La force majeure en droit administratif : balises théoriques et illustrations

Renaud SIMAR

Avocat aux barreaux de Liège et de Bruxelles
Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Delphine DE JONGHE

Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Maxime VANDERSTRAETEN

Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Introduction

1. La force majeure se définit traditionnellement comme un événement imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté des parties¹. Elle trouve son origine en droit privé de la responsabilité et constitue une cause étrangère exonératoire de responsabilité. La question qui est ici posée est celle de la réception en droit administratif de la force majeure, notamment au regard du caractère supposément « dérogatoire »² et du processus de « civilisation »³ du droit administratif.

Le constat de départ est simple : oui, le droit administratif reconnaît le concept de force majeure. Le Conseil d'État applique à cet égard – souvent

¹ Voy. not. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et Gr. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, Vol. 1: *Le fait générateur et le lien causal*, Coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 421, n° 506; J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, « Force et majeure et imprévision en matière contractuelle », in *Droit des obligations*, coll. Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 82-83, n° 3.

² P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 98.

³ P. MARTENS, « Que reste-t-il du droit administratif? », *A.P.T.*, 2006, p. 2.

implicitement⁴ – les conditions classiques de la force majeure : imprévisibilité, irrésistibilité et extériorité⁵. Mais ce constat serait trop simple si l'on ne se demandait pas à quel titre, avec quel fondement, de quelle nature et dans quelle mesure se présente ici la force majeure.

2. À quel titre ? C'est en tant que principe général de droit que le concept de force majeure est appréhendé en droit administratif. Autant, en droit privé, à la question régulièrement posée par les plaideurs et les auteurs de savoir si la force majeure – bien qu'expressément visée aux articles 1148 et 1348 du Code civil – constitue parallèlement un principe général de droit⁶, la Cour de cassation a jusqu'à présent répondu par la négative, à tout le moins en tant que principe général de droit dont la violation peut être invoquée devant la Cour⁷, autant les choses se présentent différemment en droit administratif.

De manière générale, il est unanimement reconnu que les principes généraux du droit occupent une place de première importance dans la jurisprudence du Conseil d'État, « compte tenu de l'absence de codification générale du droit administratif, de l'absence de texte limitant les moyens pouvant être avancés face à une violation de la “loi”, [...] du contrôle fondamental qu'il assure sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'administration », ainsi que « de l'absence de tribunaux administratifs de première instance, vis-à-vis desquels le Conseil d'État n'exercerait alors qu'un contrôle de cassation adminis-

⁴ Br. LOMBAERT et M. NIHOUL, « Tous les moyens sont-ils bons pour s'exonérer d'une taxe en matière d'immeubles abandonnés ? Politique fiscale, proportionnalité du taux, preuve de la publication d'un règlement et force majeure exonératoire », note sous Civ. Bruxelles, 16 janvier 2003, *Droit communal*, 2003, p. 55, n° 15.

⁵ Voy. par ex. C.E., 14 février 2012, n° 217.957, *BAJ Architects*, p. 4 et C.E., 19 octobre 2001, n° 99.928, *Varec*, p. 3, s'exprimant dans les mêmes termes : « un événement ne constitue une force majeure que s'il présente le triple caractère d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité ». Il existe toutefois une controverse persistante au sujet de ces trois caractéristiques, soit que certains auteurs leur confèrent des vocables variables, soit surtout qu'ils n'hésitent pas à les remettre en cause, chacune à leur tour (cf. not., en droit français, F. LEMAIRE, « La force majeure : un événement irrésistible », *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1999, pp. 1722-1740).

⁶ Un principe général de droit a un caractère non écrit. Il existe indépendamment de son éventuel support écrit. Cf., à cet égard, S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in *Les sources du droit revisitées*, Vol. 2 : *Normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2012, p. 502, n° 12 ; P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », *R.P.D.B.*, complément XI, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 326, n° 16 ; P. VAN OMMESLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1110 ; J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'État de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 607, n° 9.

⁷ Voy. not. Cass., 13 juin 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1180, concl. conf. Av. gén. G. BRESSELEERS ; *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2002-2003*, Bruxelles, éd. du *Moniteur belge*, 2003, p. 139 ; A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, p. 734, n° 52 ; et, spécifiquement sur la force majeure en matière de calcul de délais de procédure, Cass., 24 septembre 2012, R.G. n° C.10.0676.F, www.juridat.be, concl. Proc. gén. J.-Fr. LECLERCQ.

trative»⁸. Le juge administratif est, dès lors, habitué à jongler avec des notions à contenu variable (bon aménagement des lieux en droit de l'urbanisme, etc.)⁹.

Les principes généraux du droit ne présentent pas tous « le même degré de généralité » : si certains sont spécifiques à l'une ou l'autre branche du droit, il en est d'autres qui « s'appliquent de manière transversale à toutes les branches du droit »¹⁰. La force majeure fait assurément partie de cette seconde catégorie. Quand bien même elle n'a pas (encore) fait l'objet d'une consécration formelle par la Cour de cassation comme principe général de droit pouvant être qualifié de disposition légale au sens de l'article 1080 du Code judiciaire, force est de reconnaître qu'elle constitue une « notion juridique » bien vivante et très puissante en droit civil¹¹.

Qui plus est, pour le Conseil d'État (comme pour la Cour constitutionnelle¹²), il semble que la force majeure constitue un principe général du droit applicable tant en droit civil qu'en droit administratif.

Ainsi, dans un arrêt du 5 février 2009, le Conseil d'État a jugé qu'« il n'est pas contesté par la partie adverse que la force majeure pourra justifier que le candidat n'ait pas respecté les modalités prescrites par l'article 20 précité ; que la force majeure est érigée en principe général de droit par la jurisprudence pour justifier, même en l'absence d'une clause exonératoire expresse, le non-respect d'une règle et éviter la sanction prévue par celle-ci »¹³.

Très récemment encore, une chambre néerlandophone du Conseil d'État a rappelé l'existence « van het algemene rechtsbeginsel dat de strengheid van de wet in geval van overmacht of van onoverwinnelijke dwaling kan worden gemilderd »¹⁴.

⁸ S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in *Les sources du droit revisitées*, Vol. 2 : Normes internes infraconstitutionnelles, op. cit., p. 498, n° 7 ; J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'État de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, op. cit., p. 606, n° 9, et p. 612, n° 13. Voy. également P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », op. cit., pp. 345-371, nos 52-103.

⁹ P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° Droit administratif, op. cit., p. 97.

¹⁰ S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in *Les sources du droit revisitées*, Vol. 2 : Normes internes infraconstitutionnelles, op. cit., p. 505, n° 15. Voy. aussi Br. LOMBAERT et M. NIHOUL, « Tous les moyens sont-ils bons pour s'exonérer d'une taxe en matière d'immeubles abandonnés ? Politique fiscale, proportionnalité du taux, preuve de la publication d'un règlement et force majeure exonératoire », op. cit., p. 55, n° 15.

¹¹ Cf. Av. gén. G. BRESSELEERS, concl. préc. Cass., 13 juin 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1176.

¹² C.C., 15 juillet 1998, n° 88/98, B.S., M.B., 22 septembre 1998, qui renvoie au « principe général de droit selon lequel la rigueur de la loi peut être tempérée en cas de force majeure ou d'erreur invincible ».

¹³ C.E., 5 février 2009, n° 190.241, *Commune de Schaerbeek*. Malgré la spécificité des faits (absence à une épreuve linguistique), le Conseil d'État a posé un constat très général en relation avec la force majeure.

¹⁴ C.E., 7 décembre 2012, n° 221.670, *Demol*, p. 3, point 6. Voy. également, de la même chambre, C.E., 25 juin 2012, n° 219.929, *Onnockx*, p. 3, point 6 ; C.E., 6 novembre 1997, n° 69.477, *Gemeente Zuienkerke*, p. 7.

3. Avec quel fondement? En droit administratif matériel, le concept de force majeure est indissociable du principe général de droit de la continuité du service public¹⁵, qui, lui-même, « est le corollaire du principe [constitutionnel] de la permanence de l'État; il en est la traduction en droit administratif »¹⁶.

On retrouve cette idée dès la consécration par la Cour de cassation de la théorie du fonctionnaire de fait, destinée à l'origine à valider un acte pris dans les circonstances exceptionnelles de la guerre¹⁷, et appliquée régulièrement par le Conseil d'État, dans l'optique de couvrir les actes accomplis par un agent ou une autorité devenus illégaux ensuite d'une annulation prononcée par la haute juridiction (ex.: annulation de la nomination de cet agent¹⁸)¹⁹. La théorie du fonctionnaire de fait est une construction qui, « se fondant tantôt sur le principe de la continuité du service public [*quand c'est l'administration qui s'en prévaut*], tantôt sur la théorie de l'apparence [*quand c'est l'administré qui s'en prévaut*], permet d'établir la légalité d'un acte administratif bien qu'il a été pris par une personne incompétente »²⁰.

Il est indéniable que le principe de la continuité du service public est également prégnant dans tous les domaines de la vie administrative, et notamment en matière de gestion domaniale (en d'autres mots, la gestion des biens des personnes morales de droit public, relevant tant du domaine public que du domaine privé de celles-ci)²¹. S'il est vrai que la principale application de ce principe sur le « terrain » de la domanialité concerne l'immunité d'exécution²², il n'en demeure pas moins que la pratique livre aussi des exemples liés au concept de la force majeure, notamment en matière de responsabilité du fait de la voirie (*cf. infra*).

¹⁵ Cf. Cass., 12 février 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 201, note D. DE ROY, « Le principe de continuité du service public et la situation de l'usager ».

¹⁶ P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 346, n° 53.

¹⁷ Cass. 11 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 787 : « que dans le cas où les autorités déléguées étaient dans l'impossibilité d'exercer leur pouvoir, ce cas de force majeure ainsi que la nécessité de la non-interruption de l'administration communale habilitaient une autre autorité légale à procéder à des nominations provisoires ».

¹⁸ Cf. C.E., 14 juillet 1954, n° 3592, *Darcis, R.A.C.E.*, 1954, p. 721; C.E., 31 mai 1985, n° 25.424, *Heyndels, R.A.C.E.*, 1985, p. 204. Sur ces deux arrêts, voy. not. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 1127, n° 640. Sur l'incidence des arrêts d'annulation, voy. not. P. DE SOMERE, « L'exécution des décisions du juge administratif », *A.P.T.*, 2005, pp. 1-22.

¹⁹ La théorie du fonctionnaire de fait est à ce point ancrée dans la jurisprudence du Conseil d'État que celui-ci l'invoque parfois d'office, notamment pour neutraliser la position de l'autorité administrative qui argue de ce qu'elle a pris un acte avec effet rétroactif pour couvrir les effets d'une annulation antérieure. Cf. C.E., 25 janvier 2013, n° 222.249, *Boute*, p. 6; C.E., 23 juin 2011, n° 214.103, *Lambert*, p. 6.

²⁰ P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, v° Fonctionnaire de fait (théorie du -), p. 118.

²¹ Le droit civil s'applique également à la gestion domaniale, mais il n'intervient qu'à titre supplétif, « c'est-à-dire dans toute la mesure où ses dispositions ne sont pas contredites par des règles propres au droit administratif » (M. PÂQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé. Biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 166, n° 99).

²² M. PÂQUES *et al.*, *ibid.*, p. 174, n° 106.

4. De quelle nature? Dans un arrêt qui mettait en jeu la possible existence d'un droit subjectif dans le chef du requérant, et donc l'éventuelle incompétence du Conseil d'État par application de la théorie de l'objet véritable du recours, le Conseil d'État a considéré que la notion de force majeure, *lorsqu'il en est fait usage par l'administration dans le cadre de son action*²³, présente un caractère objectif: «[...] le cas fortuit et la force majeure constituent des notions juridiques dotées de significations déterminées et précises qui ne sont susceptibles que d'une seule interprétation». En d'autres termes, contrairement à ce que la partie défenderesse a soutenu à l'audience, les autorités ne disposent pas d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire à cet égard, de sorte que le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître du recours²⁴.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi introduit contre cet arrêt²⁵. L'avocat général a indiqué que «le cas fortuit et la force majeure constituent des notions juridiques dotées de significations déterminées. Les autorités administratives ne peuvent considérer des circonstances de fait identiques tantôt comme un cas de force majeure et tantôt comme ne l'étant pas, même pour des motifs d'opportunité d'intérêt général»²⁶. C'est donc au juge qu'il appartient de contrôler si telle circonstance de fait relève ou non de la notion de force majeure²⁷.

La doctrine autorisée relève que cette jurisprudence contredit d'autres arrêts du Conseil d'État qui ont accepté que l'autorité administrative puisse disposer d'un pouvoir (partiellement) discrétionnaire pour apprécier l'existence de circonstances de force majeure²⁸. Par ailleurs, l'on constate qu'il existe des arrêts traitant de notions voisines de celles de la force majeure à l'occasion

²³ Cette hypothèse est à distinguer de celle dans laquelle la force majeure est invoquée par l'administration dans le cadre d'un contentieux devant les juridictions pour justifier son acte ou sa position, la compétence de la juridiction saisie ne faisant ici pas de doute (*cf. infra*).

²⁴ C.E., 26 septembre 2002, n° 110.706, *Coenen*, p. 5, point 2.3; dans le même sens: C.E., 13 novembre 2007, n° 176.794, *Soumay*, p. 17, point 15: «le fait que l'autorité nationale a examiné des circonstances relatives à un éventuel cas de force majeure n'est pas de nature à lui reconnaître un quelconque pouvoir d'appréciation excluant l'existence d'un droit subjectif»; C.E., 13 novembre 2007, n° 176.717, *Van de Kerckhoven*, p. 6, point 2.2: «overmacht [is] een juridisch begrip waarvan een welbepaalde, precieze betekenis wordt toegekend en waarbij slechts één interpretatie de juiste kan zijn».

²⁵ Cass., 13 juin 2003, *Pas*, 2003, I, p. 1174, concl. conf. Av. gén. G. BRESSELEERS.

²⁶ Av. gén. G. BRESSELEERS, concl. sous Cass., 13 juin 2003, *Pas*, 2003, I, p. 1176, point 6.3.2. Des propos de l'Avocat général selon lesquels «le cas fortuit et la force majeure constituent des notions juridiques dotées de significations déterminées et précises», il ne faut pas déduire que le cas fortuit et la force majeure seraient des concepts bien distincts l'un de l'autre. En effet, «les deux expression[s] doivent, en principe, être considérée[s] comme synonymes» (J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, «Force et majeure et imprévision en matière contractuelle», in *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 82, note *infra* 5, citant H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, 2^e éd., p. 595, n° 598 et p. 599, n° 600).

²⁷ C.E., 6 octobre 2006, n° 163.284, *Communauté française*.

²⁸ B. BLERO, «La théorie de l'objet véritable du recours n'est-elle pas véritablement devenue sans objet?», note sous Cass., 20 décembre 2007, *R.C.J.B.*, 2009, pp. 420-480, spéc. pp. 450-453 et la jurisprudence citée pp. 452-454, not. C.E., 27 novembre 2008, n° 188.253, *De Salle*.

desquels le Conseil d'État a reconnu une certaine marge d'appréciation à l'autorité publique, notamment en matière de marchés publics (*cf. infra*).

5. Dans quelle mesure ? Il ne demeure pas moins de ce qui vient d'être dit qu'il semble acquis que les circonstances de force majeure sont à appréhender par le juge de manière restrictive, à tout le moins lorsqu'elles sont invoquées par une autorité publique. Ce qui suit va s'employer à le démontrer.

6. À partir de cas concrets rencontrés dans la jurisprudence – précédés, le cas échéant, du b.a.-ba théorique nécessaire à leur compréhension –, la présente contribution entend examiner la réception de la notion de force majeure en droit administratif, en ce qui concerne tant le contentieux administratif (section 1) que le droit administratif matériel (section 2).

Section 1

Force majeure et contentieux administratif

7. Le contentieux administratif présente des caractéristiques dont le rappel n'est pas inutile (sous-section 1) afin d'appréhender le contexte procédural dans lequel le Conseil d'État est appelé à déterminer les contours de la force majeure (sous-section 2). Un essai de synthèse clôturera cette analyse (sous-section 3).

Sous-section 1

Balises théoriques : respect des délais et sanctions

8. La procédure devant le Conseil d'État est écrite et essentiellement constituée par l'échange de mémoires dans des délais stricts, destinés à assurer le respect des droits de la défense²⁹. Le non-respect de ces délais fait l'objet de sanctions spécifiques, examinées ci-après (A à F).

A. La prescription du recours

La demande en annulation, et le cas échéant en suspension, est irrecevable lorsqu'elle n'a pas été introduite endéans le délai ordinaire de recours (en principe, 60 jours³⁰).

²⁹ C.E., 27 mai 1998, n° 73.922, *Contact Centre Ardennes*.

³⁰ Article 4, § 1^{er}, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État – ci-après le « règlement de procédure ».

De manière similaire, est irrecevable la requête en suspension d'extrême urgence introduite par un requérant qui a manqué de *diligence*³¹.

B. L'écartement des débats

Les mémoires tardifs *de la partie défenderesse* sont écartés des débats³²⁻³³.

C. La présomption de véracité

Lorsque la *partie défenderesse* ne transmet pas le dossier administratif dans le délai fixé, une présomption de véracité s'attache aux faits cités par la partie requérante, sauf si ces faits sont manifestement inexacts³⁴.

D. La présomption de perte d'intérêt

Cette sanction s'adresse à la *partie requérante*, lorsque cette dernière ne respecte pas les délais prévus pour l'envoi du mémoire en réplique ou du mémoire ampliatif³⁵. Dans cette hypothèse, «la section statue sans délai, les parties entendues à leur demande, en constatant l'absence de l'intérêt requis»³⁶.

E. La présomption de désistement d'instance

La *partie requérante* est présumée se désister de son recours dans deux hypothèses³⁷ :

- lorsqu'elle manque d'introduire un dernier mémoire ou une demande de poursuite de la procédure dans un délai de 30 jours à compter de la notification du *rapport de l'auditeur* dans lequel est proposé le rejet ou la

³¹ Le demandeur en extrême urgence doit en effet saisir le Conseil d'État dès que possible (C.E., 25 juillet 2005, n° 147.767, *Hoolmans*).

³² Article 21, alinéa 5, des lois coordonnées sur le Conseil d'État – ci-après les « L.C.C.E. ».

³³ Cette sanction peut être rapprochée de celle applicable en droit judiciaire privé aux conclusions tardivement communiquées (article 747, § 2, C. jud.) ; renvoi à la contribution de X. TATON.

³⁴ Article 21, alinéa 3, des L.C.C.E.

³⁵ L'article 7 du règlement de procédure fixe ce délai à soixante jours après la réception de la notification du mémoire en réponse ou de l'avis lui indiquant son absence.

³⁶ Article 21, alinéa 2, des L.C.C.E. L'article 14bis du règlement de procédure précise les modalités d'application de cette sanction, et impose notamment que le greffier du Conseil d'État fasse mention de l'article 21, alinéa 2, lors de la notification du mémoire en réponse (ou de son absence) à la partie requérante.

³⁷ On notera qu'il n'est question ici que d'un désistement d'instance : le législateur ne crée aucune présomption de *régularité* de l'acte attaqué (M. PÂQUES, « Le recours en annulation », *A.P.T.*, 2006, p. 212).

- déclaration d'irrecevabilité du recours³⁸. Le désistement est alors décrété au terme d'une procédure accélérée³⁹ ;
- lorsque la *demande de suspension* a été rejetée et n'est pas suivie d'une demande de poursuite de la procédure par la partie requérante⁴⁰.

F. L'application de la procédure accélérée d'annulation

Cette sanction concerne la *partie adverse* ou celui qui a un intérêt au règlement du litige, dans deux hypothèses :

- si la notification du *rapport de l'auditeur* dans lequel l'annulation est proposée⁴¹ n'est pas suivie d'un dernier mémoire ou d'une demande de poursuite de la procédure⁴² ;
- à la suite d'un *arrêt de suspension* non suivi d'une demande de poursuite de la procédure⁴³.

9. De l'exposé qui précède, il apparaît que le législateur a entendu déduire de l'absence de réaction à la suite de la notification d'actes de procédure des conséquences déterminantes pour la solution du litige⁴⁴. À cet égard, les présomptions de perte de l'intérêt requis et de désistement de l'instance sont irréfragables, sauf à démontrer – lors de l'audition sur cette question⁴⁵ – un *cas de force majeure* ou une circonstance imputable aux services du Conseil d'État. Il en va de même en vue d'échapper à l'application d'une procédure accélérée d'annulation⁴⁶.

10. De multiples arrêts de la Cour constitutionnelle ont conclu, sur question préjudicielle, à la constitutionnalité et à la conventionalité des dispositions ins-

³⁸ Article 21, alinéa 6, des L.C.C.E.

³⁹ Article 14^{quater} du règlement de procédure.

⁴⁰ Article 17, § 4^{ter}, des L.C.C.E.

⁴¹ Jusqu'à présent, le rapport était notifié simultanément à toutes les parties, qui introduisaient donc chacune un dernier mémoire dans l'ignorance des derniers mémoires des autres parties. L'article 12 du règlement de procédure a été modifié le 10 décembre 2012 en vue d'obliger l'auditeur à mentionner dans son rapport l'ordre dans lequel celui-ci est notifié aux parties (article 1^{er} de l'arrêté royal du 10 décembre 2012 modifiant les articles 12 et 14 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, *M.B.*, 4 février 2013, p. 5539). Cet ordre est crucial au vu de l'application des articles 21, alinéa 6, et 30, § 3, des L.C.C.E. Le Rapport au Roi précise que lorsque le rapport de l'auditeur contient plusieurs conclusions, l'une étant l'annulation, l'autre le rejet, la conclusion la plus importante est celle relative à l'annulation, de sorte que la notification est d'abord réalisée aux parties adverse et intervenante, à qui il revient en premier d'introduire un dernier mémoire ou une demande de poursuite de la procédure.

⁴² Article 30, § 3, des L.C.C.E.

⁴³ Article 17, § 4^{bis}, des L.C.C.E.

⁴⁴ C.E., 23 septembre 2008, n° 186.437, *Leloutre*.

⁴⁵ C.E., 13 septembre 1999, n° 82.235, *Baneton*.

⁴⁶ J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1809, n° 797.4.

tituant les présomptions de perte d'intérêt et de désistement d'instance ci-avant rappelées^{47 48 49}. Ces arrêts renvoient à la volonté du législateur d'introduire des mesures contraignantes tendant à réduire la durée de la procédure et à lutter contre l'arriéré juridictionnel⁵⁰. Au regard de cet objectif, les sanctions comminées ne sont pas disproportionnées et ne violent pas l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵¹.

La Haute juridiction constitutionnelle constate en effet que, dans ses notifications aux parties, le greffier en chef du Conseil d'État attire l'attention de celles-ci sur les règles de procédure à respecter et sur les conséquences qu'entraîne leur méconnaissance⁵². Par ailleurs, l'envoi d'une demande de poursuite de la procédure ou d'un mémoire en réplique ou ampliatif relève de la simple formalité, à laquelle il peut être aisément satisfait par l'indication – le cas échéant manuscrite⁵³ – qu'il est persisté dans le recours. Enfin, la faculté d'invoquer un cas de force majeure autorise à nuancer la sévérité des sanctions instituées. À la suite de la Cour constitutionnelle⁵⁴, le Conseil d'État remarque ainsi que « la rigueur de la loi peut être tempérée en cas de force majeure, principe duquel le législateur n'a pas entendu s'écarter bien qu'il ait envisagé de le faire »⁵⁵. C'est à l'interprétation de cette notion dans la jurisprudence administrative qu'est consacrée la prochaine sous-section.

⁴⁷ À propos de l'article 21, alinéa 2, des L.C.C.E. : arrêts n° 32/95 du 4 avril 1995, n° 27/97 du 6 mai 1997, n° 94/99 du 15 juillet 1999, n° 4/2000 du 19 janvier 2000, n° 50/2000 du 3 mai 2000, n° 72/2000 du 14 juin 2000, n° 87/2001 du 21 juin 2001, n° 150/2001 du 20 novembre 2001, n° 21/2002 du 23 janvier 2002.

⁴⁸ À propos de l'article 21, alinéa 6, des L.C.C.E. : arrêts n° 67/95 du 28 septembre 1995, n° 121/99 du 10 novembre 1999.

⁴⁹ À propos de l'article 17, § 4^{ter}, des L.C.C.E. : arrêt n° 88/98 du 15 juillet 1998.

⁵⁰ Ce *ratio* est toujours valable aujourd'hui, même si le Conseil d'État a résorbé une grande partie de son arriéré. En effet, cette mesure vise tout autant à éviter tout nouveau retard à l'avenir : C.E., 23 septembre 2010, n° 207.513, *Lundbeck*.

⁵¹ Voy. encore récemment, à propos de la présomption de désistement d'instance de l'article 21, alinéa 6, des L.C.C.E. : C.E., 12 janvier 2012, n° 217.208, *Communautés européennes*.

⁵² En ce qui concerne les demandes de poursuite de la procédure à la suite d'un arrêt se prononçant sur la suspension (art. 17, § 4^{bis} et § 4^{ter}), les lois coordonnées et le règlement de procédure en référé n'imposent pas, dans les notifications effectuées par le greffe, l'indication des conséquences liées à un défaut de demande de poursuite de la procédure (au contraire des présomptions liées au défaut de mémoire en réplique ou de dernier mémoire dans la procédure en annulation). C'est cependant la pratique constante du greffe du Conseil d'État, érigée en règle de droit non écrite afin de remédier à l'inégalité ainsi constatée dans les règles de procédure écrites (C.E., 23 septembre 2008, n° 186.437, *Leloutre*).

⁵³ C.E., 8 décembre 2000, n° 91.496, *Collignon*.

⁵⁴ L'arrêt n° 88/98 précité tient compte du « principe général de droit selon lequel la rigueur de la loi peut être tempérée en cas de force majeure ou d'erreur invincible, principe auquel la loi en cause n'a pas dérogré » (B.5.).

⁵⁵ C.E., 19 octobre 2001, n° 99.928, *Varec*.

Sous-section 2

Force majeure et contentieux administratif : illustrations

11. Dans la jurisprudence que nous avons pu consulter, la force majeure a été invoquée – avec plus ou moins de succès – par une partie en vue de justifier :

- l’introduction tardive d’une requête en annulation et, le cas échéant, en suspension⁵⁶ ;
- le manque de diligence dans l’introduction d’un recours en suspension d’extrême urgence ;
- l’envoi tardif d’un mémoire en réponse ;
- l’absence de mémoire en réplique ou ampliatif dans les délais requis ;
- l’absence de demande de poursuite de la procédure dans les délais requis, à la suite du rapport de l’auditeur ou d’un arrêt statuant sur la suspension.

Il ne nous a pas semblé pertinent de distinguer les arrêts cités en fonction de ces différentes circonstances, dès lors que le Conseil d’État ne paraît pas faire de distinction à cet égard⁵⁷.

12. Sans prétendre à l’exhaustivité, nous avons préféré étudier la jurisprudence administrative au travers de différentes *catégories d’événements* invoqués à l’appui d’une défense fondée sur la force majeure :

- la fermeture exceptionnelle des bureaux de poste (A) ;
- l’erreur ou la négligence des services postaux (B) ;
- l’ignorance, l’erreur ou la négligence de la partie qui se prévaut de la force majeure (C) ;
- ses difficultés internes d’organisation (D) ;
- sa maladie ou son absence (E).

A. Fermeture exceptionnelle des bureaux de poste

13. En vertu de l’article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du règlement de procédure, «l’envoi au Conseil d’État de toutes pièces de procédure se fait sous pli recommandé à la poste». Le Conseil d’État, en assemblée générale de sa section du contentieux administratif, a rappelé que cet envoi sous pli recommandé vise à donner date certaine aux pièces de procédure⁵⁸.

⁵⁶ La force majeure peut enfin constituer une cause de suspension ou d’interruption du délai de recours tant qu’elle persiste (C.C., arrêt n° 136/2001 du 30 octobre 2001, B.5.3.).

⁵⁷ Dans le même sens : J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d’État de Belgique*, Vol. 2, *op. cit.*, p. 1919, n° 998.

⁵⁸ C.E., 6 février 2001, n° 93.105, *Elsocht* ; dans le même sens : C.E., 18 juillet 2011, n° 214.669, *Vancoppemolle* ; C.E., 22 juin 2010, n° 205.643, *Jegers* ; C.E., 7 janvier 2009, n° 189.318, *Kesenne*.

L'envoi par courrier recommandé vaut pour la requête, mais également pour toutes les sortes de mémoires⁵⁹. Il s'agit d'une formalité substantielle touchant à l'ordre public⁶⁰. C'est dire l'importance que revêt la Poste (devenue Bpost) – ou plus généralement, depuis leur libéralisation, les services postaux⁶¹ – pour l'échange en temps utile des écrits de procédure.

Au-delà de la préoccupation de conférer une date certaine à tous les actes de procédure, le Conseil d'État souligne également « la volonté des auteurs du règlement de procédure de simplifier autant que possible la procédure en communiquant les actes de procédure par la poste, moyen peu coûteux et normalement disponible à proximité où que l'on soit dans le pays »⁶².

14. Il apparaît que c'est au regard de cet objectif que le Conseil d'État apprécie les difficultés rencontrées par les parties avec les opérateurs postaux. Dans ce contexte, ont été considérés comme des cas de force majeure :

- une *grève générale des bureaux de poste*, prouvée par une attestation du service juridique de la Poste⁶³ ; en revanche, une grève limitée à un seul bureau d'une agglomération ne relève pas de la force majeure⁶⁴ ; de la même manière, à propos d'une grève générale de la Poste qui avait été annoncée par le front commun syndical du personnel de la Poste et qui avait effectivement eu lieu le dernier jour utile pour introduire le recours, le Conseil a considéré que « vu l'existence de nombreux « points Poste » dont il n'est pas soutenu qu'ils auraient participé à la grève et auprès desquels il est également possible de déposer des plis recommandés, cette circonstance ne peut être considérée comme constitutive d'un cas de force majeure »⁶⁵ ;
- la *fermeture des bureaux de poste lors d'un jour non férié*, même si des guichets spéciaux avaient été ouverts dans certaines grandes agglomérations⁶⁶ ;

⁵⁹ En référé, l'article 84 est également applicable par la référence qui y est faite à l'article 2 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État. Ce n'est qu'en cas de force majeure qu'une demande en extrême urgence peut être introduite par télécopie, étant entendu que cette demande doit alors être confirmée par une requête envoyée par recommandé (C.E., 23 septembre 2005, n° 149.431, *Kilic*). Dans ce cas, la preuve de la recommandation doit être apportée à l'audience (C.E., 25 juillet 2005, n° 147.767, *Hoolans*), sauf cas de force majeure (C.E., 15 septembre 2006, n° 162.476, *Mommaerts*).

⁶⁰ S. BOULLART, « De vereiste van aangetekende verzending van procedurestukken aan de Raad van State, overmachtsituaties en temperingen », *R.A.B.G.*, 2012/7, p. 469 et la note infrapaginale 30.

⁶¹ Voy. l'article 5, § 3, de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, ainsi que l'article 131, 9°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

⁶² C.E., 4 mars 2008, n° 180.510, *Dries*.

⁶³ C.E., 28 juin 2001, n° 97.199, X.

⁶⁴ C.E., 30 décembre 1996, nos 63.791 et 63.792, X.

⁶⁵ C.E., 1^{er} octobre 2009, n° 196.572, *État belge*.

⁶⁶ C.E., 24 octobre 2008, n° 187.345, *Stiennier*.

- la fermeture – fût-elle annoncée – de tous les bureaux de poste, à l’exception de celui de Bruxelles-Midi. À cet égard, le Conseil d’État a noté que « la partie adverse n’aurait pu faire parvenir son envoi dans le délai imparti qu’en se rendant au bureau de Bruxelles-Midi ; [...] si ce n’était pas radicalement impossible, exiger d’elle un tel déplacement irait à l’encontre de la volonté des auteurs du règlement de procédure de simplifier autant que possible la procédure en communiquant les actes de procédure par la poste, moyen peu coûteux et normalement disponible à proximité où que l’on soit dans le pays »⁶⁷ ;
- la *modification inopinée et ponctuelle des horaires* habituels du bureau de poste où s’est rendu le conseil des requérants⁶⁸.

15. Épinglons toutefois un arrêt de 2001 dont l’enseignement est nettement plus sévère. L’avocat chargé de déposer un pli recommandé s’était présenté vers 23 h 20 au bureau de poste de Bruxelles-Midi qui était fermé. Sur la base des renseignements fournis par la Poste, il s’était rendu jusqu’au bureau du Boulevard Industriel, en principe ouvert jusqu’à minuit, mais exceptionnellement fermé à 23 heures. Aucun autre bureau n’était ouvert jusque minuit de sorte que le pli recommandé avait été envoyé avec un jour de retard. Le Conseil d’État relève que « ces événements ne constituent pas un cas de force majeure à défaut d’en présenter les traits caractéristiques ; qu’en effet la partie requérante aurait pu éviter la forclusion si elle n’avait pas attendu jusqu’au dernier jour du délai pour envoyer au greffe du Conseil d’État, par pli recommandé à la poste, son mémoire en réplique et si, même en ce cas, elle avait fait le nécessaire pour que le pli soit posté pendant les heures normales d’ouverture des bureaux de poste et, en tout cas, pour qu’il soit remis à 18 h 00 à la firme privée chargée entre autres de l’envoi des plis recommandés ; qu’au lieu de cela, la partie requérante a spéculé sur l’ouverture du bureau de poste de Bruxelles-Midi jusqu’à minuit sans avoir égard à une éventuelle modification – toujours possible – des heures d’ouverture spéciale de ce bureau ; qu’il y a lieu, dans ces conditions, de constater l’absence dans son chef de l’intérêt requis »⁶⁹.

Ce raisonnement ne nous paraît pas devoir être approuvé. En effet, il ne peut être fait grief à une partie d’utiliser l’intégralité du délai qui lui est imparti, et de se fier aux heures d’ouverture annoncées par la Poste⁷⁰.

⁶⁷ C.E., 4 mars 2008, n° 180.510, *Dries*.

⁶⁸ C.E., 2 mars 2007, n° 168.444, *Fédération royale belge des transporteurs* ; voy. égal. C.E., 25 février 2003, n° 116.424, *X* ; C.E., 11 décembre 1997, n° 70.179, *Baron’s Investment Company*.

⁶⁹ C.E., 19 octobre 2001, n° 99.928, *Varec*.

⁷⁰ « Een verzoeker beschikt bovendien over de volledige termijn van zestig dagen om zijn enig verzoekschrift tot schorsing en nietigverklaring in te dienen en hem kan niet ten kwade worden aangeduid dat hij die termijn volledig wenst te benutten teneinde zijn verzoekschrift zo grondig en volledig mogelijk op te stellen » (C.E., 5 juin 2008, n° 183.851, *Van Strydonck-Mourlon*).

B. Erreur ou négligence des services postaux

16. Une jurisprudence abondante a trait aux carences ou dysfonctionnements allégués des services postaux. Relèvent par exemple de la force majeure :

- *les manquements de Bpost dans le cadre d'un contrat d'enlèvement, d'affranchissement et d'expédition du courrier.* Dans un cas récent, un cabinet d'avocat ayant conclu un contrat « Collect & Stamp » avec Bpost avait confié un pli recommandé le 3 février, mais cette société avait reconnu avoir cacheté par erreur à la date du 9 février, c'est-à-dire hors délai. Le Conseil d'État note que « la circonstance que, contrairement à ce à quoi il s'était engagé, ce service public n'a pas apposé le cachet le jour où le pli lui a été remis constitue, pour la partie requérante, une circonstance imprévisible, qui ne peut lui être imputée, dès lors qu'il ne peut lui être reproché d'avoir fait confiance audit service public ; [...] cette circonstance s'avère également insurmontable, puisque la requérante ne pouvait pas savoir que le courrier confié à Bpost n'allait pas être traité le jour même ; [...] il s'agit d'un cas de force majeure »⁷¹ ;
- *la délivrance par la Poste d'un mémoire à une personne qui n'est pas habilitée à signer l'accusé de réception.* L'avocat du requérant avait prétendu n'avoir jamais reçu de mémoire en réponse, la signature figurant sur l'accusé de réception en possession du greffé n'étant pas la sienne ni celle d'un autre membre de son cabinet. L'avocat avait produit des courriers de réclamation adressés à la Poste pour dénoncer ce dysfonctionnement. Le Conseil d'État a admis les circonstances particulières et indiqué qu'il « peut y avoir un doute quant à la signature apposée sur l'accusé de réception » du mémoire en réponse⁷². Cette jurisprudence contredit un arrêt plus ancien de 2003, dans lequel le Conseil d'État avait constaté que l'accusé de réception du mémoire en réponse était signé et qu'il ne lui revenait pas de s'interroger sur la compétence du signataire pour signer cet accusé de réception : « à supposer que la Poste ait indûment remis le pli à une personne non mandatée à cette fin, cela ne pourrait, le cas échéant, donner lieu qu'à un litige entre la Poste et la requérante ou son avocat »⁷³ ;

⁷¹ C.E., 11 septembre 2012, n° 220.559, *TNT Airways*. Dans le même sens, à propos d'un contrat « Servipost » : C.E., 5 juillet 2011, n° 214.402, *Kalitta Air*.

⁷² C.E., 23 mars 2012, n° 218.605, *Brahic*.

⁷³ C.E., 18 juin 2003, n° 120.727, *SA Mobistar* ; dans le même sens, voy. 25 novembre 2008, n° 188.213, *Haustrate* (à propos d'un accusé de réception signé par l'épouse du requérant, lequel ne soutenait pas que le pli ne lui avait pas été remis).

- une carence du service de transfert du courrier auquel le requérant avait souscrit. Devant le Conseil d'État, le requérant avait fait état de réclamations adressées à l'opérateur postal⁷⁴ ;
- une erreur de manipulation de la Poste, établie par une enquête réalisée sur réclamation du requérant⁷⁵ ;
- le refus par les services postaux de procéder à l'envoi⁷⁶.

17. On peut se demander si cette dernière hypothèse ne doit pas être rapprochée de celle où la Poste, confrontée à une requête ou un mémoire volumineux, suggère voire impose l'usage du service «Taxipost», alors que ce dernier ne constitue pas un envoi recommandé⁷⁷. Dans une espèce où le greffe du Conseil d'État avait donné des instructions précises à cet égard, le Conseil a refusé de conclure à l'existence d'un cas de force majeure⁷⁸. Dans le même sens, le Conseil d'État a considéré que le service «Taxipost Secur» ne présente pas les mêmes caractéristiques et n'a pas la même valeur juridique que l'envoi par recommandé. Le Conseil d'État n'a pas répondu à l'argument du requérant qui avait expliqué avoir utilisé le service «Taxipost» suite au refus du service des postes d'envoyer par pli recommandé un envoi de plus de deux kilogrammes (alors que cela était possible)⁷⁹. À la suite d'une récente modification du règlement postal⁸⁰, il convient désormais de considérer que l'envoi par «Taxipost Secur» (mais non l'envoi par «Taxipost» ordinaire) équivaut à un envoi recommandé⁸¹.

C. Ignorance, erreur ou négligence de la partie qui se prévaut de la force majeure

18. Il est compréhensible, au regard du critère d'extériorité, que la Haute juridiction administrative refuse de considérer l'ignorance ou les erreurs d'une partie comme relevant de la force majeure. Les circonstances suivantes sont par conséquent étrangères à la notion de force majeure :

⁷⁴ C.E., 8 septembre 2011, n° 215.015, *Vandenbrouck*.

⁷⁵ C.E., 28 janvier 2011, n° 210.774, *Buydens*.

⁷⁶ C.E., 20 avril 2006, n° 157.810, *De Braekeleer*; C.E., 5 juin 2008, n° 183.851, *Van Stryndonck-Mourlon* (à propos du refus d'envoi d'un pli recommandé quelques minutes avant la fermeture du bureau de poste; la Poste avait reconnu ce manquement et présenté ses excuses à l'avocat concerné).

⁷⁷ C.E., 3 mars 2011, n° 211.786, *Telesécrétariat*.

⁷⁸ C.E., 19 octobre 2009, n° 197.012, *BTV*.

⁷⁹ C.E., 30 janvier 2009, n° 189.956, *Thunus*. Dans des circonstances similaires, le Conseil d'État avait déjà retenu la force majeure : C.E., 8 mars 2001, n° 93.804, *Chemiphar*; *contra* : C.E., 14 novembre 2001, n° 100.857, *Aerden*.

⁸⁰ S. BOULLART, « De vereiste van aangetekende verzending van procedurestukken aan de Raad van State, overmachtsituaties en temperingen », *op. cit.*, p. 470.

⁸¹ C.E., 9 juin 2011, n° 213.817, *Van Hooydonc*.

- *l'ignorance* de la procédure devant le Conseil d'État⁸². À cet égard, le manque de moyens financiers pour se faire assister d'un avocat ne constitue pas non plus un cas de force majeure, au vu de la disponibilité de l'aide juridique de deuxième ligne⁸³;
- *l'impossibilité de se concerter* avec son délégué syndical habituel : le Conseil d'État rappelle que le contenu de la demande de poursuite de la procédure peut se limiter à la simple confirmation que la partie requérante persiste dans sa demande. Par ailleurs, le requérant pouvait s'informer auprès d'un autre délégué syndical ou se faire assister par un conseil⁸⁴;
- *l'erreur* de l'avocat, même reconnue par ce dernier⁸⁵;
- *une erreur de classement*⁸⁶ ou *une erreur dans la datation du courrier entrant d'un bureau d'avocat*⁸⁷;
- *le changement de domicile élu*, lorsque la partie concernée néglige d'en informer le Conseil d'État⁸⁸.

19. De la même manière, le Conseil d'État a fait reproche à un requérant de ne pas avoir mentionné sa boîte aux lettres dans son élection de domicile, alors que plusieurs personnes portant le même nom de famille séjournaient à la même adresse. Le mémoire en réponse avait été déposé par erreur dans la boîte aux lettres des parents du requérant. Pour le Conseil d'État, le mémoire en réplique est tardif⁸⁹. En revanche, lorsque l'oncle d'un requérant, qui réside à la même adresse, retire par erreur un recommandé en réalité destiné au requérant, cette circonstance plausible est constitutive d'un cas de force majeure dès lors que le requérant a fait toute diligence pour saisir le Conseil d'État⁹⁰.

20. À plusieurs reprises, le Conseil d'État a également eu à se prononcer sur *l'erreur commise par une partie dans l'indication de l'adresse du Conseil d'État*. À première analyse, on serait tenté de considérer qu'une telle erreur ne relève pas de la notion de force majeure, dès lors qu'elle est imputable à la partie qui en subit les conséquences. La jurisprudence du Conseil d'État est néanmoins plus nuancée.

⁸² C.E., 4 septembre 2012, n° 220.501, *Portier*.

⁸³ C.E., 26 janvier 2006, n° 154.156, *Cattoor*. Voy. égal. C.E., 14 avril 2003, n° 118.343, *Schwachhofer*, qui considère que le coût d'une procédure devant le Conseil d'État n'est pas dissuasif.

⁸⁴ C.E., 3 mai 2012, n° 219.132, *Faict*.

⁸⁵ C.E., 13 septembre 2000, n° 89.609, *Centre d'observation et de guidance* (à propos d'une erreur commise par un avocat, et reconnue par ce dernier); C.E., 5 mai 1994, n° 47.213, *Inafzo*.

⁸⁶ C.E., 18 juin 2003, n° 120.727, *SA Mobistar*; C.E., 7 janvier 1999, n° 77.999, *Communauté scolaire Saint-Berthuin*.

⁸⁷ C.E., 29 juin 1998, n° 74.711, *Monstrey*.

⁸⁸ C.E., 5 mai 2004, n° 131.052, *Rees*; C.E., 11 janvier 2001, n° 92.070, *Ebondja*.

⁸⁹ C.E., 13 septembre 2010, n° 207.327, *Allepaerts*.

⁹⁰ C.E., 19 octobre 2004, n° 136.275, *Erkan*.

Dans une première espèce, le requérant avait commis une erreur quant à l'adresse du Conseil d'État, en indiquant « 1000 Bruxelles » au lieu de « 1040 Bruxelles »⁹¹. Par conséquent, le mémoire en réplique, adressé dans le délai requis, lui était revenu. Le greffe du Conseil d'État avait indiqué que de nombreux courriers parvenaient au Conseil d'État chaque jour nonobstant l'indication erronée du code postal « 1000 ». Sans faire explicitement appel au concept de force majeure, le Conseil d'État considère que le mémoire en réplique ne doit pas être tenu pour tardif⁹².

Dans une autre affaire où la requérante avait erronément assorti l'adresse du Conseil d'État du code postal 1000, le Conseil d'État a jugé que « si cette mention erronée devait être considérée comme ayant rendu impossible la livraison de l'envoi, les errances de celui-ci seraient imputables à la requérante, de sorte que le caractère d'extériorité requis par la force majeure ferait défaut et que celle-ci serait, en conséquence, exclue. Dès lors, cependant, qu'il n'est pas possible, dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, de déterminer si la seule mention erronée d'un code postal suffit à tenir pour inconnue une adresse vers laquelle sont quotidiennement acheminés de très nombreux courriers, et, partant, à considérer qu'une livraison est rendue impossible pour ce motif, la force majeure ne peut, en l'espèce, être nécessairement exclue, de sorte que le doute qui subsiste doit bénéficier à la requérante »⁹³.

Cette jurisprudence bienveillante doit vraisemblablement être lue à la lumière de la légitime confiance qu'une partie peut entretenir à l'égard des services postaux, et qui semble pouvoir justifier d'attendre de ceux-ci qu'ils rectifient les erreurs comprises dans l'adresse du Conseil d'État.

D. Difficultés internes d'organisation

21. De manière constante, le Conseil d'État juge que les difficultés propres à l'organisation interne du requérant ou de son cabinet d'avocat ne relèvent pas de la force majeure, comme en témoignent les exemples suivants :

- les difficultés de communication entre la requérante et son avocat quant à une élection de domicile⁹⁴ ;

⁹¹ Cette erreur est compréhensible, dès lors que le code postal 1040 est normalement rattaché à la commune d'Etterbeek, alors que le Conseil d'État est situé sur le territoire de la ville de Bruxelles (L. JANS, « L'envoi de pièces au Conseil d'État: les faiblesses du pli recommandé postal à l'heure de l'e-procédure », *A.P.T.*, 2012/2, p. 439).

⁹² C.E., 18 avril 2012, n° 218.930, *Mersch*. Voy. égal. C.E., 7 mars 2012, n° 218.338, *Commune de Braine-l'Alleud*.

⁹³ C.E., 14 février 2012, n° 217.957, *BAJ Architects*.

⁹⁴ C.E., 24 novembre 2011, n° 216.481, *Grez-Doiceau*; dans le même sens : C.E., 22 juin 1995, n° 53.491, *Huymans* (à propos de la non-transmission d'un pli par la requérante à son avocat).

- les difficultés consécutives à la succession de l’avocat de l’administration à un précédent conseil qui a quitté le barreau⁹⁵ ;
- la surcharge de travail du fonctionnaire requérant⁹⁶ ;
- la surcharge de travail combinée à des problèmes familiaux⁹⁷ ;
- la surcharge de travail du conseil du requérant en fin d’année judiciaire : cette circonstance ne pourrait justifier le manque de diligence avec laquelle la procédure en extrême urgence a été introduite⁹⁸ ;
- le déménagement du cabinet des conseils du requérant⁹⁹. Du reste, en cas de déménagement, une partie ne peut pas compter sur ce que la Poste ferait automatiquement suivre le courrier de son ancienne à sa nouvelle adresse¹⁰⁰ ;
- les problèmes de secrétariat d’un avocat¹⁰¹ et de manière générale toutes les difficultés relevant de l’organisation interne d’un cabinet d’avocats¹⁰² ;
- le placement en détention préventive d’un avocat : il appartenait à ce dernier de se faire substituer par un confrère dans la gestion de ses affaires en cours¹⁰³ ;
- les difficultés de gestion d’un cabinet ministériel en affaires courantes¹⁰⁴. Le Conseil d’État rappelle à cet égard « qu’il incombe aux autorités administratives de s’organiser de manière à donner aux actes de procédure qui lui sont régulièrement adressés une suite dans les délais réglementaires ».

⁹⁵ C.E., 24 décembre 2010, n° 210.107, *Public Safety et Services*. Dans le même sens : C.E., 13 septembre 2012, n° 220.583, *Mimosa* ; C.E., 8 juin 1999, n° 80.724, X.

⁹⁶ C.E., 15 mars 2011, n° 212.044, *Gazan*. Le mémoire en réplique avait été introduit avec un jour de retard. Le fonctionnaire requérant invoquait divers motifs : à son retour de vacances, « il a été absorbé par les lourdes tâches liées à l’exercice de sa fonction de direction d’un service sousencadré, par le retard accumulé pendant son absence et par sa forte implication dans des projets en rapport avec la présidence belge du Conseil des ministres de l’Union européenne » ; le dernier jour du délai, il a également dû « remplacer au pied levé un collègue tombé malade et le remplacer au Conseil de l’Europe pour une réunion ». Pour le Conseil d’État, « les circonstances invoquées par le requérant ne présentent pas les caractéristiques d’un cas de force majeure, soit un événement étranger au requérant qui n’a pas pu être prévu, ni empêché, ni surmonté ». Plus particulièrement, le Conseil d’État constate le caractère prévisible des événements invoqués. Il note encore que « le requérant, pressé par le temps, aurait pu pour échapper à la forclusion, abrégé son mémoire, voire, à la limite, se borner à confirmer qu’il persistait dans sa requête ; [...] enfin, il n’est guère plausible que pendant toute la journée du lundi, dernier jour utile, il n’ait pas pu trouver un moment pour expédier, par pli recommandé à la poste, le mémoire en réplique, au moins l’original de celui-ci, ou, au besoin, trouver une personne disposée à lui rendre ce service ».

⁹⁷ C.E., 29 juin 2012, n° 220.116, *Robe*.

⁹⁸ C.E., 17 juillet 2007, n° 173.569, *Chapelle*.

⁹⁹ C.E., 23 septembre 2010, n° 207.513, *Lundbeck*.

¹⁰⁰ C.E., 21 avril 2009, n° 192.488, *Stoop*.

¹⁰¹ C.E., 8 décembre 2000, n° 91.496, *Collignon*.

¹⁰² C.E., 15 mai 2012, n° 219.360, *De Ro* : « De interne organisatie van een advocatenkantoor kan niet als een geval van overmacht worden beschouwd ».

¹⁰³ C.E., 18 mai 1999, n° 80.259, *Kalme*.

¹⁰⁴ C.E., 21 décembre 2007, n° 178.185, *Soetinck*.

E. Maladies et absences

22. La jurisprudence du Conseil d'État à l'égard de la maladie n'est pas homogène.

23. Dans les circonstances suivantes, le Conseil d'État a retenu la force majeure :

- un cas de dépression grave, constatée par un certificat médical¹⁰⁵ ; à propos d'un certificat attestant que la requérante « n'était pas en position sur le plan psychologique d'appréhender les démarches administratives », le Conseil d'État a également retenu la force majeure en notant « qu'à défaut de toute compétence lui permettant d'apprécier l'état de santé de la requérante [*pendant la période considérée*], le Conseil d'État ne peut que prendre acte de la situation décrite par les médecins »¹⁰⁶ ;
- une maladie grave¹⁰⁷ ;
- la maladie d'un avocat dans la semaine précédant son décès¹⁰⁸.

24. En revanche, à propos de la dépression et l'alcoolisme d'un requérant qui auraient eu pour effet, selon son avocat, qu'il n'aurait pas donné suite aux courriers qui lui étaient adressés, le Conseil d'État a observé, entre autres, qu'il était loisible au requérant de faire éléction de domicile chez son conseil, ce qu'il n'a pas fait¹⁰⁹.

Dans une autre espèce, le Conseil d'État, par référence au dossier administratif, a constaté que le requérant, étudiant en échec, se trouvait dans un état de désarroi, mais nullement de dépression tel qu'il aurait été dans l'incapacité d'agir dans le délai utile. L'attestation médicale produite n'était, en l'espèce, pas non plus de nature à démontrer la force majeure alléguée¹¹⁰. Dans le même sens, le Conseil d'État a jugé qu'un certificat d'incapacité de travail avec autorisation de sortir ne justifie pas l'impossibilité pour le requérant de faire valoir ses droits¹¹¹. Enfin, le décès d'un proche parent ne peut être tenu pour un cas de force majeure dès lors qu'il n'a pas empêché le requérant de consulter le dossier au greffe¹¹².

25. L'absence constitue une circonstance régulièrement soulevée comme justification du manque de diligence de la partie requérante à introduire un

¹⁰⁵ C.E., 24 octobre 2001, n° 100.155, *Willicquet*.

¹⁰⁶ C.E., 26 février 2003, n° 116.424, *Wozniak*.

¹⁰⁷ C.E., 8 novembre 2000, n° 90.712, *Harmegnies*.

¹⁰⁸ C.E., 7 juillet 2000, n° 88.739, X; *contra*: C.E., 2 octobre 2008, n° 186.796, *Ug Tan*.

¹⁰⁹ C.E., 19 février 2003, n° 116.120, *Degimbe*.

¹¹⁰ C.E., 27 juin 2007, n° 172.797, *Chitsaz*.

¹¹¹ C.E., 18 octobre 1995, n° 55.901, *Swarn*.

¹¹² C.E., 11 mars 1998, n° 72.388, *Dassesse*.

recours en extrême urgence. En règle, le départ en vacances de cette partie ou de son conseil immédiatement après la prise de connaissance de l'acte attaqué n'est pas constitutif d'un cas de force majeure¹¹³.

En revanche, constitue un cas de force majeure la circonstance que l'administrateur délégué de la société requérante soit à l'étranger au moment de la notification de la décision attaquée, dès lors que le recours a été introduit quatre jours après le retour dudit administrateur. Le Conseil d'État a estimé qu'il ne pouvait être reproché à quelqu'un travaillant dans la construction de prendre ses vacances pendant les congés de la construction. Par ailleurs, le reproche de n'avoir pas organisé une permanence capable de faire face à toute éventualité, et notamment de réunir en extrême urgence le conseil d'administration, excède les limites du raisonnable¹¹⁴.

Sous-section 3

Essai de synthèse

26. Les enseignements suivants nous semblent pouvoir être déduits de la jurisprudence précitée.

27. Tout d'abord, le Conseil d'État fait montre d'une raisonnable bienveillance à l'égard des circonstances imputables à un tiers, tout particulièrement lorsqu'il s'agit des services postaux. En imposant la communication des requêtes et mémoires par pli recommandé, le législateur a en effet eu égard à la simplicité et à la disponibilité qui caractérisent en principe les services postaux. La force majeure doit par conséquent s'apprécier au regard de la légitime confiance que peut avoir le justiciable dans les services offerts par les opérateurs postaux. En particulier, il est permis de se fier aux horaires d'ouverture annoncés par ces derniers ainsi qu'à leurs engagements contractuels. Il peut en outre être compté sur l'ouverture d'un bureau de poste (ou d'un « Point Poste ») à proximité, de sorte qu'il ne peut être attendu d'une partie qu'elle fasse un long déplacement hors de sa région pour remettre un pli recommandé.

28. La relative souplesse du Conseil d'État en la matière n'est cependant pas acquise d'avance à la partie qui souhaite s'en prévaloir. Il lui revient de démontrer la réunion des conditions d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité, qui seront – le plus souvent implicitement – contrôlées par le Conseil

¹¹³ C.E., 5 juillet 2007, n° 173.257, *Spectarest*; C.E., 25 juillet 2005, n° 147.767, *Hoolans* (à propos de l'absence de Belgique du conseil du requérant, alors que le bureau d'aide juridique l'invitait, en cas d'empêchement légitime, à pourvoir à son remplacement); C.E., 14 septembre 2000, n° 89.629, *Galthaut*.

¹¹⁴ C.E., 23 août 2004, n° 134.369, *Siesta*.

d'État. Les faits invoqués doivent être étayés¹¹⁵, et il ne s'agit pas d'accepter sans broncher les manquements de la Poste. Dans un arrêt récent où le Conseil d'État a retenu la force majeure, celui-ci a néanmoins indiqué « qu'à l'avenir, il conviendra [...] de saisir immédiatement la Poste dès qu'une telle irrégularité sera constatée et de lui transmettre l'accusé de réception litigieux afin de lui permettre de mener à bien ses propres investigations »¹¹⁶. C'est le plus souvent en démontrant son attitude proactive et en produisant les courriers de réclamation adressés à l'opérateur postal que la partie lésée parviendra à convaincre le Conseil d'État de l'existence d'un cas de force majeure. Par ailleurs, même dans ce cas, il convient d'envoyer le pli recommandé le premier jour utile suivant et de faire preuve de transparence vis-à-vis du Conseil d'État en l'avertissant dès que possible des difficultés rencontrées.

29. La jurisprudence administrative est logiquement plus stricte à l'égard des erreurs ou négligences commises par la partie qui invoque la force majeure. Si celle-ci est ignorante de la procédure administrative, il lui revient de se faire assister d'un conseil. Si elle commet une erreur, elle devra normalement en subir les conséquences. Le Conseil d'État a en effet rappelé que le *ius vigilantibus* vaut pour toutes les parties¹¹⁷.

De la même manière, il revient aux parties et à leurs conseils d'organiser adéquatement leurs propres services en vue de faire face aux délais de procédure. La surcharge de travail ou toute autre difficulté prévisible à laquelle est confrontée une partie ou un bureau d'avocat ne relève certainement pas de la force majeure.

30. La posture du Conseil d'État à l'égard des problèmes de santé oscille entre deux extrêmes. À plusieurs reprises, la force majeure a pu être obtenue sans guère de discussion par la production d'un certificat médical attestant d'une lourde dépression ou d'une autre maladie grave. Dans d'autres hypothèses, le Conseil a estimé qu'il n'était pas démontré que ces difficultés avaient empêché la partie concernée de préserver ses droits, par exemple en faisant appel à l'assis-

¹¹⁵ « De loutere verklaring van een verzoekende partij dat zij het bericht van bpost niet in de brievenbus heeft gevonden, omdat het mogelijk tussen reclamefolders is terechtgekomen, kan er niet toe leiden om de toepassing van voornoemde artikelen te beletten. De wetgever heeft inderdaad gewild dat onder geen beding een excuus voor het niet indienen van een memorie van wederantwoord aanvaard zou worden. Verzoekster toont evenmin overmacht aan. Zij heeft overigens nagelaten om zelfs na de kennisgeving door de hoofdgriffier in verband met de niet nageleefde termijnen en de gevolgen daarvan op het hangende beroep, minstens met de diensten van de post contact op te nemen om na te gaan wat er was misgelopen, te pogen om de wijze van postbedeling van die dag te reconstrueren of zelfs maar een begin van bewijs te leveren dat op vrijdag 25 mei 2012 effectief reclamefolders gebust werden » (C.E., 20 novembre 2012, n° 221.416, *Dumon*).

¹¹⁶ C.E., 23 mars 2012, n° 218.605, *Brahic*.

¹¹⁷ C.E., 6 novembre 1997, n° 69.477, *Gemeente Zuienkerke*: « noch de diensten van het Auditoraat, noch de griffiediensten, gelet op het zeer groot aantal zaken, [zijn] bij machte om materiële vergissingen begaan door een partij tijdig te detecteren ».

tance d'un conseil. En ce qui concerne l'absence, le Conseil d'État considère à juste titre qu'une partie manque de diligence si elle part en vacances juste après avoir pris connaissance d'un acte qui lui cause grief.

31. De manière générale, le Conseil d'État se montre capable de faire évoluer sa jurisprudence, le plus souvent dans le sens d'une appréciation plus souple des exigences de la force majeure. Il en va notamment ainsi en matière d'extrême urgence, où le doute quant aux circonstances invoquées par une partie a plus d'une fois bénéficié à celle-ci.

Cette relative souplesse nous semble bienvenue et inévitable pour deux raisons.

D'une part, en ce qui concerne les envois recommandés, de nouveaux services, efficaces et sûrs, se développent en parallèle de ceux offerts par Bpost, de sorte que l'omniprésence de la sacro-sainte recommandation postale semble devoir être remise en cause¹¹⁸. Il en va particulièrement ainsi au regard de l'informatisation annoncée – et déjà officieusement en phase d'essai au Conseil d'État – de la communication des écrits de procédure¹¹⁹.

D'autre part, il a été rappelé que la faculté de se prévaloir d'un cas de force majeure motive pour partie les brevets de constitutionnalité et de conventionnalité décernés aux graves présomptions de perte d'intérêt et de désistement instaurées par le législateur. Dès lors, et au vu du formalisme condamnable – et condamné¹²⁰ – dont fait régulièrement preuve le Conseil d'État à l'égard des règles de procédure, il paraît indiqué que ce dernier adopte une interprétation bienveillante des formalités imposées aux parties et des circonstances de force majeure invoquées par celles-ci, certainement lorsque la force majeure n'est pas contestée et que le but poursuivi par la loi est rencontré¹²¹.

Section 2

Force majeure et droit administratif matériel

32. Face au très large éventail de domaines auxquels touche la vie administrative et dans lesquels la force majeure est susceptible d'être invoquée, les auteurs

¹¹⁸ M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 4^e éd., p. 585.

¹¹⁹ L. JANS, « L'envoi de pièces au Conseil d'État : les faiblesses du pli recommandé postal à l'heure de l'e-procédure », *op. cit.*, p. 444.

¹²⁰ Cour eur D.H., 24 février 2009, n° 49230/07, *L'Erablière c. Belgique*.

¹²¹ « In de gegeven omstandigheid draagt de formaliteit van het aangetekend verzenden niets bij als waarborg voor de rechtszekerheid en de behoorlijke rechtsbedeling. Het verbinden van een zware sanctie aan de miskenning van een formaliteit, die zoals in de gegeven feitelijke context volledig los is komen te staan van de doelstelling waarvoor ze is ingesteld, zou, rekening houdend met de principes die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in herinnering heeft gebracht, de toegang tot de rechter op onevenredige wijze beperken » (C.E., 27 mai 2011, n° 213.524, *Goossens*).

ont choisi de regrouper leur analyse autour des contrats de l'administration (essentiellement les marchés publics) (sous-section 1) et de l'action unilatérale de celle-ci (les illégalités de ses actes et sa responsabilité extracontractuelle) (sous-section 2).

Précisons d'emblée, concernant le droit administratif matériel, que le travail de collecte de cas d'application de la force majeure à des situations mettant en cause des autorités publiques est rendu hautement complexe en raison, *primo*, «de l'absence d'un mot-clé particulier et récurrent»¹²² et, *secundo*, de l'enchevêtrement, voire de la confusion, qui existe entre la force majeure et d'autres concepts voisins¹²³.

Sous-section 1

Force majeure et contrats de l'administration

33. Le concept de force majeure intervient assurément dans les contrats conclus par l'administration. Pour la présente étude, nous nous limiterons aux contrats de marchés publics, ainsi qu'aux contrats de concessions.

La force majeure peut se manifester à trois stades différents de la vie d'un contrat public, lors du choix de la procédure de passation – et plus particulièrement dans le cadre d'un marché passé par procédure négociée – (A), à l'occasion de la remise des offres par les soumissionnaires (B) et, enfin, dans le courant de l'exécution de celui-ci (C).

Le droit de l'exécution des marchés publics présente également la particularité d'avoir développé un concept *dérivé* de la notion de force majeure. Le cahier général des charges (ci-après le C.G.Ch.)¹²⁴ qui fixe l'ensemble des règles contractuelles de base applicables lors de l'exécution de ces marchés, adopte, en effet, la théorie de l'imprévision, qu'elle contractualise à l'article 16, § 2. Bien qu'il convienne de distinguer, d'un point de vue strictement théorique, cette réception contractuelle de la théorie de l'imprévision du concept de force majeure, nous verrons qu'en pratique il n'est parfois pas aisé de faire la part des choses entre ces deux types d'aléas.

¹²² M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, Bruges, la Charte, 2001, p. 609, n° 491.

¹²³ Cf. p. ex. C. trav. Mons, 17 août 2006, R.G. n° 20118 : « [...] l'appréciation des situations dites de force majeure relevant de la contrainte et/ou de l'état de nécessité [...] » ; C. trav. Bruxelles, 21 février 1996, R.G. n° 29206 : « Doit être considéré comme une erreur invincible, constitutive de force majeure [...], le fait [...] ».

¹²⁴ Cahier Général des Charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et les concessions de travaux publics, annexe à l'A.R. du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, M.B., 18 octobre 1996.

A. Force majeure et choix de la procédure de passation

34. À côté des procédures ordinaires de passation des marchés publics, l'adjudication et l'appel d'offres, respectivement établies par l'article 15 et par l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la législation applicable aux marchés publics prévoit une procédure qualifiée d'exceptionnelle, la *procédure négociée* (article 17 de la loi du 24 décembre 1993), anciennement dénommée *procédure de gré à gré*¹²⁵. Le caractère *exceptionnel* de la procédure négociée tient au fait que celle-ci ne peut être mise en œuvre par un pouvoir adjudicateur que dans des circonstances déterminées. Celles-ci sont énumérées, de manière limitative, à l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 pour les secteurs classiques et à l'article 39 de la loi du 24 décembre 1993 pour les secteurs spéciaux¹²⁶. Dès lors que cette dernière procédure déroge aux principes de concurrence et de publicité, les hypothèses autorisant à y recourir font l'objet d'une interprétation stricte par la jurisprudence¹²⁷.

35. Parmi les hypothèses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure négociée sans publicité pour conclure le marché public, figure le cas de *l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles*. Cette hypothèse vaut tant pour les secteurs spéciaux que pour les secteurs classiques¹²⁸. Elle est libellée, de manière identique, dans les termes suivants : « dans la mesure strictement nécessaire, l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures »¹²⁹⁻¹³⁰.

¹²⁵ Pour mémoire, on retiendra également qu'il existe d'autres procédures de mise en concurrence à l'objet plus particulier, telles que le concours, le système d'acquisition dynamique, les enchères électroniques, l'acquisition de logements sociaux, le dialogue compétitif.

¹²⁶ Par secteurs spéciaux, on entend les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Pour ces secteurs, le recours à la procédure négociée *avec publicité* constitue un mode ordinaire de passation.

¹²⁷ Voy. not. C.E., 1^{er} février 2007, n° 167.381, *Les entreprises Gilles Moury et al.* ; C.E., 23 avril 2008, n° 182.272, *SA Maurice Wanty* ; C.E., 30 mai 2005, n° 145.163, *SA C.N.I.M.* Voy. égal. E. THIBAUT, « Actualités de la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État relative aux marchés publics (année 2008) », *A.P.T.*, 2009, p. 127 ; P. THIEL, *Mémento 2013 des marchés publics et PPP*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 340 n° 223 ; R. VAN MELSEN, « Aperçu de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'État en matière de passation de marchés publics (2003-2007) », *C.D.P.K.*, 2007, p. 525, n° 6 et jurisprudence citée ; S. VAN GARSSE, « Wijze van gunnen », in *De gunning van overheidsopdrachten* (D. D'HOOGHE, dir.), Brugge, die Keure, 2009, p. 244, n°s 379-384.

¹²⁸ Art. 39, § 2, 1^o, c, pour les secteurs spéciaux et art. 17, § 2, 1^o, c, pour les secteurs classiques ; art. 53, § 2, 1^o, c et art. 26, § 1^{er}, 1^o, c, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

¹²⁹ Le final de l'art. 39, § 2, 1^o, c, diffère légèrement de l'art. 17, § 2, 1^o, c, et retient les termes « [...] les délais exigés par les procédures ouvertes ou restreintes » sans que cette divergence puisse avoir une influence dans le cadre de la présente étude.

¹³⁰ Le texte de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services précise, en son art. 31, 1, C, que l'urgence impérieuse ne peut être imputable au pouvoir adjudicateur. Cette précision ne

Cette notion d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles peut-elle être assimilée à un cas de force majeure pour le pouvoir adjudicateur ?

Au demeurant, cette disposition spécifique clairement que l'urgence impérieuse doit être appréciée au regard des délais exigés par les autres modes de passation. En d'autres termes, ceci implique que ne pourrait être qualifiée d'urgence impérieuse la circonstance qui, bien qu'imprévisible, serait compatible avec le délai des procédures ordinaires.

36. Dans cette perspective, la jurisprudence a estimé que les hypothèses suivantes ne répondaient pas au critère de l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles :

- le risque d'être confronté à des offres irrégulières est une circonstance à laquelle le pouvoir adjudicateur doit raisonnablement s'attendre. Il lui appartient dès lors de prévoir un calendrier suffisamment large, et ce d'autant plus que le marché en cours, destiné à être remplacé par la nouvelle mise en concurrence prenait fin à la date certaine du 31 décembre 2006, de sorte que le nouvel adjudicataire devait être désigné et le nouveau marché débiter pour le 1^{er} janvier 2007. Aucun de ces motifs, tels qu'invoqués par le pouvoir adjudicateur, ne répond à la condition d'imprévisibilité¹³¹ ;
- ne constitue pas un élément imprévisible le caractère anormalement élevé des offres remises en réponse à un premier appel d'offres. Par ailleurs, il apparaît également que l'urgence résulte, en l'espèce, de faits imputables au pouvoir adjudicateur, lequel a notamment tardé à procéder aux études techniques nécessaires pour établir le cahier spécial des charges relatif au système H.V.A.C. Celles-ci ont été menées dans le courant du deuxième semestre de l'année 1998, alors que, dès avril 1997, cinq candidats avaient été retenus pour faire offre¹³² ;
- dans la mesure où il apparaît que l'échéance à laquelle la commande d'un nouveau marché est connue par le pouvoir adjudicateur depuis près de quatre ans, le caractère imprévisible à l'origine de l'urgence invoquée par le pouvoir adjudicateur n'est pas démontré¹³³ ;

fait qu'intégrer une jurisprudence constante de la Cour de justice (voy. A.-L. DURVIAUX, « La procédure négociée : spécificités, opportunités et contraintes », in *Actualités du droit des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 155, n° 42 et la jurisprudence citée).

¹³¹ C.E., 30 novembre 2010, n° 209.316, *SA Sita Wallonie, Marchés et Contrats publics*, 2011, p. 118 (sommaire). Voy. égal. E. THIBAUT et P. THIEL, « Chronique de jurisprudence judiciaire et du Conseil d'État 2011 », *Marchés et Contrats publics*, 2011, p. 267, n° 92.

¹³² Bruxelles, 19 janvier 2006, *Entr. et dr.*, 2006, p. 46. Voy. aussi R. VAN MELSEN, « Aperçu de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'État en matière de passation de marchés publics (2003-2007) », *op. cit.*, p. 528, n° 10.

¹³³ C.E., 1^{er} juillet 2011, n° 214.385, *Commune de Schaerbeek, A.P.T.*, 2011, p. 453 (sommaire), *Marchés et Contrats publics*, 2011, p. 484, *Droit communal*, 2012, p. 37 (sommaire).

- la non prise en compte du risque d'une éventuelle suspension, combinée à l'absence de diligence dans le chef du pouvoir adjudicateur pour attribuer le marché à la suite du prononcé d'un arrêt en suspension par le Conseil d'État relatif à la première procédure de mise en concurrence, ne présente aucun élément d'imprévisibilité pour le pouvoir adjudicateur, mais relève, au contraire de son propre fait¹³⁴.

Il ressort de ce qui précède que l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles est interprétée sévèrement par la jurisprudence. Certains auteurs¹³⁵ ont pu en synthétiser les conditions d'application de la manière suivante :

- l'existence d'un événement imprévisible ;
- une urgence impérieuse rendant inappropriés les délais exigés par les procédures ordinaires ;
- les circonstances *extérieures* au pouvoir adjudicateur ;
- un lien causal entre les événements imprévisibles et l'urgence impérieuse.

La charge de la preuve en revient, en outre, au pouvoir adjudicateur qui prétend se fonder sur cette disposition¹³⁶. Cette vision restrictive se marque plus encore dans la jurisprudence de la Cour de justice¹³⁷, ainsi que dans la vision de la Commission européenne, qui n'appréhende, sous ce concept, que des hypothèses de catastrophes, telles que les inondations et les séismes¹³⁸.

Dans la mesure où l'urgence impérieuse a systématiquement été écartée lorsqu'elle trouvait son origine dans un fait imputable au pouvoir adjudicateur, ne se rapproche-t-on pas de la notion de force majeure ? Au-delà des termes *urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles* employés par la législation relative à la passation des marchés publics, ne sont-ce pas les trois caractéristiques d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité de cette dernière qui sont ici visées ? Il nous semble, pour notre part, qu'il faille répondre par l'affirmative à cette interrogation, avec toutefois pour tempérament immédiat que le caractère d'irrésistibilité ne doit pas être apprécié *in abstracto*, mais bien au

¹³⁴ C.E., 19 janvier 2012, n° 217.382, SA Zetes, *Marchés et Contrats publics*, 2012, p. 249 (sommaire).

¹³⁵ Voy. S. VAN GARSE, « Wijze van gunnen », in *De gunning van overheidsopdrachten* (D. D'HOOGHE, dir.), *op. cit.*, p. 255, n° 406.

¹³⁶ Voy. C.E., 30 juin 1995, n° 54.130, SA *Seco DG et al.*, T.B.P., 1996, p. 50 (abrégeé).

¹³⁷ Voy. A.-L. DURVIAUX, « La procédure négociée : spécificités, opportunités et contraintes », in *Actualités du droit des marchés publics*, *op. cit.*, p. 155, n° 42 et jurisprudence citée. Voy. aussi Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 196, n° 157.3 et la jurisprudence citée.

¹³⁸ Commission européenne, *Guide sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de fourniture*.

regard du respect des délais exigés par les autres procédures, tel que cela est précisé à l'article 17, § 2, 1^o, c, *in fine*¹³⁹.

B. Force majeure et dépôt de l'offre par un soumissionnaire

37. Pour garantir l'égalité entre les soumissionnaires et éviter notamment d'éventuels abus, concertations ou manipulations, une date limite pour le dépôt de l'ensemble des offres des soumissionnaires est fixée dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges. Cette date limite correspond à la séance d'ouverture des offres, dont le lieu et l'heure exacte sont déterminés par les documents du marché. Toute offre doit, dès lors, parvenir au Président de séance *avant* qu'il ne déclare celle-ci ouverte.

Il s'agit du principe tel qu'exprimé à l'article 104 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Les conséquences du non-respect de ces dispositions sont claires. L'offre remise tardivement au Président de séance, soit après qu'il ait déclaré celle-ci ouverte, doit être écartée en raison de son caractère tardif¹⁴⁰.

À titre exceptionnel, les offres arrivées tardivement peuvent toutefois être prises en compte, pour autant que les conditions cumulatives suivantes soient remplies :

- le marché ne doit pas encore avoir été conclu par le pouvoir adjudicateur ;
- l'offre doit avoir été adressée, sous pli recommandé, au plus tard le 4^e jour calendrier précédent la date de l'ouverture des offres¹⁴¹.

38. La rigueur de ce principe n'est qu'apparente. En effet, selon une large partie de la jurisprudence, le caractère tardif d'une offre n'implique pas nécessairement son irrégularité, dans la mesure où l'égalité entre soumissionnaires n'est pas compromise¹⁴².

Dans ce contexte, ont été considérées comme non tardives :

- l'offre remise, par Taxipost, à 9 h 50, à la réceptionniste du pouvoir adjudicateur, le jour de la séance d'ouverture des offres, à l'adresse du service

¹³⁹ Art. 39, § 2, 1^o, c, *in fine*, pour les secteurs spéciaux.

¹⁴⁰ Voy. L. DE VUYST, « De organisatie van de oproep tot mededinging », in *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, p. 654, n^o 1114. Voy. aussi G. LAUWERS et C. DE KONINCK, « Het (nood)lot van na de aanvang van de openingszitting toegekomen inschrijvingen. To open or not to open, that is the question! », in *Chronique des marchés publics*, Bruxelles, E.B.P., 2008-2009, p. 431 ; Civ. Bruxelles, 15 avril 1999, *Entr. et dr.*, 2000, p. 366.

¹⁴¹ Art. 104, § 2 et art. 106, al. 2, 3^o, de l'A.R. du 8 janvier 1996 ; art. 90, § 2, al. 3, de l'A.R. du 15 juillet 2011.

¹⁴² Voy. L. DE VUYST, « De organisatie van de oproep tot mededinging », in *De gunning van overheidsopdrachten*, *op. cit.*, p. 655, n^o 1116. Voy. aussi G. LAUWERS et C. DE KONINCK, « Het (nood)lot van na de aanvang van de openingszitting toegekomen inschrijvingen. To open or not to open, that is the question! », in *Chronique des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 432 et s.

- logistique de celui-ci, tel qu'indiqué au cahier spécial des charges, et ce bien que cette offre ne soit parvenue au Président de la séance d'ouverture qu'aux alentours de 10 h 50, là où celle-ci a débuté à 10 heures, conformément au document du marché¹⁴³ ;
- l'offre déposée par un représentant du soumissionnaire, qui s'était présenté à l'accueil de la Maison communale vingt minutes avant le début de la séance d'ouverture des offres et à qui la préposée de cet accueil avait demandé de patienter à cet endroit, avant de l'inviter à la suivre au local dédié à la séance d'ouverture, soit à 9 h 29, alors que, conformément au document du marché cette séance a été déclarée ouverte à 9 h 30 ; bien que les trois autres offres aient déjà été ouvertes lorsque la représentante du soumissionnaire est entrée dans le local, son offre a été acceptée¹⁴⁴ ;
 - dès lors qu'il était impossible « que la requérante eût pu manipuler son offre entre la proclamation de l'ouverture des offres (10 heures) et le dépôt de son offre (10 h 05) », celle-ci a été acceptée par le pouvoir adjudicateur ; en l'espèce, la séance d'ouverture devait débuter à 10 heures, comme cela était indiqué dans l'avis de marché, et non à 10 h 30, comme il l'était prévu par le cahier spécial des charges¹⁴⁵ ;
 - l'offre déposée par un service de courriers une heure avant la séance d'ouverture des offres, à un préposé de l'administration communale, lequel a établi un accusé de réception mentionnant date et heure ; cette offre ainsi déposée suit alors un parcours administratif particulièrement mouvementé, dans lequel se mêlent rendez-vous manqués et quiproquos dignes du meilleur Feydeau, pour aboutir finalement tardivement dans les mains du Président de la séance d'ouverture, la faute étant imputable au service de l'administration communale¹⁴⁶ ;
 - l'offre déposée par le gérant du soumissionnaire entré dans le local de la séance d'ouverture des offres, à un moment où le Président de cette dernière accueillait les autres soumissionnaires déjà présents, sans toutefois avoir entamé les opérations d'ouverture en tant que telles¹⁴⁷.

En synthèse, dans chacune des hypothèses ayant conduit à l'acceptation de la régularité des offres déposées en dépit de leur caractère tardif, l'origine

¹⁴³ C.E., 23 septembre 1998, n° 75.885, *SPRL EIB Belgen*.

¹⁴⁴ C.E., 15 février 2012, n° 217.989, *NV Sogiaf*, *Entr. et dr.*, 2012, p. 132, notes P. PEERENS.

¹⁴⁵ C.E., 22 novembre 2010, n° 209.059, *SA Delta Thermic*. Voy. aussi Civ. Bruges (réf.), 8 septembre 2010, *Marchés et Contrats publics*, 2011, p. 140 (sommaire) ; E. THIBAUT et P. THIEL, « Chronique de jurisprudence judiciaire et du Conseil d'État 2011 », *op. cit.*, p. 256, n° 31.

¹⁴⁶ C.E., 28 décembre 2007, n° 178.195, *NV VBG*.

¹⁴⁷ Cass. (1^{re} ch.), 30 avril 1999, R.G. n° C.95.0407.N, *Arr. Cass.*, 1999, p. 592, *Bull.*, 1999, p. 610, R.W., 2001-2002, p. 305.

de ce retard est majoritairement imputable au pouvoir adjudicateur, soit que celui-ci ait indiqué des heures différentes pour la séance d'ouverture des offres dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges, soit qu'il ait été en défaut d'acheminer correctement vers le local de la séance d'ouverture des offres la soumission pourtant présentée valablement à l'adresse indiquée. Bien que ces circonstances ne soient pas, à proprement parler, constitutives d'une force majeure elles n'en présentent pas moins, à l'égard du soumissionnaire, le triple caractère d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité.

39. *A contrario* les offres suivantes n'ont pas été admises, pour cause de retard :

- l'offre (BAFO) pourtant remise par un préposé du soumissionnaire trois jours avant la séance d'ouverture des offres ; l'enveloppe contenant cette soumission ne mentionnait toutefois ni le nom du Président de cette séance d'ouverture, ni le local prescrit, ni l'indication « offre » et ce en contradiction avec les dispositions imposées valablement par le pouvoir adjudicateur¹⁴⁸ ;
- l'offre déposée, par un service de courrier, entre les mains d'un bibliothécaire de l'administration communale adjudicatrice, étranger au marché, et ce tout à fait en dehors des heures d'ouverture de cette administration communale, à savoir à 7 h 30, le jour de l'ouverture des offres, fixée à 11 heures¹⁴⁹ ;
- l'offre remise tardivement en raison de la négligence des représentants du soumissionnaire, qui attendaient pourtant dans le couloir jouxtant le local prévu pour la séance d'ouverture des offres, alors que ce local est celui habituellement utilisé par le pouvoir adjudicateur à cet effet et que les représentants du soumissionnaires avaient aperçu le Président de séance pénétrer dans ce local¹⁵⁰.

À chaque fois, ici, la cause du retard réside dans la propre faute du soumissionnaire qui a remis son offre tardivement.

40. Face à ces dérives jurisprudentielles et aux incertitudes qu'elles créent dans le chef des divers intervenants au processus de la passation des marchés publics, la question de la remise tardive des offres a été clarifiée. Dorénavant, « quelle qu'en soit la cause », les offres parvenues tardivement auprès du Président de la séance d'ouverture des offres sont refusées ou conservées sans être

¹⁴⁸ C.E., 26 juin 2008, n° 184.837, *NV Matexi et al.*, C.D.P.K., 2009, p. 367, T.B.O., 2009, p. 230.

¹⁴⁹ C.E., 23 août 2011, n° 214.847, *NV Hens, Marchés et Contrats publics*, 2011, p. 479.

¹⁵⁰ C.E., 8 octobre 2008, n° 186.922, *SA Galere*. Voy. aussi E. THIBAULT, « Actualités de la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État relative aux marchés publics (année 2008) », *op. cit.*, p. 153.

ouvertes. Il s'agit de la nouvelle règle portée par l'article 90¹⁵¹ de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques destinée à se substituer à l'article 104 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. L'objectif de cette nouvelle disposition est d'éviter tout abus, en écartant d'office toute offre remise tardivement, que la cause de ce retard soit imputable ou non au soumissionnaire.

En effet, comme l'estime le rapport au Roi, c'est en posant une limite absolue que l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires est assurée, dès lors que ces derniers ont ainsi la garantie que toute offre remise tardivement sera refusée. Le raisonnement suivi dans le rapport au Roi se fonde sur le constat que, souvent, la cause de la remise tardive de l'offre est, à l'origine, imputable au soumissionnaire : soit à lui-même, soit à l'entreprise de transport de courrier à laquelle il a fait appel, dès lors que « ceux-ci se contentent, en effet, de déposer l'offre au guichet d'accueil du pouvoir adjudicateur, certes dans les temps, mais en méconnaissant la règle selon laquelle l'offre doit être remise à une personne ou à un endroit déterminé »¹⁵².

41. Cette nouvelle disposition, plus stricte que l'ancien régime, résistera-t-elle toutefois à l'intervention d'une cause extérieure, tel qu'un cas de force majeure ?

Dans la mesure où le droit administratif accueille le concept de force majeure en tant que principe général de droit, la question mérite d'être posée. Le rapport au Roi justifie, en effet, le caractère strict imposé à la disposition de l'article 90, § 2, par le fait que l'origine du retard est souvent imputable au soumissionnaire ou au service de courrier auquel il fait appel.

Dans cette perspective, la même sévérité sera-t-elle réservée aux hypothèses où le caractère tardif d'une offre lui est totalement extérieur, irrésistible et imprévisible, comme l'est une force majeure ? À cet égard, dans son avis préalable, la section législation du Conseil d'État a observé que « si, [...], l'objectif est de priver les soumissionnaires de la possibilité d'invoquer la force majeure, la loi du 15 juin 2006 ne semble pas procurer un fondement légal à une telle habilitation »¹⁵³.

Dans le même ordre d'idées, lorsque la remise tardive de l'offre entre les mains du Président de la séance d'ouverture est imputable au seul service du pouvoir adjudicateur, la faute de ce dernier présenterait alors le même caract-

¹⁵¹ Art. 90, § 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011. Cet arrêté entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2013.

¹⁵² Voy. A.R. du 15 juillet 2011, rapport au Roi, M.B., 9 août 2011, p. 44906.

¹⁵³ Voy. A.R. du 15 juillet 2011, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 48.803/1 du 2 décembre 2010, M.B., 9 août 2011, p. 44947 (art. 88).

tère d'extériorité pour le soumissionnaire qui en serait victime. Au demeurant, si une telle irrégularité causée par le pouvoir adjudicateur est préjudiciable à un ou plusieurs soumissionnaires spécifiques et pas à d'autres soumissionnaires, elle pourrait être constitutive d'une atteinte au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination¹⁵⁴, auquel l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'est pas habilité à déroger. Tel serait notamment le cas lorsque le local prévu pour la séance d'ouverture des offres a été modifié *in extremis* par le pouvoir adjudicateur, sans que les soumissionnaires n'en aient été informés¹⁵⁵.

C. Force majeure et exécution des contrats de l'administration

42. À l'instar de tout autre contrat, l'exécution du contrat de marché public n'échappe pas à la survenance de divers aléas. En principe, en vertu de l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, les marchés publics de travaux, de fournitures et de services sont passés à *forfait*, ce qui, au sens de l'article 1793 du Code civil, fait théoriquement peser la charge de la survenance de ces aléas sur l'adjudicataire du marché.

L'article 16, § 2, du C.G.Ch. apporte toutefois une dérogation importante à ce principe. Il contractualise la théorie de l'imprévision, et ce au même titre qu'une clause de *hardship* qui serait insérée dans un contrat de droit privé¹⁵⁶. Cette disposition autorise, en effet, l'adjudicataire à « se prévaloir de circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de l'offre ou de la conclusion du marché, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires », pour demander la réparation de son préjudice¹⁵⁷, la révision ou la résiliation du marché, ou encore une prolongation des délais d'exécution.

La majorité de la doctrine et de la jurisprudence estime qu'il convient de conférer une interprétation stricte à cette exception¹⁵⁸. En effet, d'une part l'article 16, § 2, du C.G.Ch. rappelle lui-même le principe selon lequel l'adjudicataire n'a droit à aucune modification des conditions contractuelles pour des circonstances *auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger* et, d'autre part,

¹⁵⁴ Voy. A.R. du 15 juillet 2011, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 48.803/1 du 2 décembre 2010, M.B., 9 août 2011, p. 44947 (art. 88).

¹⁵⁵ C.E., 21 juin 1989, n° 32.773, SA *Close*, A.P.M., 1989, p. 94 (reflet) : en l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait changé le local de la séance d'ouverture, sans indication précise du nouveau local où celle-ci aurait lieu.

¹⁵⁶ J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, « Force et majeure et imprévision en matière contractuelle », in *Droit des obligations*, op. cit., p. 138, n° 96.

¹⁵⁷ Ce préjudice doit être très important.

¹⁵⁸ C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2005, p. 389, n° 476 ; I. COOREMAN et L. PEETERS, « Betaling en uitvoeringsmoeilijkheden bij overheidsopdrachten van werken : de toepassing van art. 15 en art. 16 algemeen aannemingsvoorwaarde (AAV) », *Marchés et Contrats publics*, 2011, p. 74, n° 45.

dès lors que cette disposition du C.G.Ch., qui déroge aux principes du forfait, est inscrite dans une norme inférieure à l'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993, «il pourrait être soutenu que l'interprétation qui doit être faite de l'art. 16 du C.G.Ch. est de nature restrictive en ce qu'elle doit être respectueuse des dispositions qui lui sont hiérarchiquement supérieures»¹⁵⁹.

43. Que faut-il entendre sous ce concept de *circonstances extraordinaires et imprévisibles*? Il est acquis que sont visés, non seulement les hypothèses de force majeure, mais également *tous événements raisonnablement imprévisibles et inévitables*, échappant à la volonté de l'adjudicataire¹⁶⁰. Le nouvel article 56 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, destiné à se substituer à l'article 16, § 2, du C.G.Ch. n'y déroge pas. Bien que la force majeure ne soit pas expressément mentionnée dans cette disposition, «les demandes de prolongation de délai de révision ou de résiliation du marché en cas de circonstances quelconques auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger demeurent un droit pour l'adjudicataire»¹⁶¹.

Classiquement, parmi les cas de force majeure, on peut ranger les événements suivants :

- grève ou *lock out* ;
- guerre ou acte de terrorisme ;
- inondation (raz-de-marée, etc.), séisme, éruption volcanique (ex.: l'éruption du volcan islandais Eyjafjöll dont l'éruption, en avril 2010, a perturbé l'ensemble du trafic aérien européen pendant quelques semaines).

44. À côté de ces événements relevant de la force majeure au sens strict, les hypothèses suivantes ont notamment été reconnues par la jurisprudence comme répondant à la notion de circonstance extraordinaire et imprévisible au sens de l'article 16, § 2, du C.G.Ch.:

- intempéries anormales, que celles-ci soient de type hivernal (chute de neiges, etc.) ou plus estivales (canicule, etc.)¹⁶² ;

¹⁵⁹ Voy. P. THIEL, *Mémento 2013 des marchés publics et PPP*, op. cit., p. 796, n° 596.

¹⁶⁰ M.-A. FLAMME, Ph. MATHÉI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Cl. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 2, 6^e éd., Confédération Construction, 1996-1997, n°s 11 et s., et la nombreuse jurisprudence citée.

¹⁶¹ A.R. 14 janvier 2013, rapport au Roi, M.B., 14 février 2013, p. 8774.

¹⁶² Bien que le nouvel article 56 (*circonstances imprévisibles*) de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, destiné à se substituer à l'article 16, § 2, du C.G.Ch., ne mentionne plus expressément les circonstances météorologiques, celles-ci «peuvent bien entendu constituer une des circonstances à prendre en considération dans le cadre de l'application du présent article» (A.R. du 14 janvier 2013, rapport au Roi, M.B., 14 février 2013, p. 8774).

- défaillance des sous-traitants ou des fournisseurs¹⁶³ ;
- sujétions imprévues, soit « les difficultés d'ordre surtout géologiques ou techniques qui, imprévisibles quoi que préexistantes à la conclusion du contrat, en rendent l'exécution sensiblement plus onéreuse sinon impossible »¹⁶⁴ ;
Ainsi en va-t-il notamment¹⁶⁵ :
 - de la découverte de vestiges archéologiques, à l'occasion de travaux de fondations ;
 - de la découverte de bombes datant de la Seconde Guerre mondiale¹⁶⁶ ;
 - de la présence sur le terrain de grandes quantités de grès et de résidus de mastic¹⁶⁷ ;
 - des fondations bancales de l'immeuble voisin des travaux (absence de pieux)¹⁶⁸ ;
- aléas socio-économiques, tels que la hausse du prix des matériaux (acier, bitumineux, etc.) et des salaires¹⁶⁹.

La doctrine s'accorde à voir dans ces hypothèses une mise en œuvre, dans le droit des marchés publics, de la théorie de l'imprévision. Il y a, en effet, un bouleversement de l'économie contractuelle, de nature à mettre en péril l'équilibre financier du contrat, par la survenance d'un événement objectivement imprévisible au moment de la conclusion de celui-ci et indépendant de

¹⁶³ Au-delà du cas de la faillite d'un sous-traitant imposé par le pouvoir adjudicateur (voy. notamment Liège, 10 février 1998, *Entr. et dr.*, 2011, p. 43), cette hypothèse est toutefois très limitée, au vu notamment du principe de l'autonomie des conventions. Voy. A.-L. DURVIAUX et R. SIMAR, « Le droit des marchés publics et la faillite des entreprises », in *Chronique des marchés publics*, Bruxelles, E.B.P., 2009-2010, p. 279, n° 25 et la jurisprudence citée relative à une hypothèse où le statage du chantier pendant plus de deux ans à l'initiative du pouvoir adjudicateur avait entraîné la faillite de nombreux sous-traitants de l'adjudicataire. Au demeurant, le nouvel article 56, al. 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, destiné à se substituer à l'article 16, § 2, du C.G.Ch., précise que « l'adjudicataire ne peut invoquer la défaillance d'un sous-traitant que pour autant que celui-ci puisse se prévaloir des circonstances que l'adjudicataire aurait lui-même pu invoquer s'il avait été placé dans une situation analogue ».

¹⁶⁴ Voy. M.-A. FLAMME, Ph. MATHÉI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Cl. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 2, *op. cit.*, p. 364, n° 15 et s., et la nombreuse jurisprudence citée.

¹⁶⁵ Pour plus d'illustrations, voy. not. C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, *op. cit.*, p. 392, n° 482-491 ; I. COOREMAN et L. PEETERS, « Betaling en uitvoeringsmoeilijkheden bij overheidsopdrachten van werken : de toepassing van art. 15 en art. 16 algemeen aannemingsvoorwaarde (AAV) », *op. cit.*, p. 74, n° 47-50 ; P. THIEL, *Mémento 2013 des marchés publics et PPP*, *op. cit.*, p. 797, n° 597-605.

¹⁶⁶ Liège, 28 janvier 1995, *Pas.*, 1995, II, p. 36, *Entr. et dr.*, 1995, p. 381.

¹⁶⁷ Cass., 28 février 1986, *Entr. et dr.*, 1988, p. 151, note M.-A. FLAMME.

¹⁶⁸ Gand, 1^{er} octobre 2004, *Entr. et dr.*, 2005, p. 142.

¹⁶⁹ À distinguer de l'application de l'article 13, § 1^{er}, du C.G.Ch. (formule contractuelle de la révision des prix) ; voy. not. C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, *op. cit.*, p. 398, n° 491 ; M.-A. FLAMME, Ph. MATHÉI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Cl. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 2, *op. cit.*, p. 379, n° 21 ; *contra* P. THIEL, *Mémento 2013 des marchés publics et PPP*, *op. cit.*, p. 800, n° 602.

la faute du pouvoir adjudicateur ou de l'adjudicataire¹⁷⁰. Cette contractualisation de l'imprévision, par le droit des marchés publics, va même au-delà du champ d'application habituellement reconnu à cette théorie. Il n'est, en effet, pas nécessaire que la circonstance imprévisible dont se prévaut l'adjudicataire intervienne *après* la conclusion du contrat. La manifestation d'une sujétion imprévue, admise dans le cadre de l'article 16, § 2, du C.G.Ch., préexiste, en effet, à la conclusion du marché¹⁷¹.

45. *L'origine* de la contractualisation de la théorie de l'imprévision et de la prise en compte de ces circonstances imprévisibles par le droit de l'exécution des marchés publics est quelque peu lointaine. Déjà, dans l'immédiat après-guerre, une loi du 19 avril 1919, relative à la résiliation et à la révision de certains contrats conclus avant ou pendant la guerre, prévoyait une révision des taux des péages pour les contrats de concession. L'article 7 de cette loi stipulait que « tous les concessionnaires de services publics (autres que les concessionnaires de tramways, fondés à se prévaloir de la loi du 18 juillet 1919) peuvent obtenir une majoration momentanée des taux de péages, lorsqu'il est établi qu'en raison de la guerre, l'exploitation du service concédé entraîne des charges dépassant celles qui pouvaient normalement être prévues au moment de l'octroi de la concession [...], sans que cet accroissement de charges soit compensé par un surcroît de profits, déterminé par la guerre »¹⁷². Cette consécration de la théorie de l'imprévision reposait notamment sur le « souci de l'administration de mener une politique réaliste dans ses rapports avec les particuliers dont elle s'assure le concours »¹⁷³, ainsi que sur la *loi de continuité et de régularité du service public* et la jurisprudence prétorienne du Conseil d'État français découlant de l'arrêt *Gaz de Bordeaux*¹⁷⁴. « Comment l'administration pourrait-elle assister impassible à la ruine ou à la faillite de son cocontractant, alors que la conséquence immédiate en serait l'interruption du service et que les principales victimes de cette interruption seraient les membres de la collectivité ? »¹⁷⁵

S'attachant au départ aux seuls contrats de concession, la théorie de l'imprévision a, dès la loi du 4 mars 1963 relative aux marchés publics, été adoptée pour les contrats de marchés publics également. Dans ce cadre, l'accueil de cette théorie compense notamment l'obligation pour l'adjudicataire d'exé-

¹⁷⁰ J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, « Force et majeure et imprévision en matière contractuelle », in *Droit des obligations*, op. cit., p. 126, n° 78.

¹⁷¹ A. DELVAUX, B. DE COCQUÉAU, R. SIMAR, B. DEVOS et J. BOCKOURT, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2011*, Coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 89, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 243, n° 310.

¹⁷² R.P.D.B., t. II, v° Concession, p. 560, n° 102.

¹⁷³ M.-A. FLAMME, *Traite théorique et pratique des marchés publics*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 656, n° 952.

¹⁷⁴ Voy. C.E. fr., 30 mars 1916, *Sirey*, 1916, III, p. 17, R.D.P., 1916, p. 206.

¹⁷⁵ M.-A. FLAMME, *Traite théorique et pratique des marchés publics*, t. II, op. cit., p. 655, n° 951. Voy. aussi A. BUTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., 1^{re} partie, Bruxelles, Larcier, 1966, p. 261, n° 269.

cuter toute modification, adjonction ou suppression de travaux¹⁷⁶. Il relève également de l'intérêt, déjà évoqué plus haut, « pour les pouvoirs publics, que les marchés puissent être exécutés et menés à bonne fin sans discontinuité »¹⁷⁷. C'est dès lors fort logiquement que le nouvel article 56 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 confirme l'application de la théorie de l'imprévision¹⁷⁸ et maintient la faculté, pour l'adjudicataire, de se prévaloir « de circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de l'offre ou de la conclusion du marché, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires ».

Sous-section 2

Force majeure et action (ou inaction...) unilatérale de l'administration

46. La présente subdivision n'envisagera le traitement de la force majeure qu'en tant qu'elle concerne l'action de l'administration¹⁷⁹. Rappelons, par ailleurs, qu'« en règle, les décisions ne détaillent pas les conditions communes posées à l'existence d'un cas de force majeure, en s'arrêtant au constat global ou à la condition défailante, voire en ne mentionnant pas explicitement la force majeure comme telle »¹⁸⁰, cette dernière circonstance rendant le travail du chercheur nettement plus hasardeux.

Comme il va être donné de voir au travers des développements qui suivent, le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, interprète strictement la notion de force majeure quand il s'agit de qualifier les circonstances invoquées à ce titre par les pouvoirs publics pour justifier leur action ou leur inaction. Les exemples se retrouvent naturellement dans un spectre illimité de domaines. Nous verrons ce qu'il en est dans certains cas d'allégations d'illégalités com-

¹⁷⁶ Voy. art. 42 du C.G.Ch. qui met en œuvre le principe de la mutabilité des contrats publics.

¹⁷⁷ M.-A. FLAMME, Ph. MATHÉI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Cl. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 2, *op. cit.*, p. 376, n° 19.

¹⁷⁸ A.R. du 14 janvier 2013, rapport au Roi, M.B., 14 février 2013, p. 8774.

¹⁷⁹ Il existe naturellement de nombreux cas dans lesquels c'est l'administré qui invoque la force majeure pour justifier de ne pas s'être conformé à une obligation imposée par un acte ou un règlement d'une autorité administrative (ex. concernant le paiement d'une taxe foncière communale: Civ. Bruxelles, 16 janvier 2003, *Droit communal*, 2003, p. 30, note B. LOMBAERT et M. NIHOUL, « Tous les moyens sont-ils bons pour s'exonérer d'une taxe en matière d'immeubles abandonnés? Politique fiscale, proportionnalité du taux, preuve de la publication d'un règlement et force majeure exonératoire »). De même, la force majeure est régulièrement invoquée par des personnes privées, physiques ou morales, dans le cadre d'un contentieux en responsabilité civile qui les oppose à l'administration. Faute de place dans le cadre de la présente contribution, les auteurs ont fait le choix de ne pas aborder la question sous l'angle de l'administré/la personne privée. Sous l'angle de la force majeure, de tels cas se rapprochent, il est vrai, du litige purement civil.

¹⁸⁰ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, *op. cit.*, p. 612, n° 492.

mises par l'administration (A) ainsi que lorsque la responsabilité aquilienne de celle-ci est mise en cause (B).

A. Force majeure et illégalités commises par l'administration

47. Chacun en conviendra : il existe des situations extrêmes dans lesquelles même les autorités publiques sont confrontées à l'impossibilité d'appliquer la loi – c'est la raison d'être de certaines constructions normatives ou jurisprudentielles telle la théorie du fonctionnaire de fait (*cf. supra*) –. Mais chacun voit immédiatement le danger lié à un tel constat : à partir de quand doit-on considérer que l'on est face à une réelle impossibilité, et pas à une simple difficulté (liée au coût, à la complexification de la réalisation, à la perte d'efficacité, etc.) ? La question est de taille : il y va du maintien de l'État de droit.

De manière générale, il ne fait pas de doute que des circonstances exonératoires peuvent se retrouver dans la guerre internationale, dans des mouvements insurrectionnels ou des grèves, dans des attentats ou des sabotages (mais, dans ce dernier cas, uniquement pour « le temps matériellement nécessaire à une administration faisant preuve d'une diligence normale pour le remplacement » de ce qui a été détruit et qui est indispensable à l'autorité¹⁸¹)¹⁸².

48. Mais, dans la majorité des cas, les choses ne sont pas aussi claires. Il a pu être soutenu, à cet égard, que le contrôle opéré par le juge administratif se devait d'être « d'une réelle sévérité parce qu'en droit public, et spécialement au contentieux de l'excès de pouvoir, la cause exonératoire met directement en jeu les fondements mêmes de l'État de droit et parce que si une norme suscite véritablement des difficultés insurmontables, l'autorité puise en temps normal dans la « loi du changement » le pouvoir de la modifier en respectant les formes prescrites à cet effet »¹⁸³.

Ce raisonnement a mené le Conseil d'État à annuler un permis de bâtir, refusant d'exonérer la Région wallonne de son obligation de respecter les normes qui s'appliquaient à elle au motif que « l'application stricte du code wallon n'est nullement impossible en l'espèce », quand bien même elle « retarderait, de manière considérable et fâcheuse, la réalisation des travaux d'aménagement de la place »¹⁸⁴.

¹⁸¹ C.J.C.E., C-101/84, *Commission c. République italienne*, 11 juillet 1985, *Rec.*, 1985, p. 2629.

¹⁸² P. GILLIAUX, « Le régime juridique des circonstances absolutoires d'illégalité en droit public », avis préc. C.E., 23 novembre 1993, n° 44.967, *Dufour*, A.P.T., 1994, p. 59.

¹⁸³ P. GILLIAUX, *ibid.*, p. 61. Voy. p. ex. C.E., 24 octobre 1949, n° 137, *Grisar*, R.A.C.E., 1948-1949, p. 190.

¹⁸⁴ C.E., 23 novembre 1993, n° 44.967, *Dufour*, A.P.T., 1994, p. 57. Cet arrêt est considéré comme un arrêt de principe par M. NIHOUL (*op. cit.*, p. 612, n° 492).

L'auditeur à l'origine de l'avis précité évoque, à l'appui de sa thèse, d'autres litiges soumis au Conseil d'État et mettant en jeu la force majeure – ou, à tout le moins, une notion non spécifiquement définie visant l'absolution d'illégalité –¹⁸⁵. Bien que ces arrêts soient anciens, il n'est pas inintéressant d'en évoquer certains, non sans avoir relevé au préalable que tous adoptent une position sévère face à la force majeure – ou le concept voisin – invoquée au bénéfice de l'administration. Ainsi n'ont *pas* été considérés comme cas de force majeure par le Conseil d'État :

- l'impossibilité pour l'administration de mettre un agent en mesure d'exercer un recours organisé, due au fait qu'elle n'avait pas encore constitué l'organe devant lequel ce recours devait être porté. Le haut Conseil a, en effet, jugé qu'il n'était « pas établi que l'administration se soit trouvée, par suite de circonstances extérieures et indépendantes de sa volonté, dans l'impossibilité absolue et matérielle de reconstituer » l'organe en question¹⁸⁶ ;
- l'omission par l'administration d'entendre un administré ou un agent, lorsque cette abstention est imputable à l'inertie de l'autorité chargée de statuer (spécifiquement à « des malentendus dont la cause semble devoir se chercher au sein même de l'administration »¹⁸⁷) ou, au contraire, à son empressement excessif à prendre une décision.

49. Il existe bien entendu des circonstances dans lesquelles le Conseil d'État a admis l'existence d'une force majeure ayant rendu impossible le respect de la loi par l'autorité, notamment :

- l'impossibilité pour un conseil de direction de faire les propositions requises par le Statut des agents de l'État en matière de nomination ou promotion, dans la mesure où tous les membres de ce conseil avaient fait acte de candidature ou réunissaient les conditions pour être nommés¹⁸⁸ ;
- l'impossibilité, pour cause de maladie dans le chef du professeur ayant donné une évaluation défavorable à l'intéressé, d'être présent lors de la délibération du jury d'examen¹⁸⁹.

¹⁸⁵ P. GILLIAUX, « Le régime juridique des circonstances absolutoires d'illégalité en droit public », *op. cit.*, pp. 59-60.

¹⁸⁶ C.E., 7 novembre 1950, n° 550, *Bellefroid*, R.A.C.E., 1950, p. 471. Voy., dans des termes quasi-similaires, C.E., 26 août 1949, n° 115, *François*, R.A.C.E., 1948-1949, p. 163 et C.E., 17 juillet 1952, n° 1763, *Vandergucht*, R.A.C.E., 1952, p. 783.

¹⁸⁷ C.E., 3 juillet 1972, n° 15.413, *sprl Imbo*, R.A.C.E., 1972, p. 566.

¹⁸⁸ C.E., 27 octobre 1959, n° 7.344, *Molle*, R.A.C.E., 1959, p. 650 ; C.E., 24 mai 1960, n° 7.888, *Vandendries*, R.A.C.E., 1960, p. 485.

¹⁸⁹ C.E., 22 décembre 1992, n° 41.472, *De Smaele*, R.A.C.E., 1992, point 2.2.1.

On le voit, l'argument de la force majeure est régulièrement utilisé par l'administration pour tenter d'échapper au respect d'une formalité et couvrir ainsi un vice de forme (impossibilité de recueillir l'avis d'une instance, comportement de l'administré, etc.)¹⁹⁰, mais le Conseil d'État se montre sévère dans l'appréciation de cette cause étrangère.

Ainsi, la longue période d'affaires courantes que nous avons connue en 2010-2011 a pu être invoquée par les autorités administratives pour justifier de s'être abstenues de procéder à des nominations statutaires dans la fonction publique, avant d'être néanmoins rejetée par le Conseil d'État, notamment parce que l'autorité concernée ne disposait de toute manière d'aucun pouvoir d'appréciation dans le cadre de la décision à prendre¹⁹¹.

B. Force majeure et responsabilité extracontractuelle de l'administration

50. La responsabilité des pouvoirs publics ne sera envisagée que sous deux prismes, ceux qui relèvent spécifiquement du droit administratif: d'une part, dans l'exercice de leur fonction d'administrer (1)¹⁹² et, d'autre part, du fait de la voirie (2).

1) *La responsabilité des pouvoirs publics dans l'exercice de la fonction d'administrer*

a. *Balises théoriques*

51. À la croisée des chemins entre le droit civil de la responsabilité et le droit propre à la puissance publique, la matière de la responsabilité de l'administration repose, depuis l'arrêt *La Flandria* rendu par la Cour de cassation le 5 novembre 1920¹⁹³, sur un principe bien établi: à l'instar du justiciable « classique », toute personne de droit public (à commencer donc par l'État, mais pas uniquement) est soumise « aux règles de droit et, notamment, aux règles relatives à la réparation du dommage résultant de la violation des droits subjectifs et des intérêts légitimes des particuliers ensuite d'une faute »¹⁹⁴.

¹⁹⁰ J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1008-1009, n° 460.1.

¹⁹¹ Cf. C.E., 14 juin 2011, n° 213.832, *Moigny*, p. 3.

¹⁹² L'exercice par les pouvoirs publics des fonctions de *légiférer* et de *réglementer*, d'une part, et de *juger*, d'autre part, sort du cadre imparti à la présente contribution.

¹⁹³ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193, concl. Av. gén. P. LECLERCQ.

¹⁹⁴ B. DUBUISSON et al., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, Vol. 1: *Le fait générateur et le lien causal*, op. cit., p. 548, n° 654. Voy. également e.a. J. SOHIER, « La responsabilité des pouvoirs publics », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique* (f. mob), Titre II – Dossier 21 – Volume 1, Kluwer, 2010, p. 5, n° 1.

Les fondements de ce type de responsabilité sont issus du droit privé, et, dès lors, bien connus: le contentieux de la responsabilité civile de l'administration relève de la compétence exclusive des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, qui vérifient la légalité – mais non l'opportunité – de ses actes ou abstentions, et uniquement dans la mesure où ceux-ci lèsent effectivement ou potentiellement des droits subjectifs; la faute extracontractuelle de l'administration peut être de deux types: *soit* l'acte ou l'abstention méconnaît une norme de droit international (ayant des effets directs dans l'ordre juridique national) ou de droit interne imposant d'agir de manière déterminée ou de s'abstenir d'agir, *soit* l'acte ou l'abstention relève d'une erreur de conduite, laquelle doit s'apprécier suivant le critère d'une personne normalement prudente et diligente, placée dans les mêmes conditions.

Notre propos portant spécialement sur la responsabilité des pouvoirs publics, il peut être spécifié ceci quant à l'une et l'autre source de responsabilité alternativement.

52. *Primo*, si la faute consiste en la méconnaissance d'une norme, s'applique la *règle de l'identité entre la faute et l'illégalité* commise à travers cette méconnaissance. Cette solution a été posée en principe par un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1982¹⁹⁵. Ainsi l'illégalité d'un acte administratif, préalablement constatée par le Conseil d'État, permet de déduire l'existence d'une faute extracontractuelle. Même si la Cour de cassation a concédé la possibilité d'un assouplissement de ce principe passablement rigide d'identité entre faute et illégalité¹⁹⁶, elle n'en pas moins rappelé à de nombreuses reprises sa jurisprudence traditionnelle, d'après laquelle, selon la formule consacrée, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle accomplit un acte administratif qui méconnaît des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage et ce, naturellement, sous réserve

¹⁹⁵ Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, p. 772, concl. Proc. gén. J. VELU.

¹⁹⁶ Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1667, concl. contr. Proc. gén. J.-Fr. LECLERCQ, et *J.L.M.B.*, 2005, p. 638, note D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives: revirement ou affinement? ». L'hypothèse était celle d'une erreur d'interprétation d'une règle par l'administration, en l'occurrence l'O.N.S.S. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. aussi B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, Vol. I: *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, pp. 555-558, n^{os} 661-662; D. DE ROY, « La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration: unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute? », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration* (H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK, dir.), Bruges, la Charte, 2007, pp. 82-89, n^{os} 30-49. Pour ne pas déborder du thème imparti, nous ne nous attarderons pas sur cet aspect de la matière, qui interroge les limites de l'unité des notions d'illégalité et de faute.

de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité¹⁹⁷.

Le détour par le constat préalable de l'illégalité de l'acte administratif par le Conseil d'État n'est toutefois pas indispensable. En vertu de l'article 159 de la Constitution, les juridictions de l'ordre judiciaire sont, en effet, parfaitement compétentes pour vérifier la légalité de l'acte « et établir, le cas échéant, la responsabilité de l'administration, sur la base du même principe d'identité des notions de faute et d'illégalité »¹⁹⁸.

53. *Secundo*, dans l'hypothèse d'une faute qui s'analyse comme une erreur de conduite, l'acte administratif sera précisément considéré comme fautif par référence au critère traditionnel du bon père de famille, c'est-à-dire l'autorité administrative normalement prudente et diligente, replacée dans les mêmes circonstances. Ici aussi, cette obligation de prudence et de diligence est calquée sur celle qui est imposée au citoyen *lambda*. La spécificité réside toutefois en ce que, à l'égard de la puissance publique agissant dans le cadre de son pouvoir d'administrer, cette norme générale de prudence se concrétise à travers les *principes généraux de bonne administration*. Ceux-ci « permettent de donner à la faute des pouvoirs publics une réelle consistance même en l'absence de normes lui [*sic*] imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée »¹⁹⁹.

Les principes généraux de bonne administration sont définis comme des « principes dérivés du système du droit par la jurisprudence, qui valent comme règle de droit et que les pouvoirs publics doivent respecter dans leurs rapports avec les citoyens »²⁰⁰. Les principes (généraux) de bonne administration constituent ainsi une sorte de spécification d'un devoir général du raisonnable²⁰¹ et revêtent « des choses aussi insolites pour le privatiste »²⁰² que le principe d'administration raisonnable, le principe de préparation avec soin des décisions,

¹⁹⁷ B. DUBUISSON *et al.*, *ibid.*, p. 551, n° 657; J. SOHIER, « La responsabilité des pouvoirs publics », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique* (f. mob), Titre II – Dossier 21 – Volume 1, *op. cit.*, p. 12, n° 17.

¹⁹⁸ B. DUBUISSON, *Responsabilité civile approfondie*, Tome 1, Syllabus de la Faculté de droit de l'U.C.L., 2010-2011, p. 89, n° 133.

¹⁹⁹ B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, Vol. I: *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, p. 561, n° 665. Sur les principes généraux de bonne administration en général, voy. not. S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in *Les sources du droit revisitées*, Vol. 2: *Normes internes infraconstitutionnelles*, *op. cit.*, pp. 530-538, n°s 36-40.

²⁰⁰ J. DE STAERCKE, « Le principe de bonne citoyenneté et le principe de chercher bon droit (partie I) », *C.D.K.P.*, 2004, p. 75, n° 4.

²⁰¹ P. POPELIER, « Hoofdstuk 1. Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen », in *Beginselen van behoorlijk bestuur* (I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME, dir.), Coll. Administratieve Rechtsbibliotheek, Brugge, die Keure, 2006, p. 3, n° 1.

²⁰² P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », in *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, pp. 13-14.

appelé aussi devoir de minutie, le principe de prudence, le principe de fair-play, etc.

54. Vu ce qui a été dit à propos des fondements de la responsabilité des pouvoirs publics, il n'est pas illogique de devoir constater que les notions d'« erreur invincible » et d'« autre cause d'exonération de responsabilité » (invoquées dans les arrêts de la Cour de cassation – *cf. supra*), telle la force majeure, ne reçoivent pas de définition explicite, ni de délimitation précise dans le cas d'une faute de la puissance publique. D'autre part, il semble que, lorsqu'elle tente de s'exonérer de sa responsabilité, l'administration invoque le plus souvent l'erreur invincible²⁰³, de sorte que la force majeure et les autres causes d'exonération n'interviennent que plus rarement. Pour ce double motif, les cas d'application proposés ci-dessous, concernant le traitement de la force majeure dans le cas d'une prétendue faute de l'administration, ne seront pas légion.

b. Illustrations

55. La jurisprudence de cette dernière décennie offre un éventail d'illustrations relatives à la prise en compte de causes d'exonération de responsabilité invoquées par les pouvoirs publics. Toutefois, comme il vient d'être dit, c'est essentiellement autour de l'erreur invincible, comme cause de justification, que se concentrent les débats, tandis que les causes étrangères exonératoires, telle la force majeure, y sont moins présentes. La force majeure invoquée par l'administration a toutefois été retenue par les juges dans les cas suivants :

1° Lorsque la prétendue faute consiste en une méconnaissance d'une norme (et que l'existence d'un cas de force majeure n'a pas déjà été attestée par le Conseil d'État) :

une décision sur recours administratif rendue hors délai par l'Exécutif flamand, dans la mesure où, « immédiatement après l'introduction de l'appel », le ministre compétent a engagé « des négociations soutenues », qui n'ont toutefois pris fin – et, par hypothèse, échoué – qu'après l'écoulement du délai prescrit pour statuer²⁰⁴. À noter toutefois que la Cour n'emploie nulle part le terme de « force majeure », mais se contente de celui de « cause d'exonération de responsabilité ».

2° Lorsque la prétendue faute consiste en une erreur de conduite :

l'absence de prise de mesures adéquates antérieurement à des pluies torrentielles ayant causé des inondations, dans la mesure où un arrêté

²⁰³ B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, Vol. 1 : *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, pp. 559-561, n° 664, p. 563, n° 666, p. 566, n° 668, et les réf. citées.

²⁰⁴ Cass., 8 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2136.

royal a reconnu à ces inondations le caractère de calamité naturelle, ce qui, d'une part, démontre bien le caractère exceptionnel de l'événement et l'imprévisibilité qui l'a entouré, et qui, d'autre part, retire tout pouvoir d'appréciation au juge²⁰⁵.

2) *La responsabilité des pouvoirs publics du fait de la voirie*

a. *Balises théoriques*

56. Un pouvoir public investi de compétences en matière d'infrastructures routières peut voir sa responsabilité engagée pour défaut de la voirie à partir de différents fondements : en tant que *propriétaire* de la voirie sur la base des règles générales que sont les articles 1382 et 1383 du Code civil ; s'agissant d'une *commune*, en tant qu'institution publique qui a une obligation légale de sécurité, sur la base de l'article 135, § 2, de la nouvelle loi communale (ci-après la «N.L.C.»)²⁰⁶ ; et en tant que *gardien* de la voirie lorsque celle-ci est affectée d'un vice, sur la base de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil.

Ainsi, «si chacune des autorités gestionnaires a le devoir d'entretenir les voiries qui lui appartiennent» ou dont elle a la garde, «la commune a, quant à elle, un pouvoir général de police sur toutes les routes qui traversent son territoire [excepté les autoroutes], quand bien même elle n'en serait pas la gestionnaire»²⁰⁷.

En effet, d'une part, depuis un arrêt de principe de la Cour de cassation du 7 mars 1963, le *propriétaire* d'une route se doit de n'ouvrir celle-ci à la circulation que si elle est suffisamment sûre²⁰⁸. D'autre part, la *commune* a

²⁰⁵ J.P. Tournai, 6 janvier 2009, R.G.A.R., 2010, n° 14629.

²⁰⁶ Cette disposition porte que : «[...] les communes ont pour mission de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics.

Plus particulièrement, et dans la mesure où la matière n'est pas exclue de la compétence des communes, les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des communes sont :

1° tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques ; ce qui comprend le nettoyage, l'illumination, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des bâtiments menaçant ruine, l'interdiction de rien exposer aux fenêtres ou autres parties des bâtiments qui puisse nuire par sa chute, et celle de rien jeter qui puisse blesser ou endommager les passants, ou causer des exhalaisons nuisibles ; la police de la circulation routière, en tant qu'elle s'applique à des situations permanentes ou périodiques, ne tombe pas sous l'application du présent article ; [...].

Elle remplace, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 1989, les articles 50 du décret du 14 décembre 1789 et 3, 1°, de la loi des 16-24 août 1790.

²⁰⁷ B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, Vol. I : *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, p. 651, n° 770.

²⁰⁸ Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 744, R.C.J.B., 1964, p. 93, note J. DABIN, « La responsabilité de l'administration à l'égard des usagers de la voirie », et *J.T.*, 1963, p. 223, concl. conf. Av. gén. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH et obs. C. CAMBIER. Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis 1963, voy. not. J. TINANT, « La responsabilité des pouvoirs publics en matière de voirie », *Forum ass.*, 2007, p. 110.

traditionnellement une obligation de veiller à la sécurité et à la commodité du passage sur l'ensemble de son territoire, même sans en être ni propriétaire ni gardienne. Dans l'un et l'autre cas, l'obligation des pouvoirs publics s'analyse en une obligation de moyen²⁰⁹ (accompagnée d'un renversement de la charge de la preuve), et non de résultat. Enfin, la jurisprudence considère que le *gardien* d'une voirie viciée est responsable de tout dommage causé par celle-ci, quand bien même il ignorait l'existence de ce vice, ce vice est le résultat de l'intervention d'un tiers, il ne pouvait raisonnablement contrer le danger qui en est résulté, etc.

Un tel système mène bien souvent à un constat de responsabilités concurrentes et à des questions de contribution à la dette, différents pouvoirs publics pouvant être condamnés *in solidum*. Ces aspects du régime de droit commun de la responsabilité seront ici passés sous silence.

Il reste que, pour échapper à leur responsabilité quel que soit son fondement, les autorités publiques concernées peuvent être amenées à se retrancher derrière une cause de justification ou une cause étrangère exonératoire, telle la force majeure.

Dans le cas de la responsabilité du fait des choses dans le chef du gardien de celles-ci (art. 1384, al. 1^{er}, du Code civil), l'exonération effective de responsabilité est rendue d'autant plus ardue que ce n'est pas le vice qui doit être dû à une cause étrangère, mais bien le dommage causé par ce vice²¹⁰. En effet, « le gardien de la chose affectée d'un vice ne peut se soustraire à sa responsabilité en démontrant que le vice trouve son origine dans le fait d'un tiers, dans un cas fortuit ou dans un cas de force majeure [...] » ; « pareillement, l'ignorance, même invincible, du vice de la chose, quelle que soit l'origine du vice, ne peut exonérer le gardien de sa responsabilité [...] »²¹¹. Ce qui a fait dire à certains auteurs autorisés que « la sévérité dont témoignent les juridictions de fond à l'encontre des pouvoirs publics [...] tend à transformer notre système de responsabilité à base de faute en un régime d'indemnisation automatique des usagers de la voirie »²¹²...

²⁰⁹ Pour ce qui est de l'obligation de la commune fondée sur l'article 135, § 2, de la N. L.C., voy. Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 217, et *R.W.*, 2005-2006, p. 1540, note T. VANSWEEVELT, « Het gebrek van de zaak in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W.: enkel nog de in concreto beoordeling van het structureel gebrek? » ; Cass., 3 février 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 270, *J.L.M.B.*, 2005, obs. M. SCARCEZ, « L'obligation des communes d'assurer une circulation sans danger est une obligation de moyen » et www.juridat.be, concl. Av. gén. A. HENKES. Certains auteurs contestent toutefois qu'il s'agisse d'une obligation de moyen au sens usuel du terme : cf., à cet égard, J. TINANT, « La responsabilité des pouvoirs publics en matière de voirie », *op. cit.*, p. 115.

²¹⁰ Cf., sur ce principe, not. Liège, 24 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 334 ; Pol. Liège, 5 octobre 1998, *Bull. ass.*, 1999, p. 306. Voy. cependant Pol. Nivelles (sect. Wavre), 10 avril 2000, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13445.

²¹¹ Civ. Dinant, 10 septembre 2003, *Bull. ass.*, 2004, p. 383, et les réf. citées.

²¹² J.-M. VAN BOL, « Le vice de voirie et l'interprète normalement prudent et attentif... de la notion », *Droit communal*, 2009, p. 62.

b. Illustrations

57. Force est, ici aussi, de constater que, à l'inverse de l'abondance qui caractérise tant le foisonnement des décisions en matière de responsabilité des pouvoirs publics du fait de la voirie que la diversité du fondement des condamnations prononcées²¹³, le contentieux qui met en jeu des causes exonératoires de responsabilité – et, *a fortiori*, qui y fait droit – est plutôt rare et, lorsqu'il existe, concerne majoritairement le fait de la victime²¹⁴.

Comme pour prévenir le lecteur de cette contribution que la liste des illustrations qui suivent et qui ont fait triompher le concept de force majeure ne sera pas longue, M. l'Avocat général A. Henkes ponctuait ainsi ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 2005 : « Les circonstances qui délivrent [la commune] de son obligation de sécurité ne sont pas légions. Et c'est voulu »²¹⁵.

58. Appliquant les préceptes généraux décrits *supra*, les juges en sont venus à considérer comme cas de force majeure exonératoire de la responsabilité des pouvoirs publics compétents dans le domaine de la voirie les circonstances suivantes :

1° *Responsabilité du propriétaire de la voirie (art. 1382 et 1383 C. civ.)*

La circonstance qu'aucune action judiciaire en matière de responsabilité du fait de la voirie n'est fondée exclusivement sur l'article 1382 du Code civil explique pourquoi il est particulièrement difficile de trouver des exemples de litiges qui ont abouti à la reconnaissance d'une cause exonératoire de la responsabilité d'une autorité découlant de cette disposition.

En revanche, a été refusée comme cas de force majeure dans ce cadre la présence de verglas à un endroit particulièrement exposé, et compte tenu de ce que la Région wallonne a été prévenue près de trois heures avant l'accident par la gendarmerie intervenant à l'occasion d'un précédent accident sur le même tronçon²¹⁶.

2° *Responsabilité de la commune (article 135, § 2, N.L.C.)*

– La formation de verglas « tout à fait localisé » dans une courbe d'une route. Elle a été considérée par le juge comme inopinée car « due à

²¹³ J. TINANT, « Le vice de voirie et l'interprète normalement prudent et attentif... de la notion », *op. cit.*, p. 109.

²¹⁴ Cf. not. Civ. Namur, 19 janvier 2009, *Droit communal*, 2009, p. 60; Pol. Namur, 20 février 2008, *Droit communal*, 2009, p. 59; Civ. Namur, 14 mai 2004, *Droit communal*, 2009, p. 54, note sous ces trois décisions J.-M. VAN BOL, « Le vice de voirie et l'interprète normalement prudent et attentif... de la notion »; Pol. Namur, 8 mars 2007, *Droit communal*, 2009, p. 47; Civ. Namur, 30 septembre 2005, *Droit communal*, 2009, p. 46.

²¹⁵ Av. gén. A. HENKES, concl. préc. Cass., 3 février 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 272.

²¹⁶ Liège, 24 juin 1996, *Dr. circ.*, 1997, p. 87.

des circonstances atmosphériques fortuites, temporaires et locales » qui ont rendu impossible toute intervention immédiate (de sablage et de signalisation) de la commune²¹⁷ ;

- La présence d’une ampoule défectueuse dans un feu de signalisation. Dans le conflit qui opposait l’État (gardien) à la commune concernée, il a été jugé que l’obligation de sécurité de la commune doit être appréciée raisonnablement, compte tenu de la circonstance qu’il est impossible matériellement, dans une région urbaine à forte densité de circulation, d’organiser un contrôle permanent sur la totalité de l’infrastructure routière²¹⁸ ;
- La présence d’une tache d’huile depuis trop « peu de temps sur la chaussée » pour que la commune ait pu raisonnablement avoir connaissance du danger²¹⁹. La décision n’évoque toutefois pas explicitement la notion de force majeure ou même de cause étrangère.

3° Responsabilité du gardien de la voirie (art. 1384, al. 1^{er}, C. civ.)

Des pluies d’une intensité « jusqu’alors inconnue », qui ont alourdi les feuilles d’un arbre sain et ameubli les terres gorgées d’eau l’entourant, provoquant ainsi la chute de cet arbre sur une voiture²²⁰.

En revanche, n’ont *pas* été retenus par la jurisprudence comme cas de force majeure :

- des vents violents ayant soufflé à 140 km/h, ayant provoqué la chute sur la route d’un arbre dont les racines étaient pourries²²¹ ;
- des pluies abondantes survenant pendant un orage d’été violent, et qui ne peuvent pas s’écouler par les égouts, d’autant que la commune gardienne de la voirie avait été avisée de l’existence d’une rupture dans la canalisation située de l’autre côté de la route²²² ;
- des averses de neige importantes rendant le réseau routier très glissant²²³ ;

²¹⁷ Mons, 2 octobre 1990, *Dr. circ.*, 1991, p. 206.

²¹⁸ Bruxelles, 8 novembre 1990, *Dr. circ.*, 1991, p. 176.

²¹⁹ Civ. Namur, 14 mars 2005, *Droit communal*, 2009, p. 56.

²²⁰ Bruxelles, 18 septembre 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.736.

²²¹ Liège, 6 mai 2003, *Droit communal*, 2009, p. 49, et les réf. citées dans l’arrêt, p. 52. Pour un cas similaire hors-voirie : Civ. Bruxelles, 27 juin 1991, *Bull. ass.*, 1992, p. 347, note M. LAMBERT : ne constituent pas un cas de force majeure des pluies abondantes et un vent ayant soufflé à 82,8 km/h (pris isolément ou cumulativement), ayant provoqué la chute d’un arbre sur le terrain voisin, quand bien même cet arbre était insuffisamment enraciné dans le sol et nourri par lui.

²²² Gand, 15 mars 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 128.

²²³ Pol. Gand, 15 mars 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 1547.

- une forte averse de grêle en plein hiver, et ce même si les services météo n'ont ni prévu ni annoncé cette averse²²⁴ ;
- une température ayant atteint 32°C et ayant provoqué une bosse et une fissure dans une chaussée en béton²²⁵ ;
- l'ignorance, même invincible dans le chef de l'autorité régionale, de la présence d'un produit huileux²²⁶ ou d'un gros caillou²²⁷ sur la chaussée.

Conclusion

« La force majeure est un de ces principes généraux dont la spécificité à une branche du droit n'est pas souhaitable, car elle serait profondément illogique et contre-nature »²²⁸. À cet égard, le droit administratif ne fait pas exception. La force majeure y est accueillie au titre de principe général de droit et y revêt les attributs classiques d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité.

Porter plus loin la généralisation du propos s'avère une gageure. En droit administratif, la force majeure est, en effet, multiple ; multiple dans ses dénominations, où il n'est pas nécessairement fait référence au concept même, mais bien à ses caractéristiques, telle que l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles dans le cadre du choix du mode de passation des marchés ; multiple encore par les acteurs qui l'invoquent, l'administré pris dans le contentieux, l'administration confrontée à l'impossibilité d'exercer valablement ses missions de service public, ou son cocontractant face à un bouleversement de l'économie de la commande publique ; multiple enfin dans l'appréciation qui en est faite, rigoureuse lorsqu'il s'agit d'envisager le recours par les pouvoirs publics à des modes extraordinaires pour leur action (impossibilité de procéder à une nomination ou d'organiser un recours, option pour la procédure négociée, etc.), bienveillante à l'égard de l'administré légitimement empêché de respecter les formalités de la procédure administrative.

S'il fallait néanmoins conclure, nous dirions que la force majeure, en droit administratif, doit être appliquée au regard des deux principes de continuité des services publics et de bonne administration. Elle procède, en effet, du

²²⁴ Pol. Bruges, 3 avril 2001, T.A.V.W., 2002, p. 337.

²²⁵ Civ. Turnhout, 3 novembre 2000, C.R.A., 2004, p. 129, décision confirmée par Cass., 27 septembre 2002, C.R.A., 2006, p. 431.

²²⁶ Pol. Verviers, 15 septembre 2008, C.R.A., 2009, p. 422.

²²⁷ Civ. Dinant, 10 septembre 2003, *Bull. ass.*, 2004, p. 380.

²²⁸ Br. LOMBAERT et M. NIHOUL, « Tous les moyens sont-ils bons pour s'exonérer d'une taxe en matière d'immeubles abandonnés ? Politique fiscale, proportionnalité du taux, preuve de la publication d'un règlement et force majeure exonératoire », *op. cit.*, p. 55.

premier lorsqu'il convient d'assurer une bonne fin à l'exécution de la commande publique nonobstant la survenance de circonstances imprévisibles. Elle relève également du second dans l'appréciation de la responsabilité des pouvoirs publics, notamment en leur qualité de gardien de la voirie ou d'organisateur de procédures de mise en concurrence (dépôt des offres).