

système anglais, sans ni en avoir apprécié la pertinence globale, ni l'avoir analysé sous un angle critique.

Il s'agit pourtant bien d'un véritable choix de société et de hiérarchie des valeurs. Quel est le poids que nous souhaitons reconnaître au respect des libertés individuelles ? La fin, ici caractérisée par l'aboutissement du processus judiciaire pénal, justifie-t-elle les moyens lorsque ceux-ci constituent une moindre protection de nos droits individuels ?

Quel est donc le fondement du système que nous souhaitons voir appliquer par nos juridictions ? Manifestement, la seule protection du droit individuel de la personne poursuivie est, de fait, reconnue par le droit sacralisé à un procès équitable. Souhaitons-nous également discipliner les services de police, faire respecter les autres droits du sus-

pect, promouvoir le respect des droits individuels en général, garantir la légitimité morale des décisions de justice ou uniquement garantir la fiabilité des preuves ? Souhaitons-nous faire usage d'un seul de ces principes, de plusieurs d'entre eux ou de leur ensemble ? Et s'il paraît nécessaire d'avoir recours de manière distincte à ces principes suivant les cas de figure rencontrés, encore faudra-t-il en garantir une application rigoureuse et égale au travers de l'ensemble du pays.

Laurent KENNES

*Maître de conférences à l'Université Libre de Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

Jurisprudence

RESPONSABILITÉ DU FAIT D'ADMINISTRER

- Indemnité réparatrice
- Article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État
- Conditions
- Notion d'arrêt ayant constaté une illégalité

**Cass. (ch. réunies),
15 septembre 2017**

Siég. : J. de Codd (prem. Prés.), P. Maffei (prés.), Ch. Storck (prés. sect.), D. Batselée (rapp.), A. Fettweis (prés. sect.), B. Deconinck (prés. sect.), K. Mestdaghe, G. Jocqué, M. Lemal, A. Lievens, M.-Cl. Ernotte.

Min. publ. : Th. Werquin (av. gén.).

Plaid. : M^e I. Heenen.

(État belge, Min. Int. c. A. L.).

Une demande d'indemnité réparatrice suppose qu'une illégalité ait été constatée par un arrêt du Conseil d'État statuant sur un recours en annulation. En tenant l'arrêt qui constate la perte d'objet d'un recours en annulation en raison du retrait de l'acte attaqué pour un arrêt qui constate une illégalité au sens de l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État et en en déduisant que la demande d'indemnité réparatrice est recevable, le Conseil d'État méconnaît les attributions qui sont les siennes au contentieux qui lui est confié en vertu de cet article.

I. La procédure devant la Cour.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt n° 232.416 rendu le 2 octobre 2015 par le Conseil d'État, section du contentieux administratif.

Le 29 août 2017, l'avocat général Thierry Werquin a déposé des conclusions au greffe.

Le conseiller Didier Batselée a fait rapport et l'avocat général Thierry Werquin a été entendu en ses conclusions.

II. Le moyen de cassation.

Le demandeur présente un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées.

- articles 13, 144 (tant avant qu'après sa modification du 6 janvier 2014) et 145 de la Constitution ;
- articles 11bis et 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 ;
- article 40 de la loi du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution ;
- principe général du droit relatif à l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux décisions administratives ;
- articles 23 à 28 du Code judiciaire ;
- articles 1319, 1320 et 1322 du Code judiciaire (lire : civil).

Décisions et motifs critiqués.

L'arrêt attaqué alloue au défendeur, sur la base de l'article 11bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, une indemnité réparatrice de 8.739,29 EUR augmentée des intérêts, rejetant le moyen par lequel le demandeur faisait valoir que le Conseil d'État n'était pas compétent *ratione temporis* pour connaître de cette demande et que, partant, celle-ci était irrecevable, le litige relevant de la seule compétence des autorités judiciaires.

L'arrêt attaqué fonde cette décision sur les motifs suivants :

« Qu'ainsi que le relève [le demandeur], l'article 11bis des lois coordonnées sur le

Conseil d'État "s'applique aux demandes d'indemnités réparatrices liées aux recours introduits à partir [du 1^{er} juillet 2014] en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, des mêmes lois coordonnées ou aux arrêts prononcés à partir de cette date en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3", comme le prescrit l'article 40 de la loi du 6 janvier 2014 ;

» Que le recours qui a donné lieu aux arrêts n° 225.305 et n° 228.108 [...] a été introduit le 28 août 2013 ; que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué a été ordonnée par l'arrêt n° 225.305 prononcé le 31 octobre 2013 ; que la décision attaquée a été retirée par [le demandeur] le 26 novembre 2013 ; que l'arrêt constatant ce retrait a été prononcé le 24 juillet 2014 ;

» Qu'au cours des travaux préparatoires de l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il a été souligné que son alinéa 2 fait référence à un "arrêt ayant constaté l'illégalité" et non à un arrêt d'annulation ;

» [...] Qu'il ressort de ces textes que l'intention du législateur est de permettre de greffer une demande d'indemnité réparatrice sur tout arrêt qui constate une illégalité ; que l'arrêt de suspension n° 225.305 a jugé un moyen sérieux, ce qui "constate" une illégalité, fût-ce *prima facie* et au provisoire ; que, même si la décision de retrait du 26 novembre 2013 est motivée de manière très succincte, elle fait manifestement suite à cet arrêt, de même que la décision du 19 décembre 2013 qui délivre une carte d'identification au [défendeur] ; que le retrait de la décision de refus du 1^{er} juillet 2013 ne peut s'expliquer que par le ralliement [du demandeur] à la teneur de l'arrêt n° 225.305 ; que, par l'arrêt n° 228.108 du 24 juillet 2014, le Conseil d'État a pris acte de ce retrait, observant notamment que [le demandeur] avait porté à sa connaissance que c'est "à la suite de l'arrêt 225.305" qu'[il] avait retiré la décision attaquée ; qu'ainsi, l'arrêt n° 228.108 du 24 juillet 2014 constate que [le demandeur] a reconnu l'illégalité retenue comme moyen sérieux par l'arrêt de suspension et, nécessairement, la réalité de cette illégalité ; que cet arrêt, prononcé après l'entrée en vigueur de l'article 11bis, est un



arrêt qui constate une illégalité au sens de cet article ; que la demande d'indemnité réparatrice est recevable ».

Griefs.

Première branche.

La loi du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution a, par son article 6, introduit dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État un article 11bis permettant à toute partie requérante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, de ces lois de réclamer devant le Conseil d'État une indemnité réparatrice, cette possibilité n'étant antérieurement réservée qu'en cas de préjudice exceptionnel au sens de l'article 11 desdites lois.

En vertu de l'article 40 de ladite loi du 6 janvier 2014, le nouvel article 11bis ne s'applique qu'aux demandes d'indemnités réparatrices liées aux recours introduits à partir de l'entrée en vigueur de ses articles 6 et 7, soit le 1^{er} juillet 2014, ou aux arrêts prononcés, à partir de cette date, en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, des lois coordonnées.

Comme le soutenait le demandeur, pour être recevable, une demande d'indemnité réparatrice en raison de l'illégalité d'un acte doit donc être liée, soit aux recours introduits à partir du 1^{er} juillet 2014, soit aux arrêts prononcés à partir de cette date, étant entendu, en cette hypothèse, qu'il doit s'agir d'arrêts « ayant constaté l'illégalité » et que cette demande doit être introduite dans les soixante jours de la notification de l'arrêt ayant constaté celle-ci (article 11bis des lois coordonnées).

Or, le recours en suspension et en annulation de la décision litigieuse a été introduit par le défendeur le 28 août 2013, soit avant le 1^{er} juillet 2014, et ne pouvait, en conséquence, fonder la demande de ce dernier en paiement d'une indemnité réparatrice.

L'arrêt de suspension n° [225.305] prononcé le 31 octobre 2013, soit également avant cette date, à supposer même, *quod non*, qu'il constate une illégalité de la décision litigieuse, ne pouvait davantage fonder la compétence du Conseil d'État, cet arrêt ayant été rendu avant le 1^{er} juillet 2014.

Quant à l'arrêt n° 228.108 du 24 juillet 2014, il ne fait que constater qu'il n'y a plus lieu de statuer en raison du retrait de l'acte.

Il ne constate nullement l'illégalité de celui-ci.

Enfin, l'illégalité susceptible de servir de fondement à un recours basé sur l'article 11bis visé au moyen doit résulter d'un arrêt prononcé [à partir du] 1^{er} juillet 2014 et ne peut se déduire du comportement de l'autorité administrative, telle une décision de retrait par celle-ci de l'acte litigieux ou une décision de sa part de remplacer celui-ci. Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, le demandeur a pris ces décisions respectivement le 26 novembre et le 19 décembre 2013, soit avant le 1^{er} juillet 2014.

Le Conseil d'État était en conséquence incompétent pour mettre à charge du deman-

deur une indemnité réparatrice en l'absence de recours ou de décision constatant l'illégalité de la décision litigieuse après l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2014, de l'article 11bis des lois coordonnées visées au moyen.

En déclarant néanmoins le Conseil d'État compétent pour connaître de la demande du défendeur fondée sur ledit article 11bis, l'arrêt attaqué viole les dispositions légales visées au moyen, à l'exception des dispositions du Code judiciaire et du Code civil.

Seconde branche.

L'arrêt du 24 juillet 2014 constate uniquement que « [le demandeur] a porté à la connaissance du Conseil d'État qu'« à la suite de l'arrêt n° 225.305 rendu le 31 octobre 2013 par le Conseil d'État, le ministre a décidé de retirer la décision du 1^{er} juillet 2013 refusant l'octroi de la carte d'identification d'agent de gardiennage [au défendeur] » ; qu'[il] a notifié sa décision retirant l'acte attaqué au [défendeur], l'informant par ailleurs que son dossier allait faire l'objet d'un nouvel examen ; qu'il s'ensuit que le recours a perdu son objet et qu'il n'y a plus lieu de statuer, et que la suspension ordonnée par l'arrêt n° 225.305 doit être levée ».

Ainsi, contrairement à ce que décide l'arrêt attaqué, l'arrêt du 24 juillet 2014, rendu après l'entrée en vigueur de l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État, ne constate nullement l'existence d'une illégalité de la décision litigieuse au sens de cette disposition mais uniquement la disparition de l'objet du recours introduit par le défendeur contre cette décision.

En déduisant de l'arrêt du 24 juillet 2014 que celui-ci constate l'illégalité de la décision litigieuse, l'arrêt attaqué donne à cet arrêt une portée qu'il n'a pas et, partant, viole l'autorité de la chose jugée qui lui est attachée (violation du principe général du droit relatif à l'autorité de la chose jugée qui est attachée aux décisions des juridictions administratives et, en tant que de besoin, des articles 23 à 28 du Code judiciaire).

À tout le moins, en considérant que l'arrêt du 24 juillet 2014 constate une telle illégalité, alors que tel n'est pas le cas, l'arrêt attaqué donne à cette décision une portée incompatible avec ses termes et, partant, viole la foi qui lui est due (violation des articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil).

III. La décision de la Cour.

Il n'y a pas lieu d'avoir égard à la lettre du défendeur du 12 septembre 2017 qui n'est pas signée par un avocat à la Cour de cassation.

Quant à la première branche.

Aux termes de l'article 144, alinéa 1^{er}, de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. Toutefois, poursuit le second alinéa de cette disposition, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions.

L'article 11bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, inséré dans ces lois par l'article 6 de la loi du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, dispose, en son alinéa 1^{er}, que toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence, et, en son alinéa 2, que la demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité et qu'il est statué sur cette demande dans les douze mois qui suivent cette notification.

Il suit de ces dispositions qu'une demande d'indemnité réparatrice suppose qu'une illégalité soit constatée par un arrêt du Conseil d'État statuant sur un recours en annulation visé à l'article 14, § 1^{er} ou § 3, desdites lois coordonnées.

En vertu de l'article 40 de la loi du 6 janvier 2014 déjà citée, ledit article 11bis s'applique dès son entrée en vigueur, fixée au 1^{er} juillet 2014 par l'article 73 de cette loi, aux demandes d'indemnités réparatrices liées aux recours introduits à partir de cette date en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, précité, ou aux arrêts prononcés à partir de cette date en application de cet article 14, § 1^{er} ou § 3.

L'arrêt attaqué constate que le défendeur a formé devant le Conseil d'État une demande en suspension et un recours en annulation de la décision du demandeur du 1^{er} juillet 2013 refusant de lui délivrer une carte d'identification d'agent de gardiennage au sens de la loi du 10 avril 1990 relative à la sécurité privée et particulière ; que, par l'arrêt n° 225.305 du 31 octobre 2013, cette juridiction, jugeant sérieux le premier moyen invoqué par le défendeur, a ordonné la suspension de l'acte attaqué ; que celui-ci a été retiré le 26 novembre 2013 par son auteur, qui a pris le 19 décembre 2013 une nouvelle décision en vertu de laquelle la carte d'identification sollicitée a été délivrée au défendeur le 7 janvier 2014, et que, par l'arrêt n° 228.108 du 24 juillet 2014, le Conseil d'État a déduit de ces faits « que le recours a perdu son objet, qu'il n'y a plus lieu de statuer et que la suspension ordonnée par l'arrêt [du 31 octobre 2013] doit être levée ».

Pour écarter le déclinatoire du demandeur faisant valoir que « le Conseil d'État n'est pas compétent pour [...] connaître » de la demande d'indemnité réparatrice formée le 22 septembre 2014 par le défendeur dès lors que, les conditions d'application *ratione temporis* de l'article 11bis, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État n'étant pas réunies, seuls les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire peuvent connaître d'une demande en réparation du dommage allégué, l'arrêt attaqué considère que « l'arrêt de suspension [du 31 octobre 2013] a jugé un moyen sérieux, ce qui "constate" une illégalité, fût-ce *prima facie*



et au provisoire ; [...] que le retrait [de l'acte attaqué] ne peut s'expliquer que par le ralliement [du demandeur] à la teneur [de cet] arrêt [...] ; que, par l'arrêt [...] du 24 juillet 2014, le Conseil d'État a pris acte de ce retrait, observant notamment que [le demandeur] avait porté à sa connaissance que "c'est à la suite de l'arrêt [du 31 octobre 2013]" qu'[il] avait retiré la décision attaquée ; qu'ainsi l'arrêt [...] du 24 juillet 2014 a constaté que [le demandeur] a reconnu l'illégalité retenue comme moyen sérieux par l'arrêt de suspension et, nécessairement, la réalité de cette illégalité ».

En tenant l'arrêt qui constate la perte d'objet du recours en annulation du défendeur en raison du retrait de l'acte attaqué pour « un arrêt qui constate une illégalité au sens de cet article » et en en déduisant que « la demande d'indemnité réparatrice est recevable », l'arrêt attaqué viole les dispositions constitutionnelles et légales précitées.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Par ces motifs :

La Cour, statuant en chambres réunies,
Casse l'arrêt attaqué ;

Ordonne que le présent arrêt sera transcrit dans les registres du Conseil d'État et que mention en sera faite en marge de l'arrêt cassé ;

Condamne le défendeur aux dépens ;

Renvoie la cause à la section du contentieux administratif du Conseil d'État, autrement composée, qui se conformera à la décision de la Cour sur le point de droit jugé par elle.

Observations

Cour de cassation, indemnité réparatrice et partage des eaux

1. L'une des lois de réformes institutionnelles du 6 janvier 2014 a, on le sait, consacré l'existence d'un article 11bis dans les lois coordonnées « sur le Conseil d'État » (en abrégé « L.C.C.E. »). En substance, cet article dispose qu'en présence d'un constat d'illégalité,

d'un dommage et d'un lien causal, la partie requérante — et la partie intervenant à ses côtés — dans le cadre d'une procédure en annulation peuvent, désormais, procéder au choix suivant : solliciter la réparation du préjudice allégué devant les cours et tribunaux ou rester devant la juridiction administrative pour obtenir cette réparation, alors nécessairement pécuniaire, « en tenant compte des intérêts publics et privés en présence »¹.

S'est-on toutefois inquiété de savoir si le nouveau mécanisme ainsi institué, qu'on a pris soin de dénommer « recours en indemnité réparatrice » pour le distinguer de la voie judiciaire dont il devenait ainsi le concurrent, résisterait à tous les temps ?

2. Parti pour un tour du monde sans escale et sans assistance, l'article 11bis connu très vite une première tempête, qui donne l'occasion de révéler — ou de rappeler — l'existence d'un sac de nœuds.

L'on sait que l'article 11bis peut s'arrimer à toute procédure d'annulation introduite le 1^{er} juillet 2014 au plus tôt, ainsi qu'à toute procédure introduite avant le 1^{er} juillet 2014, mais dans laquelle l'arrêt constatant l'illégalité serait alors intervenu après le 1^{er} juillet 2014².

À peine les côtes disparues derrière l'horizon, le Conseil d'État rend un arrêt — dans la désormais célèbre affaire *Legrand* — qui constate, le 24 juillet 2014, le retrait de l'acte objet du recours en annulation, retrait intervenu à la suite de la suspension, le 31 octobre 2013, de l'exécution de l'acte objet du recours³.

Le requérant décide de prendre place à bord de l'article 11bis et, au taquet, d'y tirer les conséquences pécuniaires des préjudices qu'il prétend subir du fait de l'acte attaqué, suspendu, retiré, mais pas, à proprement parler, annulé. Et le Conseil d'État de lui allouer, le 2 octobre 2015, la première indemnité réparatrice de l'histoire.

3. Une question ne manque pas de se poser : le constat, par le Conseil d'État, de la perte d'objet du recours consécutive au retrait d'acte faisant suite à la suspension de l'exécution de cet acte, s'apparente-t-il au fait générateur capable de déclencher l'application de

l'article 11bis ? Pour le Conseil d'État, c'est oui.

Mais la partie adverse — en l'occurrence l'État belge — n'entend pas en rester là. Elle saisit, sans attendre, la Cour de cassation d'un pourvoi dirigé contre l'arrêt *Legrand* du 2 octobre 2015, au contentieux des conflits d'attributions entendu au sens de l'article 158 de la Constitution.

Le pourvoi reproche deux choses à l'arrêt *Legrand* qu'il cherche à casser.

D'une part, le fait générateur dont l'article 11bis requiert l'existence pour pouvoir mettre les bouts n'existerait pas : avant le 1^{er} juillet 2014, la procédure *Legrand* ne peut être prise en compte puisqu'il s'agit d'une procédure initiée avant l'entrée en vigueur de l'article 11bis ; après le 1^{er} juillet 2014, il n'y a pas de constat d'illégalité. Il y a le constat d'un retrait. Ce retrait fait, certes, suite à un arrêt de suspension du Conseil d'État. Mais cet arrêt de suspension est, lui aussi, intervenu avant le 1^{er} juillet 2014. Et, de constat d'illégalité au sens tout à fait strict du terme, il n'est, par ailleurs, pas question.

D'autre part, en faisant dire à l'arrêt du Conseil d'État qui constate le retrait, qu'à la vérité, il constate une illégalité, le Conseil d'État violerait l'autorité de la chose réellement jugée par l'arrêt qu'il avait rendu en suspension, ainsi que la foi due à son propre arrêt.

4. Aux termes de l'arrêt commenté, la Cour de cassation casse l'arrêt *Legrand* du 2 octobre 2015. La Cour juge en effet :

— « [...] qu'une demande d'indemnité réparatrice suppose qu'une illégalité soit constatée par un arrêt du Conseil d'État statuant sur un recours en annulation [...] » ;

— et qu'« En tenant l'arrêt qui constate la perte d'objet du recours en annulation [en cause] en raison du retrait de l'acte attaqué pour "un arrêt qui constate une illégalité au sens de cet article" et en en déduisant que "la demande d'indemnité réparatrice est recevable", l'arrêt attaqué viole les dispositions constitutionnelles et légales [visées au moyen] ».

En conséquence, la Cour de cassation « renvoie la cause à la section du contentieux

(1) Sur l'article 11bis L.C.C.E., voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », in D. RENDERS (dir.), *La réforme du Conseil d'État, An 2014, A.P.T.*, 2016, n° sp., pp. 355-390 et les réf. citées ; F. GLANSORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, pp. 474-479 ; L. DONNAY et M. PÂQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses rationnelles », in D. RENDERS (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics - Actes des XXII^{es} Journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 127-164 ; F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », in F. TULKENS et J. SAUTOIS (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics - Actualité en*

droit public et administratif, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 39-91 ; A. PIRSON et M. VRANCKEN, « La réparation du dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : à quel saint se vouer ? », in A.L. DURVIAUX et M. PÂQUES (dir.), *Droit administratif et contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 27-75 ; S. VERSTRAELEN, « De burgerrechtelijke gevolgen van de uitspraken van administratieve rechtscollages : wanneer het doel niet alle middelen heiligt », in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS et W. VANDENBRUWAENE, (éd.), *De zesde staatshervorming : instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antvers, Intersentia, 2014, pp. 215-239 ; I. CLAEYS, « Schadevergoeding wegens een onwettige bestuurshandeling voor de hoven en rechtbanken of voor de Raad van State : een moeilijke keuze ? », in M. VAN DAMME

(éd.), *De hervorming van de Raad van State*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 185-226 ; I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil ? », in F. VISEUR et J. PHILIPPART (dir.), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 189-231 ; S. BEN MESSAOUD et I. VAN KRUCHTEN, « L'indemnisation du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'un marché public : juge judiciaire versus Conseil d'État », *M.C.P.*, 2016, pp. 391-417 ; S. LUST et A. VANDAELE, « Slagkracht van de Raad van State vergroot : (ver)nieuw(d) sanctiearsenaal in handen van de Raad van State », in J. VANDE LANOTTE e.a. (éd.), *Rechtsbescherming in het publiekrecht : kan er nog gebouwd worden in Vlaanderen ?*, Malines, Kluwer, 2016, pp. 295-379 ; L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution*

des arrêts du Conseil d'État, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 467-488 ; M. PÂQUES, *Principes du contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 494-507 ; A. WIRTGEN, « De schadevergoeding tot herstel door de Raad van State », *T.B.P.*, 2017, pp. 459-488 ; I. OPDEBEEK et S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antvers-Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 600-615 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 21^e éd., Malines, Kluwer, 2017, pp. 1395-1399. (2) Sur l'application dans le temps de l'article 11bis L.C.C.E., voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, pp. 389-390. (3) C.E., 2 octobre 2015, *Legrand*, arrêt n° 232.416.



administratif du Conseil d'État, autrement composée, qui se conformera à la décision de la Cour sur le point de droit jugé par elle ».

5. L'arrêt commenté est riche d'au moins un enseignement.

À l'estime de la Cour de cassation, l'arrêt du Conseil d'État constatant la perte d'objet du recours à la suite du retrait — devenu définitif — de l'acte attaqué ne constitue pas un arrêt constatant une illégalité, au sens de l'article 11bis L.C.C.E.

Ce faisant, la Cour de cassation tranche une question discutée — et discutable — portant sur le champ d'application de cette disposition. L'on doit, en effet, constater que la solution ainsi retenue par la Cour diverge de celle retenue par les deux sections du Conseil d'État, et, à leur suite, par une partie de la doctrine, au départ des travaux préparatoires à l'adoption de l'article 11bis⁴.

6. Sans pointer spécifiquement l'hypothèse du retrait de l'acte attaqué, la section de législation du Conseil d'État s'était positionnée, dans son avis sur la proposition de texte qui allait devenir l'article 11bis, en faveur d'une acception large de la notion d'« arrêt ayant constaté une illégalité ».

Soulignant que la formulation retenue était « heureuse », la section de législation avait mis en exergue que celle-ci ne visait pas uniquement l'arrêt d'annulation, mais que la voie à une indemnité réparatrice était également ouverte par l'arrêt constatant la perte d'objet du recours à la suite à l'annulation de l'acte attaqué par un précédent arrêt, ou encore par l'arrêt constatant l'illégalité d'un règlement par voie incidente, sur pied de l'article 159 de la Constitution⁵.

7. De son côté, la section du contentieux administratif du Conseil d'État avait cru pouvoir — selon nous, à raison — déceler, dans les travaux préparatoires de l'article 11bis, la volonté du législateur d'étendre la notion d'« arrêt ayant constaté une illégalité » à certaines hypothèses, dans lesquelles le Conseil d'État n'examine pas — ou pas explicitement — la légalité de l'acte attaqué.

Appliquée à l'hypothèse du retrait de l'acte attaqué, cette interprétation extensive l'a amenée, comme on l'a relevé, à juger, dans l'arrêt *Legrand* du 2 octobre 2015, que l'arrêt déclarant la perte d'objet du recours à la suite du retrait de l'acte attaqué constituait, bel et bien, un arrêt constatant une illégalité.

En l'espèce, l'on remarquera que l'assimilation ainsi opérée était doublement encadrée, dès lors que l'arrêt, qui constatait le retrait de l'acte attaqué, intervenait suite à un arrêt prononçant la suspension de cet acte, d'une part, et que la décision de retrait était expressément fondée sur — et motivée par — ledit arrêt de suspension, de l'autre⁶.

8. L'interprétation donnée par le Conseil d'État, dans l'arrêt *Legrand*, à la notion d'arrêt ayant constaté l'illégalité a, par la suite, été accueillie de manière favorable par une partie de la doctrine.

Certains auteurs ont, en effet, estimé que le raisonnement développé par le juge administratif était fidèle à l'intention du législateur et n'était pas, dans les circonstances de l'espèce, dénué de pragmatisme, puisque les parties à la cause — de même que le Conseil d'État *prima facie* — s'accordaient à considérer que l'acte attaqué était entaché d'une illégalité⁷.

Ces auteurs s'accordaient également à reconnaître que le raisonnement ne pouvait, par contre, être étendu à l'hypothèse dans laquelle le retrait ne faisait pas suite à un constat provisoire d'illégalité par le Conseil d'État⁸, ou était fondé sur un motif étranger à l'illégalité de l'acte retiré, ou encore dans le cas du retrait d'un acte légal — ce qui demeure, il est vrai, exceptionnel⁹.

9. À travers l'arrêt commenté, la Cour de cassation retient une approche plus restrictive de la notion d'« arrêt ayant constaté une illégalité » : l'arrêt du Conseil d'État, qui constate la perte d'objet du recours, en raison du retrait de l'acte attaqué, ne contient, ni ne formule de constat d'illégalité.

La Cour de cassation censure l'arrêt *Legrand* du 2 octobre 2015, alors même — comme on l'a relevé — que l'illégalité de l'acte retiré avait été constatée par le Conseil d'État au provisoire, et par l'auteur de cet acte à travers la motivation de sa décision de retrait. Si la Cour estime que, dans de telles circonstances, l'arrêt déclarant la perte d'objet du recours, à la suite d'un retrait définitif de l'acte attaqué, motivé spécialement par l'illégalité de ce dernier, n'a pas constaté d'illégalité, l'on peut raisonnablement penser que le même sort doit être réservé à toutes les hypothèses de retrait, notamment celle du retrait d'un acte légal.

Il s'ensuit que, désormais, conformément à l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassa-

tion, le retrait de l'acte attaqué au cours de la procédure — quel que soit le motif de ce retrait — aura pour effet de priver la partie requérante — et/ou la partie intervenant à ses côtés — de la possibilité d'introduire une demande d'indemnité réparatrice, fondée sur l'arrêt constatant la perte d'objet du recours à la suite de ce retrait.

Le retrait de l'acte au cours de la procédure étant fréquent et la solution dégagée par le Conseil d'État ne présentant, en soi, d'inconvénient pour aucune des parties, l'on a plutôt tendance à regretter l'enseignement prodigué par l'arrêt commenté.

10. Pour trancher le conflit d'attributions en cause, la Cour de cassation a dû au préalable — fût-ce implicitement — s'être estimée compétente, au titre de juge de ces conflits, pour connaître du pourvoi formé contre l'arrêt *Legrand*¹⁰.

En vertu de l'article 158 de la Constitution, la Cour de cassation, dans le cadre du règlement des conflits d'attributions, contrôle le respect de la ligne de démarcation entre les attributions du pouvoir judiciaire et les attributions du Conseil d'État. Elle tranche, dans ce contexte, deux types de litiges : les conflits « positifs »¹¹, naissant d'un empiètement par une juridiction sur les attributions de l'autre ordre juridictionnel, et les conflits « négatifs »¹², dans lesquels les deux ordres juridictionnels se sont déclarés incompétents pour trancher une même demande¹³.

Dans le cadre de l'affaire *Legrand*, ayant donné lieu à l'arrêt commenté, l'auteur de l'acte attaqué, puis retiré — à savoir la partie adverse devant la juridiction administrative — n'avait pas expressément formulé de déclaration de juridiction. Mais, à l'occasion de son dernier mémoire, elle avait soulevé l'absence de juridiction du Conseil d'État pour connaître de la demande, estimant qu'elle pouvait uniquement être tranchée par les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire.

À l'estime de la Cour de cassation, le fait que le Conseil d'État ait accordé l'indemnité réparatrice sollicitée par la partie requérante est constitutif d'un empiètement de la juridiction administrative sur les attributions propres et exclusives du pouvoir judiciaire.

En s'estimant compétent pour allouer l'indemnité réparatrice sollicitée, le Conseil d'État a ainsi empiété, à l'estime de la Cour, sur la compétence des juridictions judiciaires

(4) Voy. proposition de loi « relative à la sixième réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution », avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 8.

(5) *Ibidem*, p. 7.

(6) Voy. également C.E., 21 juin 2016, XXX, arrêt n° 235.162 (le retrait faisait, en l'espèce, suite à un rapport de l'auditorat concluant à l'annulation de l'acte attaqué, mais dans une autre affaire pendante devant le Conseil d'État).

(7) À ce sujet, voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, pp. 364-365 et les réf. citées ; également M. PÂQUES, *Principes du*

contentieux administratif, *op. cit.*, p. 497 ; J. SOHIER et F. BELLEFLAMME, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », *op. cit.*, p. 66 ; A. WIRTGEN, « De schadevergoeding tot herstel door de Raad van State », *op. cit.*, pp. 470 et s. Sur la théorie du retrait d'acte, voy. notamment D. RENDERS, *Droit administratif général*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 378-386.

(8) Voy. C.E., 12 avril 2016, *a.s.b.l. Val d'Amblève, Liègne et affluents*, arrêt n° 234.362 (dans lequel le juge administratif examine la légalité avant de se prononcer sur la demande d'indemnité réparatrice).

(9) Sur la question du retrait de l'acte

fondé non pas sur l'illégalité de celui-ci, mais par la circonstance qu'il ne crée pas d'« effets avantageux », voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, p. 365.

(10) Avant même que ne soit rendu l'arrêt commenté, certains auteurs estimaient que l'arrêt du Conseil d'État statuant sur une demande d'indemnité réparatrice pourrait, le cas échéant, être déferé à la censure de la Cour de cassation, conformément à l'article 158 de la Constitution, dans le cadre du règlement des conflits d'attributions (voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *op. cit.*, p. 387 et les réf. citées).

(11) Article 33 L.C.C.E.

(12) Article 34 L.C.C.E.

(13) H. VELGE, *La loi du 23 décembre 1946 instituant en Belgique le Conseil d'État : préparation des lois, contentieux administratif, recours contre les excès de pouvoir, commentaire législatif et doctrinal*, Bruxelles, Bruylant, 1947, p. 208. Sur les conflits d'attributions, voy. notamment D. RENDERS, « Conflits d'attributions au sens de l'article 158 de la Constitution : quand et dans quelle mesure le pouvoir de contrôle du juge judiciaire sur l'action du juge administratif a-t-il été altéré ? », note sous Cass. 25 avril 2013, *R.C.J.B.*, 2015, pp. 109-132 et les réf. citées.



de réparer le dommage résultant d'une faute commise par une autorité administrative.

11. Sur le point tout juste développé, les conclusions de M. l'avocat général Thierry Werquin qui précèdent l'arrêt commenté éclairent, peut-être, d'un jour particulier le raisonnement adopté, en l'espèce, par la Cour de cassation. L'on y lit, en effet, que « les seules différences » entre le recours en indemnité réparatrice et « le contentieux de la responsabilité civile extracontractuelle du fait d'administrer résident dans l'illégalité au titre du fait générateur et dans l'implication d'intérêts publics et privés en présence, au niveau de l'évaluation du montant de la réparation »¹⁴.

Si, comme Monsieur l'avocat général, la Cour de cassation devait retenir que ces deux seuls éléments font la singularité de la réparation qui peut être obtenue sur la base de l'article 11bis L.C.C.E., il faudrait sans doute alors en inférer qu'il s'agirait des deux seules notions qui, interprétées trop largement par le Conseil d'État, pourraient conduire à un empiètement de ce dernier sur les attributions du pouvoir judiciaire. La Cour de cassation serait donc susceptible de n'être valablement saisie que de pourvois concernant l'interprétation et la correcte application de ces deux notions, dans la mesure où elles délimiteraient la frontière entre les attributions des deux ordres juridictionnels.

À l'inverse, toujours à l'estime de Monsieur l'avocat général, le lien causal requis par l'article 11bis doit être apprécié par le Conseil d'État à la lumière de la jurisprudence des cours et tribunaux dans le cadre de la responsabilité civile extracontractuelle du fait d'administrer, à savoir la théorie de l'équivalence des conditions¹⁵. Il en résulte que, dans le cadre de l'appréciation du lien causal, le Conseil d'État ne saurait empiéter sur les attributions du juge judiciaire puisque l'on retrouve la condition du lien causal devant les deux ordres de juridictions.

12. Dès lors que l'arrêt commenté conduit à la cassation de l'arrêt *Legrand* du 2 octobre 2015, le Conseil d'État est logiquement invité à statuer, à nouveau, sur l'affaire, en se conformant à l'arrêt sur le point de droit tranché.

En conséquence, le Conseil d'État devra, en principe, juger que l'arrêt déclarant la perte d'objet du recours à la suite du retrait de l'acte attaqué ne constate pas une illégalité au sens de l'article 11bis L.C.C.E. — ou, pour l'écrire autrement, que le fait générateur du dommage n'existe pas — de sorte que la partie requérante, à qui une indemnité réparatrice avait été allouée, ne pourra, en définitive, pas obtenir réparation du préjudice vanté devant la juridiction administrative¹⁶.

13. La question se pose alors de savoir si la partie requérante peut encore introduire une demande de réparation devant le juge civil, sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil.

En application de l'adage *electa una via non datur ad alteram* — consacré par les aliénas 4 et 5 de l'article 11bis L.C.C.E. — la partie qui a introduit une demande d'indemnité réparatrice ne peut, en principe, plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir la réparation du même préjudice que celui allégué devant le Conseil d'État¹⁷.

Le Conseil d'État semble, toutefois, faire une application souple de cette règle. Il considère que celle-ci ne s'applique que pour autant qu'il ait constaté une illégalité¹⁸. Dans ses conclusions précédant l'arrêt commenté, Monsieur l'avocat général Thierry Werquin semble partager cette approche. Il précise, en effet, que, « Si une demande d'indemnité réparatrice devait être déclarée irrecevable par le Conseil d'État, notamment à la suite d'un arrêt rendu au contentieux de l'annulation, constatant la perte d'objet du recours ou d'intérêt, cela ne devrait pas avoir pour effet d'empêcher l'introduction d'une action en réparation devant le juge judiciaire. La règle *electa una via* ne trouve à s'appliquer que pour autant que le Conseil d'État constate une illégalité ».

Dans cette perspective, la partie requérante devant le Conseil d'État aurait, après avoir franchi le cap de la Cour de cassation, encore la faculté de s'adresser au juge civil pour obtenir la réparation du préjudice causé par l'illégalité de l'acte retiré, pour autant, bien entendu, que la prescription d'une telle action en réparation ne soit pas encore acquise.

14. Une autre voie — navigable — demeure, toutefois, ouverte. La Cour constitutionnelle pourrait, à son tour, être amenée, à la faveur d'une question préjudicielle que lui poserait le Conseil d'État, à se pencher, à travers la lorgnette des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination, sur la notion d'arrêt ayant constaté une illégalité, dans le cas spécifique d'un arrêt qui déclare la perte d'objet du recours, à la suite du retrait de l'acte attaqué et motivé par l'illégalité — constatée au provisoire — de cet acte.

À ce sujet, le débat juridictionnel n'est donc pas définitivement clos¹⁹.

15. L'on savait la Cour de cassation inquiète devant l'enfantement d'une disposition qui, de manière à peine voilée, concurrence l'application des articles 1382 et suivants du Code civil dont, en dernier ressort, cette même Cour de cassation détient la garde exclusive.

L'arrêt commenté lui a donné l'occasion de préciser le périmètre de l'article 11bis des L.C.C.E. au regard des articles 1382 et suivants du Code civil. Ou quand le partage des eaux se dessine...

David RENDERS

Professeur à l'U.C.L.

Avocat au barreau de Bruxelles

Benoit GORS

Maître de conférences invité à l'U.C.L.

Avocat au barreau de Bruxelles

Aurore PERCY

Assistante à l'U.C.L.

Avocat au barreau de Bruxelles

PROCÉDURE PÉNALE

- Preuve
- Renseignements non utilisés à titre de preuve
- Irrégularité
- Conséquences
- Non-application de l'article 32 du titre préliminaire C. proc. pén.
- Droit à un procès équitable

Cass. (2^e ch.), 28 février 2017

Siég. : P. Maffei (prés.), F. Van Volsem (rapp.), A. Bloch, A. Lievens et E. Francis.

Min. publ. : L. Decreus (av. gén.).

Plaid. : MM^{es} H. Geinger, J. Verbist et S. Nudelholz.

(J.D. et L.D. c. Vlaams Gewest).

L'usage de renseignements obtenus de manière illicite, qui ne servent pas de preuve mais qui ne sont employés qu'en vue d'orienter et de poursuivre une instruction pénale, n'entraîne pas l'irrecevabilité de l'action publique.

Il résulte du libellé de l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale et de l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, que ces dispositions ne sont pas applicables aux renseignements obtenus de façon irrégulière, qui ne peuvent être pris en considération en tant qu'élé-

(14) Ces conclusions sont disponibles sur www.juridat.be.

(15) En ce sens, voy. également notamment M. PÂQUES, *Principes du contentieux administratif*, op. cit., pp. 502-503. Sur la théorie de l'équivalence des conditions, voy. P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1607 et s. ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile : chronique de jurispru-*

dence 1996-2007, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 322.

(16) Sous réserve de l'alternative envisagée au point 14 ci-dessous.

(17) À ce sujet, voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », op. cit., pp. 382-385 et les réf. citées. Le Conseil d'État a, du reste, récemment posé la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle de savoir si l'article 11bis L.C.C.E., en ce qu'il

permet au — seul — demandeur en indemnité réparatrice de choisir de solliciter la réparation devant le Conseil d'État ou devant le juge judiciaire — choix qui est subi par la partie adverse — n'est pas constitutif d'une violation des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination (C.E., 26 octobre 2017, *Blomme*, arrêt n° 239.646).

(18) À ce sujet, voy. notamment D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », op. cit.,

p. 383 ; également L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, op. cit., p. 472.

(19) Il ne l'est pas davantage sur le règlement de conflits d'attributions que peut opérer la Cour de cassation (sur l'influence de la Cour constitutionnelle dans ce cadre, voy. notamment M. PÂQUES, *Principes du contentieux administratif*, op. cit., p. 103).

