle du juge dans la mesure où ils traduisent la volonté et la décision souveraine des chambres élues tandis que les actes du pouvoir exécutif sont naturellement soumis à un examen et cela en raison de leur nature même qui est celle d'actes d'exécution d'une décision préalable? Pareils postulats feraient d'ailleurs

(19) Comme le note M. VAUTHIER, *Précis de droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, Lariciér, 1950, t. I^{er}, p. 49), la Constitution du 3 septembre 1791 s'exprimait déjà ainsi : « Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois pour en ordonner ou en rappeler l'exécution » (titre III, ch. III, section 1^{re}, art. 6).

(20) Entre autres, J. DABIN, *op. cit.*, p. 146; H. BUCH, « La décision », in *Traité de science administrative*, Paris, Mouton, 1966, p. 470 et suiv.; A. DELPÉRÉE, « La prise de décision dans l'Administration », *Res Publica*, 1967, p. 205 et suiv. : « L'administration moderne ne se borne pas à exercer des fonctions d'exécution ».

(21) Sur ce thème, F. DELPÉRÉE, « Politique et administration », *Res Publica*, 1973, p. 429 et suiv.

(22) Voy. concl. de l'avocat général GESCHÉ, *Pas.*, 1933, I, p. 266 et suiv. Sur la critique de cette jurisprudence, voy. C. CAMBIER, *La responsabilité ...*, p. 486, et *Principes du contentieux administratif*, Bruxelles, Lariciér, 1961, t. I^{er}, p. 259; R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Bruxelles, Lariciér, 1967, 2^e éd., vol. I^{er}, n^{os} 1327 et suiv.

conclure que ce contrôle judiciaire a pour objet principal de vérifier si le pouvoir exécutif est bien resté dans la ligne des directives législatives qui lui ont été données. Dans ce contexte, la jurisprudence aurait pour elle l'avantage de la pure logique — mais n'est-ce pas à la limite une pétition de principe? — : le pouvoir exécutif a pour tâche d'exécuter la loi ; le défaut d'exécuter comme le défaut dans l'exécution sont répréhensibles. En réalité, c'est alors la définition qui est donnée du pouvoir exécutif qui justifie — *a posteriori* — la solution apportée au problème de sa responsabilité : le pouvoir exécutif, en un mot, est responsable parce qu'exécutant.

La simplicité de la formule masque mal, cependant, la diversité des tâches qui relèvent de l'exécution de la loi.

Le pouvoir exécutif a, d'abord, la charge de la promulgation et de la publication de la loi : ces formalités vont conférer respectivement force exécutoire et force obligatoire (23) à la règle législative.

Le pouvoir exécutif, par ailleurs, joue le rôle de coadjuteur du législatif. Plutôt que d'insister sur la constante antinomie de ces pouvoirs, ne convient-il pas, en effet, d'observer que l'émission d'une règle générale s'accompagne inévitablement de prescriptions qui en facilitent l'application ou, tout simplement, qui rendent celle-ci possible (24)? La loi est règle très générale et conçue en dehors des circonstances du moment ; elle doit être adaptée, précisée, complétée, concrétisée par des règles qui comblent éventuellement l'écart entre les règles légales et la réalité. C'est là l'aspect le plus connu de la tâche du pouvoir exécutif ; c'est aussi celui que les textes constitutionnels consacrent par priorité. Cette forme d'exécution de la loi peut, d'ailleurs, être mise en œuvre de la propre initiative du pouvoir exécutif qui, au vu des termes très généraux de dispositions légales, prend les mesures réglementaires ou les dispositions pratiques pour en permettre l'application : le pouvoir exécutif met ainsi ses moyens *au service* de la loi ; cette offre de services s'exerce dans les limites de compétences qui sont celles de l'autorité intervenante et ne peut légitimer une forme de substitution d'action. Mais l'exécution de la loi peut aussi être utilisée *à l'invitation* du pouvoir législatif qui charge le pouvoir exécutif de prendre les mesures d'exécution de la loi : l'invitation peut fixer le destinataire, la mesure, la procédure et, au besoin, les modalités de cette habilitation.

On sait aussi que cette activité d'exécution de la loi est conçue en termes très larges : elle implique la faculté de parachever, de compléter, de préciser l'œuvre législative ; selon une formule consacrée par une jurisprudence constante et approuvée par la doctrine, cette compétence s'exerce « en dégageant du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui en dérivent généralement d'après l'esprit qui a

(23) Sur ces questions, voy. P. DE VISSCHER, « La formulation, la signature et la publication des lois en droit belge », in *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, t. XX, p. 45.

(24) M. VAUTHIER, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 49. Voy. également note sous Bruxelles, 20 septembre 1930, *Rev. adm.*, 1931, p. 149 et suiv.

présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit » (25). Ce qui fait écrire à M. J.-M. RAINAUD que « lorsque le pouvoir exécutif réglemente, il fait plus qu'exécuter » (26).

L'exercice du pouvoir exécutif implique encore l'emploi de la contrainte pour assurer l'application correcte de la loi et des règlements : le privilège de l'*exécution d'office* ne peut être passé sous silence.

Est-ce bien cette exécution de la loi que prend en considération l'arrêt du 23 avril 1971 ?

c) *Le respect de la loi.*

Le pouvoir exécutif déborde — et de beaucoup — la simple exécution de la loi, même entendue dans sa diversité (27). Car le pouvoir exécutif, appelé alors plus exactement « pouvoir gouvernemental » (28), est habilité à agir en dehors de toute autorisation législative. Ayant essentiellement pour tâche d'assurer le maintien de l'ordre public et la bonne marche des services publics, il exerce cette mission indépendamment des prescriptions formelles du législateur.

Comme le relève M. F. VINCENT, c'est un « pouvoir spontané intervenant en dehors de toute habilitation expresse » (29) qui trouve alors à s'exercer.

Pouvoir exécutif autonome n'est évidemment pas synonyme de pouvoir exécutif arbitraire. Dans l'exercice de ses prérogatives, le pouvoir exécutif reste, en toute hypothèse, limité et tenu, en particulier, au respect de la loi. Comme le constate Maurice HAURIU, l'exécution des lois, entendue d'ailleurs dans un sens voisin de celui du respect de la légalité, n'est pas alors condition préalable d'action du pouvoir exécutif mais simplement l'une des modalités de son intervention (30).

Proclamant la responsabilité du pouvoir exécutif, est-ce cette signification que retient la Cour de cassation ?

La jurisprudence de la Cour de cassation est dans le sens de la reconnaissance d'une responsabilité très large du pouvoir exécutif, que celui-ci s'exprime par des ordres particuliers ou par des mesures réglementaires

(25) Cass., 18 novembre 1924, *Pas.*, 1925, I, 25; cass., 19 janvier 1959, *Rev. Adm.*, p. 143; cass., 12 novembre 1963, *Rev. Adm.*, 1964, p. 123.

(26) J.-M. RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 29.

(27) Comp. M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1916, p. 9 : « On a commencé par dire que la fonction administrative était 'l'œuvre du pouvoir exécutif' et qu'elle consistait 'dans l'exécution des lois'. Mais cette définition n'est ni claire, ni même exacte ».

(28) « L'expression pouvoir gouvernemental est synonyme ou peu s'en faut de l'expression pouvoir exécutif. Dans un grand nombre de cas, elle répond plus exactement à la réalité des choses que ne le fait l'expression pouvoir exécutif » (M. VAUTHIER, *op. cit.*, p. 47).

(29) F. VINCENT, *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 242.

(30) M. HAURIU, *op. cit.*, p. 10. Dans le même sens, J.-M. AUBY (note sous C.E. fr. 27 novembre 1964, *Ministère des Finances et des Affaires économiques c/ Veuve Renard, D.-S.*, 1965, p. 632), qui identifie « exécuter la loi », « respecter la loi », « faire respecter la loi » et « appliquer la loi ».

ou encore que son comportement fautif soit attribué à des activités matérielles. Va-t-elle jusqu'à déborder le concept d'une exécution d'une loi pour atteindre le concept plus large de l'exécution des lois?

Il ne semble pas à première vue. La Cour de cassation a eu à l'esprit l'intervention d'un pouvoir exécutif agissant en exécution d'une loi (voy. la formule « dans les cas où aucun délai n'est prescrit au pouvoir exécutif par une disposition *légale* ... »). Le cas de l'espèce devait, cependant, l'inviter à dépasser cette perspective partielle : l'hypothèse de départ était, en effet, celle d'un arrêté royal qui n'avait pas reçu d'exécution par un autre arrêté royal (31). La Cour de cassation est donc amenée à formuler une règle de principe : c'est toute action ou abstention du pouvoir exécutif qui peut être fautive ; celle d'exécuter une loi ou un arrêté royal ne fournit, en somme, qu'un exemple. La formule employée — « l'abstention en matière réglementaire et *notamment* celle d'exécuter une loi ... » — est en ce sens très caractéristique.

Cette précision corrige, sans conteste, la formule apparemment restrictive de l'arrêt. Elle montre aussi que la portée du contrôle à exercer débord — et de loin — celui de la vérification d'une correcte exécution de la prescription plus générale.

Dans cette perspective, le recours à la notion de pouvoir exécutif — trop commodément identifiée à celle du pouvoir d'exécuter une loi — n'est-il pas quelque peu ambigu?

3. *La responsabilité du pouvoir exécutif.*

« Aucune disposition constitutionnelle ou légale » — la formule ne laisse place à aucun doute — ne soustrait le pouvoir exécutif à l'obligation de réparer le dommage qu'il cause à autrui par sa faute.

Pour ce qui est des dispositions constitutionnelles, qui contestera l'affirmation? Ce ne sont pas les articles 90 et 140 de la Constitution, moins encore l'article 69, qui feraient obstacle à cette obligation de réparer : l'aménagement de la responsabilité pénale ou civile des ministres comme celui de leur responsabilité politique ne sauraient être assimilés à une absence de responsabilité civile des pouvoirs publics (32). La Cour de cassation rappelle ici fort opportunément un principe élémentaire mais essentiel du droit belge.

Pour ce qui est des dispositions légales, la formule utilisée semble équivoque. Sans doute, aucune loi n'est venue dégager, en règle générale et par principe, la responsabilité du pouvoir exécutif. Faut-il, pour autant, écarter l'hypothèse de lois qui ont exclu ou qui excluront la responsabilité du pouvoir exécutif dans une circonstance particulière? Il ne semble pas. En habilitant, par exemple, le pouvoir exécutif à régler une matière — c'est-à-dire à porter atteinte à des intérêts particuliers au nom de l'intérêt général —, la loi n'a-t-elle pas pour objet

(31) Voy. aussi les conclusions de M. l'avocat général DUMON, *op. cit.*, col. 1802.

(32) P. DE VISSCHER, « De la responsabilité juridique des ministres », note sous Bruxelles, 1^{er} février 1950, *R.C.J.B.*, 1952, p. 46 et références citées.

de parer à la mise en cause du pouvoir exécutif pour faute commise dans les limites de cette habilitation (33)?

D'autres hypothèses peuvent aussi être rappelées ; celles, par exemple, où le législateur légifère par approbation, par ratification ou par confirmation (34). Faut-il rappeler qu'en l'occurrence son intervention a pour effet de transformer l'autorité même du règlement qui a été élaboré à un point tel que sa légalité est entièrement soustraite au contrôle juridictionnel? N'est-ce pas l'intervention du législateur qui, en l'occurrence, couvre éventuellement la faute qui aurait été commise et la responsabilité qui aurait été engagée (35)?

En d'autres termes, aucune loi — et certainement pas le Code civil — ne soustrait les pouvoirs publics à l'obligation de principe de réparer le dommage qu'ils causent à autrui par leur faute. Mais une loi pourrait, dans un cas d'espèce, aménager *a priori* ou *a posteriori* ce régime juridique.

CHAPITRE II. — LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ DANS L'EXERCICE DE LA FONCTION DE RÉGLEMENTER.

L'arrêt du 23 avril 1971 aurait peut-être pu faire l'économie de la référence à la notion contestable de pouvoir exécutif pour mettre en cause, d'emblée, la responsabilité de l'Etat dans l'exercice de la fonction de réglementer.

Il se serait alors situé dans la droite ligne de l'évolution ouverte par l'arrêt rendu le 26 avril 1963 par la Cour de cassation sur les conclusions de son procureur général, M. R. HAYOIT DE TERMICOURT. L'objet de cet arrêt, faut-il le rappeler?, était d'étendre aux actes réglementaires des personnes morales de droit public le régime de la responsabilité pour faute.

Ici encore, cependant, l'arrêt rend un son neuf. Et ce sur trois points.

L'accent est mis, d'abord, sur l'originalité de la fonction de réglementer — dans ses missions et dans ses activités. Une assimilation est, ensuite, relevée dans l'exercice de la fonction de réglementer entre la faute et la négligence ou l'imprudence, ces dernières n'apparaissant d'ailleurs à la Cour de cassation que comme des variétés de faute. Enfin, le délai mis par l'autorité publique à agir apparaît comme un élément essentiel d'appréciation de la gravité, voire de l'existence de la faute imputée.

Ces trois caractéristiques méritent d'être relevées.

1. La fonction de réglementer.

L'arrêt du 23 avril 1971 ne se contente pas de proclamer le principe

(33) Voy. en ce sens, J. DABIN, « La responsabilité de l'Administration dans l'exercice de la fonction réglementaire », note sous cass., 26 avril 1963, *R.C.J.B.*, 1963, p. 124. Dans le même sens, R. O. DALOG, Examen de jurisprudence. « La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1963-1967) », 2^e partie, *R.C.J.B.*, 1968, p. 331.

(34) Sur ces questions, voy. J. MASQUELIN, « Les procédés de législation », *Ann. Dr.*, 1960, p. 386.

(35) Concl. F. DUMON, col. 1801.

de la responsabilité pour faute du pouvoir exécutif. Il prend soin de préciser que l'assujettissement aux principes du Code civil atteint, en particulier, le pouvoir exécutif « dans l'exercice de ses missions et de ses activités réglementaires ». Qu'est-ce à dire ?

La formule employée nous paraît appeler trois observations. La première a trait à la définition de la fonction de « réglementer » ; la seconde vise la notion « d'exercice » de la fonction de réglementer ; la troisième concerne l'étendue du domaine des « missions » et des « activités » qui se rattachent à la fonction réglementaire.

a) *Réglementer.*

Pour une personne morale de droit public, réglementer consiste à édicter des dispositions abstraites applicables à un nombre indéterminé de personnes. La fonction ainsi assurée se donne un objectif : créer la sécurité en soustrayant des actions particulières à l'impulsion et à la libre appréciation de leurs auteurs pour les soumettre à l'observation de normes préétablies (36).

La fonction de réglementer s'apparente ainsi à la fonction de légiférer ; elle se différencie, par contre, de la fonction d'administrer.

Réglementer et légiférer vont de pair. Pour celui qui entend faire abstraction un instant du cadre constitutionnel dans lequel le problème se pose (37), le règlement passe, en effet, pour être une loi « matérielle » ou « secondaire » qui n'a peut-être pas le même degré d'efficacité que la loi mais qui est de la même nature qu'elle (38). L'objectif assigné à ces

(36) C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 1961, t. I^{er}, p. 21, et *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 239. M. J.-M. RAINAUD (*op. cit.*, p. 27) écrit à ce sujet : « L'acte réglementaire est l'acte noble, l'acte indispensable pour gouverner, le type même de l'acte de droit public ». Et encore : « L'acte réglementaire est un acte de conception » (p. 28). Voy. aussi J. DABIN, « La responsabilité de l'Administration à l'égard des usagers de la voirie », *R.C.J.B.*, 1963, p. 109 et suiv., et *op. cit.*, p. 122 et suiv.

(37) Les données constitutionnelles ne peuvent, évidemment, être passées sous silence. Elles suffisent à montrer la fausse analogie de la loi et du règlement. Tous deux ont pour objet de poser des règles générales et impersonnelles. Il n'en reste pas moins que le règlement est soumis au contrôle de légalité et apparaît donc essentiellement comme une règle subordonnée : le Conseil d'Etat pourra en annuler les dispositions ; les cours et tribunaux pourront en refuser l'application ; les autorités de tutelle pourront même vérifier l'adéquation de ses dispositions à l'intérêt général. Ces particularités suffisent à souligner la spécificité du règlement par rapport à la loi. La différence de régime ne peut, cependant, masquer la similitude des données de base. Sur la portée de cette distinction compte tenu de l'aménagement nouveau des règles constitutionnelles, voy. F. DELFÉRIE, « La Constitution et la règle de droit », *Ann. Dr.*, 1972, p. 187 et suiv.

(38) J. DABIN, *op. cit.*, p. 127 : « A cet égard, le règlement, par son objet formel, est tout à fait semblable à la loi (matérielle) ». GEORGES BONNARD en tire les conclusions suivantes : « Si l'on se souvient que l'autorité législative est pleinement souveraine dans l'exercice de sa fonction, il faut en dire autant des autorités administratives qui, alors, sont extrêmement libres d'émettre ou de ne pas émettre une réglementation initiale puisque l'initiative de la loi se confond avec celle du règlement dans la mesure où ces deux actes disposent par voie générale » (cité par J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 485).

deux règles juridiques est identique ; leurs caractéristiques essentielles sont semblables.

Comme l'observe M. HAURIOU (39), deux couches de droit tendent à se combiner dans l'ordre juridique : le droit légal et le droit réglementaire. Chacune des deux couches (40) se développe de manière largement autonome avec sa logique propre ; elles ne sont pas toujours d'accord, elles peuvent même entrer en conflit ; mais elles peuvent aussi tendre à harmoniser leur action. Et cette conciliation est aisée dans la mesure où ce sont des dispositions générales et impersonnelles qui entrent en concours (41). Ce qui permet à M. MASQUELIN d'écrire que « la fonction réglementaire tend au même but que la fonction législative dont elle n'est qu'un démembrement et emploie les mêmes méthodes » (42).

Au contraire, réglementer se distingue nettement d'administrer : il s'agit de faire le droit, non de l'appliquer, de pourvoir à un besoin d'intérêt général, non d'intervenir à propos d'un cas concret, de prendre des décisions à caractère impersonnel, non d'adapter l'action aux opportunités du moment ou aux situations particulières (43).

Est-il besoin d'ajouter, cependant, que le droit de la responsabilité civile n'est pas en harmonie avec ces présupposés de la doctrine (44) ? Les cours et tribunaux se refusent à censurer le législateur : l'Etat ne peut être condamné pour faute en raison d'un acte de la fonction législative. Les mêmes cours et tribunaux n'hésitent pas, au contraire, à déclarer fautive une personne morale de droit public dans l'exercice de la fonction réglementaire, et ce de la même façon qu'elle peut être rendue responsable des fautes qu'elle commet dans l'exercice de la fonction administrative.

L'activité exercée importe peu en l'espèce. Le critère du matériel cède le pas à celui de l'organique. La nature de l'autorité compétente pour légiférer ou pour réglementer diffère : elle justifie deux régimes contra-

(39) M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 36.

(40) M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 38.

(41) « Dans l'action législative, l'indépendance, le caractère absolu de la démarche, décident de la nature des choses. Cela est vrai du règlement comme de la loi au sens étroit et formel du mot ... » (L. WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et de la responsabilité des services publics en Belgique*, p. 223, cité par M. F. DUMON.

(42) J. MASQUELIN, « Contribution à l'étude du problème des arrêtés organiques et réglementaires », *Rev. Adm.*, 1951, p. 223. *Adde* : A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, 1966, p. 14, nos 21 et suiv.

(43) Sur l'utilité de distinguer la fonction normative et la fonction administrative dans les modes d'action de l'Administration, voy. J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, 1972, p. 18. D'où cette interrogation d'une partie de la doctrine sur le point de savoir s'il n'y a pas lieu d'organiser deux régimes distincts de responsabilité du pouvoir exécutif, l'un pour la fonction de réglementer, l'autre pour la fonction d'administrer.

(44) Faut-il y voir avec M. G. TIMSIT (*Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 123) une preuve de la crise de structure que connaît aujourd'hui l'ordre juridique ou reconnaître que, dans l'Etat moderne — notamment celui qui opte pour une séparation souple des pouvoirs —, la séparation des organes et donc celle des responsabilités n'est pas calquée sur la séparation des fonctions ? Voy. encore J.-F. LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 325 : « Le parallélisme actes-auteurs des actes n'était plus la seule explication de la gradation de l'ordonnement juridique ».

dictoires de responsabilité. La nature de l'autorité compétente pour réglementer et pour administrer est identique : elle justifie un même régime de responsabilité.

Cette justification purement formelle explique, sans doute, le manque d'unanimité de la doctrine pour approuver sans réserve ces solutions. D'aucuns n'hésitent pas, en effet, à souhaiter l'aménagement de deux régimes distincts de responsabilité : l'un pour les actes de la fonction de légiférer et de réglementer, l'autre pour les actes de décision à portée individuelle. Sans remettre en cause le principe qui veut que tous les actes du pouvoir exécutif soient soumis à la censure des cours et tribunaux, notamment au contentieux de l'indemnité, ils n'écartent pas « dans le domaine réglementaire, l'immunité de l'Administration pour tout ce qui concerne de prétendues fautes d'imprudence » (45).

N'est-il pas, il est vrai, « plus simple, plus économique d'affirmer dès l'abord qu'en matière de règlements, par la force des choses et sans autre dispense de la loi, l'Administration n'est plus tenue de l'obligation de prudence au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil » (46)? Cette suggestion, écrivait le professeur Jean DABIN en 1963, mériterait une étude approfondie. Dix ans après, l'étude reste encore à élaborer...

M. l'avocat général DUMON s'est efforcé, dans ses conclusions, de rencontrer ces objections et de vaincre ces réticences. Il relève à plusieurs reprises que l'autorité administrative, confrontée à un besoin précis, a souvent le choix des mesures à prendre : ainsi, et pour ne prendre qu'un exemple, confrontée à l'obligation de réaliser la sécurité sur la voie publique à l'occasion de la démolition d'un immeuble, l'autorité communale compétente prendra tantôt les mesures concrètes de police — signalisation, ordres individuels, présence d'agents de police... —, tantôt des mesures générales pour réglementer le trafic et la circulation dans la commune à l'occasion de ces travaux.

Va-t-on reconnaître au juge la compétence de contrôler la légalité des mesures prises dans l'une des hypothèses mais pas dans l'autre? On comprendrait mal, alors que l'objectif poursuivi est identique et que le résultat est le même, que deux régimes distincts de responsabilité soient aménagés. N'est-ce pas ouvrir la voie de l'impunité à celui qui a la possibilité d'agir par voie réglementaire? L'argument serait tout à fait convaincant si l'action législative était assujettie à ce même contrôle. Elle ne l'est pas. C'est dire que le choix des moyens utilisés par une autorité publique pour faire face à un besoin d'intérêt général peut légitimer des modes différents de contrôle sur les actes de cette autorité.

Mais l'objection relevée par l'avocat général DUMON n'est-elle pas pertinente lorsque c'est l'abstention de l'Administration qui est mise en cause? Comprendrait-on que celle-ci objecte que son abstention n'est pas celle de prendre des mesures individuelles mais bien celle de faire un règlement et échappe par là même à toute investigation plus approfondie des cours et tribunaux? En matière d'abstention, le choix dis-

(45) J. DABIN, *op. cit.*, p. 125.

(46) J. DABIN, *op. cit.*, p. 129.

crétionnaire de l'Administration des mesures qu'elle peut prendre ne risque-t-il pas de s'avérer un moyen décisif de défense? A la limite, l'abstention de l'Administration ne pourrait même plus être censurée sur la base d'un manquement à l'obligation de prudence.

L'arrêt du 23 avril 1971, s'il entérine le principe de la distinction des fonctions sur un plan théorique, en rappelant notamment les particularités de l'action du pouvoir exécutif, n'entre pas plus avant dans cette discussion. En rappelant de façon particulièrement nette la doctrine déjà développée dans l'arrêt du 26 avril 1963, ferme-t-il la voie à de nouvelles évolutions?

Les formules prudentes dont la Cour de cassation a entouré certaines de ses affirmations — « l'abstention de prendre un règlement *peut*, en application des articles 1382 et 1383 du Code civil, donner lieu à réparation ... » — ne montrent-elles pas au contraire que la discussion n'est pas close et qu'elle gagnerait à être approfondie dans toutes ses dimensions?

b) *L'exercice de la fonction de réglementer.*

Les cours et tribunaux ont pu s'arrêter un moment à la distinction de la décision et de l'exécution : réglementer est, par définition, du domaine de la décision (47) ; le contrôle des actes de la fonction de réglementer était, par là même, prohibé.

Les cours et tribunaux ont pu aussi s'interroger un moment sur la portée de la distinction entre l'omission et l'action : réglementer est, par définition, du domaine de l'action ; le contrôle du non-usage de la fonction réglementaire était, par là même, prohibé.

Les cours et tribunaux s'arrêtent, aujourd'hui, à la distinction de l'opportunité et de la légalité : réglementer est, par définition, assujéti au respect de la légalité. C'est dire que le contrôle des actes de la fonction de réglementer est, par là même, assuré, en tout cas sous l'angle de la légalité de ces mesures.

Qu'apporte, dans ce contexte mouvant, la notion d'« exercice » de la fonction de réglementer?

On se méprendrait en confondant l'exercice d'une fonction et l'exécution d'une décision. La décision, dans les limites de la fonction, fait partie de l'exercice.

On serait plus excusable à assimiler l'exercice de la fonction et l'action : l'abstention n'est-elle pas, par définition, le non-exercice d'une fonction? En l'espèce, n'était-ce pas le défaut d'exercer la fonction de réglementer

(47) Dans ses conclusions, M. l'avocat général DUMON rappelle les observations que formulait déjà en 1963 le procureur général M. GANSHOF VAN DER MEERSCH : « Il est bien difficile de distinguer, en fait, s'il s'agit de la décision elle-même ou de son exécution. Où s'arrête la délibération de l'autorité et sa conception? Jusqu'où descend-elle? Auquel des deux stades appartient l'abstention d'agir? » (concl. cass., 9 mars 1963, *Pas.*, I, 749). D'où cette conclusion : « L'acte de décision n'échappe pas, en raison de sa nature propre, au contrôle des tribunaux » (*ibid.*, p. 750). Voy. également J. DABIN et A. LAGASSE, Examen de jurisprudence. « La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle » (2^e partie), *R.C.J.B.*, 1964, p. 275.

qui pouvait être imputé à faute? Ou — mais la gymnastique intellectuelle n'est-elle pas quelque peu forcée? — l'abstention est-elle, dans l'exercice de la fonction de réglementer, la décision de ne pas exercer cette fonction?

L'exercice d'une fonction doit, semble-t-il, se comprendre comme la mise en œuvre d'une compétence qui appartient en propre à une autorité publique.

La référence à l'«exercice» de la fonction a le mérite de rappeler de façon particulièrement nette le sens exact de la distinction qui fonde aujourd'hui la jurisprudence de la Cour de cassation entre l'opportunité et la légalité d'une mesure.

Dira-t-on que l'opportunité de mettre en œuvre une compétence échappe au contrôle des cours et tribunaux et que seule la légalité de la mesure prise peut être vérifiée? L'interprétation serait inexacte et, à la limite, ferait échapper, encore une fois, tous les actes d'abstention — décision de ne pas agir ou défaut d'agir — au contentieux judiciaire de l'indemnité. Il semble plus correct d'interpréter la jurisprudence de la manière suivante. Les cours et tribunaux connaissent des décisions qu'une autorité administrative prend. Ils connaissent aussi des décisions prises par l'autorité administrative, de manière expresse ou implicite, de ne pas exercer une compétence qui est la sienne. Ces décisions, dans un cas comme dans l'autre, sont fondées sur des considérations de droit, y compris l'obligation générale de prudence, et sur des considérations d'opportunité. Les cours et tribunaux se reconnaissent le droit de vérifier la teneur des premières mais refusent d'entrer dans la voie du contrôle des secondes (48).

L'«exercice», en définitive, est celui de la fonction et non celui de mesures particulières. Il se traduit dans des actes de décision et dans des actes d'exécution, dans des actions et dans des omissions, dans des mesures qui se fondent sur des considérations d'opportunité et sur des motifs de légalité. Le mérite de la formulation employée est de montrer, sans équivoque, que les cours et tribunaux entendent assurer le contrôle de tous les actes qui rentrent dans l'exercice de la fonction de réglementer. L'étendue de ce contrôle trouve cependant une limite dans les motifs d'opportunité que l'autorité se donne pour agir ou pour s'abstenir.

c) *Les missions et les activités réglementaires.*

Comment ne pas relever, de prime abord, le caractère général et absolu de la formule utilisée? C'est la fonction de réglementer, dans son ensemble, qui est assujettie à contrôle. Les termes employés ne laissent place à aucune équivoque à cet égard : le contrôle vise non seulement les activités mais encore les missions réglementaires et la juxtaposition des termes indique suffisamment que le défaut d'activité alors qu'il y a mission d'agir n'est pas couvert par l'impunité; par ailleurs, le double

(48) Une autre question est de savoir où commence l'opportunité et où se termine la légalité. « Si l'on s'efforce d'approfondir le concept d'opportunité, il reste peut-être difficile à dissocier réellement de la notion de faute » (R. O. DALCQ, « La place de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1963 dans la jurisprudence relative à la responsabilité de la puissance publique », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. III, p. 39.

pluriel utilisé semble bien indiquer qu'aucune hypothèse n'a été laissée de côté : à supposer même que les « missions » fassent référence au mode normal d'élaboration du règlement, les « activités » par contre sont à ce point vagues qu'elles permettent d'englober la diversité des mesures réglementaires (49).

L'arrêt annoté nous paraît avoir fait œuvre d'autant plus généralisatrice que les circonstances de l'affaire ne paraissaient pas, de prime abord, devoir justifier les affirmations de principe que l'on a citées (50). Il importe de relever cette extrapolation qui éclaire la portée de l'arrêt du 23 avril 1971.

Des distinctions, pourtant, paraissaient toutes prêtes (51). Leur utilisation aurait sans aucun doute nuancé les affirmations de principe que la Cour a préféré formuler.

Ainsi, pourquoi ne pas faire référence à la distinction classique entre le *pouvoir réglementaire attribué* et le *pouvoir réglementaire délégué*? Une personne morale de droit public peut être investie de la fonction de réglementer par la Constitution, soit à titre de compétence autonome (article 29), soit à titre d'habilitation à exécuter les lois (article 67) ou les décrets (article 59bis, § 5, alinéa 2); elle exerce alors une compétence que lui attribue la Constitution dans le respect de règles de forme et de fond que celle-ci lui assigne. Mais cette même personne morale de droit public peut aussi être habilitée par le législateur à prendre des règlements dans des matières qui ne rentrent pas dans le domaine de ses compétences constitutionnelles. C'est un pouvoir réglementaire délégué — et non plus attribué — qui trouve alors à s'exercer. Peu important, pour le problème qui nous occupe, les justifications constitutionnelles qui ont été avancées pour tenter de légitimer les procédés de législation déléguée (52). Il est plus important, semble-t-il, d'observer que le phénomène

(49) Voy. *supra*, p. 14.

(50) La Cour de cassation, écrit M. MAYSTADT (*op. cit.*, p. 690), a posé « un principe qui s'applique *a fortiori* dans des hypothèses moins extrêmes ». Nous serions tenté d'ajouter, compte tenu des termes de l'arrêt, que le principe s'applique aussi *a pari* dans des hypothèses « plus extrêmes » ou en tout cas moins claires que celles dans lesquelles la Cour a été amenée à se prononcer.

(51) Pour une analyse d'ensemble des manifestations du pouvoir réglementaire, voy. par exemple J. MASQUELIN, « La fonction réglementaire et les pouvoirs spéciaux », *R.J.D.A.*, 1969, p. 1 et suiv.

Sur le phénomène de multiplicité des formes du pouvoir réglementaire, voy. J.-M. AUBY, in Préface à J.-C. DOUCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. xii.

De nombreuses hypothèses sont, par ailleurs, répertoriées dans les conclusions de l'avocat général DUMON (*op. cit.*, col. 1800). L'attention de la Cour avait donc été attirée sur ce point.

(52) Pour un exposé récent de ces controverses, voy. A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gand, 1972, p. 208; CH. HUBERLANT et PH. MAYSTADT, « Quelques exemples de lois taxées d'inconstitutionnalité », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1972, p. 500 et suiv.; J. MASQUELIN, *op. cit.*, p. 22 et suiv.; J. SAROT, « La pratique des pouvoirs spéciaux et extraordinaires avant et après 1945 », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. III, p. 293 et suiv.; A. VANWELKENHUYZEN, « L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *J.T.*, 1974, p. 577 à 584 et 597 à 608.

de déclassement de matières qu'ils occasionnent semble avoir pour effet de laisser au pouvoir exécutif, dans l'exercice de cette compétence réglementaire déléguée, une liberté d'appréciation et d'action analogue à celle du pouvoir normalement investi de la compétence de régler cette matière, soit à celle du pouvoir législatif.

La responsabilité du pouvoir réglementaire qui agit en vertu d'une loi de pouvoirs spéciaux, par exemple, va-t-elle être calquée sur celle du pouvoir législatif ou sur celle du pouvoir exécutif? Dans l'exercice d'une compétence réglementaire déléguée par la loi, le pouvoir exécutif ne doit-il pas être mis à l'abri des accusations de faute? La jurisprudence qui, dans cette hypothèse, n'exerce déjà qu'un contrôle limité de légalité — il se réduit à vérifier la conformité du règlement à la loi de délégation — ne doit-elle pas admettre une première dérogation au contrôle généralisé que l'on voudrait voir instaurer au contentieux de l'indemnité?

Pourquoi également ne pas faire droit à la distinction traditionnelle entre le *pouvoir réglementaire autonome* et le *pouvoir réglementaire dérivé*?

Pas plus que le pouvoir exécutif n'a pour tâche exclusive d'exécuter les lois, la fonction de réglementer ne se réduit à poser des règles générales d'exécution des lois. La fonction réglementaire peut emprunter la forme de règlements autonomes (53). Le pouvoir exécutif fait des règlements sans habilitation législative pour aménager les services publics ou pour assurer le maintien de l'ordre public (54). Mais la même fonction peut aussi emprunter la voie des règlements dérivés (55) : règlements d'exécution d'une loi, notamment d'une loi-cadre, d'un décret, d'un règlement autonome ou d'un règlement pris en exécution d'une loi.

Si l'on relève cette particularité de l'action des autorités publiques, c'est pour montrer que l'une des justifications de la solution retenue par l'arrêt annoté et que relèvent les remarquables conclusions de M. l'avocat général DUMON paraît, sur ce point, prêter à discussion.

La responsabilité du pouvoir réglementaire, est-il avancé, n'a pas pour fondement la mise en concours de deux règles hiérarchiquement différentes, l'une émanant du pouvoir législatif, l'autre du pouvoir exécutif. Ce qui est plus fondamentalement en cause, c'est la cohérence du droit (56). L'autorité habilitée à procurer la pleine application à la règle

(53) « Si l'Administration est tenue d'exécuter la loi et par conséquent de prendre les règlements d'application, en est-il de même lorsqu'elle est titulaire d'un pouvoir réglementaire autonome », s'interroge M. D. G. LAVROFF (note sous C.E. fr., 23 octobre 1959, *D.*, 1960, p. 193) qui répond, d'ailleurs, à la question par l'affirmative.

(54) Comp. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I^{er}, n° 191 : « Entre la constitution et le règlement, la loi doit toujours servir d'intermédiaire » (cité par J.-Cl. DOUENCE qui critique la formule, *op. cit.*, p. 49).

(55) La plupart des exemples cités à l'appui des conclusions de M. l'avocat général DUMON touchent à l'exercice d'un pouvoir réglementaire dérivé. Voy. par exemple la référence à la note de M. MARCEL WALINE sous C.E. fr., 25 juillet 1936, *D.H.*, 1937, III, 43, qui traite explicitement du refus d'exécuter une loi.

(56) L'obligation d'assurer la pleine application d'un décret en prenant les mesures réglementaires nécessaires « repose sur le principe, lié à l'Etat de droit, selon lequel une autorité publique chargée d'assurer l'application d'une règle de droit, doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la pleine application de la règle », note M. J.-M. AUBY, (*op. cit.*, p. 632, cité par M. DUMON et relevé par M. Ph. MAYSTADT). Mais le pouvoir

de droit ne peut rester en défaut de prendre les mesures pour en assurer la pleine efficacité (57). L'argument est séduisant. Le pouvoir exécutif, précise la Constitution dans son article 67, ne peut « dispenser de l'exécution des lois ». Serait-il inexact d'ajouter que le pouvoir exécutif ne peut pas plus se dispenser d'en procurer lui-même l'exécution?

Mais — comment ne pas le constater? — l'argumentation paraît, pour les mêmes motifs, s'effondrer dès l'instant où la compétence réglementaire est autonome, c'est-à-dire s'exerce en l'absence d'une règle initiale; il n'y a plus alors de vide précis à combler, de norme dont il s'agit impérativement d'assurer l'exécution ou l'application (58). N'y aurait-il pas, dans le cadre de l'exercice d'une compétence autonome, une éventuelle dérogation à apporter au principe d'un contrôle généralisé sur les actes du pouvoir réglementaire (59)? En d'autres termes ne faut-il pas convenir que l'obligation d'agir n'existe que lorsque l'entrée en vigueur d'une loi *dépend* de l'édiction d'un arrêté (60)?

Pour qui entend recenser les diverses manifestations de la fonction de réglementer, n'y a-t-il pas lieu, en outre, de tenir compte d'une distinction fondée sur l'*objet du règlement à adopter*? La police, l'organisation des services publics, l'exécution d'une règle initiale sont les trois domaines que régit la fonction de réglementer. Un même régime de responsabilité gagne-t-il à s'appliquer à ces différentes hypothèses?

Dans le domaine de la police, l'affirmation du principe d'une responsabilité pour faute dans l'exercice de la fonction de réglementer ne conduit-elle pas à la consécration d'une assurance tous risques à charge des pouvoirs publics? Celui qui a charge de la tranquillité, de la sécurité, de la salubrité publiques pourra-t-il contester qu'un dommage subi par un administré n'est pas synonyme d'insécurité ou d'atteinte à la tranquillité et par là signe d'imprudence de la part des autorités publiques? Le raisonnement paraît impeccable: « Le pouvoir avait à prévenir le danger ou le désagrément, c'est-à-dire à réglementer; faute d'une prévention efficace que révèle le dommage, il n'a qu'à réparer ».

Comme le note M. Marcel WALINE, « tantôt on reproche à l'autorité

réglementaire est-il toujours chargé d'assurer cette pleine application? Voy. encore J.-M. AUBY (*ibid.*): « Le principe de la légalité, dans sa conception moderne, postule l'effectivité de la règle de droit ».

(57) Ce qui est alors reproché à l'autorité compétente c'est de « tenir indéfiniment en suspens » (A. THOMAS, note sous C.E., 19 juin 1968, *R.J.D.A.*, 1969, p. 148) l'exécution de la loi.

(58) L'autorité administrative est « tenue non seulement d'y (les règlements) conformer ses décisions individuelles mais de prendre toutes les mesures nécessaires à leur exécution » (concl. GALMOT sur C.E. fr., 27 novembre 1964, *Rec.*, 1964, p. 590). Voy. encore C.E. fr., 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis, D.*, 1963, p. 606, note J.-M. AUBY.

(59) Tel n'était d'ailleurs pas le cas d'espèce.

(60) En ce sens, C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 182; J.-CL. DOUENOE, *op. cit.*, p. 491: « L'obligation d'édicter un règlement est donc seconde par rapport à l'obligation d'assurer l'exécution des lois et règlements dont elle n'est qu'un aspect ». On note incidemment que l'argument tiré de la cohérence du droit ne peut d'ailleurs pas être isolé complètement de celui fondé sur la hiérarchie des sources du droit: il ne vaut que pour certains règlements — normes subordonnées — mais pas pour les lois ou les lois à majorité spéciale, vis-à-vis de la Constitution, par exemple.

publique de n'avoir pas pris, en une circonstance précise, les mesures particulières qui s'imposaient pour prévenir une situation dangereuse pour l'ordre public, ou pour la sécurité ou la salubrité publiques ; tantôt on lui reproche de n'avoir pas pris des mesures d'ordre non particulier, mais réglementaire ; tantôt on lui reproche de n'avoir pas su ou pu faire exécuter lesdits règlements ou lesdites mesures » (61). Dans ces conditions, l'autorité publique n'est-elle pas prise au piège ? Sa responsabilité n'est-elle pas, en raison même des missions qui lui incombent, engagée dans des conditions qui ne lui laissent aucune échappatoire et qui, en définitive, paraissent plus draconiennes que celles imposées aux particuliers ? Le culte de la puissance publique paraît bien se pratiquer à rebours...

L'arrêt *Marabout* rendu, le 20 octobre 1972, par le Conseil d'Etat de France offre une illustration saisissante de ce phénomène. Les circonstances de l'affaire sont simples : dans une voie privée du 14^e arrondissement de Paris, le stationnement automobile a été interdit pour raison de sécurité ; cette réglementation n'est cependant pas respectée par différents usagers. Le Conseil d'Etat de France considère que l'insuffisance de la répression du stationnement illicite engage, en l'espèce, la responsabilité de la ville de Paris : « Les difficultés que la police de la circulation rencontre à Paris n'exonèrent pas les services municipaux de l'obligation qu'ils ont de prendre des mesures appropriées, *réglementaires* ou d'exécution, pour que les interdictions édictées soient observées et pour que le droit d'accès des riverains soit réservé » (62).

Et le professeur M. WALINE de commenter cet arrêt en se demandant si cette jurisprudence n'est pas de nature à accélérer « le processus de contestation contentieuse » alimenté par les groupements de consommateurs, les syndicats de quartiers, les organisations de défense de l'environnement, les usagers de tel ou tel service public, etc. Une opinion sensibilisée chaque jour davantage aux impératifs de ce que l'époque révolutionnaire dénommait une bonne police et que nos contemporains appellent la qualité de la vie ne va-t-elle pas susciter, au départ de pareilles prémisses, « un contentieux assez abondant » (63) ?

Dans le domaine de l'organisation des services publics, par ailleurs, n'y a-t-il pas intérêt à faire le départ entre les actes pris par un Etat-employeur d'hommes et ceux accomplis par un Etat-organisateur de services ?

Dans le premier cas, la fonction réglementaire se donne un objectif : aménager le statut administratif ou pécuniaire des collaborateurs du service public, concrétiser aussi les promesses formulées ou les concessions obtenues dans une réglementation à caractère général. La négli-

(61) M. WALINE, « La responsabilité d'une ville pour carence de ses services de police », note sous C.E. fr., 20 octobre 1972, *Marabout*, R.D.P., p. 832.

(62) *Contra* D. G. LAVROFF (*op. cit.*, p. 194) : « Les problèmes de la circulation et du bruit dans les agglomérations ne mettent pas en jeu des droits suffisamment importants pour que l'on puisse considérer qu'il y a eu violation d'une obligation légale lorsque le maire refuse de le réglementer ». Mais l'étude date de près de quinze ans...

(63) M. WALINE, *op. cit.*, p. 841.

gence avérée dans ce domaine de l'aménagement des relations entre les pouvoirs et leurs collaborateurs directs n'est-elle pas, à juste titre, considérée comme fautive? Le caractère statutaire de la situation juridique des agents des services publics fait dépendre de l'autorité publique l'aménagement des droits et des devoirs des agents; il ne permet pas — au contraire — à l'autorité de se réfugier dans le silence ou dans l'ignorance (64).

Dans le second cas, le problème ne paraît pas se poser exactement dans les mêmes termes. La fonction réglementaire s'assigne alors un autre objectif : créer, organiser, aménager un service ou, au contraire, s'en dispenser (65). La négligence est-elle en la matière fautive? Va-t-on permettre par la voie contentieuse d'imputer à faute au pouvoir exécutif le défaut d'organiser un service particulier dans la lutte contre les nuisances, de ne pas aménager les structures institutionnelles qui permettraient à tel groupe d'intérêt particulier d'être représenté, de ne pas régler l'activité d'un service spécialisé dans la protection des familles, etc.? Ces intérêts sont légitimes. Justifient-ils, cependant, la possibilité de mettre en cause la responsabilité pour faute de l'Etat?

Dans le domaine de l'exécution d'une norme originaire, n'y a-t-il pas lieu encore de distinguer les hypothèses? Le pouvoir originaire peut faire obligation à une autorité publique de statuer par voie de règlement; il peut même le faire en lui indiquant des délais, en formulant des directives, en précisant les modalités de l'action. Le pouvoir originaire peut aussi se borner à donner une habilitation pour agir. La responsabilité sera-t-elle identique?

Dans certains cas, par exemple, l'autorité publique est invitée à prendre des mesures d'exécution dans un délai que lui indique la loi ou le règlement. D'aucuns n'hésitent pas à considérer que, si ces prescriptions sont suffisamment impératives (66), le juge doit sans crainte pénétrer dans le domaine de l'appréciation discrétionnaire et censurer le non-respect de l'échéance (67). D'autres semblent ne voir dans ces prescriptions que l'indication de délais purement comminatoires et sans caractère impératif : l'autorité détentrice du pouvoir réglementaire n'est pas juridiquement tenue par le délai fixé par la loi pour que soient prises les mesures d'application (68); le délai indiqué n'est pas alors de rigueur (69).

(64) « La responsabilité des collectivités peut être engagée, sur le terrain de la faute, il est vrai, envers les fonctionnaires à qui l'administration supérieure a fait des promesses ou donné des assurances qu'elle n'a pas tenues ... Une collectivité publique doit répondre des engagements qu'elle a pris » (concl. KAHN, C.E. fr., 27 janvier 1961, *Rec.*, p. 68).

(65) On ajoutera peut-être que la fonction exercée n'est pas d'ordre réglementaire mais organique. Y a-t-il place là pour une distinction supplémentaire?

(66) PH. MAYSTADT, *op. cit.*, p. 691.

(67) *Contra* PH. MAYSTADT, *ibidem*.

(68) R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Les Cours du droit 1970-1971, t. 1^{er}, p. 257 et suiv.

(69) L'indication d'un délai, note M. J. MASQUELIN (*op. cit.*, p. 6), « peut répondre à la volonté du législateur de ne pas voir l'application de la loi qu'il adopte retardée indéfiniment au gré de l'exécutif »; mais, c'est tout au plus, note-t-il, une « invitation » à agir. Il a simple valeur « indicative » note aussi M. J. MOREAU (« Dommages résultant de diverses fautes de l'Administration », *J. Cl. Adm.*, fasc. 721, n° 31).

Dans d'autres hypothèses, l'autorité publique est libre de choisir le moment pour agir. Sa responsabilité est-elle identique à celle de l'autorité qui connaît le délai — impératif ou comminatoire — dans lequel elle a à réglementer? Aucun engagement n'a été pris d'agir sans délai; mieux, l'autorité qui a pris la règle initiale comptait peut-être sur l'écoulement d'un laps de temps raisonnable entre la décision de principe et les mesures d'exécution.

La faute, en tout cas, n'est pas la même : dans la première hypothèse, il y a méconnaissance d'une norme particulière; dans la seconde, c'est la méconnaissance d'une obligation générale de prudence qui est reprochée (70).

Pour sa part, la Cour de cassation récuse expressément la distinction suggérée : « même dans les cas où aucun délai n'est prescrit au pouvoir exécutif par une disposition légale pour prendre un règlement », l'abstention d'agir peut donner lieu à réparation. La formule est particulièrement nette et ne semble pas prêter à discussion.

On s'interroge, cependant, sur la valeur d'une jurisprudence plus diversifiée. Dira-t-on que la mise en œuvre des distinctions que l'on rappelle aurait pour résultat de créer une mosaïque de régimes distincts de responsabilité pour les seules manifestations du pouvoir exécutif, certains confinant d'ailleurs à un régime d'irresponsabilité? Peut-être.

Mais, au moins la responsabilité ne devrait-elle pas être différemment appréciée en fonction de ces diverses hypothèses? La jurisprudence sera, à notre avis, appelée à formuler, dans ces différents domaines, une gamme de critères d'appréciation (71). Si le principe ne fait pas de doute, des nuances restent à trouver dans son application.

2. Le défaut d'agir.

Une particularité affecte l'exercice de la fonction de réglementer. L'autorité qui réglemente agit d'initiative; elle se décide elle-même à intervenir. Au minimum, elle a le choix du moment pour agir (72). Dans ce contexte, le défaut d'agir ne peut-il être à tout moment interprété comme l'expression de la volonté de l'autorité administrative, non pas de ne pas intervenir, mais de remettre cette intervention à plus tard? Dans le chef de l'autorité publique, l'abstention est-elle autre chose qu'un retard — volontaire ou involontaire — dans l'action (73)?

La décision formelle de ne pas réglementer, notamment de ne pas procurer une exécution à la loi, est sans doute répréhensible. Raisonnera-t-on de même pour une abstention de fait?

Une personne privée n'agit pas alors qu'elle a l'obligation de le faire : elle est en faute ou elle commet une négligence; son omission est répré-

(70) Voy. *infra*, p. 31.

(71) Ainsi, dans certains cas, la preuve d'une faute lourde ne devrait-elle pas être rapportée (comp. C.E. fr., 23 octobre 1959, *Doublet*, R.D.P., 1959, p. 1235, conclusions M. BERNARD, D., 1960, 191, note LAVROFF)?

(72) C. CAMBIER, *op. cit.*, t. Ier, p. 23.

(73) M. J.-M. AUBY parle, à plusieurs reprises, de la liberté qui autorise le pouvoir réglementaire à des « attermoissements » et à des « ménagements » (*op. cit.*, *ibid.*).

hensible. Mais une personne publique qui n'agit pas alors qu'elle avait l'obligation de le faire ne s'accorde-t-elle pas un temps de réflexion supplémentaire? Le délai qu'elle s'octroie ainsi n'est-il pas le résidu intangible de son pouvoir discrétionnaire?

La question mérite tout particulièrement d'être posée lorsque la décision à prendre relève de l'exercice de la fonction réglementaire. La maxime est bien connue : « On administre de près, on gouverne de loin ». Autant la fonction d'administrer gagne à être proche des circonstances, rapide, appropriée, immédiate, autant la fonction de réglementer doit-elle, en raison de la généralité des mesures qu'elle élabore, prendre ses distances vis-à-vis de ces mêmes réalités. A la limite, le défaut d'agir n'est-il pas, dans l'exercice de la fonction réglementaire, un indice de la qualité de l'action des pouvoirs publics?

A supposer même qu'une obligation d'agir existe et qu'un défaut soit constaté, ne faut-il pas, avec la doctrine majoritaire du droit administratif français du début du siècle, reconnaître que la responsabilité qui pourrait en résulter ne saurait, cependant, présenter qu'un caractère politique (74)? Raisonner autrement, c'est admettre implicitement que le pouvoir exécutif a l'obligation d'obéir aux ordres que lui donnent les Chambres législatives. Est-ce bien conforme aux principes qui gouvernent le régime parlementaire et ses institutions? N'est-ce pas la voie ouverte par le juge à l'organisation d'un régime d'assemblée (75)?

L'arrêt du 23 avril 1971 répond sans équivoque à cette question. Pour ce faire, il entend tirer les leçons de la jurisprudence amorcée par deux arrêts importants rendus par la Cour de cassation en 1963.

Le premier, l'arrêt du 7 mars 1963, est bien connu (76). Il se donne une justification qu'expriment bien les conclusions de M. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, alors avocat général : « L'acte de décision n'échappe pas, en raison de sa nature propre, au contrôle des tribunaux ; il peut, comme l'acte d'exécution, constituer un fait générateur de la responsabilité aquilienne ». Une conséquence en découle : les tribunaux ont, « au niveau des mesures d'exécution des obligations qui pèsent sur les pouvoirs publics, le pouvoir d'apprécier l'omission de l'administration » (77) et donc, comme le relève M. R. O. DALCQ, « l'opportunité de son action dans les limites des critères de prudence et de diligence que consacre l'article 1882 du Code civil » (78).

Le second, l'arrêt du 26 avril 1963, n'est pas moins célèbre (79). Ses attendus sont sans équivoque : « Les juges sont sans pouvoir pour apprécier

(74) Cette doctrine a été très complètement rappelée par MM. J.-M. AUBY (« L'obligation gouvernementale d'assurer l'existence des lois », *J.C.P.*, 1953, I, p. 1080), et D. G. LAVROFF (note sous C.E. fr., 23 octobre 1959, *Doublet, D.*, 1960, p. 191).

(75) J.-M. AUBY, *op. cit.*, *ibidem*.

(76) Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, I, p. 744 avec les conclusions de M. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

(77) Voy. CH. HUBERLANT, « Essai de délimitation de la compétence du Conseil d'Etat d'avec celle des cours et tribunaux au contentieux de l'indemnité », in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, t. III, p. 523.

(78) R. O. DALCQ, *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, t. III, p. 38.

(79) Cass., 26 avril 1963, *Pas.*, I, p. 905.

cier l'opportunité des décisions prises par l'Administration ; par contre, ils peuvent connaître de la légalité de ces décisions ». Et J. DABIN qui commente l'arrêt en termes pénétrants de noter : « La légalité ici en cause est l'obligation de prudence qu'imposent à l'Administration les articles 1382 et 1383 du Code civil ... Par conséquent, dans l'accomplissement de sa tâche *réglementaire*, l'Administration n'est point libérée de l'obligation de ne pas édicter de mesures imprudentes, susceptibles de porter atteinte aux droits civils des particuliers » (80).

La majeure et la mineure ainsi rappelées, le syllogisme ne trouve-t-il pas tout naturellement sa conclusion ? Les tribunaux se reconnaissent le pouvoir d'apprécier l'omission de l'Administration, non seulement lorsque celle-ci s'abstient de prendre des mesures individuelles, mais aussi lorsqu'elle omet de disposer par voie réglementaire.

La jurisprudence part d'un postulat : la règle de droit doit être respectée négativement ; comme dit le président ODENT, l'autorité publique ne peut pas s'abstenir ou refuser de faire ce que la loi, les règlements, les principes du droit lui imposent de faire (81). Les règles de prudence qu'impose ainsi la vie sociale touchent l'action comme l'omission des pouvoirs publics. Seul le critère de l'homme normalement prudent et avisé doit être appliqué et il peut l'être aussi bien en cas d'omission d'agir qu'en cas d'action fautive (82).

Encore faut-il savoir quand il y a obligation d'agir, en l'occurrence de réglementer.

Deux principes sont avancés en réponse à cette question.

Le premier. Le pouvoir exécutif n'a pas le droit de suspendre l'application de la loi ou d'une règle de droit de valeur hiérarchiquement supérieure. *A fortiori*, l'autorité publique n'a pas le droit de ne pas prendre les dispositions réglementaires indispensables pour que ces textes puissent entrer en application (83).

Encore faut-il que cette réglementation complémentaire soit indispensable et que le texte initial, clair et complet, ne suffise pas à régir les comportements. Tel n'était d'ailleurs pas le cas en l'espèce. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion en 1959, dans une affaire *Stabel*, de préciser qu'un arrêté royal était « *indispensable* pour pourvoir à l'exécution du statut relatif à la gratuité du logement de certains fonctionnaires » (cass., 23 janvier 1959, *Pas.*, I, p. 520).

Encore faut-il aussi que la norme initiale n'ait pas laissé au pouvoir exécutif un pouvoir discrétionnaire impliquant la liberté de ne pas agir. Seule une analyse cas pour cas permet de vérifier si l'autorité habilitante a bien laissé à l'autorité exécutante cette marge importante d'appré-

(80) J. DABIN, « La responsabilité de l'Administration dans l'exercice de la fonction réglementaire », *R.O.J.B.*, 1963, p. 119 et suiv.

(81) R. ODENT, *op. cit.*, fascicule 6, p. 1510.

(82) R. O. DALCQ, *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, p. 38.

(83) M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1969, t. I^{er}, p. 562, n° 1070, et p. 585, n° 1111 ; J. RIVERO, *op. cit.*, p. 262, n° 306.

ciation ; la terminologie employée sera souvent l'indice le plus sûr pour faire la preuve de cette intention (84).

En dehors de ces deux hypothèses, il y a obligation d'agir. En quoi consistera la faute ? Elle est conçue comme le manquement à une obligation préexistante qui découle directement des prescriptions d'une règle de droit ; la négligence, en particulier, se caractérise alors comme le manquement à l'obligation expresse et formelle d'agir. L'abstention est, en ce cas, *constitutive de faute* (85).

Un second principe complète, voire corrige, le premier. L'obligation d'agir peut ne pas constituer une obligation particulière qui résulte des termes mêmes d'une loi ou d'un règlement initial ; elle peut alors résulter d'une obligation générale qui découle du devoir de prudence qui pèse sur les pouvoirs publics.

Faut-il insister sur le fait que, dans ce second cas, le contrôle des cours et tribunaux ne peut se manifester avec le même automatisme ? L'abstention n'est plus constitutive de faute, mais elle peut être révélatrice d'une faute. La prudence doit être soupesée : elle a pu être, à un moment, de s'abstenir — l'abstention de réglementer aussi peut être signe de prudence (86) —, à un autre, de ne pas trop longtemps s'abstenir, à un autre encore, d'agir pour prévenir un danger... Dans chaque cas, la question doit être posée : « Quelle était la prudence requise ? » (87).

Cette appréciation peut être délicate, faut-il le souligner ?

L'Etat libéral faisait de l'abstention de l'Administration un dogme. Le propos passe aujourd'hui pour hérétique. L'Etat moderne fait, au contraire, à l'Administration une obligation d'agir. Ce postulat n'en rend souvent la décision que plus complexe à élaborer et plus difficile à prendre. Serait-il imprudent d'ajouter que, pour cette raison, la faute d'abstention n'incombe pas toujours à l'Administration ?

Un exemple, fondé sur une hypothèse simple, illustre le propos. Une loi fixe les principes ambitieux, voire utopiques, d'une réforme. Des règlements doivent en procurer l'exécution ; un calendrier est peut-être même assigné à l'action du pouvoir gouvernemental. Passé le moment d'euphorie de l'adoption de la loi, le pouvoir exécutif se rend compte que les moyens d'exécuter n'existent pas, que les réalités ont été mal appréciées, que les circonstances ont changé (88). Qui lui fera grief de ne pas réglementer pour assurer l'exécution de pareilles dispositions

(84) Sur la discussion de certaines de ces formules, voy. concl. F. DUMON, col. 1805 et suiv.

(85) Tel n'était pas le cas en l'espèce. La Cour de cassation a admis implicitement que l'arrêté royal de 1950 ne faisait pas au Ministre des communications une obligation formelle de réglementer ; il ne lui assignait pas non plus un délai pour agir.

(86) « Le refus d'exécution se justifie ... : il a quelquefois pour but de favoriser une exécution ultérieure » (J.-M. RAINAUD, *op. cit.*, p. 31).

(87) Comp. C. CAMBIER, note sous cass., 7 mars 1963, *J.T.*, p. 223, concl. W. J. GANS-HOF VAN DER MEERSCH.

(88) Le phénomène des lois mal faites et inapplicables a été, à plus d'une reprise, étudié depuis les observations de G. Ripert sur le déclin de la règle de droit. La sociologie juridique en fait même l'un des objets privilégiés de ses investigations. Mais, peut-on, pour autant, conclure du fait au droit ?

législatives (89)? C'est la loi qu'il faut alors réviser, objectera-t-on ; mais l'exécutif n'est pas compétent pour ce faire et le législateur entend peut-être ne pas se déjuger... Qui ne comprend que, dans ces conditions, la loi soit mise en veilleuse?

Comme le relevait M. JOSEPH-BARTHELÉMY dans une étude au titre significatif — « De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application » —, le pouvoir exécutif ne peut-il pas se demander « dans chaque espèce » quelle est la meilleure attitude à suivre (90)? Que dire d'un gouvernement qui se croirait obligé d'appliquer toutes les lois? ». Ce serait « un mauvais gouvernement », constatent laconiquement MM. JOSEPH-BARTHELÉMY et P. DUEZ (91).

Prétention abusive du pouvoir exécutif de vouloir défaire ce que le pouvoir législatif a entrepris, fera-t-on remarquer. Mais, en l'espèce, le défaut d'agir ne dérive-t-il pas plus simplement mais nécessairement de l'application que l'on a tenté de procurer à la loi et qui s'est révélée, dans les faits, impraticable? S'il y a dommage, n'est-il pas alors imputable au pouvoir législatif? La responsabilité du défaut d'agir — si responsabilité il y a — n'est-elle pas une responsabilité abusivement imputée à celui qui détient la fonction de réglementer? Ne faut-il pas craindre que la responsabilité de l'exécutant ne soit engagée qu'à défaut pour le juge de pouvoir atteindre le décideur, c'est-à-dire le législateur?

La complexité de l'action administrative ne rend-elle pas sur d'autres points encore l'appréciation des cours et tribunaux particulièrement délicate? D'une part, l'action du pouvoir exécutif se diversifie, compte tenu de la multiplicité des tâches, en un ensemble d'activités prises en charge par des départements ministériels. Une règle générale applicable à l'ensemble des services publics va-t-elle nécessairement requérir une réglementation particulière à tous et à chacun de ces départements? Et si la mesure d'exécution consiste à préciser le champ d'application d'une réglementation, exigera-t-on de certains départements ministériels qu'ils adoptent un règlement — le défaut d'agir ne pourrait alors être invoqué à leur encontre — pour constater au besoin qu'il n'y a pas lieu de réglementer et qu'aucun de leurs agents n'est et ne sera, compte tenu des particularités de ses fonctions, dans la situation de bénéficier des avantages consentis par la règle initiale? Le silence de l'autorité exécutive serait tout autant défendable.

Tel n'est, cependant, pas l'avis de M. l'avocat général DUMON qui tire argument de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière. La démonstration n'est pas tout à fait convaincante cependant. Dans ses arrêts *Aerden* (C.E., 7 mars 1968, *Rec.*, n° 12.858) et *Snellinckx* (C.E., 9 mai 1968, *Rec.*, n° 12.945), la haute juridiction administrative s'est, en effet, bornée à constater que les requérants avaient été déclarés bénéficiaires d'avantages en matière de pensions ; elle en a déduit que l'autorité

(89) Voy. G. VEDEL, *op. cit.*, p. 374 et 375. *Adde* M. GUIBAL, « Le retard des textes d'application des lois », *R.D.P.*, 1974, p. 1039 et suiv.

(90) JOSEPH-BARTHELÉMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1907, p. 305.

(91) Cités par J.-M. AUBY, *op. cit.*, p. 1080.

administrative était en défaut de préciser les modalités (fictions, présumptions, délais...) de calcul de cet avantage. Comment ne pas conclure qu'il y a bien « une obligation de réglementer » ? Les données de fait que le Conseil d'Etat a prises en considération sont, cependant, fondamentalement différentes de celles qui ont provoqué le cas de l'espèce. Dans une hypothèse, les bénéficiaires sont désignés ; dans l'autre, l'autorité publique se voit précisément reprocher de ne pas avoir délimité le champ d'application d'une réglementation et déterminé ainsi les bénéficiaires d'avantages pécuniaires (92). Les situations paraissent donc difficilement comparables.

D'autre part, l'action du pouvoir exécutif ne peut être appréciée en dehors de son contexte. A un moment où la conception statutaire du traitement et de ses avantages annexes est ébranlée par la mise en place de mécanismes de négociation collective (93), par la conclusion d'accords de programmation sociale, par l'insertion progressive de la fonction publique dans un régime commun de sécurité sociale, est-il légitime d'isoler soudainement un seul élément du statut pécuniaire des agents des services publics et de demander à l'autorité administrative de rendre compte de son abstention dans ce seul secteur ? Son silence est-il domageable et fautif alors qu'au même moment, et dans le cadre d'une négociation d'ensemble à laquelle la fonction publique n'échappe plus, des avantages équivalents ou supérieurs sont peut-être accordés par la voie d'une autre mesure réglementaire ? En d'autres termes, l'abstention du pouvoir exécutif sur un point n'est-elle pas compensée par une activité débordante sur un ensemble de points connexes ?

N'était-ce pas le cas en l'espèce ? Telle paraît être l'interprétation du Conseil d'Etat. Appelé en 1956 à se prononcer sur la régularité de dispositions insérées dans un arrêté royal du 27 janvier 1954 fixant les échelles des grades particuliers du Ministère des communications, il constate, en effet, que « l'interprétation normale à donner à la disposition litigieuse est donc que l'octroi des traitements prévus à l'échelle des différents grades de percepteur des postes couvre toutes les sujétions spéciales, y compris celle en rapport avec l'obligation de logement, et *dispense*, par conséquent, la partie adverse (le Ministère des communications) de préciser quels seraient les bureaux de perception dont les titulaires soumis à des sujétions spéciales en rapport avec l'obligation de logement devraient bénéficier *encore* de la gratuité du logement ».

Plus que l'annulation — pour vice de procédure — de l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 27 janvier 1954, c'est l'argumentation développée par le Conseil d'Etat qui doit retenir l'attention : la dispense d'exécuter un règlement originaire est implicitement admise et ce en raison de l'octroi d'avantages similaires (C.E., 12 janvier 1956, *Dallons, Rec.*, p. 17). Pour procurer exécution à une norme originaire, l'autorité publique n'a-t-elle pas le choix des moyens ?

(92) L'argument est d'autant plus exact que — on l'a souligné — le régime est dérogatoire au droit commun et constitue un régime de faveur (voy. *supra*, p. 9).

(93) Sur ce thème, M. WALINE, *op. cit.*, t. II, p. 78 et suiv.; A. PLANTEY, *Traité pratique de la fonction publique*, Paris, L.G.D.J., 1963, t. II, p. 452 et suiv.

3. *Le délai pour agir.*

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 19 juin 1967 a été censuré parce qu'il considérait que le pouvoir juridique ne peut *jamais* considérer que l'abstention en matière réglementaire est fautive et que le pouvoir exécutif arrête *librement* et *souverainement* les modalités d'exécution de son pouvoir réglementaire.

L'arrêt du 23 avril 1971, pour sa part, relève que l'abstention *peut* donner lieu à réparation. Comme on l'a souligné, c'est le manquement au devoir général de prudence qui est retenu à charge du pouvoir réglementaire. L'appréciation de l'imprudence est nuancée en fonction des hypothèses. Qui osera soutenir, en effet, que l'inertie de l'Administration est toujours systématique et procède, dans chaque cas, d'une volonté délibérée de mettre en échec ce qu'avait voulu le législateur? L'affirmation serait injuste et diffamatoire (94). Dans l'appréciation de l'inaction de l'Administration, il y a lieu, en premier ordre, de tenir compte du délai mis par l'autorité publique à agir.

Le pourvoi introduit contre l'arrêt du 19 juin 1967 le relève : ce qui est en cause, c'est « l'abstention systématique, pendant dix ans, d'exercer un pouvoir » (95) ; ce qui est reproché à l'autorité publique c'est d'avoir omis d'exercer son pouvoir pendant une période « déraisonnablement longue » et, pour tout dire, de nature à se prolonger « indéfiniment ».

C'est sur ce point que l'appréciation du juge de fait va se révéler la plus nuancée et — comment ne pas le constater? — la plus délicate. Qu'est-ce qu'un délai raisonnable? L'appréciation doit être nuancée ! Le raisonnable est apprécié selon chaque cas d'espèce ; la faute de la victime, celle d'un tiers, le cas de force majeure..., ne peuvent manquer d'influer sur la longueur des délais qui seront pris en considération et tolérés.

L'appréciation est délicate ! Car, comme l'observe M. J. MOREAU, lorsqu'une juridiction décide qu'au-delà d'un délai raisonnable, le retard d'un service est constitutif de faute, « il mesure par là même le seuil d'inertie des structures administratives qu'il juge acceptable » (96). L'appréciation qu'elle exerce en l'espèce conduit à un véritable contrôle de « moralité » (97). Sans doute — et l'avocat général DUMON entend, dans ses conclusions, le relever de façon ferme et pertinente — les cours et tribunaux n'ont pas à se prononcer sur le délai dans lequel un règlement doit être pris. Ils doivent se borner à constater que les pouvoirs publics sont en défaut d'agir et qu'aucune cause extérieure ne vient justifier leur retard ; ils déterminent seulement quels sont « les effets de l'expiration de ce délai raisonnable » (C.E., 19 juin 1968, *R.J.D.A.*, 1969, p. 148). Il y a lieu, en particulier, en matière réglementaire, de permettre à l'autorité publique d'apporter les justifications de son abstention, de

(94) M. WALINE, *op. cit.*, p. 1079.

(95) Sur un « refus systématique d'exécuter » voy. aussi M. WALINE, note sous C.E. fr., 24 juillet 1936, *Syndicat général de défense des grands vins de la Côte d'Or*, D., 1937, III, p. 41, concl. LAGRANGE.

(96) J. MOREAU, *op. cit.*, n° 4.

(97) Concl. KAHN sous C.E. fr., 27 janvier 1961, *Rec.*, p. 68.

l'autoriser à faire valoir les causes extérieures qui ont pu entraver son activité ou légitimer son retard (98).

Peut-être y a-t-il lieu aussi, dans l'appréciation des délais mis par le pouvoir à agir, de tenir compte de l'existence des démarches que la personne lésée a accomplies pour attirer l'attention de l'autorité compétente sur la nécessité de réglementer (99). La négligence des pouvoirs publics ne justifie pas la négligence des administrés et des agents publics...

Peut-être aussi la jurisprudence pourrait-elle demander que soit apportée la preuve de ce que l'autorité habilitée à réglementer n'a pas donné suite à ces sollicitations : c'est sa décision implicite — plutôt que son abstention de fait — qu'il s'agirait alors d'apprécier (100).

Peut-être encore le législateur devrait-il aménager un véritable « recours en carence », analogue à celui que connaît le droit des Communautés européennes (101), qui permettrait à la personne lésée par un retard ou une négligence des pouvoirs publics d'inviter ceux-ci à agir et, dans leur silence, de saisir un juge pour faire constater la faute commise. On objectera que la jurisprudence que peut susciter l'arrêt du 23 avril 1971 peut conduire aux mêmes résultats : la mise en place d'une procédure réglée aurait, cependant, l'avantage de mettre en demeure l'autorité publique appelée à réglementer et d'éviter toute mesure de surprise (102).

Pouvait-on, en l'espèce, parler d'une abstention systématique d'agir pendant dix ans et d'écoulement d'un délai déraisonnable?

Il paraît exagéré de dénoncer l'abstention systématique du pouvoir réglementaire dans l'application qu'il avait à procurer à l'arrêté royal. C'est dans un cas et pour un département ministériel que cette abstention a été observée (103). L'argumentation que l'on dégage de cette

(98) Ne faut-il pas rappeler à cet égard que l'abstention et le retard peuvent être occasionnés par les procédés — si légitimes soient-ils — de l'administration consultative? La lenteur et l'inactivité des commissions sont devenues proverbiales, note M. MARCEL WALINE (« La mise en veilleuse des lois par l'inertie du pouvoir réglementaire », *R.D.P.*, 1968, p. 1080), qui constate encore qu'« on doit consulter, dans l'Administration ou en dehors d'elle, un nombre toujours croissant de groupements intéressés ou compétents » (*ibid.*). Mais, il n'est pas question, note M. J. DABIN, d'exonérer l'Administration de sa faute légère si minime soit-elle ou encore d'adopter pour l'appréciation de la faute un étalon différent de celui dont on use pour les particuliers (*op. cit.*, p. 126).

(99) M. WALINE, « L'autorité de police excède-t-elle ses pouvoirs en refusant de prendre un règlement? », note sous C.E. fr., 23 octobre 1959, *Doublet*, *R.D.P.*, 1960, p. 892. Il va de soi que les démarches prises en considération pourraient être tantôt individuelles, tantôt collectives.

(100) Comp. J. VIVEZ, note sous C.E. fr., 24 juin 1966, *Union de la production et du commerce des vins et eaux de vie d'Alsace*, *J.C.P.*, 1967, II, n° 15028.

(101) Voy., par exemple, R. WOLF, « Le recours en carence dans le droit des Communautés européennes », *R.M.C.*, 1966, p. 111.

(102) Comp. l'article 14, al. 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Mais la mise en œuvre de cette disposition suppose que l'autorité administrative soit « tenue de statuer ». La jurisprudence administrative considérera-t-elle qu'il y a obligation de statuer pour des impératifs de prudence (*supra*, p. 31. Voy. également J. DABIN, *op. cit.*, p. 124)?

L'article 175 du traité C.E.E. prévoit également que le recours en carence n'est organisé que dans l'hypothèse d'une abstention « en violation du présent traité ».

(103) Pour la période 1950 à 1959, voy. par exemple A.R. 20 juin 1952 (Ministère

constatation est d'ailleurs à double tranchant : d'aucuns y verront la preuve de ce que la négligence du pouvoir réglementaire n'est pas avérée puisque plus d'une dizaine d'arrêtés royaux ont réglé la matière en dix ans ; d'autres y trouveront une preuve supplémentaire de négligence dans le chef des titulaires du pouvoir réglementaire qui, déterminant les normes applicables dans plusieurs départements, n'ont pas jugé utile d'adopter des règles similaires au Ministère des communications. Ces arguments seront examinés par le juge du renvoi.

Il paraît plus certain de mettre en cause le délai déraisonnable : vingt ans n'ont pas suffi pour procurer exécution à l'arrêté royal de 1950. A supposer donc qu'il y ait obligation d'agir (104), l'écoulement d'un délai de dix, puis de vingt ans, pouvait donc, sans conteste, être apprécié comme révélateur d'une négligence dans le chef du pouvoir exécutif.

CONCLUSION.

Dans l'Etat moderne, le pouvoir dit exécutif a mission d'agir.

Mais — qui le contestera ? — cette mission change.

La mission change, d'abord, dans son objet. Le pouvoir exécutif n'a plus seulement pour tâche l'exécution de la loi. Ce n'est pas à dire que, sans instructions, sans délais, sans obligations impératives du législateur, le pouvoir exécutif soit entièrement libre d'agir et jouisse de l'impunité dans l'exercice de ses activités. L'arrêt annoté rappelle opportunément qu'il n'en est rien : un devoir de prudence s'impose en toutes circonstances.

La mission change, ensuite, dans ses méthodes et dans ses moyens d'action. Le pouvoir exécutif administre ; il réglemente aussi. Et ces activités ont tendance, en se multipliant, à se diversifier. L'arrêté royal portant exécution d'une loi n'est, parmi bien d'autres, que l'une des manifestations du pouvoir réglementaire. Des distinctions paraissent à cet égard devoir être pratiquées et nuancent l'affirmation d'un principe général de responsabilité. L'arrêt annoté, à notre estime, les passe trop sous silence.

La mission change, enfin, dans ses caractéristiques les plus essentielles. Le pouvoir exécutif avait coutume d'échelonner son action dans le temps sous le signe de la durée, de la permanence, de la continuité. Mais ces attributs ne lui permettent pas, dans un monde en changement, de remettre indéfiniment son action à demain. On ne construit pas la société

de l'agriculture), A.R. 3 juillet 1952 modifié par les A.R. des 15 février 1954, 7 janvier 1956, 18 septembre 1958 (Ministère de la défense nationale), A.R. 14 mai 1952, modifié par l'A.R. 24 février 1953 et abrogé par l'A.R. 13 mars 1954 modifié par les A.R. des 17 janvier 1957 et 26 janvier 1959 (Ministère de la justice), A.R. 4 novembre 1953 (Ministère des finances), A.R. 15 février 1957 modifié par les A.R. des 15 avril 1958 et 15 janvier 1959 (Ministère de la santé publique).

(104) Voy. cependant p. 35.

nouvelle au détriment des contingences d'un présent trop actuel. L'arrêt annoté rappelle opportunément qu'il y a un délai raisonnable pour agir.

En somme, l'arrêt du 23 avril 1971 rend compte d'une nouvelle philosophie de l'action des pouvoirs publics.

FRANCIS DELPÉRÉE,

CHARGÉ DE COURS A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN.

