

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Est-ce la faute à Napoléon si le droit administratif belge vit sans codification ?

Nihoul, Marc

Published in:
Guerre et Paix

Publication date:
2023

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2023, Est-ce la faute à Napoléon si le droit administratif belge vit sans codification ? dans *Guerre et Paix: mélanges en l'honneur du professeur Bruno Colson*. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larcier , Bruxelles, pp. 417-429.

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.

Est-ce la faute à Napoléon si le droit administratif belge vit sans codification ?

Marc NIHOUL

Professeur à la Faculté de droit de l'UNamur

Avocat au barreau du Brabant wallon

L'absence d'un code¹ de droit administratif comparable au Code civil est souvent regrettée par ceux qui s'y intéressent, particulièrement les étudiants. Ils sont confrontés au caractère épars de la matière régie par de nombreux textes particuliers, parfois même par quelques articles de codes relevant d'autres disciplines² ou, à défaut ou par combinaison, par la jurisprudence, laquelle, en Belgique, varie singulièrement selon « l'ordre

¹ Il convient de distinguer à cet égard le simple recueil de textes parfois édité sous forme de code dans une discipline particulière, de la véritable source du droit que constitue le code officiellement conçu de manière cohérente par un parlement ou un gouvernement et promulgué, ou encore de la coordination officielle de plusieurs textes en un seul et même texte (par exemple les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État). Le Guide légistique distingue à cet égard la « codification "à droit constant" » laquelle consiste à « rassembler et à ordonner dans un acte unique les règles existantes de plusieurs actes qui sont unies par un concept commun, sans créer de règles nouvelles » ou harmoniser les modifications successives qui ont été apportées à un acte législatif, d'une part, de la « codification "créatrice" » qui « tend à créer des règles nouvelles et est "l'œuvre de l'autorité qui a le pouvoir de prendre les règles nouvelles appelées à former le code" » (S.L.C.E., avis n° 36.642/4 du 18 mars 2004 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne relatif au livre II du Code de l'environnement contenant le Code de l'eau ainsi que l'avis du Conseil d'État et S.L.C.E., avis n° 36.645/4 du 18 mars 2004 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne relatif au livre I^{er} du Code de l'environnement, *Doc. Parl. wall.*, sess. 2003-2004, n° 695/1, pp. 46 à 48), d'autre part (S.L.C.E., *Principes de technique législative, Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, www.raadvst-consetat.be, p. 130 et note 171). Il n'est pas rare aujourd'hui qu'un même code à droit constant comporte des dispositions législatives et réglementaires à la fois, ce qui porte parfois à confusion. La dénomination « code » est parfois aussi galvaudée afin de marquer une réforme d'une certaine ampleur ou dans un secteur déterminé.

² Le Code civil en ce qui concerne par exemple les biens (auparavant l'article 537, alinéa 2, du Code civil, sachant que les rédacteurs du Code civil pensaient vraisemblablement que les règles particulières auxquelles il est fait référence, partiellement existantes à l'époque, seraient intégrées dans un code de droit public), le Code judiciaire concernant notamment la saisissabilité limitée des biens des personnes morales de droit public (l'article 1412bis du Code judiciaire), ...

juridictionnel » saisi, judiciaire ou constitutionnel et administratif ; sans oublier la légisprudence ou encore la médiusprudence³ ou plus généralement ce que l'on pourrait appeler la *soft administrative law*. Ce caractère épars déroute à un âge où l'on a besoin de certitudes et où, il faut le reconnaître, le monde administratif n'est déjà pas en soi très attrayant. Mais là n'est pas vraiment la question que nous proposons d'aborder dans les lignes qui suivent en hommage amical au Professeur Bruno Colson, avec qui nous avons partagé de nombreuses années à la Faculté de droit de Namur avec ce souci constant et permanent de l'étudiant. Mon estimé collègue pardonnera le manque de maîtrise de cette noble discipline qu'est l'Histoire pour répondre à une question qui pourrait paraître naïve de premier abord mais que nombreux sont vraisemblablement ceux qui, un jour, se la sont posée : est-ce la faute à Napoléon s'il n'y a toujours pas aujourd'hui un code de droit administratif belge, à l'image d'une sorte de péché originel qui aurait été commis durant son « règne » ?

Il faut bien constater, dans tous les cas, qu'aucun « code de droit administratif des Français »⁴ n'a vu le jour sous Napoléon Bonaparte. Il peut y avoir à cela de multiples raisons formulées au titre d'hypothèses. Le droit administratif, par nature, ne s'y accommoderaient-ils pas ? Les gouvernants – et en particulier les gouvernants forts – répugneraient-ils à se lier eux-mêmes les pieds et les poings par des règles contraignantes, structurées et codifiées, qui les empêcheraient d'agir librement ? Napoléon, affairé qu'il était par les autres codes, n'en aurait-il tout simplement pas eu le temps ? Il faut bien reconnaître que « les codes napoléoniens » relevaient déjà d'une véritable prouesse à l'époque : le Code civil (code Napoléon) de 1804 ; le Code de procédure civile de 1806 ; le Code de commerce de 1807 ; le Code d'instruction criminelle de 1808 et le Code pénal de 1810, excusez du peu⁵.

En même temps, le droit administratif ne semble pas condamné à la privation d'un code à perpétuité. La meilleure preuve en est la promulgation en France, mère patrie de Napoléon Bonaparte, d'un Code des relations entre le public et l'administration en 2015 ou encore l'existence, pour ce qui concerne l'Union européenne, d'un Code européen de bonne conduite administrative depuis 2005 et d'un Code de l'administration

³ Voy. M. NIHOUL, « La « médiusprudence », source de droit ? Penser, écrire et interpréter le droit en qualité de médiateur », in *Liber amicorum Xavier Thunis. Penser, écrire et interpréter le droit*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 627-640.

⁴ Le Code civil est intitulé comme tel par l'Imprimerie de la République en 1804.

⁵ Br. COLSON, « Napoléon et l'élaboration du Code de commerce (1805-1807) », in Y. POULLET, P. WÉRY et P. WYNANTS (dir.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 3.

depuis 2007⁶. Les autres pays européens ne sont pas non plus en reste en manière telle que le Royaume de Belgique fait aujourd'hui preuve de cas isolé⁷.

Le plus étrange peut-être est que, dans la plupart des disciplines formant le droit administratif – des sous-disciplines en quelque sorte –, des codes ont été promulgués un peu partout dans le monde, y compris en droit belge aux niveaux de pouvoir compétents et appropriés. L'on songe, au niveau wallon par exemple, au Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD), au Code wallon de la fonction publique, au Code du Développement territorial (CoDT), au Code de l'environnement, au Code wallon de l'habitation durable (logement), au Code wallon du Patrimoine (CoPat), au Code wallon de l'Agriculture, au Code de l'eau, au Code forestier, au Code wallon du Bien-être des animaux, au Code wallon de l'action sociale et de la santé (CWASS), au Code de la fonction publique wallonne, au Code wallon du Tourisme.

L'hypothèse la plus vraisemblable expliquant l'absence d'un code de droit administratif en France jusque 2015 est que le droit administratif, au début du dix-neuvième siècle, n'était pas du tout prêt pour une codification. À l'époque, il était seulement naissant car il fallait tout reconstruire après la Révolution, plus exactement construire la République pour en assurer la pérennité. Le droit administratif portait surtout sur l'organisation des structures de l'État et du pouvoir exécutif, avec la loi du 28 pluviôse An VIII (17 février 1800) en particulier, véritable « constitution administrative » par laquelle le Consulat marqua l'organisation administrative française pour des décennies moyennant quelques adaptations⁸. Les principes généraux et règles régissant l'action administrative, parfois qualifiés de « procédure administrative non contentieuse », ne sont apparus que plus tard, à la faveur de l'émergence d'une véritable juridiction administrative à la fin du XIX^e siècle, laquelle les a progressivement élaborés avec l'aide du Tribunal des conflits et de la doctrine. Jusque-là prévalait la théorie du ministre-juge selon laquelle juger l'administration était encore administrer⁹... Quant au Conseil d'État, il jouait surtout un

⁶ <https://www.ombudsman.europa.eu/fr/publication/fr/3510>.

⁷ Comp. P. GONOD, « Codification de la procédure administrative, la fin de l'« exception française » ? », *A.J.D.A.*, n° 7/2014, pp. 395-400.

⁸ Th. LENTZ, *Le grand Consulat 1799-1804*, Fayard, 1999, p. 427.

⁹ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, la Charte, 2001, pp. 35-38. Le véritable avènement du statut de juridiction administrative autonome et indépendante procède au demeurant elle-même d'un arrêt du Conseil d'État, l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889 (C.E. fr., *Cadot*, 13 décembre 1889, *Rec.*, p. 1.148, concl. JAGERSCHMIDT ; S., 1892, 3, 17, concl. et note M. HAURIUO), dans la foulée de la loi du 3 mars 1849 qui met en place le principe de la « justice déléguée ».

rôle de conseil dans l'élaboration des lois et règlements d'administration publique ou dans la résolution des difficultés s'élevant en matière administrative, mais selon le modèle de la « justice retenue » dans les mains du chef de l'État qui décidait seul, en fin de compte¹⁰.

L'origine et la nature profondément jurisprudentielle du droit administratif français ont fini par dissuader toute œuvre de codification au motif que la matière ne s'y prêtait pas. Un auteur aussi éminent qu'Edouard Lafferrière, par exemple, écrivait déjà au sujet des lacunes de la formation juridique en matière administrative et des difficultés qu'elle posait pour ceux qui n'en sont pas familiers voire acteurs qu'elles « tiennent principalement à la manière dont s'est formée la doctrine juridique en droit administratif, aux différences qui existent entre ses sources, ses méthodes et celles des autres branches du droit.

Le droit civil, commercial, criminel est codifié ; le droit administratif ne l'est pas, et il est douteux qu'il puisse l'être. Nos codes sont des œuvres méthodiques, dans lesquelles le législateur a lui-même réuni et coordonné les préceptes du droit que le juge doit appliquer ; nos lois administratives sont des lois d'organisation et d'action, qui se préoccupent plus d'assurer la marche des services publics que de prévoir et de résoudre des difficultés juridiques. Pour le droit codifié, l'exégèse des textes est la méthode dominante, et la jurisprudence ne peut être qu'un auxiliaire ; pour le droit administratif, c'est l'inverse ; l'abondance des textes, la diversité de leurs origines, le peu d'harmonie qu'ils ont souvent entre eux, risquent d'égarer le commentateur qui voudrait leur appliquer les mêmes méthodes qu'au droit codifié. La jurisprudence est ici la véritable source de la doctrine, parce qu'elle seule peut dégager les principes permanents des dispositions contingentes dans lesquelles ils sont enveloppés, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité ou à leur insuffisance, en ayant recours aux principes généraux du droit ou à l'équité.

Le législateur a voulu qu'il en fût ainsi ; il a déclaré à plusieurs reprises, et non sans raison, que le contentieux administratif ne pouvait pas être enfermé dans les formules rigides de textes administratifs. Ainsi a-t-il donné au Conseil d'État une délégation très large pour définir, par sa jurisprudence, les règles de droit applicables aux litiges administratifs »¹¹.

C'est peut-être en cela que la responsabilité originelle de Napoléon Bonaparte peut être épinglée dans l'absence d'un code de droit administratif en France durant plus de deux siècles. Si le Conseil d'État fut hérité

¹⁰ <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/le-conseil-d-etat/histoire-et-patrimoine/histoire-du-conseil-d-etat>.

¹¹ E. LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1^{er}, Paris, Berger-Levrault et cie, 1887, Préface, pp. 6 et 7.

du Conseil du Roi, il est considéré comme ayant été créé par Napoléon Bonaparte en 1799¹² à travers l'article 52 de la Constitution de l'An VIII, celle-là même qui établit le Consulat. Or, le modèle profondément jurisprudentiel du droit administratif issu de cette création allait le rendre longtemps hostile à l'œuvre de codification dans sa conception même, comme s'il s'agissait de déroger au droit commun (c'est-à-dire au droit privé régi par le Code civil) sur ce plan-là aussi¹³ !

C'était toutefois sans compter sur la volonté politique au vingt et unième siècle de mettre de l'ordre dans une jurisprudence foisonnante et de tracer des lignes claires et accessibles à destination du citoyen, au titre de la sacro-sainte simplification. Dès les années 1970, de grandes lois ont établi un droit à l'accès aux documents administratifs ou instauré une motivation des décisions administratives individuelles, comme si le vent tournait déjà à ce moment¹⁴. À moins qu'il ne faille y voir une tentative politique de dompter la jurisprudence pour éviter qu'elle n'aille toujours plus loin dans les exigences du service public ? Une telle interprétation serait réductrice car le législateur a souhaité aussi innover¹⁵, parfois au prix d'un belgicisme¹⁶. Il faudra attendre 2015, néanmoins, pour qu'en France le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) voie le jour par l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 et le décret

¹² <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/le-conseil-d-etat/histoire-et-patrimoine>.

¹³ Par principe, pour mémoire, le droit administratif dans son ensemble doit « avoir ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés », selon le Tribunal des conflits (arrêt *Blanco*, 8 février 1873, D., 1873, 3.17).

¹⁴ En particulier les loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (droit à communication des documents administratifs), loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (principe de motivation des décisions individuelles), loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

¹⁵ Notamment avec les loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens (silence valant acceptation), ordonnance n° 2014-1330 du 6 novembre 2014 relative au droit des usagers de saisir l'administration par voie électronique, ordonnance n° 2015-507 du 7 mai 2015 relative à l'adaptation du secret professionnel dans les échanges d'informations entre autorités administratives et à la suppression de la production de pièces justificatives (échanges de données entre administrations).

¹⁶ Le principe « dites-le-nous une fois » (DLNUF) consiste à éviter aux usagers d'un service public numérique de fournir, lors de leurs démarches en ligne, des informations ou pièces justificatives déjà détenues par d'autres administrations, en s'appuyant sur le partage automatique de données via des API (ordonnance n° 2015-507 du 7 mai 2015 précitée).

n° 2015-1342 du même jour. Le rapport au Président de la République est éloquent sur la portée et la nécessité du texte, tout entier tourné vers la qualité de la relation entre le citoyen et l'autorité.

« La codification des règles qui régissent les relations entre le public et les administrations répond à un besoin, en permettant à chacun d'avoir accès à des règles jusqu'ici éparses et pour partie jurisprudentielles, et traduit une ambition, en contribuant à faciliter et à renforcer le dialogue entre l'administration et les citoyens. (...) le code (...) rassemble les règles générales applicables à la procédure administrative non contentieuse. (...)

Ce code est destiné à être la *lex generalis* des relations du public avec l'administration. Il ne comprend, dès lors, que des dispositions de nature transversale, à l'exclusion des règles spéciales, propres à certains champs de l'action administrative et bien souvent, d'ailleurs, déjà codifiées. Il regroupe, en revanche, l'ensemble des règles transversales applicables, et notamment certaines qui sont issues de la jurisprudence et qu'il est apparu opportun, compte tenu de leur importance, de traduire dans un texte de niveau législatif.

La vocation généraliste du code, et notamment la circonstance qu'il soit destiné à un public large et varié, a justifié qu'une attention particulière soit portée à l'accessibilité des règles qu'il contient »¹⁷, dans un souci de sécurité juridique.

L'article L100-1, au titre de disposition préliminaire, stipule dans cet esprit que :

« Le présent code régit les relations entre le public et l'administration en l'absence de dispositions spéciales applicables.
Sauf dispositions contraires du présent code, celui-ci est applicable aux relations entre l'administration et ses agents ».

En droit belge, l'histoire fut différente. Le Conseil d'État ne fut créé qu'en 1946 sans pouvoir imposer l'autonomie du droit administratif¹⁸ si ce n'est indirectement et subsidiairement à travers les principes généraux du droit administratif et les règles contentieuses applicables devant lui, pour ce qui concerne le contentieux objectif de légalité¹⁹. Dans le

¹⁷ « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration », <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000031360930>.

¹⁸ Voy. pourtant P. GOFFAUX, « Le droit administratif belge n'est pas un droit dérogatoire au droit commun », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2020/2, vol. 85, pp. 205 à 241 (<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2020-2-page-205.htm>).

¹⁹ Certes, l'article 144 de la Constitution a été révisé en 2014 pour permettre de confier à la section du contentieux administratif du Conseil d'État le contentieux de l'indemnité réparatrice en ce qui concerne les effets civils de leurs décisions, mais sans porter atteinte

contentieux subjectif de la protection des droits confié aux cours et tribunaux du pouvoir judiciaire depuis 1831 par les articles 144 et 145 de la Constitution, la sujétion de principe de l'autorité administrative au droit commun²⁰ avait déjà été consacrée en 1920 par la Cour de cassation par le truchement de son arrêt *La Flandria* et tolère bien entendu des dérogations par le truchement de dispositions légales conformes aux principes d'égalité et de non-discrimination ou en cas d'urgente nécessité, même si en jurisprudence judiciaire aussi certains principes généraux du droit d'origine française ont pu avoir cet effet, plus marginalement, tels la séparation des pouvoirs ou la continuité du service public. En règle, les principes généraux du droit administratif ne dérogent pas au droit commun mais ajoutent une dimension administrative à la règle commune lorsque celle-ci s'y prête, davantage en termes d'obligation. L'on songe par exemple au respect de l'adage *audi alteram partem* par l'autorité qui décide de licencier son agent engagé sous contrat de travail. La solution aurait été autre si la loi sur le contrat de travail avait prévu autre chose ou mentionné l'absence d'audition expressément²¹.

L'absence d'un code de droit administratif belge tient probablement davantage à cette sujétion de principe au droit commun qu'à la nature profondément jurisprudentielle du droit administratif. Et ce n'est pas un hasard si c'est à la faveur de la réforme du Code civil que la question s'est invitée devant le Parlement...

Le 10 février 2022, dans la dernière ligne droite de la réforme du Livre 1^{er} du Code civil consacré aux « Dispositions générales », M. Geens et consorts ont déposé un amendement n° 3 visant à compléter l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er}.1 proposé, consacré aux sources, par une deuxième phrase, rédigée comme suit s'agissant du champ d'application matériel dudit code : « Il s'applique en toutes matières, sans préjudice des règles propres à l'exercice de la puissance publique », sous réserve de dispositions spéciales qui font étrangement penser à celles du code français rappelées ci-dessus ?

Pourquoi diable promulguerait-on encore un code de droit administratif si le Code civil lui est déjà, en principe, applicable ?

au contentieux de la responsabilité civile confié au pouvoir judiciaire depuis 1831 et en reprenant finalement la logique civiliste en remplaçant seulement la faute par l'illégalité (alors précisément que devant le pouvoir judiciaire toute illégalité n'est plus nécessairement constitutive de faute...).

²⁰ Elle-même fondée sur ce principe élémentaire en droit et fondamentalement inhérent au principe d'égalité et de non-discrimination (qui a connu un développement spectaculaire ces dernières décennies) selon lequel la règle doit être la même pour tous, gouvernants comme gouvernés.

²¹ Voy. not. C. const., n° 86/2017 du 6 juillet 2017.

La lecture du libellé complet de la disposition est nécessaire pour bien comprendre.

« Sans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, le présent Code régit le droit civil, et plus largement le droit privé. Il s'applique en toutes matières, sous réserve des règles propres à l'exercice de la puissance publique. Les usages ne sont une source de droit que si la loi ou le contrat s'y réfère ».

Chaque mot est important. Il semble être procédé en trois temps.

Le Code civil régit le droit civil, et plus largement le droit privé. Mais pas seulement puisqu'il s'applique plus généralement en toutes matières. Il est, autrement dit, le « droit commun ».

Des dérogations au droit commun existent par des lois particulières, la coutume et des principes généraux du droit, voire l'usage, du moins si la loi ou le contrat s'y réfère. Le Code civil ne peut y porter préjudice.

Il doit être combiné avec les règles propres à l'exercice de la puissance publique, en réserve.

Plusieurs constats peuvent être faits.

Premièrement, le législateur ne vise nullement les règles propres à l'exercice du service public, mais bien celles qui sont propres à l'exercice de la puissance publique.

Deuxièmement, le législateur distingue les « lois particulières » des « règles propres », expression qui paraît revêtir une portée plus large que la première, même si celle-ci est complétée par les autres « sources du droit » que sont la coutume, les principes généraux du droit et l'usage auquel la loi ou le contrat réfère.

Troisièmement, le législateur distingue, d'une part, les termes régir et s'appliquer et, d'autre part, les expressions « sans préjudice de » et « sous réserve de ».

Quatrièmement, une première conclusion évidente peut être tirée d'emblée de cette disposition légale considérée dans son ensemble : le droit administratif n'est pas, en droit belge, un droit autonome, à la différence du droit français. Il peut avoir des règles propres à la puissance publique, mais le droit commun n'en reste pas moins le Code civil.

Telle est bien la question précise que le législateur a voulu trancher, si besoin en était encore.

La question a été souflée par la section de législation du Conseil d'État dont l'attention a été attirée par le commentaire de l'article 5.13, alinéa 2, proposé du Code civil aux termes duquel « [l]es règles particulières aux contrats spéciaux sont établies dans le Livre 7 qui concerne chacun de ces contrats, dans le Code de droit économique et dans les lois particulières ».

Le commentaire indique que « [l]a disposition en projet exprime la règle selon laquelle le chapitre 1 du Titre I^{er} du Livre 5 du Code civil contient le droit commun des obligations contractuelles, applicable en principe à l'ensemble des contrats. L'application de ce droit commun peut toutefois être complétée ou écartée par des dispositions légales particulières qui définissent le régime d'un contrat en particulier (on parle alors de 'contrats spéciaux' comme indiqué à l'alinéa 2 de la disposition en projet). Tel peut aussi être le cas des contrats administratifs, des contrats de l'administration [...] ».

Selon la section de législation, « [c]es considérations suscitent un doute quant à l'articulation entre le droit commun des contrats de droit privé, tel qu'il résulterait donc du chapitre 1 du titre I^{er} du livre 5 du Code civil, et le régime juridique applicable aux contrats de l'administration, comme par exemple ceux conclus entre une administration et un opérateur tiers, souvent de droit privé (dont le droit commun est régi par la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics"), et ceux conclus entre administrations, comme les "contrats de gestion" conclus entre l'autorité publique et certaines entreprises publiques »²².

Ce doute vient de ce que l'article 1.1, alinéa 1^{er}, du Code civil proposé par la proposition de loi « portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil » 7, qui dispose que, « [s]ans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, le présent Code régit le droit civil, et plus largement le droit privé », semble devoir être lu comme signifiant que les dispositions du Code civil, en ce compris donc le chapitre 1 du titre I^{er} du livre 5 du Code civil, ne concerneraient que les institutions juridiques relevant du droit privé. Comme les « contrats administratifs » et les « contrats de l'administration » ne sauraient recevoir cette dernière qualification, cette question doit être clarifiée »²³.

²² Voy. par exemple le chapitre II du titre I de la loi du 21 mars 1991 « portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ».

²³ S.L.C.E., avis 68.947/2 du 26 mars 2021 sur une proposition de loi « portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil », www.raadvst-consetat.be, pp. 6 et 7.

Le doute exprimé est donc plus général et il est d'ailleurs réitéré au titre d'observation à propos de l'article 1.1 proposé du Code civil, sous forme de renvoi à l'observation citée ci-dessus²⁴.

C'est ce doute que les auteurs de l'amendement commenté ont voulu dissiper en justifiant d'ailleurs que la seconde phrase ajoutée « (...) vise à clarifier le champ d'application du nouveau Code civil et, plus largement, du droit privé en réponse aux observations du Conseil d'État sur les projets d'articles 1.1 (Doc. parl., Ch., 2020-2021, n° 1805/002, p. 4) et 5.13 (Doc. parl., Ch., 2020-2021, n° 1806/002, p. 5 et s.) »²⁵.

Or, selon les auteurs, « [l]e texte en projet vise à confirmer l'application du droit privé à titre de droit commun, y compris aux personnes morales de droit public et/ou lorsque l'intérêt général est en cause », largement soutenue en doctrine²⁶ et dès lors que « [i]l n'existe en effet pas de différence à ce point fondamentale entre les personnes morales de droit privé et celles de droit public qui permettrait d'exclure, par principe et d'emblée, ces dernières du champ d'application du droit privé, et ce eu égard notamment au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination (...) ».

À cet égard, même les auteurs qui refusent de voir dans le droit privé l'expression du droit commun admettent que leur propos « n'est cependant pas d'ériger une cloison étanche entre droit civil et droit administratif ou encore d'expurger ce dernier de toute référence au droit civil. On peut bien entendu appliquer en droit administratif des solutions de droit civil, ou plus généralement de droit privé ; mais uniquement après avoir vérifié si elles sont adaptées à la particularité de la relation juridique de droit administratif, à savoir, comme nous l'avons déjà vu, une relation dont au moins un des acteurs poursuit la satisfaction non d'un intérêt personnel mais de l'intérêt général » (P. GOFFAUX, « Le droit administratif belge n'est pas un droit dérogatoire au droit commun », R.I.E.J., 2020, p. 233) »²⁷.

Nonobstant, l'application du droit privé à titre de droit commun est confirmée par la disposition, y compris aux personnes morales de droit public et/ou lorsque l'intérêt général est en cause, dans la lignée précise

²⁴ S.L.C.E., avis 68.946/2 du 26 mars 2021 sur une proposition de loi « portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil », www.raadvst-consetat.be, p. 4.

²⁵ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2021-2022, n° 55-1805/003, p. 5.

²⁶ Références à l'appui dans le texte.

²⁷ Pp. 4-5.

de l'arrêt *La Flandria* expressément cité au passage en ce qu'il applique l'article 1382 de l'ancien Code civil à l'État et aux personnes morales de droit public.

Cela ne signifie nullement que les catégories du droit commun ne peuvent pas être utilisées pour prendre en compte la spécificité des acteurs de l'administration et plus généralement de l'intérêt général (dont l'administration ne détient pas le monopole), comme en matière de responsabilité civile lorsqu'une faute est commise dans l'exercice du pouvoir législatif ou judiciaire – il faudrait ajouter ou exécutif ou administratif –. Contrairement à ce que les auteurs indiquent, il ne s'agit pas là à proprement parler de « dérogations justifiées par leur nature particulière ».

Cela ne signifie pas non plus que des lois particulières ne puissent pas prévoir d'autres règles dans le respect des principes d'égalité et de non-discrimination, c'est-à-dire un certain nombre de dérogations légales, comme en matière de marchés publics, concessions ou biens publics²⁸.

Dans cette double mesure, le « droit public ou administratif constitue un droit spécial dérogatoire »²⁹ d'interprétation stricte et non restrictive, point un droit autonome. Il y a en effet une marge considérable entre « appliquer des solutions de droit civil » et appliquer le droit civil par principe. Tout au plus « le droit public connaît une certaine autonomie et une dynamique propre qui ont notamment permis l'émergence d'un certain nombre de principes généraux du droit administratif qui sont d'application générale à l'action administrative. Le présent Code ne remet dès lors nullement en cause l'application des règles propres à l'action publique »³⁰.

« Le respect des règles spéciales du droit public » et des « domaines respectifs du droit privé et du droit public » est assuré par la seconde phrase proposée qui « réserve expressément l'application des règles propres à l'exercice de la puissance publique », de même que les termes « sans préjudice des lois particulières » de l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er}.1 en projet ou « à moins que la loi s'y oppose » de l'article 5.13 en projet. « Mais, sous réserve de ces règles spéciales (...), le droit privé demeure le droit commun et a donc vocation à s'appliquer »³¹.

À noter que selon les auteurs, les règles propres à l'exercice de la puissance publique « incluent notamment les principes généraux du droit constitutionnel et du droit administratif ainsi que les lois du service public. » L'expression surannée de puissance publique pourrait ainsi être comprise comme n'étant pas destinée à exclure la conception plus

²⁸ Dans ce cas-ci en vertu du Code civil lui-même !

²⁹ Selon les termes utilisés différemment par les auteurs.

³⁰ P. 6.

³¹ Pp. 5-6.

moderne du droit administratif autour de la notion de service public. Ce serait toutefois sans compter la précision apportée par les auteurs selon laquelle « [la] référence à l'exercice de la puissance publique (...) est inspirée du droit de l'Union européenne » et ainsi « une abondante jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (...) pourra servir d'indicateur pour la délimitation des domaines respectifs du droit privé et du droit public. Selon celle-ci, l'exercice de la puissance publique se caractérise par « l'exercice par celle-ci de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre les particuliers ». Dès lors, « la finalité publique de certaines activités ne constitue pas, en soi, un élément suffisant pour qualifier ces activités comme étant accomplies *iure imperii* dans la mesure où elles ne correspondent pas à l'exercice de pouvoirs exorbitants au regard des règles applicables dans les relations entre les particuliers ». Pour déterminer les domaines respectifs du droit public et du droit privé, « il y a lieu d'identifier le rapport juridique existant entre les parties au litige et l'objet de celui-ci, ou, alternativement, d'examiner le fondement et les modalités d'exercice de l'action intentée » (C.J.U.E., 25 mars 2021, Obala i lu ěice, C-307/19, ECLI:EU:C:2021:236, points 62, 64 et 65, et réf. citées) »³².

Bref, la situation est telle, aujourd'hui, avec la réforme du Code civil belge, que si un code de droit administratif venait à être envisagé au Royaume de Belgique, il conviendrait de le concevoir tout entier pour déroger au Code civil³³ ou pour compléter celui-ci sur des aspects qu'il régit ou non... ce qui, tout compte fait, ne représenterait peut-être pas la difficulté majeure dans l'aventure. Car à quel niveau de pouvoir adopter un tel code, aujourd'hui que des pans entiers du droit administratif ont été défédéralisés (on l'a vu avec l'adoption de codes plus pointus dans la matière) et si demain le Conseil d'État, dans la foulée du pouvoir judiciaire, subissait, en tout ou en partie, le même sort ?

En droit belge, les grandes lois qui ont sculpté dans le marbre législatif (parfois même constitutionnel) certains principes généraux du droit administratif à la fin de vingtième siècle, non pas tellement par mimétisme avec le droit français mais plutôt sous l'impulsion commune du Conseil de l'Europe, l'ont été pour une grande part au titre de compétence résiduelle en matière de protection de l'administré et de contrôle juridictionnel sur les actes administratifs, consacré par l'article 159 de la Constitution et organisé par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil

³² Pp. 6-7.

³³ Au Code civil et aux lois qui le complètent avec la même vocation, bien entendu.

d'État³⁴, hors matière attribuée aux communautés ou aux régions, lorsque ce n'était pas au titre d'une compétence exclusive en matière de droit des obligations ou de droit judiciaire. L'on songe en particulier à la publicité de l'administration³⁵, la motivation formelle des actes administratifs³⁶, la saisissabilité relative des biens des personnes morales de droit public³⁷, l'immunité pénale relative des principales collectivités politiques³⁸, ...

Ces lois pourraient être rassemblées en un même code. Mieux encore, le Constituant pourrait inviter les collectivités fédérale et fédérées à s'unir autour de l'écriture d'un code commun. À moins qu'il ne soit trop tard dans un Royaume de Belgique voué à devenir un État confédéral ? Seul l'avenir, et non plus l'Histoire, nous l'apprendra...

³⁴ Voy. ainsi C.A., n° 55/2001, 8 mai 2001, B.5 en ce qui concerne la motivation formelle des actes administratifs individuels : « Le législateur national – actuellement le législateur fédéral – pouvait, en vertu de sa compétence résiduelle, établir une telle règle de protection de l'administré à l'égard des actes administratifs de toutes les autorités administratives. Dans la mesure où les communautés et les régions ainsi que les autorités administratives qui en dépendent entrent dans le champ d'application de la loi, le législateur national ne pouvait cependant élaborer pareille réglementation que pour autant qu'il ne rendît pas impossible ou exagérément difficile la mise en œuvre des compétences des communautés et des régions, notamment en matière d'organisation et de mode de fonctionnement de l'administration. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque les obligations qui sont imposées se limitent à ce qui peut être considéré comme nécessaire en vue d'offrir un minimum de protection à tout administré. Les communautés et les régions restent libres de compléter ou de préciser la protection offerte par la loi fédérale en cause ».

³⁵ Avec l'article 32 de la Constitution et les loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, décret wallon du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration, décret flamand du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration,...

³⁶ Avec la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

³⁷ Avec l'article 1412bis du Code judiciaire inséré par l'article 1^{er} de la loi du 30 juin 1994.

³⁸ Avec l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, d'abord, l'article 7bis, alinéa 2, du même code, ensuite.