

Abus de droit et détournement de pouvoir (1)

PAR

M. P. ORIANNE,

Maitre de Conférences à l'Université de Louvain,
Avocat à la Cour d'Appel de Bruxelles.

I. — Introduction.

Le législateur de 1946 a définitivement intégré dans notre droit national la notion de *détournement de pouvoir*, cause de nullité des actes administratifs (2), consacrée depuis longtemps par le Conseil d'Etat de France.

On l'a définie comme étant le fait pour une autorité publique d'user de ses pouvoirs dans un but différent de celui en vue duquel ils lui ont été conférés (3), ou, selon une acception restreinte, dans un but étranger à l'intérêt général (4).

Le détournement de pouvoir serait ainsi un abus qui, dans le prescrit de la loi belge au moins, ne se confondrait pas avec l'excès de pouvoir.

On sait, d'autre part, que les tribunaux judiciaires refusent de tenir pour valables certaines formes de l'exercice des droits qu'ils qualifient d'abus, soulignant par là que l'auteur de l'acte n'a point agi *sans droit* mais a fait de son droit un usage *abusif*.

Dans les deux hypothèses qui viennent d'être relevées, on voit le juge refuser de se tenir pour satisfait de la légalité apparente de l'acte soumis à sa censure. Au maire qui, par exemple, aura interdit la sortie d'une procession, en réponse à de prétendues

(1) Cette étude a fait l'objet de la leçon publique présentée par l'auteur, à l'examen d'agrégé de l'enseignement supérieur.

(2) Loi du 23 décembre 1946, créant le Conseil d'Etat, article 9.

(3) R. Vidal, L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative, *R.D.P.*, 1952, pp. 275 et suiv. et les références citées.

(4) Voy. Debaedts F., *Machtsafwending*, dans *Algemene practische rechtsverzameling*, 1956, p. 15 et *infra* les notes 24 à 26.

attaques contre l'école laïque, il dira : « sans doute aviez-vous le pouvoir de prononcer l'interdiction que l'on critique, voire même d'apprécier discrétionnairement qu'elles étaient en l'occurrence les exigences de la tranquillité publique, mais ce n'est point en réalité pour assurer celle-ci que vous avez agi et, partant, votre décision est nulle » (5).

De même, à l'employeur qui aura donné à son ouvrier le préavis légal, dans le seul but de sanctionner le fait pour cet ouvrier de lui avoir adressé une réclamation, au demeurant parfaitement justifiée, le juge dira : « sans doute aviez-vous le droit de mettre fin à tout moment au contrat moyennant le préavis prévu par la loi. Mais vous avez, en l'occurrence, agi avec une intention méchante et dans la seule pensée de faire tort à votre ouvrier, sans profit pour vous ; vous avez ainsi abusé de votre droit et cette circonstance vicie l'exercice que vous en avez fait » (6).

A première vue, les notions d'abus de droit et détournement de pouvoir présentent donc un certain air de famille. Jusqu'où va leur ressemblance ? Le droit privé et le droit public ont-ils, par des voies différentes, enrichi leur patrimoine d'une même acquisition ou faut-il constater au contraire qu'il subsiste entre elles des différences irréductibles ?

Telle est la question à laquelle des réponses en sens divers ont été données par la doctrine, suivant les conceptions que les auteurs se font du contenu propre de chacune des notions envisagées (7).

On ne songe point à en reprendre ici l'exposé, en chacun de leurs développements ; pas davantage à formuler, sur le fond du problème, quelque opinion définitive. Plus simplement voudrait-on, s'inspirant de la doctrine et de la jurisprudence les plus récentes, faire ressortir les points de convergence et de divergence les plus saillants des notions d'abus de droit et de détournement de pouvoir, suivant l'acception que l'on croit devoir en donner.

* * *

(5) Voy. C. E. fr. 13 mars 1930, Abbé Petit, *Rec.*, p. 1171; voy. aussi Hauriou M., *La jurisprudence administrative*, 1929, t. II, pp. 729 et suiv.; Waline M., *Traité de droit administratif*, 8^e éd., 1959, n° 1037.

(6) P. H. Liège, 15 juillet 1950, *J. L. O.*, 1951, p. 185; comp. Comm. Anvers 20 février 1959, *R. W.*, 1959-1960, col. 550.

(7) Voy. notamment, l'étude de R. Vidal précitée; F. Debaedts, *op. cit.*, n°s 55 à 67; Chapus R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris 1957, n°s 381 et suiv.; Michoud L., *La théorie de la personnalité morale*, 1932, t. II, p. 291; Josserand L., *Cours de droit civil français*, 3^e éd.; Dabin J., *Le droit subjectif*, Paris 1952, spécialement les pp. 268 et suiv.

II. — Notions de l'abus de droit.

Dans quelles conditions l'usage du droit est-il réprimé au titre de l'abus ?

C'est l'intention de nuire à autrui, qui, au premier chef, est considérée comme constitutive d'abus (8). Les espèces jugées par la jurisprudence témoignent, à cet égard, des ressources variées de la malice humaine lorsqu'elle croit pouvoir, à l'abri du droit, réaliser ses desseins. Il est des cas célèbres, tel celui des dirigeables Clément Bayard, où la malice est tellement naïve, qu'on croirait l'histoire inventée, si le recueil Dalloz n'était là pour nous convaincre qu'elle a trouvé son épilogue devant la Cour de Cassation de France (9).

Il en est d'autres où, pour être moins flagrante, l'intention de nuire n'en est pas moins certaine.

Dans son arrêt du 11 avril 1958, la Cour de Cassation a jugé que, si l'instituant conserve le droit de disposer à titre onéreux des biens compris dans l'institution contractuelle, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse commettre un abus de ce droit, c'est-à-dire un acte illicite, notamment en aliénant ces biens, uniquement *en haine de l'institution* par lui irrévocablement consentie (10).

Le Président des Référés du Tribunal civil de Courtrai, dans son jugement du 8 mai 1958, a refusé de faire droit à la demande d'un particulier tendant à la suppression de travaux exécutés sans titre par la commune, sur une parcelle lui appartenant, celle-ci étant vouée à une prochaine expropriation et la suppression des travaux ne présentant qu'un intérêt minime pour le demandeur ; le jugement affirme que le droit ne peut pas être exercé dans le but principal de causer un dommage à autrui (11).

Mais il est d'autres causes d'abus que l'intention de nuire. La jurisprudence le démontre en sanctionnant l'exercice de droits qui

(8) Voy. les auteurs cités et De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I^{er}, n° 113.

(9) Cass. fr. 3 août 1915, *D. P.*, 1917, I, 79.

(10) *Pasicrisie*, 1958, I, 867; Contra De Page, *Traité élémentaire de droit civil*, t. VIII, n° 1628.

(11) *R. W.*, 1958-1959, col. 802; *Pas.*, 1960, III, 23; id. Appel Gand 20 novembre 1950, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1953, p. 270 et la note De Bersaques; voy. aussi, les espèces citées *supra*, à la note 6; comp. P. H. Verviers 5 décembre 1952, *Jur. Liège*, 1952-1953, p. 128, et Charleroi 7 février 1956, *Pas.*, 1957, II, 103; Meijers E., *Misbruik van recht en wetsontduiking*, cette revue n° 23, 1937, pp. 717 et 718.

témoigne d'une telle insouciance envers les intérêts d'autrui; d'un tel égoïsme qu'il devient, tout autant qu'un usage méchant du droit, cause de *scandale*. Il en va ainsi, notamment, de tous les cas d'abus dans l'exercice des procédures (12).

La sanction de l'abus de droit sera trouvée, suivant les cas, dans la constatation de la nullité de l'acte, le rejet de la demande, ou l'allocation de dommages-intérêts réparant le préjudice causé. La liberté du juge est à cet égard entière (13).

* * *

Pour justifier la notion d'abus de droit il ne suffit point, cependant, de constater que les tribunaux y ont spontanément recours, comme à une arme ultime, dans l'exercice de leur mission de haute police des relations juridiques interindividuelles.

Encore faut-il vérifier si la notion possède un contenu spécifique et préciser celui-ci autant que faire se peut.

On connaît la célèbre objection de Planiol : « la formule *usage abusif des droits* est une logomachie, car, si j'use de mon droit, mon acte est licite, et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit, c'est que j'agis sans droit » (14).

On y répond en observant qu'elle revient à condamner la notion d'abus de droit au nom de l'illégalité (absence de droit) qu'elle permet, en fin de compte, de constater. Si l'illégalité peut être constatée et sanctionnée sans le recours à la théorie de l'abus de droit, Planiol a raison. Dans le cas contraire, il faut admettre que la notion d'abus de droit garde un contenu et une valeur spécifiques.

Ce que précisément la théorie de l'abus de droit est seule à pouvoir réprimer, c'est l'usage d'un droit — de soi licite — pour un motif ou dans des conditions contraires, non au droit positif, *mais à la morale* (15), hypothèse qui recouvre l'intention méchante et la méconnaissance grave des devoirs les plus élémentaires de tout homme envers le prochain.

L'acte, ici, n'est pas sanctionné au titre de l'illicéité. Il n'est pas davantage reconnu « fautif » au sens de l'article 1382 du Code

(12) Voy. notamment Civ. Anvers 25 avril 1957, *J. T.*, 1957, p. 423 et la note; Cass. 27 octobre 1950, *J. T.*, 1951, 54 et note C. V. R.

(13) De Page, *op. cit.*, t. I^{er}, n° 115.

(14) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., t. II, n° 870.

(15) Dabin J., *Le droit subjectif*, pp. 293 et suiv. : De Bersaques, note sous Appel Gand 20 novembre 1950, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1953, pp. 270 et suiv., spécialement la page 282.

Civil. Il est apprécié exclusivement dans le chef de l'auteur de l'acte, à qui l'on reproche, non point d'avoir agi sans droit ou d'avoir commis une erreur de conduite, mais d'avoir outragé la morale. La *faute*, ici, est essentiellement morale et subjective (16).

Il reste à se demander, avec d'éminents auteurs si la répression de l'usage malicieux des droits ne trouve pas sa justification dans la circonstance que de tels usages impliquent un *détournement* du droit de sa finalité propre. On voit d'emblée l'importance que la réponse à cette question présente pour notre propos. Il s'indique toutefois de ne l'aborder qu'après avoir précisé la notion de détournement de pouvoir, dont il va être maintenant question.

* * *

III. — Le détournement de pouvoir.

La nullité des actes accomplis par une autorité qui a usé de ses pouvoirs dans un but différent de celui en vue duquel ils lui ont été confiés se justifie aisément. Les pouvoirs ne sont conférés aux agents publics qu'en vue d'une fin déterminée. C'est la nécessité d'atteindre ce but qui seule rend tolérable l'existence de ces pouvoirs et la limitation des libertés individuelles que leur exercice implique. Cette justification est tellement évidente que l'on en vient même à douter du caractère spécifique de la notion.

Pour être valable, en effet, l'acte de l'autorité doit répondre à un ensemble de conditions, portant sur la compétence, les formes, les motifs, auxquelles la condition déduite du respect de la finalité de l'acte ne vient que s'ajouter, sinon se superposer.

Le contrôle de la validité des actes administratifs est nommément prescrit par la Constitution, en son article 107, aux termes duquel les cours et les tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. Nul ne doutera que l'illégalité du but poursuivi par l'agent entraîne cette « non conformité à la loi », au même titre que la violation des autres conditions dont dépend la validité des actes administratifs. D'ailleurs, « une fois acquis qu'un agent s'en est rendu coupable, n'est-ce pas de sa compétence même qu'il a abusé,

(16) Ibidem; contra, notamment Dalcq R., *Traité de la responsabilité civile*, t. I^{er}. Les causes de la responsabilité, *Novelles, Droit civil*, t. V, vol. I, 1959; comp. De Bersaques, note sous commerce Anvers, 17 juillet 1958, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1959, pp. 359 et suiv.

de telle manière que le détournement de pouvoir devient un vice de compétence?... ; ou ne sont-ce pas les motifs mêmes de la décision qui se trouvent entachés par l'irrégularité du but auxquels ils tendent ? » (17).

La notion de détournement de pouvoir est pourtant valablement invoquée devant les tribunaux judiciaires, comme une cause particulière de « non conformité à la loi » des actes administratifs, justifiant leur non-application (18). Pour le législateur de 1946, il constitue, avec la violation des formes et l'excès de pouvoir, un moyen d'annulation des actes des autorités administratives ? Sur quoi repose la distinction ainsi faite entre l'excès et le détournement de pouvoir ?

La distinction n'est pas d'ordre purement rationnel (19). Plutôt qu'aux principes, elle ressortit à la pratique juridique et judiciaire. Les deux notions n'indiquent point d'opposition, la première englobant la seconde. Mais la seconde précise les possibilités d'application de la première : elle indique au juge jusqu'où vont ses pouvoirs d'investigation.

Elle l'autorise en effet à pénétrer dans la conscience même de l'auteur de l'acte, lorsque celui-ci a réussi à lui donner toutes les apparences de la légalité, pour y découvrir le vice qui s'y cache : le mobile illicite, l'intention de se servir de l'acte dans un autre but que celui auquel il est destiné et auquel l'agent a tenté de faire croire qu'il était réellement destiné (20).

Il est vrai cependant que l'intention impure, l'immoralité du mobile n'est point un élément essentiel du détournement de pouvoir, dans son acception littérale. L'agent, en effet, peut avoir agi par

(17) Cambier C., *La censure de l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat*, 1956, col. 239.

(18) Voy. notamment Cass. 28 mai 1951, *Pas.*, 1951, I, 652; conclusions de M. l'avocat général Hayoit de Termicourt devant Cass. 14 juin 1948. *Pas.*, 1948, I, 375; Cambier, *op. cit.*, col. 241.

(19) Selon Vidal (*op. cit.*, p. 304) : « La théorie générale des motifs, en vertu de laquelle l'annulation des actes est prononcée pour inexistence matérielle ou juridique des motifs : 1° englobe la théorie du détournement de pouvoir, lorsque l'incorrection quant aux motifs, à laquelle l'apparition du détournement de pouvoir est nécessairement liée, consiste en leur inexistence; 2° dépasse cette théorie, lorsque l'inexistence du motif n'a pas été exploitée par l'auteur de l'acte en vue de la réalisation d'un détournement de pouvoir (c'est le cas de l'agent qui commet une erreur quant aux motifs, mais qui agit avec le souci d'atteindre le but voulu par la loi; 3° est dépassée par elle lorsque, l'incorrection des motifs consistant seulement en une mauvaise appréciation de leur valeur, l'illégalité quant au but ne fait pas suite à une illégalité quant aux motifs. »

(20) Cambier C., *loc. cit.*

erreur. Il peut s'être mépris sur le but réellement assigné par la loi à son action. Il peut également avoir détourné l'acte de son but tout en lui en assignant un autre également d'intérêt général. Dans la conception des cours et tribunaux belges et du Conseil d'Etat de France, il s'agira pourtant, ici encore, d'un détournement de pouvoir. C'est à ce titre qu'a été récemment déclaré nul un arrêté pris par le Roi, en application de l'arrêté-loi du 3 février 1947, le tribunal ayant constaté que le but de cet arrêté-loi était de permettre l'exécution de travaux *d'extrême urgence* alors que, sur les biens visés par l'acte querellé, les travaux avaient été antérieurement exécutés (21).

L'exercice par l'autorité de son pouvoir de police dans un but fiscal relève de la même hypothèse (22).

Il peut s'agir d'une simple erreur, ou d'une astuce, d'un expédient imaginé par un fonctionnaire pour atteindre un but d'intérêt public ; il ne faut pas nécessairement qu'il y ait malice ou abus de confiance.

* * *

En Belgique, cependant, l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat à la loi du 23 décembre 1946, article 7, apporte indirectement une autre réponse au problème de la distinction entre la notion d'excès et celle de détournement de pouvoir, en limitant l'application de celle-ci à la censure des actes accomplis non point dans un autre but quelconque que celui qui leur est assigné, mais dans un but étranger ou contraire à *l'intérêt général*. C'est le détournement du pouvoir public à des fins privées.

Les travaux préparatoires de la loi du 23 décembre 1946 font apparaître l'intention de ses auteurs de considérer le détournement de pouvoir comme un fait particulièrement grave, comme un *vice honteux et caché* (21). Ainsi s'explique la procédure particulière inaugurée pour sa constatation : aux termes de l'article 48 de la loi, les chambres de la section d'administration du Conseil d'Etat doivent renvoyer à l'assemblée générale les causes dans lesquelles elles estiment qu'il y a lieu à annulation pour détournement de pouvoir (23).

Ce n'est point à la simple erreur, à l'inadvertance, que l'on a voulu appliquer cette condamnation solennelle, entourée du maxi-

(21) J. P. Ekeren, 7 juillet 1959, *R. W.*, 1959-1960, col. 1282.

(22) *Voy. civ.* Anvers 15 janvier 1949, *R. W.*, 1948-1949, col. 1070.

(23) Cons. Debaedts, *op. cit.*, n° 190.

mum de garantie. On a visé la mauvaise foi, la malice, l'appropriation du pouvoir par celui qui le détient, le terme détournement étant pris dans un sens analogue à celui que lui donne le droit pénal, dans les dispositions qui répriment *l'abus de confiance*.

Le reste relève du contrôle de la compétence et des motifs, de la censure de *l'excès de pouvoir*.

Suivant la jurisprudence du Conseil d'Etat :

« La Députation permanente excède ses pouvoirs en refusant d'approuver la cession d'un bail régulièrement conclu, pour permettre à une dénonciation unilatérale de pareille convention de produire ses effets » (24).

« Ni la loi du 30 juin 1931, ni l'arrêté du Régent du 15 décembre 1944, ni la convention Belgo-Luxembourgeoise ne permettent à l'administration d'interdire des exportations pour la protection des intérêts intellectuels et artistiques du pays. En refusant pour ce motif l'autorisation d'exporter des objets d'art, l'autorité administrative a, dès lors, excédé ses pouvoirs » (25).

D'autre part, lorsque le détournement de pouvoir est invoqué, le Conseil d'Etat exige la preuve que l'autorité s'est inspirée uniquement, dans l'accomplissement de l'acte incriminé, de considérations étrangères à l'intérêt général, à l'intérêt public (26).

De cette brève analyse on retiendra que la notion de détournement de pouvoir s'est vu assigner une place particulière sur le plan de la procédure, par le législateur de 1946 ; que le Conseil d'Etat en a déduit la nécessité d'en réserver l'application au cas où le pouvoir est détourné à des fins privées, et non à une autre fin d'intérêt public que la sienne, cette hypothèse pouvant seule justifier le prononcé d'une condamnation solennelle, infamante en ce qu'elle révèle la méconnaissance par l'agent public du plus essentiel de ses devoirs.

Indépendamment du rôle qui lui est dévolu au contentieux de l'annulation, la notion de détournement de pouvoir reste une manière, d'ailleurs facultative, de qualifier certaines formes d'excès de pouvoir ; elle implique pour le juge la nécessité non seulement de contrôler la légalité des motifs et de l'objet de la décision attaquée, mais de vérifier en outre si ceux-ci ne dissimulent point

(24) C. E. 18 juin 1959 (Hut), *Rev. Comm.*, 1959, p. 150 et la note.

(25) C. E. 7 octobre 1955, *J. T.*, 1955, p. 676 (Stoclet).

(26) C. E. 11 octobre 1957, n° 5822 (Devos); 15 février 1957, n° 5498 (Ferrer et Biot); comp. C. E. 3 décembre 1953 (Lafontaine), *R. A.*, 1954, p. 110.

des mobiles illicites qui vicient l'acte au plus profond de lui-même. Telle est sa principale utilité.

* * *

IV. — Rapprochements et divergences.

Ainsi précisées, les notions d'abus de droit et de détournement de pouvoir peuvent-elles faire l'objet d'une assimilation quelconque, ou témoignent-elles au contraire de différences irréductibles ?

Ramené à l'essentiel, leur seul énoncé permet, croyons-nous, de constater leur foncière hétérogénéité. D'un côté un certain usage d'un droit est prohibé parce qu'immoral ; de l'autre tout usage du pouvoir est prohibé, dès lors qu'il tend à une autre fin que celle qui lui est assignée, ou, dans la conception plus restrictive, à une fin étrangère à l'intérêt général.

Dans le premier cas c'est la conduite de l'agent qui est sanctionnée ; dans le second ce sont ses intentions.

Enfin et surtout, tandis que la notion d'abus de droit n'a de sens que si on admet d'en faire une cause spécifique et autonome de nullité des actes juridiques, la notion de détournement de pouvoir, en revanche, se présente davantage comme l'un des aspects du contrôle général de la légalité des actes administratifs que comme un moyen spécifique de leur annulation.

D'excellents auteurs pourtant ont tenté l'intégration des deux notions.

Josserand est le père de la théorie suivant laquelle tous les droits seraient assujettis à une finalité sociale, plus ou moins largement définie. L'abus de droit serait le détournement d'un droit de sa fin générale, celle-ci pouvant être définie, par exemple, comme étant le service des intérêts personnels du titulaire, pour le profit final de la collectivité (27).

Sans engager la discussion sur le terrain où Josserand la provoque, celui de la finalité du droit objectif et des droits subjectifs, il faut, avec M. Dabin, constater que :

— assimiler l'abus de droit au détournement du droit de sa fin, revient à nier toute la théorie de l'abus. Si tout droit subjectif est

(27) Josserand L., *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de « l'abus des droits »*, 2^e éd., Paris 1939, spécialement le n° 291 ; comp. Campion, *La théorie de l'abus des droits*, pp. 300 et suiv. ; De Page, *op. cit.*, t. I^{er}, n° 113 ; Civ. Charleroi 7 février 1956, *Pas.*, 1956, III, 103.

assujetti à une fin, et n'est sanctionné qu'à ce titre par le droit objectif, le contrôle de l'existence du droit absorbe tout autre contrôle et rend inutile le détour juridique que constitue la théorie de l'abus de droit.

— Réserve faite des droits que le législateur a soustrait à tout contrôle, il n'est plus un seul droit subjectif qui puisse être entendu comme prérogative souveraine de la liberté individuelle, conception à laquelle on ne saurait renoncer sans éprouver de graves inquiétudes (28).

Dans son ouvrage sur la responsabilité publique et la responsabilité privée M. René Chapus, a, de son côté, tenté de démontrer que la notion d'abus de droit était absorbée dans celle de détournement de pouvoir (29).

La différence, pour lui, ne serait que *quantitative*, en ce sens que le titulaire du droit pourrait assigner à son acte le but de son choix, sauf un seul : nuire à autrui, tandis que le titulaire d'un pouvoir ne pourrait assigner qu'un seul but à son acte : celui qui est imposé par la loi.

Selon les circonstances, d'ailleurs, les choses pourraient évoluer, en ce sens que la finalité de certains droits pourrait se trouver impérativement précisée (30) ; mais pour parfaire sa théorie, M. Chapus exclut de la notion d'abus de droit, l'acte de celui qui, sans intention méchante caractérisée, lèse gravement les intérêts d'autrui par légèreté, par insouciance, par une méconnaissance du devoir de tout homme de ne pas léser son prochain sans profit pour personne (cas, notamment, de l'abus dans l'exercice des procédures).

Sans rencontrer tous les aspects de la théorie, au demeurant séduisante, de M. Chapus, il est dès lors permis d'observer qu'elle ne prétend pas expliquer, par l'idée de détournement, l'ensemble des condamnations prononcées par la jurisprudence civile au titre de l'abus de droit. Elle implique, de surcroît, sur la finalité des droits subjectifs, une prise de position, semblable à celle de Josserand, qui ne saurait recueillir l'adhésion générale.

* * *

(28) Voy. la critique de la théorie de Josserand dans Dabin J., *Le droit subjectif*, pp. 289 et suiv.

(29) Chapus R., *Responsabilité publique et responsabilité privée (les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire)*, Paris, 1957, n^{os} 381 et suiv.

(30) *Op. cit.*, n^o 383; comp. De Bersaques, note précitée, spécialement pp. 368 et 375.

Sans doute peut-on reconnaître aux notions d'abus de droit et de détournement de pouvoir certains traits communs. On va voir que ceux-ci leur restent extérieurs (31).

1°) Les notions permettent l'une et l'autre au juge d'enlever à l'auteur de l'acte le masque dont il s'est affublé; de détruire les effets de l'apparence dont il se prévaut.

Mais, dans un cas, l'apparence est purement *juridique*: l'auteur de l'abus de droit ne cache pas ses intentions, mais il se targue d'avoir le droit de les réaliser. Dans l'espèce sur laquelle il a statué par son jugement du 25 avril 1957, le Tribunal civil d'Anvers (32) prenait soin de relever la déclaration adressée en plaidoirie par l'auteur de l'acte à son adversaire: « nous vous avons tendu un piège, et vous vous y êtes laissé prendre ».

Dans le cas de détournement de pouvoir, au moins dans son acception restreinte, il y a un mensonge à découvrir: l'acte se présente comme répondant à la fin qui lui est assignée; les moyens ordinaires de contrôle de l'excès de pouvoir sont demeurés inefficaces; c'est en poussant ses recherches jusque dans la pensée de l'auteur de l'acte que le juge découvre le vice dont celui-ci est entaché.

2°) Les deux notions jouent un rôle semblable; elles impliquent la constatation d'un vice: celui-ci apparu, l'acte pourra être déclaré nul et, si son exécution a causé préjudice, ce dommage pourra être réparé.

3°) Il s'agit du contrôle d'un droit, ou d'un pouvoir, qui ont l'un et l'autre un caractère *discrétionnaire*. C'est l'évidence pour le droit (33); c'est vrai, également du pouvoir, car si la compétence était liée, les mobiles de l'auteur de l'acte resteraient sans effet sur le contenu de celui-ci.

4°) Enfin, les formes les plus caractérisées du détournement de pouvoir, les plus graves aussi, impliquent, tout comme l'abus de droit, que l'agent a commis une *faute morale*. C'est l'existence de cette faute morale qui justifie l'application d'une procédure particulière par le Conseil d'Etat, selon l'article 48 de la loi du

(31) Comp. Debaedts, *op. cit.*, n°s 64 et 65.

(32) *J. T.*, 1957, p. 423.

(33) Seuls les droits égoïstes, à l'exclusion des *droits-fonction*, sont susceptibles d'abus (Dabin, *op. cit.*, p. 268). Le mot *discrétionnaire* est pris ici avec le sens qu'il a reçu en droit public, et non au sens de « droit soustrait à tout contrôle », suivant l'expression adoptée par M. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *Rev. trim. de droit civil*, 1944, pp. 1 et suiv.

23 décembre 1946 (34). Hauriou a défendu l'idée que la notion de détournement de pouvoir garantit, au delà de la stricte légalité, la « moralité administrative » (35). Il nous paraît plus exact de dire que la faute morale est ici l'aspect subjectif de l'infraction à la loi. Ce n'est point en tout cas parce qu'il y a faute morale que la sanction de la nullité sera appliquée et l'on retrouve ici, dès lors, une différence notable avec la théorie de l'abus de droit.

* * *

V. — Champ d'application.

S'il faut constater que « abus de droit » et « détournement de pouvoir » sont des notions hétérogènes, il ne s'ensuit pas que leur application soit cantonnée dans les secteurs respectifs du droit privé et du droit public, ou, plus précisément, dans le secteur des relations interindividuelles, d'une part, dans celui des relations des personnes publiques entre elles ou avec des particuliers, d'autre part.

Si, dans ce dernier, il existe des *droits* analogues à ceux dont la jurisprudence contrôle l'exercice dans les relations privées, l'abus doit en être prohibé ; et s'il existe des *pouvoirs*, dans le droit privé, le détournement doit en être pareillement sanctionné.

1. *L'abus de droit en droit public.*

Il n'y a, en principe, aucune raison de ne pas appliquer la théorie de l'abus de droit aux situations dans lesquelles une personne publique se trouve impliquée, pour autant que soient réunies les conditions que requiert cette application en droit privé.

Tous les abus dans l'exercice des actions en justice et des procédures d'exécution doivent être réprimés, même s'il s'agit de procédures mues à la requête d'une administration.

(34) On objectera sans doute que les tribunaux constatent le détournement de pouvoir sans recourir à des formes particulières. Toutefois, la condamnation qu'ils prononcent, en exécution de l'article 107 de la Constitution, n'a pas elle-même, dans sa forme, la netteté que le Conseil d'Etat est amené à donner à ses décisions au contentieux de l'annulation. Il leur est permis de ne la prononcer qu'en termes implicites, de ne la formuler que dans les motifs et non dans le dispositif de leurs jugements.

(35) Hauriou M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^e édition, 1927, p. 420; Cons. Vidal, *op. cit.*, p. 275.

Un particulier pourra être reconnu coupable d'un abus dans l'exercice de ses droits à l'égard d'une administration publique. Tel était le cas dans l'espèce citée plus haut, sur laquelle le Président du Tribunal de Courtrai a statué (36).

Il a été jugé, à l'inverse, que commet une imprudence, c'est-à-dire une faute relevant de l'abus de droit, la commission d'assistance publique qui, treize mois après avoir autorisé un locataire à faire à ses frais des travaux dans l'immeuble loué, et un an après lui avoir consenti un bail, lui donne congé en vue d'affecter l'immeuble à une fin d'utilité publique (37). Suivant le tribunal, un établissement public est en effet tenu, comme tout autre sujet de droit, à un minimum de prudence dans la conclusion de conventions, de manière que, ses cocontractants ne puissent pas commettre de confusion pénible et irréparable dans l'application des droits qui leur sont accordés.

2. *Le détournement de pouvoir en droit privé.*

Qu'il existe des « pouvoirs » ou « droits-fonction », dans la sphère des relations juridiques de la vie privée n'est pas niable.

Les pouvoirs des père et mère, du tuteur, du curateur, des organes des personnes morales leur sont conférés dans l'intérêt d'autrui, à des fins bien déterminées.

La matière du contrôle de la puissance paternelle, en particulier, peut donner lieu à application de la notion de détournement de pouvoir (38).

Le droit des sociétés y fait, lui aussi, une place qui doit être mentionnée.

Rappelons tout d'abord l'article 60 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, qui interdit à l'administrateur ayant un intérêt opposé à celui de la société, dans une opération soumise à la délibération du conseil d'administration, de prendre part à cette délibération, disposition que l'on ne peut manquer de rapprocher de l'article 420 du Code civil qui prend à l'égard du tuteur

(36) *Supra*, note 11.

(37) Civ. Anvers, 10 novembre 1948, *R. G. A. R.*, 1949, 4395; comp. sur l'abus de droit en droit public (décision administrative *excessive*) Bonnard R., note sous C. E., 22 novembre 1929. Sirey, 1930, III, 17 et les auteurs cités par Chapus, *op. cit.*, n° 385; Waline, *op. cit.*, n° 1265; cette théorie est critiquée par Dabin, *op. cit.*, pp. 258 note 4 et 269, note 3.

(38) Dabin J., Le contrôle de la puissance paternelle, *J. T.*, 1947, p. 36, n° 22; *Le droit subjectif*, p. 252; cons. Bruxelles 5 novembre 1956. *Pas.*, 1958, II, 63; Liège, 22 février 1951. *Pas.*, 1951, II, 95; De Page, t. I^{er}, n° 713.

une précaution analogue : mesures préventives du détournement de pouvoir.

Dans un jugement du 13 novembre 1952, le Tribunal de Commerce de Bruxelles affirme que le droit de vote de chacun, de même que le pouvoir d'administration attribué à certains actionnaires, ne peut être exercé qu'en vue de l'intérêt commun ; qui-conque use d'un de ces pouvoirs dans un but *d'intérêt privé* commet un *abus de pouvoir* (39).

La qualification exacte de la faute commise par l'auteur de l'acte peut, au reste, s'avérer difficile dans certains cas d'espèce.

Le plus remarquable à cet égard est sans doute celui sur lequel le Tribunal de Commerce de Bruxelles s'est prononcé le 23 mai 1949, et dans lequel il a dû successivement rencontrer des moyens fondés sur l'abus de droit, le détournement de pouvoir, la fraude et la mauvaise foi (40).

Les circonstances étaient les suivantes : l'Etat s'était rendu acquéreur de 243/128^{es} des parts sociales de la société exploitant le Résidence Palace et avait ultérieurement, à ce titre, participé à la délibération de l'assemblée générale qui avait décidé la vente de l'immeuble à l'Etat ; la demande, introduite par un actionnaire minoritaire, tendait à faire constater la nullité de cette délibération.

Les moyens déduits du détournement de pouvoir, de l'abus de droit, de la fraude et de la mauvaise foi ont été tenus pour recevables mais non fondés. Seule l'inégalité de traitement des associés a été retenue, sous réserve d'en vérifier la réalité par une expertise. Plus intéressante est l'observation formulée par le tribunal sur la qualité en laquelle l'Etat avait agi en l'espèce. « La contestation, dit le jugement, est mue uniquement sur le terrain des règles applicables aux sociétés anonymes de commerce et aux associés de ces sortes de sociétés ; encore que l'Etat ne saurait être un associé comme un autre, et notamment agir dans un intérêt personnel, au sens où celui-ci s'entend rigoureusement, le fait que l'Etat s'est comporté comme associé, et la nécessité d'appliquer à ce fait les dispositions légales qui le régissent, doivent faire admettre une assimilation entre l'intérêt personnel proprement dit et l'intérêt de l'Etat, par opposition à celui de la société, ainsi que l'a fait le demandeur. »

* * *

(39) *R. P. S.*, 1953, 110; voy. aussi Coppens P., *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, 1947, n° 116; Van Rijn J., *Principes de droit commercial*, t. I^{er}, n° 713.

(40) *Comm. Bruxelles* 23 mai 1949, *R. P. S.*, 1952, p. 190.

La décision que nous venons de citer est bien le reflet de la complexité des situations qui résultent de la tendance de plus en plus accentuée des pouvoirs publics à recourir aux formes du droit privé, pour la réalisation de leur mission.

A la limite, les oppositions les plus nettes s'estompent ; l'exercice d'un pouvoir peut recouvrir l'usage d'un droit ; le détournement de pouvoir, pour un agent public, peut résulter de la recherche exclusive par lui de l'intérêt public, là où l'Etat a accepté de se soumettre à un intérêt de groupe, fût-il d'ordre économique.

L'abus de droit et le détournement de pouvoir, dont nous avons relevé les différences, paraissent pouvoir être concurremment recherchés dans une opération juridique déterminée. Dans son ouvrage sur l'abus de majorité dans les sociétés anonymes M. Coppens n'écrit-il pas : « Puisque le droit de vote est donc à la fois un « droit » et un « pouvoir », nous en déduisons que l'application simultanée à notre matière des idées de l'abus des droits et du détournement de pouvoir ne nous paraît pas être un contresens juridique, malgré les différences qui séparent ces deux notions » ? (41).

Sans doute le titulaire d'un « droit-fonction », dès lors qu'il agit avec une intention méchante, commet-il un détournement de pouvoir, une illégalité, qui ne laisse plus de place à l'application de la notion d'abus de droit. Mais s'il s'avère que, sans intention méchante, il a, par une impardonnable insouciance, négligé, en poursuivant les fins de sa fonction, de tenir compte de graves dommages qu'il causait inutilement à autrui, pour qu'elle autre raison que la faute morale qu'il a ainsi commise pourra-t-on le condamner ?

Telle paraît être la signification de la décision du Tribunal civil d'Anvers que nous avons citée plus haut (42). S'il est vrai que tout mauvais usage de la fonction implique illégalité encore, à défaut d'indication dans la loi positive, est-il nécessaire de passer par la notion de l'abus de droit pour qualifier de « mauvais » un usage qui reste malgré tout dans le sens de la fonction.

Ainsi, ce qui constitue le terme de notre étude pourrait-il aussi bien servir de point de départ à de nouvelles réflexions sur les notions de droit privé et de droit public dont il vient d'être question, et qui touchent, — faut-il le relever ? — aux fondements mêmes de notre ordre juridique.

(41) Coppens, *op. cit.*, p. 83.

(42) *Supra* note 37.