

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le principe de continuité du service public et la situation de l'utilisateur, Obs. sous Cass. 12 février 2004

De Roy, David

Published in:
Revue critique de jurisprudence belge

Publication date:
2005

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
De Roy, D 2005, 'Le principe de continuité du service public et la situation de l'utilisateur, Obs. sous Cass. 12 février 2004', *Revue critique de jurisprudence belge*, numéro 2, pp. 207-249.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Cour de cassation, 1^{re} chambre, 12 février 2004.

Président : M. VEROUGSTRAETE
PRÉSIDENT.

Rapporteur : M^{me} BOURGEOIS
conseiller.

Ministère public : M. DUBRULLE (*)
avocat général.

Plaidants : MM. VERBIST et WOUTERS.

I. SERVICE PUBLIC. — CONTINUITÉ. — PRINCIPE GÉNÉRAL
DU DROIT. — BUT.

II. PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT. — SERVICE
PUBLIC. — CONTINUITÉ. — BUT.

I. *Le principe général du droit de la continuité du service public tend uniquement à assurer la permanence et le fonctionnement des institutions publiques et n'impose pas nécessairement l'accomplissement continu ou permanent des services auxquels le citoyen a droit, même si les obligations des autorités sont soumises au contrôle des normes d'une bonne administration.*

II. *Le principe général du droit de la continuité du service public n'oblige pas les autorités à veiller à ce que les concessionnaires d'énergie assurent la distribution de l'énergie en permanence et sans interruption.*

(INTERCOMMUNALE IVERLEK, C. S.A. VLEMINCKX.)

(*) Les conclusions de ministère public seront publiées dans A.C., à la date de l'arrêt.

ARRÊT (traduction libre).

I. La décision attaquée

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 18 décembre 2000 par la cour d'appel d'Anvers.

III. Le moyen de cassation

La demanderesse présente un moyen dans sa requête.

Dispositions légales violées.

- principe général du droit de la continuité du service public;
- article 18 de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique;
- articles 1134 et 1135 du Code civil;
- article 159 de la Constitution.

Décisions et motifs critiqués.

Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel déclare non fondé l'appel de la demanderesse et fondé l'appel incident de la défenderesse et condamne la demanderesse à indemniser la défenderesse à concurrence d'un montant de 156.860 francs, majoré des intérêts et des dépens, sur la base des motifs :

« Que la fourniture d'électricité à (la défenderesse) a été interrompue le 31 août 1995 entre 13 heures 50 et 15 heures et que (la défenderesse) prétend avoir ainsi subi un dommage; qu'elle demande la réparation de ce dommage à (la demanderesse);

Que (la demanderesse) réplique qu'elle n'est pas tenue à réparation en vertu de l'article 9.1, alinéa 2, des conditions de fourniture, dès lors que cette clause mentionne qu'en cas d'interruption de la fourniture d'électricité, le distributeur ne peut être déclaré responsable que si le consommateur prouve l'existence d'une faute grave dans le chef du distributeur et que, dans ce cas, aux termes de la même clause, l'indemnisation de tous les dommages directs et indirects subis par le consommateur ne peut excéder le montant fixé dans les conditions tarifaires;

Que (la défenderesse) conteste la validité de cette clause;

Que (la demanderesse) invoque que, par cette clause, elle s'est exonérée de sa faute légère et que (la défenderesse) n'apporte la preuve d'aucune faute, voire d'une faute grave, dans son chef; qu'après avoir constaté que (la demanderesse) n'a pas prouvé l'existence d'un cas de force majeure ni d'un cas où il est nécessaire d'interrompre le courant pour le bon fonctionnement du service comme lors de réparations, le premier juge a refusé l'application de cette clause d'exonération comme étant contraire au principe de la continuité du service public, dès lors que celui-ci oblige (la demanderesse) à fournir de l'électricité à tout moment et que (la demanderesse) ne peut s'exonérer de sa responsabilité en cas d'inexécution de cette obligation, qui constitue sa mission même, qu'en cas de force majeure ou, de manière analogue, dans le cas où il est nécessaire d'interrompre le courant pour le bon fonctionnement du service comme lors de réparations;

Que la clause en question exonère (la demanderesse) de manière plus large, à savoir de sa faute légère, et qu'elle est, dès lors, contraire aux principes du service public, notamment la continuité du service, et qu'elle ne peut être appliquée par le juge en application de l'article 159 de la Constitution; qu'il appartient, dès lors, à (la demanderesse) de démontrer que l'interruption du courant dont il est question était due à un cas de force majeure ou aux nécessités du service, mais qu'elle n'apporte pas cette preuve;

Que (la défenderesse) a donc démontré que lors de l'interruption de courant (la demanderesse) a manqué à son obligation de fourniture ».

Les juges d'appel ont considéré en outre :

« Que (la défenderesse) invoque que le dommage réel qu'elle a subi doit être intégralement indemnisé et qu'elle évalue celui-ci à 156.860 francs;

Que (la demanderesse) réplique que (la défenderesse) est tenue par les conditions tarifaires dont il est question à l'article 9.1 des conditions de fourniture et qu'il pourrait résulter de l'application de ces conditions que (la défenderesse) a droit, tout au plus, à une indemnité de 8.017 francs;

Que, suivant l'interprétation de (la demanderesse), il résulte de l'application des conditions tarifaires que, l'obligation d'indemnisation de (la demanderesse) fût-elle établie, elle serait exonérée de l'indemnisation proportionnelle au dommage prévisible; que, suivant l'interprétation de (la demanderesse), cette clause est contraire au caractère raisonnable qui vaut comme principe de service public alors que, compte tenu des conséquences dommageables prévisibles et étendues d'une interruption de courant pour une entreprise d'alimentation, telle que celle de (la défenderesse), l'indemnité forfaitaire proposée est manifestement déraisonnable;

Qu'en outre, par l'évaluation forfaitaire de l'indemnité, (la demanderesse) obtient en fait l'exonération et que les conditions tarifaires, telles qu'elles sont interprétées et poursuivies par (la demanderesse), ne peuvent être appliquées ».

Griefs.

En vertu du principe général du droit de la continuité du service public, un service public doit continuer à exister et à fonctionner aussi longtemps que les pouvoirs publics considèrent qu'il répond aux besoins généraux.

La reconnaissance de ce principe de continuité est justifiée par la nécessité d'un fonctionnement ininterrompu du service public qui vise uniquement à répondre aux besoins collectifs d'intérêt général.

Il s'ensuit que les services publics doivent fonctionner de manière régulière et ce, conformément à leur nature et à leurs statuts.

Ce principe général du droit n'implique toutefois pas que la continuité du service public est équivalente à la continuité d'une fourniture de service déterminée, de sorte que ce principe général de continuité n'impose pas aux services publics de fonctionner de manière permanente.

Le principe de continuité s'adresse principalement aux pouvoirs publics et justifie certains privilèges au profit de ceux-ci comme, par exemple, l'immunité d'exécution.

La continuité ne constitue dès lors pas une simple garantie pour le citoyen du fonctionnement continu du service concerné et ce principe du droit n'empêche notamment pas que les pouvoirs

publics fixent les jours et les heures auxquels leurs services doivent se mettre à la disposition de la population.

Ce principe général du droit n'empêche pas davantage que le service concerné s'exonère de sa faute légère au moyen d'une clause d'exonération dans ses conditions générales de fourniture.

L'article 1134 du Code civil dispose que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et qu'elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise.

Aux termes de l'article 1135 du Code civil, les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Le fait que la demanderesse assure un service public, en vertu de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique, ne porte pas atteinte à sa liberté générale de conclure des conventions afin de régler concrètement le fonctionnement de son service, ni au principe que la demanderesse, ainsi que ses consommateurs, sont liés par ces conditions générales.

Aucune loi n'empêche, en effet, la demanderesse de conclure des conventions ou de rédiger des conditions générales de fourniture dans lesquelles il est dérogé aux dispositions de la loi du 10 mars 1925, plus spécialement à l'article 18 relatif à la responsabilité du distributeur d'électricité, dès lors que cette disposition n'est ni d'ordre public ni de droit impératif, dans la mesure où ces conventions et conditions ne dérogent pas aux principes généraux qui doivent être respectés par les services publics.

Les clauses d'exonération ainsi que les conditions tarifaires peuvent donc être valablement reprises dans les conditions générales de fourniture des services publics et de telles clauses sont, dès lors, obligatoires pour les consommateurs.

Il s'ensuit qu'en décidant que le principe général du droit de la continuité du service public impose à la demanderesse l'obligation de fournir de l'électricité de manière permanente et que la demanderesse ne peut s'exonérer de sa responsabilité résultant de l'inexécution de cette obligation, qui constitue sa mission même, qu'en cas de force majeure ou, de manière analogue, dans le cas où il est nécessaire d'interrompre le courant pour le bon fonction-

nement du service, comme lors de réparations, les juges d'appel ont donné à ce principe du droit une portée qu'il n'a pas et ont ainsi méconnu ce principe général du droit.

Il s'ensuit également qu'en refusant d'appliquer la clause d'exonération et les conditions tarifaires reprises dans les conditions générales de fourniture de la demanderesse et en condamnant la demanderesse au paiement d'une indemnité, les juges d'appel ont méconnu la force obligatoire de ladite clause d'exonération et des conditions tarifaires générales et ont violé ainsi les articles 1134 et 1135 du Code civil, 18 de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique et 159 de la Constitution.

IV. La décision de la Cour

Attendu que l'arrêt admet, sans être critiqué à cet égard, que selon la réglementation en vigueur à l'époque, la fourniture de l'électricité constituait un service public;

Attendu que le principe général du droit de la continuité du service public tend seulement à assurer la permanence des institutions publiques et de leur fonctionnement;

Que ce principe n'impose pas nécessairement l'accomplissement continu ou permanent des services auxquels le citoyen peut prétendre, même si les obligations des autorités sont soumises au contrôle des normes d'une bonne administration;

Que ce principe n'oblige pas en particulier les autorités à veiller à ce que les concessionnaires en distribution d'énergie assurent la distribution de l'énergie en permanence et sans interruption;

Attendu que l'arrêt décide que :

1. le principe de la continuité du service public oblige la demanderesse à fournir de l'électricité à tout moment;

2. la demanderesse ne peut exclure sa responsabilité résultant de l'inexécution de cette obligation, qui constitue sa mission même, qu'en cas de force majeure ou, de manière analogue, dans le cas où il est nécessaire d'interrompre le courant pour le bon fonctionnement du service, comme lors de réparations;

3. la clause relative aux conditions de livraison exonère la demanderesse de sa propre faute légère et, dès lors, est contraire au principe de la continuité du service public;

Que l'arrêt, par ces motifs, méconnaît le principe général du droit de la continuité du service public;

Que, dans cette mesure, le moyen est fondé;

Par ces motifs, la Cour

(...)

Casse l'arrêt attaqué (...).

NOTE

Le principe de continuité du service public et la situation de l'utilisateur

1. — « Vague, confus et indécis », tels sont les qualificatifs dont deux auteurs affaiblissent récemment le principe de continuité du service public (1). Pour sévère qu'il puisse paraître, ce jugement n'est cependant pas isolé (2) et ne se révèle pas dénué de toute pertinence : il rappelle à quel point ce pilier du paysage administratif reste mal connu, en dépit de l'indéfectible attachement que lui témoignent tant les enseignements généraux du droit public et administratif (3) que les ouvrages consacrés aux activités et prestataires de service public (4). Une relative pauvreté des enseignements doctrinaux consacrés à ce principe (5) ne permet pas de le sortir des brumes dans lesquelles il paraît se perdre désespérément; bien plus, il

(1) S. STIJNS et H. VUYE, « La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de la continuité du service public », *R.G.D.C.*, 1999, p. 631.

(2) Ph. COENRAETS et D. DELVAX y voient un principe « protéiforme » (« Le privilège de l'immunité d'exécution : le colosse aux pieds d'argile ou le dogme trahi par son fondement », obs. sous Cass. 24 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 679), tandis que M.-J. GUÉDON, évoquant plus largement la notion de service public, en parle comme d'un « véritable mythe de Sisyphe » (« Service public et intérêt économique », *Sur les services publics*, Paris, 1982, p. 7).

(3) Ph. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, 2002, p. 86; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, 1966, pp. 79-87; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, 1978, pp. 103-105; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van openbare dienst*, Bruges, 2002, pp. 83-90; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, 1989, t. I^{er}, pp. 51 et suiv.; A. MAST (†), J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 16^e éd. Malines, 2002, pp. 87-90; J. VELU, *Droit public*, t.I^{er}, Bruxelles, 1986, pp. 103 et suiv.; P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, 1953, pp. 35 et suiv.

(4) A. BUTTGENBACH, v^o Concession, *R.P.D.B.*, compl. t. II, Bruxelles, 1966; P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, 1961, pp. 114-115; B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen. Een begrippenanalyse en een kritiek op de uitvoeringsimmunitéit*, Anvers, 1989.

(5) S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, p. 631.

semble voué aux gémonies lorsqu'à la confusion s'ajoutent les condamnations parfois sévères dont il a fait l'objet (6).

2. — Les incertitudes et les critiques liées au principe de continuité du service public relèvent d'ordres assez divers. Parmi elles, on épinglera notamment la mise en cause de l'importation en droit administratif belge, par A. BUTTGENBACH (7), de « lois (françaises) du service public » là où les contextes institutionnels respectifs diffèrent sensiblement (8); la pertinence du maintien d'un régime spécifique (et souvent dérogame au droit commun) du « service public » (9), alors que, d'une part, l'unité du système juridictionnel ne l'impose nullement et que, d'autre part, des pans entiers du secteur public cèdent au chant des sirènes de la libéralisation et de la privatisation; l'ambiguïté qui, de longue date, a caractérisé la notion de « service public », partagée entre ses dimensions organique (10) et matérielle (11); enfin, et surtout, les tendances jurisprudentielle et doctrinale à englober

(6) J. DE STAERCKE, « Het werkstakingverbod in de publieke sector en het continuïteitsbeginsel anno 2003 : een requiem », *C.D.P.K.*, 2003, p. 613; L.-P. SUTENS et S. SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, « Evolutie van het begrip 'openbare dienst' », *Les nouveaux modes d'intervention des pouvoirs publics dans l'entreprise. De nieuwe vormen van overheidsintervenatie in de onderneming*, Bruxelles, 1988, pp. 279-302, spéc. 292-299.

(7) Bien qu'elle ne fût pas totalement inconnue à des époques antérieures, la notion de « service public » fut accueillie dans la doctrine belge par A. BUTTGENBACH (*Les modes de gestion des services publics en Belgique. Essai sur la déconcentration et la décentralisation administratives comme procédés techniques de la gestion des services publics*, Bruxelles, 1942), avant de se répandre dans la jurisprudence et, ultérieurement, d'inspirer le législateur en certaines occasions.

(8) On rappellera brièvement qu'une conception tranchée de la séparation des pouvoirs a conduit, en France, à faire échapper l'administration à l'Ordre judiciaire, pour la soumettre à un ordre juridictionnel qui lui soit propre. Dans ce contexte, un critère de distinction entre les compétences respectives du juge ordinaire et du juge administratif a été offert par la notion de « service public »; rapidement, s'est imposée la nécessité d'assujettir celui-ci à un régime propre, qui se définit particulièrement au travers des « lois du service public », parmi lesquelles figure la loi de continuité (sur l'évolution de la notion de « service public », telle que considérée respectivement en France et en Belgique, cf. not. B. PEETERS, *op. cit.*, pp. 92 et suiv.). D'aucuns se sont interrogés sur la pertinence d'une importation de ces « lois » françaises, alors que ni le système juridictionnel belge, ni une conception plus nuancée de la séparation des pouvoirs ne contraignaient à opérer un partage de compétences juridictionnelles, à la faveur d'une notion de « service public » et de la définition de « lois » qui lui soient propres (cf. not. L.-P. SUTENS et S. SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, *op. cit.*, p. 293). Sur l'importance que revêt, à ce propos, la différence entre les contextes institutionnels belge et français, on relira avec grand intérêt l'étude de Ch. HUBERLANT, « Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux non écrits? », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, *Droit positif*, Bruxelles, 1963, pp. 661-690.

(9) Ce qui ressort notamment d'une critique de la raison d'être des privilèges de l'administration, que sont notamment les privilèges du préalable, de l'exécution d'office et de l'immunité absolue d'exécution des personnes publiques (cf. not. J. DE STAERCKE, « Het werkstakingverbod... », p. 613, se référant à la thèse de M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, 2001).

(10) Le « service public » désignant l'entité créée par les autorités politiques ou administratives pour assurer une mission répondant à un besoin d'intérêt général.

(11) Le « service public » s'entendant alors de l'activité permettant de répondre à un besoin d'intérêt général, sans égard au mode de gestion de cette activité ni à la qualité (publique ou privée) de l'entité qui en assure la prestation.

sous l'expression unique de « principe de continuité du service public » les applications nombreuses et très variées d'une vague idée de continuité.

3. — L'impression de *sfumato* provoquée par le principe de continuité du service public et les discours qui s'y rapportent ne laissera pas indifférent l'observateur qui prend connaissance d'un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 12 février 2004. Cette décision éveille la curiosité, tant à raison de l'originalité d'une des questions soulevées par le moyen de cassation, que pour celles que l'arrêt suscite, révélatrices des enjeux d'une réflexion sur la portée et la vocation du principe : la Cour y examine l'incidence éventuelle du principe de continuité du service public sur les droits de l'usager; refusant à celui-ci le bénéfice des effets de ce principe, la Cour adopte cette solution à la faveur d'un raisonnement qui gagne à être examiné à la lumière de sa jurisprudence antérieure, mais également des caractéristiques essentielles des principes procédant d'une idée commune de continuité. Faisant craindre une ambition démesurée — particulièrement là où il prétend livrer un enseignement synthétique des profils respectifs des principes de continuité et de permanence —, notre propos devra nécessairement être confiné dans les limites normalement assignées à une note d'observations.

L'analyse de l'arrêt du 12 février 2004 sera précédée d'un bref rappel des acquis jurisprudentiels antérieurs et suivie d'un essai de description des traits sous lesquels se laissent profiler les principes que l'idée de continuité autorise à identifier dans les sphères publiques et administratives.

1. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION RELATIVE AUX PRINCIPES DE PERMANENCE DE L'ÉTAT, DE LA FONCTION ET DU SERVICE PUBLICS (12)

4. — Bien avant qu'A. BUTTGENBACH n'en assure la promotion au titre de « loi du service public », une certaine idée de la continuité a inspiré la Cour de cassation. Ultérieurement, la juridiction suprême, inspirée par le ministère public, consacra, sous le couvert d'une expression unique, le « principe de continuité du service public ». Un aperçu des décisions desquelles ce principe émergera progressivement gagne à être présenté.

5. — RECONNAISSANCE DE LA QUALITÉ D'ACTES DU POUVOIR LÉGISLATIF AUX ARRÊTÉS-LOIS PRIS EN TEMPS DE GUERRE OU DE SIÈGE. — C'est généralement dans un arrêt prononcé le 11 février 1919 par la Cour de cassation qu'est localisée l'émergence, voire la consécration, d'une idée de permanence de l'Etat et des institutions qui en relèvent.

(12) Pour obvier provisoirement aux inconvénients que suscitent en cette matière les incertitudes terminologiques, nous proposons de retenir les expressions utilisées par le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH qui fut probablement le premier à synthétiser les enseignements de la Cour de cassation relatifs à ce principe général du droit (« Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit » discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1970, *J.T.*, 1970, p. 581).

Formant un pourvoi contre un arrêt de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Liège, une personne inculpée d'avoir commis des faits incriminés par l'article 115 du Code pénal invite la Cour de cassation à se prononcer sur la régularité d'un arrêté-loi pris par le Roi le 11 octobre 1916 (13), dont la chambre des mises en accusation a fait application. Cet arrêté-loi tendait notamment à réaménager les compétences et pouvoirs respectifs des juridictions répressives et des juridictions militaires à l'égard des délits dont l'état de guerre commandait de déférer la répression aux juridictions militaires, et ce, quelle que fût la qualité de leurs auteurs ou des complices de ceux-ci. L'enjeu de la question soulevée en droit devant la Cour se laissait deviner, même si les termes de l'arrêt du 11 février 1919 ne le révèlent que partiellement et si des incertitudes doctrinales ne peuvent être ignorées à ce propos (14) : l'arrêté-loi constitue-t-il une loi ou un arrêté réglementaire ? Si la Cour de cassation retenait la qualification d'acte réglementaire, elle devait probablement conclure à son illégalité, dès lors que cet acte, régissant des matières laissées à la cure du pouvoir législatif, aurait ainsi été pris par le Roi en méconnaissance de ses pouvoirs constitutionnels ; dans ce cas, l'application de l'arrêté-loi devait être exclue en vertu de l'article 159 de la Constitution (anc. 107) ; l'arrêt attaqué, qui en faisait application, devait être cassé ; en revanche, si l'arrêté-loi se voyait reconnaître la qualité d'acte du pouvoir législatif, un refus d'application — sous couvert de la contrariété à des normes supérieures, constitutionnelles en l'occurrence —, paraissait beaucoup moins évident (15).

6. — Dans son arrêt du 11 février 1919 (16), rendu sur les conclusions du procureur général Terlinden, la Cour décide que cet arrêté-loi constitue un acte du pouvoir législatif que la chambre des mises en accusation avait appliqué à bon droit. Le raisonnement fondant la décision de la Cour peut être résumé comme suit : dès lors que, d'une part, la Chambre des représentants et le Sénat étaient dans l'impossibilité de se réunir, privant ainsi le pouvoir législatif de deux des organes à l'intervention desquels il doit s'exercer (17), et que, d'autre part, il importait que le pouvoir législatif continuât à s'exercer, seul le Roi, en sa qualité d'organe du pouvoir législatif, pouvait agir et assurer ainsi cette nécessaire permanence.

7. — Si l'enjeu juridique du pourvoi ne faisait pas grand mystère, le sens d'un appel à l'exigence de continuité peut susciter quelques hésitations, révélatrices des questions liées aux fonctions et aux effets de l'idéal de permanence (18). S'agissait-il, au travers de l'allure singulière de l'arrêté-loi, de combler une lacune constitutionnelle, le constituant ayant omis de régir cette hypothèse d'impossibilité d'exercice du pouvoir légis-

latif (19) ? Ou convenait-il plutôt, en des circonstances exceptionnelles qui pouvaient mettre en péril la permanence de l'Etat, de garantir une mansuétude compréhensive à des actes apparemment entachés d'irrégularités substantielles (20) ? Cette seconde interprétation, à laquelle la Cour cédera ultérieurement (21), s'est d'ailleurs inscrite en filigrane des observations qu'inspira l'arrêt du 11 février 1919 (22).

8. — La solution retenue par cette décision sera appliquée dans plusieurs arrêts subséquents (23) statuant sur des pourvois en lesquels étaient systématiquement mises en cause la validité et, partant, l'efficacité d'arrétés-lois pris par le Roi au cours de la première guerre mondiale, alors que les chambres législatives étaient dans l'impossibilité d'être réunies. Des arrêts prononcés les 6, 13 et 27 novembre ainsi que le 11 décembre 1944 appliqueront *mutatis mutandis* cet enseignement à la situation similaire d'un arrêté-loi pris à Londres par le Conseil des ministres aux délibérations duquel seuls quatre de ses membres avaient pu prendre part.

9. — (IN)COMPÉTENCE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES ET (DÉFAUT DE) QUALITÉ DES AGENTS DE L'ÉTAT — GÉNÉRALITÉS. — Des assemblées législatives aux sphères administratives, l'idée de continuité a été sollicitée au secours d'actes pris par des autorités ou agents qui n'avaient pas compétence ou qualité. Au travers de quelques arrêts qui, comparés à l'aide de dénominateurs (très) communs, paraissent reproduire un enseignement uniforme, la Cour de cassation va, par touches successives, contribuer à cerner les contours du principe de continuité.

Une décision disciplinaire du conseil d'appel d'expression néerlandaise de l'Ordre des médecins fait l'objet d'un pourvoi en cassation. L'unique moyen de cassation fait grief à la sentence de statuer à l'issue d'une instruction à laquelle avaient participé deux membres dont le mandat avait pris fin antérieurement, et ce, sans que le conseil d'appel ait constaté l'urgence. Le demandeur en cassation soutient que, conformément au principe « de la continuité des pouvoirs et des services publics », les médecins concernés ne pouvaient participer à l'instruction de l'affaire et à la décision qu'à la condition que le conseil eût constaté qu'il importait en l'espèce que, tel qu'il était composé avant la date d'expiration des mandats, il vidât l'affaire d'urgence. Dans un arrêt du 9 décembre 1977 (24), la Cour rejette cette interprétation : rappelant avant tout que le principe général du droit de la continuité des services publics « implique que des personnes qui rem-

(19) Tel est le raisonnement apparemment suivi par la Cour, qui aurait ainsi reconnu le caractère supplétif (ou créateur) du souci de permanence inhérent à l'administration et à l'existence du pays.

(20) Même en l'absence d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, l'arrêté-loi fût-il qualifié de la sorte.

(21) *Infra*, n° 16, *in fine*.

(22) Ed. REMY, *op. cit.*, pp. 201-207.

(23) Arrêts des 4 juin 1919 (*Pas.*, 1919, I, p. 96), 18 février 1920 (*Pas.*, 1920, I, p. 62), 27 avril 1920 (*Ibid.*, p. 124), 29 juin 1939 (*Pas.*, 1939, I, p. 341) et 4 mars 1940 (*Pas.*, 1940, I, p. 493).

(24) *Pas.*, 1978, I, p. 409.

(13) Arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège.

(14) Ed. R. [Ed. REMY !], « De la validité originelle des arrêtés-lois pris pendant la guerre », *Belg. Jud.*, 1919, col. 897-900.

(15) Comp. Ed. R., *op. cit.*, col. 898.

(16) *Pas.*, 1919, I, p. 9.

(17) En vertu de l'article 36 (anc. 26, al. 1^{er}) de la Constitution.

(18) Cf. *infra*, n° 62-68.

plissent un mandat aux conseils d'appel de l'Ordre des médecins sont en droit, lorsque leur mandat est arrivé à échéance, de poursuivre l'exercice de leurs fonctions jusqu'au moment de leur remplacement ou de leur nouvelle désignation », la Cour précise que la nécessité de poursuivre l'exercice de ces fonctions n'existe pas seulement en cas d'urgence et en déduit que le conseil d'appel n'était pas tenu de constater pareille urgence.

10. — Une lecture rapide de cet arrêt amènera probablement le lecteur à en retenir que la Cour de cassation — comme elle l'avait fait dans certains des arrêts où était en cause l'applicabilité des arrêtés-lois — neutralise, par l'invocation du principe de continuité du service public, les effets normalement produits par l'illégalité de l'acte déferé à sa censure. Certes, la Cour s'abstient-elle en cette affaire de censurer une décision dont elle reconnaît implicitement l'illégalité; le sort de cette décision ne tient pas pour autant à une purge du vice dont elle est affectée. A vrai dire, la décision du conseil d'appel de l'Ordre des médecins ne retient que très accessoirement l'attention de la Cour; si celle-ci rejette le pourvoi, c'est principalement à raison d'une divergence d'interprétation d'une des règles prétendument violées, à savoir le principe général du droit de la continuité du service public. Ne partageant pas l'interprétation sur laquelle repose le moyen, la Cour rejette celui-ci comme manquant en droit (25), sans mener plus avant le contrôle de la décision attaquée. L'effet absolu (ou correctif) du principe général de droit ne joue donc pas en l'espèce. En dépit de cette portée limitée qu'il y a lieu de lui reconnaître sur le plan de la validité de la décision attaquée, cet arrêt présente un intérêt jurisprudentiel non négligeable, puisque la Cour s'y exprime sur les conditions d'application du principe général de la continuité des services publics : elle y révèle que l'exigence de continuité gouvernant le fonctionnement des services publics n'est pas liée à un contexte d'urgence.

11. — L'observateur n'aura pas davantage manqué de relever que — s'agissant de décrire la situation dans laquelle se trouvent les titulaires de fonctions dont le mandat est expiré — la Cour leur reconnaît le bénéfice du *droit* de poursuivre l'exercice de ces fonctions, et non l'*obligation* de continuer à assumer la charge qui leur incombe en dépit du titre périmé. Cette approche peut surprendre, dès lors que le souci de permanence des institutions inciterait, à première vue, à enseigner que tout titulaire d'une fonction publique doit — en cas d'expiration de mandat ou de démission — continuer à en assurer l'exercice jusqu'à ce qu'il soit pourvu à son remplacement. Cette hésitation à reconnaître dans la poursuite des fonctions l'objet d'un droit ou d'une obligation est révélatrice de l'ambivalence qui caractérise l'application du principe de la continuité des services publics à l'exercice de fonctions publiques, compétences ou pouvoirs; une brève évocation du régime des affaires courantes en témoignera ultérieurement (26).

(25) Même si l'arrêt ne qualifie pas *expressis verbis* le moyen comme manquant en droit.

(26) Cf. *infra*, n° 17.

12. — Dans un arrêt du 19 octobre 1989, la Cour de cassation s'exprime à nouveau sur les conditions d'application du principe général du droit de la continuité des services à une situation en laquelle est en cause le défaut d'investiture d'une autorité. La Cour va, cette fois, suggérer que le principe de continuité du service public ne peut être sollicité de façon intempestive pour tenter de forcer l'application de dispositions légales à des hypothèses auxquelles elles ne sont pas applicables. Une action en référé introduite par le président d'un C.P.A.S., dont l'élection avait été annulée par un arrêt du Conseil d'Etat, visait à entendre dire pour droit que cette personne avait, en sa qualité de doyen des membres du conseil de l'aide sociale, le droit de poser certains actes inhérents aux fonctions présidentielles, et ce, en dépit de l'arrêt d'annulation; au soutien de sa prétention, le demandeur faisait notamment valoir qu'il y avait lieu à application de l'article 25 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, disposition régissant l'exercice des fonctions présidentielles en cas d'absence ou d'empêchement temporaires du président (alinéa 2) ou en cas de décès de celui-ci ou d'extinction de son mandat pour un motif autre que le renouvellement complet du conseil (alinéa 3). Statuant sur un pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui rejetait cette demande, la Cour de cassation décide, d'une part, qu'il n'y a pas lieu à application des dispositions précitées de l'article 25, dès lors que, par l'effet de l'arrêt d'annulation, l'élection du président du conseil de l'aide sociale est censée ne jamais être intervenue et qu'il n'y a, partant, pas lieu de pourvoir à un quelconque remplacement en vertu de ces dispositions; d'autre part, et pour répondre au moyen qui invoquait la violation du principe de la continuité du service public — en ce que ce principe imposerait que, jusqu'à ce qu'il soit procédé à une nouvelle élection, les fonctions présidentielles fussent remplies sans interruption par le membre du conseil habilité par la loi à les exercer en cas d'empêchement définitif du président —, la Cour décide que ce principe n'impose pas, si survient l'annulation de l'élection du président du conseil de l'aide sociale, l'exercice des fonctions présidentielles par la personne légalement désignée à cette fin en cas d'empêchement définitif du président. En d'autres termes, l'hypothèse non visée par l'article 25, alinéa 3, de la loi du 8 juillet 1976 n'a pas — même par application du principe général du droit de la continuité du service public — à être traitée conformément à cette disposition. L'effet supplétif du principe de continuité ne joue donc pas en l'espèce.

13. — La Cour motive sa décision relative à la portée du principe de continuité en soulignant, d'une part, qu'il trouve « sa justification dans la nécessité de la poursuite et de la permanence sans interruption des services publics » et, d'autre part, que cette exigence de continuité « est dès lors destinée uniquement à satisfaire des besoins collectifs d'intérêt général ». Cette dernière considération est intéressante à double titre : elle témoigne que, pour la Cour de cassation, il n'y a pas lieu à une application inconditionnelle du principe de continuité du service public là où est en jeu le fonctionnement d'une institution publique; ensuite, elle suggère que l'idée de continuité est intimement liée aux caractéristiques des besoins que le service

public a vocation à satisfaire. Une reconnaissance, ainsi amorcée, de la continuité comme qualité intrinsèque du service public (particulièrement au sens « matériel » (27) de l'expression) sera précisément au cœur de l'arrêt annoté du 12 février 2004.

14. — (IN)COMPÉTENCE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES ET (DÉFAUT DE) QUALITÉ DES AGENTS DE L'ÉTAT — QUALITÉ POUR AGIR EN JUSTICE AU NOM DE L'ÉTAT BELGE. — Répondant à un pourvoi formé par l'Etat belge en matière fiscale, un défendeur en conteste la recevabilité, au motif qu'il n'aurait pas été signé et déposé par le fonctionnaire que désignent les dispositions légales et réglementaires applicables, mais par des agents que ce fonctionnaire ayant seul qualité pour agir avait lui-même délégués à cette fin. Dans un arrêt du 10 janvier 1950 (28), la Cour rejette cette fin de non-recevoir : elle constate, dans un premier temps, que « ni le texte ni l'esprit de la loi ne s'opposent à ce que le directeur des contributions, empêché d'exercer les devoirs de sa charge, soit, pour la durée de cet empêchement, remplacé par un fonctionnaire dûment délégué à cet effet » et souligne ensuite que « la continuité, condition essentielle de l'existence de l'Etat, exige que jamais l'Etat ne se trouve dans l'impossibilité juridique de remplir sa mission, du fait que le fonctionnaire, qui a qualité pour agir en son nom, se trouve empêché d'exercer ses fonctions, ce qui implique la possibilité de déléguer un fonctionnaire pour remplacer le titulaire ». Dans le silence de la loi, qui ne régit pas la situation rencontrée en l'espèce, la Cour se tourne ainsi vers l'exigence de continuité, dans l'interprétation de laquelle elle trouve la solution au problème posé. Le principe de continuité joue donc un rôle supplétif évident.

15. — Si la fonction supplétive (ou créatrice) assignée en l'espèce au principe de continuité se laisse aisément percevoir, il est par contre beaucoup plus difficile de décrypter le raisonnement qui autorise la Cour à appliquer ce principe dans le traitement de la recevabilité du pourvoi. Le motif par lequel elle précise la portée de l'exigence de continuité peut donner lieu à deux interprétations. A première vue, la Cour semble lier l'action en justice (29) aux missions de l'administration, en manière telle qu'au nom de l'exigence de continuité cette action ne puisse être entravée à raison de la méconnaissance de dispositions régissant les conditions de la qualité pour agir ; cette lecture conduit à admettre que toute action en justice introduite par une personne publique ressortit à sa « mission » et doit donc naturellement bénéficier des effets du principe de continuité. Suivant une autre lecture de l'arrêt, l'exigence de continuité de l'action de l'Etat n'aurait d'incidence sur la recevabilité de l'action en justice qu'indirectement : puisque l'action doit être introduite par un agent désigné à cette fin et que les fonctions à exercer par celui-ci doivent, au nom de la continuité de l'Etat, être exercées de manière ininterrompue et ce, en dépit des situations d'empêche-

(27) Cf. *supra*, note 11.

(28) *Pas.*, 1950, I, p. 302. Une solution identique sera adoptée dans un arrêt du 8 janvier 1952 (*Pas.*, 1952, I, p. 243).

(29) En ce compris l'introduction de recours contre des décisions juridictionnelles.

ment en lesquelles cet agent peut se trouver, toute solution imposée par l'exigence de continuité en réponse à une hypothèse d'empêchement pourra être appliquée à l'ensemble des charges incombant à cet agent, et au nombre desquelles peut figurer, le cas échéant, l'introduction d'une action en justice. Ce détour par la situation de l'agent permet d'étendre les effets du principe de continuité sans même que soit examiné le lien entre cette action en justice et la « mission » de l'Etat (30).

Quelle que soit la lecture qu'on donnera de cet arrêt (31), la référence au principe de continuité gouvernant l'exercice de ses fonctions par un agent de l'Etat permet d'obvier aux inconvénients qu'aurait normalement provoqués la méconnaissance des formalités au respect desquelles est subordonnée la recevabilité d'un recours, et ce, sans même que l'introduction du recours soit à considérer avec certitude comme inhérente à la mission de l'Etat, dont la continuité et le fonctionnement régulier doivent être assurés. Cette approche conduit en quelque sorte, au nom du principe de continuité et de son application à l'exercice de ses fonctions par un agent de l'Etat, à immuniser l'Etat contre tout effet nuisible d'une irrégularité. Ce principe apparaîtrait ainsi comme fondant une prérogative reconnue *in abstracto* à l'Etat, en sa qualité de personne publique, et sans égard à une mission déterminée.

16. — (IN)COMPÉTENCE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES ET (DÉFAUT DE) QUALITÉ DES AGENTS DE L'ÉTAT — THÉORIE DU FONCTIONNAIRE DE FAIT. — Le contexte de guerre précédemment évoqué et les bouleversements qu'il a entraînés ont amené à reconnaître la qualité d'autorité publique à des personnes qui n'avaient pas reçu l'investiture requise à cette fin par les dispositions régissant la désignation de ces autorités. Cette solution, qui se dégage essentiellement d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 juin 1953 (32), a été perçue comme la consécration jurisprudentielle (33) d'une *théorie du fonctionnaire de fait* (34). Une action en réparation d'un préjudice, fondée sur les articles 1382 et suivants du Code civil, est dirigée contre quatre personnes, en leur nom personnel, qui auraient agi comme organes d'une commune sans toutefois avoir été investies conformément aux dispositions de la loi communale ou d'un arrêté-loi du 8 mai 1944 qui suspendait partiellement l'application de celle-ci dans certains cas ; les personnes concernées avaient été nommées par un officier de la résistance. Une cour d'appel va décider que les défendeurs pouvaient bien être considérés comme organes de la commune et, partant, que celle-ci aurait dû, en prin-

(30) Sauf à admettre que la Cour ait implicitement établi ce lien, conformément à la première des deux lectures auxquelles nous suggérons de soumettre cet arrêt du 10 janvier 1950.

(31) Les deux interprétations proposées se révélant finalement convergentes.

(32) *Pas.*, 1953, I, p. 787.

(33) La note publiée à la *Pasicrisie*, sous l'arrêt du 11 juin 1953, se réfère à un arrêté-loi du 5 septembre 1945 relatif à la régularisation de certains actes accomplis durant l'occupation ennemie. L'auteur de la note y décèle la consécration législative de la validité des pouvoirs de fait.

(34) P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^e éd., Bruxelles, 2002, n° 473, p. 857 et note 3318 ; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, 1994, p. 406.

cipe, être mise en cause. Répondant au premier moyen formé à l'appui d'un pourvoi dirigé contre cette décision, la Cour de cassation va notamment décider que la nécessité d'assurer la permanence des autorités constituées justifie qu'en cas de défaillance de celles-ci il puisse être pourvu provisoirement à leur remplacement sans respecter rigoureusement les formalités légales, lorsque les dispositions à observer sont, par suite de force majeure, devenues inexécutables. En dépit de la filiation de cet arrêt à l'égard de celui qui avait été rendu le 11 février 1919, l'observateur ne manquera pas de relever une évolution notoire dans la jurisprudence de la Cour de cassation : là où la juridiction suprême voyait dans l'arrêté-loi pris en contradiction avec l'article 36 (anc. 26, al. 1^{er}) de la Constitution l'application créative de principes constitutionnels à un cas que le Constituant n'avait pas envisagé, elle admet désormais que la permanence des autorités constituées puisse, dans certaines circonstances exceptionnelles, être invoquée au secours d'initiatives prises « sans respecter rigoureusement les formalités légales ». Dans cet arrêt, la Cour admet ainsi pour la première fois et laisse résolument se profiler la valeur absolutoire de l'idée de permanence des autorités constituées et de continuité de leur action.

17. — (IN)COMPÉTENCE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES ET (DÉFAUT DE) QUALITÉ DES AGENTS DE L'ÉTAT — TRAITEMENT DES AFFAIRES COURANTES. — La notion d' « affaires courantes » désigne la période au cours de laquelle l'activité d'un gouvernement est affectée à raison de la démission de ses membres ou de la dissolution de l'assemblée législative devant laquelle ils doivent répondre de l'exercice de leurs fonctions. Les effets de cette situation ont donné lieu à une importante jurisprudence, particulièrement du Conseil d'Etat, et inspiré une abondante littérature à laquelle il y a lieu de se référer. Nous nous bornerons à relever qu'à première vue, les deux circonstances en lesquelles s'ouvre une période d'affaires courantes appellent, au regard de l'idée de permanence des institutions, des approches sensiblement différentes et ne sont pas sans rappeler deux cas de figure bien distincts, précédemment décrits : d'une part, la démission du gouvernement ne peut, à l'instar de l'absence ou du défaut d'investiture de tout titulaire d'une fonction publique, entraver l'exercice de cette fonction; d'autre part, et de façon similaire à l'état de guerre qui affectait l'exercice du pouvoir législatif, la dissolution d'une assemblée législative va anéantir une des modalités d'exercice du pouvoir exécutif (35), risquant ainsi de viciar les actes pris par le gouvernement et d'en compromettre l'efficacité. Cela étant, bien que sensiblement différentes l'une de l'autre, ces circonstances d'affaires courantes ont pu être assimilées, du point de vue de leurs effets, parce qu'elle imposent toutes deux la recherche d'un équilibre entre l'obligation d'assurer le fonctionnement d'un pouvoir constitué, d'une part, et la nécessaire retenue sans laquelle devraient être invalidés des actes pris par une autorité dont les pouvoirs ne s'exercent pas conformément à ses dispositions organiques, d'autre part. Cette double exigence d'obligation et

(35) L'exercice de ce pouvoir étant, en effet, indissociable d'un contrôle parlementaire, qui fera évidemment défaut en cas de dissolution de l'assemblée législative.

de limitation, dont rend fort bien compte un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 février 1999 (36), est fréquemment perdue de vue par la littérature relative aux « affaires courantes » qui, évoquant furtivement le principe de continuité du service public (37), se limite pour l'essentiel à décrire le seul effet restrictif que produit sur les pouvoirs d'un gouvernement la démission de ses membres ou la dissolution d'une assemblée législative (38). Dénonçant cette approche compréhensible (39) mais partielle, nous lui reconnaitrions néanmoins le mérite de faire apparaître, à la faveur d'une référence insistante à la limitation des pouvoirs du gouvernement, que la théorie des « affaires courantes », à la différence de la plupart des autres lieux d'expression de l'idée de permanence des pouvoirs et institutions, ne sera pas invoquée exclusivement au bénéfice du gouvernement, mais pourra également l'être en faveur de l'administré, par annulation ou refus d'application de l'acte invalide.

18. — NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS ET ARRÊTÉS RÉGLEMENTAIRES. — Le locataire d'une habitation sociale poursuivait la récupération de montants payés au titre de majorations de loyers, lesquelles majorations résultaient de l'application, avec effet rétroactif, d'un arrêté réglementaire pris en exécution de la loi du 11 octobre 1919 instituant une Société nationale du logement. Une société de logement agréée, créancière des loyers, forma un pourvoi contre le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles (40) qui avait fait droit à la demande du locataire; la demande-

(36) *Pas.*, 1999, p. 139, avec les concl. de M. l'avocat général A. HENKES; *R.W.*, 1999-2000, pp. 432-434, obs. P. POPPLIER, « Is de uitvoering van de wet een lopende zaak? »; *Rec. Arr. v/h Hof van Cass.*, 1999, p. 322, préc. des obs. de K. MUYLLE, « De Koning tussen hamer en aanbeeld? De lopende zaken en de verplichting tot de wetten uit te voeren ».

(37) La pertinence d'une référence à la loi de continuité du service public peut d'ailleurs inspirer certaines réserves, dès lors que l'idée de permanence est inhérente à notre système constitutionnel dont les pierres angulaires ont été posées bien avant l'édification d'une théorie du service public (Fr. DELPÈRE, « Les affaires courantes en Belgique. Observations sur la loi de continuité du service public », *Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, 1981, p. 57. L'ambiguïté de cette référence plaide de toute évidence en faveur d'une différenciation des principes issus d'une idée commune de continuité (*infra*, n^{os} 60-61).

(38) Sur ce que l'idée de permanence devrait naturellement inspirer l'exigence d'exercice continu et régulier des fonctions bien plus que la conception d'attributions restreintes, cf. Fr. DELPÈRE, « Les affaires courantes en Belgique... », p. 52. Le même auteur enseigne par ailleurs qu'« avec les affaires courantes, le principe de continuité s'est trouvé corrigé par la règle de la responsabilité effective » (*Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, 2000, p. 986).

(39) On peut se demander si cette insistance à souligner la dimension restrictive de la théorie des affaires courantes ne s'explique pas par l'importante contribution de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans les enseignements relatifs à cette matière. En effet, lorsqu'à l'appui d'un recours en annulation dirigé contre un acte administratif, le requérant prend un moyen de la méconnaissance par un gouvernement de l'étendue de ses pouvoirs en période d'affaires courantes, le Conseil d'Etat devra — pour statuer sur le fondement du moyen — décider si ce gouvernement a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, étendue dont on sait qu'elle est restreinte en ces circonstances. Cette référence à une limite (respectée ou dépassée) met avant tout en exergue la dimension restrictive de cette théorie des affaires courantes.

(40) Statuant en degré d'appel.

resse en cassation se prévalait notamment du caractère de service public de la mission qui lui était dévolue, lequel — à son estime — tenait en échec le principe de non-rétroactivité de la loi et des arrêtés d'exécution de celle-ci. La Cour de cassation statue sur ce pourvoi dans un arrêt du 22 octobre 1970 rendu sur les savantes conclusions du procureur général Ganshof van der Meersch (41). Sans s'attarder longuement sur tous les aspects de cette affaire ni sur la richesse des enseignements livrés tant par l'arrêt que par les conclusions (42), nous relèverons que la Cour de cassation, dans un premier temps, retient le caractère de service public des missions imparties tant à la Société nationale du Logement qu'aux sociétés agréées par cette dernière, au nombre desquelles figurait la demanderesse. Elle va ensuite considérer que l'objet particulier d'une loi relative à l'organisation d'un service public ne suffit pas, à lui seul, à emporter dérogation au principe de non-rétroactivité des lois, exprimé notamment par l'article 2 du Code civil (43). De ce précepte, elle déduit alors que l'arrêté d'exécution d'une telle loi relative au service public, pris en vertu de l'article 67 (108 Const. coord.) de la Constitution, ne peut davantage comporter de disposition rétroactive, à moins que le législateur n'en ait offert la faculté au Roi ou que, faute d'une telle faculté, cette rétroactivité soit rendue nécessaire par les exigences inhérentes à la continuité du service public. La Cour décide enfin, au vu des dispositions en cause et en dépit des diverses modifications qui les ont affectées, que la loi du 11 octobre 1919 a pu recevoir une exécution ininterrompue de nature à assurer la continuité du service public. Dans de telles conditions, et à défaut pour le législateur d'avoir accordé au Roi le pouvoir de faire rétroagir les dispositions réglementaires en cause, l'application rétroactive de celles-ci devait être tenue pour illégale.

19. — Bien qu'il ne se prononce pas directement sur la portée du principe de continuité du service public (44), cet arrêt n'en est pas pour autant dépourvu d'intérêt : il est révélateur, en les annonçant, des ambiguïtés que véhiculera, par la suite, l'invocation du principe de continuité du service public. Le service public dont la continuité est vérifiée est bien cette activité assurée au bénéfice des administrés (ou de certains d'entre eux) pour répondre à un besoin d'intérêt général (45). L'exigence de continuité est donc étrangère au souci de stabilité des institutions et des effets de leurs actes, consubstantielle à l'idéal de l'Etat de droit, dont il était question dans les arrêts précédemment analysés. Cela étant, la Cour lie la continuité du service à l'exécution de sa loi organique, à laquelle pourvoient les dispositions réglementaires invoquées en cette affaire; par la référence à l'ar-

ticle 108 de la Constitution (anc. 67) et à l'obligation qui incombe au Roi de faire « les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution », la Cour ancre son raisonnement relatif à la continuité du service public dans une disposition constitutionnelle intimement liée au souci de permanence de l'Etat et des institutions, pouvoirs ou autorités en relèvement. Ceci nous autorisera, dans la suite de l'exposé, à faire relever cette admissibilité d'une dérogation au principe de non-rétroactivité, du principe de permanence des pouvoirs et autorités constitués, bien plus que du principe de continuité du service public *sensu stricto* (46).

20. — EXÉCUTION FORCÉE DES OBLIGATIONS DES PERSONNES PUBLIQUES. — Admise de longue date, l'immunité d'exécution des personnes publiques, grâce à laquelle celles-ci bénéficient de l'interdiction absolue (47) de mettre en œuvre à leur charge une quelconque voie d'exécution (48), est fréquemment présentée comme l'une des conséquences de l'application du principe de continuité des services publics. La jurisprudence de la Cour de cassation offre un précieux observatoire de l'évolution des conceptions relatives tant à ce privilège d'immunité qu'au principe de continuité du service public. Sans prétendre ajouter ici à l'enseignement d'éminents auteurs vers lesquels le lecteur se dirigera (49), nous nous bornerons à identifier dans cette évolution quelques repères utiles à notre propos.

21. — EXÉCUTION FORCÉE DES OBLIGATIONS DES PERSONNES PUBLIQUES — BÉNÉFICIAIRES DU PRIVILÈGE. — C'est dans un arrêt du 21 avril 1966 que le principe général de la continuité du service public est associé pour la première fois à la règle d'insaisissabilité des biens d'une personne publique (50). La Cour casse un arrêt rendu par la cour d'appel de Liège, qui avait admis la validité de saisies-arrêtés pratiquées à charge d'une intercommunale, déniait à celle-ci le bénéfice de l'immunité d'exécution; la cour d'appel avait décidé que seuls échappent à l'exécution forcée l'Etat, les provinces, les communes et les établissements publics, tandis que les intercommunales ne relèvent pas de cette dernière catégorie et que la loi de continuité et de régularité des services publics ne leur est pas applicable. Après avoir situé les intercommunales dans le paysage constitutionnel et

(46) Cf. *infra*, n° 54.

(47) A tout le moins, fut-elle longtemps considérée comme absolue, avant que ce caractère ne soit remis en cause au gré des évolutions que nous décrivons par la suite.

(48) J. LINSMEAU, « L'immunité d'exécution des pouvoirs publics », *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 481.

(49) Cf., parmi les très nombreux travaux consacrés à cette problématique, P. LEWALLE, « Le projet d'insertion d'un article 1412bis dans le Code judiciaire et l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *Le nouveau droit judiciaire privé*, Bruxelles, 1994, pp. 151-184 (*Les Dossiers du Journal des tribunaux*, n° 6); J. LINSMEAU, *op. cit.*, (et réf. citées aux pp. 479-480, notes 1 et 2); S. STIJNS et H. VUYE, « La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de la continuité du service public », *R.G.D.C.*, 1999, pp. 615-642, (et réf. citées aux pp. 631 et suiv.); A.-M. STRANART et P. GOFFAUX, « L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412bis du Code judiciaire », *J.T.*, 1995, pp. 437-447, (et réf. citées note 12).

(50) *Pas.*, 1966, I, p. 1060.

(41) *Pas.*, 1971, I, p. 144.

(42) Pour des analyses plus substantielles, cf. A. VANWELKENHUYZEN, « Le principe de non-rétroactivité de la loi et le fonctionnement des services publics », *R.C.J.B.*, 1972, pp. 290-319; M.-A. FLAMME, *Droit administratif...*, t. I^{er}, n° 216-217, pp. 503-508.

(43) A savoir, si le législateur n'a pas entendu lui-même explicitement déroger au principe de non-rétroactivité.

(44) Si ce n'est pour admettre implicitement qu'il puisse éventuellement justifier une entorse à la règle de non-rétroactivité des règlements.

(45) Ce que nous désignerons ultérieurement comme un service au sens économique du terme.

administratif, la Cour de cassation décide que le principe de continuité du service public est bien applicable à la demanderesse, investie d'une mission de service public et constituant, en dépit de la forme sous laquelle elle est organisée (51), une personne publique. De cette applicabilité du principe de continuité, découle, pour l'intercommunale, la reconnaissance du bénéfice de l'immunité d'exécution; l'arrêt qui déclarait valables les saisies-arrêts ordonnées à sa charge est donc cassé.

22. — Même si la Cour ne se prononce que sur la seule question de l'applicabilité *ratione personae* du principe de continuité, elle livre implicitement un enseignement sur l'étendue de l'immunité d'exécution. En décidant que le bénéfice de cette immunité découle de la mission statutaire de l'intercommunale et de sa qualité de personne publique, la Cour ne subordonne pas la reconnaissance de cette immunité à la réalité d'une affectation de ses biens à l'accomplissement de la mission de service public. En d'autres termes, la qualité de la personne suffit à lui accorder le privilège de manière inconditionnelle et, donc, absolue.

23. — **EXÉCUTION FORCÉE DES OBLIGATIONS DES PERSONNES PUBLIQUES — ÉTENDUE DU PRIVILÈGE.** — Ce caractère absolu de l'immunité d'exécution sera confirmé dans un arrêt du 26 juin 1980 rendu sur les conclusions de M. le procureur général Velu, alors avocat général (52). Les voisins d'une caserne militaire se plaignent du trouble causé par des travaux d'aménagement du bâtiment, réalisés au mépris des articles 552, alinéa 1^{er}, et 675 à 682 du Code civil. S'adressant à la justice de paix, ils demandent la condamnation de l'Etat belge à assurer la démolition de corniches surplombant leur propriété, la suppression de vues droites et l'occlusion de prises d'aération donnant sur cette même propriété. Leur demande tend également à faire dire que ces travaux doivent être effectués dans le mois du jugement à intervenir et qu'à défaut d'exécution, les voisins seraient autorisés à y procéder et à réclamer à l'Etat le coût des travaux sur présentation des factures établies par les hommes de métier (53). Confirmant la décision du juge de paix, le tribunal de première instance condamne, en degré d'appel, l'Etat belge à l'exécution de travaux destinés à réparer le préjudice subi du fait des constructions illégales et autorise les personnes préjudiciées à faire exécuter ces travaux de leur initiative, et aux frais de l'Etat, à défaut pour celui-ci d'y procéder. Formant pourvoi contre ce jugement, l'Etat belge critique tant la décision par laquelle le juge lui donne injonction de procéder à la réparation en nature (par l'exécution des travaux adéquats) que celle par laquelle est reconnue aux voisins préjudiciés le bénéfice d'une faculté de remplacement de l'Etat en cas de défaillance de celui-ci. Rejetant le moyen qui, en sa première branche, critiquait la première de ces décisions, la Cour l'accueille en sa seconde branche qui dénonçait la reconnaissance du bénéfice de la faculté de remplacement : elle décide que, « substituant ainsi [les voisins de la caserne] dans l'exécution de

(51) Cette intercommunale était constituée sous la forme d' société coopérative.

(52) *Pas.*, 1980, I, p. 1341.

(53) *Concl. J. VELU (loc. cit., p. 1342).*

la condamnation, le jugement méconnaît le principe général de la continuité du service public en vertu duquel les biens d'une personne publique ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution forcée » (54). A lire les conclusions du ministère public, le bien en cause est l'immeuble tenant lieu de caserne, tandis que la mesure d'exécution forcée serait l'autorisation accordée à la victime de procéder à l'exécution des travaux ordonnés. Ayant fait l'objet de nombreux commentaires (55), cet arrêt et les conclusions prises en cette affaire nous inspirent trois brèves observations :

24. — Avant tout, il permet de relever que, confirmant l'enseignement qui semblait déjà se dégager de son arrêt du 21 avril 1966, la Cour affranchit de toute mesure d'exécution forcée l'ensemble des biens d'une personne publique, sans égard à leur affectation effective à l'activité de service public ou au fonctionnement de l'institution qui en assure l'offre (56).

25. — Ensuite, quelle que soit l'appréciation que l'observateur portera sur cet arrêt, il témoigne à tout le moins qu'à l'estime de la Cour, l'immunité d'exécution dont bénéficiaient les personnes publiques leur profite dans toutes les hypothèses d'exécution forcée d'une obligation, et pas uniquement en celles qui se traduiraient par la « saisie » (57) de biens de leur patrimoine; l'immunité d'exécution paraît ainsi consacrer un privilège au rayonnement bien plus large que celui de la règle d'insaisissabilité des biens d'une personne publique.

26. — Enfin, dans les conclusions prises en cette affaire, le ministère public examinait la conformité des deux décisions critiquées par le moyen au principe de la continuité du service public : l'injonction de procéder à la réparation des travaux en nature n'était pas contraire à ce principe, tandis que l'autorisation de remplacement s'y opposait bien; à son estime, cette solution était imposée par l'articulation logique et chronologique entre les deux décisions. Le raisonnement rigoureux soumis à la Cour dissimulait avec peine — et le procureur général Velu s'en était montré conscient (58) — l'incohérence d'un système dans lequel sont simultanément

(54) La Cour va également décider que, dans la mesure où il méconnaît ainsi le principe général de la continuité du service public, le jugement viole ainsi les articles 33, 97 et 40 (anc. 25, 29 et 30) de la Constitution. Nous ne nous attardons pas, dans le cadre de la présente note, sur le raisonnement qui autorise la Cour à déduire la violation de ces dispositions de la méconnaissance du principe générale de la continuité du service public.

(55) Cf., not. H. BOECKEN, « Herstel in natura en rechterlijk bevel of verbod. (Nog) enkele bedenkingen bij het cassatie-arrest van 26 juni 1980 », *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, 1986, pp. 493-511; F. DELFÈRE, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », *R.C.J.B.*, 1983, pp. 177-198; D. DËOM, « De la réparation en nature du préjudice causé par les pouvoirs publics », *A.P.T.*, 1981, pp. 128-131.

(56) Sur ce que ce caractère absolu de l'immunité peut paraître surprenant, surtout avec le recul qu'incoïte à prendre les évolutions législatives et jurisprudentielles ultérieures, cf. not. S. STIJNS et H. VUYE qui suggèrent, non sans ironie, les effets de ce caractère absolu dans les cas où l'on peut douter de la menace qui pèse réellement sur la continuité du service public (*op. cit.*, p. 634).

(57) Quels qu'en soient la forme et les effets.

(58) *Loc. cit.*, n° 12, pp. 1360-1361.

ment admises la possibilité de condamner l'Etat à certaines obligations et la liberté qui lui est laissée de donner suite à cette condamnation ou de l'ignorer. Sur le plan de la continuité du service public et de l'immunité d'exécution, ce raisonnement pourrait révéler une autre incohérence du système conçu à l'époque : il s'agit de la contradiction entre la validité d'une décision de condamnation à la réparation en nature (laquelle consistait en l'exécution de travaux affectant les biens d'une personne publique) et l'illégalité d'une décision d'autorisation de remplacement, qui est susceptible d'affecter ces mêmes biens. En effet, si l'exercice d'une faculté de remplacement est exclu dès lors qu'est en jeu un bien d'une personne publique, le juge ne sera-t-il pas naturellement enclin à exclure toute condamnation à une réparation en nature, dont il sait qu'abandonnée à la seule discrétion de la personne publique, elle risque de rester lettre morte ?

27. — **EXÉCUTION FORCÉE DES OBLIGATIONS DES PERSONNES PUBLIQUES — AMORCE D'UN FLÉCHISSEMENT.** — La conception absolue de l'immunité d'exécution était soumise aux feux de la critique, celle-ci étant d'autant plus commode que les fondements de ce qui apparaissait comme un véritable privilège n'en assuraient plus la stabilité suffisante ni, partant, la pérennité. Un arrêt rendu le 30 septembre 1993 pourrait fort bien témoigner de la distance progressivement prise par la Cour de cassation à l'égard de sa jurisprudence antérieure. Nous hésiterons toutefois à y voir un véritable revirement.

28. — Dans le cadre d'une procédure de « saisie-description » conduite en vertu de l'article 1481 du Code judiciaire (59), la cour d'appel de Bruxelles rejette l'opposition formée par la Région wallonne, tendant à entendre déclarer nulle et sans effet la saisie-description portant sur des documents qu'elle détenait. L'arrêt fait principalement reposer cette décision sur le motif que, si le principe de continuité du service public fait obstacle à toute saisie des biens d'une personne publique et, plus généralement, à toute exécution forcée qui affecterait de tels biens, il n'exclut pas que le pouvoir judiciaire soit compétent tant pour prévenir les atteintes illicites portées aux droits civils que pour ordonner la réparation du préjudice découlant de celles-ci. Formant un pourvoi contre cet arrêt, la Région wallonne fait notamment valoir que la procédure de saisie-description constitue bien une mesure de saisie ou, à tout le moins, d'exécution forcée, prise en méconnaissance de l'immunité d'exécution dont elle bénéficie. Ce pourvoi sera rejeté par l'arrêt du 30 septembre 1993. Après avoir décrit la procédure de saisie-description, telle que l'organise l'article 1481 du Code judiciaire, la Cour va préciser la portée du principe général de la continuité du service public. Elle rappelle avant tout, qu'en vertu de ce principe les biens d'une personne publique ne peuvent, en règle, faire l'objet de mesures d'exécution forcée. Ce principe est toutefois assorti de limites découlant de l'objectif qu'il sert : « ce principe, qui tend seulement à assurer la perma-

(59) Sur cette procédure, cf. not. O. MIGNOLET et D. KAESMACHER, « La saisie en matière de contrefaçon. Le Code judiciaire à la rencontre des droits intellectuels », *J.T.*, 2004, pp. 57 et suiv.

nence des institutions publiques et de leur fonctionnement, ne prive pas nécessairement le juge de tout pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration ». La Cour ajoute que ce principe « ne s'oppose notamment pas à ce qu'un juge autorise, lorsque les droits d'un détenteur de brevet sont mis en péril, que soient décrits pas un expert, selon les modalités de l'article 1481 susdit, certains objets ou documents détenus par une personne publique » et « que la détention provisoire d'un objet ou document par un expert en vue de sa description ne heurte ledit principe que dans la mesure où elle entrave effectivement la continuité ». La Cour va alors constater qu'en l'espèce l'arrêt avait implicitement décidé que la décision de constituer gardien n'entravait pas le service public.

29. — La principale difficulté d'interprétation de cet arrêt tient à la qualification que la Cour entendrait reconnaître à la procédure de saisie-description. Ou bien, elle l'inclut parmi les mesures d'exécution forcée qu'il est interdit de prononcer à charge d'une personne publique (60) et confronte la décision rejetant l'opposition à la règle de l'immunité ainsi « relativisée », selon les termes ci-dessus reproduits ; l'arrêt consacrerait une évolution remarquable de la jurisprudence de la Cour, qui renoncerait à la conception absolue du principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques. Ou bien, la Cour considère la saisie-description comme étrangère à ces mesures d'exécution forcée, mais lui applique néanmoins *mutatis mutandis* la solution que lui inspire la règle d'immunité « relative » : toute procédure de saisie-description peut être ordonnée en faveur d'un détenteur de brevets, pour autant qu'elle n'ait pas pour effet d'entraver effectivement le service public. Cette seconde interprétation s'autoriserait de la référence au pouvoir judiciaire d'injonction à l'égard de l'administration pour prévenir des atteintes illicites aux droits civils, ainsi qu'au péril qui guette les droits d'un détenteur de brevet, péril justifiant qu'au titre de prévention ou de mesure intervenant préalablement à la réparation, soit ordonnée une saisie-description ; dans ce cas, l'arrêt du 30 septembre 1993 s'inscrirait dans la droite ligne de l'enseignement dispensé en 1980, la Cour saisissant au passage l'occasion de préciser la portée du principe général du droit de la continuité du service public.

30. — Quoi qu'il en soit des questions qu'il peut susciter, l'arrêt du 30 septembre 1993 traduit bel et bien en cette matière, sinon un désaveu de la jurisprudence antérieure (61), à tout le moins l'amorce d'un double fléchissement dans la jurisprudence de la Cour relative à la portée du prin-

(60) La Cour confirmerait ainsi le rayonnement très large qu'elle reconnaît à la règle d'immunité d'exécution (cf. n° 25, *in fine*), force étant de se demander si la saisie-description constitue une mesure d'exécution forcée d'une obligation (comp. A.-M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 441).

(61) S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, p. 638 ; cette vision d'un « désaveu » ne peut toutefois être admise que si la Cour voit bel et bien dans la saisie-description une mesure d'exécution forcée qui l'amènerait ainsi à revenir sur sa jurisprudence antérieure ; si, au contraire, elle voit dans l'ordonnance une injonction qu'il est permis au juge d'adresser à la personne publique, l'arrêt du 30 septembre s'inscrit à la suite de celui du 26 juin 1980.

cipe de continuité : l'immunité absolue dont jouissaient jusqu'alors les personnes publiques est sensiblement relativisée, tandis que la reconnaissance « automatique » de son bénéfice cède désormais le pas à une appréciation concrète, par le juge, des effets qu'une mesure d'exécution peut produire sur la continuité du service.

31. — Enfin, par cet arrêt, la Cour apporte pour la première fois une précision utile sur la portée du principe de continuité du service public : celui-ci « tend seulement à assurer la permanence des institutions publiques et de leur fonctionnement ». Cette indication que reproduiront fidèlement (62) les arrêts des 24 avril 1998 et 28 janvier 1999, ainsi que la décision annotée du 12 février 2004, donne la mesure des effets qu'il y a lieu de reconnaître, sur le plan de l'immunité d'exécution, au principe de continuité du service public : l'immunité d'exécution n'est pas absolue et ne vaut que dans la mesure où sa méconnaissance pourrait affecter la permanence et le fonctionnement de l'institution. Cette précision doit donc être considérée doublement, au regard de sa fonction modératrice et du contexte particulier de l'immunité d'exécution forcée.

32. — EXÉCUTION FORCÉE DES OBLIGATIONS DES PERSONNES PUBLIQUES — CONFIRMATION DU FLÉCHISSEMENT. — Le fléchissement esquissé par l'arrêt du 30 septembre 1993 sera confirmé, sans qu'aucun doute paraisse aujourd'hui permis, dans des arrêts des 24 avril 1998 (63) et 28 janvier 1999 (64), confrontant à la règle d'immunité relative, des décisions ayant respectivement trait à l'exercice de la faculté de remplacement et à une saisie-arrêt. Dans les deux cas, la Cour, tout en réaffirmant la règle d'immunité relative, censure les décisions qui admettaient des mesures d'exécution forcée, au motif que le juge n'avait pas décidé que ces mesures n'allaient pas entraver effectivement la continuité du service public.

Au-delà du « double » fléchissement que nous évoquions précédemment (65), l'évolution que laissent apparaître les arrêts des 30 septembre 1993, 24 avril 1998 et 28 janvier 1999 pourrait être révélatrice d'une autre tendance. En invitant le juge à apprécier l'incidence d'une mesure d'exécution forcée sur la continuité du service (principalement conçu en tant qu'activité), la Cour provoquerait bien un déplacement des effets du principe de continuité : l'immunité d'exécution qui découle de ce principe ne bénéficierait plus tant à la personne publique (et à son patrimoine considéré globalement) qu'à une (ou plusieurs, le cas échéant) activité(s) (et aux biens qui y sont spécialement affectés) (66). Le principe de continuité toucherait donc moins la personne que son activité : comme si le service offert aux administrés par cette personne publique devait lui-même répondre à une exigence de continuité... Nous y reviendrons.

(62) A tout le moins sur le plan littéral! (cf. *infra*, n° 41-43).

(63) *Pas.*, 1998, I, p. 488, avec les concl. de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER; *I.L.M.B.*, 1999, pp. 672 et suiv., obs. Ph. COENRAETS et D. DELVAX, *op. cit.*

(64) *Pas.*, 1999, I, p. 102.

(65) Cf. *supra*, n° 30.

(66) Ph. COENRAETS et D. DELVAX, *op. cit.*, pp. 677 (n° 3, *in fine*), 679 et 681 (n° 12).

2. L'ARRÊT DU 12 FÉVRIER 2004

2.1. Les faits de la cause et les antécédents de procédure

33. — Arguant du dommage causé par une interruption dans la fourniture d'électricité, les responsables d'une entreprise du secteur alimentaire poursuivent la réparation de leur préjudice devant les juridictions civiles.

34. — La juridiction d'appel constate notamment que l'intercommunale assurant la fourniture d'électricité se prévaut d'une clause des conditions de fourniture d'électricité exonérant le fournisseur de sa faute légère et limitant l'indemnisation, en cas de faute grave, aux montants déterminés par ces mêmes conditions, lesquels sont sensiblement inférieurs à la réparation intégrale du dommage sollicitée par l'utilisateur.

35. — Dans un arrêt du 18 décembre 2000, la cour d'appel d'Anvers condamne le fournisseur à la réparation intégrale du dommage, principalement (67) aux motifs, d'une part, que la clause limitative de responsabilité contrevient au principe de continuité du service public et ne peut, dès lors — en vertu de l'article 159 de la Constitution — être appliquée, et, d'autre part, que l'intercommunale ne prouve pas que l'interruption litigieuse était imputable à un cas de force majeure ou aux nécessités du service (68).

36. — Formant un pourvoi en cassation contre cet arrêt, le fournisseur d'électricité prend un moyen unique, articulant deux critiques, dont la seconde se déduit de la première. Avant tout, il reproche à la cour d'appel l'interprétation qu'elle donne du principe de continuité du service public, et plus particulièrement la portée qu'elle lui prête : à l'estime de l'intercommunale, ce principe s'adresse principalement aux pouvoirs publics et ne constitue pas une garantie, pour le citoyen, de la fourniture continue d'électricité ; il ne peut donc être invoqué pour refuser l'application de la clause limitative de responsabilité. Ensuite, de ce que l'arrêt attaqué a précisé, refusé de l'appliquer, se déduit — selon le moyen — une méconnaissance de la force obligatoire de cette clause (69) et, partant, une violation de diverses dispositions, au nombre desquelles les articles 1134 et 1135 du Code civil. Cette seconde critique repose, en effet, sur une conception suivant laquelle les conditions générales de fourniture d'électricité détermi-

(67) La condamnation à la réparation intégrale repose également sur des considérations liées au caractère déraisonnable du mode forfaitaire d'indemnisation établi par les conditions générales de fourniture. Cet aspect ne retient toutefois pas notre attention pour les besoins de la présente note.

(68) *R.W.*, 2002-2003, pp. 1587-1589, avec la note d'obs. d'A. VAN OEVERLEN, « De contractuele versus reglementaire verhouding tussen de openbare nutsbedrijven en hun gebruikers en de rechterlijke toetsing van de in die rechtsverhouding gehanteerde exoneratieclausules » (pp. 1578 et suiv.).

(69) Ainsi que — rappelons-le une dernière fois (cf. *supra*, note 67) — de la clause relative à l'indemnisation forfaitaire.

nent le régime juridique de relations *contractuelles* entre le fournisseur d'électricité et l'utilisateur de ce service.

Dans l'arrêt annoté, rendu sur les conclusions conformes de M. l'avocat général DUBRULLE, la Cour de cassation va, à la faveur d'une réponse à la première de ces deux critiques, accueillir le moyen et casser l'arrêt déferé à sa censure.

2.2. L'arrêt

37. — Tant l'arrêt attaqué que le moyen de cassation soulevaient trois questions, ayant trait respectivement à la portée du principe de continuité du service public, à la nature (contractuelle ou réglementaire) de la relation de service public, ainsi qu'à la validité de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité d'un prestataire de service public en cas de défaillance. L'arrêt annoté n'aborde que la première d'entre elles. En effet, dès lors que la cour d'appel refuse d'appliquer une clause limitative de responsabilité, au nom d'une interprétation du principe de continuité du service public à laquelle la Cour de cassation n'adhère pas, celle-ci doit logiquement conclure à l'illégalité de ce refus d'application, et ce, sans devoir apprécier la validité de la clause litigieuse, ni revenir sur la nature juridique de la relation de service public.

38. — C'est donc la portée du principe de continuité du service public qui, dans la décision annotée, focalise l'attention. On se souviendra que l'arrêt attaqué avait reconnu dans ce principe le fondement d'une obligation incombant au prestataire de service public et lui imposant d'assurer l'offre d'un service public (la fourniture d'électricité, en l'occurrence) de manière continue et ininterrompue. La Cour de cassation retient une autre interprétation de ce principe, qu'elle détaille en trois affirmations. Dans un premier temps, et après avoir rappelé de façon apparemment anodine que l'activité litigieuse constituait un service public, la Cour affirme que le principe général du droit de la continuité du service public tend seulement à assurer la permanence des institutions publiques et de leur fonctionnement; elle soutient ensuite que ce principe n'a pas nécessairement pour conséquence que l'offre de service à laquelle peut prétendre le citoyen doit être ininterrompue ou permanente et ce, même si les obligations des autorités sont contrôlées au regard des normes de bonne administration; enfin, elle décide que ce même principe n'oblige pas les autorités à veiller à ce que l'énergie soit fournie en tout temps, et sans interruption, par les concessionnaires du service de fourniture d'énergie.

39. — Le raisonnement de la Cour repose ainsi essentiellement sur deux affirmations : par la première, elle rappelle l'objectif assigné au principe de continuité du service public : il tend uniquement à assurer la permanence des institutions publiques et de leur fonctionnement; par la seconde, elle exclut que le principe ait pour effet obligé de permettre à l'utilisateur de prétendre au bénéfice d'une offre de service ininterrompue ou permanente.

40. — Avant de s'interroger plus longuement sur les attentes que le principe de continuité du service public peut (ou non) éveiller chez l'utilisateur, on soulignera l'intérêt des deux précisions dont la Cour assortit sa réponse au moyen, et la curiosité qu'elles auraient pu susciter si leur analyse ne devait nous contraindre à excéder les limites que nous assignons à l'objet de la présente note d'observations. Ainsi devrait-on se demander au regard de quel principe de bonne administration (70) les obligations des autorités à l'égard des usagers doivent être confrontées. S'il s'agit du droit à la sécurité juridique, « en vertu duquel les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître [dans le chef du citoyen] » (71), on aperçoit difficilement comment le bénéfice de prestations continues ne relèverait précisément pas de ces attentes. Par ailleurs, la référence — quelque peu énigmatique (72) — aux obligations respectives des autorités et des concessionnaires attire l'attention sur une problématique à laquelle quelques évolutions récentes des modes de gestion des services publics vont donner toute son importance : que ce soit à raison de la libéralisation de certains secteurs de services publics ou sous l'effet du nouvel aménagement des relations entre les entreprises publiques et les collectivités politiques desquelles elles émanent, des questions vont inévitablement se poser : qui, de la collectivité ou de l'opérateur économique concerné (entreprise publique ou opérateur privé), sera débiteur d'une obligation de service à l'égard de l'utilisateur ? Qui sera tenu pour responsable des déficiences dans l'offre du service ?

2.3. La question

41. — A première vue, la Cour de cassation rappelle la teneur d'un enseignement dont le lecteur est à présent devenu familier : le principe général du droit de la continuité du service public tend seulement à assurer la permanence des institutions publiques et de leur fonctionnement. L'apparente proximité à l'égard des arrêts des 30 septembre 1993, 24 avril 1998 et 28 janvier 1999 ne doit toutefois pas induire en erreur : essentiellement littérale, la « filiation » à l'égard de cette jurisprudence gagne à être examinée de plus près.

42. — La référence que portaient ces décisions à la permanence des institutions et de leur fonctionnement avait une fonction restrictive (ou modératrice), la Cour entendant limiter les effets de l'immunité d'exécution aux seules situations dans lesquelles la continuité pouvait effectivement être

(70) Sur l'identification, les fonctions, effets et nature des « principes de bonne administration », on consultera avec intérêt l'étude de J. CONRATD, « Les principes de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 1999, pp. 262-286; cf. également J. DE STAERCKE, « Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen », *N.J.W.*, 2004, pp. 1406-1415.

(71) Cass., 6 novembre 2000, avec les concl. de M. le premier avocat général J.-Fr. LÉCLERCQ, *Pas.*, 2000, I, p. 1681.

(72) La précision apportée à ce propos par l'arrêt pourrait effectivement surprendre dès lors que ni l'arrêt attaqué, ni le moyen ne contraignaient, semble-t-il, à aborder une relation triangulaire entre un concédant, un concessionnaire et un utilisateur.

mise en péril par une mesure d'exécution forcée. Dans l'arrêt du 12 février 2004, la même allégation revêt une dimension nouvelle : lue conjointement aux autres motifs, elle exclut que ce principe de continuité puisse être invoqué par l'usager comme soutènement d'une attente de la fourniture ininterrompue d'énergie. La Cour témoigne ainsi de sa fidélité à une conception « traditionnelle » (73) suivant laquelle le principe de continuité est exclusivement appréhendé sous l'angle des prérogatives reconnues aux institutions publiques, et non au regard des prétentions que l'usager serait tenté d'en dégager (74).

43. — Au-delà de l'ambiguïté que pourrait entretenir un « chaînage » (75) des derniers arrêts rendus par la Cour de cassation en cette matière (76), et contenant des enseignements apparemment similaires, il s'impose de situer brièvement la solution retenue dans l'arrêt du 12 février 2004 au regard de la jurisprudence antérieure.

44. — Déniant à l'usager du service public toute qualité à tirer profit du principe de continuité, l'arrêt du 12 février 2004 reste, à première vue, fidèle à des enseignements jurisprudentiels dispensés de longue date : les applications de l'idée de continuité, qui ont donné lieu aux arrêts antérieurement commentés, commandaient évidemment de faire coïncider le champ d'application du principe avec les sphères d'action et de fonctionnement des pouvoirs publics. L'appropriation de l'idée de continuité par les seules personnes publiques était (77) évidemment de mise dans des circonstances où cette continuité apparaissait comme inhérente à l'existence et au fonctionnement d'institutions ou d'autorités participant à l'exercice de la puissance publique. Elle le fut également lorsque la Cour se prononça sur l'immunité (absolue ou relative) d'exécution : dans les affaires qui donnèrent lieu aux arrêts précédemment évoqués, le bénéfice de cette immunité fut systématiquement revendiqué par des personnes de droit public (78).

45. — Cette apparente fidélité de l'arrêt du 12 février 2004 au lignage qu'il prolonge ne doit toutefois pas occulter l'originalité de la question que le pourvoi soulevait devant la Cour : pour la première fois, était examinée l'incidence éventuelle du principe de continuité du service public sur les droits des usagers, alors que précédemment ce principe n'avait été invoqué que dans des affaires où était en cause le fonctionnement d'une institution

(73) Cf. *infra*, note 127.

(74) Sur ce que les « lois du service public » doivent être appréhendées sous leur double aspect de prérogatives de l'administration et de source de droits de l'usager, on se référera utilement à l'étude de J.-P. MARKUS, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *R.F.D.A.*, 2001, pp. 589-590.

(75) Suivant la terminologie utilisée par X. HENRY, « Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le Bulletin civil », *B.I.C.C.*, n° 599 du 1^{er} juin 2004, pp. 4-19.

(76) Chaînage que propose d'ailleurs M. l'avocat général G. DUBRULLE à la note 2 des conclusions prises en cette affaire.

(77) Et reste.

(78) Cf., à ce propos, l'analyse que donnent de l'arrêt du 24 avril 1998 Ph. COENRAETS et D. DELVAX (*op. cit.*, p. 679).

publique ou le sort d'actes pris par des autorités publiques. La solution « traditionnelle » devait-elle être appliquée au problème inédit qui était posé en l'espèce et exclure ainsi toute prétention de l'usager au bénéfice d'une prestation de service ininterrompue? En d'autres termes, la qualité d'« institutions publiques », qui avait retenu l'attention dans les affaires à l'origine des arrêts antérieurs, représentait-elle un critère exclusif d'applicabilité du principe de continuité du service public?

46. — Ces questions s'imposent d'autant plus que les récents développements de la jurisprudence relative à l'immunité d'exécution paraissent découvrir en l'exigence de continuité une caractéristique « essentielle » de l'activité de service public assurée au profit de l'usager (79), et que, par ailleurs, la Cour avait pris soin d'affirmer, dans un arrêt statuant sur les modalités de fonctionnement d'un conseil de l'aide sociale, que cette exigence à laquelle doit satisfaire le fonctionnement d'institutions est destinée uniquement à satisfaire des besoins collectifs d'intérêt général (80). Appliquant de la sorte le principe de continuité à l'activité de service et aux besoins à la satisfaction desquels cette activité vise à pourvoir, la Cour de cassation oriente inévitablement l'attention vers l'usager, dont les besoins personnels participent des besoins collectifs. Cette évolution est manifestement contredite par l'arrêt du 12 février 2004.

47. — Cette difficulté de situer l'arrêt du 12 février 2004 à la lumière de la jurisprudence antérieure de la Cour dissimule avec peine la nécessité de définir, à propos du (ou des) principe(s) de continuité du service public, une approche univoque, là où son défaut se fait cruellement sentir. Nous tenterons de cerner les caractéristiques majeures des principes en cause, telles que permettent de les décrire les jurisprudences respectives du Conseil d'Etat, des cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire et, dans une certaine mesure, de la Cour d'arbitrage, ainsi que les conceptions doctrinales et, dans certains cas, l'œuvre du législateur.

3. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DE LA PERMANENCE DES POUVOIRS ET AUTORITÉS CONSTITUÉS ET DE LA CONTINUITÉ DU SERVICE PUBLIC

48. — Prétendre revisiter les principes en cause et en donner un enseignement tant systématique que synthétique relève d'une témérité confinant à l'inconscience. Le péril qui nous guette est d'autant plus évident qu'en essayant de tracer les contours de ces principes, le risque est grand de devoir ouvrir de nombreuses bouteilles à encre du droit administratif, dans lesquelles nous devons nécessairement nous garder de tremper la plume, avec la conséquence que la menace du simplisme n'est pas davantage éloignée.

(79) Cf. *supra*, n° 32.

(80) Arrêt du 19 octobre 1989 précédemment commenté (n° 12-13).

Pour prévenir ces risques, nous nous bornerons — dans le cadre de la présente contribution — à esquisser les quelques traits qui, d'une part, autorisent un plaidoyer en faveur d'une clarification terminologique des principes procédant de l'idée de continuité, et, d'autre part, permettent d'examiner si, en dépit (ou au-delà) des termes de l'arrêt du 12 février 2004, le principe de continuité du service public peut se voir reconnaître une incidence sur la situation de l'usager.

3.1. Les lieux d'expression de l'idée de continuité

49. — L'impression de confusion qui se dégage parfois des enseignements relatifs au principe de continuité du service public est notamment provoquée par la très grande diversité des circonstances en lesquelles il est invoqué, tant en jurisprudence et en doctrine que dans la législation. Loin de chercher à en dresser un catalogue exhaustif et à en proposer une typologie incontestable, nous proposons toutefois de répartir en deux catégories ces lieux d'expression de l'idée de continuité. La démarche est évidemment perfectible, mais devrait à tout le moins permettre de souligner quelques-unes des nuances parfois importantes entre les hypothèses d'application de l'idée de continuité et, par conséquent, d'en différencier, par la suite, les conditions et modalités d'application.

3.1.1. La permanence des pouvoirs et autorités constitués

50. — L'action d'une autorité constituée, en ce qu'elle a trait à l'exercice des pouvoirs que cette autorité tient (en vertu) de la Constitution, peut être enrayée ou privée d'effet, parce que l'une des conditions au respect desquelles sont subordonnées sa validité et, partant, son efficacité, fait défaut. L'idée de continuité permet alors d'obvier à une paralysie d'ordre juridique.

51. — L'argument déduit de la permanence de l'Etat et de ses institutions permet, avant tout, de répondre à la menace de censure à laquelle la décision d'une autorité est exposée, lorsque cette autorité a agi sans jouir de la plénitude de ses pouvoirs et compétences. Le vice d'incompétence peut être soulevé lorsque l'autorité fonctionnant collégialement n'est pas régulièrement composée ou ne jouit plus de la plénitude de ses pouvoirs (81); lorsque les organes et collaborateurs de ces pouvoirs ou autorités

(81) Tel est le cas — on l'a déjà suggéré (*supra*, n° 17) — en situation d'« affaires courantes ». M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, 2004, p. 390; P. LEWALLE, *Contentieux administratif...*, p. 869. S. WEERTS, « La notion d'affaires courantes dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 2001, pp. 111-118 (et les nombreuses références aux sources jurisprudentielles et doctrinales utiles).

ne peuvent se prévaloir d'une investiture régulière (82), d'un titre suffisant, ou qu'ils accomplissent *qualitate qua* des actes alors que leur mandat est expiré.

52. — Ce souci de stabilité ressort également de l'organisation des activités des collaborateurs des autorités ou institutions concernées. Ainsi, la continuité sera-t-elle invoquée lorsqu'il s'agit de charger un agent de l'exercice provisoire de fonctions (83), de pourvoir au remplacement d'un agent absent (84), d'imposer au titulaire d'une fonction la poursuite de l'exercice de celle-ci, en dépit de l'expiration de son mandat, jusqu'à ce qu'il soit pourvu à son remplacement (85), de traiter une demande de congé sans solde formée par un magistrat (86), d'organiser le détachement temporaire d'un officier du ministère public (87), ou encore d'imposer à un agent des prestations supplémentaires et imprévues au regard de l'organisation ordinaire de son travail (88), voire des prestations nocturnes. De même, l'idée de continuité a-t-elle souvent été invoquée pour justifier les restrictions importantes du droit de grève dans le secteur public (89) ou pour obvier aux inconvénients majeurs que provoquerait, dans le fonctionnement de

(82) Outre la théorie du fonctionnaire de fait, précédemment évoquée, on relèvera que le principe de continuité du service public est invoqué pour justifier qu'à la suite du décès d'un secrétaire communal, son successeur — qui n'avait pas encore prêté serment — ait signé des actes issus d'une procédure disciplinaire ouverte à l'encontre d'agents de la police locale (C.E., arrêt n° 106.316 du 2 mai 2002, Pierart et Pirotte)

(83) C.E., arrêt n° 100.541 du 6 novembre 2001, Tribbels (suivant lequel la seule considération de la continuité du service motive à bon droit la nécessité de charger un agent de l'exercice provisoire des fonctions de directeur judiciaire d'un arrondissement judiciaire).

(84) Hypothèse fort proche de celle — examinée ci-dessus (n° 14-15) — où un agent agit sans qualité en l'absence de la personne normalement habilitée à cette fin.

(85) M. LEROY, *op. cit.*, p. 386. C.E., arrêt n° 30.059 du 18 mai 1988, Paul, cité par O. DAURMONT et D. BATSSELÉ, « 1985-1989 : cinq années de jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux principes généraux du droit administratif », *A.P.T.*, 1990, p. 264.

(86) C.E., arrêt n° 104.010 du 26 février 2002, Babette.

(87) L'article 326 du Code judiciaire, tel que modifié par les lois des 28 décembre 1990 et 21 juin 2001 régit les hypothèses de délégations de magistrats des parquets pour l'exercice temporaire de fonctions autres que celles normalement liées à leur qualité et dispose qu'il peut être dérogé à l'exigence de consentement de l'intéressé lorsque les exigences liées à la continuité du service public le requièrent

(88) C.E., arrêt n° 67.284 du 2 juillet 1997, Heye *o/* Agence régionale pour la propreté « Bruxelles-Propreté » (duquel il ressort que l'argument déduit du principe de continuité du service public ne peut justifier une méconnaissance des dispositions réglementaires organisant la procédure à suivre lorsque les agents sont tenus de prester des heures supplémentaires).

(89) Sur l'évolution du droit de grève dans le secteur public, cf. B. LOMBAERT, « La grève des fonctionnaires ou la lente émergence d'un droit fondamental », *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en l'honneur de Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, pp. 516-540.

certaines institutions, le respect strict des dispositions régissant la nomination de titulaires de fonctions (90).

53. — Par ailleurs, la rétroactivité des effets d'un arrêt d'annulation prononcé par le Conseil d'Etat peut être remise en cause (ou tempérée) lorsqu'elle risquerait de compromettre la validité d'actes accomplis antérieurement à l'arrêt, par une autorité (ou l'un de ses collaborateurs), dont la nomination aurait précisément été annulée par le Conseil d'Etat (91).

54. — On épinglera également l'enseignement largement diffusé en jurisprudence suivant lequel une exception au principe de non-rétroactivité des lois (92), des règlements (93) et des actes administratifs (94) peut être admise lorsqu'elle permet notamment d'assurer la continuité du « service public ». En dépit de la confusion que peut éventuellement entretenir la terminologie (95), cet enseignement doit sans doute figurer au rang des précé-

(90) Ainsi en est-il, par exemple, du respect des exigences en matière linguistique dans la nomination de magistrats de l'Ordre judiciaire à Bruxelles. Cf., à ce propos, J. SOHIER, « La continuité du service public face aux règles coercitives sur l'emploi des langues : les tribunaux bruxellois dans l'ancre de Kafka », *J.T.*, 2000, pp. 243 et suiv. (et réf. jurisprudentielles citées); B. DEJEMEPPE, « La loi du 18 juillet 2002 relative à l'emploi des langues en matière judiciaire : un nouveau pari pour le bilinguisme des magistrats », *J.T.*, 2003, pp. 61 et suiv., spéc. n° 27. Un autre exemple de cette application du principe de continuité du service public est offert par la jurisprudence relative à la nomination dans l'emploi de directeur de l'enseignement supérieur non universitaires ou à la mutation dans l'emploi de directeur d'une école normale de l'Etat (C.E., arrêt n° 25.159 du 26 mars 1985, Volders, cité par O. DAURMONT et D. BATSELÉ, *op. cit.*, p. 264).

(91) C.E., arrêt n° 29.030 du 16 décembre 1987, L'Institut supérieur d'architecture de l'Etat « La Cambre », cité par O. DAURMONT et D. BATSELÉ, *op. cit.*, p. 264. Dans un ordre d'idées proche, et rejoignant la théorie du fonctionnaire de fait rappelée par ailleurs (*supra*, n° 16), cf. C.E., arrêt n° 3.592 du 14 juillet 1954, Darois, cité par Ch. HUBERLANT (*op. cit.*, pp. 683-684). Cf. égalit. P. LEWALLE, *Contentieux administratif...*, p. 948, n° 522; J. SALMON, *op. cit.*, p. 527.

(92) Ainsi qu'en témoigne une importante jurisprudence de la Cour d'arbitrage en cette matière. Cf., parmi bien d'autres décisions, les arrêts n° 25/2005 du 2 février 2005; 193/2004 du 24 novembre 2004; 109-111/2004 du 23 juin 2004; 73/2004 du 5 mai 2004; 30/2004 du 3 mars 2004 (*J.T.*, 2004, pp. 538 et suiv., avec obs. D. RENDERS « Une consolidation législative irrégulière, sinon par ses effets, du moins par son auteur »); 189/2002 du 19 décembre 2002; 49/98 du 20 mai 1998; 64/97 du 6 novembre 1997. D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, 2003, pp. 407-408.

(93) Cass., 22 octobre 1970 (arrêt commenté *supra*, n° 18-19); arrêt du 22 janvier 1996 avec les concl. de M. le premier avocat général J.-Fr. LECLERCQ, alors avocat général (*Pas.*, 1996, I, p. 91).

(94) Sans que, pour cette dernière catégorie, soient toujours distingués les actes à portée réglementaire, des actes individuels. C.E., arrêt n° 78.994 du 26 février 1999, Leococq; J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, sous la dir. de B. BLERO, Bruxelles, 1999, p. 639 (citant not. C.E., arrêt n° 17.412 du 3 février 1976, Casser).

(95) Confusion dont le risque apparaissait dès l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 22 octobre 1970 (cf. *supra* n° 19). Avec justesse, le Conseil d'Etat visait, à tout le moins dans un premier temps, le principe de la continuité des fonctions publiques, justifiant l'effet rétroactif d'un arrêté prorogeant le mandat de membres d'une commission administrative (arrêt n° 3263 du 26 mars 1954, Verbraeken).

cupations qu'inspire la permanence de l'Etat (96), bien plus que la continuité d'un « service public » au sens « économique » de la locution (97), la rétroactivité permettant notamment — lorsqu'elle est admise — d'assurer, par l'octroi avec effet rétroactif d'un fondement à des décisions qui en seraient dépourvues (98), la stabilité des situations juridiques acquises, gage d'une permanence des institutions.

Enfin, nous paraît également relever de la même inspiration le « privilège du préalable » (99) qui permet à une autorité administrative, « à la différence des particuliers » (100), de prendre une décision exécutoire sans que soit requise l'intervention préalable d'un juge (101), et en vertu duquel les recours (particulièrement juridictionnels) n'ont pas d'effet suspensif (102).

55. — Dans l'ensemble des cas brièvement évoqués, la continuité est plus largement synonyme d'un souci de stabilité des autorités (et des effets de leur action), et de permanence dans l'exercice de leurs prérogatives dites « de puissance publique » (103), particulièrement lorsque ces autorités prennent des décisions contraignantes à l'égard de personnes qui n'ont pas manifesté leur consentement. La stabilité et la permanence sont présentées comme les corollaires de l'Etat de droit (104), sans lesquels celui-ci ne pourrait être effectivement assuré. Dans un Etat où l'exercice des pouvoirs est

(96) En ce sens, et précisément à propos de l'article 108 (anc.67) de la Constitution dont il était question dans l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 22 octobre 1970 (*supra*, n° 19), cf. E. VAN HOYDONCK, « Het artikel 130 van de Grondwet als algemene grondslag van het bestendigheidsbeginsel in het administratief recht », *T.B.P.*, 1992, p. 80.

(97) Cf. *infra*, n° 57.

(98) Lorsqu'il s'agit, par exemple, de combler le vide juridique créé par un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat (J.-Fr. LECLERCQ, concl. préc. Cass., 22 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 91, n° 6, et réf. citées).

(99) P. LEWALLE, *Contentieux administratif...*, p. 24. Sur ce que ces privilèges de l'administration nourrissent depuis quelque temps un débat assez animé, cf. M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, 2001, et P. GOFFAUX, *L'ineexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Bruxelles, 2002.

(100) Cf. les conclusions de M. le premier avocat général J.-Fr. LECLERCQ, alors avocat général, préc. Cass. 7 décembre 1998 (*Pas.*, 1998, I, p. 1184).

(101) J. JAUMOTTE, *op. cit.*, p. 634, note 229.

(102) P. LEWALLE, *Contentieux administratif...*, p. 277.

(103) Il n'est pas indifférent de relever que le souci de permanence est exprimé dans les domaines les plus traditionnels d'intervention de l'Etat, en lesquels s'exercent les fonctions normatives, administratives, juridictionnelles, de police ou encore liées à la conduite des relations internationales.

(104) E. VAN HOYDONCK, *op. cit.*, p. 78. Cette référence à l'Etat de droit n'échappe d'ailleurs pas à un certain paradoxe (apparent, à tout le moins), là où l'effet absolu de principe de permanence des pouvoirs et autorités constitués (permettant, en quelque sorte, d'« effacer » les irrégularités dont seraient entachés les actes d'autorités publiques) paraît naturellement s'opposer à la notion d'Etat de droit, synonyme de soumission des pouvoirs, compétences et devoirs par lesquels l'Etat agit, à certaines règles (F. DUMON, « De l'Etat de droit » discours prononcé le 3 septembre 1979 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, *J.T.*, 1979, p. 473). Pour Ph. QUERTAINMONT, « le principe de l'Etat de droit signifie que les droits des individus, les obligations des autorités publiques et l'ensemble des rapports entre les individus et ces autorités se fondent sur la norme juridique et sont donc liés par la règle de droit » (« Le déclin de l'Etat de droit », *J.T.*, 1984, p. 72).

déterminé par (ou en vertu de) la Constitution et où les auteurs de celle-ci se sont laissé guider par un souci de stabilité (105), il n'est pas exclu de faire reposer le principe de permanence des pouvoirs et autorités constitués sur un fondement constitutionnel (106) qui justifie, par ailleurs, que les autorités concernées ne puissent prétendre à une maîtrise de leur fonctionnement ou de leur action, allant, le cas échéant, jusqu'à leur anéantissement ou à un désengagement; il ne pourrait être question de mettre en balance la continuité avec une faculté de renonciation à l'exercice des prérogatives. L'application de cet autre pilier de la théorie du service public qu'est la loi du changement est ici exclue (107).

3.1.2. La continuité du service public sensu stricto

56. — L'exigence de continuité permet également de faire obstacle à des décisions (principalement juridictionnelles) dont la mise en œuvre aurait pour effet de compromettre l'offre d'un service public. L'impossibilité d'agir que tend à prévenir la référence au principe de continuité est fonctionnelle; c'est celle qui résulterait, par exemple, de la saisie de biens affectés à l'activité de service (108). Ainsi que l'a déjà suggéré l'examen de la jurisprudence de la Cour, cette invocation de la continuité tient le prestataire de service public relativement éloigné des voies d'exécution forcée; de même, pourrait-elle lui permettre d'échapper au risque d'une déclaration de faillite (109). Dans un ordre d'idées assez proche, ce souci d'assurer la continuité dans l'offre d'un service immunise le prestataire contre certaines

(105) Dont témoigne notamment l'article 187, aux termes duquel « la Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie ».

(106) E. VAN HOOYDONCK (*op. cit.*) montre d'ailleurs comment les art. 108 et 187 (anc. 87 et 130) de la Constitution peuvent constituer ce fondement.

(107) Comp. *infra*, n° 57 et E. VAN HOOYDONCK, *op. cit.*, p. 87.

(108) C'est par le biais de l'insaisissabilité des biens affectés au service public que l'idée de continuité alimente la théorie de la domanialité publique (M.-A. FLAMME, *Droit administratif...*, t. II, p. 1041; A. MAST (+), J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, pp. 279-281).

(109) Tel est, à tout le moins, le cas des entreprises publiques auxquelles s'applique la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et qui, en vertu de l'article 8 de cette loi, échappent au risque d'une déclaration de faillite (D. DEOM, « Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes », *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Bruxelles, 1992, p. 145). S'agissant, en revanche, d'entreprises publiques que le législateur ne soustrait pas explicitement à ce risque de déclaration de faillite, mais dont les actes sont néanmoins tenus pour commerciaux en vertu de la loi organique, il conviendra peut-être d'appréhender la question dans un premier temps par le biais de l'immunité d'exécution des personnes publiques (cf., à ce propos, les réflexions intéressantes proposées par R. ERGEC et H. DELWAIDE, « Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite? », *J.T.*, 1995, pp. 713-717).

sanctions qui peuvent être infligées aux personnes morales (110); tel est le cas de la confiscation spéciale (C. pén., art. 7bis), de la dissolution (C.pén., art. 7bis, al. 2, 1°) (111), de l'interdiction, temporaire ou définitive, d'exercer une activité relevant de l'objet social (C. pén., art. 7bis, al. 3, 2° et 3°, 36 et 37) et de la fermeture, temporaire ou définitive, d'un ou plusieurs établissements (C. pén., art. 37). Enfin, certains voient encore une application du principe de continuité du service public dans le pouvoir de réquisition (112).

57. — Dans cette catégorie de représentations de l'idée de continuité, la notion de service public s'entend manifestement dans son acception matérielle; il ne s'agit pas d'assurer la permanence de fonctionnement d'une « institution publique », mais bien la continuité d'une activité de service (113). La dimension « économique » (114) de l'activité de service va amener à répandre l'idée de continuité hors de toute référence aux fonctions étatiques traditionnelles (115), aux prérogatives de puissance publique, et, partant, à un idéal de l'Etat de droit dont l'architecture et la stabilité sont garanties par certains principes et dispositions constitutionnels. Il ne nous paraît donc pas adéquat, dans cette catégorie de lieux d'expression,

(110) Cette immunité à l'égard de certaines peines ne doit pas être confondue avec l'immunité « absolue » de responsabilité pénale dont jouissent les collectivités publiques visées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal (*infra*, note 125). Cf., à ce propos, M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges 2005, pp. 24-35, n° 6-13; A. MASSET, « La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée », *J.T.*, 1999, pp. 653-660, spéc. p. 655, n° 9-10; St. VAN GARSSSE, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 347-359, spéc. pp. 348-350.

(111) Il convient de noter qu'à la différence des autres sanctions pénales citées dans la présente note, l'interdiction de prononcer la dissolution ne bénéficie qu'aux seules personnes de droit public et à raison de cette qualité. Les conséquences sont donc de deux ordres : d'une part, ce n'est pas à raison du caractère de service public des activités exercées, mais à raison de son profil, que la personne échappera au risque de dissolution; d'autre part, les personnes de droit privé exerçant des missions de service public ne bénéficieront pas de cette immunité, ce qui paraît, à tout le moins, partiellement contradictoire au souci qui a commandé de leur faire échapper à certaines sanctions à raison des enjeux liés à leurs missions de service public.

(112) A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif...*, p. 84; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur...*, pp. 88-90. La solution nous paraît incertaine (sauf lorsqu'il s'agit de la réquisition de personnes pour faire face à une situation de grève), d'autres auteurs attachant ce pouvoir de réquisition aux nécessités impérieuses de l'intérêt général, sans, pour autant, le faire procéder d'une préoccupation spécifique de continuité (O. WERY, « L'appropriation des biens immeubles par les pouvoirs publics : le vieux (et dangereux ?) concept de la réquisition remis au goût du jour », *A.P.T.*, 2001, pp. 26 et suiv.; A. MAST (+), J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, pp. 307-309). Nous restons cependant conscient de ce que l'articulation entre le souci « générique » de la nécessité inhérente à l'intérêt général, d'une part, et la préoccupation « spécifique » de continuité ne se laisse pas appréhender aisément. Ainsi, la situation des gouvernements et autorités « de fait » a-t-elle pu être considérée au regard tant de l'exigence de continuité (*supra*, n° 16) que de nécessités plus larges (M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *R.D.P.*, 1945, pp. 85-87).

(113) Ph. COENRAETS et D. DELVAX, *op. cit.*, pp. 677 (n° 3, *in fine*), 679 et 681 (n° 12).

(114) Au sens large, de « réponse à un besoin », qu'il s'agisse d'un besoin d'ordre matériel, social, culturel,...

(115) Cf. *supra*, n° 55.

de faire reposer l'idée de continuité sur un fondement constitutionnel (116); elle découle plutôt des lois du service public, « inventées » par la doctrine française, « importées » dans l'enseignement du droit administratif belge par Buttgenbach et progressivement élevées au rang de principes généraux du droit par la jurisprudence, principalement du Conseil d'Etat et des cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire. Dans le même ordre de comparaison avec la permanence des pouvoirs et autorités constitués, on observe que l'exigence de continuité de l'activité de service ne fait pas obstacle à la faculté qu'a l'autorité publique de renoncer à l'offre d'un service public qui ne répondrait plus à un besoin d'intérêt général (117); les effets de la loi de continuité peuvent ainsi être neutralisés (ou limités) par ceux de la loi du changement. Ici encore (118), l'effet de l'exigence de continuité joue de manière sensiblement plus relative que lorsque est en cause la permanence des pouvoirs et autorités constitués.

58. — Par ailleurs, depuis quelque temps, est entretenue (ou réhabilitée) l'idée suivant laquelle la continuité représenterait une caractéristique essentielle du service offert au public (119); le législateur semble d'ailleurs témoigner de sa volonté d'adhérer à cette thèse. Tel est notamment le cas dans certains secteurs (120) où les mouvements de libéralisation ont conduit à réaffirmer les exigences du service public. Plus fondamentalement, serait

(116) A la différence du principe de permanence des pouvoirs et autorités constitués (cf. *supra*, n° 55).

(117) Faculté dont elle jouit en vertu de cette autre loi du service public qu'est la loi du changement.

(118) On a vu, par ailleurs, que l'exigence de continuité s'appréciait *in concreto* lorsqu'il s'agit de mesurer l'étendue de l'immunité d'exécution (cf. *supra*, n° 30), ce qui en relativise l'effet.

(119) Analysant ce qu'elle considère relever, à une certaine époque, d'une dérive des fondements du service public, M.-J. GUÉDON observe avec pertinence qu'alors « il s'agit moins pour les pouvoirs publics de satisfaire des besoins sociaux considérés comme irréductibles, que de formuler des frontières en fonction de ce qui est déclaré par eux, de manière contingente, comme économiquement possible. Le corollaire de cette conception est clair : les règles du service public, qui lui donnent sa consistance par rapport à toute autre activité, servent davantage les pouvoirs publics que les intéressés qu'elles sont censées [sic] protéger dans leurs droits, c'est-à-dire les administrés. Les principes d'égalité, de continuité ont subi de nets infléchissements [...] et le principe d'adaptation surtout a été pratiquement détourné de son sens. Il a de plus en plus servi de couverture à une restriction des services pour cause économique, et a donc été utilisé en vue d'adapter les besoins à la gestion et non l'inverse » (*op. cit.*, p. 10).

(120) Ceux de l'énergie (cf. not. D. YERNAULT, « L'impact pour les communes de l'évolution de la notion de service public dans les secteurs de l'eau et de l'énergie », *Rev. Dr. Com.*, 2002, pp. 80-124), ou des communications électroniques (Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *Mon. b.*, 20 juin 2005; cf. not. l'art. 21 de l'annexe, relatif à l'accessibilité permanente au service d'assistance, ainsi que l'art. 25 de l'annexe, limitant le délai de réparation des dérangements affectant les postes téléphoniques publics), par exemple.

ainsi exprimé le souci de garantir un accès largement ouvert et permanent au bénéfice de prestations de service public ou d'intérêt général (121).

59. — Apparemment inédite au regard des applications plus « traditionnelles » du principe de continuité, dont il a été question précédemment, et contraire à la solution retenue dans l'arrêt annoté, cette approche n'en est pas, pour autant, révolutionnaire, prévalant de longue date dans divers enseignements doctrinaux ou jurisprudentiels (122). Rien n'exclurait donc qu'elle puisse donner lieu à une application du principe de continuité aux termes de laquelle la prétention de l'usager au bénéfice de prestations de service public emporte, dans une mesure comparable, une prétention à l'offre continue de ce service. Cette conception que nous paraissent renforcer certaines évolutions récentes (123) n'est d'ailleurs nullement incompatible avec celle dont il est question dans le privilège d'immunité « relative » à l'égard des voies d'exécution forcée ou la protection à l'égard de certaines sanctions pénales : si la continuité du service justifie l'immunisation contre les entraves à l'offre de service, c'est précisément parce que ce service doit être assuré de façon ininterrompue et que la continuité lui est donc inhérente.

(121) Préoccupation que traduit notamment l'émergence, sous l'effet du droit européen, de la notion de « service universel ». Sur l'articulation entre cette dernière notion et l'exigence de continuité, cf. not. L. ORTEGA, « Services publics et usagers des services dans l'Union européenne », *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, 2004, p. 479-483.

(122) Ainsi, A. BUTTGENBACH voit-il une application du principe de continuité du service public (dont on peut difficilement soutenir qu'elle ne bénéficie pas *in fine* à l'usager) dans la clause d'un contrat de concession de distribution d'eau en vertu de laquelle en cas d'interruption totale ou partielle du service, la ville prendra immédiatement, aux frais du concessionnaire, les mesures nécessaires à assurer la reprise et la continuation du service (*Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, éd. 1952, p. 424, n° 501ter). Il y a lieu, par ailleurs, de relever une décision intéressante du Président du Tribunal de première instance de Liège dans le cadre d'un litige suscité par des actions de grève en milieu scolaire : tout en refusant d'adhérer à la thèse de parents d'élèves, qui considéraient que la grève était interdite dans le secteur public et ne pouvait donc dispenser un établissement d'enseignement de son obligation d'assurer régulièrement les cours, le président du tribunal avait néanmoins admis, d'une part, qu'il existe un droit subjectif à l'enseignement et, d'autre part, que l'activité de service public que constitue l'enseignement devait être assurée de façon continue (5 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1435), ce qui témoigne de ce que l'exigence de continuité est considérée comme inhérente à l'activité de service public et peut bénéficier à l'usager. En France, J. CHEVALLIER enseigne que « si les pouvoirs publics ont jugé utile de prendre en charge une activité, c'est parce qu'il y avait un besoin impérieux à satisfaire. Il serait inconcevable que l'Administration n'assure pas la satisfaction de ce besoin en faisant fonctionner le service par à-coups, en permettant des interruptions dans la marche du service » (*Le service public*, Paris, 1971, p. 41, et réf. citées); en ce sens, cf. également A. DUPIÉ qui analyse la prétention du citoyen au bénéfice de prestations continues comme un des aspects du principe de continuité (« Le principe de continuité des services publics », *Sur les services publics...*, pp. 39-54).

(123) Cf. *infra*, n° 73-78.

3.1.2. Vers la reconnaissance de deux principes?

60. — Le lecteur ne manquera pas de dénoncer les faiblesses d'une répartition, en deux catégories, des illustrations de l'idéal de continuité telles que recensées ci-dessus. Certaines pourraient bien afficher une « double » appartenance; tel est particulièrement le cas des applications liées à l'organisation des activités des collaborateurs des autorités ou institutions concernées (124) et, dans une mesure plus incertaine, à la responsabilité pénale des personnes morales (125). D'autres applications voient leur qualité (au regard du *distinguo* que nous proposons) conditionnée par les

(124) Dès lors que leur activité peut, tantôt, contribuer à l'exercice de fonctions d'autorité servant l'Etat de droit dont la permanence doit être assurée, tantôt, relever d'un service dont le public doit pouvoir bénéficier de façon continue et régulière. S'agissant, par exemple, de l'interdiction d'exercice du droit de grève qui touchait naguère les travailleurs du secteur public, on notera qu'elle représentait initialement l'une des expressions de l'idée de permanence des institutions et, plus fondamentalement, de l'Etat de droit, à raison des effets néfastes d'une action de grève sur l'exercice des fonctions étatiques traditionnelles d'autorité; un débat tenu à la Chambre des représentants en 1920 est précisément révélateur de ce que l'interdiction de grève est conçue comme découlant du caractère particulier des fonctions d'autorité; interpellé sur une éventuelle reconnaissance du droit de grève des instituteurs, le Ministre Destrée s'y oppose en des termes très clairs, s'autorisant d'une distinction « élémentaire en droit public et administratif » entre agents d'autorité et agents de gestion et considérant l'instituteur comme agent d'autorité; si la qualification d'agent d'autorité reconnue à l'instituteur peut aujourd'hui paraître anachronique, les considérations plus générales dont le ministre Destrée assortissait son analyse du cas spécifique des instituteurs méritent d'être rappelées : le ministre y tenait « pour chose certaine » que « plus l'autorité qui s'incarne dans un fonctionnaire est considérable, plus le droit de grève a des objections, et plus son exercice devient inconcevable »; relevaient à son estime de cette situation l'agent de police, le gendarme, le procureur du Roi ou encore le magistrat (extraits du débat reproduits dans *Rev. Adm.*, 1919-1920, pp. 341-356 spéc. 346-347). Depuis lors, on constate cependant que, même à l'écart de ces fonctions traditionnelles, liées à l'exercice de la puissance publique, la grève suscite la méfiance (ou, à tout le moins, la préoccupation) à raison des menaces qu'elle fait peser sur la continuité des services auxquels les usagers peuvent prétendre. Cf., en ce sens, la proposition de loi visant à garantir un service minimum dans le cadre des missions de service public et des missions d'intérêt général, déposée par D. Bacquelaime et cons. (Ch. Repr., s.o., 2003-2004, Doc 51-0604/001).

(125) Si l'interdiction d'infliger certaines peines à des personnes morales (privées ou publiques) chargées de missions de service public procède manifestement du souci d'éviter toute entrave à la continuité de ces services, l'immunité pénale « absolue » dont jouissent les collectivités publiques visées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, ne s'explique sans doute pas par ce souci de continuité; tout au plus, pourrait-elle — mais l'analyse reste très incertaine — être rapprochée du principe de permanence de l'Etat, par les considérations justifiant cette immunité, et aux termes desquelles ces collectivités « ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique » (C.Arb., arrêt n° 8/2005 du 12 janvier 2005). Sur cette immunité très controversée et les interrogations qu'elle suscite, cf. not. M. NIHOUL, « La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage », obs. sous C. Arb., arrêt n° 8/2005 du 12 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 600-606.

incertitudes terminologiques entourant les activités des institutions ou autorités concernées (126).

61. — En dépit des objections que peut susciter notre démarche, l'identification de deux principes procédant d'une idée commune de continuité est commandée par les profils parfois sensiblement différents des applications de cette idée; elle devrait contribuer à dissiper quelque peu la confusion provoquée par une approche globale et uniforme des illustrations d'un principe « unique » de continuité du service public (127). La brève analyse des caractéristiques des lieux d'expression, que nous proposons dans les lignes suivantes, devrait d'ailleurs bien souvent ramener le lecteur à cette ventilation. Enfin, la distinction que nous proposons de ménager entre le principe de permanence des pouvoirs et autorités constitués et le principe de continuité du service public (128) ne devrait apparaître que comme la réhabilitation d'un souci affiché naguère en ce sens : nul n'a oublié la double référence de laquelle s'autorisait le procureur général Ganshof van der Meersch en visant les principes de « permanence de l'Etat », d'une part, et de « permanence de la fonction et du service publics », d'autre part (129).

(126) S'agissant, par exemple, du fonctionnement de la justice, l'approche traditionnelle des fonctions juridictionnelles conduit naturellement à associer l'idée de continuité au principe de permanence des pouvoirs et autorités constitués, alors qu'une conception plus récente, traduite par l'expression de « service public de la justice », inciterait à voir dans l'exercice de ces fonctions la substance d'un service offert à la population et régi, à ce titre, par le principe de continuité du service public.

(127) Le ton critique que nous adoptons à l'égard de cette approche « globale » ne doit pas faire perdre de vue que celle-ci est profondément déterminée par des conceptions traditionnelles de l'Etat et de ses relations avec l'individu. Ainsi, comme le suggère fort bien L. ORTEGA, les caractéristiques de l'Etat (particulièrement sa dimension hégémonique) en tant qu'il exerce des fonctions d'autorité, ont été transférées et gardées intactes dans les fonctions de gestion, telles les prestations de service à caractère économique, social ou culturel (*op. cit.*, p. 487). Il n'est donc pas surprenant que l'idée de permanence inhérente à l'Etat de droit ait été considérée indistinctement, selon qu'elle est exprimée au travers du principe de permanence des pouvoirs ou autorités constitués ou du principe de continuité du service public. On ne s'étonnera pas davantage que cette idée de permanence (ou de continuité) nécessaire à l'exercice des fonctions d'autorité ait été exclusivement vouée — dans son application aux fonctions de gestion — à la reconnaissance de prérogatives au seul bénéfice des prestataires de service public. A l'actuelle remise en cause de ces privilèges et prérogatives pourrait fort bien correspondre la reconnaissance d'un nouvel (ou, à tout le moins, deuxième) aspect du principe de continuité, relatif au droit de l'usager à un service continu (*cf. supra*, note 74).

(128) Que nous désignons parfois en l'assortissant de l'expression *sensu stricto*.

(129) « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit » discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1970, *J.T.*, 1970, p. 581. On observera qu'un même souci de distinguer (ou, à tout le moins, de concevoir l'articulation entre) les deux principes découlant de l'idée de continuité ressort de l'enseignement de M. l'auditeur général Ph. BOUVIER, pour qui le principe de permanence de l'action des pouvoirs publics a pour « corollaire » la loi de continuité du service public (*op. cit.*, pp. 43 et 86); J. JAUMOTTE prend également soin d'articuler le principe de continuité du service public avec le principe de permanence de l'Etat (*op. cit.*, pp. 633-634).

3.2. *Fonctions et effets
des principes de continuité et de permanence*

62. — FONCTION SUPPLÉTIVE. — Les principes généraux du droit offrent au juge (constitutionnel, administratif ou judiciaire) les matériaux utiles à la solution des litiges soumis à sa juridiction, que le constituant et le législateur ne lui ont pas explicitement offerts ou ont abandonnés à sa très large interprétation (130). Telle est la fonction supplétive généralement attribuée aux principes généraux (131); elle est remplie par les principes de continuité liés aux autorités constituées ou aux activités de service public. Ce caractère supplétif des principes généraux ne se traduit pas, dans le chef de ceux qui y font appel, par une créativité sans borne : outre que les principes sont généralement inspirés d'un cadre normatif (lacunaire, certes, mais ayant néanmoins valeur de référence) (132), ils ne seront appliqués que dans la mesure où le législateur n'y a pas dérogé (133) ou ne les a pas aménagés. L'exemple le plus significatif est évidemment celui de l'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public, dont le régime fait aujourd'hui l'objet de l'article 1412*bis* du Code judiciaire : cette disposition édicte les conditions auxquelles la saisie de biens appartenant à une personne publique pourra être ordonnée; elles sont plus strictes que celles qui découlent d'une application du principe général de continuité du service public : là où ce principe conduit à admettre une voie d'exécution forcée lorsqu'elle n'apparaît pas de nature à entraver la continuité du service (134), l'article 1412*bis* du Code judiciaire n'admet la saisie de bien qu'à la condition qu'ils soient manifestement inutiles à l'exercice des missions de la personne publique ou à la continuité du service public (135); celui-ci reste, par ailleurs, applicable aux autres modes d'exécution forcée non régis par la loi (136).

63. — FONCTION JUSTIFICATIVE. — Les principes de continuité peuvent également remplir une fonction justificative : l'idéal de continuité apparaît comme motivant le sens, les effets ou les modalités d'application d'une décision prise par une autorité publique. Ainsi en est-il, par exemple, de l'at-

(130) O. DAURMONT et D. BATSELÉ, *op. cit.*, p. 264, n° 6.

(131) J. JAUMOTTE, *op. cit.*, pp. 608-609; Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Ann. Dr. Lv.*, 1996, p. 282; P. LEWALLE, « Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge », *A.P.T.*, 1995, p. 55.

(132) Ch. HUBERLANT, *op. cit.*, p. 676.

(133) Il est d'enseignement constant que les principes généraux (parmi lesquels ceux qui ont trait à la permanence des autorités et à la continuité du service public) ne peuvent prévaloir sur une règle légale précise (J. JAUMOTTE, *op. cit.*, pp. 608 et 634); cf. *infra*, note 149.

(134) Avec toutes les difficultés que peut, du reste, susciter l'appréciation de l'entrave à la continuité du service (Ph. COENRAETS et D. DELVAX, *op. cit.*, pp. 680 (n° 9) et 681 (n° 12, *in fine*).

(135) Sans préjudice de l'autre hypothèse, visée par l'art. 1412*bis* du Code judiciaire, où les biens saisis figurent sur une liste établie par l'autorité concernée, qui les considère comme pouvant être saisis.

(136) Concl. de M. l'avocat général X. DE RIEMAECKER, préc. Cass., 24 avril 1998, *Pas.*, 1998, p. 491. S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, pp. 639-640.

teinte portée à la règle de la non-rétroactivité des lois, des règlements et des actes administratifs, que peut justifier le souci de garantir la continuité du service public (137).

64. — PERTINENCE D'UNE DISTINCTION ENTRE LES FONCTIONS SUPPLÉTIVE ET JUSTIFICATIVE. — La distinction entre les fonctions supplétive et justificative paraîtra futile à ceux pour qui toutes deux s'exercent fréquemment de concert. En soulignant néanmoins cette dimension « justificative » des principes de permanence et de continuité, il nous est donné de rappeler que, dans de nombreux cas, le secours de ces principes est invoqué, non pour combler une lacune, mais pour dépasser (et, partant, effacer) l'antinomie (alléguée ou avérée) entre l'acte d'une autorité publique et les normes supérieures auxquelles il doit se conformer. Nul ne s'étonnera de ce que, dans le chef de nombreuses autorités administratives ou de leurs collaborateurs (138), la référence maladroite au « principe de continuité du service public » confine à l'endémisme. On ne sera pas davantage surpris de ce que, sous couvert d'un principe présenté comme monolithique par confort terminologique, soient déclinées d'innombrables applications, qui entretiennent la confusion soulignée en guise d'introduction, « le » principe de continuité du service public n'apparaissant finalement qu'à la manière d'un « pot-pourri » duquel se dégagent de vagues relents et qui ne suscite que de vagues impressions.

65. — EFFET DÉROGATOIRE. — Les principes de continuité produisent un effet dérogatoire (139), affranchissant les personnes morales de droit public (et, dans une relative mesure, certaines personnes de droit privé) à l'application de mécanismes de droit commun auxquels elles sont normalement soumises (140). Cet effet dérogatoire joue essentiellement dans l'application du principe de continuité du service public *sensu stricto*; s'agissant du principe de permanence des pouvoirs et autorités constitués, seul le privilège du préalable évoqué ci-dessus (141) nous paraît illustrer cet effet. Les autres applications de ce principe de permanence des pouvoirs et autorités reflètent davantage un aspect absolu.

66. — EFFET ABSOLUTOIRE. — L'effet absolu du principe de permanence permet à celui-ci de neutraliser les conséquences néfastes qu'aurait l'irrégularité d'une décision sur sa mise en œuvre. Un acte à première vue irrégulier et susceptible d'encourir la censure d'une autorité juridictionnelle échappera à ce sort au nom du principe de permanence; on aperçoit d'em-

(137) D. RENDERS, *La consolidation législative...*, p. 64.

(138) On se souviendra de la situation de ce chauffeur de bus qui, pour échapper à l'obligation, en cas d'accident de la circulation, de rester sur place pour procéder aux constatations nécessaires, avait invoqué le principe général de continuité du service public (Civ. Bruxelles (16^e ch.), 14 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 156).

(139) M. NIBOUL, *Les privilèges du préalable...*, p. 93, note 319, citant D. DĚOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, 1990, n° 280, p. 429.

(140) Sous réserve, évidemment de l'intervention du législateur traduisant en des dispositions particulières, l'idéal de continuité.

(141) N° 54.

blée l'articulation privilégiée (142) entre la fonction justificative du principe de permanence et son effet absolu (143). Par ailleurs, la gravité de cet effet, dans un État de droit qu'est censée gouverner l'exigence de légalité (144), justifie qu'il ne joue pas automatiquement. Tant le Conseil d'État que la Cour de cassation font traditionnellement preuve de grande prudence dans l'application des principes en cause (145).

67. — CARACTÈRE AUTOMATIQUE OU CONDITIONNEL DES EFFETS. — A raison de l'importance des effets qu'ils produisent, les principes de permanence et de continuité ne jouent pas automatiquement. Leur efficacité dépendra de la conviction qu'aura le juge (judiciaire ou administratif) du bien-fondé de leur invocation. Alibis pour l'autorité délibérante, ces principes offriront au juge un étalon utile à la solution du litige soumis à sa juridiction. Cette dimension est évidente quand le juge (judiciaire) doit examiner l'incidence du principe de continuité du service public sur l'immunité (aujourd'hui relative) de certaines personnes à l'égard des voies d'exécution forcée : le bénéfice de cette immunité sera reconnu au terme d'un contrôle qu'organisent les dispositions particulières (art. 1412bis du Code judiciaire, par exemple) ou, à défaut, le principe de continuité. De même, le Conseil d'État et la Cour de cassation n'accepteront-ils de neutraliser les effets de l'irrégularité d'un acte soumis à leur contrôle qu'avec circonspection. Ainsi, parmi bien d'autres exemples (146), le vice d'incompétence ne sera-t-il pas effacé au nom du principe de permanence si l'acte pris en l'absence de l'autorité normalement compétente, l'a été au mépris de dispositions qui eus-

(142) Mais non exclusive, l'effet absolu pouvant être produit par la fonction supplétive (cf. *supra*, n° 14-15, à propos des arrêts rendus par la Cour de cassation les 10 janvier 1950 et 8 janvier 1952).

(143) Est, à cet égard, révélatrice l'analyse de D. RENDERS, pour qui l'admissibilité — au nom de la continuité du service public — du caractère rétroactif d'un acte administratif est liée à la tolérance du juge administratif (*La consolidation législative...*, pp. 64-65).

(144) P. LEWALLE, « Le principe de proportionnalité... », p. 54.

(145) A la faveur de deux arrêts des 7 janvier 1946 (*Pas.*, 1946, I, p. 9) et 27 janvier 1950 (*Pas.*, 1950, I, p. 362) qui n'invoquent pas le principe de permanence mais procèdent d'une inspiration fort proche, la Cour de cassation, après avoir constaté l'illegalité d'un arrêté pris par un bourgmestre seul et établissant des centimes additionnels au profit de la commune, va refuser d'admettre que l'impossibilité de réunir le conseil communal (normalement compétent quant à ce), ait pu avoir pour effet d'habiliter le bourgmestre à agir seul, alors que, par l'application de diverses dispositions, cet arrêté aurait dû être pris par le collège des bourgmestres et échevins, lequel — en dépit des circonstances qui affectaient certains de ses membres — n'était pas dans l'impossibilité de se réunir. Cf. également les arrêts n° 63.580 du 13 décembre 1996 et 91.255 du 30 novembre 2000, du Conseil d'État, évoqués *infra* (note 147).

(146) On relève, sur le plan des formalités au respect desquelles est subordonnée la validité d'un acte, que la méconnaissance d'une procédure tendant, par la voie de dispositions réglementaires, à régir les obligations exceptionnelles (prestations supplémentaires, en l'occurrence) des membres du personnel d'un organisme d'intérêt public, ne peut être impunément et « facilement » couverte par la seule invocation du principe de continuité du service public (C.E., arrêt n° 67.284 du 2 juillet 1997, Heye). De même, observera-t-on que le souci d'éviter une « paralysie » de l'exercice de prérogatives reconnues à l'exécutif par le législateur ne peut justifier que soit « minée » la répartition — d'ordre public — des compétences entre les différentes autorités administratives (C.E., arrêt n° 76.755 du 29 octobre 1998, Ville de Bruxelles).

sent pu être appliquées sans compromettre la permanence des institutions (147). De même, le Conseil d'État ne se laisse-t-il pas séduire par l'argument déduit de la continuité du service public pour justifier des nominations à titre définitif survenues en l'absence de cadre linguistique et sans que soit démontrée la nécessité de nommer à titre définitif au lieu de pourvoir à des désignations temporaires (148).

68. — Enfin, la mise en œuvre des principes concernés et le jeu de leurs effets ne seront admis que dans la mesure où ils ne prévalent pas sur une disposition légale précise (149) et que pour autant qu'ils se concilient avec d'autres principes éventuellement en jeu ; ainsi, l'application des principes issus de l'idée de continuité ne peut-elle neutraliser l'effet d'autres principes gouvernant l'action des pouvoirs publics ; tel sera le cas des principes de la sécurité juridique (150), de l'égalité et de la non-discrimination (151), de la proportionnalité (152) ou bien encore du respect des droits de la défense (153).

3.3. Les destinataires

des principes de continuité et de permanence

69. — En rappelant que le principe général du droit de la continuité du service public tend uniquement à assurer la permanence des institutions

(147) Le Conseil d'État refuse d'admettre, au nom du principe de continuité du service public, la validité d'une décision d'octroi d'un permis d'urbanisme, signée par un architecte-chef de service pour le fonctionnaire délégué absent, alors que des dispositions régissent expressément l'exercice des pouvoirs et compétences du fonctionnaire délégué en son absence (arrêt n° 91.255 du 30 novembre 2000, Buelens et Clerebaut). Dans un ordre d'idées fort proche, cf., dans le contentieux scolaire, C.E., arrêt n° 63.580 du 13 décembre 1996, Wagner).

(148) Arrêt n° 84.994 du 1^{er} février 2000, Bogaert et cons.

(149) J. JAUMOTTE, *op. cit.*, p. 634. Evident, s'il s'agit d'activer la fonction supplétive des principes, cet enseignement le sera moins lorsque sera en jeu la fonction justificative tendant à provoquer l'effet absolu, puisqu'il est alors précisément question de neutraliser les conséquences d'une illégalité, en faisant primer le principe de continuité.

(150) Susceptible d'être contrarié par le caractère rétroactif d'une loi ou d'un acte administratif, ce caractère fût-il justifié au nom de la continuité du service public (cf. not. C.E., arrêt n° 108.601 du 28 juin 2002, a.s.b.l. Les cliniques Saint-Joseph).

(151) Si la nécessité de désigner provisoirement un agent à l'exercice de fonctions dirigeantes peut être justifiée par le principe de continuité du service public, elle ne peut dispenser l'autorité qui procède à cette désignation du respect des principes d'égalité et de non-discrimination qui lui imposent de procéder à une comparaison effective des titres et mérites des agents susceptibles de pouvoir être nommés, et justifier, par cette appréciation, la désignation opérée (C.E., arrêt n° 100.542 du 6 novembre 2001, Tribels).

(152) Évoqué par R. ERGEC et H. DELWAIDE rappelant que l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques peut porter atteinte aux droits de leurs créanciers (particulièrement le droit à la propriété consacré par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) et qu'il convient donc d'apprécier la situation au regard de l'idée de proportionnalité (*op. cit.*, p. 717, n° 28).

(153) Le Conseil d'État décide que, s'il appartient à une autorité administrative d'organiser ses services afin d'assurer la continuité de ses activités, rien ne l'autorise à prononcer à l'encontre d'un des agents collaborant à ces activités une peine disciplinaire sans avoir entendu la personne concernée (arrêt n° 99.524 du 5 octobre 2001, Thonon).

publiques et de leur fonctionnement, l'arrêt annoté incite à se demander si ce principe s'applique exclusivement aux institutions publiques ou, en d'autres termes, si elles seules peuvent revendiquer le bénéfice de ses effets. La question est évidemment délicate puisqu'elle porte sur cette notion d'« institutions publiques » dont la fluidité déconcertante embarrasse depuis des décennies les praticiens du droit public, mais également parce qu'elle est posée dans un contexte où il n'est pas surprenant qu'un bénéficiaire en cache un autre, et où il peuvent fort bien ne se laisser identifier que progressivement, à la manière de poupées russes (154).

70. — L'enseignement de la Cour appelle une approbation dépourvue de toute réserve lorsqu'est en jeu l'application du principe de permanence des pouvoirs et autorités constitués, et pour autant que soient visées les autorités disposant de prérogatives de puissance publique leur permettant notamment de prendre des décisions contraignantes à l'égard de personnes qui n'ont pas manifesté leur consentement. La proximité avec la notion si débattue d'« autorité administrative » est évidente, même si elle n'est pas exclusive, la notion d'institution publique englobant de toute évidence les organes des pouvoirs législatif (155) et judiciaire.

71. — En revanche, dans les cas où, comme en l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt annoté, sont en jeu l'activité de service prestée au profit de l'usager et le principe de continuité ainsi limité, l'enseignement de la Cour n'emporte pas la même adhésion inconditionnelle. Outre que — comme on l'a déjà relevé — l'exigence de continuité s'attache moins au prestataire qu'à l'activité de service, les « destinataires » du principe et de ses applications ne s'identifient pas nécessairement comme « institutions publiques » (156) : ainsi en est-il, par exemple, lorsqu'il se défend que l'interdiction (157) du droit de grève doit toucher les collaborateurs d'un concessionnaire de service public (158), lequel ne sera pas nécessairement — loin s'en faut — une institution publique (159). De même, si l'on s'accorde à rapprocher de l'idée de continuité du service public l'interdiction de principe de saisie, de cession ou de mise en gage des créances dues en exécution d'un marché

(154) Ainsi, par exemple, lorsqu'une institution publique tient, au nom de la continuité du service, à se prévaloir d'une immunité d'exécution, elle en bénéficiera autant que l'usager; celui-ci, grâce à cette immunité, continuera à bénéficier du service qui n'a pas été entravé par la mesure d'exécution forcée.

(155) On se souviendra, par exemple, de la jurisprudence de la Cour de cassation, relative à la nature des arrêtés-lois (*supra*, n° 5-8).

(156) En ce sens, cf. Ph. COENRAETS et D. DELVAX, *op. cit.*, pp. 679-681.

(157) Ou la limitation.

(158) A. BUTTGENBACH, *Théorie générale...*, éd. 1952, p. 424.

(159) Exemple témoinant, par ailleurs, que l'interdiction d'exercice du droit de grève peut emprunter, tantôt, au principe de permanence des autorités et pouvoirs constitués (ce qui ne se vérifie sans doute pas dans le cas d'une concession de service public), tantôt, comme en l'espèce, au principe de continuité du service public (cf. *supra*, n° 60 et note 124).

public (160), on admettra que le principe bénéficie alors à des opérateurs économiques (entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services) étrangers aux institutions publiques; on ajoutera que, dans ce cas, même si la bonne exécution d'un marché bénéficie à un « pouvoir adjudicateur », l'acceptation à ce point large de cette notion en fait relever des entités qui ne peuvent plus être considérées comme « institutions publiques » (161) au sens où nous les avons reconnues comme destinataires du principe de permanence des pouvoirs et autorités constitués. Par ailleurs, la référence aux « institutions publiques » fait perdre de vue que chaque loi du service public doit être appréhendée sous le double aspect de prérogative de l'administration et de droit (ou, à tout, le moins, de prétention) de l'usager (162), plus particulièrement depuis que le législateur traduit ces « lois » dans des dispositions garantissant à l'usager la continuité de certaines prestations (163). Enfin, il n'est pas certain que la qualité d'« institution publique » reconnue à une entité assurant l'offre d'un service public octroie à celle-ci, et de manière absolue, le bénéfice des effets du principe de continuité; il convient de rappeler, à cet égard, les réserves ou nuances dont certains auteurs assortissent l'impossibilité de déclarer une entreprise publique en état de faillite (164).

72. — On retiendra finalement que si la référence à la notion d'« institution publique » contribue utilement à préciser la portée du principe de permanence des pouvoirs et autorités constitués, la mise en œuvre de ce critère se révèle beaucoup plus délicate, voire très insatisfaisante lorsqu'il s'agit de déterminer la portée du principe de continuité du service public.

3.4. L'évolution récente de la notion de « service public »

73. — Les développements qui précèdent ont laissé apparaître quelques-uns des signes de l'évolution récente de la notion de « service public », de la réalité qu'elle désigne et de la vocation qui lui est reconnue. La nature particulière des besoins auxquels les services publics tendent à pourvoir justifie qu'au nom du principe de continuité du service public, des tempéraments soient apportés à la remise en cause de l'immunité d'exécution dont jouissaient jusque là les pouvoirs publics : le déroulement des activités inhérentes au service public ne peut être entravé par des mesures d'exécution

(160) Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, art. 23. Sur ce privilège, cf. not. K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdklijnen*, Anvers 1997, pp. 443-448; M.-A. FLAMME ET AL., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., 1996-1997, t. 1 A, pp. 393-397.

(161) D. DE ROY, « L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnées », *J.T.*, 2001, pp. 228-230.

(162) *Supra*, n° 42 et note 74.

(163) Cf. les exemples cités en matière de communications électroniques (*supra*, note 120) et l'analyse de J.-P. MARKUS (*op. cit.*, p. 589).

(164) R. ERGEC et H. DELWAIDE, *op. cit.*, pp. 715-717; cf. *supra*, note 109.

tion forcée, par certaines sanctions pénales, voire — dans une mesure plus incertaine — par une déclaration de faillite.

74. — Cette tendance consistant à renforcer le statut du service, alors que semble fragilisé celui du prestataire « historique », va ressortir de deux autres phénomènes concomitants, que sont la libéralisation (progressive et partielle) de secteurs économiques d'intérêt général et la modification du statut des entreprises publiques.

75. — Brièvement, on observera que la libéralisation de certains secteurs d'activités (165) abandonnés, jusqu'alors, au monopole d'opérateurs historiques (relevant généralement des autorités étatiques) n'a pu être envisagée dans l'ignorance de ce que certains des services offerts dans ces secteurs répondaient à des besoins d'intérêt général, dont la satisfaction ne pouvait (et ne peut) être sacrifiée sur l'autel de la libre concurrence (166). Ceci explique que les législations concourant à ces mouvements de libéralisation imposent aux intervenants dans les secteurs concernés la garantie d'obligations de service public (167), desquelles l'idée de continuité n'est jamais très éloignée. On note ainsi qu'à l'anéantissement de monopoles publics correspond une promotion des activités et obligations de service public, assurée comme elle ne l'avait jamais été précédemment (168).

76. — Par ailleurs, ce même contexte de libéralisation a inspiré un vaste mouvement de réforme du statut des entreprises publiques en Belgique, amorcé par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et prolongé par de nombreux lois et décrets subséquents. Cette réforme se caractérise par un modèle de l'entreprise publique selon lequel celle-ci doit, dans une large mesure, être affranchie des régimes et contraintes du droit public, de manière à lui permettre d'affronter dans de meilleures conditions la réalité concurrentielle de marchés libéralisés. Cet affranchissement n'est toutefois que partiel et ne bénéficie pas aux missions de service public qui incombent à ces entreprises et qui, à raison de la nature des besoins en cause, doivent continuer à être assurées dans des conditions telles qu'elles permettent de rencontrer les fins d'intérêt général pour lesquelles les pouvoirs publics estiment devoir les prendre en charge; de la même manière, et à la mesure des enjeux liés à l'accomplissement de ces missions de service public, l'entreprise publique continue-t-elle à bénéficier de certains privilèges ou de prérogatives exorbitantes du droit commun. Cette préoccupation est exprimée dans de nombreuses dispositions, afférentes, par exemple, à l'immunité d'exécution relative de ces entre-

(165) Télécommunications, services postaux, énergie, transports, audio-visuel,...

(166) D. DE ROY et R. QUECK, « De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition — Vers un 'droit de la régulation' ? », *J.T.*, 2003, n° 17, pp. 556-557.

(167) *Ibid.*, p. 555-556, note 29.

(168) Ces obligations sont désormais inscrites dans un cadre normatif (imposé en bien des cas par les directives européennes), là où la connaissance des services concernés était auparavant beaucoup plus largement laissée à la discrétion des autorités politiques et administratives concernées.

prises (169), ou au « contrat de gestion » ayant notamment vocation à régir les règles de comportement de l'entreprise, prestataire de service public, à l'égard de l'usager; ainsi, par exemple, la résolution judiciaire de ce contrat de gestion, envisagée conformément à l'article 1184 du Code civil, ne peut être poursuivie (170).

77. — Il est difficile de ne pas voir dans cette approche partagée par tous les législateurs concernés le signe d'une conception du « service public » apparaissant comme un vecteur entre l'usager et le prestataire de service public, entre les besoins éprouvés par le premier et la satisfaction qu'y apporte le second.

78. — Cette description aussi brève qu'imparfaite de quelques mutations récentes (171) incitera à retenir qu'à l'effritement d'une certaine image « traditionnelle » du secteur public correspond un renforcement des préoccupations qu'inspire chez les autorités publiques la satisfaction des besoins d'intérêt général. Ce constat livre deux enseignements plus particulièrement utiles à la présente note d'observations. Avant tout, et d'un point de vue exclusivement conceptuel, les évolutions récentes — en ce qu'elles conduisent à distinguer plus soigneusement le régime d'activités de service public du sort des personnes qui en assurent l'offre — témoignent que l'expression « service public » doit être limitée à sa seule dimension matérielle, tandis que d'autres locutions désigneront les entités assumant la charge de ces activités. Pareille clarification terminologique, dont le mérite revient tant aux conceptions prétoriennes récentes qu'à l'œuvre du législateur, pourrait inspirer non seulement une délimitation plus précise des champs d'application respectifs des principes de permanence des autorités et pouvoirs constitués et de continuité du service public, mais également une évaluation nouvelle de leurs portées respectives. C'est ici qu'intervient le second enseignement. Observant que la notion de « service public » voit son acception matérielle confirmée, et que le principe de continuité du service public adhère à cette évolution, il serait difficile de ne pas reconnaître en la continuité une caractéristique essentielle du service public dont l'usager puisse revendiquer le bénéfice dans une mesure comparable à celle où il

(169) Loi du 21 mars 1991, art. 8, alinéa 2. D. DÉOM, « Les contraintes de droit public... », pp. 143-145. P. LEWALLE, « Le projet d'insertion... », pp. 172-173.

(170) Loi du 21 mars 1991, art. 3, § 3, alinéa 2. D. DE ROY, « La nature juridique des contrats de gestion d'entreprises publiques : à la recherche de l'introuvable ? », *J.T.*, 2002, p. 399.

(171) D'autres auraient pu être évoquées si elles ne devaient nous emmener dans un ordre de considérations excédant les limites de ce commentaire de jurisprudence. Ainsi, aurions-nous pu évoquer l'évolution — lente, mais perceptible — des relations entre l'État et l'individu : la figure traditionnelle du rapport d'autorité dans lequel les prétentions du citoyen portent exclusivement sur le bénéfice de la protection de ses libertés se double désormais d'une relation aux termes de laquelle l'individu fait valoir, à l'égard de l'État, de véritables droits-créances au bénéfice de prestations répondant à certains de ses besoins. Sur cette évolution, dont témoigne en Belgique la reconnaissance constitutionnelle de droits économiques, sociaux et culturels, on se référera avec grand intérêt à la thèse de N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, 2003.

peut prétendre au service lui-même. En refusant d'admettre cette évolution, le risque serait grand de verser dans une contradiction au prix de laquelle la continuité serait perçue comme une qualité intrinsèque de l'activité du service public auquel peut prétendre l'usager, tandis que serait exclue toute reconnaissance, dans ce principe de continuité, de la source d'une obligation du prestataire et, corrélativement, du fondement d'un droit de l'usager.

CONCLUSION

79. — La présente note d'observations laisse évidemment sans réponse certaines des questions que suscite l'arrêt du 12 février 2004. La principale de ces interrogations tient à la manière dont cette décision peut être située au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour : conformité à raison d'une référence « traditionnelle » à l'« institution publique », excluant toute incidence du principe sur la situation de l'usager ? Ou contrariété à une jurisprudence plus récente qui lie l'exigence de continuité à l'activité de service public bien plus qu'à l'entité qui en assure la charge ? Les hésitations demeurent. De même subsistent-elles lorsqu'il s'indique d'apprécier la rigueur de l'enseignement que livre la Cour sur la portée du principe de continuité et l'allure exclusive que cet enseignement paraît afficher : la réserve (172) dont la Cour assortit celui-ci fait figure de tempérament, sinon d'anéantissement. C'est dire si la solution apportée au problème inédit que soulevait le moyen de cassation reste incertaine (173).

80. — En dépit de ces interrogations, notre brève analyse nous incite à plaider avec sobriété, mais conviction, en faveur de la reconnaissance, au nom du principe de continuité du service public, d'une prétention de l'usager au bénéfice de prestations continues de service public. Une telle évolution paraît admise à la faveur de l'acception spécifique du principe de continuité du service public que nous proposons de substituer à celle, plus large (174), qui englobe également un principe de permanence des autorités et pouvoirs constitués. Cette approche restrictive, que privilégient tant les évolutions jurisprudentielles que de récentes avancées législatives, intègre l'exigence de continuité à la substance même de la prestation de service public, en manière telle que la prétention au bénéfice de certaines prestations déteint sur l'ensemble des caractéristiques de ces prestations.

(172) Réserve exprimée au travers de la référence au respect des principes de bonne administration.

(173) Cette solution ne s'imposait d'ailleurs pas avec la force de l'évidence. On remarquera qu'à la faveur de conclusions prises dans une affaire qui l'amenait à analyser la portée du principe de continuité du service public sur la situation de l'usager, M. l'avocat général A. HENKES paraissait — même si l'analyse sur ce point présentait un caractère subsidiaire dans les conclusions — accueillir la thèse suivant laquelle ce principe de continuité du service public doit profiter à l'usager (Concl. préc. Cass., 26 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1760, spéc. n° 18).

(174) Parce qu'elle résulte de l'approche souvent peu différenciée de l'idée de continuité exprimée en d'innombrables sphères publiques et administratives.

81. — Ayant notamment à l'esprit les préoccupations récemment exprimées par les différents législateurs, qui soulignaient le lien privilégié entre l'activité de service public, le prestataire et le bénéficiaire qu'est l'usager, le juge pourrait tirer parti de l'effet supplétif du principe de continuité du service public, en s'inspirant de ces discours récents, pour consacrer une interprétation selon laquelle le bénéfice en revient également à l'usager. Invoqué en ce sens, le principe de continuité sortirait alors un effet dérogaatoire, faisant obstacle à la liberté de l'autorité chargée d'assurer le service, d'assortir les conditions de son offre de mécanismes limitatifs ou exonérateurs de responsabilité. Ce principe se verrait ainsi reconnaître une vocation le soustrayant aux critiques, même pertinentes, auxquelles il est exposé depuis longtemps. Donnant lieu à un discours moins ambivalent (175), il échapperait alors à sa condition de figure méconnue ou inconvenue du paysage administratif.

DAVID DE ROY,

REFERENDAIRE

PRÈS LA COUR DE CASSATION (*)
CHERCHEUR À LA FACULTÉ DE DROIT
DES F.U.N.D.P. - NAMUR

(175) Puisque limité à certains des lieux d'expression de l'idée de continuité.
(*) Ces observations engagent leur auteur à titre strictement personnel.