

INTRODUCTION

par

Robert ANDERSEN

Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain
Premier président émérite du Conseil d'État

Les 14 et 15 mars 1991, les Facultés de droit de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université catholique de Louvain organisaient un colloque sur le thème de la responsabilité des pouvoirs publics⁽¹⁾. Vingt-quatre ans plus tard, les XXII^{es} Journées juridiques Jean Dabin sont dédiées à cette même problématique, à ceci près que les rapports se focalisent sur les fondements mêmes de la responsabilité des pouvoirs publics en droit interne, laissant ainsi de côté une approche sectorielle de la matière, et que non contents d'aborder la responsabilité des pouvoirs publics en droit interne, les organisateurs étendent le champ de leurs investigations à la responsabilité des pouvoirs publics en droit international et en droit européen avec, comme ajout, la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne. Sans doute, le moment est-il venu de faire le point de la situation et de s'interroger sur les évolutions futures.

Sur le plan interne, le régime commun de la responsabilité des pouvoirs publics est essentiellement l'œuvre prétorienne de la Cour de cassation. Il n'entre pas dans nos intentions de retracer, dans le menu détail, l'histoire de cette évolution marquée par une succession de grands arrêts salués par une abondante doctrine comme autant de progrès significatifs d'une protection juridictionnelle plus étendue et plus efficace des justiciables aux prises avec les pouvoirs

(1) Les actes de ce colloque ont été publiés en 1991 par la maison Bruylant sous le titre « La responsabilité des pouvoirs publics ».

publics. Tenons-nous-en à l'essentiel et renvoyons, pour le reste, aux très nombreuses études doctrinales qui lui ont été consacrées⁽²⁾.

Le célèbre arrêt *La Flandria* du 5 novembre 1920 marque un tournant décisif dans l'orientation prise par la jurisprudence en la matière. Rendu sur les conclusions conformes de P. Leclercq, alors premier avocat général, l'arrêt opère un revirement de jurisprudence spectaculaire en redécouvrant la véritable nature de la « séparation des pouvoirs » telle que consacrée par la Constitution belge et en rompant définitivement avec la conception française de cette théorie. Précédemment, les personnes de droit public bénéficiaient, en application de cette théorie, d'une immunité en vertu de laquelle leur activité pouvait s'exercer au détriment des droits civils des particuliers sans encourir une responsabilité civile, tout au moins dans les cas où cette activité était l'exercice d'une puissance publique. Cependant, depuis cet arrêt, le pouvoir judiciaire se déclare, de manière constante, compétent pour connaître des atteintes fautives portées aux droits civils, sans avoir égard à la qualité privée ou publique de l'auteur de la faute, et ce, en application des articles 1382 et suivants du Code civil⁽³⁾.

L'enseignement de cet arrêt est double : sur le plan de la compétence, affirmation de la compétence du pouvoir judiciaire et, au niveau du fond, soumission des personnes de droit public au régime de droit commun de la responsabilité civile. Ce même régime sera ensuite déclaré applicable aux atteintes fautives portées aux droits politiques.

Initialement, il s'agissait du contrôle des actes du pouvoir exécutif. Il a fallu plusieurs décennies et de nouveaux arrêts pour que l'arrêt *La Flandria* produise toutes ses potentialités. L'application pure et simple aux personnes de droit public du régime de droit commun n'allait, en effet, pas de soi. Dans un premier temps, la Cour de cassation elle-même hésita à rompre définitivement avec le passé. Elle établit une nouvelle distinction entre les actes décisores

(2) Voy., tout récemment encore, P. VAN OMMESELAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : Bilan en 2014 », *Actualités en droit public et administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7 et s.

(3) On peut toutefois s'étonner qu'il ait fallu près d'un siècle à la Cour de cassation et aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire pour redécouvrir la pensée du Constituant originel.

et les actes exécutoires, seuls ces derniers étant susceptibles d'engager la responsabilité de l'administration. Cette distinction fut ultérieurement abandonnée et de nouvelles avancées significatives furent réalisées au fil du temps et des arrêts novateurs de la Cour de cassation. Ce furent d'abord les actes individuels, puis les actes réglementaires, les actes de contrôle et de tutelle du pouvoir exécutif qui furent déclarés susceptibles d'engager la responsabilité en vertu du droit commun de la responsabilité civile, et ce, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que l'acte générateur de cette responsabilité est une action ou une omission. Ce fut ensuite la responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle qui fut mise en cause et enfin, celle de l'État législateur.

La plupart des auteurs insistent sur l'unicité du régime de responsabilité de l'État, quelle que soit la fonction exercée. Il s'agit du régime de droit commun, celui des articles 1382 et suivants du Code civil, pour faute prouvée ou présumée. Et en effet, d'une manière générale, la responsabilité n'est engagée que si sont réunis les trois éléments constitutifs que sont la faute, le dommage et la relation de cause à effet entre les deux. Et pourtant, tout n'est pas si simple qu'il peut paraître à première vue.

Ainsi en va-t-il de la notion de faute. Dans son arrêt du 21 décembre 2007, la Cour de cassation en donne la définition suivante :

« la faute de l'autorité administrative, pouvant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil engager sa responsabilité, consiste en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant à cette autorité de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée ».

Cette définition suscite nombre de questions, qui demeurent encore controversées à l'heure actuelle, dont la moindre n'est pas celle de savoir si cette définition applicable aux actes de l'administration est transposable telle quelle ou moyennant certains assouplissements, aux deux autres fonctions étatiques.

S'agissant en particulier de la responsabilité extracontractuelle de l'administration, la querelle des anciens et des nouveaux, en l'occurrence entre tenants de l'adéquation parfaite entre les notions de faute et d'illégalité et ceux de leur dissociation, n'est toujours pas résolue. Preuve de la persistance de la controverse et de l'insécurité juridique qui en résulte en dépit des nombreux arrêts rendus sur le sujet, David De Roy et David Renders, co-auteurs du rapport sur une vue d'ensemble de la responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer, divergent diamétralement d'opinion, le premier se rangeant délibérément au côté des partisans de la thèse de l'unité relative et, le second, se prononçant ouvertement en faveur de la thèse de l'unité absolue, chacun exposant longuement les raisons de son choix. Il semble bien que ce qui sépare fondamentalement les tenants des deux écoles tiennent, de manière paradoxale, au caractère relativement « indéterminé » de la notion de norme imposant un comportement déterminé à l'administration. Alors que pour David Renders et les tenants de la thèse de l'unité absolue, toute norme (ou principe) impose plus ou moins un comportement déterminé, quelle que soit la marge plus ou moins grande d'appréciation qu'elle laisse à l'administration – dès lors que cette marge a déjà été prise en compte dans l'appréciation de la légalité de l'action administrative, elle n'a plus à intervenir, fut-ce comme facteur distinct, pour déterminer l'existence d'une faute –, par contre, pour David De Roy et les tenants de l'autre thèse, la notion s'entend exclusivement d'une catégorie particulière de normes (ou principes), celles qui imposent une obligation de résultat, et les concepts d'illégalité et de faute ne coïncident qu'en cas de violation de cette catégorie. Quant aux normes (ou principes) mettant à charge de l'administration des obligations de moyens, leur violation est certes constitutive d'une illégalité, mais n'engage pas *ipso facto* la responsabilité de l'administration en l'absence supplémentaire d'une faute à apprécier à l'aune du critère classique du *bonus pater familias*, en l'espèce l'autorité normalement soigneuse et prudente placée dans les mêmes conditions que l'auteur du comportement critiqué.

En ce qui concerne cette dernière thèse, on recourt à la distinction – classique en droit des obligations – entre obligation de moyens et obligation de résultat, qui évoque celle – tout aussi traditionnelle en droit administratif – entre les actes accomplis dans l'exercice d'une compétence liée et ceux qui le sont dans le cadre

d'une compétence discrétionnaire. Cette distinction, à première vue simple, se révèle cependant à l'expérience difficile à mettre en œuvre dans la mesure où en pratique, il n'est pas toujours aisé de faire la part de ce qui dans le processus décisionnel relève de la compétence liée et de la compétence discrétionnaire.

Avec les auteurs, on ne peut que formuler l'espoir de voir enfin la Cour de cassation, à la faveur d'un prochain pourvoi, trancher la controverse.

Selon l'enseignement de la Cour de cassation, la transgression d'une norme imposant un comportement déterminé à l'administration est à la fois constitutive d'une illégalité ou d'une faute engageant la responsabilité de l'administration sauf erreur invincible ou tout autre cause de justification.

Les conditions d'engagement de la responsabilité de l'administration peuvent paraître excessivement sévères. Elles peuvent même être perçues comme discriminatoires par rapport aux conditions d'engagement de la responsabilité du fait de la fonction législative et de la fonction juridictionnelle. Or, le pouvoir exécutif s'exerce dans des conditions qui ne sont pas plus faciles, tant s'en faut, compte tenu de la multiplication des normes nationales et internationales dans lesquelles s'inscrit son action, de leurs interférences, leur complexité, leur caractère éphémère et leurs imperfections. On peut dès lors se demander s'il ne conviendrait pas de revoir le régime de responsabilité de l'administration.

Ainsi, la Cour de cassation, dans sa jurisprudence récente, semble encline à faire preuve de plus d'indulgence vis-à-vis de la manière dont les juridictions font application du concept de l'erreur invincible. Encore ne s'agit-il, avec les arrêts de la Cour de cassation du 8 février 2008 et du 23 septembre 2010, que d'un simple frémissement qui demande confirmation⁽⁴⁾.

En dehors de la transgression d'une norme imposant un comportement déterminé, la responsabilité de l'administration peut également être engagée lorsque l'administration a manqué à son devoir général de prudence. La faute est alors appréciée à l'aune du comportement d'un fonctionnaire normalement soigneux et prudent

(4) Voy. les observations de D. RENDERS sous Cass., 8 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 571 et sous Cass., 23 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 380.

placé dans les mêmes circonstances concrètes. Si la référence à ce modèle a sa rationalité dans un régime de responsabilité civile commun aux personnes de droit privé et de droit public fondé sur la faute, il reste à déterminer le degré de gravité que cette faute doit présenter. Suffit-il de n'importe quelle faute appréciée *in concreto*, conformément à la jurisprudence actuelle, ou faut-il plutôt aller dans le sens d'une gradation de la faute en fonction d'une batterie de critères dont, notamment, la plus ou moins grande complexité des tâches de l'administration ?

Parmi ces multiples tâches figure, entre autres, la fourniture de renseignements, spontanément ou sur demande. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1973⁽⁵⁾, la jurisprudence est fixée en ce sens que l'administration manque à son devoir général de prudence et engage sa responsabilité si elle fournit des renseignements erronés sans investigations suffisantes ou sans laisser apparaître l'incertitude de la solution retenue. Cette jurisprudence ne peut être approuvée sans nuance. Avec les rapporteurs on peut se poser la question si l'obligation mise à charge de l'administration est bien toujours une obligation de moyens et ne serait pas parfois une obligation de résultat, auquel cas, il faudrait s'interroger sur l'étendue exacte des investigations auxquelles l'administration doit se livrer. Enfin, ne faut-il pas craindre que l'administration se retranche derrière une clause de style par laquelle elle s'exonérerait de toute responsabilité ?

Si, selon l'enseignement de la Cour de cassation, la responsabilité de l'administration peut être engagée soit pour violation d'une norme (ou principe) lui imposant un comportement déterminé, soit, en l'absence d'une telle norme, pour manquement au devoir général de prudence, encore faut-il examiner comment s'articulent ces deux manifestations de la faute. Si, à première vue, on est tenté de considérer qu'elles s'excluent mutuellement, les coauteurs du rapport se rejoignent sur une position plus nuancée et se prononcent en faveur d'une reconnaissance non exclusive des manifestations de la faute, mais à certaines conditions seulement, et brouillent encore davantage les pistes en rendant encore plus ardu l'apparemment

(5) *R.C.J.B.*, 1974, p. 336, obs. J. STASSEN.

– pourtant indispensable – du comportement de l’administration à l’une des manifestations de la faute⁽⁶⁾.

En adoptant la loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l’État, qui insère un article 11*bis* dans les lois coordonnées sur le Conseil d’État, le législateur a eu le souci d’éviter qu’après avoir triomphé dans son recours devant le Conseil d’État, l’administré ne doive, pour obtenir réparation intégrale du préjudice que lui a causé l’acte déclaré illégal et annulé par le Conseil d’État, intenter à l’auteur de cet acte un procès en responsabilité civile mené, cette fois, devant les cours et tribunaux de l’ordre judiciaire avec ses instances successives et une jurisprudence encore hésitante quant aux conséquences à tirer, sur le plan de la responsabilité civile, du constat d’illégalité auquel le Conseil d’État a procédé⁽⁷⁾.

Dans le but louable d’économie procédurale, le législateur a conféré au Conseil d’État le pouvoir d’adjuger par arrêt une indemnité réparatrice à charge de l’auteur de l’acte illégal au requérant s’il a subi un préjudice du fait de cet acte, et ce, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence. L’adoption de ce nouvel article 11*bis* est le fruit d’un laborieux compromis entre solutions extrêmes : responsabilité fondée sur la faute ou responsabilité sans faute, compétence concurrente du Conseil d’État et des cours et tribunaux de l’ordre judiciaire ou compétence exclusive... Le résultat est hybride et suscite, comme l’ont souligné les premiers commentateurs, une série de questions qu’il appartiendra à la haute juridiction administrative de résoudre avec l’aide de la doctrine.

Ainsi, Luc Donnay et Michel Pâques, dans leur excellent rapport aux présentes Journées juridiques Jean Dabin sur l’indemnité

(6) Sur les difficultés de cet apparemment, voy. not. les développements du rapport consacré aux principes généraux de bonne administration et au contrat de gestion.

(7) Pour rappel, ni l’absence de recours préalable devant le Conseil d’État, ni un arrêt de rejet de ce dernier, qui n’a aucune autorité de chose jugée à l’égard des cours et tribunaux de l’ordre judiciaire, pas même relative, ne font obstacle à une action en responsabilité. De plus certaines juridictions du fond n’hésitaient pas à refuser d’avoir égard à un arrêt d’annulation du Conseil d’État sous prétexte que ce dernier n’aurait pas été compétent pour prononcer cette annulation. La Cour de cassation, dans un arrêt du 25 avril 2013, a fort heureusement remis les pendules à l’heure (*J.T.*, 2013, pp. 581 et s. avec les conclusions de l’avocat général Th. WERQUIN ; *R.C.J.B.*, 2015/2, pp. 103-132, avec la note de D. RENDERS).

réparatrice, de poser les questions fondamentales suivantes : « Comment peut-on rompre le lien causal entre l'illégalité et le préjudice ? Y a-t-il place pour l'indemnisation du préjudice moral causé par l'illégalité ? Quel est l'impact de l'écoulement du temps sur l'appréciation de l'indemnité réparatrice, en ce compris sur la durée de la procédure en annulation ? Les intérêts publics et privés à prendre en compte peuvent-ils exercer une influence sur chacun des trois éléments (l'illégalité, le lien causal et le préjudice) nécessaires à l'obtention d'une telle indemnité ? Les frais et honoraires d'avocats engagés durant la procédure en annulation qui excèdent les dépens liquidés peuvent-ils intervenir dans la détermination de l'indemnité réparatrice ? » Et les mêmes d'esquisser quelques pistes de solution en vue de tenter de résoudre quelques-unes de ces questions, qui méritent certainement d'être creusées, comme la suggestion de combiner, au plan procédural, les articles 11*bis* et 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Deuxième avancée notoire dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les célèbres arrêts *Anca* qui, en apparence, adoptent, en matière de responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle, les mêmes critères de la faute que ceux qui sont alternativement applicables en matière de responsabilité du fait de la fonction exécutive : la violation d'une norme imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée ou, à défaut d'une telle norme, l'erreur de conduite que ne commettrait pas un magistrat normalement sérieux et prudent placé dans les mêmes conditions.

En apparence seulement, car cette transposition ne se fait pas sans un certain nombre d'accommodements.

D'abord, l'on peine à découvrir l'existence de normes imposant au juge de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée alors qu'il est acquis, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1998, qu'en sont exclues les règles de droit que le juge a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce. S'il en existe, elles sont rares, pour ne pas dire rarissimes. Le seul critère qui subsiste est dès lors la référence au comportement qu'adopterait dans les mêmes circonstances le juge normalement sérieux et prudent⁽⁸⁾.

(8) Sur cette question, voy., dans le présent ouvrage, le rapport de J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle du fait des juges, vue d'ensemble » ainsi que celui de D. MOUGENOT, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des juges, vue de l'intérieur ».

Ensuite, il y a le constat fait par la doctrine et repris à leur compte par Jacques Van Compernelle et Georges de Leval dans leur rapport commun sur la responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats, que « l'erreur du juge ne devient fautive que si, par rapport à ce qu'aurait accompli un magistrat normalement diligent et prudent, le manquement paraît manifeste et caractérisé ».

Enfin et surtout, l'action en responsabilité du magistrat ne peut être examinée au fond qu'à la condition que la décision de justice dont il est demandé réparation ait été, selon le cas, retirée, réformée, annulée ou rétractée et ait, par suite, perdu son autorité de chose jugée. Dans leur rapport commun consacré à cette question fondamentale, Bernard Dubuisson et Jean-François Van Drooghenbroeck font un vibrant plaidoyer en faveur du maintien de cette condition et s'opposent ainsi à ceux qui, comme David Renders, estiment que, dans le cadre du contentieux de la responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle, la condition spécifique à la mise en cause d'une décision fautive est plutôt à rechercher dans l'épuisement des voies de recours spécialement prévues contre cette décision que dans l'autorité de la chose jugée qui s'y attache, et qui arrivent, plus fondamentalement, à se poser la question de l'omission pure et simple de toute condition spécifique à l'entame d'un procès en responsabilité de ce chef⁽⁹⁾. La discussion reste ouverte.

Soulignons cependant que cette condition de recevabilité ne revêt pas un caractère absolu comme en attestent les mots « en règle » dans la formule rituelle de la Cour de cassation. Ainsi dans son arrêt du 25 mars 2010, celle-ci « assimile » à l'épuisement préalable des voies de recours la situation dans laquelle, avant la modification de la CEDH par le onzième protocole, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a constaté dans une décision que le jugement ou l'arrêt litigieux viole la CEDH ou les protocoles additionnels⁽¹⁰⁾. L'arrêt précise que le dommage réparable ne naît qu'à compter de la constatation par la Commission de la violation de la CEDH, en l'espèce, de son article 6, § 1^{er}, en telle sorte que c'est à cette date

(9) « Recevabilité et fondement de la demande en réparation du dommage causé par l'État qui juge », note d'observation de D. RENDERS sous Cass., 27 juin 2008, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 199 et s.

(10) *NjW*, 2011, p. 227, note d'observation I. B.

que prend cours le délai de prescription de l'action en responsabilité contre l'État.

Parmi les correctifs et autres exceptions dont Bernard Dubuisson et Jean-François Van Drooghenbroeck dressent le catalogue, le plus spectaculaire et le plus récent est celui qui résulte de l'arrêt n° 99/2014 du 30 juin 2014 de la Cour constitutionnelle. Dans cet arrêt, la Cour estime que la condition ne garantit pas de manière suffisamment pertinente la cohérence du système juridictionnel dans la mesure où, selon la jurisprudence même de la Cour de cassation – référence est faite à ses arrêts des 5 juin et 27 juin 2008⁽¹¹⁾ –, il n'est pas exclu que le juge de la responsabilité ait à se prononcer sur une irrégularité commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle non censurée au moyen de l'exercice des voies de recours. Et elle n'est pas non plus pertinente en vue de garantir la sécurité juridique, étant donné que, d'une part, lorsque la décision de justice n'est revêtue que d'une autorité relative de chose jugée, le respect dû à cette autorité ne fait pas obstacle à la tenue d'un nouveau procès dont l'objet n'est pas identique et que, d'autre part, le maintien de cette condition dans les hypothèses où, comme en l'espèce, aucun recours n'est effectif n'est raisonnablement pas justifié pour l'objectif consistant à veiller à l'épuisement des voies de recours disponibles. La Cour en vient ainsi à apprécier si la disposition en cause a ménagé un juste équilibre entre le droit de la victime d'accéder à un juge afin d'obtenir la réparation de son préjudice et l'impératif de sécurité juridique que la condition entend préserver. Certes, le droit d'accès au juge n'est pas absolu et la condition, au regard de l'importance des objectifs qu'elle poursuit, peut être considérée comme ayant ménagé, de façon générale, un juste équilibre entre les intérêts en présence. Mais il n'en reste pas moins que lorsque la faute alléguée a été commise par une juridiction de dernier ressort et que cette faute ne peut aboutir, en raison des voies de recours

(11) Dans le premier arrêt, il a été jugé qu'une action en responsabilité est recevable lorsque la décision supposément fautive avait été rapportée sans qu'ait été constaté un quelconque vice affectant sa légalité, pour autant qu'en raison de ce rapport, la victime n'ait juridiquement plus d'intérêt manifeste à demander que la décision litigieuse soit écartée et, dans le second, qu'il n'est pas requis que la faute alléguée devant le juge de la responsabilité constitue l'illégalité qui a justifié l'effacement préalable de la décision de justice litigieuse.

limitées, à l'effacement de la décision litigieuse, la victime est privée tout à la fois du droit d'engager la responsabilité de l'État et de la possibilité de soumettre à une censure juridictionnelle l'irrégularité prétendument commise par cette juridiction. Pour la Cour constitutionnelle, la réponse ne fait dès lors pas de doute : dans l'hypothèse envisagée, la condition emporte des effets disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi. La nécessité de préserver un équilibre entre le principe de sécurité juridique et le droit d'accès au juge exige que la responsabilité de l'État puisse être engagée si la juridiction de dernier ressort commet, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, une violation suffisamment caractérisée des règles de droit applicables, mais, par contre, l'équilibre n'est pas compromis en cas de faute plus légère. Il n'y a là ni violation des articles 6 et 13 de la CEDH, ni des articles 10 et 11 de la Constitution.

Cette solution présente en outre l'avantage, selon la Cour, de s'harmoniser avec les garanties reconnues par le droit de l'Union européenne et énoncées dans l'arrêt *Köbler*⁽¹²⁾ de la Cour de justice. Et la Cour constitutionnelle de conclure que pour respecter le principe d'égalité, il appartiendra au juge de la responsabilité de prendre en considération les mêmes critères que ceux retenus par la Cour de justice pour apprécier si la faute alléguée est suffisamment caractérisée, notamment le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit, la position prise, le cas échéant, par une institution communautaire, ainsi que l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, alinéa 3, CE.

Si rien n'empêche la Cour de cassation d'aller au-delà des exigences de la Cour constitutionnelle (et du droit européen) en abaissant le niveau de gravité de la faute dans l'hypothèse envisagée, il n'est nullement exclu qu'elle se montre sensible à l'argument invoqué dans l'arrêt n° 99/2014 précité, que « l'exigence d'une faute manifeste et grave permet de diminuer le risque d'erreurs dans le chef du juge de la responsabilité, chargé d'apprécier seul l'illégalité de la décision adoptée ou de la procédure soumise par une juridiction statuant en dernier ressort, erreurs qui pourraient elles-mêmes, donner lieu à une cascade de recours en responsabilité ». Du reste,

(12) C.J.U.E., arrêt *Köbler*, C-224/01, du 30 septembre 2003.

n'est-ce pas déjà cette même faute qui, en pratique, engage la responsabilité des juges du fond ?

Avec l'arrêt du 1^{er} juin 2006, rendu sur les conclusions du procureur général De Swaef⁽¹³⁾, la Cour de cassation s'avance sur le terrain glissant de la responsabilité de l'État du fait de la fonction législative. La responsabilité de l'État législateur y est affirmée dans son principe. Ni la séparation des pouvoirs ni l'indépendance du pouvoir législatif et des parlementaires n'y font obstacle, mais s'agissant en l'occurrence d'une opinion fautive exprimée dans le cadre des activités parlementaires, les articles 56 et 58 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6, § 1^{er} de la CEDH interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, s'y opposent.

Avec l'arrêt *Ferrara Yung* du 28 septembre 2006, la Cour de cassation franchit le Rubicon : la responsabilité de l'État législateur est retenue.

Ni l'un, ni l'autre arrêt ne définit cependant les conditions précises dans lesquelles le comportement du pouvoir législatif serait considéré comme fautif. L'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2010 allait-il donner une réponse claire et non équivoque à cette question ? L'arrêt ne soulève qu'un petit coin du voile en considérant que le simple renvoi à un arrêt de la Cour constitutionnelle qui a décelé lors d'une question préjudicielle une contrariété entre la loi et la Constitution sur la base de l'état du droit au moment où elle a statué ne dispense pas le juge saisi de l'action en responsabilité du législateur de procéder à sa propre appréciation.

Comme l'ont relevé Bernard Dubuisson et Sébastien Van Drooghenbroeck, dans leur commentaire consacré à cet arrêt⁽¹⁴⁾, celui-ci laisse subsister bien des incertitudes quant à un éventuel alignement sur la responsabilité applicable en matière de responsabilité de l'État du fait de l'exercice des fonctions administratives et juridictionnelles, de la responsabilité de l'État législateur, singulièrement en ce qui concerne le régime de la faute. Dans l'incertitude, il convient, selon eux, d'expérimenter le caractère opérationnel

(13) Publiées en même temps que l'arrêt et les observations critiques de A. VAN OEVELEN, *R.W.*, 2006-2007, pp. 213 et s.

(14) « Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ? », *J.T.*, 2011, pp. 801 et s.

d'un régime de responsabilité où la faute est appréciée différemment en fonction de l'existence ou de l'absence d'une norme imposant à l'autorité un comportement déterminé. Concrètement, la responsabilité du législateur serait engagée en cas de transgression d'une telle norme sauf si, et uniquement si, il peut se retrancher derrière une erreur invincible ou une autre cause de justification et, en l'absence d'une telle norme, sa responsabilité ne le serait que si son comportement, dans les circonstances de l'espèce, n'est pas celui que l'on peut raisonnablement attendre d'un législateur normalement soigneux et prudent. Force est toutefois de constater que les dispositions constitutionnelles qui imposent au législateur une obligation de résultat sont peu nombreuses et que leur transgression paraît hypothétique. La plupart du temps, la norme constitutionnelle laisse au législateur une marge d'appréciation plus ou moins importante en manière telle que la simple constatation de sa transgression par la Cour constitutionnelle, que ce soit dans un arrêt d'annulation ou dans un arrêt sur question préjudicielle, ne suffit pas à établir l'existence d'une faute du législateur ; son comportement ne sera alors fautif que s'il ne s'est pas comporté en législateur « normalement soigneux et prudent ».

Tous les auteurs, même les plus chauds partisans du régime classique, éprouvent des réticences à s'engager en matière de responsabilité de l'État législateur sur ce terrain glissant. La prudence est d'autant plus de mise que, sur le plan des principes, le juge n'a pas, dans cette appréciation, à tenir compte du degré de gravité de la faute.

Certes, il est possible de donner plus de consistance à ce régime de responsabilité de l'État législateur en diminuant le niveau d'exigence quant au degré de détermination du comportement exigé par la norme. Autrement dit, pour que la responsabilité de l'État législateur soit engagée, il ne serait plus nécessaire que la norme supérieure transgressée impose un comportement « nettement » déterminé au législateur, mais il suffirait qu'elle lui impose un comportement « suffisamment » déterminé. C'est dans cette voie que paraissent s'engager Bernard Dubuisson et Sébastien Van Drooghenbroeck lorsqu'ils écrivent, dans leur article précité, que l'« on ne pourra, dans l'évaluation du degré de détermination de la règle supérieure concernée, faire l'économie d'un examen

analytique des commandements qui peuvent en être déduits, ni du contexte interprétatif dans lequel elle s'inscrivait au moment où la faute reprochée a été commise »⁽¹⁵⁾.

Dans son rapport, Marc Verdussen examine si, et dans quelle mesure, la responsabilité du législateur peut être engagée pour ne pas avoir donné suite à une injonction imposée par la Cour constitutionnelle. Selon lui, cette question appelle des éléments de réponse nuancés. Il distingue, à cet effet, selon que l'inconstitutionnalité constatée par la Cour constitutionnelle a pour objet une norme législative ou une lacune intrinsèque ou extrinsèque ou encore une modulation temporelle. S'agissant de ce dernier point, une question, de grande importance pratique, est controversée. Lorsque la Cour constitutionnelle module dans le temps, que ce soit dans son arrêt d'annulation ou dans son arrêt rendu sur question préjudicielle, les effets de la loi dont elle a constaté l'inconstitutionnalité, la responsabilité du législateur peut-elle être retenue pour la période en question ? Si, avec le rapporteur, nous sommes enclins à considérer que le législateur échappe à toute responsabilité, sous peine de priver la mesure de toute utilité, on peut également être sensible au fait que la loi, dans un premier stade, a été reconnue inconstitutionnelle et que la décision d'en maintenir les effets dans le temps n'a pas pour effet de délivrer un brevet de constitutionnalité à une loi d'abord jugée inconstitutionnelle et de rendre ainsi constitutionnel ce qui ne l'a jamais été et ne le sera jamais⁽¹⁶⁾.

(15) *Ibid.*, p. 805, n° 13. Marc Verdussen leur emboîte le pas dans le rapport qu'il présente sur la responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer en violation de la Constitution. Il considère que, si aux termes d'un processus herméneutique il appert que la norme constitutionnelle fait l'objet de la part de la Cour constitutionnelle, voire d'autres juridictions, d'une interprétation consolidée, celle-ci peut contribuer à transformer la norme indéterminée en une norme déterminée, auquel cas le constat d'inconstitutionnalité suffirait à démontrer l'existence d'une faute dans le chef du législateur sauf cause de justification.

(16) La même controverse existe en ce qui concerne la responsabilité de l'administration depuis que le Conseil d'État s'est vu reconnaître également le pouvoir de maintenir les effets de l'acte annulé, d'abord de l'acte réglementaire et, plus récemment, de l'acte individuel. Sur l'impact du maintien des effets par le juge constitutionnel et le juge administratif sur les questions de responsabilité, voy. l'étude de A. FEYT et F. TULKENS, « L'impact du maintien des effets par le juge constitutionnel ou le juge administratif sur les questions de responsabilité », *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 93 et s.

La responsabilité de l'État dans l'exercice de ses diverses fonctions peut être engagée en raison de la violation du droit international. La fonction normative est particulièrement exposée à ce risque.

Le régime de responsabilité applicable est fondamentalement le même : il s'agit du régime de responsabilité de droit commun fondé sur la faute et l'on retrouve, en ce qui concerne celle-ci, la même distinction classique reposant sur le caractère plus ou moins déterminé du comportement que la norme internationale impose au législateur⁽¹⁷⁾.

Comme il a déjà été montré ci-dessus, cette distinction bipartite est délicate à mettre en œuvre.

Quant à la référence à l'archétype du législateur normalement sérieux et prudent dans l'hypothèse où la norme laisse un large pouvoir d'appréciation à l'autorité législative, elle expose le juge au risque sérieux de sortir de son rôle pour s'aventurer sur le terrain de l'opportunité, surtout que la référence au législateur moyen est purement théorique en l'absence d'une pluralité de points de comparaison permettant d'établir une moyenne. Autrement dit, l'appréciation de ce qu'aurait dû être le comportement du législateur dans les circonstances de l'espèce sera forcément subjective. Aussi le juge devra-t-il faire preuve de la plus grande retenue lorsqu'en l'absence d'une norme supérieure, il appartient au législateur de décider lui-même des mesures qu'il estime nécessaire de prendre dans l'intérêt général.

Si l'on compare ce régime avec celui de la responsabilité extracontractuelle de l'Union et des États membres pour violation du droit de l'Union européenne, on constate que les conditions d'engagement de la responsabilité diffèrent. En effet, depuis le célèbre arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est fixée en ce sens que, pour engager la responsabilité extracontractuelle, la violation du droit de l'Union (qu'il s'agisse du droit primaire ou dérivé, ou encore d'un principe général de droit) doit être suffisamment caractérisée, ce qui suppose la méconnaissance manifeste et grave par un État

(17) Pour une vue synthétique de ce régime appliqué à l'État-législateur, voy. P. VAN OMMESELAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *A.P.T.*, 2012/1, pp. 1 et s.

membre ou par une institution communautaire des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. La distinction bipartite chère à la Cour de cassation belge ne se retrouve donc pas dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union qui s'en tient à un critère unique plus restrictif. La différence ne doit toutefois pas être surévaluée dans la mesure où en cas de marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée⁽¹⁸⁾.

Si, au regard du droit communautaire, la Cour de cassation belge n'encourt aucun reproche pour avoir adopté un régime de la faute distinct et plus favorable à la victime⁽¹⁹⁾, on peut toutefois se demander si le souci d'harmonie avec le droit communautaire n'aurait pas dû prévaloir et s'il n'est pas plus réaliste et plus opérationnel.

Comme il a été relevé d'emblée, les organisateurs des Journées juridiques Jean Dabin ont entendu traiter également de la responsabilité des pouvoirs publics étatiques et non étatiques en droit international. Si, comme le relève Mathias Forteau dans son rapport la responsabilité internationale n'a en général pas été pensée comme une espèce particulière de responsabilité des pouvoirs publics, mais obéit à sa dynamique propre dans son essence comme dans son régime, il n'empêche que la comparaison avec le régime de responsabilité de droit interne peut se révéler riche d'enseignements en raison de la complémentarité grandissante entre droit national et droit international. Cette complémentarité est particulièrement visible dans le régime de responsabilité des États membres pour violation des normes de droit communautaire et pour violation de la CEDH où, évolution remarquable, le juge national est appelé à assurer, de concert et sous le contrôle du juge international, le respect par l'État de ses engagements internationaux et à remplir ainsi un office comparable à celui du juge international.

(18) C.J.C.E., arrêt du 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, *Recueil*, p. I-2553.

(19) P. VAN OMMEFLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *A.P.T.*, 2012/1, pp. 15 et 16.

Le régime de responsabilité des pouvoirs publics, tel qu'il a été patiemment et progressivement élaboré par la Cour de cassation, est le régime de droit commun fondé sur la faute civile ; il se présente à l'identique, quelle que soit la fonction étatique exercée. Cette remarquable construction prétorienne montre cependant, à l'examiner de plus près, quelques signes de faiblesse, qui justifieraient peut-être certaines rénovations. Ainsi, s'agissant de la responsabilité de l'État, du fait de la fonction de juger, la responsabilité des juges du fond n'est, au-delà de l'affirmation des principes, généralement retenue dans la pratique qu'en cas de fraude présentant un certain caractère de gravité. Sans doute conviendrait-il d'aligner le droit sur le fait, et ce, d'autant plus que depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 99/2014 du 30 juin 2014 précité, la responsabilité des juridictions suprêmes n'est engagée qu'en cas de faute lourde. La justification avancée par la Cour constitutionnelle pour justifier cette différence de traitement entre juge du fond et juge des juridictions suprêmes, à savoir le rôle décisif que jouent les juridictions de dernier ressort dans l'interprétation et l'application du droit et l'autorité particulière qui s'attache à leur décision, est discutable⁽²⁰⁾.

Le régime de responsabilité de l'État-juge, qui présente déjà en l'état actuel certains traits caractéristiques, verrait ainsi sa spécificité encore renforcée.

La question se pose également de savoir si les régimes de responsabilité extracontractuelle de l'administration et du législateur ne devraient pas évoluer de concert dans le sens d'une faute suffisamment caractérisée. Justifier la différence de traitement par la plus grande complexité de la fonction de juger par rapport à la fonction d'administrer et de légiférer est discutable et n'est sans doute pas

(20) Si, comme l'observe F. GLANSDORFF dans sa note d'observation sous l'arrêt précité, faute lourde et faute suffisamment caractérisée ne coïncident pas nécessairement, il n'empêche qu'elles supposent, l'une et l'autre un certain degré de gravité et peuvent difficilement passer pour synonyme de la faute légère fût-elle appréciée dans le chef du juge normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait (« La responsabilité de l'État du fait des magistrats progresse... et ralentit », *A.P.T.*, 2014/4, pp. 644 et s.).

partagé par tout le monde, et notamment par les interlocuteurs privilégiés⁽²¹⁾.

L'exigence d'une faute suffisamment caractérisée nous paraît en tout cas s'imposer pour engager la responsabilité de l'État législateur. La doctrine ne s'accorde-t-elle pas d'ailleurs pour inviter le juge à faire montre d'une grande retenue lorsque, comme c'est le plus souvent le cas, le législateur dispose en vertu d'une norme supérieure constitutionnelle ou internationale, ou en l'absence d'une telle norme, d'une marge d'appréciation plus ou moins étendue. Le recours à ce critère n'empêche du reste pas le juge de conclure à l'existence d'une telle faute dans l'hypothèse, il est vrai exceptionnelle, où la compétence du législateur est totalement liée, ligotée diront les publicistes.

Dans cette approche inspirée de la jurisprudence *Brasserie du pêcheur* et *Factortame*, la qualification de la faute dépend de l'étendue du pouvoir d'appréciation ce qui suppose la mise en œuvre de toute une série de critères, parmi lesquels figurent notamment le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit. La tâche du juge ne s'en trouvera certes pas facilitée, que du contraire, mais cette approche n'est-elle pas plus réaliste ?

Si la responsabilité extracontractuelle des pouvoirs publics fondée sur la faute doit être réexaminée, ce qui est le but des Journées juridiques Jean Dabin, la réflexion ne doit-elle pas être aussi étendue à la responsabilité sans faute ? À cet égard, ne faudrait-il pas songer à attribuer au Conseil d'État le pouvoir d'accorder en équité une indemnité à ceux qui ont subi, par le fait d'une norme qu'elle soit adoptée par le pouvoir législatif ou par le pouvoir exécutif, un préjudice spécial, et de compléter en ce sens l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'État⁽²²⁾ ?

(21) Voy., dans le présent ouvrage, F. DELPÉRÉE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État, du fait des lois, vue de l'intérieur » ; Ch. PICQUÉ, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer, vue de l'intérieur ».

(22) Dans le même ordre d'idées, M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH plaident, dans leur rapport sur la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne pour la reconnaissance d'une éventuelle responsabilité sans faute de l'Union européenne.

Comme il est de tradition, dans les Journées juridiques Jean Dabin, une telle réflexion, pour être fructueuse ne peut se concevoir sans l'apport du droit comparé⁽²³⁾. C'est, selon le dicton, du choc des idées que jaillit la lumière.

(23) Outre le rapport précité de M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH, les rapports de P. DELVOLVÉ, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer, vue de l'étranger », de S. GUINCHARD, « La responsabilité extracontractuelle du fait de juger, vue de l'étranger » et de P. POPELIER et C. ROGULA, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, perspectives de droit comparé », sans oublier l'apport des internationalistes : M. FORTEAU, « La responsabilité des pouvoirs publics étatiques en droit international : les vertus de l'approche comparée » ; F. DOPAGNE, « La responsabilité des pouvoirs publics non étatiques en droit international » et E. DE BRABANDERE, « Responsabilité internationale et régulation économique : la protection internationale des investissements en perspective ».