

SOMMAIRE

- Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ?, par B. Dubuisson et S. van Drooghenbroeck 801
- Vie du droit : L'adaptation des statuts des immeubles en copropriété : déjà du changement... par C. Mostin 808
- I. Abus de droit - Action en justice - Appel téméraire et vexatoire - Conditions - II. Appel - Matière répressive - Appel téméraire et vexatoire - Critères. (Cass., 2^e ch., 28 septembre 2011, note) 810
- Conclusions - Matière répressive - Dépôt des conclusions de l'inculpé - Moment - À l'audience - Condition - Communication préalable au ministère public avant le dépôt (non) - Écartement de conclusions en raison de leur absence de communication préalable au ministère public - Atteinte aux droits de défense de l'inculpé - Illégalité. (Cass., ch. vac., 19 juillet 2011, note) 810
- Responsabilité extracontractuelle - Pouvoirs publics - État législateur - Faute - Conditions - Constat préalable d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle statuant sur question préjudicielle - Insuffisant. (Cass., 1^{re} ch., 10 septembre 2010, note) 811
- Appel - Matière civile - Délai - Prorogation (articles 55 et 1051, C. jud.) - Bénéficiaires - Uniquement au profit de la partie n'ayant ni domicile, ni résidence, ni domicile élu en Belgique. (Bruxelles, 30^e ch., jeun., 24 octobre 2011) 811
- Référé - Conditions - Urgence (article 584, C. jud.) - Portée - Compétence du juge des référés liée à l'invocation de l'urgence par le demandeur - Appréciation - Urgence se déduisant de manière implicite mais certaine de la citation. (Civ. Bruxelles, réf., 23 septembre 2011) 812
- Chronique judiciaire : La vie du palais - Bibliographie - Parallèlement - Coups de règle - Dates retenues - Justice : Pile ou face?

DOCTRINE

Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle?

F LANDRIA, ANCA, FERRARA JUNG... *La responsabilité civile de la puissance publique repose sur une construction prétorienne entamée il y a près d'un siècle qui a progressivement envahi tous les secteurs d'activités de la puissance publique (administrer, juger, réglementer, légiférer). À la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, cette construction n'en apparaît cependant pas pour autant, définitivement achevée. L'arrêt commenté (ci-après, p. 811) aborde la question de la responsabilité civile de l'État législateur auquel un citoyen reproche d'avoir adopté une loi déclarée anticonstitutionnelle à la suite d'un recours sur question préjudicielle introduit devant la Cour constitutionnelle. L'arrêt rendu par la Cour de cassation prend ses distances par rapport, au principe d'unité entre faute et illégalité et traduit un retour au critère traditionnel du législateur normalement prudent et diligent.*

I

Introduction

1. Toute inconstitutionnalité est-elle nécessairement fautive dans le chef de l'État-législateur? Par un arrêt du 10 septembre 2010¹, ci-après reproduit, la Cour de cassation répond à cette question de manière négative (2), dissipant ainsi en partie les controverses doctrinales qu'avait suscitées sa jurisprudence antérieure (1). S'il n'apporte pas encore toute la clarté voulue sur le régime de responsabilité du fait des lois ou des carences législatives² (3), l'arrêt ne s'inscrit pas moins résolument dans une tendance au pragmatisme qui, depuis quelques années,

(1) Publié ci-après, p. 811. Pour un autre commentaire, voy. J. VANDEN BRANDEN, « Heeft wetgever onrechtmatig gehandeld wanneer wet in strijd is met hogere norm? », *R.A.B.G.*, 2010, pp. 1264 et s.; E. DE KEZEL, « Ondgrondwettige norm is geen bewijs van fout wetgever », *Juristenkrant*, 24 novembre 2010; P. POPELIER, « De zorgvuldige wetgever en de gekwalificeerde fout : een overvloedig respect voor de beleidsvrijheid van de wetgever », *R.W.*, 2010-2011, pp. 1726 et s.
(2) Pour un constat identique, voy. P. POPELIER, « De zorgvuldige wetgever... », *op. cit.*, p. 1727.

semble avoir gagné le droit de la responsabilité civile de la puissance publique (4).

1

Du principe de responsabilité au régime de responsabilité : questions demeurent pendantes

2. Dans ses arrêts du 1^{er} juin 2006³ et 28 septembre 2006⁴, la Cour de cassation a

(3) 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 concl. 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 van de wetgevende activiteit, maar niet voor de werkzaamheden van een parlementaire onderzoekscommissie », *T.B.P.*, 2006/7, pp. 434 et s. et note K. MUYLLE, « Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het Parlement na het "sektarrest" van het Hof van cassatie ». Voy. également les notes d'observations visées à la note infrapaginale suivante.

(4) Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 1996, pp. 594 et s. avec les conclusions du premier avocat général J.-F. Leclercq. Sur cet arrêt, voy. notamment M. UYTENDAELE,

admis que la responsabilité de la puissance publique peut être engagée, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, à raison des actes ou omissions fautives imputables à un législateur⁵. Le puzzle, entamé depuis l'arrêt *Flandria*, se voyait ainsi complété par une nouvelle pièce de grande importance. Il n'en était pas pour autant définitivement achevé. Au-delà de l'affirmation du principe, les deux arrêts s'abstenaient en effet de définir le régime de responsabilité auquel se trouvait soumis l'État-législateur, et, singulièrement, de préciser les éléments permettant de qualifier de « fautif », un acte ou une carence législative⁶. Certes le second arrêt cité a-t-il admis que la violation de la garantie du délai raisonnable inscrite à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pouvait, de par sa seule existence, établir le caractère fautif de la carence législative qui en était la source. Pareille conclusion était toutefois dictée par une jurisprudence de la Cour

européenne des droits de l'homme spécifique au contentieux dit « du délai raisonnable », et n'avait donc pas lieu d'être nécessairement interprétée comme l'expression particulière d'un principe plus général affirmant, de manière implicite, mais néanmoins certaine, que toute violation d'une règle de rang supérieur est *ipso jure* constitutive d'une faute⁷. Quant à ce, l'une ou l'autre pièce du puzzle demeurerait manquante : la discussion pouvait et devait être poursuivie.

Elle fit naître, en l'occurrence, une importante controverse doctrinale et jurisprudentielle.

3. Les positions des uns et des autres s'enracinaient certes dans une prémisses commune : en l'absence d'une quelconque intervention législative dérogatoire⁸, l'appréciation de la faute de l'État législateur devait procéder de la mise en œuvre des principes généraux définissant l'acte fautif au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. Rien que de plus logique, après tout, dès lors que c'est précisément sur le fondement desdits principes généraux qu'ont été bâtis les régimes de responsabilité applicables aux autres fonctions de la puissance publique : administrer⁹, réglementer¹⁰

et juger¹¹. En conséquence, il y aurait lieu de tenir pour fautif le comportement du législateur qui, soit méconnaît une règle supralégislative lui imposant d'agir ou de s'abstenir d'agir d'une manière déterminée¹², soit, en l'absence d'une telle règle, constitue une erreur de conduite que n'aurait pas commise un législateur normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances.

Au-delà de cette règle de base, des interprétations singulièrement contrastées se manifestaient dans la doctrine.

4. D'aucuns, pratiquant une analogie avec la lecture la plus sévère de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant la responsabilité du fait de la fonction d'administrer et de réglementer¹³, estimaient que toute méconnaissance d'une règle supralégislative quelconque constitue *ipso jure* une faute dans le chef de l'État législateur, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification. En parallèle avec les conséquences classiquement tirées de l'annulation d'un acte administratif par le Conseil d'État¹⁴, il y aurait donc lieu de considérer, par exemple, que la censure d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance par la Cour constitutionnelle¹⁵, en établit par principe le caractère fautif¹⁶. Sous la réserve d'une

« Du réflexe salutaire à l'ivresse du Pouvoir - Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation *Eglise universelle du royaume de Dieu et F.J.* », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1554 et s.; Y. THIELS et I. WOUTERS, « La responsabilité des pouvoirs publics. Le pouvoir législatif mis en cause : révolution ou évolution », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1526 et s.; J. WILDERMEERSCH, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 versus l'arrêt du 28 septembre 2006 : le loup était déjà dans la bergerie », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1550 et s.; R. ERGEC, « Quelques doutes sur la soumission du législateur au droit commun de la responsabilité civile », *J.T.*, 2007, pp. 440 et s.; J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité de l'État-législateur dans l'arriéré judiciaire », *J.T.*, 2007, pp. 433 et s.; R.W., 2006-2007, pp. 1124 et s. et note A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor het foutieve verzuim zijn wetgevende bevoegdheid uit te oefenen », C. VERBRUGGEN, « Een nieuwe stap in de erkenning van overheidsaansprakelijkheid : de aansprakelijkheid van de Staat wegens de uitoefening (of niet-uitoefening) van de wetgevende macht », *R.A.G.B.*, 2007/5, pp. 323 et s.; E. MAES, « Wetgever aansprakelijk voor gerechtelijk achterstand in Brussel », *Juristenkrant*, 2006, liv. 135, pp. 1 et 5; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat, de Gewesten en de Gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving », *Tijdschrift voor wetgeving*, 2006/4, pp. 401 et s.; F. BOUHON, « Arrêt d'espèce ou arrêt de principe? - Réflexions de synthèse autour de la décision de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *R.B.D.C.*, 2007/4, pp. 387-423; E. MAES, « Het Hof van Cassatie over de fout van overheidsorganen : streng, strenger, strengst... », *T.B.P.*, 2007, pp. 547 et s.

(5) Sous ce terme générique, on vise indifféremment le législateur fédéral ou un législateur communautaire ou régional. La responsabilité sera donc imputée, selon le cas, à l'État fédéral, ou à la collectivité fédérée (Communauté ou Région) dont l'acte (ou l'omission) est en cause. La collectivité politique concernée sera représentée, dans le cadre de l'action, par le ministre ayant la matière sous ses attributions (voy. Cass., 13 décembre 2007, R.G. n° C.06.0214.N : « En vertu de l'article 42, 1^o, du Code judiciaire, les significations sont faites à l'État, au cabinet du ministre compétent pour en connaître ou au bureau du fonctionnaire désigné par celui-ci ou, si l'objet du litige entre dans les attributions du Sénat ou de la Chambre des représentants, au greffe de l'assemblée mise en cause, sans préjudice des règles énoncées à l'article 705. Il ressort des dispositions précitées que le litige dont l'objet entre dans les attributions de la Chambre des représentants ou du Sénat au sens de l'article 42, 1^o, du Code judiciaire, concerne uniquement des litiges dont l'objet entre dans les attributions propres de ces institutions et notamment pas les litiges en matière de compétences résultant d'une législation fautive »).

(6) En ce sens, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Arrière... », *op. cit.*, p. 400; W. VERRIJDT, « De plicht tot uitvoering van arresten van het grondwettelijk hof door de wetgever », *Leuvense Staatsrechtelijke standpunten*, vol. 2, sous la dir. de A. ALLEN et S. SOTTIAUX, Bruges, la Charte, 2010, p. 316; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, Les dossiers du *Journal des tribunaux*, 2009, vol. 74, p. 637.

(7) Voy. A. ALLEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de grondwet », Liège, Strasbourg, Bruxelles : *parcours des droits de l'homme - Liber amicorum M. Melchior*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, p. 857.

(8) D'aucuns, redoutant que l'application pure et simple du droit commun de la responsabilité civile n'enferme l'action législative dans un carcan trop étroit, ont appelé de leurs vœux une telle intervention législative. Voy. notamment M. UYTENDAELE, « Du réflexe salutaire... », *op. cit.*, p. 1564. Voy. également A. ALLEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever - Over de cassatiearresten van 1 juni 2006 en 28 september 2006 », *Vigilantibus jus scriptum - Feestbundel voor H. Vandenberghe*, Bruges, la Charte, 2007. Ce plaidoyer doctrinal a reçu écho au Parlement. Les déclarations de révision de la Constitution du 2 mai 2007 (*M.B.*, 2 mai 2007) et 7 mai 2010 (*M.B.*, 10 mai 2007) ont en effet déclaré ouvert à révision l'article 144 de la Constitution « en ce qui concerne la responsabilité de l'État sous tous ces aspects, et ce à la lumière de la séparation des pouvoirs » (*sic*). Parallèlement, fut constitué au sein de la Chambre des représentants, sous l'égide de F.-X. DE DONNEA, un groupe de travail sur la responsabilité de l'État. Ce groupe, dont les travaux furent inaugurés par une étude de P. VAN OMMESSLAGHE et J. VERBIEST (« Responsabilité de l'État pour les actes du législateur », *Doc. parl. Ch.*, Doc 52-1627/001), a auditionné divers magistrats et experts académiques. Ses travaux semblent toutefois à l'arrêt.

(9) Voy., parmi d'autres, Cass., 21 décembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 555 et note D. RENDERS; *J.L.M.B.*, 2008, p. 1080 et s. et obs. Q. PEIFER : « 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 d'une manière déterminée ».

(10) Cass., 14 janvier 2000 (*R.A.G.B.*, 2003, p. 851 et note S. LUST; *R.W.*, 2001-2002, pp. 1096 et s. et obs. A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor schade veroorzaakt door regelgeving in strijd met het Europese Gemeenschapsrecht : voorrang voor de ten aanzien van de benadeelde gunstiger interrechtelijke regeling ») : « Sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît soit une disposition de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, soit des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle

engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage ».

(11) Cass., 27 juin 2008, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 183 et s. et obs. D. RENDERS : « La faute du magistrat, pouvant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, entraîner la responsabilité de l'État consiste, en règle, en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme du droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant au magistrat de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée ».

(12) Sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification.

(13) Cette lecture consiste, en substance, à considérer que le caractère fautif d'un acte administratif est suffisamment établi par le simple constat de son illégalité. Voy. sur ce point B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, pp. 551 et s. et réf. citées.

(14) Voy. par exemple Cass., 21 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1032 et obs. D.-M. PHILIPPE : « lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire est valablement saisie sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil d'une demande en responsabilité fondée sur l'excès de pouvoir résultant de la méconnaissance par l'autorité administrative des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée et que cet excès de pouvoir a été sanctionné par l'annulation de l'acte administratif par le Conseil d'État, la juridiction de l'ordre judiciaire doit nécessairement décider, en raison de l'autorité de la chose jugée *erga omnes* qui s'attache à pareille décision d'annulation, que l'autorité administrative, auteur de l'acte annulé, a commis une faute et que cette faute donne lieu à réparation à la condition que le lien causal entre l'excès de pouvoir et le dommage soit prouvé ». *Adde*, pour d'autres références, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, pp. 551-552.

(15) Qu'elle intervienne sur recours en annulation ou question préjudicielle.

(16) Voy. P. VAN OMMESSLAGHE et J. VERBIEST, « Responsabilité... », *op. cit.*, pp. 30-34. *Adde*, sans exhaustivité, R. ERGEC, « La responsabilité du fait de la carence législative », *op. cit.*, p. 298; M. LEROY, « Responsabilité des pouvoirs publics du fait de méconnaissance des normes de droit national par un pouvoir législatif », *La responsabilité des pouvoirs publics*, actes du colloque organisé les 14 et 15 mars 1991 par la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain et la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 338 et s.; H. VUYE, « Overheidsaansprakelijk-

erreur invincible ou d'une autre cause de justification, pareille faute engendre, moyennant démonstration du lien causal et du dommage, la responsabilité de la collectivité politique auteure de l'acte législatif censuré. Cette conclusion, inspirée d'une conception très mécanique de la théorie de l'unité de la faute et de l'il-légalité, était celle que préconisait J.-F. Leclercq dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006¹⁷. Elle fut suivie par une très large majorité de juges du fond¹⁸. L'on pointera en ce sens un arrêt de la cour d'appel de Mons du 27 février 2007¹⁹, ou encore, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 18 avril 2008²⁰.

5. D'autres auteurs, s'inspirant de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2004²¹ et du démenti qu'il apporte à l'assimilation automatique de toute illégalité à une faute²² (voy. *infra*, n° 20), estimaient en substance que la violation

heid wegens het doen en laten van de wetgever - Van Europees recht naar Belgisch recht : een (te) grote stap? », *Overheidsaansprakelijkheid*, sous la dir. de H. VANDENBERGHE, Bruges, la Charte, 2005, p. 197 et références doctrinales citées à la note 302; G. MAES, « Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht », *N.j.W.*, 2004, p. 399; *idem*, « Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving », *R.W.*, 2003-2004, pp. 1260-1207; P. POPELIER et A. VAN OEVERLEN, « De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving », *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gand, Mys en Breesch, 1997, pp. 121-122; A. VAN OEVERLEN, « De aansprakelijkheid van de Staat, de Gewesten et de Gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving », *op. cit.*, pp. 410-411; J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur... », *op. cit.*.

(17) *J.T.*, 2006, p. 599. Voy. également en ce sens les conclusions de l'avocat général Werquin précédant Cass., 21 décembre 2007, *op. cit.*

(18) S'agissant spécifiquement de la responsabilité découlant d'un arrêt de censure de la Cour constitutionnelle, voy. Bruxelles, 7 septembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 385; Liège, 16 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 819; Civ. Bruxelles, 16 février 2002, consultable sur <http://tfr-net.larcier.be>, et Civ. Liège, 17 novembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 299, note Y.-H. LELEU; Bruxelles, 1^{er} mars 2006, *F.J.F.*, 2006, 875; Bruxelles, 13 septembre 2006, *T.F.R.*, 2007, 599; Bruxelles, 22 septembre 2005, *N.j.W.*, 2006, p. 175 et note S.D.R.

(19) Mons, 27 février 2007, *J.T.*, 2009, p. 213 : « La mise en cause de la responsabilité de l'État législateur pour violation d'une disposition de droit interne qui lui est supérieure, telle la constitution, implique le constat préalable de la violation de la Constitution par la loi qui ressort du seul contrôle de la Cour d'arbitrage : en cas de constat d'inconstitutionnalité par la Cour d'arbitrage, la faute de l'État législateur sera établie sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité; en l'espèce, il ressort de l'arrêt du 21 mars 1995 de la Cour d'arbitrage que le législateur a violé les articles 10 et 11 de la Constitution, normes constitutionnelles qui lui imposent de respecter le principe d'égalité et de la non-discrimination entre les citoyens ».

(20) Bruxelles, 18 avril 2008, *Amén.*, 2008, pp. 274 et s. ici p. 276 : « Il est incontestable que la Région, en édicant une disposition inconstitutionnelle, a commis une faute dès lors qu'elle ne pouvait, dans l'exercice de sa fonction législative, méconnaître le prescrit de notre Loi fondamentale. C'est à tort que la Région soutient que le seul constat d'inconstitutionnalité n'impliquerait pas le caractère fautif de son acte ».

(21) Cass., 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 638 et s. et obs. D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives : revirement ou affinement? », *N.j.W.*, 2004, livr. 91, pp. 1316 et s. et note I. BOONE.

(22) Ayant, dans un premier temps, admis l'assujettissement d'une travailleuse et de son employeur (défendeurs en cassation) à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, l'O.N.S.S. (demandeur en cassation) avait ensuite retiré cette décision initiale d'assujettissement, au motif que la relation de travail concer-

d'une règle supralégislative n'établissait le caractère fautif de l'action ou de l'omission législative, qu'à condition qu'il soit en outre démontré que ladite règle impose, au législateur, l'adoption d'un comportement nettement déterminé²³. Or, affirment ces auteurs, toutes les règles supralégislatives susceptibles d'être méconnues par un législateur ne présentent pas nécessairement cette caractéristique, en sorte que leur violation n'établit pas toujours *ipso jure* le caractère fautif de l'acte ou de l'omission législative litigieuse. Si la règle supérieure méconnue n'impose pas un comportement déterminé, l'établissement de la faute requerrait, de manière supplémentaire, la démonstration que le législateur n'a pas agi comme l'aurait fait un législateur normalement prudent et diligent. Partant, il pourrait donc y avoir des hypothèses d'« inconstitutionnalité »²⁴ ou d'« inconventionnalité »²⁵ non fautives. Telle est précisément la conclusion à laquelle était parvenue une minorité de juges du fond, dès avant le prononcé des arrêts précités du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006²⁶.

né ne pouvait, à son estime, être qualifiée de « contrat de travail ». Contestant cette décision, la travailleuse et son employeur portèrent le litige devant les juridictions du travail, auxquelles ils demandèrent non seulement de rétablir l'assujettissement litigieux, mais également de condamner l'O.N.S.S. au paiement de dommages et intérêts en réparation du dommage causé par le retrait d'assujettissement. La décision de retrait d'assujettissement fut finalement jugée illégale. Forte de ce constat, la cour du travail de Mons, par arrêt du 9 mars 2003, fit droit à l'action en responsabilité. À son estime en effet, la décision de retrait méconnaissait, au sens de la jurisprudence classique de la Cour de cassation, « une norme de droit national imposant à des sujets de droit d'agir de manière déterminée », et devait par conséquent être considérée comme fautive, au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. Sur ce point précis cependant, la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi par l'O.N.S.S. et statuant sur conclusions contraires de son avocat général, donna tort à la juridiction montoise. Aux termes de l'arrêt du 25 octobre 2004, « la seule circonstance que la cour du travail ne s'est pas ralliée (quant à l'assujettissement litigieux) à l'analyse du demandeur n'implique pas que celui-ci a commis une faute ». « En effet », selon la Cour, « aucune norme de droit n'impose au demandeur, dans la qualification d'une relation de travail, de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée ». Par conséquent, « la décision du demandeur ne pourrait être considérée comme fautive que si elle consistait en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité administrative normalement soigneuse et prudente placée dans les mêmes conditions, comportement que l'arrêt attaqué ne constate pas ».

(23) Voy. A. ALEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de grondwet », Liège, Strasbourg, Bruxelles : *parcours des droits de l'homme - Liber amicorum M. Melchior*, Anthemis, Louvain-La-Neuve, 2010, pp. 858-859; W. VERRIJDT, « De plicht... », *op. cit.*, pp. 333 et s.; K. MUYLLE, « Wat kan een rechtspracticus aanvangen met een arrest van het Grondwettelijk Hof? Gevolgen van arresten van het Grondwettelijk Hof in het annulatiecontentieux », in *Rechtsbescherming*, Bruges, die Keure, 2008, p. 194; A. WIRTGEN, « Recente ontwikkelingen inzake overheidsaansprakelijkheid », *Rechtsbescherming*, Bruges, die Keure, 2008, pp. 149-150.

(24) Sous ce terme générique, l'on rangera toutes les hypothèses de contrariété existant entre une loi et l'une des « normes de références » confiées à la garde de la Cour constitutionnelle : les dispositions du titre II de la Constitution, les articles 170, 172 et 191 de cette dernière, ainsi que les règles établies par ou en vertu de la Constitution pour déterminer les compétences respectives de l'État, des Communautés et des régions.

(25) Sous ce terme générique, l'on rangera toutes les hypothèses de contrariété existant entre une loi et une norme de droit européen ou international.

(26) Civ. Bruxelles, 20 septembre 2002, *R.G.C.F.*, 2004, p. 55, note ORLANDO et Civ. Anvers, 1^{er} septembre 2004, *F.J.F.*, 2005, p. 226. Voy. également Civ. Mons, 5 et 26 février 2008, *Fisc.*, 2009, liv. 9, p. 937.

6. Cette controverse appelait des clarifications de la part de la Cour de cassation²⁷. L'arrêt du 10 septembre 2010 est, sur ce point, porteur d'utiles indications; à notre estime, il ne suffira cependant pas à clore définitivement la controverse.

2

L'arrêt du 10 septembre 2010

7. À l'origine du litige, se trouve l'arrêt 132/98 du 9 décembre 1998 dans lequel la Cour constitutionnelle, saisie par voie préjudicielle, déclare contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution l'article 34, § 1^{er}, 1^o, du Code des impôts sur les revenus. La disposition querellée était discriminatoire en tant qu'elle rendait impossibles les indemnités versées en réparation d'une incapacité permanente en application de la législation sur les accidents du travail, même dans l'hypothèse où il n'y avait pas de perte de revenus dans le chef de la victime²⁸. Divers contribuables cherchèrent à obtenir, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile, le remboursement des cotisations qu'ils avaient indûment payées²⁹. L'action ainsi entreprise soulevait divers problèmes en termes de prescription; nous n'entrerons cependant pas ici dans le détail de leur examen³⁰. Seule re-

(27) Aucun enseignement certain ne pouvait à cet égard être tiré de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2007, dans lequel fut débattue, non pas la responsabilité de l'État du fait de l'adoption d'une loi déclarée ultérieurement inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle, mais bien la responsabilité de l'État du fait de l'application, par l'administration, d'une loi ultérieurement déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle. *In casu*, la Cour de cassation conclut au caractère non fautif du comportement reproché. Elle estime en substance que la violation de la Constitution n'est pas fautive en ce qu'elle repose sur un arrêt d'invalidité de la Cour constitutionnelle qui n'a été publié au *Moniteur belge* qu'après que le comportement litigieux a été accompli » (Cass., 21 décembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 555 et note D. RENDERS; *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1080 et s. et obs. Q. PEIFER). Si l'arrêt n'est donc porteur d'aucun enseignement certain concernant la responsabilité de l'État-législateur, il n'en est pas moins exemplatif de la tendance au réalisme qui caractérise la jurisprudence récente relative à la responsabilité de la puissance publique en général (voy. *infra*, n°s 16 et s.).

(28) Point B.5 de l'arrêt 132/1998 : « Aucune des raisons invoquées par le conseil des ministres ne peut justifier d'inclure dans la catégorie des revenus imposables, les pensions, rentes et allocations versées à la suite d'un accident reconnu comme accident du travail au sens de la loi du 10 avril 1971 sans pour autant qu'il porte atteinte aux revenus professionnels de la victime. L'indemnisation, à laquelle la victime a droit n'a pas, dans cette hypothèse, le caractère d'un revenu de remplacement. Il en résulte que la victime subit en ce cas une discrimination par rapport à d'autres victimes d'un accident qui ne s'est produit ni sur le chemin ni sur les lieux du travail puisqu'elle est soumise à l'impôt sur les revenus tant pour l'indemnité due en raison de l'accident que pour les revenus professionnels que, par hypothèse, elle continue de percevoir ».

(29) Voy., outre la cause ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 2 octobre 2008, Gand, 2 juin 2009, *R.A.B.G.*, 2009, pp. 1239 et s.; Civ. Mons, 5 et 26 février 2008, *Fisc.*, 2009, liv. 9, 937. *Addé*, la cause ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2007, ci-avant mentionné note 5.

(30) En substance, la cour d'appel de Bruxelles estima que le point de départ de la prescription de l'action fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil, devait être situé à la date de la publication de l'arrêt 132/98 de la Cour constitutionnelle, soit le 19 mars 1999. D'autres juridictions du fond, saisies de demandes identiques, ont

tiendra notre attention la question de savoir si, au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, le législateur a commis une faute en adoptant la disposition législative ainsi censurée. Statuant par arrêt du 2 octobre 2008, la cour d'appel de Bruxelles répondit à cette question de manière affirmative et expéditive, en faisant implicitement sienne la première thèse doctrinale ci-avant exposée (*supra*, n° 4) : « de vaststelling door het Grondwettelijk Hof dat een bepaling strijdig is met de (Grondwet) betekent meteen dat het foutieve gedrag in hoofde van de wetgever vaststaat »³¹. C'est sur ce point précis que l'arrêt du 2 octobre 2008 a encouru la censure de la Cour de cassation. Il est certes rappelé que « L'État peut, en règle, être tenu responsable d'une intervention ou omission législative fautive », mais l'arrêt du 10 septembre 2010 ajoute aussitôt qu'« Il appartient au juge d'examiner si l'État a agi comme le ferait un législateur normalement prudent et diligent ». Selon la Cour de cassation en effet, « La décision prise par la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une question préjudicielle, qu'une disposition légale est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution n'implique pas encore qu'il est établi que le législateur a commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. La responsabilité du législateur pour avoir adopté une législation fautive requiert une appréciation propre du juge saisi de la demande de condamner l'État sur la base d'un acte illicite. 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 suffit pas comme appréciation propre ».

3

Les silences de l'arrêt du 10 septembre 2010 : incertitudes et zones d'ombre persistantes

8. L'enseignement certain que l'on peut tirer de l'arrêt du 10 septembre 2010, est le rejet de l'assimilation systématique entre, d'une part, la violation d'une règle constitutionnelle par un acte législatif ou une abstention de légiférer, et, d'autre part, l'existence d'une faute dans le chef de l'État législateur. Toute inconstitutionnalité quelconque n'est donc pas nécessairement fautive. Fort bien. Mais au-delà?

cependant adopté sur la question une position différente. Voy. notamment Gand, 2 juin 2009, R.A.B.G., 2009/18, pp. 1239 et s. Sur l'ensemble de la question, voy. J. VANDEN BRANDEN, « In welke gevallen kan een buitencontractuele vordering op basis van artikel 1382 B.W. worden ingesteld? », R.A.B.G., 2009, pp. 1246 et s. Une autre question, dans l'examen de laquelle nous n'entrons pas davantage, concerne l'éventuelle rupture du lien causal qui serait liée à la circonstance que le contribuable se serait abstenu d'exercer, dans les délais prescrits, les recours fiscaux qui lui étaient ouverts. Sur la question, voy. C. HENDRICKX, « Hof van Cassatie : bij gebrek aan tijdig bezwaar, geen buitencontractuele aansprakelijkheid in hoofde van overheid », note sous Cass., 23 juin 2008, R.A.B.G., 2009, pp. 635 et s.

(31) Bruxelles, 2 octobre 2008, R.A.B.G., 2009, pp. 613 et s. et note E. VRIJERS : « Aansprakelijkheid van de Staat, schadebeperkingsplicht en verjaring ».

9. La difficulté d'interprétation de l'arrêt tient au fait que, sur le plan axiomatique, il s'abstient de réinscrire, de manière explicite, le régime de la responsabilité de l'État-législateur dans les principes généraux qui ont permis de circonscrire les sources de la faute au sens de l'article 1382 et 1383 du Code civil. La définition « canonique » à double volet — « violation d'une norme supérieure imposant d'agir ou de s'abstenir d'agir dans un sens déterminé » ou violation de la norme générale de prudence (voy. *supra*, n° 3) — n'apparaît pas explicitement dans l'arrêt commenté, et ce, à la différence notable de ce que l'on peut lire dans les arrêts consacrés à la responsabilité de l'État-juge³² et de l'État-administrateur³³.

Ce silence affiché par l'arrêt du 10 septembre 2010 fait naître deux incertitudes.

10. La première concerne le champ d'application des enseignements qui sont susceptibles d'en être tirés. Faut-il considérer que le raisonnement de la Cour est spécifique au grief d'inconstitutionnalité susceptible d'affecter les actions ou les omissions du législateur, ou doit-on estimer qu'il s'étend à toute hypothèse de violation, par la loi ou l'absence de loi, d'une règle supralégislative, qu'elle soit de source nationale, européenne ou internationale? À notre estime, la seconde branche de l'alternative doit — au moins provisoirement — être privilégiée. En logique comme en droit, on aperçoit en effet pas comment, sur le fondement de dispositions identiques (articles 1382 et 1383, C. civ.), on pourrait justifier des régimes de responsabilité de l'État législateur à géométrie variable, dont le degré de sévérité serait uniquement fonction de la source formelle de la règle supralégislative à laquelle il a été contrevenu³⁴. La question essentielle sera en effet celle du caractère déterminé ou non de l'obligation s'imposant au législateur; la source formelle de cette obligation est, à cet égard, sans incidence.

11. La seconde incertitude concerne, précisément, la teneur du régime de responsabilité de l'État-législateur. Deux lectures sont possibles.

Selon une première lecture, l'arrêt se serait, implicitement, rattaché à la seconde thèse doctrinale ci-avant développée (*supra*, n° 5). Dans cette perspective, la Cour de cassation n'aurait pas évacué totalement la théorie de l'identité de la faute et de l'illégalité; tout juste en aurait-elle relativisé la portée, en en réservant l'application à l'hypothèse — présumée non vérifiée en l'espèce — où la règle supérieure à laquelle il a été contrevenu impose un comportement nettement déterminé au législateur.

Selon une seconde lecture, plus radicale, l'arrêt du 10 septembre 2010 aurait purement et simplement anéanti, dans le domaine de la responsabilité de l'État-législateur, toute idée d'identi-

té entre la violation de la règle supralégislative et la faute. Cet anéantissement pourrait lui-même résulter de deux explications qui, quoique distinctes sur le plan théorique, n'en sont pas moins totalement convergentes sur le plan pratique. Soit la Cour aurait implicitement estimé qu'il n'existe en réalité aucune règle supralégislative imposant un comportement déterminé au législateur : le devoir général de prudence serait donc, par défaut, la seule norme au regard de laquelle peut être apprécié le caractère fautif des actes ou abstentions de celui-ci. Soit la Cour de cassation n'aurait pas évacué l'éventualité que se présentent des règles supralégislatives imposant un comportement déterminé au législateur, mais n'en aurait pas moins estimé que le seul constat de leur violation ne peut suffire à établir, ni même à faire présumer, l'existence d'une faute dans le chef de ce dernier. Un tel constat devrait être systématiquement « doublé » d'une appréciation portée sur l'existence d'un manquement au devoir général de prudence commis par l'auteur de la violation : le législateur concerné s'est-il comporté comme l'aurait fait un législateur normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances? La faute n'étant point ici présumée, la charge de la preuve incomberait, sur ce point, au demandeur en responsabilité.

Relativisation ou anéantissement? À notre estime, la première lecture doit pour l'instant être préférée. L'on constate en effet que la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation n'a jamais exclu l'hypothèse que l'une ou l'autre règle constitutionnelle, européenne ou internationale puisse, au sens du droit de la responsabilité civile, imposer un comportement déterminé aux pouvoirs publics; au contraire, elle l'a expressément envisagé, à plus d'une reprises³⁵. Pour le surplus, il nous paraît hâtif de présumer, sur la base de la lecture du seul arrêt commenté, que la Cour de cassation aurait entendu édifier le régime de la responsabilité de l'État-législateur sur une définition de la faute qui, parce qu'elle se verrait *in fine* réduite à la seule hypothèse de la violation de la norme générale de prudence, s'inscrirait en rupture totale, non seulement avec les standards applicables à l'État-administrateur et à l'État-juge, mais plus encore avec le droit commun de la responsabilité civile. De telles ruptures ne se présument pas; si la Cour de cassation avait réellement entendu y procéder, elle se serait montrée plus explicite.

En conclusion, il nous semble donc que l'arrêt commenté laisse subsister, même dans le domaine de la responsabilité de l'État-législateur, une place pour la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité. Mais une place résolument modeste, dont les contours doivent être tracés de manière concrète et réaliste, loin du présupposé dogmatique affirmant, de manière abstraite, que toute norme supralégislative impose au législateur d'agir ou de s'abstenir d'agir de manière déterminée.

(32) Voy. *supra*, note 11.

(33) Voy. *supra*, notes 9 et 10.

(34) Remarquons au demeurant qu'une telle « géométrie variable » est absente de la jurisprudence de la Cour de cassation consacrée à la responsabilité du fait de la fonction de juger, d'administrer ou de réglementer. Nulle modulation de régime n'y est effectuée sur la seule base de la source formelle de la règle supérieure à laquelle il a été contrevenu. Tout au contraire les sources formelles possibles — nationales, européennes ou internationales — y sont évoquées d'un seul et même trait de plume, et par là même, traitées à la même enseigne. Voy. ci-avant Cass., 21 décembre 2007 (note 9), Cass. 27 juin 2008 (note 11) et Cass., 14 janvier 2000 (note 10).

(35) Voy., parmi d'autres, Cass., 21 décembre 2007, précité : « 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 d'une manière déterminée ».

12. Toute difficulté n'est pas pour autant écartée. À supposer en effet que la Cour de cassation ait retenu, à propos de la responsabilité de l'État législateur, l'idée d'une application nuancée de la théorie de l'unité de la faute et de l'illegalité, surgissent inmanquablement une série de questions supplémentaires.

13. Ces questions concernent, tout d'abord, la où les critères permettant d'effectuer le départ entre les règles supralégislatives qui imposent un comportement déterminé, et celles qui ne présentent pas une telle caractéristique. Les réflexions doctrinales d'ores et déjà existantes sur ce point semblent affirmer la possibilité d'opérer une classification générale et abstraite³⁶. Les articles 10 et 11 de la Constitution — sésames privilégiés du contrôle de constitutionnalité exercé à la place Royale — ne présenteraient pas le degré de détermination suffisant pour être érigés en obligations de résultat; leur violation ne suffirait donc pas à établir, ni même à faire présumer, la faute. Il en irait autrement s'agissant des articles 14bis (abolition de la peine de mort), 17 (prohibition de la confiscation des biens), 18 (abolition de la mort civile) ou 25 (interdiction de la censure) de notre Charte fondamentale, dont le prescrit est nettement plus précis et inconditionnel. À notre estime cependant, pareille classification pêche par son abstraction. Le degré de détermination d'une règle ne gît pas uniquement dans son seul libellé; il ne peut s'éprouver qu'au travers d'une appréciation du contexte interprétatif qui lui donne son sens et sa signification à un moment précis³⁷. Certes, et comme le laisse entendre la Cour de cassation dans un arrêt du 24 septembre 2010³⁸, la règle d'égalité et de non-discrimi-

mination présente le plus souvent une « texture ouverte » qui ménage un pouvoir d'appréciation plus au moins étendu dans le chef de ceux qu'elle oblige³⁹. Elle n'en est cependant pas pour autant, et dans tous les cas de figure, irrémédiablement « sous-déterminée ». Ainsi et par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme estime qu'au regard de l'article 14 de la Convention éponyme, « aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle »⁴⁰. Il n'y a pas sur ce point de subtiles balances des intérêts et autres contrôles de proportionnalité dans lesquelles se loge une large marge d'appréciation du législateur : la règle d'égalité et de non-discrimination présente ici une inconditionnalité toute particulière qui, *a priori*, autorise à la tenir pour une règle supérieure nettement déterminée. À l'inverse, cette même Cour européenne a récemment dû faire le constat que la notion de « censure », figurant dans l'article 25 de la Constitution, n'était finalement pas si claire que cela⁴¹...

ner elle-même la manière dont elle exerce sa compétence et de choisir la solution qui lui semble la plus indiquée dans les limites posées par la loi.

» La manière dont elle doit garantir l'égalité des citoyens est concrètement interprétée par l'administration, qui dispose à cet égard d'une certaine liberté d'appréciation.

» 4. Il ne peut pas être nécessairement déduit du seul droit à un traitement égal, qui n'est imposé par aucune autre disposition légale, que lors de la cession de leurs activités, les sociétés de télédistribution publiques avaient l'obligation d'organiser la consultation du marché visée dans la requête et en ne le faisant pas, elles ont violé un droit subjectif de la demanderesse. Les sociétés de télédistribution conservaient, en effet, une liberté d'appréciation suffisante quant à la manière la plus appropriée de garantir l'égalité entre les entreprises ».

Voy. encore, de manière plus explicite encore, les conclusions de l'avocat général C. Vandevelde précédant l'arrêt : « Les articles 10 et 11 de la Constitution forment l'obligation de respecter le principe d'égalité et le principe de non-discrimination, mais ne fixent nullement de manière intégrale le contenu et les conditions d'existence de cette obligation. En outre, cette obligation constitue un « système ouvert », dès lors que les exceptions éventuelles à cette obligation ne sont pas énumérées de manière expresse et limitative par le législateur, mais sont laissées « ouvertes ». Un tel système connaît la possibilité d'invoquer une cause de justification générale : une différence de traitement ne sera illicite que si elle ne peut pas être justifiée de manière objective et raisonnable.

» Ainsi, l'autorité dispose d'une liberté d'appréciation relative à la manière dont elle observe cette obligation dans un cas concret, à moins que des dispositions légales ou réglementaires ne la concrétisent de façon contraignante ».

(39) Comp. la position qui avait été défendue par M. le procureur général Velu, alors avocat général, dans ses conclusions précédant Cass., 13 mai 1982 (Pas., I, 1080). Celle-ci consistait en substance à affirmer que les règles constitutionnelles garantissant le principe d'égalité et de non-discrimination imposent à la puissance publique des obligations dont le contenu est « le plus souvent » suffisamment déterminé pour apparaître comme des obligations de résultat. Cette position fut également défendue par M. l'avocat général Th. Werquin dans ses conclusions précédant Cass., 21 décembre 2007, *op. cit.*, point 5.2. *in fine*.

(40) Voy. C.E.D.H., arrêt *Timichev c. Fédération de Russie* du 13 décembre 2005, § 58. Le droit dérivé de l'Union européenne dédié à la lutte contre la discrimination raciale est tout aussi catégorique : voy. en effet la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (J.O. L 180 du 19 juillet 2000, pp. 22-26).

(41) C.E.D.H., arrêt *R.T.B.F. c. Belgique* du 29 mars 2011, § 115.

On l'aperçoit rapidement : 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.

14. Une seconde série de questions porte sur les paramètres à l'aide desquels il pourra être jugé, en l'absence d'une règle supérieure suffisamment déterminée, que l'inconstitutionnalité ou « l'inconventionnalité » de l'action ou de l'omission législative procède dans le chef de son auteur, d'un manquement au standard du législateur normalement prudent et diligent. Sous réserve d'éclaircissements ultérieurs de la part de la Cour de cassation, l'on pourrait parfaitement emprunter ces paramètres au processus législatif ayant précédé l'adoption de la loi censurée. La circonstance que le motif de censure ait d'ores et déjà été, *ab initio*, signalé par la section de législation du Conseil d'État, et que l'avertissement ainsi donné ait été superbement ignoré par le législateur concerné, pourrait par exemple attester l'existence d'une imprudence dans le chef de celui-ci. D'autres facteurs de concrétisation, attestant de l'évidence ou de l'absence d'évidence de la violation commise, pourraient être puisés dans la procédure juridictionnelle qui a conduit à la censure proprement dite : reconnaissance préalable, ou non, de l'existence de « moyens sérieux » dans le cadre d'une demande en suspension doublant un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle⁴²; mise en œuvre, ou non, de la procédure tendant au prononcé, par la Cour constitutionnelle, d'un « arrêt de réponse immédiate »⁴³; affirmation, dans les motifs de la décision de censure proprement dite, du caractère manifeste de l'inconstitutionnalité⁴⁴ ou de « l'inconventionnalité » détectée...

(42) Article 20-1^o de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. Voy. *a contrario*, Liège, 22 juin 2010, J.L.M.B., 2011, p. 228. Se trouvait en cause la question du caractère « fautif » d'un acte administratif ayant préalablement été annulé par le Conseil d'État. Aux fins de conclure que l'autorité administrative n'avait pas manqué au devoir général de prudence, la juridiction liégeoise fit notamment valoir que le grief de légalité finalement retenu par le Conseil d'État dans son arrêt d'annulation, n'avait pas été préalablement qualifié de « sérieux », par ce même Conseil d'État, lorsqu'il statua sur la demande en suspension du même acte administratif.

(43) Article 72 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(44) Il ne s'agirait là, à notre estime, que d'un élément d'appréciation parmi d'autres, en soi non décisif pour l'établissement de la faute du législateur. P. Popelier semble pour sa part adopter un point de vue plus radical, estimant que l'appréciation à former sur le caractère prudent et diligent de l'action du législateur doit être considérée comme nécessairement et intégralement « épuisée » dans le contrôle de proportionnalité auquel la Cour constitutionnelle se livre lorsqu'il s'agit de statuer sur la compatibilité d'une règle législative avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Elle écrit en ce sens que « die zorgvuldigheidscriteria concretiseren de rechtvaardigheidstest in het raam van het proportionaliteitsbeginsel, dat op zijn beurt deel uitmaakt van de toetsing aan de artikelen 10 en 11 Gw en aan de grondrechten » (P. POPELIER, « De zorgvuldige wetgever... », *op. cit.*, p. 1727). Elle en déduit que toute censure fondée sur les articles 10 et 11 de la Constitution établit nécessairement l'absence d'un comportement soigneux et diligent dans le chef du législateur censuré, et donc une faute de ce dernier : « als het Grondwettelijk Hof een schending van de artikelen 10-11 G.W. vaststelt, men kan aannemen dat reeds rekening werd gehouden met een ruime beleidsvrijheid en dat de grenzen van wat een zorgvuldige wetgever vernag, overschrijden zijn. De vraag rijst dus welke « eigen beoordeling » de rechter daaraan nog dient toe te voegen, om een onrechtmatigheid vast te

(36) Voy. A. ALEN, « De overheidsaansprakelijkheid... », *op. cit.*, p. 859; A. WIRTGEN, « Recente ontwikkelingen... », *op. cit.*, p. 150; W. VERRIJDT, « De plicht tot uitvoering... », *op. cit.*, pp. 325 et 333-335.

(37) Voy. également les remarques formulées *infra*, note 52.

(38) Cass., 24 septembre 2010, R.G. n^o C.08.0429.N. La question en litige était, en substance, celle des limites des attributions du pouvoir judiciaire pour connaître du contentieux portant, au provisoire, sur la légalité d'un acte administratif. Ces limites devaient être, en l'occurrence, tracées à l'aide de la théorie de l'enjeu véritable et direct du litige. Selon la Cour de cassation, « 1. En vertu de l'article 144 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. En vertu de l'article 145 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont en principe aussi du ressort des tribunaux.

» Cette compétence est déterminée par l'objet réel et direct de la contestation.

» Les tribunaux sont, ainsi, compétents pour connaître des demandes qui sont fondées sur une obligation juridique précise imposant directement à un tiers une règle de droit objectif et qui sont introduites par une partie ayant un intérêt à son exécution. Le pouvoir judiciaire est compétent pour constater l'irrégularité commise par l'administration dans l'exercice de sa compétence discrétionnaire ou, en référé, pour la soumettre à une appréciation provisoire et prendre les mesures adéquates visant à prévenir un dommage.

» Pour qu'une partie puisse invoquer un tel droit à l'égard de l'autorité administrative, la compétence de cette autorité doit être une compétence liée.

» 2. En vertu de l'article 10 de la Constitution, il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres; les Belges sont égaux devant la loi. L'article 11 de la Constitution dispose que la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination.

» 3. En vertu de ces dispositions constitutionnelles, l'autorité publique est tenue de traiter toute personne de manière égale et non-discriminoire.

» L'autorité administrative qui prend une décision en vertu de sa compétence discrétionnaire dispose toutefois d'une liberté d'appréciation qui lui permet de détermi-

Une indication se dégage en tout cas très clairement de l'arrêt du 10 septembre 2010 : l'appréciation du caractère fautif du comportement du législateur ne peut s'inscrire que dans une perspective historique bien déterminée. Conformément aux principes qui gouvernent la matière de la responsabilité civile⁴⁵, il convient en effet de rechercher le comportement qui aurait été celui du « législateur normalement prudent et diligent », replacé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu. C'est donc au moment de l'adoption de la règle législative litigieuse, et non au moment de sa déclaration d'inconstitutionnalité ou d'« inconventionnalité », qu'il conviendra en principe de se placer pour évaluer le caractère manifeste ou non de l'illégalité commise. La démarche n'est assurément pas sans conséquences. Plus sans doute que toutes autres, les exigences constitutionnelles et conventionnelles présentent en effet — de l'aveu même des juridictions qui en ont la garde⁴⁶ — un caractère évolutif. Ce qui apparaît « évident » aujourd'hui peut ne pas l'avoir toujours été par le passé. Plus encore : les exigences constitutionnelles ou conventionnelles peuvent, à la faveur de l'écoulement du temps et de revirements de jurisprudence, s'être purement et simplement inversées. L'appréciation *ex tunc* devra donc par principe être privilégiée. Elle ne devra céder la place à une appréciation *ex nunc* qu'en présence de dommages liés à l'application continuée d'une norme législative d'ores et déjà déclarée inconventionnelle ou, sur question préjudicielle⁴⁷, inconstitutionnelle. Dans ce

cas, en effet, ce n'est pas tant le caractère fautif de l'adoption de la règle législative qu'il convient d'apprécier, que la faute résultant de son maintien en vigueur en contravention à des exigences juridiques supérieures ayant nécessairement acquis, à la faveur de la déclaration préalable « d'inconventionnalité » ou d'inconstitutionnalité, toute la détermination voulue. Cette hypothèse, que l'on aperçoit en filigrane d'une interprétation *contra ratio* d'un arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2007⁴⁸, était au cœur du raisonnement tenu par le tribunal de première instance de Liège, à l'occasion d'un jugement du 17 novembre 2000⁴⁹ : à l'évidence, devait être considéré comme fautif le maintien en vigueur, *anno* 1995, d'une disposition du Code civil déclarée inconstitutionnelle cinq années auparavant.

15. Une dernière difficulté tient enfin à la nécessité d'intégrer, dans le régime de responsabilité de l'État législateur qui sera progressivement dessiné, les exigences européennes ou internationales applicables à la matière. Lorsque se trouve en cause le droit de l'Union européenne, ledit régime connaîtra, comme « plancher » obligatoire⁵⁰, le standard de la « violation suffisamment caractérisée » développé par la C.J.U.E.⁵¹. Ce même régime devra par ailleurs aboutir à ce que, d'une manière ou d'une autre, l'absence totale de mesures de transposition d'une directive dans les délais impartis soit *ipso jure* constitutive d'une faute, et génératrice de

responsabilité⁵². La Convention européenne des droits de l'homme impose également que soit indemnisés, de manière automatique, les dommages causés par la « simple » méconnaissance de l'une de ses dispositions. L'on vise ici⁵³ les dommages liés à la violation de la garantie du « délai raisonnable », visée à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. À cet égard, il est impératif que la sévérité de l'enseignement de l'arrêt *Ferrara Jung* (*supra*, n° 2) survive aux orientations, visiblement plus clémentes, de l'arrêt commenté.

4

La tendance au pragmatisme à l'œuvre dans le contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics

16. L'arrêt du 10 septembre 2010 et sa sobre motivation laissent subsister, sur le terrain de la responsabilité de l'État-législateur, certaines zones d'ombre et quelques angles morts. Suffira-t-il, pour que la clarté soit faite, que l'une ou l'autre pièce soit ponctuellement ajoutée au puzzle? À notre avis, des ajustements plus systémiques pourraient s'imposer.

17. Fondamentalement en effet, l'arrêt commenté participe d'un mouvement profond qui traverse, depuis quelques années, la matière de la responsabilité de la puissance publique. À la base de ce mouvement, se trouverait un constat réaliste : les systèmes juridiques contemporains sont devenus résolument trop complexes pour que l'on puisse encore envisager la production, l'interprétation et l'application de normes comme des opérations purement mécaniques. Le

stellen ». D. RENDERS en J.-F. VAN DROOGHENBROECK avaient défendu un point de vue relativement similaire s'agissant de la responsabilité de la puissance publique du fait de la fonction d'administrer et de réglementer : ici encore, le constat d'illégalité incorpore la détection d'une erreur manifeste d'appréciation, et devrait en conséquence suffire à établir l'existence d'un comportement insuffisamment prudent et diligent dans le chef de l'autorité administrative (D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Erreur de droit et droit à l'erreur », *Liber amicorum M. Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 463-464, n° 10).

À notre estime toutefois, il n'y a aucune difficulté à postuler l'absence d'une parfaite correspondance entre un standard d'illégalité et un standard de faute, et à légitimer de la sorte une mansuétude accrue dans la détermination et l'adjudication du second, même lorsque le contrôle de légalité, nourri d'appréciations de proportionnalité, fait d'ores et déjà la part belle à la marge d'appréciation de l'autorité dont les actes sont contrôlés. Le contentieux de la responsabilité des institutions de l'Union européenne est au demeurant bâti sur l'affirmation d'une telle non-correspondance (voy. de manière particulièrement nette, C.J.U.E., T-429/05, *Artegoda GmbH c. Commission*, 3 mars 2010). Celle-ci est d'ailleurs d'autant plus facile à concevoir que l'appréciation de la légalité intervient *ex nunc*, tandis que la détermination de la faute suppose, pour sa part, une appréciation *ex tunc*. Or, l'évidence d'une illégalité sanctionnée *ex post*, peut ne pas avoir été avérée *ex ante*. Reconnaissons cependant que, à l'épreuve de la pratique, les distinguos théoriques ci-dessus effectués peuvent dans certains cas perdre de leur netteté.

(45) Voy. sur ce point, e.a., B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, pp. 29 et 32.

(46) Voy. par exemple, à propos de l'obligation d'indemniser les dégâts de lapins au double de la valeur du préjudice réellement subi, Cour const., n° 53/98, 20 mai 1998, points B.6 et s. Voy. encore, à propos de la distinction entre ouvriers et employés, Cour const., 56/93 du 8 juillet 1993. *Adde*, s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, C.E.D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979.

(47) Par définition en effet, l'annulation de la règle législative litigieuse exclut la possibilité de son application ultérieure. Il n'en irait autrement que si la Cour constitutionnelle, faisant usage du pouvoir que ménage à son profit l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier

1989, décidait de maintenir les effets de la norme annulée jusqu'à une date ultérieure au prononcé de l'arrêt d'annulation. Dans ce cas cependant, l'application continuée de la règle déclarée inconstitutionnelle ne pourrait être considérée comme fautive. Sur la question, voy. K. MUYLLE, « Les conséquences du maintien des effets de la norme annulée par la Cour d'arbitrage », *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, sous la dir. de H. DUMONT, S. VAN DROOGHENBROECK et P. JADOUL, Bruges, la Chartre, 2007, pp. 554-555. On notera qu'à la faveur d'un arrêt du 7 juillet 2011, la Cour constitutionnelle s'est également reconnue le pouvoir de limiter dans le temps les effets de ses arrêts de censure prononcés par voie préjudicielle, et, le cas échéant, de maintenir les effets de la norme pareillement censurée pour une période ultérieure au prononcé de l'arrêt (Cour const., n° 125/2011, 7 juillet 2011). Il semble *a priori* que cette nouvelle jurisprudence de la Cour constitutionnelle rend « caduque » la jurisprudence de la Cour de cassation qui affirmait, pour sa part, qu'il appartient aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire de fixer éventuellement une limite à l'effet déclaratif des arrêts de censure prononcés par la Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel, en tenant compte des impératifs de la sécurité juridique et de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales (Cass., 20 décembre 2007, *R.W.*, 2007-2008, pp. 1368 et s. et note P. POPELIER; Cass., 5 juin 2008, *R.G.* n° C.06.0019.N).

(48) Voy. *supra*, note 27.

(49) Civ. Liège, 17 novembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 299, note Y.-H. LÉLEU.

(50) La difficulté ne se posait pas aussi longtemps que la jurisprudence belge s'en tenait à la lecture la plus rigide de la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité : celle-ci implique en effet un standard de faute nettement plus sévère pour la puissance publique que celui de la « violation suffisamment caractérisée », et la jurisprudence de la C.J.U.E. ne s'oppose évidemment pas à cette sévérité accrue (voy. au demeurant Cass., 14 janvier 2000, *R.A.C.B.*, 2003, p. 851 et note S. LUST; *R.W.*, 2001-2002, pp. 1096 et s. et obs. A. VAN OVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor schade veroorzaakt door regelgeving in strijd met het Europese Gemeenschapsrecht : voorrang voor de ten aanzien van de benadeelde gunstiger interne rechtelijke regeling »).

(51) Pour une synthèse récente de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la matière, et des répercussions qui furent les siennes dans la jurisprudence belge, voy. A. VAN OVELEN, M. WISSINK et R. MEIJER, « Staatsaansprakelijkheid wegens schending van het Europese gemeenschapsrecht in België en Nederland », *T.P.R.*, 2008, pp. 77 et s.

(52) Voy. en effet C.J.U.E., C-178/94 et autres, arrêt du 8 octobre 1996, *Dillenkofer et autres*, points 22-26. Il convient d'être attentif au fait que l'absence de transposition d'une directive peut indirectement être sanctionnée, devant la Cour constitutionnelle, par le constat de la violation d'une disposition du titre II de la Constitution. Voy. par exemple l'arrêt 137/2006, 14 septembre 2006 (l'absence de transposition de la directive est, indirectement, sanctionnée par le constat d'une violation de l'article 23 et de l'obligation de *standstill* qui s'en dégage en matière environnementale); l'arrêt 55/2011 du 6 avril 2011 (l'absence de transposition de la directive est, indirectement, sanctionnée par le constat d'une violation de l'article 10 et 11). En pareille circonstance, le constat de violation de la disposition constitutionnelle concernée doit *ipso jure* conduire à l'établissement d'une faute dans le chef de l'État législateur; toute appréciation supplémentaire fondée sur la conformité du comportement de celui-ci au devoir général de prudence, serait incompatible avec la jurisprudence de la C.J.U.E. Ici apparaît, en toute clarté, la nécessité de la démarche contextuelle décrite *supra*, n° 13.

(53) L'article 5, § 5, de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit par ailleurs que toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention contraire à l'une des garanties portées par les paragraphes 1^{er} à 4 de la même disposition, a droit à une réparation. La circonstance que la contrariété constatée est imputable à une loi ou une absence de loi, est, à cet égard, indifférente. En droit belge, le droit à la réparation ainsi garanti n'a pas lieu d'être recherché sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile : un dispositif législatif spécifique — l'article 27 de la loi du 10 mars 1973 relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante — a été prévu à cet effet (voy. O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, « Internement d'aliénés, assistance judiciaire et politique budgétaire des droits de l'homme - À propos de l'arrêt *Aerts* de la Cour européenne des droits de l'homme », *A.P.T.*, 1998, p. 236).

simple constat d'une illégalité objective constatée par une juridiction ne saurait suffire à conclure à l'existence d'une faute. L'appréciation portée sur les fautes éventuelles commises par l'autorité dans chacune de ses activités ne saurait ignorer ces nouvelles données : tout au contraire doit-elle devenir, à son tour, plus pragmatique⁵⁴.

18. Ainsi qu'on y a déjà fait allusion à plusieurs reprises, cet impératif implique de procéder à un examen analytique de la norme dont la violation est en cause. Si l'on ne peut exclure que certaines normes contiennent des ordres à ce point précis et stricts que leur seule violation pourrait être apparemment constitutive d'une faute civile, encore faut-il reconnaître que cette situation n'est certainement pas la règle. En l'occurrence, l'analyse de la jurisprudence montre que dans le domaine de la responsabilité civile des pouvoirs publics, de telles normes sont plutôt rares.

En outre, il convient de ne pas dissocier artificiellement l'élément matériel de la faute de son élément moral. Sans doute, l'élément moral prend-il une coloration particulière dans ce contexte, mais il permet à l'auteur de l'acte querellé de se justifier en montrant que la portée de norme qu'il avait à appliquer n'était pas à ce point claire que l'on ne pouvait hésiter sur le sens qu'il fallait lui donner.

19. Il est vrai que dans le domaine de la responsabilité de l'administration pour méconnaissance des règles de droit qui s'imposent à elle, ce n'est pas prioritairement l'analyse de la norme légale que l'administration a violée qui paraît déterminante, mais le fait que l'acte litigieux ait fait l'objet d'une censure préalable par le Conseil d'État. Il est en effet difficile, vu l'autorité de chose jugée qui s'attache à sa décision, de faire abstraction du constat d'illégalité qui a été préalablement fait par la juridiction administrative. Encore faut-il correctement mesurer la portée d'un tel constat et vérifier si celui-ci s'appuie sur les mêmes critères que ceux qui ont cours en droit commun de la responsabilité civile. Or, en censurant un acte de l'administration pour illégalité, le Conseil d'État ne statue que sur l'élément matériel de la faute (faute objective) non sur l'élément moral (faute subjective). Il ne porte pas de jugement sur le comportement adopté pas l'auteur de l'acte administratif censuré.

Dans l'état actuel, la Cour de cassation paraît encore et toujours encline à déduire de ce constat d'illégalité une présomption simple de faute, tout en réservant à l'administration la preuve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification⁵⁵. La rigueur avec laquelle cette preuve contraire est admise témoigne

bien entendu de la nature du régime de responsabilité ainsi mis en place. À notre sens, il y a lieu de se satisfaire de la simple preuve de l'absence de faute. Dès lors que l'administration parvient à démontrer que l'erreur qu'elle a commise l'aurait été, dans les mêmes circonstances, par tout homme normalement prudent et diligent, elle devrait pouvoir être exonérée. Aller au-delà paraît difficilement justifiable sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil. Il est permis d'apercevoir, dans un arrêt du 8 février 2008⁵⁶, l'adoption par la Cour de cassation de cette démarche plus réaliste. En l'occurrence, l'erreur invincible de droit semble y avoir été admise à des conditions plus généreuses que celles que fixait la jurisprudence antérieure de la juridiction suprême. Si tant est qu'il traduise véritablement une nouvelle ligne jurisprudentielle de celle-ci, l'enseignement de cet arrêt du 8 février 2008 gagnerait toutefois à être confirmé par la Cour de cassation⁵⁷.

20. Hors l'hypothèse d'une censure préalable du Conseil d'État, et lorsque la norme censée guider l'action de l'administration suppose résoudre une qualification préalable d'un concept juridique sujet à interprétation, la même démarche commande que l'illégalité éventuellement mise en lumière voie son caractère fautif apprécié par rapport au critère traditionnel de l'homme normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances. Tel est l'enseignement qui se dégage de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2004, précédemment évoqué⁵⁸. Au vu cependant des controverses qu'il a suscité et suscite encore⁵⁹ — jusques et y compris au sein du parquet de

cassation⁶⁰ — cet enseignement gagnerait incontestablement à être confirmé et clarifié.

21. Le même raisonnement s'impose à l'évidence lorsqu'aucune norme déterminée ne vient encadrer l'action de l'administration, par exemple lorsque celle-ci a donné une information incorrecte à un citoyen ou lorsqu'on lui reproche de ne pas avoir réagi dans des délais raisonnables. Dans ce cas, c'est la figure de l'administration normalement prudente et diligente qui domine. Il en va de même lorsqu'on reproche à l'administration une abstention coupable alors qu'aucune norme ne lui impose d'agir.

22. Un retour au pragmatisme peut être également décelé dans la jurisprudence relative à la responsabilité de l'État du fait des magistrats. Il a été rapidement admis que le seul fait de la réformation ne suffisait pas à conclure que le juge saisi en premier ressort a commis une faute. Au-delà, il restait à donner une consistance, dans ce domaine, à la distinction classique entre les deux sources de la faute civile. Quoique la Cour de cassation n'en récuse pas l'existence, les normes supposées imposer au magistrat d'agir ou de s'abstenir d'agir dans un sens déterminé se révèlent, à l'examen de la jurisprudence des juges du fond⁶¹, assez rares, leur nombre se réduisant finalement à une peau de chagrin. N'entre pas dans cette catégorie, en effet, « la norme de droit que (celui qui prend une décision juridictionnelle) a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce »⁶². Pourraient par contre y être rangées, les règles fixant la computation des délais et celles qui prescrivent au juge une interdiction formelle et précise qu'on assimilera dans le langage contractuel à des obligations de ne pas faire (interdiction de statuer *ultra petita*, respect du secret de l'instruction...). Souvent la violation paraîtra à ce point manifeste que le détour par le classement de la norme dont la violation est invoquée ne sera même pas nécessaire.

23. Au vu de ces brefs rappels, il ne semble plus possible d'affirmer sans réserve que le respect de la légalité constitue, pour la puissance publique, une obligation de résultat. L'appréciation de la faute de celle-ci ne saurait plus se dispenser d'un examen circonstancié de la norme prétendument violée, et du comportement qui, au moment de l'adoption de l'acte litigieux, fut celui de l'autorité dont la responsabilité est mise en cause.

Il convient en effet de constater, tout d'abord, que certaines dispositions légales ne font que retranscrire en des termes plus précis l'obliga-

(54) Voy. P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 1263 : « À l'heure où les sources du droit sont encombrées comme jamais, notamment par l'efflorescence de principes généraux non écrits dont la portée n'est rien moins que certaine, nous pensons devoir préconiser la souplesse dans l'appréciation de la faute... ».

(55) Voy. notamment Cass., 21 décembre 2001, cité ci-avant note 14. *Adde*, les références citées in B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, pp. 551-552. Comp. néanmoins avec la jurisprudence la plus récente de la cour d'appel de Liège qui, se fondant sur l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2004 (ci-avant, note 22 et ci-après n° 20), tend à affirmer que le caractère fautif de l'acte administratif ne peut être établi, ni même présumé, du seul fait de l'existence d'un arrêt de censure du Conseil d'État : Liège, 14 décembre 2010 (inédit) et Liège, 22 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, 228.

(56) Cass., 8 février 2008, *J.T.*, 2008, pp. 569 et s. et note D. RENDERS, « De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible ». Sur cet arrêt et l'assouplissement qui le caractérise quant à l'admissibilité de l'erreur invincible de droit dans le chef de l'administration, voy. également J. WILDERMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 », *Droit de la responsabilité*, sous la dir. de B. KOHL, C.U.P., vol. 107, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2009, pp. 248-251.

(57) Comp. en effet la « clémence » dont fait montre l'arrêt du 8 février 2008 ci-avant cité, avec l'attitude plus sévère qui caractérise, apparemment, un arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 2010 (*J.T.*, 2011, p. 380 et obs. D. RENDERS).

(58) Voy. *supra*, n° 5, notes 21 et 22.

(59) Voy., en doctrine, J.-F. VAN DROOGHENBROECK et D. RENDERS, « Erreur de droit et droit à l'erreur », *op. cit.*, pp. 461-464. S'agissant de la jurisprudence, le raisonnement nuancé de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2004 mérite d'être comparé avec celui, nettement plus abrupt, de Bruxelles, 5 octobre 2006, *J.T.*,

2006, p. 767, et Bruxelles, 3 octobre 2007, *R.A.G.B.*, 2009, p. 640.

(60) Voy. en effet les conclusions de l'avocat général T. Werquin précédant Cass., 21 décembre 2007, *op. cit.*, point 5.1. *in fine* : « Il ne faut dès lors pas voir dans (l'arrêt du 25 octobre 2004) une remise en cause de la jurisprudence de la Cour en matière de responsabilité de l'État dans l'exercice de son pouvoir exécutif, et ainsi, une abandon de la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité, mais une application inexacte de la notion de "norme de droit national imposant à l'autorité de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée" ».

(61) Pour une synthèse de cette jurisprudence, voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, pp. 608 et s.

(62) Voy. en effet, Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 28 et s. et obs. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile ».

Le *J.T.* est également disponible en ligne.

Ce canal de diffusion met notamment à votre disposition :

- le dernier n° du *J.T.* avant même qu'il ne sorte de presse;
- les archives du *J.T.* depuis 1997;
- un moteur de recherche extrêmement efficace.

Toutes les informations sur
<http://jt.larcier.be>



tion générale de prudence qui s'impose à tous. On ne saurait y voir une obligation de résultat mais une simple obligation de moyens. D'autres dispositions sont libellées de manière à faire dépendre un résultat apparemment simple d'une qualification préalable laissant une marge d'interprétation. Dans ce cas, l'erreur de qualification doit être appréciée à l'aune du critère l'homme normalement prudent et diligent. Il en va de même de l'erreur d'interprétation commise par un juge. La faute de celui-ci ne saurait se déduire du seul fait que sa décision a été réformée. Sans doute, dans le domaine spécifique de la responsabilité du fait de la fonction d'administrer et de réglementer, un élémentaire besoin de cohésion de l'ordre juridique justifie que l'on tienne compte de la décision qui aurait été préalablement rendue par une juridiction spécialement habilitée pour exercer un contrôle de légalité; ce besoin de cohésion de l'ordre juridique ne peut cependant aller au-delà d'une présomption simple de faute, même lorsque la règle supérieure mécon nue impose un comportement déterminé⁶³.

24. Sur l'arrière-fond que dessine la jurisprudence intervenue au cours des dernières années, l'arrêt du 10 septembre 2010 n'apparaît finalement pas comme une rupture, mais tout au contraire comme un prolongement. Ici encore, et sous réserve d'une sévérité accrue qu'imposerait le droit européen (voy. *supra*, n° 15), la faute de l'État-législateur ne pourra être établie par la seule déclaration préalable d'inconstitutionnalité ou d'« inconventionnalité ». Tout juste pourra-t-elle éventuellement être présumée, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, lorsque la norme supérieure violée se révélait *ex tunc*, à la faveur d'un examen analytique, suffisamment déterminée.

25. À notre estime, il n'y a pas lieu de critiquer la tendance au pragmatisme qui semble ainsi avoir gagné le droit de la responsabilité de la puissance publique, même si elle rend la jurisprudence moins lisible. Elle est finalement le lot du contentieux de la responsabilité civile en général. Tout au plus doit-on souhaiter qu'elle soit menée dans le cadre d'un raisonnement cohérent, et avec toute la transparence voulue. Sur ce point, force est de constater que diverses zones d'ombre doivent encore être dissipées, et que l'une ou l'autre confirmations sont encore attendues (voy. notamment *supra*, n°s 10-12, ainsi que 19 et 20). Pour ce faire, une intervention législative ou une révision de l'article 144 de la Constitution ne nous semblent pas nécessaires, ni même d'ailleurs souhaitables : l'approfondissement du travail prétoire d'ores et déjà entamé pourra, à lui seul, produire le résultat escompté.

Bernard DUBUISSON

Professeur ordinaire
à l'Université catholique de Louvain

Sébastien VAN DROOGHENBROECK
Professeur
aux Facultés universitaires Saint-Louis

(63) Pour reprendre les termes imaginés de MM. Lewalle et Donnay, celui qui se prétend lésé par un acte juridique qu'il a fait annuler par le Conseil d'État, se présente devant le juge de la responsabilité « nanti d'un atout — l'arrêt d'annulation — mais il est loin d'avoir gagné la partie » (P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 1263).

L'adaptation des statuts des immeubles en copropriété : déjà du changement...

Moins d'un an après l'entrée en vigueur de la loi du 2 juin 2010 modifiant le Code civil afin de moderniser le fonctionnement des copropriétés et d'accroître la transparence de leur gestion, le législateur amende, par la loi du 13 août 2011¹, l'article 19, § 2, organisant les modalités suivant lesquelles l'acte de base, le règlement de copropriété et le règlement d'ordre intérieur devaient être adaptés aux articles 577-3 à 577-14 du Code civil.

Dans un objectif de transparence et en vue d'assurer un meilleur accès à l'information et une plus grande lisibilité², le législateur de 2010 a imposé au syndic de soumettre à l'approbation de l'assemblée générale, dans l'année de l'entrée en vigueur de la loi, soit avant le 1^{er} septembre 2010, une version des statuts adaptée au prescrit légal. Cette coordination peut avoir lieu par un acte sous seing privé pour autant que l'assemblée générale ne décide pas d'autres modifications à l'acte de base et au règlement de copropriété. Si des changements sont apportés aux statuts, le recours à un acte authentique s'impose.

La loi du 13 août 2011 introduit deux changements à l'article 19, § 2. Le premier porte sur le délai dans lequel le syndic doit présenter à l'assemblée une version coordonnée des statuts. Le délai d'un an est prolongé à 36 mois et prend cours à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 2 juin 2010, en manière telle que cette coordination doit être proposée à l'assemblée avant le 1^{er} septembre 2013. Le deuxième prévoit que « si un acte authentique est passé, la publicité hypothécaire de cet acte sera effectuée exclusivement au nom de l'association des copropriétaires ».

On se rappellera que la solution retenue par le législateur de 2010 avait fait l'objet de nombreuses discussions à la Chambre, qui avait envisagé de confier le travail aux notaires, dans un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, et ensuite au Sénat³. En définitive, le législateur a imposé que cette démarche soit faite par le syndic, et non à l'initiative de l'association des copropriétaires⁴, dans un délai d'un an.

Manifestement, ce délai était peu réaliste, compte tenu du travail que nécessite la coordi-

nation des statuts qui n'ont, pour la plupart, pas été adaptés à la loi du 30 juin 1994. De nombreuses associations professionnelles se sont inquiétées de l'impossibilité pour leurs membres de respecter le prescrit légal, vu le nombre d'immeubles qu'ils gèrent et ce constat a conduit deux parlementaires à proposer de fixer à cinq ans le délai d'adaptation des statuts⁵. Il fut toutefois ramené, au cours des travaux préparatoires, à trois ans, ce délai étant considéré comme plus conforme à l'objectif poursuivi par le législateur de réaliser cette coordination des statuts dans un délai raisonnable⁶.

À l'occasion de l'examen de cette proposition, il fut également relevé que « certains conservateurs d'hypothèques refusent de faire apporter des modifications et des adaptations à certains statuts au nom de l'association des copropriétaires, de sorte que tous les copropriétaires doivent signer l'acte »⁷. Cette motivation justifie l'introduction de la deuxième modification du texte.

Peut-on se réjouir de ce changement législatif? En termes d'efficacité, celui-ci a une portée extrêmement limitée.

L'allongement du délai est de nature à rassurer le milieu des syndics professionnels, très inquiets sur les conséquences de l'absence d'adaptation des statuts ou à tout le moins de présentation d'une version adaptée des statuts à l'assemblée générale avant le 1^{er} septembre 2011. De très nombreuses associations de copropriétaires sont confrontées à pareille situation. Pourtant, aucune sanction n'est toutefois prévue si cette démarche n'a pas été réalisée dans le délai fixé. La responsabilité du syndic pourrait éventuellement être mise en cause s'il n'a pas fait le nécessaire dans le délai légal⁸. Encore faudra-t-il démontrer que cette omission est la cause du dommage subi par celui qui s'en plaint, ce qui ne sera guère aisé, puisque la loi prévoit par ailleurs que les dispositions statutaires non conformes à la législation sont de plein droit remplacées par les dispositions légales correspondantes. Certains soutiennent par ailleurs que l'article 19, § 2, figurant dans les dispositions transitoires,

(5) « Proposition de la loi modernisant et rendant plus transparent le fonctionnement de la copropriété », *Doc. parl., Ch.*, sess. 2010-2011, n° 1537/001. Ladite proposition tendait également à autoriser le recours à une comptabilité simplifiée lorsque l'association des copropriétaires est gérée par un syndic professionnel, mais cette suggestion fut abandonnée, à défaut de recueillir un consensus.

(6) « Proposition de la loi modernisant et rendant plus transparent le fonctionnement de la copropriété — Amendements », *Doc. parl., Ch.*, sess. 2010-2011, n° 1537/002; « Proposition de la loi modernisant et rendant plus transparent le fonctionnement de la copropriété — Rapport fait au nom de la commission de la justice de la Chambre », *Doc. parl., Ch.*, sess. 2010-2011, n° 1537/004, p. 4.

(7) *Ibidem*.

(8) V. SAGAERT, « De hervorming van het appartementsrecht door de Wet van 2 juni 2010 », *R.W.*, 2010-2011, p. 196, n° 58.

(1) M.B., 29 août 2011.

(2) Comme le relève A. SALVE, « Loi du 2 juin 2010 : champ d'application, modifications légales des statuts et droit transitoire », *Copropriété par appartements : la réforme de 2010*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 41, n° 15, le texte constitue un compromis entre deux tendances contraires : éviter de faire supporter à tous les copropriétaires des frais inhérents à la passation d'un acte authentique transcrit de coordination des statuts d'une part et assurer une meilleure lisibilité et un meilleur accès à l'information d'autre part.

(3) « Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Vandenberghe », *Doc. parl. Sénat*, sess. 2009-2010, n° 4-1409/10, pp. 112 à 117.

(4) R. TIMMERMANS, « Hoe ver reikt de coördinatie van de statuten onder de nieuwe appartementsrecht van 2 juni 2010 », *R.C.D.I.*, 2010/4, p. 4, n° 3