

CHAPITRE I^{er}

LES POUVOIRS DU JUGE JUDICIAIRE À L'ÉGARD DE L'ADMINISTRATION : LE POUVOIR D'INJONCTION ET LA RÉPARATION EN NATURE

PAR

BENOIT JADOT

AUDITEUR ADJOINT AU CONSEIL D'ÉTAT,
ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

1. — Quel juge judiciaire saisi d'une action dirigée contre l'administration n'est pas pris par la crainte de porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ?

Sa crainte s'accroît sans doute lorsque, appelé à condamner l'administration, il lui appartient de déterminer l'objet de la condamnation.

Ainsi, saisi d'une action en responsabilité, peut-il ordonner la réparation en nature du dommage causé par l'administration et notamment prescrire à celle-ci de prendre les mesures destinées à faire cesser l'état de choses qui a causé le préjudice ?

De manière plus générale, le juge judiciaire peut-il adresser des injonctions (1) à l'administration ? La question se pose avec une acuité toute particulière au juge des référés, si sollicité aujourd'hui.

(1) Pour l'examen du problème qui nous intéresse, à la suite de l'avocat général J. VELU, nous entendrons la notion d'« injonctions » au sens restreint des injonctions de jugement par opposition aux injonctions de procédure, qui recouvrent les ordres que le juge est susceptible d'adresser aux parties au cours de l'instruction du litige. Parmi les injonctions de jugement, nous écarterons la condamnation au paiement d'une somme d'argent, dont la mise à charge de l'administration ne souffre pas de difficultés de principe. Les injonctions qui retiendront notre attention couvrent ainsi l'obligation d'accomplir un acte, d'adopter un comportement, de procéder à une opération matérielle déterminée ou de s'abstenir (J. VELU, concl. avant Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, pp. 1342 et sv., p. 1344).

Depuis quelques années, la jurisprudence de la Cour de cassation, suivant en cela l'enseignement d'une doctrine convaincante, donne à ces questions des réponses susceptibles d'atténuer la timidité du juge judiciaire. Nous allons rappeler les éléments de cette jurisprudence et les raisons pour lesquelles, quant au principe, le juge ne doit craindre ni d'ordonner la réparation en nature en cas de dommage causé par l'administration ni, de manière générale, d'adresser à celle-ci des injonctions. Mais le juge ne peut se laisser emporter par l'euphorie de la « libération jurisprudentielle » amenée par la Cour de cassation : ses pouvoirs rencontrent aussi des limites.

SECTION I^{re}. — LA RECONNAISSANCE DES POUVOIRS DU JUGE

2. — Jusqu'il n'y a guère, il était bien souvent enseigné que le juge judiciaire ne pouvait adresser d'injonctions à l'administration (2) : le contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics paraissait avoir pour seul objet l'obtention d'une réparation pécuniaire ; le juge ne s'aventurerait pas à prononcer d'ordres à charge de l'administration, s'agissant notamment d'ordonner la suspension de l'exécution d'actes administratifs (3).

Certes, même sur ces principes, la jurisprudence ne semble pas avoir été toujours aussi ferme qu'on l'a présentée (4). En outre, il a plusieurs fois été recouru à la notion de voie de fait pour justifier un tempérament aux principes : en cas d'illégalité flagrante commise par l'administration, le juge pourrait faire usage à son égard du pouvoir d'injonction (5). Mais l'enseignement de base était celui qui a été rappelé.

(2) Sur l'exposé de l'enseignement traditionnel, voy. notamment, souvent dans un sens critique : C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, Larcier, t. I^{er}, 1961, pp. 193 et sv. ; J. VELU, concl. citées avant Cass., 26 juin 1980 ; M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruylant, t. I^{er}, 1989, n° 233 et sv.

(3) Cass., 19 décembre 1935, *Pas.*, 1936, I, p. 94.

(4) Voy. le relevé de jurisprudence fait par J. VELU, *op. cit.*, pp. 1345 et sv. Comme l'écrivit C. CAMBIER, souvent les cours et tribunaux prononcent des injonctions « dans le moment même où, à en croire les formules qui voilent leur pensée, ils contestent en avoir le moyen » (*op. cit.*, p. 206).

(5) Voy. notamment Réf. Namur, 11 septembre 1956, confirmé par Liège, 18 décembre 1956, *J.T.*, 1958, p. 148, note C. CAMBIER.

La prohibition de l'injonction proviendrait, selon cet enseignement, de l'idée selon laquelle les cours et tribunaux ne peuvent porter de jugement sur l'opportunité des mesures prises par l'administration : ce serait accomplir des actes relevant de la compétence de la seule administration que de lui adresser des injonctions.

L'article 107 de la Constitution était appelé à la rescousse : disposant que « les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois », ne doit-il pas être compris comme permettant seulement au juge de refuser d'appliquer un acte administratif illégal et non de le censurer directement et positivement ?

3. — L'enseignement traditionnel n'a pas manqué de soulever des objections, développées en doctrine, dès avant que la jurisprudence de la Cour de cassation n'y fasse un sort (6).

Ainsi, il est souligné que, si le juge ne peut contrôler les appréciations faites en opportunité par l'administration et ainsi agir en ses lieu et place, ceci lui interdit de se substituer à l'administration, mais non de lui adresser des ordres. Il n'y a pas atteinte à la séparation des pouvoirs lorsque le juge, faisant usage de la capacité de commandement inhérente à sa fonction, ordonne à l'administration ce que la loi exige. Dans notre régime constitutionnel, les gouvernants sont soumis au droit et donc aux procédures juridictionnelles permettant de faire respecter la légalité. Le principe de la séparation des pouvoirs, loin d'opérer une division paralysante entre ceux-ci, doit s'analyser notamment comme un titre habilitant le juge, dans les limites de ses fonctions, à arrêter le pouvoir exécutif lorsque celui-ci ne respecte pas les règles qui lui sont imparties (7). L'article 107 de la Constitution doit se lire à la lumière de ces

(6) Voy. C. CAMBIER, « Principes du contentieux administratif », *op. cit.*, t. I^{er}, pp. 193 et sv. ; F. DE VISSCHERE, « Gaat de burgerlijke rechtspraak naar een ruimere interpretatie van artikel 107 van de Grondwet ? » *T.B.P.*, 1960, pp. 319 et sv. ; J. DELVA, « Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscollèges », *T.P.R.*, 1968, pp. 383 et sv. ; L.-P. SUTENS, « De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter », *Mél. Ganshof van der Meersch*, t. III, Bruylant, 1972, pp. 673 et sv. ; M.A. FLAMME, « Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration », *J.T.*, 1972, pp. 417 et sv. et 439 et sv.

(7) Voy. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. avant Cass., 3 mai 1974, *J.T.*, 1974, p. 567.

principes et ne peut donc être interprété dans le sens restrictif qui a pu lui être attribué.

4. — Dans son arrêt du 26 juin 1980 (8), la Cour de cassation a pu se prononcer nettement sur le pouvoir du juge d'ordonner à l'administration de réparer en nature le dommage qu'elle a causé. Rappelant la règle selon laquelle la victime d'un dommage résultant d'un acte illicite a le droit d'en exiger la réparation en nature et précisant que le pouvoir du juge d'ordonner celle-ci comporte le pouvoir de prescrire à l'auteur du dommage les mesures destinées à faire cesser l'état de choses qui cause le préjudice (9), la Cour applique ces principes au cas où l'auteur du dommage est une administration :

« Attendu que n'échappe pas à l'application de cette règle, l'autorité administrative qui par un acte illicite porte atteinte aux droits civils d'une personne et lui cause de ce fait un dommage ;

» Que les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à cette autorité, lorsqu'aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable ;

» Qu'ainsi en condamnant le demandeur à supprimer le débordement, sur le terrain des défendeurs, de la corniche et des aérateurs et les vues droites pour mettre celles-ci en conformité aux articles 676, 677 et 678 du Code civil, le jugement ne viole ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles visées dans le moyen ; »

Quelques décisions de juridiction de fond ont, depuis lors, fait écho à cette jurisprudence, au contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics (10).

5. — Le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration allait encore être consacré dans la jurispru-

(8) *Pas.*, 1980, I, p. 1341, concl. avoc. gén. J. VELU ; *A.P.T.*, 1981, p. 127, note D. DEOM ; *R.C.J.B.*, 1983, p. 173, note F. DELPÉRÉE. Voy. aussi F. DE VISSCHER, « Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration », *J.T.*, 1981, pp. 682 et sv. ; H. BOCKEN, « Herstel in natura en rechtelijk bevel of verbod », *Lib. amic. J. Ronse*, Story-Scientia, 1986, pp. 493 et sv.

(9) Sur cette précision, voy. spécialement H. BOCKEN, *op. cit.*, pp. 500 et sv.

(10) Voy. Civ. Nivelles, 29 avril 1981, *R.G.A.R.*, 1983, n° 10.636, confirmé sur ce point par Bruxelles, 18 janvier 1984, *Entr. dr.*, 1984, p. 301, note M.A. FLAMME ; Bruxelles, 23 novembre 1982, *R.W.*, 1984-1985, col. 2830, note ; J.-P. St Gilles, 27 décembre 1983, *J.J.P.*, 1985, p. 275 ; civ. Bruxelles, 28 juin 1984, *R.G.A.R.*, 1985, n° 10.962 ; Mons, 21 mai 1986, *J.T.*, 1986, p. 564 ; J. P. Lens, 27 mai 1986, *Amén.*, 1987, p. 52 ; Bruxelles, 5 juin 1986, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.261 ; Civ. Namur, 2 décembre 1986, *Rev. rég. dr.*, 1987, p. 199 ; Civ. Bruxelles, 12 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1265.

dence de la Cour de cassation relative aux pouvoirs du juge des référés en matière administrative. Si la Cour rappelle que, comme tout juge judiciaire, le juge des référés ne peut s'immiscer dans les attributions du pouvoir exécutif, elle précise que tel n'est pas le cas lorsque le juge des référés prescrit les mesures nécessaires aux fins de prévenir ou de faire cesser une atteinte paraissant portée fautivement par l'autorité à des droits subjectifs (11). Ce faisant, le juge des référés préserve d'ailleurs la possibilité de réparer en nature une telle atteinte.

Faut-il rappeler que les juges de référés ne manquent pas de faire usage d'un tel pouvoir (12) ?

6. — La jurisprudence — spécialement celle de la Cour de cassation — paraît considérer que la reconnaissance au juge judiciaire du pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration tient à la mission de protection des droits subjectifs que lui attribuent les articles 92 et 93 de la Constitution. Il est vrai que, dans bon nombre de cas, ce sont des atteintes ou des menaces à de tels droits qui provoquent l'intervention du juge judiciaire. Ce n'est toutefois pas toujours le cas : la jurisprudence montre que la lésion d'un simple intérêt légitime suffit à attester l'existence d'un dommage réparable (13). La titularité d'un droit subjectif n'est donc pas une condition nécessaire pour obtenir du juge judiciaire qu'il prononce une injonction à charge de l'administration (14).

Le pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration, et notamment celui de prononcer à sa charge la réparation en nature, sont ainsi reconnus en principe au juge judiciaire. Mais le principe est loin d'être absolu. Il nous faut évoquer à pré-

(11) Cass., 21 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 251 ; 21 mars 1985, *J.T.*, 1985, p. 697, concl. avoc. gén. J. VELU.

(12) Sur des aperçus généraux et récents en la matière, voy. dans l'ouvrage intitulé *L'administration face à ses juges*, éd. Jeune Barreau de Liège, 1987, les contributions de D. LAGASSE, « Le contrôle du pouvoir 'discrétaire' de l'administration par le juge », pp. 109 et sv., n° 37 et sv. ; Cl. DOYEN, « Le référé et l'administration : exposé de la jurisprudence », pp. 171 et sv. ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Le référé administratif : une institution en sursis ? », pp. 191 et sv. Voy. aussi D. LAGASSE, *L'intervention du juge en droit administratif*, D.A.O.R., 1989, n° 10, pp. 73 et sv. ; Cl. DOYEN, « Le recours en référé comme procédure d'urgence dans le contentieux administratif », note sous Réf. Liège, 14 novembre 1984, *Ann. dr. Liège*, 1989, pp. 270 et sv.

(13) Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25 et 22 décembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 490.

(14) Voy. les concl. de l'avoc. gén. J. VELU avant Cass., 26 juin 1980, *op. cit.*, p. 1356, note 67.

sent les limites qui assortissent les pouvoirs du juge judiciaire en la matière.

SECTION II. — LES LIMITES DES POUVOIRS DU JUGE

§ 1^{er}. — *Les limites découlant de l'application du droit commun*

7. — L'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1980 rappelle les principes que doit respecter tout juge saisi d'une demande de réparation d'un dommage en nature : il faut que cette forme de réparation soit possible (15) et qu'elle ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit (16). L'enseignement peut, nous semble-t-il, être étendu à toute forme d'injonction judiciaire.

Ces principes valent pour l'administration comme pour toute autre personne condamnée par le juge.

8. — Le juge s'abstiendra de prononcer une injonction dont l'exécution est matériellement ou moralement impossible. L'« impossibilité morale » n'est à retenir que dans l'hypothèse où l'injonction peut seulement être exécutée par l'administration condamnée et où celle-ci s'y refuse (17). Notons qu'en vertu des principes généraux, l'administration ne pourrait refuser d'exécuter une injonction qu'en se fondant sur des motifs légalement admissibles. Dans un arrêt qui n'a pas convaincu tout le monde (18), la Cour d'appel de Mons a considéré que, « compte tenu du minimum de confiance et d'entente qui doit exister entre un chef et ses subordonnés, la réintégration forcée (d'un agent communal) après plusieurs années de mésentente profonde apparaît moralement impossible » (19).

9. — Dans quelle mesure une injonction prononcée à charge de l'administration peut-elle être constitutive d'abus de

(15) Voy. Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 538.

(16) Voy. Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28, note W.G.

(17) R.O. DALCQ, « Traité de la responsabilité civile », in *Les Nouvelles — droit civil*, t. V, vol. II, n° 4161 et sv.

(18) R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, « Examen de jurisprudence (1980 à 1986) — la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 391 et sv., n° 78.

(19) Mons, 21 mai 1986, *J.T.*, 1986, p. 654.

droit ? Précisons d'abord que, dans la logique de la thèse selon laquelle le juge ne porte pas atteinte à la séparation des pouvoirs en adressant un ordre à l'administration, l'on ne peut considérer comme constitutif d'abus de droit le seul fait de prononcer un tel ordre (20). Par contre, le juge sera particulièrement attentif aux nécessités de l'intérêt public auquel doit pourvoir l'administration à laquelle il entend adresser un ordre : nous reviendrons plus loin sur cette idée qui peut, certes, être rattachée à la théorie de l'abus de droit (21), mais nous semble plus sûrement liée aux règles propres au droit administratif (22) (23).

10. — Enfin, il convient de rappeler la controverse, fort agitée en droit commun, portant sur la question de savoir si le juge saisi d'une action en responsabilité sans faute peut ordonner des mesures conduisant à la suppression de l'activité génératrice du dommage : selon les uns, l'absence de faute postule la légitimité de l'action du responsable et empêche ainsi la réparation en nature (24) ; pour d'autres, cette légitimité ne peut être absolue et il ne peut être dénié au juge d'ordonner la réparation la plus adéquate (25). Pour les pouvoirs publics, la question se pose tout particulièrement lorsqu'ils encourent une responsabilité sans faute en cas de dommages de travaux publics. Mais, dans ce cas, ne faut-il pas tenir compte des particularités que présentent la source du dommage — l'exécution d'un travail public — et le régime juridique à y appliquer (26) ? Sont ici en jeu les spécificités de l'action administrative, que nous abordons à présent.

(20) En ce sens, les conclusions citées de l'avocat général J. VELU avant Cass., 26 juin 1980, *op. cit.*, p. 1356, note 68 ; F. DE VISSCHER, *op. cit.*, n° 5.

(21) D. DÉOM, *op. cit.*, pp. 128-129.

(22) *Infra*, n° 12.

(23) Notons encore que, dans son arrêt cité du 21 mai 1986, la Cour d'appel de Mons a, pour justifier son refus d'ordonner la réintégration d'un agent communal révoqué, affirmé qu'une telle mesure ne pouvait être considérée comme une mesure de réparation « nécessaire », le paiement de dommages-intérêts devant être tenu comme satisfaisant. Voy. la critique de R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 78.

(24) J.L. FAGNART, note sous Liège, 8 mai 1972, *Entr. dr.*, 1978, pp. 324 et sv. ; H. BOCKEN, *op. cit.*, n° 19. Voy. Réf. Bruxelles, 5 juill. 1979, *J.T.*, 1980, p. 413.

(25) Voy. J. HANSENNE, « Le point sur la théorie des troubles de voisinage », *Ann. Fac. dr. Lg.*, 1985, pp. 141 et sv., n° 25, et « Examen de jurisprudence (1982 à 1988) — les biens », *R.C.J.B.*, 1990, pp. 285 et sv., n° 59.

(26) M. PAQUES et A. ALLARD, « La responsabilité de l'administration pour dommages de travaux publics, spécificité ? », in *L'administration face à ses juges*, éd. Jeune Barreau Liège, 1987, pp. 65 et sv., pp. 95-96.

§ 2. — *Les limites tenant aux spécificités
de l'action administrative*

11. — Si le principe du pouvoir du juge d'adresser des injonctions à l'administration ne souffre plus, aujourd'hui, de contestation justifiée par la séparation des pouvoirs, ceci ne signifie pas que toute injonction soit admissible : l'avocat général J. Velu, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1980, et les commentateurs de cet arrêt (27) ont, à juste titre, souligné qu'en prononçant des injonctions à charge de l'administration, le juge devait sauvegarder l'ordre des compétences et ne pouvait se substituer à celle-ci (28) (29).

C'est que, tout particulièrement, il faut tenir compte du pouvoir discrétionnaire dont, dans les limites fixées par la loi, l'autorité jouit dans l'exercice de ses missions : il n'appartient pas au juge de s'ingérer dans les appréciations en opportunité que l'administration est appelée à porter. En d'autres termes, le juge ne peut prononcer d'injonction que si et dans la mesure où, en la matière, la loi lie la compétence de l'administration, ne lui laisse aucun pouvoir discrétionnaire (30).

Ainsi, la séparation des pouvoirs ne fait pas obstacle à ce qu'un juge ordonne à une commune d'inscrire un ressortissant étranger dans ses registres, dans la mesure où la tenue de ceux-ci n'exige aucune décision d'opportunité (31) ; condamne

(27) Voy. les contributions de D. DÉOM, *op. cit.*, pp. 130-131 ; F. DE VISSCHER, *op. cit.*, n° 5 et F. DELPÉRÉE, *op. cit.*, n° 16. Voy. aussi P. LEWALLE, « La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge — antécédents et perspectives », in *L'administration face à ses juges*, *op. cit.*, pp. 3 et sv., pp. 33 et sv. ; M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruylant, t. II, 1989, n° 250.

(28) Si le juge peut adresser à l'administration l'ordre de prendre les mesures requises par la loi, il ne peut s'y substituer en prenant de telles mesures à sa place : Bruxelles, 23 novembre 1982, *R.W.*, 1984-1985, col. 2830, note.

(29) Le juge ne peut davantage substituer des tiers à l'administration dans l'exécution des condamnations que celle-ci encourt : il méconnaîtrait, en effet, la règle selon laquelle les biens d'une personne publique ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution forcée (Cass., 26 juin 1980).

(30) Il est souvent affirmé que la réparation en nature ne peut être ordonnée que lorsque l'administration a méconnu un droit subjectif. L'idée est exacte dans beaucoup de cas. Mais on ne peut exclure que le titulaire d'un simple intérêt légitime obtienne que l'administration soit condamnée à la réparation en nature, dans un cas où elle a compétence liée.

(31) Réf. Liège, 6 mai 1983, *J.L.*, 1983, p. 294 ; J.P. St Gilles, 27 décembre 1983, *J.J.P.*, 1985, p. 275 ; Bruxelles, 30 septembre 1986, *R.D.E.*, 1987, p. 24 ; Réf. Nivelles, 5 janvier 1988, *R.D.E.*, 1988, p. 66.

l'Etat à accorder une promotion à un agent qui établit y avoir droit (32) ; ordonne à l'autorité de prendre les mesures nécessaires pour permettre à l'un de ses agents d'exercer son droit de se porter candidat à un emploi déclaré vacant et pour examiner sa candidature (33).

Par contre, le juge ne peut condamner une administration à nommer une personne déterminée à un emploi, si celle-ci ne peut établir y avoir droit (34). De même se gardera-t-il d'ordonner la réintégration d'un agent révoqué illégalement, si du moins la nature de l'illégalité commise — par exemple un vice de forme susceptible d'être couvert — n'empêche pas l'administration de reprendre régulièrement la décision de révocation (35).

Ceci nous amène à affirmer que, dans le cas où la responsabilité d'une autorité est engagée en raison d'une irrégularité de l'une de ses décisions, il convient d'être circonspect : si l'irrégularité commise peut être couverte en manière telle que la décision initiale peut être régulièrement reprise, le juge évitera d'ordonner des mesures tendant à supprimer la cause du dommage (36) ; par contre, la même circonspection ne s'impose pas quand la décision litigieuse ne peut plus être prise. Le juge judiciaire est ainsi invité à se pénétrer des principes de l'une des matières les plus complexes du contentieux administratif, la correction des actes administratifs irréguliers (37).

Les principes ici dégagés doivent aussi, à notre sens, s'appliquer aux pouvoirs du juge des référés à l'égard de l'administration : ce juge hésitera à suspendre l'exécution d'un acte administratif si la nature de l'irrégularité qui vicie apparem-

(32) Civ. Bruxelles, 28 juin 1984, *R.G.A.R.*, 1985, n° 10.962.

(33) Bruxelles, 5 juin 1986, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.261.

(34) *Ibid.*

(35) P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 35.

(36) En ce cas, on peut même se demander si ne fait pas défaut le lien de causalité requis entre la faute et le dommage. En ce sens, à propos d'une moins-value foncière due à l'adoption d'un plan d'aménagement, la Cour d'appel de Bruxelles a, dans un arrêt du 11 février 1987, considéré que « la faute de l'administration, qui consiste non pas à avoir classé le terrain litigieux en zone agricole, mais à ne pas avoir motivé expressément cet acte, ne présente pas de rapport causal avec le dommage invoqué » (*Amén.*, 1987, p. 74).

(37) Voy. J. SALMON, Conseil d'Etat, Bruylant, 1987, pp. 319 et sv.

ment celui-ci n'empêche pas, ultérieurement, une régularisation (38).

Précisons que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'administration n'empêche pas de manière absolue le juge de lui adresser une injonction. Celle-ci peut porter sur le seul principe d'un comportement à adopter, l'administration condamnée en déterminant les modalités d'exécution. Ainsi une commune a-t-elle pu se voir enjoindre de « prendre les mesures nécessaires pour faire cesser la pollution d'un ruisseau », sans que ces mesures — dont la détermination relève de son pouvoir discrétionnaire — ne soient définies par le juge (39).

12. — D'autres règles déduites de la spécificité de l'action administrative ne viennent-elles pas limiter le pouvoir d'injonction reconnu en principe au juge ?

Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1980, M. l'avocat général J. Velu s'est demandé si l'ordre donné à l'administration, de réparer un dommage en nature ne méconnaissait pas en lui-même le principe de la continuité du service public, lorsque les travaux ordonnés sont relatifs à des biens de l'Etat que celui-ci affecte à un service public. Sa réponse est négative :

« Ce principe fait obstacle à ce qu'un tel ordre puisse donner lieu à des mesures d'exécution forcée. Mais, logiquement et chronologiquement, l'ordre de rétablir dans ses droits la victime de l'acte illicite de l'administration se distingue de l'exécution de cet ordre, laquelle se situe à un moment différent dans le temps. Il suffit, pour qu'il soit satisfait aux exigences du principe de la continuité du service public, que les mesures d'exécution forcée d'un tel ordre soient prohibées. Ces exigences ne vont pas jusqu'à impliquer la prohibition de l'ordre lui-même » (40).

La distinction ainsi faite ne nous convainc pas entièrement. Admettra-t-on qu'en application d'une condamnation judiciaire inspirée par le souci de protéger des intérêts privés — le

(38) Voy. notre note d'observation, intitulée « Le sursis à exécution des actes administratifs, ordonné par le juge des référés : une jurisprudence sans limites ? », sous Réf. Neufchâteau, 2 septembre 1987 et C.E., A.S.B.L. Belcamp et cons., n° 28.906, 25 novembre 1987, *Rev. rég. dr.*, 1988, pp. 221 et sv., pp. 226 et sv. Voy. encore Bruxelles, 25 mars 1988, *J.T.*, 1989, p. 6 et Réf. Liège, 25 avril 1990, *Amén. Env.*, 1990, p. 171.

(39) J.P. Lens, 27 mai 1986, *Amén.*, 1987, p. 52.

(40) *Op. cit.*, pp. 1357-1358. L'arrêt de la Cour ne se prononce pas explicitement sur ce point.

cas échéant sous la menace d'une astreinte — l'administration porte atteinte au bon fonctionnement du service public qu'elle a pour mission de gérer, en exécutant des travaux déterminés ou en s'abstenant d'en réaliser d'autres ?

A raisonner en termes de droit commun, il nous semble que la notion d'abus de droit doit trouver ici à s'appliquer. Mais un tel détour n'est même pas nécessaire : l'obligation, pour toute administration, d'assurer de manière continue et régulière le service public qui lui a été confié, justifie à elle seule qu'avant de prononcer une injonction à sa charge, le juge mette en balance, très concrètement (41), les différents intérêts en présence (42).

En ce sens, l'on sera attentif à l'arrêt par lequel la Cour de cassation, tout en admettant qu'un particulier poursuive l'exécution forcée d'un engagement contractuel souscrit à son égard par une commune, réserve l'hypothèse où « un service public est en jeu » (43).

Certaines décisions rendues en référé manifestent à juste titre le même souci de ne pas porter atteinte avec missions dévolues aux pouvoirs publics. Ainsi la Cour d'appel de Bruxelles n'a-t-elle fait droit à une demande de suspension de l'exécution d'arrêtés de nomination d'agents publics qu'après avoir constaté que cette mesure ne mettait pas en péril la mission de l'administration concernée, qui dispose d'un personnel qualifié nombreux et doté des qualités nécessaires pour remplir les fonctions litigieuses à titre intérimaire (44) (45).

§ 3. — *Les limites déduites du caractère subjectif du contentieux judiciaire.*

13. — Le contentieux porté devant les tribunaux judiciaires est un contentieux subjectif. Seul celui qui a demandé

(41) Il ne suffit donc pas à une administration d'invoquer, sans autre précision, les missions de service public dont elle a la charge pour prétendre échapper au pouvoir d'injonction du juge.

(42) M.A. FLAMME, *op. cit.*, n° 250.

(43) Cass., 24 oct. 1958, *J.T.*, 1958, p. 721.

(44) Bruxelles, 1^{er} mars 1988, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 592.

(45) Voy. aussi Réf. Bruxelles, 5 juillet 1979, *J.T.*, 1980, p. 413 : dans cette ordonnance, le juge a refusé d'interdire à la ville de Bruxelles d'installer un podium sur la Grand-place à l'occasion des fêtes du millénaire de la ville : le préjudice subi par un riverain du fait de cette installation aurait été sans proportion avec le préjudice causé à la ville et aux nombreuses personnes intéressées au succès des fêtes.

qu'une injonction soit adressée à l'administration peut en bénéficier, dans la mesure de son droit ou de son intérêt. L'injonction ne produit d'effets juridiques qu'entre parties.

L'observation mérite d'être faite, dans la mesure où certaines injonctions peuvent porter sur l'exercice du pouvoir réglementaire de l'administration. Rien n'interdit que le juge arrête l'exécution d'un acte réglementaire (46) ou ordonne à l'administration de mettre en œuvre son pouvoir réglementaire si elle en a l'obligation ; mais, juridiquement, seul le demandeur bénéficie de telles injonctions, même si, dans la pratique, dans la mesure où celles-ci sont respectées, des tiers en profitent également.

§ 4. — *Les limites déduites des compétences attribuées au Conseil d'Etat*

14. — Saisi d'une demande tendant à dire pour droit qu'un agent devait être nommé à un grade déterminé, le tribunal civil de Bruxelles a dû statuer sur une exception d'incompétence soulevée par l'administration défenderesse : celle-ci soutenait que la décision de refus de nomination qui avait été prise eût dû être attaquée devant le Conseil d'Etat — ce qui n'avait pas été fait. Se fondant tout particulièrement sur l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1965 (47), le tribunal a rejeté cette exception dans les termes suivants :

« Qu'il est sans pertinence d'examiner si, en l'espèce, le demandeur aurait disposé, ou non, d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat.

» Que ni l'appréciation de la faute, ni celle du préjudice causé par cette faute n'échappent à la compétence des tribunaux, même dans le cas où la lésion du droit invoqué trouverait sa source dans l'excès de pouvoir d'une autorité administrative et pourrait donner lieu à l'annulation de l'acte accompli par cette autorité » (48).

Cette solution ne nous paraît, dans son principe, guère conforme aux règles de répartition des attributions respectives des juridictions judiciaires et du Conseil d'Etat.

(46) Voy. notre contribution, « Le sursis à exécution des actes administratifs, ordonné par le juge des référés : une jurisprudence sans limites ? », *op. cit.*, pp. 225-226, ainsi que la jurisprudence citée.

(47) *Pas.*, 1966, I, p. 513, concl. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

(48) Civ. Bruxelles, 28 juin 1984, *R.G.A.R.*, 1985, n° 10.962.

Notons d'abord que l'arrêt cité de la Cour de cassation était certes relatif à une demande de réparation d'un préjudice trouvant sa source dans l'excès de pouvoir d'une autorité administrative, mais la réparation sollicitée consistait dans une réparation pécuniaire : l'objet de la demande était donc très différent de l'objet du recours en annulation de l'acte administratif litigieux.

Par contre, lorsqu'il est demandé au juge judiciaire d'arrêter les effets d'un acte administratif illégal, ceci n'équivaut-il pas à en solliciter l'annulation (49) et ne pose-t-il dès lors pas la question de la compétence de ce juge pour prendre une mesure que le Conseil d'Etat peut aussi ordonner ? Notons que semblable question se pose au contentieux de la suspension de l'exécution des actes administratifs : le pouvoir de suspension reconnu au Conseil d'Etat dans certains cas n'exclut-il pas, à tout le moins dans les mêmes cas, que le juge des référés exerce le même pouvoir (50) ?

L'on pourrait soutenir que, arrêtant les effets juridiques d'une décision, le juge judiciaire n'en prononce pas l'annulation ; ou encore que ce juge connaît d'un contentieux, le contentieux subjectif, dont la nature est différente de celle du contentieux objectif, dont connaît le Conseil d'Etat (51).

Nous ne croyons pas que cette thèse puisse être suivie (52). S'agissant de démarquer les compétences respectives du Conseil d'Etat et des tribunaux judiciaires, la jurisprudence retient le critère de l'objet véritable d'un litige pour déterminer la juridiction — la juridiction unique — compétente pour le trancher. Dans la pratique, ce critère est le plus souvent retenu pour consacrer la compétence des tribunaux judi-

(49) Voy. C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 210 ; M.A. FLAMME, *op. cit.*, n° 245.

(50) Sur l'état de la jurisprudence en la matière, voy. Cl. DOYEN, « Le référé et l'administration : exposé de la jurisprudence », *op. cit.*, pp. 280 et sv. ; P. MARTENS, « Le sursis à exécution des actes administratifs : solutions nouvelles et problèmes nouveaux », note sous Bruxelles, 29 mars 1990, *J.L.M.B.*, 1990, pp. 917 et sv.

(51) Voy. Réf. Liège, 19 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 221.

(52) De manière générale, au contentieux de la suspension, elle ne l'est d'ailleurs pas, tant par la jurisprudence judiciaire (Réf. Liège, 28 janvier 1982, *J.T.*, 1982, p. 636 ; Liège, 12 novembre 1985, *J.L.*, 1986, p. 38 ; Bruxelles, 29 mars 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 911, note P. MARTENS) que par celle du Conseil d'Etat (arrêts Wellens et cons., n° 32.953, 11 août 1989 ; v.z.w. Organisatie traditioneel Onderwijs et Buggenhout et cons., n° 33.144, 10 octobre 1989).

ciaires (53). Il n'y a aucune raison de ne pas l'appliquer, s'agissant de reconnaître la compétence du Conseil d'Etat. Celui-ci s'est vu spécialement reconnaître par la loi la compétence d'annuler les actes administratifs illégaux : en-dehors des hypothèses où un droit subjectif est en jeu (54) et de celles où un recours spécial est institué devant le juge judiciaire, c'est porter atteinte à la compétence du Conseil que d'admettre que le juge judiciaire adresse à l'administration une injonction dont l'objet véritable revient à annuler l'acte litigieux (55). Le raisonnement est le même au contentieux de la suspension.

§ 5. — *Les limites fixées
par la loi*

15. — Il est bien entendu que le juge ne peut adresser d'injonctions à l'administration ou lui imposer de réparer un dommage en nature si le législateur y fait obstacle.

A cet égard, il y a lieu de signaler la controverse portant sur le pouvoir du juge judiciaire d'arrêter les effets d'une décision d'attribution d'un marché public passé par adjudication à un soumissionnaire autre que celui qui a remis la soumission régulière la plus basse.

La controverse naît du texte de l'article 12, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, rédigé comme suit : « Lorsque l'autorité compétente décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être confié au soumissionnaire qui a remis la soumission

(53) Ainsi, en vertu des articles 92 et 93 de la Constitution, le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître du recours en annulation d'un acte par lequel l'autorité administrative refuse d'exécuter une obligation qui répond à un droit subjectif du requérant, lorsque l'illégalité invoquée tient à la violation de la règle de droit qui établit cette obligation ; l'objet véritable du recours est la reconnaissance de ce droit, dont la protection relève de la compétence du juge judiciaire (jurisprudence constante : voy. J. SALMON, *op. cit.*, pp. 87 et sv.). Ou encore le Conseil d'Etat ne connaîtra pas d'un recours introduit contre un arrêté d'expropriation par une personne qui doit être mise à la cause devant le juge de paix, même si le contentieux dévolu en la matière à celui-ci est tout à fait différent du contentieux devant le Conseil d'Etat (Cass., 3 mars 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 433, note Ch. HUBERLANT).

(54) Articles 92 et 93 de la Constitution.

(55) J. SALMON (*op. cit.*, p. 78) note ainsi : « En instituant une haute juridiction administrative, le législateur a entendu ne réduire en rien la compétence du pouvoir judiciaire. Il n'a pas davantage admis qu'il fût, au même titre que le Conseil d'Etat, compétent à l'égard d'une même demande ».

régulière la plus basse sous peine de dommages-intérêts fixés à 10 p.c. du montant de cette soumission ».

La Cour d'appel de Bruxelles (56) a déduit de ce texte l'idée que le soumissionnaire irrégulièrement évincé n'a droit qu'à des dommages-intérêts, et non à la réparation en nature du dommage subi, ce qui l'empêche, par voie de conséquence, d'obtenir en référé la suspension des effets du marché. Elle s'est particulièrement inspirée de l'avis donné par la section de législation du Conseil d'Etat sur le projet devenu la loi du 4 mars 1963, reprise sur ce point par la loi du 14 juillet 1976 ; selon cet avis, il n'est pas consacré en faveur du soumissionnaire le plus bas dans une adjudication un véritable droit à l'obtention du marché ; la loi consacre seulement, d'une part le devoir pour l'administration d'adjuger le marché à ce soumissionnaire, d'autre part, pour celui-ci, le seul droit, s'il est évincé, de postuler des dommages-intérêts (57).

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles est vivement contesté par d'aucuns (58). Il est notamment affirmé qu'à l'époque de la genèse de la disposition figurant aujourd'hui à l'article 12 de la loi du 14 juillet 1976, le principe de la séparation des pouvoirs était compris de manière telle que toute condamnation de l'administration à réparer le dommage en nature était inconcevable ; une étude attentive montre pourtant que la jurisprudence était loin d'être fermement établie en ce sens (59). Il est aussi estimé que l'on ne peut déduire avec certitude de l'article 12 de la loi du 14 juillet 1976, que le législateur aurait entendu exclure toute réparation en nature ; l'avis cité de la section de législation du Conseil d'Etat, non contredit, semble pourtant donner des indications claires ...

(56) 28 oct. 1985, *J.T.*, 1987, p. 271 ; *Entr. dr.*, 1987, p. 298, note M.A. FLAMME.

(57) *Pasin*, 1963, pp. 271-272. Voy. aussi M.A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. I^{er}, Bruylant, 1969, n° 360, qui rappelle également que le législateur a écarté la solution consistant à organiser, devant le Conseil d'Etat saisi d'un recours en annulation de la décision d'adjudication, un sursis à la conclusion du marché.

(58) A. DELVAUX, note sous Bruxelles, 30 juin 1987, *Entr. dr.*, 1987, pp. 319-320 ; D. LAGASSE, « L'intervention du juge en droit administratif », *op. cit.*, pp. 80-81.

(59) Voy. J. VELU, *op. cit.*, pp. 1345 et sv.

CONCLUSION

La séparation des pouvoirs n'est plus, aujourd'hui, le dogme qu'on en a fait. Les injonctions adressées à l'administration, les formes de réparation en nature mises à sa charge deviennent des réalités traduites en jurisprudence.

Mais les réalités ont leurs servitudes. Déjà le droit commun impose des limites aux pouvoirs du juge. Le droit public prescrit aussi les siennes. Nous avons évoqué les conséquences de principes généraux — principe du pouvoir discrétionnaire, principes de régularité et de continuité du service public — mais aussi de règles plus techniques, consacrées par le législateur ou par la jurisprudence. Ces principes et ces règles, le juge judiciaire ne peut les ignorer. La bonne utilisation de ses pouvoirs est à ce prix.