

elle de mieux identifier les entités couvertes par une certaine nuance ? Ou ne ferait-elle que déplacer les débats ? Est-ce par ailleurs possible d'expliquer toutes les nuances par le biais de principes externes à la responsabilité même ? L'exercice serait intéressant à mener.

Et voilà en tout cas la discussion lancée ! Donnons-nous rendez-vous dans 100 ans.

Françoise AUVRAY
Assistante doctorante à la KU Leuven

fonde généralement sur le double critère soit de l'erreur de conduite que n'aurait pas commise une autorité/un

législateur/un magistrat normalement prudent et diligent, placée dans les mêmes circonstances soit de la viola-

tion d'une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne,

imposant à l'autorité/au législateur/au magistrat de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée ? ».

En guise de conclusions : *La Flandria*, un arrêt centenaire mais toujours vert...

1 En remontant le temps...

Rompre avec le mythe

Comme nous y invite Jérôme de Brouwer¹, il faut bien se rendre à la vérité historique : l'entreprise *La Flandria* n'était pas une petite société horticole dirigée par un modeste citoyen, mais bien une société cotée en bourse spécialisée dans l'exportation des plantes d'ornementation, fatiguée après avoir fait face au désastre de la première guerre mondiale, de subir encore les dégâts causés à l'une de ses serres par un arbre mal entretenu situé sur le domaine de la ville de Bruges. Ce n'était donc pas le pot de terre contre le pot de fer. L'atmosphère n'était pas non plus celle du procès de Franz Kafka : il ne s'agissait pas de rendre justice à un pauvre citoyen perdu dans les couloirs d'une bureaucratie inhumaine et glaciale. L'historien invite à rompre avec notre imaginaire collectif. Il n'en demeure pas moins que cet arrêt rendu le 20 novembre 1920 par la Cour de cassation sur la base de faits somme toute assez anodins fera date dans l'histoire judiciaire belge.

Françoise Muller, historienne elle aussi, montre clairement que l'arrêt *La Flandria* n'est pas vraiment ce qu'on pourrait appeler un arrêt de rupture puisque des arrêts antérieurs en avaient déjà annoncé la couleur en rejetant l'idée d'une dualité de la personne de l'État². Il n'en reste pas moins qu'en affirmant que seule la nature du droit lésé doit être prise en compte pour justifier la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire et non la nature de l'acte dommageable ni la qualité des parties, l'arrêt *La Flandria* place tous les droits civils des citoyens sous la protection des tribunaux de l'ordre judiciaire.

S'il ne s'agit pas d'un arrêt de rupture, il s'agit au moins d'un arrêt de combat. La lecture des conclusions du procureur général Paul Leclercq, alors avocat général, laisse apparaître une ferme volonté de mettre fin à l'influence néfaste d'une doctrine belge trop influencée par la conception française de la séparation des pouvoirs. Dans ces fa-

meuses conclusions rédigées en forme de Philippique³, le haut magistrat entend affirmer, au sortir de la première guerre mondiale, la souveraineté de la Belgique et la spécificité de sa Constitution par rapport à celle de son voisin. L'arrêt lui-même énonce clairement dans l'un de ses attendus que si la Constitution française est marquée par une méfiance du pouvoir exécutif à l'égard du pouvoir judiciaire, la Constitution belge est inspirée plutôt « d'un sentiment de méfiance à l'égard des pratiques administratives des régimes antérieurs et elle vise à mettre les droits privés à l'abri des atteintes de l'administration et sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire ». L'article 92 (ancien) de la Constitution belge prévoit en effet de manière claire et non ambiguë que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire.

Le revirement de jurisprudence n'est pas brutal... Les premiers commentateurs de l'arrêt ne l'ont d'ailleurs pas ressenti comme tel puisque les prémices se trouvaient déjà inscrites dans l'arrêt du 5 mars 1917 affirmant l'unicité de la personne de l'État. Mais la mise au point est ferme et porteuse d'enjeux. Guidé par les magistrales conclusions du procureur général Paul Leclercq, dont on apprend que la nomination avait été recommandée par le Roi lui-même⁴, l'arrêt *La Flandria* tranche dans le même élan une controverse doctrinale opposant plusieurs juristes de renom, soucieux d'améliorer la protection juridictionnelle des citoyens face à l'administration. Après s'être rallié à la thèse de René Marcq qui suggérait de consacrer une responsabilité objective de l'État fondée sur le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques, le brillant magistrat finira par rejoindre celle de Louis Wodon qui appelait à fonder la responsabilité des pouvoirs publics sur les règles de droit commun de la responsabilité civile en vue d'assurer une égalité de traitement entre gouvernants et gouvernés. « Les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi »⁵.

La solution retenue par l'arrêt *La Flandria* ne fit pas pour autant immédiatement l'unanimité ni en jurisprudence ni en doctrine. En doctrine, Henri De Page, célèbre civiliste, estimait que les pouvoirs publics ne

(1) J. DE BROUWER, « Une petite entreprise horticole » : *La Flandria*, cette revue, p. 730.

(2) F. MULLER, « *Flandria* : aux racines du mythe », cette revue, p. 731.

(3) L'image est empruntée à P. MARTENS, « La responsabilité de l'État pour les fautes du pouvoir judiciaire », p. 740.

(4) F. MULLER, *op. cit.*, p. 731.

(5) Le parti étant pris, il ne pouvait plus être question de confier le contentieux de l'indemnité à une juridiction administrative ni de créer un tribunal habilité à connaître des conflits d'attribution. Il restait néanmoins à déterminer la juridiction qui serait appelée à statuer au conten-

tieux de l'annulation des actes administratifs. S'écarter cette fois des propositions faites en commission par le procureur général et Louis Wodon qui souhaitaient attribuer ce contentieux à la Cour de cassation, les autorités politiques ont finalement préféré le confier au Conseil d'État, haute juridiction administrative, donnant ain-

si au paysage juridictionnel de la Belgique une forme quasi définitive. Le risque d'une concentration trop importante des pouvoirs entre les mains de la seule Cour de cassation était ainsi évité. Voy. F. MULLER, *op. cit.*, p. 732.



pouvaient être soumis sans aucune nuance aux règles de droit commun de la responsabilité civile⁶. Au cours des années qui ont suivi l'adoption de l'arrêt, la Cour de cassation fut tentée, en s'appuyant sur certains passages des conclusions du procureur général Leclercq, d'en restreindre la portée. Une subtile distinction fut ainsi opérée entre les actes de décision de l'autorité publique qui continueraient à échapper au contrôle des cours et tribunaux et les actes d'exécution qui y seraient, par contre, soumis. Cette distinction qui ne trouvait pas de soutien dans l'arrêt fut finalement abandonnée dans un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1963, dont la formule est sans appel : « Attendu que les pouvoirs que la loi attribue à l'administration dans l'intérêt général, ne soustraient pas celle-ci au devoir de prudence qui s'impose à tous »^{7, 8}.

Un arrêt fondateur...

Peu d'arrêts ont exercé une influence aussi durable sur l'évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité civile. Alors qu'il statue sur la responsabilité d'une administration communale, l'arrêt *La Flandria* contient déjà en germes, le principe de la responsabilité du juge et du législateur, ou plus précisément, de la responsabilité des pouvoirs publics dans l'exercice de la fonction de juger et de légiférer⁹. Bien entendu il fallut d'abord surmonter plusieurs objections liées à la séparation des pouvoirs ou au caractère spécifique de la mission de juger ou de légiférer, mais la voie était déjà toute tracée. Soumettre les pouvoirs publics aux règles de droit commun de la responsabilité civile n'était pourtant pas sans risque vu le caractère très vague des conditions de la responsabilité fondée sur les articles 1382 et 1383.

À certains égards, le costume confectionné sur la base des principes du droit commun gêne aux entournures mais il faut reconnaître globalement que les tribunaux ont pu mettre à profit l'étonnante plasticité de la faute pour procéder aux adaptations nécessaires soit dans le sens d'une légère aggravation soit dans le sens d'une atténuation de la responsabilité des pouvoirs publics. Finalement, l'application du régime général issu du Code civil qui n'avait nullement été pensé pour les pouvoirs publics a abouti, étape par étape, à la construction d'un régime juridique globalement cohérent mais qui n'échappe pas à la caustique.

À quelles conditions, une erreur de droit commise par l'administration, par un juge ou par le législateur lui-même peut-elle être considérée comme une faute ? L'application des règles du droit commun implique que la faute des pouvoirs publics pourra trouver sa source soit dans la violation d'une règle de comportement déterminée dont le respect s'imposait aux pouvoirs publics soit, en l'absence d'une telle règle, dans la violation d'une règle de conduite indéterminée. Dans le premier cas, la faute se déduit de la contravention à la loi, dans le second elle sera appréciée à l'aune de l'administration normalement prudente et diligente. Il est clair que l'utilisation du premier critère conduit à une responsabilité plus automatique alors que le second permet une appréciation plus souple de la faute. La jurisprudence de la Cour suprême va se construire sur cette distinction cardinale qui n'est claire qu'en apparence. Dans quels cas faut-il considérer que l'administration, le juge ou le législateur se devait de respecter une règle de conduite imposant le respect d'un comportement déterminé ? Suffit-il de s'en tenir à l'énoncé de la règle elle-même ou faut-il replacer cette règle dans son contexte interprétatif ?

La Cour de cassation va habilement jouer avec ces différents critères d'appréciation de la faute afin d'inventer le régime de responsabilité des pouvoirs publics. Des nuances s'imposaient certainement au regard de la nature même des missions confiées : l'administration ne peut agir que dans les limites de ce que la loi l'autorise à faire, le juge est chargé d'interpréter la loi et de l'appliquer dans un cas déterminé, le législateur fait la loi dans le respect des normes qui lui sont supérieures. Chaque pouvoir se situe « à un degré de majesté différent »¹⁰. L'on conçoit dès lors que les conditions de la responsabilité puissent connaître quelques variantes.

2 *La Flandria, Anca, Ferrara...* pour la rime

La responsabilité dans la fonction exécutive plus sévèrement appréciée...

Comment traduire la distinction entre les deux sources de la faute dans le domaine de la responsabilité de l'administration ? À lire l'arrêt du 13 mai 1982 et les remarquables conclusions du procureur général Velu alors avocat général, il existerait dans le domaine de la responsabilité de l'administration un principe d'identité absolue entre faute et illégalité tout au moins lorsque la loi ou la Constitution lui impose d'agir de manière déterminée : « Sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des dispositions constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité si cette faute est cause d'un dommage »¹¹.

L'illégalité se déduisait, en l'espèce, de la violation du principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant l'impôt par plusieurs communes ayant adopté des règlements-taxes. Tous ces règlements avaient été d'abord annulés par le Conseil d'État et, dans la foulée, les exploitants entendaient obtenir au civil le remboursement des intérêts sur les montants indûment payés. Mais peut-on véritablement déduire d'une disposition constitutionnelle aussi générale un commandement précis en sorte que la violation d'un tel commandement équivaudrait à une faute ? Oui, diront certains car la disposition en question comporte une interdiction claire et précise, celle de respecter le principe d'égalité. D'autres diront que la norme en question se contente de fixer un objectif mais que les moyens pour l'atteindre donnent lieu à appréciation. Dans la ligne des conclusions de son avocat général, la Cour opte pour la solution la plus rigoureuse, celle de l'identité absolue entre faute et illégalité, sous la réserve il est vrai de l'erreur invincible. L'étape consistant dans l'examen analytique de la norme violée est rapidement évacuée par la considération du procureur général Velu selon laquelle « le contenu des obligations constitutionnelles et légales est le plus souvent suffisamment déterminé que pour qu'on puisse les considérer comme des obligations de résultat »¹².

On trouvera dans cette affirmation, le ferment d'une aggravation voire d'une objectivation de la faute de l'administration. Le simple constat de l'illégalité suffit en effet à considérer que l'administration est en faute. Plus que dans une application classique des deux sources de la faute, cette solution paraît trouver sa justification ultime dans le principe de l'autorité de chose jugée *erga omnes* qui s'attache aux arrêts d'annulations rendus par le Conseil d'État. Cette autorité ne permet plus aux tribunaux de l'ordre judiciaire, saisis ensuite de l'action civile, de contester la faute, sous la seule réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération. Si la nature a horreur du vide, l'ordre juridique a en effet horreur de la contradiction.

Dans le domaine du contentieux de l'excès de pouvoir, il ne nous semble pas que la Cour de cassation ait jamais remis en cause cette jurisprudence¹³. Il importe d'ailleurs peu que l'acte administratif entaché d'illégalité résulte de l'exercice d'une compétence liée ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Dans ce dernier cas, en effet, le Conseil d'État appréciera l'illégalité commise à l'aune des principes de bonne administration comme le ferait d'ailleurs le juge civil. Pour quoi recommencer un travail qui a déjà été effectué ?

Certes, l'arrêt *O.N.S.S.* rendu le 25 octobre 2004 vient jeter le trouble dans le débat¹⁴. Cet arrêt est souvent cité à l'appui de la thèse de l'unité relative, puisqu'il affirme que dans l'opération de qualification d'un contrat, préalable à une décision d'assujettissement ou de non-assujettissement à la sécurité sociale, il n'existe aucune norme imposant à l'administration d'agir de manière déterminée et qu'il y a donc lieu ici d'apprécier la faute selon le critère de l'administration normalement prudente et diligente. Pourtant, la décision de l'administration avait bien été contredite par la juridiction du travail saisie par l'assuré social.

(6) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., t. II, *Les incapables - les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1940, p. 1040.

(7) Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, 744.

(8) Voy. N. B. BERNARD et N. VANDER

PUTTEN, « La responsabilité civile de l'État pour faute du pouvoir exécutif – Anno 2020 », cette revue, p. 735.

(9) Dans l'analyse de la responsabilité des pouvoirs publics, on préférera, comme le suggère Françoise Auvray, une approche fonctionnelle plutôt

qu'une approche organique : F. AUVRAY, « La responsabilité des pouvoirs publics. What's in a name ? », cette revue, p. 770.

(10) La formule est empruntée à P. MARTENS, *op. cit.*, p. 740.

(11) Cass., 12 mai 1982, *J.T.*, 1982,

p. 772.

(12) *J.T.*, 1982, p. 782, n° 21.

(13) Cass., 1^{re} ch., 25 avril 2008, *R.W.*, 2011-2012, p. 243.

(14) *NjW*, 2014, p. 1317.



Mais la Cour affirme que « de la seule circonstance que la cour du travail ne s'est pas ralliée sur ce point à l'analyse de l'O.N.S.S. n'implique pas que celui-ci a commis une faute ».

Quelle différence alors avec l'arrêt de 1982 ? D'abord, l'option apparemment simple entre l'assujettissement et le non-assujettissement dépendait d'une interprétation préalable de la relation contractuelle, opération pour laquelle l'administration n'était soumise à aucune règle lui imposant un comportement déterminé nous dit la Cour. On ajoutera que dans cette espèce l'illégalité de la décision de l'O.N.S.S. ne résultait pas d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État rendu au contentieux de la légalité objective mais d'une décision d'un tribunal de l'ordre judiciaire dont les arrêts ne sont pas pourvus d'une telle autorité¹⁵. Dans la même veine, l'arrêt du 10 avril 2014 invite aussi le juge civil à apprécier « si l'inobservation d'un délai imposé par le législateur sans toutefois qu'y soit attachée une sanction constituée en soi un acte illicite en raison de la nature et du but du délai, en tenant compte des termes dans lesquels l'obligation est imposée, de son étendue et de son objectif »¹⁶.

Remarquons que lorsqu'il est affirmé, le principe d'identité (absolue) entre faute et illégalité est toujours énoncé sous la réserve de l'erreur invincible ou une autre cause d'exonération. La responsabilité automatique en cas d'illégalité s'en trouve ainsi atténuée. Ceci se justifie sans doute car une décision statuant sur la légalité d'un acte administratif n'équivaut pas tout à fait à un jugement sur la responsabilité. En droit de la responsabilité en effet, il faut apprécier la faute au moment où l'acte administratif a été adopté compte tenu du contexte juridique existant à ce moment-là. L'administration ne saurait être rendue responsable si l'illégalité constatée résulte d'un revirement inattendu de la jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour constitutionnelle que celle-ci ne pouvait évidemment anticiper au moment où l'acte a été pris.

La plus ou moins grande sévérité du régime de responsabilité de l'administration en cas d'illégalité dépendra donc finalement de la rigueur attendue de cette preuve contraire. Il apparaît que la Cour de cassation, dans ses derniers arrêts, a opté pour une interprétation un peu plus souple de l'erreur de droit invincible. Concrètement, l'administration pourra s'exonérer en démontrant qu'au vu du contexte juridique existant au moment de sa prise de décision, celle-ci pouvait légitimement hésiter entre plusieurs interprétations du texte légal qu'elle se devait d'appliquer¹⁷. Si le choix qui a été effectué aurait pu être fait par une administration prudente et raisonnable, l'administration ne commet pas de faute même si l'interprétation retenue n'est pas la bonne. La preuve contraire contribue ainsi à alléger quelque peu le régime de responsabilité qui pèse sur l'administration.

Faut-il voir dans cette possibilité d'exonération une dérogation aux règles de droit commun de la responsabilité ? Pas nécessairement, si l'on veut bien considérer que l'illégalité de l'acte administratif s'identifie à l'élément matériel de la faute mais n'empêche nullement le défendeur d'invoquer une cause de justification. C'est la voie qui est empruntée par l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile¹⁸.

La responsabilité dans l'exercice de la fonction de juger... une responsabilité atténuée

Il faudra attendre plus de septante ans pour que l'arrêt *Anca I* consacre pour la première fois l'admissibilité de l'action contre l'État pour faute du magistrat¹⁹. Éclairé par les conclusions du procureur général Velu, cet arrêt, qui porte clairement l'empreinte de l'arrêt *La Flandria*, fournit une réponse à toutes les objections formulées jusqu'alors pour empêcher une telle action : séparation des pouvoirs, indépendance du pouvoir judiciaire et des membres qui le composent.

Afin d'éviter que l'action en responsabilité ne soit systématiquement utilisée par le justiciable déçu pour remettre en cause « par la bande » une décision revêtue de l'autorité de chose jugée, la Cour de cassation prend soin de préciser d'entrée de jeu que la demande en réparation ne peut être reçue que si l'acte juridictionnel litigieux a été préalablement retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison d'une violation d'une norme juridique établie et n'est dès lors plus revêtue de l'autorité de chose jugée. L'on évite ainsi que l'action en responsabilité ne vienne menacer la cohérence du système judiciaire et porter atteinte à la légalité des voies de recours. Pour que le justiciable puisse intenter l'action en responsabilité, il faudra donc préalablement qu'il ait obtenu gain de cause et que la décision critiquée ait quitté l'ordonnancement juridique. Sous l'impulsion de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle, quelques exceptions seront certes admises à cette condition notamment quand la décision critiquée a été rendue en dernier ressort²⁰. Dans un tel cas, il paraît justifié que le justiciable déjà privé d'une voie de recours ne soit pas, en outre, privé de l'action en responsabilité. Mais pourquoi fallait-il ajouter en s'inspirant de la jurisprudence européenne, que la responsabilité d'une juridiction statuant en dernier ressort ne peut être retenue que pour une faute caractérisée, dérogeant ainsi aux conditions d'application classiques de la responsabilité pour faute ?

Reste à déterminer les critères d'appréciation de la faute lorsqu'elle est commise par un magistrat. Bien sûr, ceux-ci devront aussi être puisés dans le droit commun mais il faut encore déterminer quelle est dans ce contexte la portée du principe d'identité entre faute et illégalité. Même si une partie de la doctrine a soutenu le contraire, la Cour dira assez vite dans son arrêt *Anca II* que le seul fait que la décision du juge ait été réformée, rétractée, annulée ou retirée ne suffit pas à considérer que le magistrat a commis une faute engageant la responsabilité de l'État²¹. La solution contraire aurait bridé la liberté d'appréciation du juge saisi en instaurant subrepticement la règle du précédent dans l'ordre juridique belge.

Quand l'erreur de droit commise par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions pourra-t-elle alors être considérée comme fautive ? Sur quoi va déboucher ici la distinction entre les deux sources de la faute que la Cour rappelle d'ailleurs dans la plupart de ses arrêts ?

Dans son arrêt de 1998, la Cour résout une partie du problème en affirmant que « Si certaines normes de droit imposent à celui qui prend une décision juridictionnelle de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, tel n'est pas le cas de la norme de droit qu'il a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce ; que partant, l'erreur dans l'interprétation ou l'application d'une telle norme n'est fautive que si elle consiste en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'organe de l'État normalement soigneux et prudent placé dans les mêmes conditions »²². On pressent que les normes « tranchantes » de la première catégorie qui imposeraient au juge un comportement déterminé sont ainsi réduites à la portion congrue au point qu'il est permis de se demander, avec Paul Martens, si la distinction entre les deux types de fautes conserve encore sa pertinence²³. Pourtant, dans l'affaire *Anca*, c'était bien la violation du principe du contradictoire et du droit à un procès équitable qui était en jeu, règles dont on aurait pu penser, en s'appuyant sur l'enseignement de l'arrêt du 12 mai 1982, qu'elles étaient suffisamment précises et inconditionnelles. Dans son arrêt *Anca II*, la Cour ne censurera pas le juge du fond qui avait estimé que le juge n'avait pas commis de faute au motif qu'à l'époque où la faillite a été déclarée, une controverse existait, tant en jurisprudence qu'en doctrine, au sujet des normes applicables à la procédure de déclaration de faillite d'office.

D'autres aspects spécifiques du contentieux de la responsabilité de l'État pour faute du magistrat posent aussi question. La faute commise

(15) L'arrêt du 9 février 2017 (RG n° C.13.0528.F), ne nous semble pas remettre en cause le principe d'unité entre faute et illégalité. Il se contente en effet d'affirmer que pour pouvoir invoquer la faute de la violation d'une norme d'un traité international, la norme de droit international prétendument violée doit avoir effet direct dans l'ordre juridique interne. On y verra plutôt une application dé-

guisée de la théorie de la relativité aquilienne selon laquelle seules les personnes protégées par la norme peuvent se prévaloir de sa méconnaissance, théorie pourtant écartée en droit commun de la responsabilité civile.

(16) Cass., 10 avril 2014, RG n° C.11.0796.N.

(17) Voy. D. RENDERS, « De l'erreur invincible à l'erreur inaccessible, en

passant par l'erreur invisible », obs. sous Cass., 8 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 571 ; comp. Cass., 6 octobre 2014, RG n° S.11.0048.F.

(18) B. DUBUISSON, H. BOCKEN, G. JOCQUÉ, G. SCHAMPS, T. VANSWEEVELT, J. DELVOIE et B. ZAMMITO, *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle - La réforme du Code civil, la Charte, 2019*, article 5.148, § 1^{er}, et

article 5.150.

(19) Cass., 1^{re} ch., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, 316.

(20) C. const., 30 juin 2014, n° 99/2014.

(21) Cass., 1^{re} ch., 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, p. 1063.

(22) Cass., 1^{re} ch., 26 juin 1998, *J.T.*, 1998, p. 677.

(23) P. MARTENS, *op. cit.*, p. 744.



par le magistrat sera, par la force des choses, appréciée par ses pairs et elle sera débattue au cours d'un procès auquel celui-ci ne sera pas physiquement présent. Certes, des précautions sont prises pour éviter qu'un magistrat ayant siégé lors de la première procédure ne soit aussi présent dans la seconde, mais cela suffira-t-il à apaiser le soupçon de partialité ou d'indulgence^{23bis} ?

La responsabilité dans l'exercice de la fonction de légiférer... une responsabilité qui se cherche

L'imbrication des ordres juridiques régionaux, nationaux et internationaux et la multiplication des normes de qualité variable adoptées en strates successives a permis d'envisager la responsabilité de l'État législateur sous un jour nouveau. Pourquoi le législateur ne pourrait-il pas, lui aussi, engager sa responsabilité sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil si la loi qu'il a adoptée méconnaît une norme constitutionnelle ou internationale issue d'un Traité ou s'il s'abstient de légiférer ?

Le 1^{er} juin 2006 et le 28 septembre 2006, dans ses arrêts *Église universelle du Royaume de Dieu*²⁴ et *Ferrara*²⁵, la Cour de cassation, a donc mis fin au dogme de l'infailibilité du législateur achevant ainsi le péripète entamé en 1920. Les attendus de l'arrêt *La Flandria* résonnent encore en 2006. Pas plus que l'administration ou le juge, le législateur n'est à l'abri d'une action en responsabilité. Ce dernier peut, lui aussi se tromper et commettre une faute qui, si elle est source d'un dommage, justifiera une réparation. À première vue, le principe est sain car dans un État de droit, il paraît normal que le pouvoir législatif lui-même soit tenu au respect des règles de droit. Encore faut-il lui imposer certaines limites si l'on veut éviter que l'action du législateur soit paralysée par les recours en justice.

Même si le premier des deux arrêts fait immédiatement un pas en arrière au nom de l'immunité des parlementaires consacrée par l'article 58 de la Constitution, il ne fait pas de doute que la possibilité d'engager la responsabilité de l'État législateur est dès ce moment clairement reconnue. Elle sera confirmée dans l'arrêt *Ferrara-Jung*. Craignant que l'action en responsabilité puisse entraver l'action du législateur et placer du même coup celui-ci sous le contrôle du pouvoir judiciaire, certains constitutionnalistes suggéreront de réviser la Constitution en vue sinon d'empêcher cette action, au moins de la canaliser mais cette volonté a apparemment disparu des agendas. La responsabilité s'appréciera donc, elle aussi, selon les règles du droit commun²⁶.

Assez vite, la Cour de cassation décidera que le seul constat d'inconstitutionnalité d'une règle légale n'implique pas encore que le pouvoir public qui l'a adoptée a commis une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil²⁷. Encore faut-il se demander si l'auteur de la norme s'est comporté comme un législateur normalement prudent et diligent. Même constatée objectivement par la Cour constitutionnelle, une erreur de droit ne constitue donc pas nécessairement une faute. Le principe d'identité absolue entre faute et illégalité est ici écarté comme il l'avait été pour le pouvoir judiciaire.

Est-ce à dire que qu'il n'existerait donc pas de normes constitutionnelles qui imposeraient au législateur de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée ? L'arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 2015 permet de répondre par la négative à la question puisqu'il se réfère clairement à la distinction entre les deux sources de la faute²⁸. Quelles sont alors les normes qui imposeraient au législateur d'agir de manière déterminée ? Le débat sur ce point reste largement ouvert. Des discussions ont lieu en doctrine à propos des articles 10 et 11 de la Constitution mais il n'est, en tout cas, pas question ici d'affirmer de but en blanc que toute règle constitutionnelle imposerait le respect d'un comportement déterminé au législateur²⁹. Une différence de traitement ap-

paraît donc par rapport au régime de responsabilité applicable à l'administration.

En dehors d'une question de contrariété ou d'une incompatibilité d'une norme législative avec la constitution, une convention internationale ou un traité, pourrait-on aller jusqu'à reprocher au législateur son inaction ? Si l'on s'en réfère au droit commun, il n'y a pas d'obstacle de principe à engager la responsabilité civile du pouvoir législatif lorsqu'il s'abstient de légiférer, même si aucune norme constitutionnelle ou légale ne lui impose d'agir de manière déterminée. Les articles 1382 et 1383 ne distinguent pas selon que le fait à l'origine du dommage consiste dans une action ou une omission. On sait que de nombreuses dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sont désormais interprétées comme imposant à l'État de prendre des mesures positives mais sans déterminer précisément lesquelles³⁰. On se rappellera que l'arrêt *Ferrara-Jung* concernait la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable découlant de l'article 6 de la Convention E.D.H. Faire en sorte que le justiciable puisse obtenir une décision dans un délai raisonnable sonne comme une obligation de résultat. Il reste que, comme le remarque la Cour de cassation, la norme qui prescrit cette obligation laisse au législateur un pouvoir d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour en assurer le respect.

En ce qui concerne l'absence pure et simple de légiférer, la faute sera appréciée selon le critère du législateur normalement prudent et diligent. Le juge appelé à statuer devra donc procéder à un arbitrage bien délicat entre la nécessité de protéger le citoyen contre les abus de l'autorité et la volonté de ne pas brider outre mesure l'action du législateur. Le procureur général J.-F. Leclercq dans ses conclusions précédant l'arrêt *Ferrara* avait bien vu le problème : « Quand le législateur s'abstient sans plus de légiférer sans qu'une règle quelconque l'incite à le faire, il me paraît difficile de retenir la responsabilité du législateur. Les cours et tribunaux risquent dans ce cas de s'immiscer dans l'exécution de la fonction législative. Néanmoins, il me paraît qu'on peut dire que le législateur qui omet d'agir, lorsqu'il y a péril, n'agit pas en bon père de famille. Je pense notamment à l'abstention d'agir lorsque le pays est menacé par des risques sur le plan de la sécurité, de la santé publique, de l'hygiène, de l'atteinte à l'environnement »³¹. Dans un tel contexte, l'appréciation de la faute ne saurait toutefois être que marginale, ce qui revient en définitive à ne sanctionner que les erreurs les plus manifestes. Il reste que ne pas agir en présence d'un péril imminent menaçant tout ou partie de la population pourrait être considéré comme une faute...

Les remèdes

L'appel à la responsabilité civile des pouvoirs publics n'est utile que s'il permet à la personne lésée de compter sur des remèdes efficaces. Comme le remarque Sébastien Van Drooghenbroeck, on peut s'interroger sur les incidences concrètes de l'arrêt *Ferrara-Jung* sur la situation des demandeurs³². L'octroi de dommages moraux et le remboursement des frais du procès n'a certes pas contribué à améliorer l'efficacité du système judiciaire ni incité l'État à prendre des mesures positives en vue de résoudre l'arriéré judiciaire. Il semble maintenant que les plaignants, dont la voix est relayée par certaines associations, ne souhaitent plus s'en tenir à une réparation par équivalent souvent symbolique, mais vont jusqu'à exiger désormais que l'État respecte concrètement les engagements qu'il a pris.

À défaut de précisions dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, on remarquera que les remèdes proposés en vue de compenser un dommage se sont progressivement diversifiés en droit commun, débordant largement la simple réparation par équivalent. Encore faut-il se demander si certains d'entre eux ne se heurtent pas au principe de la séparation des pouvoirs. C'est ici que se situent les véritables enjeux : jusqu'où le juge peut-il aller dans la prescription des mesures destinées

(23bis) P. MARTENS, *op. cit.*, p. 742.

(24) Cass., 1^{er} juin 2006, *J.T.*, 2006, pp. 461 et s. et obs. S. VAN DROOGHENBROECK ; R.W., 2006-2007, pp. 213 et s. avec les conclusions de M. De Swaef et la note de A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van het Parlement : wel in de uitoefening de wetgevende activiteit, maar

niet voor de werkzaamheden van een parlementaire onderzoekscommissie » ; T.B.P., 2006/7, pp. 434 et s. et note K. MUYLE, « Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het Parlement na het "sektarrest" van het Hof van cassatie ».

(25) Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*,

1996, pp. 594 et s. avec les conclusions du premier avocat général J.-F. Leclercq.

(26) Voy. F. BOUHON, « La responsabilité civile pour la faute du législateur. Anno 2020 », cette revue, p. 747.

(27) Cass., 1^{re} ch., 10 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 811.

(28) Cass., 30 avril 2015, RG

n° C.120637.F ; *Pas.*, 2015, p. 1077.

(29) Voy. F. BOUHON, *op. cit.*, p. 748, n° 13 et les réf. citées.

(30) F. BOUHON, *op. cit.*, p. 749.

(31) *J.T.*, 2006, p. 599.

(32) S. VAN DROOGHENBROECK, « *Flandria*, Anca, *Ferrara*... *Urgenda* ? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », cette revue, p. 751.



à remédier aux conséquences d'une faute lorsque celle-ci a été commise par un pouvoir public ?

La jurisprudence de la Cour de cassation affirme depuis plusieurs années le principe de primauté de la réparation en nature sur la réparation par équivalent. « La réparation du dommage en nature est le mode normal de réparation du dommage. Le juge est, par conséquent, tenu d'ordonner la réparation du dommage en nature lorsque la victime le demande ou que le responsable le propose et que ce mode de réparation est en outre possible et ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit »³³.

Transposant cette règle aux pouvoirs publics, l'arrêt du 20 juin 1980 affirme que le juge peut ordonner la réparation en nature du dommage aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée par un acte illicite de l'autorité publique, et ce sans méconnaître pour autant le principe de la séparation des pouvoirs³⁴.

La réponse à la question essentielle des modes de réparation d'un dommage causé par les pouvoirs publics semble pâtir des incertitudes et des confusions qui subsistent toujours en droit civil entre les mesures de rétablissement au sens strict et les mesures de réparation. Heureusement, certains auteurs se sont employés à y mettre bon ordre en soulignant les différences entre les mesures de rétablissement, d'une part, dont font partie l'exécution forcée en nature de l'obligation primaire ou la cessation de l'illicite et les mesures de réparation au sens strict, d'autre part, ces dernières pouvant avoir lieu en nature ou par équivalent³⁵. À la différence du rétablissement qui a une fonction de paiement, la réparation a une fonction principalement indemnitaire ou compensatoire. Alors que la réparation en nature consiste dans l'octroi au demandeur d'un équivalent non pécuniaire, la réparation par équivalent consiste, quant à elle, dans l'octroi de dommages et intérêts censés représenter l'exacte mesure du préjudice subi. La réparation en nature ne consiste donc pas dans l'exécution de l'obligation primaire mais dans l'octroi au créancier de quelque chose de différent de ce que lui aurait procuré l'exécution en nature, permettant néanmoins de compenser adéquatement le dommage. Au titre de la réparation en nature, un juge a ainsi ordonné le remplacement du gibier abattu de manière illicite par un cervidé du même type à huit cors³⁶.

L'opposition est importante car, à la différence des mesures de réparation, les mesures de rétablissement ont pour objet de mettre fin à la violation d'une règle juridique et ne requièrent pas comme telles que toutes les conditions de la responsabilité soient réunies. Le rétablissement de la légalité est en effet une conséquence naturelle du caractère obligatoire et contraignant du texte en cause. Avant d'ordonner une mesure de rétablissement, il convient alors de vérifier si l'on peut déduire de la norme prétendument violée un engagement clair et déterminé à l'égard du demandeur et examiner ensuite si cette violation est avérée. Il apparaît que ces différences sont souvent perdues de vue dans les débats récents concernant le réchauffement climatique.

Une relecture attentive des faits qui ont donné lieu à l'arrêt du 20 juin 1980 précité montre qu'il n'était pas question de réparation en nature dans cette affaire mais bien d'une mesure de cessation de l'illicite c'est-à-dire d'une mesure de rétablissement. Le juge du fond avait en effet ordonné au pouvoir public de procéder à la fermeture des vues et des prises d'aération ainsi qu'à la démolition de la corniche en surplomb. La cessation de l'illicite consiste en effet à imposer le respect d'un devoir extracontractuel prescrit par la loi ou par le devoir général de diligence. Dans une thèse récente, un auteur a soutenu que la primauté de la réparation en nature affirmée de manière constante par la Cour de cassation était, elle-même, bâtie sur cette confusion entre les mesures de rétablissement et de réparation³⁷.

Comme le montre l'arrêt *Ferrara-Jung*, l'octroi d'une réparation sous forme de dommages et intérêts ne présente guère d'efficacité. La cessation de l'illicite et l'injonction de prendre des mesures sont certainement plus efficaces mais jusqu'où est-il permis d'aller sans remettre en cause le bon fonctionnement du pouvoir législatif et le principe de la séparation des pouvoirs ? Sur ce point, les demandes adressées aux tribunaux se font de plus en plus pressantes.

Dans l'arrêt *Urgenda* rendu par la Cour suprême des Pays-Bas le 20 décembre 2019³⁸, la légalité des abstentions reprochées aux autorités a été appréciée par référence aux articles 2 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. D'après le *Hoge Raad*, le juge est habilité à vérifier si dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, le gouvernement et le parlement sont restés dans les limites tracées par le droit. Selon la Cour, les articles 2 et 8 pourraient donc obliger l'État à réduire l'émission des gaz à effet de serre de 25 % par rapport à la situation de 1990.

Au-delà du constat d'illégalité de l'inaction des autorités hollandaises, il fallait encore autoriser l'injonction de légiférer. Nul ne contestera que le principe de la séparation des pouvoirs assigne des limites au pouvoir d'injonction du juge de l'ordre judiciaire. Celui-ci ne peut ni priver l'autorité publique de sa liberté de décision ni substituer son appréciation à celle du législateur. Il ne peut statuer par voie d'arrêt de règlement. L'arrêt *Urgenda* laisse néanmoins entendre que le juge pourrait adresser une injonction de légiférer à l'État législateur pour autant que celui-ci reste libre dans le choix du contenu et des moyens à mettre en œuvre en vue d'atteindre le but fixé par la loi. Le principe de la séparation des pouvoirs ne s'opposerait donc pas à ce que la décision statuant sur la responsabilité soit accompagnée d'une injonction d'agir pour autant que le juge ne se hasarde pas lui-même à prescrire les moyens pour y parvenir et laisse à l'autorité concernée le pouvoir de déterminer le contenu des mesures à prendre. Sébastien Van Drooghenbroeck approuve cette interprétation et préconise l'abandon d'une conception trop rigoureuse de l'interdiction des arrêts de règlement³⁹.

Par certains côtés, les actions introduites dans les affaires climatiques visent en réalité à obtenir l'exécution forcée en nature des engagements internationaux pris par l'État, ce qui ne s'apparente nullement à une mesure de réparation. Enjoindre au pouvoir public de faire quelque chose ne consiste pas à ordonner la réparation d'un dommage subi par une ou plusieurs personnes qui s'estiment lésée.

Avant d'y souscrire, le juge devra se demander si ces engagements ont un effet direct et ont pour conséquence de faire naître des droits pour les citoyens et, dans l'affirmative, si de tels engagements sont des obligations de résultat ou de moyens. Le simple fait de formuler des objectifs dans un texte à visée programmatique ne suffit pas à conclure que l'obligation est de résultat. Encore faut-il s'interroger sur la portée des engagements qui ont été pris. L'obligation de résultat ne peut se déduire que d'un engagement ferme et précis par lequel le débiteur accepte de prendre en charge les aléas qui sont inhérents aux actions attendues. Il serait sans doute souhaitable que les pouvoirs publics soient désormais plus attentifs et plus explicites sur la portée des engagements qu'ils prennent à peine de se voir reprocher des promesses qui ont été faites et qui n'ont pas été tenues.

Une protection juridictionnelle largement définie

La comparaison entre le régime de responsabilité applicable aux pouvoirs publics en Belgique depuis l'arrêt *La Flandria* avec celui qui s'applique aux organisations internationales et à l'Union européenne,

(33) Cass., 3 avril 2017, RG n° S.160039N, R.W., 2017-2018, p. 1414, obs. P. DION et Y. STEVENS ; J.L.M.B., 2018, p. 1892, obs. P. WÉRY.

(34) Cass., 26 juin 1980, Pas., 1980, p. 1356. Voy. D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », R.G.D.C., 2015, liv. 10, p. 573 ; F. DELPÉRE,

« La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », R.C.J.B., 1983, pp. 173-198.

(35) P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993 ; P. WÉRY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », R.G.D.C., 2012/3, p. 251 ; H. BOCKEN, « Herstel in natura en rechterlijk bevel of verbod. (Nog) enkele bedenkingen bij het cassatiearrest van 26 juni 1980 », in *Liber amico-*

rum Jan Ronse, Bruxelles, Story Scientia, 1986, pp. 493 et s. ; S. DE REY, « Herstel in natura. Rechtsvergelijkende studie in het contractenrecht met buitenvcontractuele invalshoek », coll. Recht & Onderneming, n° 51, Bruges, die Keure 2019. Du même auteur, S. DE REY, « La réparation en nature dans les deux ordres de la responsabilité civile », in P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 129-212.

(36) Liège, 7 mai 1969, R.G.A.R., 1969, n° 8322.

(37) S. DE REY, « La réparation en nature dans les deux ordres de la responsabilité civile », op. cit., p. 141, n° 10.

(38) H.R., 20 décembre 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

(39) S. VAN DROOGHENBROECK, « *Flandria*, *Anca*, *Ferrara*... *Urgenda* ? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction. », cette revue, p. 753.



montre que la protection juridictionnelle est conçue plus largement en Belgique.

La responsabilité des organisations internationales paraît largement théorique au vu des immunités de juridiction et d'exécution dont bénéficient ces organisations et des limites qui assortissent leur responsabilité. La possibilité d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne est, quant à elle, bien réelle mais repose sur des conditions plus strictement définies. Selon la Cour de justice, il faut en effet qu'il existe une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. Il faut ensuite démontrer l'existence d'un dommage ainsi qu'un lien de causalité direct entre l'illégalité constatée et ce dommage.

Par violation caractérisée, il faut comprendre que l'institution concernée doit avoir méconnu de manière manifeste et grave les limites qui s'imposent à son pouvoir. L'exigence d'un lien de causalité direct entre l'illégalité constatée et le dommage subi, même si elle est loin d'être claire, réduit plus nettement encore le champ de la responsabilité, tout au moins s'il faut comprendre par-là que la causalité ne saurait être médiate ou que l'illégalité doit être la cause déterminante du préjudice. Il n'est donc pas étonnant que le taux de réussite des actions engagées contre l'Union européenne qui est rapporté par Cédric Chenevière et Pierre Schmitt se situe à un niveau extrêmement bas (5 %) ⁴⁰.

3 Autour et alentour de l'arrêt *La Flandria*

La responsabilité des pouvoirs publics n'est pas exclusivement construite sur le droit commun de la responsabilité civile. Des lois particulières ont aussi été adoptées qui ont permis de compléter le paysage.

La loi correctrice du 10 février 2003 sur la responsabilité de et pour les membres du personnel des personnes publiques

La loi sur la responsabilité civile de et pour les membres du personnel des personnes publiques a été adoptée en vue d'effacer certaines discriminations dénoncées à plusieurs reprises par la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, entre les agents des pouvoirs publics subordonnés et les travailleurs sous contrat d'emploi ⁴¹. À la différence des seconds, les premiers ne bénéficiaient pas d'une immunité civile de responsabilité. Or, il faut reconnaître avec la Cour que sous l'angle de la subordination juridique, leurs situations respectives ne sont pas réellement différentes. L'article 2 de la loi accorde donc aux membres du personnel au service d'une personne publique une immunité de responsabilité civile analogue à celle dont bénéficient les travailleurs sous contrat d'emploi en vertu de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978. L'article 3, quant à lui, aligne la responsabilité des personnes publiques du fait de ses agents subordonnés sur la responsabilité du commettant visée à l'article 1384, alinéa 3, rencontrant ainsi les vœux d'une doctrine déjà ancienne. Les distorsions provoquées par l'application extensive de la théorie de l'organe sont ainsi résorbées de manière satisfaisante.

La même loi comporte aussi d'autres mesures d'accompagnement qui sont bienvenues comme celle qui permet aux membres du personnel au service d'une personne publique dont la responsabilité est engagée d'appeler à la cause la personne de droit public, notamment devant les juridictions pénales.

Si la qualité d'une loi se mesure à la quantité des litiges qu'elle suscite, la loi du 10 février 2003 est assurément une bonne loi. Il reste certes encore quelques hésitations en jurisprudence concernant la détermination des personnes qui peuvent encore se prévaloir de la qualité d'organe de la personne publique mais ce n'est pas essentiel. Pour le

surplus, il est permis de regretter avec Jonathan de Wilde d'Estmael que le législateur n'ait pas saisi l'occasion qui lui était offerte pour mettre fin à tous les régimes particuliers concernant certaines catégories d'agents des pouvoirs publics (forces de police, armée, pilotes de bâtiments de mer...), dont la portée est pourtant largement similaire ⁴².

La nouvelle compétence du Conseil d'État fondée sur l'article 11bis des lois coordonnées

Pour des raisons que nous ne détaillerons pas ici qui tiennent essentiellement à l'efficacité et à l'économie des procédures, le Conseil d'État s'est vu reconnaître la compétence de statuer au contentieux de l'indemnité dans le prolongement d'un arrêt d'annulation. Cette compétence nouvelle ne fait toutefois pas obstacle à celle reconnue de longue date aux tribunaux de l'ordre judiciaire. L'option subsiste donc pour le justiciable mais une fois le choix effectué celui-ci est définitif et irréversible.

Qu'est-ce qui distingue fondamentalement ce régime de celui qui se déduit des articles 1382 et 1383 du Code civil ? Certains commentateurs précisent que l'article 11bis met en œuvre une responsabilité objective à charge de l'administration. Ces termes sont un peu excessifs. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une responsabilité sans faute au sens du droit civil mais plutôt d'une responsabilité fondée sur une faute objective. La responsabilité de l'administration découle en effet de l'illégalité commise par l'administration laquelle équivaut, comme on l'a vu, à l'élément matériel de la faute. Il reste que dans le contexte du contentieux de l'indemnité soumis au Conseil d'État, cette responsabilité repose sur un principe d'identité absolue entre faute et illégalité. Cette identité est même plus forte qu'en droit civil puisque la preuve d'une erreur invincible ne permet pas à l'autorité administrative d'échapper à sa responsabilité.

L'appréciation du lien causal, par contre, ne présente guère d'originalité par rapport au droit commun. L'examen de la jurisprudence du Conseil d'État sur cette question montre que celui-ci se rallie aux mêmes théories et aux mêmes concepts que ceux utilisés en droit commun. Il est ainsi fait application de la théorie de l'équivalence des conditions, de l'alternative légitime et de la perte d'une chance.

Quant à l'évaluation du dommage, l'article 11bis invite à prendre en compte les intérêts publics et privés en présence. Statuant au contentieux de l'indemnité, le Conseil d'État n'est donc pas formellement tenu par le principe de la réparation intégrale. L'examen de la jurisprudence laisse apparaître toutefois que la haute juridiction fait assez peu usage de ce pouvoir de modération. Tout au plus, peut-on observer que les montants alloués en réparation d'un préjudice moral sont moins élevés que ceux accordés par les tribunaux de l'ordre judiciaire, pour le motif, notamment que l'annulation de l'acte administratif constituerait déjà une satisfaction adéquate pour le demandeur, ce qui est sujet à discussion.

Sous l'angle de la réparation enfin, l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État traduit une conception purement pécuniaire de la réparation qui semble exclure, par le fait même, toute réparation en nature. L'annulation de l'acte administratif lui-même participe, quant à lui, d'une mesure de rétablissement.

4 Et si le danger venait d'ailleurs...

L'arrêt *La Flandria* et tous ses développements ultérieurs partent d'une idée saine : dans un État de droit, l'État lui-même est soumis à la règle de droit et, spécialement, aux articles 1382 et 1383 du Code civil. Cet arrêt a-t-il préparé la descente aux enfers des pouvoirs publics ? L'examen de la jurisprudence relative à la responsabilité dans l'exercice de la fonction d'administrer, de juger ou de légiférer ne permet pas de confirmer cette hypothèse. Dans un environnement juridique de plus

(40) C. CHENEVIÈRE et P. SCHMITT, « La responsabilité des organisations internationales et de l'Union européenne, cette revue, p. 768.

C. arb., 18 décembre 1996, arrêt n° 77/96, M.B., 8 février 1997,

p. 254 ; J.T., 1997, p. 197 ; J.L.M.B., 1997, p. 268, obs. P. HENRY ; C. arb., 17 février 1999, arrêt n° 20/99, M.B., 1^{er} juin 1999, p. 19820 ; J.T., p. 409 ; R.W., 1999-2000, p. 870, note A. VAN OEVELEN ; C. arb., 9 février

2000, arrêt n° 19/2000, M.B., 25 mars 2000, p. 9503 ; J.T.T., 2001, p. 161 ; J.D.J., n° 295, 2000, p. 44, note J. JACQMAIN.

(42) J. DE WILDE D'ESTMAEL, « La responsabilité des et pour les membres

du personnel des personnes publiques. Bilan de la loi du 10 février 2003 », cette revue, p. 759.

en plus complexe, les tribunaux ont su faire preuve de souplesse pour éviter une application purement mécanique du principe d'identité entre faute et illégalité. Les dernières avancées de la jurisprudence n'ont pas suscité une vague déferlante de procès.

Si le danger ne vient pas de l'arrêt *La Flandria* ni de ses développements, ne viendrait-il pas plutôt d'évolutions nouvelles qui ne concernent pas directement la responsabilité civile mais qui emporteraient le risque de mettre plus souvent les pouvoirs publics au banc des accusés ?

La responsabilité pénale des personnes morales de droit public...

En votant la loi du 11 juillet 2018 à l'unanimité, le parlement s'est exprimé en faveur d'une plus grande responsabilisation des pouvoirs publics au plan pénal, comme si l'arrêt *La Flandria* avait tout à coup débordé les frontières du droit civil.

Alors que dans sa version initiale, la loi excluait certaines personnes morales de droit public, à savoir les collectivités disposant d'organes directement élus selon les règles démocratiques, une version remaniée le 11 juillet 2018 a supprimé complètement cette immunité pénale au motif qu'elle avait pour effet pervers d'inciter le plaignant à engager la responsabilité pénale du mandataire politique lui-même, un bourgmestre par exemple, même en l'absence de faute personnelle de sa part. Mais en supprimant dans le même élan la règle du décumul prévue par l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, l'effet bénéfique attendu de la suppression de l'immunité de la personne morale a finalement disparu.

L'exclusion initiale pouvait pourtant se justifier objectivement par le fait que les collectivités disposant d'organes directement élus selon les règles démocratiques étaient soumises à un contrôle de type politique. Comme l'a mentionné la Cour constitutionnelle qui n'a pas jugé discriminatoire cette différence de traitement, l'on évitait ainsi que certains citoyens « mènent par la voie pénale des combats qui doivent se traiter par la voie politique ». La question est d'importance car le risque d'une instrumentalisation des juridictions pénales à des fins strictement politiques existe bel et bien. La réponse du législateur invitant à faire pleinement confiance au juge pour éviter les abus paraît bien légère au regard de cette menace.

Pour résoudre une question ponctuelle, le législateur a donc supprimé complètement, sans autres réflexions et contre l'avis des représentants de la magistrature, l'immunité pénale de certains pouvoirs publics. Désormais, la loi ne prévoit plus aucune exception au principe même de la responsabilité ni quant aux personnes morales concernées, ni quant au régime procédural auquel celles-ci sont soumises. Lorsqu'on sait qu'une responsabilité aussi largement définie des pouvoirs publics n'existe, ni en France, ni en Allemagne, ni aux Pays-Bas, il y a matière à se demander si l'on n'a pas fait un pas trop loin.

La seule atténuation prévue par le texte légal résulte du régime des peines applicables en cas d'infraction. Les personnes morales de droit public qui sont dotées d'organes démocratiquement élus ne peuvent faire l'objet que d'une simple déclaration de culpabilité. On évite ainsi que l'État ne doive se payer une amende à lui-même. Reste à savoir si cette nuance suffira à limiter les abus. Pari risqué en période de crise sanitaire se demande Eric de Formanoir⁴³ ?

Et d'autres textes périphériques

Nicols B. Bernard et N. Vander Putten voient dans l'utilisation de plus en plus fréquente de textes qui relèvent de la *soft law* et dont la force obligatoire n'est pas toujours claire ainsi que dans l'adoption de normes programmatiques une source potentielle de nouveaux recours. En vue de lutter contre des menaces collectives, des dispositifs originaux sont en effet mis en place dont la normativité est incertaine. Le contentieux climatique en offre une illustration.

Un facteur de judiciarisation croissante des conflits pourrait résulter aussi de l'admission plus large des actions d'intérêt collectif qui contribuent à l'émergence des « macro-contentieux ». Le nouvel article 17 du Code judiciaire inséré par la loi du 21 décembre 2018 permet désormais aux personnes morales d'agir en vue de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales reconnues dans la Constitution et dans les instruments internationaux qui lient la Belgique. On ne peut que constater que les grands contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics (climat, surpopulation carcérale, crise sanitaire...) qui comportent des enjeux majeurs pour nos sociétés sont désormais portés devant les tribunaux par des a.s.b.l. qui entendent ainsi passer outre les blocages constatés dans la sphère politique. C'est une carence dans l'action de l'État considéré comme un tout qui est le plus souvent dénoncée⁴⁴.

Si cette évolution législative n'est pas critiquable en soi, la question reste de savoir jusqu'où peuvent aller les mesures de rétablissement ou de réparation ordonnées par les tribunaux sans méconnaître les limites que le principe de la séparation des pouvoirs impose à leur contrôle. Le contrôle judiciaire ne peut en effet se substituer au débat politique.

5 Et l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile extracontractuelle ?

L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile ne remet nullement en cause les acquis de l'arrêt *La Flandria* ni aucun de ses développements. L'article 5.144 pose en effet le principe de l'égalité de traitement des personnes physiques et morales et, parmi celles-ci, entre les personnes morales de droit privé et de droit public. Le principe selon lequel les gouvernants comme les gouvernés sont soumis aux règles de droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle reste donc intact.

Les auteurs de l'avant-projet n'ont pas voulu toucher à la protection juridictionnelle des droits des citoyens face aux trois pouvoirs ou peut-être n'ont-ils pas osé renverser ni fragiliser ce grand monument. Le principe même d'une responsabilité de l'État dans l'exercice de la fonction de juger, d'administrer ou de légiférer est maintenu. L'avenir dira si ce choix a été le bon.

Bernard DUBUISSON

Professeur ordinaire à l'UCLouvain