

# La responsabilité civile de l'État pour faute du pouvoir exécutif

Anno 2020

## Introduction

1. Le 5 novembre 1920, la Cour de cassation mettait un terme au dogme de l'irresponsabilité civile des pouvoirs publics. Ses considérants, désormais célèbres, affirment sans équivoque que « dès lors qu'une personne qui se dit titulaire d'un droit civil allègue qu'une atteinte a été portée à ce droit et qu'elle demande la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé, le pouvoir judiciaire *peut et doit connaître de la contestation*, et il est qualifié pour ordonner, le cas échéant, la réparation du préjudice, même au cas où l'auteur prétendu de la lésion serait l'État, une commune ou quelque autre personne de droit public, comme aussi au cas où la lésion serait causée par un acte illicite d'administration publique »<sup>1</sup>. Avec l'arrêt *Le Ski*<sup>2</sup>, l'arrêt *Flandria* est peut-être un des plus célèbres arrêts de la Cour de cassation de Belgique. Néanmoins, ses premiers commentateurs ne semblent pas avoir perçu d'emblée l'importance qui lui est aujourd'hui reconnue. Fin novembre 1920, Henri Frick écrit d'ailleurs dans les colonnes de ce journal que « voir dans l'arrêt de la Cour, arrêt d'espèce, mal qualifié d'arrêt de principe, l'écroulement d'une jurisprudence séculaire (...) c'est aller trop loin ». Plus encore, « l'arrêt (...) ne renverse pas, en tous cas, les principes du droit administratif ; il ne rejette pas dans le néant les décisions qui se sont succédé depuis 1830 ; il n'établit pas une nouvelle frontière entre l'autorité qui juge, celle qui légifère, et celle qui exécute »<sup>3</sup>.

Un siècle plus tard, force est de constater une erreur d'appréciation dans le chef de Henri Frick : contrairement à ce qu'il en pensait, l'arrêt *Flandria* fut décisif. Il consacre la responsabilité civile de l'administration, mais pose également les jalons de ce qui deviendra la responsabilité du fait de juger<sup>4</sup> et de légiférer<sup>5</sup>. Il instaure, à n'en pas douter, un changement de paradigme dans le droit de la responsabilité des pouvoirs publics dont les contours ne cessent d'évoluer, aujourd'hui encore. En ce mois de novembre 2020, l'objectif de cette contribution est dès lors de revenir brièvement sur les éléments constitutifs de la responsabilité civile du pouvoir exécutif, mais aussi sur ses évolutions les plus récentes<sup>6</sup> (1). Elle s'intéresse en outre à sa survivance dans un environnement juridique désormais caractérisé par une pluralité de régimes de responsabilité de l'administration, qui entrent en concurrence (2). Enfin, elle inscrit cette responsabilité dans la perspective plus globale de certaines mutations contemporaines du droit (3).

## 1 Les contours du contentieux de la responsabilité civile de l'État pour faute du pouvoir exécutif

2. La reconnaissance de la responsabilité civile de l'État pour faute du pouvoir exécutif est le fruit d'une lente évolution qu'il est possible de retracer, à des fins didactiques, en quatre périodes successives.

Dès 1830, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire reçoivent les actions en responsabilité civile intentées par des citoyens contre l'administration. La responsabilité découle alors de la nature du droit lésé, peu importe l'auteur de la faute, fût-il l'État puissance publique<sup>7</sup>.

Mais dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, influencée par le droit français, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence. Elle décide d'appliquer la théorie « de l'État-Janus »<sup>8</sup> : lorsque l'État exerce sa fonction exécutive, il y a désormais lieu de distinguer s'il agit comme une personne privée ou *cum imperio*, comme puissance publique. Dans le premier cas, sa responsabilité civile peut être engagée, comme celle de n'importe quel citoyen, tandis que dans le second, l'État jouit d'une irresponsabilité<sup>9</sup>. Cette jurisprudence se développe depuis le milieu jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, notamment sous l'impulsion du procureur général Mesdach de ter Kiele<sup>10</sup>.

Le 5 novembre 1920, à l'occasion de l'arrêt *Flandria*, sur les conclusions du procureur général Paul Leclercq, la juridiction suprême abandonne sa théorie « de l'État-Janus » et introduit une distinction entre les actes d'exécution et les actes de décision. L'État est responsable de tous ses *actes d'exécution*, sans qu'il ne soit nécessaire de distinguer sa face « personne privée » de celle « puissance publique ». Il demeure toutefois irresponsable lorsqu'il pose des *actes de décision*, car il s'agit là d'un acte de nature politique dans lequel le pouvoir judiciaire n'a pas à s'immiscer<sup>11</sup>. Comment expliquer ce remarquable revirement de jurisprudence ? En 1919, les acteurs politiques souhaitent en réalité mettre fin à l'immunité administrative. Le gouvernement Delacroix I dépose un projet de déclaration de révision de la Constitution visant à créer une cour de contentieux administratif, notamment compétente pour les litiges opposant le citoyen à la puissance publique. Le Gouvernement observe en effet que « l'institution d'une Cour de contentieux administratif apparaît (...) comme une garantie indispensable des droits des citoyens dans les pays qui, comme la France et la Belgique, ont interprété le principe de la séparation des pouvoirs de manière à arrêter l'action des tribunaux ordinaires devant l'acte d'administration publique (...). Le citoyen, lésé par une décision ou un acte de l'administration pris en violation d'une règle de loi ou de règlement, n'a le plus souvent aucun recours juridique ; il ne peut en appeler à aucun tribunal »<sup>12</sup>. Qu'il nous soit dès lors permis de relever, avec

(1) Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193, souligné par nous. Ce considérant est repris aujourd'hui encore dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Voy. P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, coll. « De Page. Traité de droit civil », 2013, Bruxelles, Bruylant, pp. 1277-1284 et les références citées.

(2) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, pp. 886 et s.

(3) H. FRICK, « Note sur l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 5 novembre 1920 », *J.T.*, 1920, coll. 685.

(4) Cass., 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 142.

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

2006, p. 595. Voy. aussi Cass., 10 septembre 2010, *J.T.*, 2010, p. 811.

(6) Les 19 et 20 mars 2015, l'Université catholique de Louvain-la-Neuve a d'ailleurs consacré ses XXII<sup>e</sup> journées Jean Dabin à la question de la responsabilité des pouvoirs publics. Ces journées ont donné lieu à d'amples développements en la matière auxquels nous nous permettons de renvoyer le lecteur. Voy. D. RENDERS (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 694 pp. Pour une vue d'ensemble récente, voy. T. COPPÉE et M. LAMBERT DE ROUVROIT, « La responsabilité des pouvoirs publics :

vers un régime unique ? », in J. VAN MEERBEECK, P.-O. DE BROUX, T. LÉONARD et B. LOMBAERT (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 307-362.

(7) F. MULLER, « Le pouvoir judiciaire à l'offensive : l'arrêt *Flandria* (1/2) », *J.T.*, 2006, p. 730.

(8) P. GÉRARD, « Politieke theologie en de scheiding der machten : *Flandria* in de licht van ideëengeschiedenis », in A. ALÉN e.a. (dir.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten*, v. 2, 2010, Bruges, die Keure, pp. 78-82.

(9) P. VAN OMME-SLAGHE, *op. cit.*, p. 1246.

(10) Voy. notamment Cass., 27 mai 1852, *Pas.*, 1852, I, p. 370.

(11) P. VAN OMME-SLAGHE, *op. cit.*, pp. 1249-1250. En 1943, la Cour affine néanmoins sa jurisprudence relative aux actes de décision et admet une faute de l'État lorsqu'il trompe, par une décision, la légitime confiance des justiciables. Voy. Cass., 8 juillet 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 291 et M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 598-599.

(12) Projet de déclaration de révision de la Constitution, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1918-1919, n° 329, p. 5.

Françoise Muller<sup>13</sup>, que la crainte du pouvoir judiciaire de voir émerger une juridiction suprême concurrente a pu guider le raisonnement des juges à l'occasion de l'arrêt *Flandria*.

En 1963 enfin, la Cour de cassation abandonne la distinction entre actes d'exécution et de décision et fait pour la première fois application du régime de droit commun de la responsabilité contractuelle, suivant les conclusions de l'avocat général de l'époque, Ganshof van der Meersch<sup>14</sup>. La responsabilité civile de l'État est désormais engagée lorsque le requérant démontre l'existence d'un dommage causé par la faute du pouvoir exécutif, peu importe qu'elle découle d'un acte d'exécution ou de décision<sup>15</sup>. Tel est l'état actuel de la jurisprudence.

3. Le principe est en apparence limpide : l'administration commet une faute si elle viole, par action ou omission, les règles hiérarchiquement supérieures qui s'imposent à elle ou si elle méconnaît le « devoir général de prudence » qui s'impose à toute personne en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>16</sup>. Par ailleurs, en cas d'illégalité, l'administration peut invoquer l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification (telle que la force majeure), pour tenter de s'excuser de sa responsabilité aquilienne<sup>17</sup>. Malgré la simplicité apparente du principe, les contours de la responsabilité civile appliquée au pouvoir exécutif suscitent de très importants débats dans la jurisprudence et la littérature juridique. Les discussions portent sur l'assimilation de toute illégalité à une faute de l'administration<sup>18</sup> ainsi que sur la notion d'erreur invincible.

4. Bien que la Cour de cassation ait semblé considérer, dès 1982, que toute illégalité corresponde *ipso facto* à une faute civile<sup>19</sup>, certains auteurs remettent en doute cette assimilation. Ce courant doctrinal, auquel semblent se rattacher de plus en plus de juridictions de fond<sup>20</sup>, considère que l'illégalité n'équivaut à une faute qu'en cas de violation d'une norme imposant d'agir ou de s'abstenir d'une manière déterminée. Cette thèse, dite « de l'unité relative », s'appuie sur une certaine lecture d'un arrêt de la Cour de cassation de 2004<sup>21</sup>. Une autre doctrine fait toutefois une lecture différente de l'arrêt de 2004 précité et considère que toute illégalité correspond bel et bien à une faute, en application de la thèse dite « de l'unité absolue », au motif que toute règle de droit impose nécessairement à l'autorité d'agir ou de s'abstenir de manière déterminée<sup>22</sup>. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle ne permet pas de trancher le débat. Dans un arrêt du 19 juillet 2018, rendu sur question préjudicielle, les juges constitutionnels se sont limités à affirmer que la thèse « de l'unité relative » ne crée aucune discrimination entre les personnes de droit privé et celles de droit public, sans se prononcer, d'une part, sur la constitutionnalité de la thèse « de l'unité absolue », ni, d'autre part, sur la thèse à privilégier<sup>23</sup>. En toute hypothèse, la thèse « de l'unité absolue » nous apparaît plus favorable au citoyen. Il est alors dispensé de la démonstration du caractère fautif de l'illégalité, que l'autorité ne peut corrélativement contester. Par ailleurs, cette thèse n'est pas exagérément défavorable à l'administration, laquelle peut tenter de démontrer que le dommage

souffert par le demandeur n'est pas causé par sa faute, ou d'invoquer une cause d'exonération<sup>24</sup>.

En tous les cas, la jurisprudence judiciaire récente ne permet pas d'établir l'existence d'une préférence de la Cour de cassation pour l'une ou l'autre théorie. En réalité, celle-ci semble souffler le chaud et le froid.

Certes, par arrêt du 10 avril 2014, la Cour de cassation a affirmé, de manière explicite, que « fût-elle commise par l'État ou par une autre personne morale de droit public, la violation d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui, si elle est cause de préjudice, engage la responsabilité civile de l'auteur de cette violation, sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité »<sup>25</sup>. La Cour ne consacre-t-elle pas là, explicitement, la thèse « de l'unité absolue » ? La date de l'arrêt ne nous semble en tous cas pas anodine : ce dernier intervient dans la foulée de l'entrée en vigueur de l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil l'État, qui institue un mécanisme de responsabilité objective de l'administration, sans faute<sup>26</sup>. L'arrêt envoie dès lors un message clair : comme pour le contentieux de l'indemnité réparatrice, la faute ne doit pas être démontrée en cas d'illégalité. Il ne s'agit pas, dès lors, pour le justiciable de craindre une jurisprudence plus défavorable à son égard devant le juge judiciaire qu'ailleurs.

Toutefois, la thèse « de l'unité relative » n'est pas pour autant balayée par la Cour de cassation. Certains auteurs considèrent en effet que la portée de l'arrêt du 10 avril 2014 est moins univoque qu'il n'y paraît, et que ce dernier n'exclut pas l'unité relative<sup>27</sup>. En outre, la Cour semble avoir implicitement reconnu cette théorie dans un arrêt du 9 février 2017. Cette décision concerne le caractère éventuellement fautif de la violation, par l'administration, d'une disposition de droit international conventionnel. Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation considérait que la violation d'un traité engendrait une faute pourvu que ce dernier *produisit des effets* dans l'ordre interne. Autrement dit, le caractère directement applicable du droit international n'était pas requis<sup>28</sup>. Dans l'arrêt du 9 février 2017 toutefois, la juridiction suprême affine sa jurisprudence. Elle y affirme que « le moyen qui (...) soutient que l'existence [d'une faute civile de l'administration] déduite de la violation d'une norme d'un traité international ne requiert pas que cette norme ait un effet direct en droit interne, manque en droit »<sup>29</sup>. N'est-ce pas la démonstration qu'il est requis que la norme impose un comportement « déterminé », et qu'il n'y a donc pas d'unité absolue ? En l'état actuel de la jurisprudence, le débat n'est en tous les cas pas tranché.

5. Outre la notion de faute, celle d'« erreur invincible » suscite également quelques interrogations. De jurisprudence constante, la Cour de cassation considérait que l'administration pouvait se soustraire à la mise en cause de sa responsabilité civile, notamment, en cas d'erreur de droit jugée « invincible ». Cette notion était interprétée de manière restrictive : l'irrégularité devait trouver un fondement dans un événement postérieur à l'acte, dont l'administration n'aurait absolument pas

(13) Voy. F. MULLER, « Le Conseil l'État : un accident de l'histoire ? », *J.T.*, 2013, pp. 613-614 ; F. MULLER, « Le pouvoir judiciaire à l'offensive : l'arrêt *Flandria* (2/2) », *J.T.*, 2006, p. 749 ; F. MULLER, « Le pouvoir judiciaire à l'offensive : l'arrêt *Flandria* (1/2) », *op. cit.*, p. 730. Plus encore, le projet de déclaration précité entendait déléster (en toute logique) la Cour de cassation de sa compétence de juge des conflits d'attribution : « la création d'une Cour de justice administrative entraînerait logiquement la révision de l'article [158] ; la solution des conflits d'attributions devrait appartenir à un corps composé en partie des membres de la Cour de cassation, en partie de membres de la Cour administrative » (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1918-1919, n° 329, p. 5).

(14) P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 1250.

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

(16) D. RENDERS, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*,

Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 182-183.

(17) D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer, vue d'ensemble », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, pp. 73-74.

(18) Dominique Lagasse écrit d'ailleurs qu'il s'agit là « d'une des questions les plus débattues — encore aujourd'hui — du régime de responsabilité des pouvoirs publics en Belgique » (D. LAGASSE, « Conclusions générales », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, p. 652).

(19) Cass., 12 mai 1982, *J.T.*, 1982, p. 772.

(20) D. DE ROY et D. RENDERS, *op. cit.*, p. 49. Ce n'était pas le cas il y a quelques années : comp. S. VAN DROOGHENBROECK et B. DUBUISSON, « Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ? », *J.T.*, 2011, pp. 802-803 et la jurisprudence citée. Quant à l'option privilégiée en l'état par les auteurs du futur Code civil, voy. l'exposé des motifs

de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité, pp. 50-52, disponible sur [www.justice.belgium.be](http://www.justice.belgium.be).

(21) Cette thèse est notamment prônée par David De Roy. Voy. D. DE ROY, « La responsabilité quasi délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 85-89.

(22) Cette thèse est privilégiée par feu Pierre Van Omme slaghe et David Renders. Voy. D. RENDERS, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, pp. 184-187 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », in F. TULKENS et J. SAUTOIS (coord.), *Actualités en droit public et administratif : la responsabilité des*

*pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 20 : « la transgression d'une règle légale ou constitutionnelle suffit, dès lors, conformément au droit commun, à constituer une faute aquilienne, sous la seule réserve des causes d'exonération de responsabilité ». Sur les enjeux et les contours du débat entre les partisans de l'unité absolue et ceux de l'unité relative, voy. D. DE ROY et D. RENDERS, *op. cit.*, pp. 42-67.

(23) C. const., 19 juillet 2018, n° 106/2018, B.7.

(24) D. LAGASSE, *op. cit.*, p. 654.

(25) Cass., 10 avril 2014, RG n° C.11.0796.N, p. 2, souligné par nous.

(26) Voy. *infra*, point 2.

(27) Voy. D. DE ROY et D. RENDERS, *op. cit.*, pp. 63-65.

(28) Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 273-274.

(29) Cass., 9 février 2017, RG n° C.13.0528.F, souligné par nous.

pu tenir compte. Concrètement, seules les hypothèses de loi interprétative ou de revirement jurisprudentiel postérieurs à l'acte administratif étaient visées. À l'inverse, une controverse jurisprudentielle ne pouvait en aucun cas engendrer une erreur invincible, même dans le cas où l'administration suivait la jurisprudence majoritaire et que le juge, *in fine*, optait pour l'enseignement minoritaire<sup>(30)</sup>. Toutefois, par un arrêt du 8 février 2008<sup>(31)</sup> non infirmé en 2010<sup>(32)</sup>, la Cour de cassation a grandement infléchi sa jurisprudence. Comme le soulignent David Renders et David De Roy, désormais, « des éléments d'appréciation antérieurs à l'adoption de l'acte — que l'administration aurait, dans l'absolu, pu connaître et dont elle aurait, dans l'absolu, pu tenir compte — [peuvent] être pris en considération dans l'évaluation du caractère invincible de l'erreur commise », de telle sorte que « lorsque l'état du droit est raisonnablement susceptible de plusieurs interprétations, l'erreur commise par l'administration devrait être réputée invincible. Lorsque, en revanche, l'état du droit est suffisamment clair, l'erreur commise par l'administration ne saurait être réputée telle »<sup>(33)</sup>.

## 2 La survivance du contentieux de la responsabilité civile de l'État pour faute du pouvoir exécutif face à des mécanismes concurrents

6. En 1920, le contentieux de la responsabilité aquilienne de l'État apparaissait comme l'un des seuls moyens, pour le justiciable, d'obtenir réparation d'un dommage causé par l'action administrative. Depuis lors, d'autres mécanismes indemnitaires ont été consacrés par le législateur. Certains s'appliquent en-dehors de tout constat d'illégalité ou de faute. Tel est le cas de l'indemnité pour préjudice exceptionnel, prévue par l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil l'État, lorsque le citoyen souffre d'un dommage exceptionnel et anormal qui découle d'un acte licite. Tel est aussi le cas du principe d'égalité devant les charges publiques, tiré des articles 16 de la Constitution et 544 du Code civil, lorsque les troubles soufferts par le justiciable dépassent les charges qu'un particulier doit supporter dans l'intérêt collectif. D'autres régimes exigent la présence d'une illégalité, telle l'indemnité réparatrice prévue par l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil l'État, ou encore l'article 16 de la loi du 17 juin 2013<sup>(34)</sup>, qui accorde des dommages et intérêts aux soumissionnaires lésés par la violation, par l'autorité adjudicatrice, du droit des marchés publics. Enfin, d'autres mécanismes exigent la présence d'une véritable faute dans le chef de l'administration. La faute peut être civile, dans le cas de la responsabilité aquilienne des pouvoirs publics qui découle des articles 1382 et 1383 du Code civil, mais aussi pénale, en application de l'article 7bis, alinéa 2, du Code pénal. En effet, depuis 2018<sup>(35)</sup>, les personnes morales de droit public — en ce compris l'administration — peuvent être condamnées pénalement. Certes, seule une simple déclaration de culpabilité peut être prononcée<sup>(36)</sup>, mais dans ce cas, le citoyen pourra solliciter du juge pénal des dommages et intérêts civils, pour obtenir réparation intégrale du dommage<sup>(37)</sup>. Dans cette perspec-

tive, le juge pénal apparaît désormais comme une véritable alternative au juge civil.

7. Dans la constellation des régimes indemnitaires, l'indemnité réparatrice est celui qui se rapproche le plus de la responsabilité civile de l'administration. Dans les deux cas<sup>(38)</sup>, un justiciable est lésé par un acte administratif illégal et sollicite une réparation par équivalent. En outre, le mécanisme prévu par l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil l'État a été élaboré en réponse aux lenteurs de la procédure judiciaire, dans une perspective d'économie de procédure, donc de gain de temps et d'argent<sup>(39)</sup>. Toutefois, l'article 11bis précité ne présente pas que des avantages, de telle sorte que face à un acte administratif illégal qui lui cause un dommage, le justiciable doit effectuer son choix — irréversible — entre la demande d'indemnité réparatrice et la responsabilité civile avec la plus grande circonspection.

Certes, par rapport à la responsabilité aquilienne, l'indemnité réparatrice peut être obtenue dans un délai court, entre douze et dix-huit mois — contre près de cinq ans pour une action en responsabilité civile — et n'est pas susceptible d'appel. Le gain de temps est indéniab<sup>(40)</sup>. Elle évite également le détour par la notion de faute et, ce faisant, les épineux débats relatifs à l'unité entre cette dernière et l'illégalité<sup>(41)</sup>. Toutefois, pour le citoyen, l'herbe n'est pas forcément plus verte rue de la Science que place Poelaert. Le gain d'énergie sur la notion de faute est fortement contrebalancé par une réparation non intégrale qui, au contraire de l'action en responsabilité classique, tient « compte des intérêts publics et privés en présence »<sup>(42)</sup>. Par ailleurs, malgré l'absence de degré d'appel, un pourvoi en cassation demeure possible à l'encontre de la décision d'octroi d'indemnité réparatrice. En effet, la Cour de cassation s'estime compétente sur la base de l'article 158 de la Constitution pour examiner la manière dont le Conseil l'État applique l'article 11bis des lois coordonnées. Le cas échéant, elle casse l'arrêt de la haute juridiction administrative qui aurait erronément octroyé une indemnité réparatrice<sup>(43)</sup>. La possibilité d'introduire un pourvoi, si elle est activée, tempère quelque peu le gain de temps si souvent vanté. Si l'on peut douter du bien-fondé de la compétence de la Cour de cassation au titre de son rôle de juge des conflits d'attributions, la Cour semble en toute hypothèse considérer que la compétence du juge judiciaire est la règle, et celle du Conseil l'État au contentieux de l'indemnité l'exception. Ainsi, l'existence du lien causal entre l'illégalité et le dommage, notamment, devrait être évaluée par le Conseil l'État à la lumière de la jurisprudence des cours et tribunaux<sup>(44)</sup>. Autrement dit, pour la Cour de cassation, dès lors que les conditions exigées par l'article 11bis — telles qu'interprétées par elle-même — ne sont pas réunies, le litige relève en réalité des compétences exclusives de l'ordre judiciaire... quand bien même la partie requérante aurait-elle fait le choix définitif d'écarter cette possibilité en choisissant le mécanisme de l'indemnité, selon le principe *electa una via*.

8. En raison de leurs conditions d'application semblables, d'aucuns pourraient être tentés de « lisser » les différences de traitement engendrées par la présence de ces deux régimes de responsabilité, et ce au prisme du principe d'égalité et de non-discrimination. En effet, en optant pour l'indemnité réparatrice au détriment de la procédure judiciaire, le requérant prive la partie adverse du droit à un double degré de juridiction, de la possibilité de contester le caractère fautif de l'illégalité et de la faculté de se pourvoir en cassation, en dehors de l'hypo-

(30) D. RENDERS, « De l'erreur invincible à l'erreur inaccessible, en passant par l'erreur invincible », obs. sous Cass., 8 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 571.

(31) Cass., 8 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 569.

(32) Cass., 23 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 380.

(33) D. DE ROY et D. RENDERS, *op. cit.*, pp. 75-76.

(34) Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, *M.B.*, 21 juin 2013.

(35) Loi du 11 juillet 2018 modifiant le Code pénal et le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce

qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, *M.B.*, 20 juillet 2018.

(36) Article 7bis, alinéa 2, du Code pénal.

(37) Sur la responsabilité pénale des personnes morales de droit public telle que prévue par la loi du 11 juillet 2018 précitée, voy. notamment F. KUTY, « La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén.*, 2018, pp. 1031-1052 ; A. LEROY, « La responsabilité pénale des personnes morales, version 2018 », *J.T.*, 2018, pp. 638-639 ; ainsi que la contribution d'Eric de Formanoir dans le présent numéro.

(38) Si l'on excepte l'hypothèse du manquement au devoir général de prudence.

(39) Proposition de loi relative à la sixième réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012-2013, n° 2233/1, p. 6 ; D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *A.P.T.*, 2016, p. 357.

(40) J. SOHIER, « L'action en responsabilité contre des pouvoirs publics : à porter devant les juridictions judiciaires ou, depuis 2014, devant le Conseil l'État ? », *R.G.A.R.*, 2015, n° 15128/4 ; L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, pp. 162-164.

(41) D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice »,

*op. cit.*, p. 365.

(42) Lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil l'État, *M.B.*, 21 mars 1973, article 11bis, alinéa 1<sup>er</sup>.

(43) Voy. Cass., 15 septembre 2017, *J.T.*, 2018, p. 9 et P. LEJEUNE, « L'indemnité réparatrice devant le Conseil l'État : une procédure en devenir ? », *J.T.*, 2019, pp. 239-241.

(44) Avocat général T. Werquin, concl. préc. Cass., 15 septembre 2017, RG n° C.15.0465.F. Voy. aussi D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « Cour de cassation, indemnité réparatrice et partage des eaux », obs. sous Cass., 15 septembre 2017, p. 13.



thèse d'un conflit de juridiction. La Cour constitutionnelle a précisé être amenée à se prononcer sur cette différence de traitement entre partie requérante et adverse et, par là, sur la constitutionnalité de l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil l'État. Dans l'arrêt n° 70/2019, les juges constitutionnels observent de manière très didactique<sup>45</sup> que l'action en responsabilité civile diffère de la demande d'indemnité réparatrice quant à son champ d'application, à la cause du dommage, à la qualité de la partie demanderesse et adverse, à la nature et l'étendue de l'indemnisation, au délai d'introduction de la demande ainsi qu'aux voies de recours<sup>46</sup>. Il découle de ces différences « que l'indemnité réparatrice est conçue autrement que l'indemnisation de droit commun », et que « dès lors qu'un tel système se justifie dans son principe, il est admissible que sa comparaison trait pour trait avec le système de droit commun fasse apparaître des différences de traitement tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, sous la réserve que chacune des règles en cause doit être conforme à la logique du système auquel elle appartient »<sup>47</sup>. Dans un arrêt n° 68/2020, suivant la même logique, la Cour constitutionnelle admet la constitutionnalité du principe selon lequel seul l'auteur de l'acte annulé supporte la charge de l'indemnité réparatrice, et ce à l'exclusion des parties qui ont concouru à l'élaboration de l'acte et maintenues à la procédure en qualité de partie adverse dans le cadre de la procédure en annulation<sup>48</sup>. La Cour constitutionnelle rejette dès lors implicitement mais certainement la thèse de la Cour de cassation selon laquelle la compétence du Conseil l'État doit être évaluée de manière restrictive. À ses yeux, il existe désormais deux procédures parallèles et distinctes : la responsabilité civile, d'une part, et l'indemnité réparatrice qui obéit à une logique propre, d'autre part.

9. Malgré les nombreuses évolutions en la matière et l'apparition de mécanismes qui lui sont concurrents, la responsabilité civile de l'administration demeure. En réalité, il s'agit désormais d'un contentieux subsidiaire qui, d'un côté, s'évapore au fur et à mesure que se mettent en place des régimes de (quasi-)responsabilité qui ne s'encombrent plus de la notion de faute mais qui, de l'autre, se densifie au fur et à mesure de la découverte de nouvelles normes de comportement, à la manière d'un puits sans fond approfondi par un phénomène d'inflation législative.

### 3 La responsabilité civile du pouvoir exécutif au XXI<sup>e</sup> siècle dans les mutations contemporaines du droit : une histoire de méta-contentieux et d'omni-contentieux ?

10. Dresser un état des lieux de la responsabilité civile du pouvoir exécutif au XXI<sup>e</sup> siècle suppose de s'interroger sur les conséquences qu'entraînent les profondes mutations contemporaines de nos ordres juridiques pour ce contentieux. En ponctuant notre analyse de cas choisis, nous mettons en exergue l'émergence de deux tendances dans

cet inépuisable contentieux : l'attribution croissante de *macro-contentieux* au pouvoir judiciaire grâce à la responsabilité pour faute, d'une part, et le risque d'une tendance à l'*omni-contentieux*, situation où toute (in)action de l'exécutif se verrait systématiquement être discutée dans les prétoires, d'autre part.

11. Commençons donc par relever que malgré le fait que la peur d'un gouvernement des juges soit une constante depuis l'institutionnalisation du pouvoir judiciaire, le transfert progressif de certains « macro-contentieux » — soit d'affaires comportant malgré elles d'importants arbitrages fondamentalement sociétaux — depuis l'arène politique vers les palais de justice s'est accentué ces dernières années<sup>49</sup>. Si l'on prend l'exemple de la matière carcérale, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone (OBFG) et certains détenus ont récemment poursuivi l'État belge en responsabilité civile devant les tribunaux de première instance de Liège, Bruxelles et Mons<sup>50</sup> en raison des différentes situations de surpopulation carcérale connues de longue date. Les juridictions liégeoise et bruxelloise ont respectivement retenu la responsabilité de l'État belge le 9 octobre 2018<sup>51</sup> et le 9 janvier 2019<sup>52</sup>, tandis que dans son jugement du 12 septembre 2019, le tribunal montois a quant à lui jugé que les éléments du dossier ne lui permettaient pas d'établir suffisamment les conséquences de la surpopulation sur les détenus et, partant, a nommé un expert dans ce cadre<sup>53</sup>. À côté des dossiers pénitentiaires, le (sur-)survol de Bruxelles<sup>54</sup>, le sous-financement de la justice<sup>55</sup> et le manque d'action contre le réchauffement climatique<sup>56</sup> sont des exemples parmi d'autres de sujets qui ont été discutés récemment dans les prétoires belges lors d'invocation classique de la responsabilité civile du pouvoir exécutif, mais qui sont politiquement sensibles, aux implications budgétaires conséquentes et fonction de notions à géométrie hautement variable. Ces affaires, souvent portées par des associations, ont en commun de concerner de véritables questions de société juridictionnalisées à la suite de certains blocages dans la sphère politique.

12. L'espace manque pour déplier suffisamment les contours de cette montée progressive du judiciaire dans les arbitrages politiques<sup>57</sup>. Deux caractéristiques de cette tendance visibles dans le contentieux de la responsabilité civile des pouvoirs publics peuvent néanmoins en être dégagées.

*Primo*, dans la plupart des affaires citées ci-dessus, tant le pouvoir législatif que le pouvoir exécutif sont mis en cause. Si la plupart des cours et tribunaux prennent encore grand soin de distinguer législatif et exécutif dans leur motivation<sup>58</sup>, d'autres perdent cette rigueur lorsqu'il s'agit de constater, en général, une carence dans l'action des pouvoirs publics. Dans le contexte d'un régime parlementaire où l'exigence de légalité s'affaïsse et où il existe parfois un « brouillard épais »<sup>59</sup> sur ce qui doit revenir au législateur ou, au contraire, à l'exécutif<sup>60</sup>, c'est l'État dans son ensemble qui est désormais régulièrement mis en cause<sup>61</sup>.

*Secundo*, l'examen des arguments liés à la séparation des pouvoirs acquiert dans ces affaires une place centrale, ce dont les juges ont bien conscience<sup>62</sup>. Si, comme nous l'avons amorcé, la critique du gouvernement des juges n'est jamais bien loin, la récente jurisprudence évo-

(45) N. B. BERNARD, « La fin du choix du Constituant dans les travaux préparatoires ? », obs. sous C. const., 23 mai 2019, n° 70/2019, *J.T.*, 2019, p. 564.

(46) Voy., pour le détail, C. const., 23 mai 2019, n° 70/2019, B.7.2.

(47) C. const., 23 mai 2019, n° 70/2019, B.7.3 à B.7.4, souligné par nous.

(48) C. const., 14 mai 2020, n° 68/2020, B.6.2 et B.6.7.

(49) En 1999 déjà, Marc Verdussen évoquait une « jurisprudentialisaiton du droit » : M. VERDUSSEN, « L'origine et la légitimité du Conseil supérieur de la justice », M. VERDUSSEN (dir.), *Le Conseil supérieur de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 17. Voy. également F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 62 et s., qui évoquent la montée

en puissance des juges désormais en charge de véritables questions de société.

(50) Sur cette question, voy. O. NEDERLANDT, « Deux décisions de justice déclarent l'État belge responsable de la surpopulation carcérale », *Justice en ligne*, 18 février 2019, disponible sur <https://www.justice-en-ligne.be/Deux-decisions-de-justice>, consulté le 8 juin 2020.

(51) Civ. Liège, 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, pp. 1917-1933. La juridiction a toutefois indiqué qu'un expert devait encore déterminer s'il fallait supprimer toute surpopulation carcérale ou si une certaine tolérance pouvait être admise.

(52) Civ. Bruxelles, 9 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, pp. 414-427. La juridiction a exigé que le nombre de détenus au sein des prisons en question soit ramené à la capacité maximale autorisée, sous peine d'astreintes.

(53) T.P.I. Hainaut, div. Mons, 2<sup>e</sup> ch., 12 septembre 2019, RG n° 15/1963/A, inédit.

(54) T.P.I., Bruxelles nl., 30 mai 2018, *T.M.R.*, 2019/4, pp. 555-568 ; T.P.I. Bruxelles fr. (cess.), 1<sup>er</sup> février 2019, RG n° 18/4372/A, inédit.

(55) T.P.I. Bruxelles, 4<sup>e</sup> ch., 13 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 331.

(56) À ce sujet, voy. *infra*.

(57) À cet égard, voy. A. BAILLEUX, « La part du droit dans l'arbitrage social général », in Y. CARTUYVELS, A. BAILLEUX, D. BERNARD, H. DUMONT et D. MISONNE (dir.), *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis Bruxelles, 2018, pp. 877-905.

(58) T.P.I. Bruxelles, 4<sup>e</sup> ch., 13 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 331.

(59) H. DUMONT, « De la crise du principe de légalité à son redéploiement à l'aune d'un nouvel équilibre entre État de droit et démocratie », in

L. DETROUX, B. LOMBAERT et M. EL BERHOUMI (dir.), *La légalité, un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 854.

(60) Voy. à cet égard les conclusions de Hugues Dumont dans le récent ouvrage collectif dédié au sujet : H. DUMONT, *op. cit.*, pp. 835-880.

(61) Les conclusions de synthèse des parties requérantes dans la *Klimaatzaak* belge dont il sera fait mention *infra*, en offrent un parfait exemple : « dans le contexte belge, les compétences impactant la matière climatique ne sont pas seulement réparties entre les parties défenderesses, mais, chez chacun d'eux, entre pouvoirs législatif et exécutif », pt 420, (disponible sur <https://affaire-climat.be/fr/the-case>, consulté le 10 juillet 2020).

(62) À ce sujet, voy. la contribution de Sébastien van Drooghenbroeck au présent numéro.

quée ci-dessus semble démontrer que les cours et tribunaux ont à l'esprit qu'ils ne peuvent tomber dans une forme d'« ivresse du pouvoir », pour reprendre des termes bien connus<sup>63</sup>. Ainsi, dans un récent arrêt du 13 mars 2020, c'est au nom du respect de la légalité (qui découle, *in fine*, du principe de la séparation des pouvoirs) que le tribunal de première instance de Bruxelles condamne le pouvoir exécutif pour ne pas avoir publié la totalité des places vacantes du cadre des magistrats et membres du greffe, mais au nom du bon respect de ce dernier principe qu'il refuse de le condamner pour ne pas avoir nommé des candidats, s'agissant d'une compétence discrétionnaire du Roi<sup>64</sup>.

**13.** Aux côtés de cette première mutation « macro-contentieuse » du droit, les récents développements en matière de responsabilité du pouvoir exécutif pour faute permettent également d'en illustrer une seconde qui a trait non pas au type de contentieux mais bien à son volume : l'entrée progressive dans un ère que l'on pourrait qualifier d'« omni-contentieuse », où l'(in)action du pouvoir exécutif se retrouverait quasi systématiquement soumise à un contrôle juridictionnel, reléguant au second plan sa responsabilité politique. Récemment encore, à peine les premières mesures liées à l'épidémie de Covid-19 étaient-elles déployées que le gouvernement fédéral s'est vu attaquer en responsabilité civile (et pénale) tant pour avoir été trop loin dans les mesures de confinement que pour n'en avoir pas fait assez<sup>65</sup>. Si le fait que l'État puisse être attrait en justice en raison ses faits et gestes n'est pas neuf, nous identifions cependant ci-dessous deux raisons parmi d'autres qui risquent d'accentuer la fréquence des recours ainsi que leur prise au sérieux par les juridictions.

**14.** La première raison réside dans l'apparition croissante d'objectifs chiffrés dans des textes qui relèvent du *soft law*<sup>66</sup>. Pour son important retentissement médiatique, que l'on nous permette de prendre le contentieux climatique comme point de départ de notre réflexion<sup>67</sup>. Le 20 décembre 2019, la Cour suprême des Pays-Bas confirmait l'arrêt de la cour d'appel de La Haye dans l'affaire *Urgenda*, laquelle avait jugé que l'État néerlandais violait son obligation de diligence découlant des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>68</sup>. Le *Hoge Raad* se fonde à cette fin sur une interprétation évolutive et consensualiste de ces deux articles en s'appuyant sur la présence dans différents instruments internationaux ou européens de l'objectif de ré-

duction des émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25 % à l'horizon 2020<sup>69</sup>.

Si l'affaire *Urgenda* était une procédure « sollicitant une injonction » et non une action en dommages et intérêts *sensu stricto*<sup>70</sup>, ce précédent pourrait être une source d'inspiration pour le système judiciaire belge qui connaît d'une affaire homologue fondée notamment sur l'article 1382 du Code civil<sup>71</sup>. En Belgique, l'un des deux moyens invoqués ne s'embarrasse même pas d'un détournement de l'hommisme : dans leurs conclusions finales de synthèse, les parties requérantes indiquent fonder leur action sur le régime classique de la responsabilité civile extracontractuelle des pouvoirs publics pour erreur de conduite<sup>72</sup>. En l'espèce, les concluantes reprochent à l'État fédéral et aux trois Régions de ne pas prendre suffisamment de mesures pour lutter contre le réchauffement climatique<sup>73</sup>. Ici aussi, pour démontrer le manquement fautif, référence est faite à deux objectifs souscrits à maintes reprises par l'État belge et/ou ses entités fédérées dans différents textes à la normativité incertaine : le seuil critique d'un réchauffement climatique maximal de deux degrés et une réduction de 25 à 40 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici 2020, avec 1990 comme année de référence<sup>74</sup>. Les parties requérantes estiment que ce risque de danger peut être prévenu sans que cela ne demande d'efforts déraisonnables de la part des parties défenderesses.

**15.** Au-delà de l'importance de ces affaires pour la cause climatique, point sur lequel d'autres se sont attardés<sup>75</sup>, ce contentieux est à notre estime révélateur de toute l'influence que peut avoir la multiplication d'objectifs chiffrés dans le droit sur le sujet qui nous occupe. En effet, sous l'influence du *New Public Management*, nos politiques publiques « néo-modernes »<sup>76</sup> recourent de plus en plus à des normes finalisées. Si cela est vrai pour la matière environnementale, ce phénomène a également été attesté de manière plus générale, en conclusion d'une volumineuse analyse positiviste de vingt-cinq ans d'application et d'édiction de droit bruxellois par exemple<sup>77</sup>. Or, ces normes téléologisées, d'une incroyable diversité, s'éloignent des textes juridiques classiques qui « permettent, ordonnent ou interdisent »<sup>78</sup> aux citoyens d'une collectivité : elles s'adressent principalement aux autorités publiques et s'insèrent dans des « plans », « stratégies » et « lignes directrices » à l'obligatorité incertaine quand bien même ceux-ci se-

(63) M. UYTENDAELE, « Du réflexe salutaire à l'ivresse du pouvoir – Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation Église universelle du Royaume de Dieu et F.J. », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1554 et s. L'expression était utilisée dans le cadre de la reconnaissance de la responsabilité civile des pouvoirs publics pour faute du pouvoir législatif.

(64) Laquelle est toutefois largement partagée avec le Conseil supérieur de la justice. Civ. Bruxelles, 13 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 631.

(65) C'est ce que rapporte la presse. Un propriétaire d'une résidence secondaire a ainsi attaqué l'État en justice pour n'avoir pas pu passer le confinement dans celle-ci (BELGA, « Des Belges attaquent en justice l'État et le ministre De Crem sur les mesures de confinement », *La Libre*, 23 mai 2020, en ligne). Une quarantaine de citoyens ont également poursuivi au civil l'État pour atteinte excessive aux libertés fondamentales en vue d'obtenir un euro symbolique (J.C. et F. GÉRARD, « Coronavirus en Belgique : des citoyens portent plainte contre l'État, jugeant le confinement « disproportionné » », *R.T.B.F.*, 24 mai 2020, en ligne), tandis que cinq médecins se sont constitués partie civile dans le cadre d'une plainte au pénal qu'ils ont déposée contre l'État pour non-assistance à personne en danger, coups et blessure, et homicides (A. BRUCKNER, N. SCHEENAERTS et L. PACCIARELLI, « Coronavirus : cinq médecins portent plainte contre l'État belge », *BXT*, 8 mai 2020, en ligne). Voy. éga-

lement l'ordonnance du président du tribunal de première instance de Bruxelles du 3 juillet 2020 (Civ. Bruxelles, 3 juillet 2020, inédit) citée dans la contribution de S. Van Drooghenbroeck au présent numéro.

(66) Dans son acception classique, le *Soft law* vise, selon J. Salmon, tant les instruments contraignants qui ne contiennent pas d'obligations de droit positif que les instruments qui, bien que contenant des règles, ne sont juridiquement pas contraignants J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1039.

(67) L'ensemble des actions judiciaires introduites par des associations contre les changements climatiques et la perte de biodiversité est repris sur le site suivant : <http://climat.ecasechart.com/>.

(68) Hoge Raad, 20 décembre 2019, n° 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006, pt 2, *in fine*, qui renvoie au considérant 73 du jugement de la cour d'appel de La Haye. L'arrêt est disponible en anglais sur le site de l'association Urgenda : <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>. Voy. Également *J.L.M.B.*, 2020/22, pp. 1013-1014.

(69) En vue de démontrer un consensus de la Communauté internationale sur l'interprétation d'un niveau suffisamment élevé de protection environnementale, la Hoge Raad mentionne, outre un scénario de référence du GIEC, l'accord de Paris, les

décisions prises par les parties au Protocole de Kyoto — au consensus — lors des COP-16, COP-17, COP-18, COP-19, COP-20 et COP-21 ainsi que l'engagement de l'Union européenne pour certains de ces instruments : Hoge Raad, 20 décembre 2019, n° 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006, points 7.2 et 7.3.

(70) Cour d'appel de La Haye, 9 octobre 2018, n° 200.178.245/01, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, considérant 65.

(71) Après une vive contestation sur le point de la langue qui devait être employée dans l'affaire (voy. Cass., 20 avril 2018, RG n° C.16.0185.F), le jugement est attendu pour l'automne 2020.

(72) Toutes les conclusions des parties requérantes sont disponibles sur la page web de l'affaire climat, laquelle reprend dans une ligne du temps ses principales étapes : <https://affaire-climat.be/fr/the-case>.

(73) T.P.I. Bruxelles, RG n° 15/4585/A, conclusions de synthèse des parties requérantes, pt 433.

(74) Sont ainsi cités, outre les instruments mentionnés en note 68, une résolution parlementaire fédérale, une décision du Conseil de l'Union européenne et une résolution du Parlement flamand : T.P.I. Bruxelles, RG n° 15/4585/A, conclusions de synthèse des parties requérantes, point 440 et 441. Sur ce point du passage d'objectifs abstraitement définis à des mesures justiciables, voy. D. MISONNE, « The Court of Justice of the European Union and the High Le-

vel of Protection : Transforming a Policy Objective into a Concept Amenable to Judicial Review », in C. VOIGT (dir.), *International Judicial Practice on the Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 212-235.

(75) V. LEFEBVE, « Urgence climatique, quel rôle pour les juges et la justice ? », *La revue nouvelle*, 2019, n° 8, pp. 66-72. Pour une revue de littérature globale de 130 articles publiés en anglais entre 2000 et 2018, voy. J. SETZER et L.C. VANHALA, « Climate Change Litigation : A Review of Research on Courts and Litigation in Climate Governance », *WIREs Climate Change*, 2019, vol. 10, 3, p. 580.

(76) C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 76-87.

(77) H. DUMONT, « Conclusions : les paramètres juridiques de l'identité régionale bruxelloise », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et D. YERNAULT (dir.), *Le droit bruxellois - Un bilan après 25 ans d'application (1989-2014)*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 1607-1644, spécialement p. 1626, où l'auteur relève une prolifération de plans d'action, de schémas directeurs, de lignes directrices en matière d'urbanisme, de stationnement, de déchets, de conservation de la nature, en matière climatique et en matière de qualité de l'air.

(78) Ces termes font référence à l'idéal légistique de Portalis : H. DUMONT, « De la crise du principe de légalité... », *op. cit.*, p. 842.



raient contenus dans des instruments juridiquement contraignants<sup>79</sup>. En ce sens, le légiste Flückiger estime que les objectifs n'obligent que par le détour « de l'interprétation ou de la pesée d'intérêts »<sup>80</sup>.

Dans ce contexte qui, par ailleurs, favorise les macro-contentieux où tant les pouvoirs législatif qu'exécutif sont mis en cause, le standard de l'autorité normalement prudente et diligente constitue certainement l'un des points d'entrée de prédilection par lequel les objectifs peuvent se juridiciser. La montée en puissance d'aspects quantitatifs dans le droit, d'une part, et de construction de données de bonne qualité, d'autre part, vont à notre estime accentuer cette évolution en facilitant l'appréciation des obligations de résultat. Le « droit prospectif »<sup>81</sup> se juridicise au fil des ans à mesure que nous passons d'une « nomocratie » à une « téléocratie »<sup>82</sup>.

Dès lors, que les objectifs servent à interpréter des dispositions fondamentales (par le biais, éventuellement, de la lunette consensualiste) ou qu'ils soient utilisés pour établir la violation d'une norme générale de comportement, il ne fait que peu de doute que leur récente prolifération à l'heure où l'inflation législative se poursuit offre un terrain fécond aux préjudiciés qui souhaiteraient s'en emparer.

**16.** Une seconde raison permettant d'expliquer la judiciarisation croissante de l'activité de l'exécutif tient dans les critères d'admission de plus en plus larges des actions d'intérêt collectif qui, elles aussi, contribuent à l'émergence de macro-contentieux. Le législateur est en effet venu modifier l'article 17 du Code judiciaire par une loi du 21 décembre 2018<sup>83</sup> qui indique que sont désormais recevables les actions d'une personne morale « visant à protéger des droits de l'homme ou des libertés fondamentales reconnus dans la Constitution et dans les instruments internationaux qui lient la Belgique » à certaines conditions<sup>84</sup>. Ce faisant, il crée un régime de droit commun de l'action d'intérêt collectif à côté des régimes particuliers qui découlaient déjà de certaines législations<sup>85</sup>. Cette modification législative, qui doit beaucoup à la jurisprudence de la Cour de justice<sup>86</sup> et de la Cour constitutionnelle<sup>87</sup>, doit être saluée. En effet, une distinction de traitement découlait de l'instauration du régime de l'indemnité réparatrice du Conseil d'État qui, lui, admet largement les actions d'intérêt collectif à différentes conditions<sup>88</sup> là où la Cour de cassation, fidèle à ses arrêts *Eikeindaal*<sup>89</sup> puis *Neerpede*<sup>90</sup>, ne les acceptait pas en principe<sup>91</sup>. Était également problématique la distinction de traitement mise en lumière par l'arrêt 133/2013 de la Cour constitutionnelle selon laquelle des personnes morales étaient traitées différemment suivant « qu'elles introduisent devant les juridictions judiciaires une action en justice conformément à un de leurs buts statutaires et visant à faire cesser des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la

Convention européenne des droits de l'homme ou qu'elles introduisent un recours en annulation devant la Cour dans le même but ou dans un simple but statutaire »<sup>92</sup>. Véritable sésame pour les sans-voix, qu'il s'agisse des générations futures ou des laissés-pour-compte du XXI<sup>e</sup> siècle, cette modification participe de la tendance à amener systématiquement dans les prétoires toute (in)action de l'exécutif.

## Conclusion

**17.** Il y a cent ans tombait le principe d'irresponsabilité de l'État, sacrifié sur l'autel de l'État de droit. L'arrêt *Flandria* constituait ainsi la première étape d'une « désublimation de l'État et des pouvoirs publics », pour reprendre les termes de Paul Martens<sup>93</sup>. Les principes ont beau être connus, établis et précisés au fil des ans, les ressorts de la responsabilité civile pour faute du pouvoir exécutif ne cessent de surprendre. Qu'il nous soit dès lors permis, sur un ton sans doute légèrement provocateur d'affirmer que l'État est non seulement définitivement descendu de son piédestal, mais qu'il poursuit une forme de descente aux enfers sur ce point. Le pouvoir exécutif doit désormais — mission impossible ? — veiller à conjurer blocages politiques, impératifs budgétaires, consultations publiques avec des promesses, parfois chiffrées, qui ont été coulées dans le marbre législatif par le passé. Peuvent désormais veiller à la correcte articulation de ces principes tant les personnes cherchant à défendre leurs intérêts privés que des groupements défendant de légitimes intérêts collectifs.

Ayant l'idéal régulateur des droits fondamentaux et de l'État de droit bien en tête, l'on ne peut bien sûr que se réjouir d'y voir, rétrospectivement, une irrésistible ascension de notre niveau d'exigence démocratique. Toutefois, au regard de l'idée selon laquelle les pouvoirs publics qui, chargés de la gestion par des personnes humaines de choses humaines, ne peuvent faire mieux que de tâtonner en s'outillant au mieux, l'on ne peut que se demander si, coincé entre le marteau des macro-contentieux et l'enclume de l'omni-contentieux, le pouvoir exécutif n'est pas simplement mais inexorablement condamné à être condamné<sup>94</sup>.

Nicolas B. BERNARD

Référendaire à la Cour constitutionnelle

Norman VANDER PUTTEN

Aspirant FRS-FNRS, Université Saint-Louis – Bruxelles<sup>95</sup>

(79) *Ibidem*, p. 842. Sur la distinction entre *soft law* contenu dans des instruments juridiquement contraignants et *soft law* contenu dans des instruments juridiquement non contraignants, voy. notamment X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La *soft law* intralégislative? : les lois dépourvues de contenu normatif ou *mollis lex sed lex?* », in Y. CARTUYVELS e.a. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2012, pp. 147-197.

(80) A. FLÜCKIGER, (Re)faire la loi - Traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne, Stämpfli Editions, 2019, pp. 257 et 258.

(81) V. L. SFES, *L'administration prospective*, Paris, Armand Colin, 1970, cité dans J. CAILLOU, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'objectifs », in B. FAURE (dir.), *Les objectifs dans le droit*, Paris, Dalloz, 2010, p. 19.

(82) A. FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 259. Voy. également A. SUPLOT, *La gouver-*

*nance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

(83) Loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 31 décembre 2018. Cette loi est entrée en vigueur le 10 janvier 2019. Pour un commentaire de cette loi dont nous nous sommes largement inspirés, voy. C. ROMAINVILLE et F. DE STEXHE, « L'action d'intérêt collectif », *J.T.*, 2020, pp. 189-201.

(84) Jusqu'ici, l'usage par les associations de ce nouveau droit d'action est parcimonieux. Voy. *ibidem*, p. 198.

(85) Tels que ceux découlant de certaines législations anti-discrimination (voy. par exemple, articles 29 et 39 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007) ou de la Convention d'Aarhus. Le cas des associations environnementales qui ne pourraient utiliser l'article 17, alinéa 1, du Code judiciaire, est du reste explicitement associé à cette hypothèse par les travaux préparatoires : *ibidem*, p. 201.

(86) C.J.U.E., gr. ch., 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, § 50.

(87) Voy. les arrêts C. const., 6 juillet 2017, n° 87/2017 ; C. const., 23 février 2017, n° 21/2017 et C. const., 10 octobre 2013, n° 133/2013.

(88) Voy. par exemple l'arrêt C.E., n° 197.522 du 29 octobre 2009. Par ailleurs, Céline Romainville et Floriane de Stexhe relèvent que trois arrêts rendus en 2018 alignent les conditions de recevabilité des actions d'intérêt collectif dans le domaine de l'environnement sur les conditions en vigueur pour d'autres domaines : C. ROMAINVILLE et F. DE STEXHE, *op. cit.*, p. 193.

(89) Cass., 19 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 338.

(90) Cass., 25 mai 1983, *R.W.*, 1984-1985, p. 1226.

(91) Conformément à l'article 9.3 de la Convention d'Aarhus, une inflexion jurisprudentielle existait déjà pour les associations environnementales : Cass., 11 juin

2013, *Milieu et urbanisme* Huldberg, RG n° P.12.1389.N, 15/3235/A, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

(92) C. const., 10 octobre 2013, n° 133/2013, B.2.

(93) P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 190. Voy. le chapitre « L'État désenchanté » à partir de la p. 189.

(94) L'expression est inspirée de W. BOURTON, « Covid-19: l'État est-il condamné à être condamné ? », *Le Soir*, 25 mai 2020, disponible sur <https://plus.lesoir.be/302900/article/2020-05-25/covid-19-letat-est-il-condamne-etre-condamne>, consulté le 10 juillet 2020.

(95) Les auteurs souhaitent particulièrement, et amicalement, remercier Paul Martens, Sébastien Van Droogenbroeck et Julian Clarenne pour leur relecture, leurs remarques, leurs corrections et leurs commentaires.