

Peut-on bilatéraliser cette solution ? En d'autres termes, peut-on considérer que ces conditions gouvernent aussi la demande de réparation formée par l'organe d'une personne morale *créancière* contre le cocontractant de celle-ci ?

Même s'il faut rester prudent dans l'interprétation de la décision, l'arrêt de la Cour de cassation qui vient d'être commenté laisse peut-être entrevoir une réponse affirmative.

Cela étant, il ne faut pas exagérer l'intérêt pratique de la question. Il est assez limité, puisque les conditions applicables au concours des responsabilités et celles qui gouvernent la coexistence des responsabilités se rejoignent. Dans les deux cas, une action en responsabilité extracontractuelle nécessite que la faute imputée au défendeur soit mixte ; quant au dommage dont la réparation est demandée, il doit revêtir un caractère extracontractuel.

Mais alors que le dommage subi par un tiers au contrat est nécessairement de nature extracontractuelle (coexistence des responsabilités), on ne peut en dire de même du dommage subi par l'organe de la société créancière, qui, si l'on adhère à notre raisonnement, semble devoir être assimilé à cette société au regard

de l'exécution du contrat. Il n'en reste pas moins que la condition relative au dommage reste fort théorique. Dans l'immense majorité des cas, sinon toujours, le dommage dont l'organe réclamera réparation satisfera, en effet, à cette exigence, puisque l'organe qui incarne la société n'en conserve pas moins une personnalité juridique distincte de celle-ci³². Le dommage qu'il subit est, partant, distinct du préjudice contractuel dont la société est victime. Sous peine d'encourir la censure de la Cour de cassation, le juge du fond aura néanmoins soin de constater que la faute du débiteur a causé, à l'organe du créancier, un préjudice autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat³³.

Telle nous paraît être la conclusion logique à laquelle mène la combinaison des différents arrêts de la Cour. Nous pouvons toutefois difficilement nous défaire d'un certain malaise face à l'extrême complexité de cette jurisprudence et de ses ramifications. Ne serait-il pas temps que la Cour renonce à l'assimilation des agents d'exécution à une partie contractante, afin d'en revenir à des solutions plus simples ?

Patrick WÉRY

Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain

Buitencontractuele aansprakelijkheid – Doorwerking publiekrecht – privaatrecht – Responsabilité extracontractuelle – Synergie droit public – droit privé

Cour de cassation, 4 septembre 2014

1^{re} chambre

A.R.: C.12.0535.F

Siège: C. Storck (président de section), D. Batselé, M. Lemal, M.-C. Ernotte et S. Geubel (conseillers)

Plaid.: Mes J. Oosterbosch, P.A. Foriers, H. Geinger

En cause de: Ville de Liège/D.B., J.L., D.B., J.S., L.J.

Cassation – Matière civile – Moyen nouveau – Invocation du principe général du droit de la séparation des pouvoirs – Moyen d'ordre public

Responsabilité civile extracontractuelle – Administration – Réparation en nature – Séparation des pouvoirs

Responsabilité extracontractuelle – Réparation – Concours de fautes – Contribution à la dette – Incidence des fautes – Appréciation

Office du juge – Objet de la demande – Interdiction de statuer *ultra petita*

Cassatie – Burgerlijke zaken – Nieuw middel – Inroepen van het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten – Middel van openbare orde

Burgerlijke buitencontractuele aansprakelijkheid – Bestuur – Herstel *in natura* – Scheiding der machten

Buitencontractuele aansprakelijkheid – Herstel – Samenloop van fouten – Bijdrage tot de schuld – Weerslag van de fouten – Beoordeling

Taak van de rechter – Voorwerp van de vordering – Verbod om *ultra petita* te beslissen

Le moyen invoquant la méconnaissance du principe général du droit de la séparation des pouvoirs, qui est d'ordre public, peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation.

Si les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à une autorité administrative

32. Sans oublier que le préjudice qui résulterait d'une infraction pénale commise par le débiteur échappe aux conditions du concours (Cass., 26 octobre 1990, R.C.J.B., 1992, p. 497, note R.-O. DALCQ ; Pas., 1991, I, p. 216. Voir aussi Cass., 1^{er} juin 1984, Pas., 1984, I, p. 1202).

33. Par application analogique de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 avril 2002, présenté au numéro 8 de cette note.

lorsque, aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable, le principe général du droit de la séparation des pouvoirs leur interdit de faire, hors cette hypothèse, des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives.

Il n'appartient pas au juge judiciaire d'ordonner à une autorité administrative, sous peine d'astreinte, d'affecter l'un de ses biens à une activité déterminée pour réparer en nature le dommage causé par sa faute.

S'agissant de la contribution à la dette, le juge du fond apprécie en fait l'incidence des fautes respectives des parties impliquées dans la survenance du sinistre et détermine sur cette base la responsabilité de chacune d'elles dans la survenance du dommage.

L'arrêt qui statue sur chose non demandée viole l'article 1138, 2°, du Code judiciaire.

Het middel dat de miskening aanvoert van het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten, dat van openbare orde is, kan voor het eerst voor het Hof van Cassatie worden aangevoerd.

Hoewel de hoven en rechtbanken zich niet mengen in de uitoefening van de machten die de wet voor een administratieve overheid voorbehoudt wanneer ze, om de benadeelde partij volledig in haar rechten te herstellen, het herstel in natura van de schade bevelen en aan de overheid maatregelen opleggen om een einde te maken aan de schadelijke onwettigheid, verbiedt het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten hen, buiten dat geval, handelingen van openbaar bestuur te stellen en handelingen van de administratieve overheden te wijzigen of te vernietigen.

Het is niet aan de gerechtelijke rechter om een administratieve overheid, op straffe van een dwangsom, te bevelen om een van haar goederen te bestemmen voor een bepaalde activiteit om de schade veroorzaakt door haar schuld in natura te kunnen herstellen.

Betreffende de bijdrage tot de schuld beoordeelt de feitenrechter in feite de weerslag van de respectieve fouten van de partijen die bij het ontstaan van het schadegeval betrokken zijn en bepaalt hij op grond daarvan de aansprakelijkheid van elke partij voor het ontstaan van de schade.

Het arrest dat uitspraak doet over niet gevorderde zaken schendt artikel 1138, 2° van het Gerechtelijk Wetboek.

.....

(...)

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen :

Quant à la troisième branche :

Sur la fin de non-recevoir opposée au moyen, en cette branche, par les deuxième à cinquième défendeurs et déduite de ce qu'il est nouveau :

Le moyen invoquant la méconnaissance du principe général du droit de la séparation des pouvoirs, qui est d'ordre pu-

blic, peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation.

La fin de non-recevoir ne peut être accueillie.

Sur le fondement du moyen, en cette branche :

Si les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à une autorité administrative lorsque, aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable, le principe général du droit de la séparation des pouvoirs leur interdit de faire, hors cette hypothèse, des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives.

L'arrêt constate que la demanderesse a placé les parcelles litigieuses « en zone de 'maraîchages-potagers-cultures' au plan communal d'aménagement établi en 1999 » et que « l'expert mentionne que ce qui est en cause, c'est avant tout l'affectation donnée aux parcelles incriminées, lesquelles, enclavées dans une zone d'habitat et en pente vers cet habitat, n'auraient pas dû être mises sous culture ».

L'arrêt considère que « le seul moyen d'éviter à l'avenir de nouveaux sinistres et de permettre à [la première défenderesse] de réintégrer son immeuble en toute sérénité dans des conditions de sécurité suffisantes est de soustraire la parcelle litigieuse à la culture ».

L'arrêt, qui justifie ainsi sa décision d' « ordonne[r] à la [demanderesse], sous peine d'une astreinte de deux cent cinquante euros par jour de retard, de soustraire à la culture la parcelle litigieuse lui appartenant », n'a pu, sans méconnaître le principe général du droit de la séparation des pouvoirs, lui ordonner de donner à cette parcelle « une affectation de prairie, de pré de fauche, de jachère ou de zone verte ».

Dans cette mesure, le moyen, en cette branche, est fondé.

Sur le deuxième moyen :

S'agissant de la contribution à la dette, le juge du fond apprécie en fait l'incidence des fautes respectives des parties impliquées dans la survenance du sinistre et détermine sur cette base la responsabilité de chacune d'elles dans la survenance du dommage.

Après avoir constaté que les dommages des défendeurs trouvent leur origine dans l'affectation donnée à leurs parcelles, dans la mise en culture de la parcelle de la demanderesse, qui a entraîné des inondations et coulées boueuses vers les terrains des défendeurs, l'arrêt considère, à propos de la demanderesse, qu' « en affectant à la culture une parcelle enclavée dans l'habitat et en pente vers celui-ci, ce qui entraîne pour les propriétés en contrebas des dommages à répétition liés au ruissellement d'eaux chargées de boue, en maintenant cette parcelle sous culture (conclusion d'un nouveau bail à ferme au 1^{er} janvier 1993) et en s'abstenant de prendre toute mesure d'ordre administratif ou urbanistique pour assainir le site alors qu'elle avait connaissance des sinistres survenus depuis les années 1980 [...], la [demanderesse] a aggravé la servitude d'écoulement des eaux au préjudice des fonds servants ainsi que le relève l'expert, ce que prohibe l'article 640, alinéa 3, du Code civil, et elle a commis une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil » et, concernant les défendeurs, que « les voisins riverains ne pouvaient ignorer qu'en érigeant et en rehaussant

des murs au fond de leur jardin, ils exposaient ainsi l'immeuble non protégé de [la première défenderesse] aux coulées d'eau boueuses qui se trouvaient ainsi canalisées vers sa propriété ; que ce comportement, dont l'expert relève à juste titre qu'il n'était pas sans risque, est constitutif d'une faute des [deuxième, troisième, quatrième et cinquième défendeurs] et de R.M., faute que n'aurait pas commise un voisin riverain de leur condition prudent et avisé placé dans des circonstances semblables [...], et que, sans cette faute commise par les voisins riverains, le dommage subi par [la première défenderesse] ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé in concreto ».

Ces considérations justifient légalement la décision de l'arrêt que « la faute commise par la [demanderesse], décrite à la page 14 point 4, a contribué à la survenance du dommage jusqu'à concurrence de 90 p.c. de celui-ci et que la faute commise par les riverains, décrite à la page 16 point 2, laquelle a provoqué une aggravation du dommage, a contribué à la survenance [de celui-ci] jusqu'à concurrence de 10 p.c. ». Le moyen ne peut être accueilli.

Sur le troisième moyen :

Quant à la première branche :

La première défenderesse a demandé en conclusions la condamnation des deuxième à cinquième défendeurs à « procéder au dégagement des terres accumulées en amont des murs et à mettre des murs à niveau ».

En condamnant la demanderesse à procéder au dégagement desdites terres, l'arrêt, qui statue sur chose non demandée, viole l'article 1138, 2°, du Code judiciaire.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

La cassation de la décision de l'arrêt d'ordonner à la demanderesse de donner à la parcelle qui lui appartient « une affectation de prairie, de pré de fauche, de jachère ou de zone verte » et de « procéder au dégagement des terres accumulées en amont des murs érigés par les riverains de la rue W. D. et ce, dans les cinq mois de la signification de [cet] arrêt » s'étend, en raison du lien que l'arrêt établit entre ces dispositions, à sa décision d'ordonner aux deuxième à cinquième défendeurs d'araser ces murs « dans le délai de deux mois débutant à la fin des mesures et travaux ordonnés à [la demanderesse] ».

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs, qui ne sauraient entraîner une cassation plus étendue.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il ordonne à la demanderesse, sous peine d'une astreinte de deux cent cinquante euros par

jour de retard, de donner à la parcelle litigieuse lui appartenant une affectation de prairie, de pré de fauche, de jachère ou de zone verte et de procéder au dégagement des terres accumulées en amont des murs érigés par les riverains de la rue W.D. et qu'il ordonne aux deuxième à cinquième défendeurs d'araser ces murs ; (...)

Note – Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ?

1. Introduction. Comme tout un chacun, l'administration engage sa responsabilité civile extracontractuelle pourvu qu'elle ait commis une faute génératrice d'un dommage¹.

À supposer que les conditions d'engagement de la responsabilité soient réunies, la question se pose de savoir comment réparer le dommage occasionné par la faute commise et, plus spécialement, celle de savoir si le principe général de droit de la séparation des pouvoirs empêche que le juge condamne l'administration à réparer le dommage en nature.

1. Les données de la cause et l'arrêt commenté

2. Les faits. La lecture des conclusions déposées, le 24 juin 2014, par Monsieur J.-F. LECLERCQ, alors Premier avocat général, permet de résumer les données de la cause ayant conduit à l'arrêt commenté de la façon suivante².

La Ville de Liège est propriétaire d'une terre agricole qui se situe en amont d'un immeuble appartenant au dénommé D.B.

Par citation introductive d'instance lancée le 4 avril 2007, D.B. assigne la Ville, « en vue d'obtenir la condamnation de celle-ci à l'indemniser du préjudice subi » des suites de ce que son immeuble a connu des inondations provoquées, selon lui, « par des coulées de boues en provenance » de la terre agricole appartenant à la Ville³.

1. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 239 et les concl. de l'Av. gén. P. LECLERCQ, *op. cit.*, pp. 193 et s. Sur le régime de la responsabilité extracontractuelle de l'administration en général, voir not., parmi les études les plus récentes, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GAETHEN, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996 à 2007*, vol. 1 : *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 547 à 602 et 625 à 628 ; D. RENDERS, Th. BOMBOIS, B. GORS, CH. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 180 à 204 ; D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 506 à 510 ; D. RENDERS et A. MECHERYNCK, « La responsabilité civile extracontractuelle de la commune, de ses mandataires et de ses agents », in R. CAPART (coord.), *Le droit communal – Etat des lieux*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 21 à 53. Sur l'évolution de la faute de l'administration en particulier, voir, parmi les études les plus récentes, J. SOHIER, « La responsabilité des pouvoirs publics – Volume I », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 21, Waterloo, Kluwer, pp. 6 à 31 ; J. SOHIER, C. DOYEN-BIVER, A.L.

DURVIAUX et D. FISSE, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2010, 108 p. ; P. VAN OMMESELAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'Etat appliquée au pouvoir législatif », *A.P.T.*, 2012, pp. 1 à 26 ; P. VAN OMMESELAGHE, « La définition de la faute appliquée aux pouvoirs publics » in *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1246 et s. ; P. VAN OMMESELAGHE, *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, pp. 7 à 37 ; D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer, vue d'ensemble », in D. RENDERS (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics – Actes des XXIIe Journées juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-la-Neuve les 19 et 20 mars 2015*, Bruxelles, Bruylant, à paraître, et les réf. citées.

2. Voir les concl. du Prem. av. gén. J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, Cass., 4 septembre 2014, www.cass.be.

3. *Ibid.*

Attraite en justice, la Ville de Liège cite alors en intervention forcée et garantie les différents propriétaires de parcelles situées soit en amont, soit en aval de la propriété de D.B. La Ville leur reproche « d'avoir érigé des murs entraînant », par suite, « la déviation des eaux pluviales vers la parcelle » de D.B.⁴.

D.B. sollicite ultérieurement, par voie de conclusions, « la condamnation *in solidum* de toutes les autres parties »⁵.

3. La procédure antérieure au pourvoi en cassation.

Les conclusions de Monsieur le Premier avocat général ne rendent pas compte de ce que le Tribunal de première instance de Liège aura jugé. Elles rapportent que, pour sa part, la Cour d'appel de Liège a dit pour droit que :

- l'action de D.B. est partiellement fondée à l'encontre de la Ville et des propriétaires avoisinants, lesquels sont condamnés *in solidum* à lui verser la somme provisionnelle de 70 264,21 EUR ;
- « sur le plan de la contribution à la dette, la responsabilité de la » Ville « est fixée à 90% et celle des » propriétaires riverains « à 10% »⁶ ;
- la Ville est tenue, « sous peine d'une astreinte, de soustraire à la culture la parcelle litigieuse en lui donnant une affectation de prairie, de pré fauché, de jachère ou de zone verte, ainsi que de procéder au dégagement des terres accumulées en amont des murs érigés par les riverains »⁷ ;
- « les propriétaires riverains sont tenus d'araser les murs construits au fond de leurs jardins »⁸.

4. Le pourvoi en cassation. La Ville se pourvoit en cassation et dirige, contre l'arrêt de la Cour d'appel de Liège, différents moyens. Seule la troisième branche du premier moyen retient l'attention pour le commentaire que l'on se propose de livrer.

Suivant les conclusions de Monsieur le Premier avocat général, « Le premier moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'ordonner à la » Ville de Liège, « sous peine d'une astreinte de 250 euros par jour de retard, de soustraire à la culture la parcelle litigieuse lui appartenant, en lui donnant une affectation de prairie, de pré de fauche, de jachère ou de zone verte, et ce dans les cinq mois de la signification dudit arrêt »⁹.

Toujours suivant les conclusions de Monsieur le Premier avocat général, « Le premier moyen, en sa troisième branche, soutient qu'en ordonnant à la demanderesse de donner à la parcelle litigieuse une affectation de prairie, de pré de fauche, de jachère ou de zone verte, l'arrêt attaqué [...] fait acte d'administration, prend une décision réservée au pouvoir communal et

viole, partant, le principe général de la séparation des pouvoirs », ainsi que des dispositions législatives et communales en matière d'urbanisme¹⁰.

5. La position du Ministère public. Après avoir estimé qu'« un moyen fondé sur la violation du principe général du droit de la séparation des pouvoirs peut être invoqué pour la première fois en cassation »¹¹, Monsieur le Premier avocat général considère le premier moyen, en sa troisième branche, fondé, justifiant son avis sur des considérations qui sont, en particulier, les suivantes :

« Certes, les cours et tribunaux ne violent pas le principe général du droit de la séparation des pouvoirs quand ils s'immiscent dans les attributions réservées à l'autorité administrative lorsque, pour rétablir dans ses droits la victime de l'acte illicite de l'autorité administrative, ils se limitent à ordonner la réparation en nature du préjudice et à prescrire à cette autorité les mesures destinées à mettre fin à l'atteinte portée aux droits de la victime.

Toutefois, en tant qu'il s'applique au partage des attributions entre Pouvoirs, le principe général du droit de la séparation des pouvoirs interdit aux cours et tribunaux de faire des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives.

De ce que le juge judiciaire, en condamnant l'autorité administrative en nature, est tenu de sauvegarder l'ordre des compétences et ne peut se substituer à cette autorité, il résulte que, lorsque plusieurs solutions légales sont possibles pour réaliser la réparation en nature, le juge ne peut décider à la place de cette autorité quelle est celle des solutions qui doit être adoptée ; il n'appartient pas en effet au Pouvoir judiciaire d'apprécier l'opportunité qu'il y a à adopter l'une plutôt que l'autre de ces solutions ; cette appréciation relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative laquelle demeure seulement liée par l'obligation de résultat de rétablir la victime dans ses droits (Voir les concl. de M. VELU, avocat général, avant Cass. 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, pp. 1342 s., spécialement p. 1357, note 71).

Il résulte dès lors des [dispositions visées au moyen] et du principe général de droit de la séparation des pouvoirs, que la règle suivante s'impose.

S'il est permis au juge de condamner une commune, sous peine d'astreinte, à prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher que la victime subisse encore à l'avenir un préjudice dans le cas d'une inonda-

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*



tion, il ne lui appartient pas, en revanche, d'ordonner à la commune, sous peine d'astreinte, de soustraire à toute culture une parcelle qui appartient à cette commune en lui donnant une affectation de prairie, de pré de fauche, de jachère ou de zone verte lorsqu'il relève, comme en l'espèce, que la parcelle a été placée en zone de maraîchages – potagers – cultures au plan communal d'aménagement et que l'exploitant de la parcelle s'est abstenu, après l'inondation, de maintenir le même type de culture que celui qui pouvait être à l'origine du préjudice subi [...] »¹².

6. L'arrêt de la Cour de cassation. Ainsi qu'on l'aura lu, la Cour de cassation, dans l'arrêt commenté, suit les conclusions de son Premier avocat général. Elle juge ce qui suit :

« Si les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à une autorité administrative lorsque, aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable, le principe général du droit de la séparation des pouvoirs leur interdit de faire, hors cette hypothèse, des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives.

L'arrêt constate que la demanderesse a placé les parcelles litigieuses 'en zone de 'maraîchages-potagers-cultures' au plan communal d'aménagement établi en 1999' et que 'l'expert mentionne que ce qui est en

cause, c'est avant tout l'affectation donnée aux parcelles incriminées, lesquelles, enclavées dans une zone d'habitat et en pente vers cet habitat, n'auraient pas dû être mises sous culture'.

L'arrêt considère que 'le seul moyen d'éviter à l'avenir de nouveaux sinistres et de permettre à [D.B.] de réintégrer son immeuble en toute sérénité dans des conditions de sécurité suffisantes est de soustraire la parcelle litigieuse à la culture'.

L'arrêt, qui justifie ainsi sa décision d'ordonner[r] à la [Ville], sous peine d'une astreinte de deux cent cinquante euros par jour de retard, de soustraire à la culture la parcelle litigieuse lui appartenant', n'a pu, sans méconnaître le principe général du droit de la séparation des pouvoirs, lui ordonner de donner à cette parcelle 'une affectation de prairie, de pré de fauche, de jachère ou de zone verte'.

Dans cette mesure, le moyen, en cette branche, est fondé »¹³.

II. Le principe de la séparation des pouvoirs

7. La portée du principe de la séparation des pouvoirs. À défaut de recevoir une consécration explicite dans la Constitution, la jurisprudence a érigé la « séparation des pouvoirs »¹⁴ – en réalité des fonctions – en un principe général de droit¹⁵. Dès lors qu'il est induit de multiples dispositions constitutionnelles¹⁶, on reconnaît à ce principe la valeur constitutionnelle¹⁷.

12. *Ibid.*
13. Cass., 4 septembre 2014, *cette Revue* ; égal. *www.cass.be* et concl. du Prem. av. gén. J.-F. LECLERCQ ; *N.J.W.*, 2015, liv. 319, p. 244 et note G. JOCQUE, « *Herstel in natura bij onrechtmatige handeling van overheid* » ; *VAV-CRA*, 2015, liv. 1, p. 46 et note G. JOCQUE.
14. Sur la séparation des pouvoirs, voir not. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Librairie de Leconte, 1832 ; R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. II, Paris, Sirey, 1920, pp. 1 à 142 ; M.J.C. VILE, « The Theory of the Balanced Constitution », in *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon Press, 1969, pp. 53 à 75 ; CH. EISENMANN, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Duchemin, 1977, pp. 163 à 192 ; R. SENELLE, « België tussen machtenscheiding en pluralisme », *T.B.P.*, 1970, pp. 475 à 479 ; A. VANWELKENHUYZEN, « La séparation des pouvoirs 1831-1981 », in *De Grondwet honderdvijftig jaar*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 69 à 93 ; J. VELU, *Droit public*, t. I^{er}, *Le statut des gouvernants*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 311 à 325 ; PH. LAUVAUX, « La séparation des pouvoirs », *Audition devant la Commission de la révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits*, Chambre des représentants, 21 février 1989 ; J. GHIJSELS, « De scheiding der machten », *T.B.P.*, 1989, pp. 567 à 578 ; S. VELLE, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *R.D.P.*, 1989, pp. 676 à 783 ; E. KRINGS, « Enkele beschouwingen betreffende Rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht », *R.W.*, 1989-1990, pp. 169 à 186 ; F. DELPERÉE, « La séparation des pouvoirs, aujourd'hui », *A.P.T.*, 1990, pp. 126 à 131 ; A. ALEN, « 'Scheiding' of 'samenwerking' der machten ? », *Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België*, Academia, Analecta, 1990, pp. 27 à 73 ; F. DUMON, « De scheiding der Staatsmachten. De grondwettelijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. De parlementaire onderzoekscommissies », *R.W.*, 1990-1991, pp. 169 à 176 ; TH. RENOUX, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », *D.*, 1991, pp. 169 à 174 ; J.-C. COLLIARD, « Séparation des pouvoirs », in O. DUHAMEL et Y. MENY (sous la direction de), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 972 à 974 ; M. TROPER, « Actualité de la séparation des pouvoirs », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 223 à 236 ; A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Diegem, Kluwer, 1995, pp. 15 et s. ; E. LIEKENDAEL, « La séparation des pouvoirs à l'aube du troisième millénaire », *J.T.*, 1997, pp. 553 à

- 564 ; J.-F. LECLERCQ, concl. précéd. Cass., 10 juin 1996, *J.T.*, 1997, pp. 197 et s. ; A. UYTENHOVE et J. PUT, « Scheiding der machten en macht van de rechter ten aanzien van sanctiebeslissingen van de R.V.A. », *Chron. D.S.*, 1998, pp. 157 à 169 ; F. DELPERÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 727 à 732 ; D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2003, spéc. pp. 102 et 103 ; M. PAQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 74 à 82 ; TH. BOMBOIS, « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique : vol au-dessus d'un nid de vipères ? », *C.D.P.K.*, 2005, pp. 24 à 49 ; M. UYTENDAELE, « Le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel ou comment contrôler les mauvais élèves de la classe » – *Liber Amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 823 à 839 ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 342 à 350 ; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS et T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, pp. 177 à 207 ; M. JOASSART, « Premier aperçu de la réforme du Conseil d'Etat », *C.D.P.K.*, 2015, spéc. pp. 55 à 59.
15. Voir not. Cass., 5 septembre 1856, *Pas.*, 1856, I, p. 455 ; Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193 ; Bruxelles, 7 juillet 1928, *Pas.*, 1928, II, p. 206 ; Cass., 23 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1212 ; Cass., 26 juin 1980, *J.T.*, 1980, p. 707 ; Cass., 21 mars 1985, *Bull.*, 1985, n° 445 ; Cass., 22 mai 1987, *Bull.*, 1987, n° 577 ; Cass. (ch. réun.), 12 février 1996, *J.T.*, 1996, p. 281 ; Cass., 10 juin 1996, *J.T.*, 1997, p. 198 ; *R.C.J.B.*, 1997, p. 447 et note D. LAGASSE, « Le principe de la séparation des pouvoirs en droit de la sécurité sociale » ; Cass., 4 septembre 2014, *cette Revue*. Voir encore les réf. citées par A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in S. GILSON (sous la direction de), *Au-delà de la loi ? – Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, pp. 174 à 177.
16. Voir not. M. PAQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, op. cit., p. 78 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 85.
17. Voir not. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1506, n° 613 ; égal. C.E., 20 avril 1993, X, n° 42.615 ; C.E., 28 juin 2007, *Philips*, n° 172.870, *Amén.*,

Le principe général de la séparation des pouvoirs a certes pour objet de garantir, d'un seul trait, le respect de toutes les règles écrites qui organisent la répartition des fonctions entre les différents corps constitués. Là où son utilité propre apparaît, c'est lorsqu'il garantit le respect de ce qui ne ressort pas expressément de ces règles, mais qui en constitue pourtant le corollaire nécessaire¹⁸.

L'on ne saurait toutefois taire une réalité que la Constitution même établit. La répartition des fonctions entre les différents corps constitués n'entend pas être étanche¹⁹. Elle impose, au contraire, des liens entre les corps et les fonctions. Ces liens procèdent tantôt de la collaboration, tantôt du contrôle²⁰.

Au titre de la collaboration, la fonction d'administrer est notamment là pour procurer exécution à la fonction de légiférer²¹, voire à la fonction de juger²². Au titre du contrôle, l'exercice de la fonction législative est assujéti au contrôle de la Cour constitutionnelle²³; l'exercice de la fonction administrative est assujéti au contrôle du Conseil d'État²⁴; l'exercice des fonctions législative, administrative et juridictionnelle est encore assujéti au contrôle des cours et tribunaux, au titre de la responsabilité civile extracontractuelle qu'elles sont susceptibles d'engager²⁵.

La séparation des pouvoirs est ainsi organisée pour, à la fois, identifier l'autorité publique spécialement chargée de la fonction, préserver la répartition des fonctions établie, mais aussi assurer la collaboration et le contrôle dans l'exercice des fonctions détenues par les autorités instituées, qu'on appelle corps – ou pouvoirs – constitués²⁶.

Ce que la séparation des pouvoirs interdit dans ce cadre, c'est la situation dans laquelle une autorité publique viendrait à exercer la fonction d'une autre autorité publique, sans qu'elle y ait été spécialement et régulièrement habilitée, à un titre ou à un autre, par la Constitution ou une disposition prise en vertu de celle-ci²⁷.

C'est à cette aune que doit être appréciée la question de savoir si le juge de la responsabilité extracontractuelle de l'administration peut condamner celle-ci à réparer en nature le dommage occasionné par la faute qu'elle a commise.

8. Les contours de la fonction d'administrer. En droit public belge, administrer c'est « agir partout où la nécessité de l'intervention se fait sentir, pourvoir, prévoir, parer à l'ordinaire ou à l'extraordinaire, au-dehors et au-dehors, tous les jours sans discontinuité »²⁸. C'est, en d'autres mots, chercher à atteindre ce que le bien public requiert, dans le respect des préceptes juridiques en vigueur qui ont une valeur supérieure à l'action de l'administration²⁹.

Pour agir, l'administration dispose, comme tout un chacun, de deux techniques : la technique du fait et celle de l'acte. Au sujet plus spécifique de l'acte – qui peut être unilatéral comme bilatéral³⁰ –, il apparaît que l'administration dispose tantôt d'une compétence discrétionnaire, tantôt d'une compétence liée.

9. La compétence discrétionnaire. La compétence discrétionnaire est celle qui confère à l'administration une liberté d'appréciation dans l'exercice de son pouvoir de décision³¹.

2008, liv. 3, p. 200 (reflet M. BOES); C.E., 4 mars 2013, Stedenbouwkundig Inspecteur van het Vlaamse Gewest, n° 222.714; Cass., 17 décembre 2014, P.14.1810.F, www.cass.be.

18. D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 103.
19. Voir not. J. VELU, *Droit public*, op. cit., p. 314.
20. Voir not. P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, 2^e éd., Paris, Giard et Brière, 1918, spéc. pp. 119 et 120 et 254 et 255; également M. PAQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, op. cit., p. 79; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, op. cit., pp. 342 à 350, spéc. p. 349. Comme l'écrit ce dernier : « [...] l'interdépendance des Pouvoirs se manifeste par leur collaboration ou le contrepoids qu'ils forment les uns à l'égard des autres, car chaque Pouvoir intervient dans le fonctionnement des autres Pouvoirs ».
21. Voir l'art. 108 de la Constitution et l'art. 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 « de réformes institutionnelles », M.B., 15 août 1980; également les délégations de compétence établies sur ce fondement, particulièrement larges et nombreuses (voir not. D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., pp. 302 à 309).
22. Voir not. l'art. 40, alinéa 2, de la Constitution : « Les arrêts et jugements sont exécutés au nom du Roi ». Comme le relève D. DE BRUYN, « Le pouvoir judiciaire voit son action limitée notamment par [ce fait]. Les cours et tribunaux ne sont pas chargés d'exécuter eux-mêmes leurs décisions. En effet, pour être exécutée, une décision judiciaire doit être revêtue de la 'formule exécutoire'. [...] Force est de constater qu'un tel partage de compétences est logique dès lors que la procédure d'exécution peut elle-même donner lieu à un litige devant les cours et tribunaux » (« Article 40 », in M. VERDUSSEN (sous la direction de), *La Constitution belge, lignes et entrelignes*, Bruxelles, Le Cri-Essai, 2004, p. 138). Au sujet de l'exécution des arrêts du Conseil d'État, voir V. FRANCK-DE CALLATAY, « L'exécution des arrêts du Conseil d'État au sein des administrations nationales 1980-1984 », A.P.T., 1988, pp. 1 à 45.
23. Voir l'art. 142 de la Constitution et la loi spéciale du 6 janvier 1989 « sur la Cour constitutionnelle », M.B., 7 janvier 1989.

24. Voir l'art. 160 de la Constitution et les lois « sur le Conseil d'État », coord. le 12 janvier 1973, M.B., 21 mars 1973.
25. Voir l'art. 144 de la Constitution et les art. 1382 et s. du C. civ. Sur la responsabilité des pouvoirs publics, voir, parmi bien des contributions, X., *La responsabilité des pouvoirs publics – Actes du Colloque interuniversitaire 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; D. RENDERS (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics – Actes des XXIIe Journées juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-la-Neuve les 19 et 20 mars 2015*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.
26. Voir not. D. BATSELE, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 209 et 210.
27. Voir not. M. PAQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, op. cit., p. 79. L'auteur écrit, à juste titre : « La mesure exacte de [la] consistance [du principe de la séparation des pouvoirs] est souvent problématique. Il n'a de signification absolue que lorsqu'il veut dire que chaque 'pouvoir' doit respecter ses propres compétences en n'empiétant pas sur celles d'un autre. Le principe s'impose à tous les pouvoirs ». Voir, pour un exemple récent, entre juridictions, Civ. Bruxelles (réf.), 10 juin 2014, J.T., 2014, p. 527 et note S. VAN DROOGHENBROECK, « Contentieux électoral : les oublis de la sixième réforme de l'État ».
28. J. DABIN, *Doctrines générales de l'État*, p. 240, cité par C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 221.
29. Voir J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3^e éd., Liège, Presses universitaires de l'U.Lg., 1978, p. 17.
30. Voir not. D. RENDERS, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 218 à 464 et les réf. citées.
31. Voir C. CAMBIER, « Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de la légalité », J.T., 1952, pp. 633 et s. et 651 et s.; J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1959; P. TAPIE, « Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives », A.P.T., 1977-1978, pp. 24 à 35; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 477 à 482; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant,



Cette marge d'appréciation peut varier : elle peut être large ou réduite. Du moment qu'elle existe, il s'agit d'une compétence discrétionnaire³².

10. La compétence discrétionnaire et le pouvoir arbitraire. Il ne faut pas confondre compétence discrétionnaire et pouvoir arbitraire³³.

La compétence discrétionnaire offre à l'administration une liberté d'appréciation dans l'exercice de son pouvoir de décision. Pour autant, l'administration ne peut faire ce qu'elle veut : l'acte administratif qui est le résultat de l'exercice d'une compétence discrétionnaire doit reposer sur des causes et des motifs légalement admissibles et ne saurait procéder d'une erreur manifeste d'appréciation.

Le pouvoir arbitraire est, en revanche, celui qui permettrait à l'administration de faire ce qu'elle veut, autrement dit d'agir en totale subjectivité. C'est à dessein que l'on s'exprime au conditionnel, car il n'existe pas, dans un État démocratique comme la Belgique, de pouvoir arbitraire. Le fondement de cette interdiction radicale est l'article 33 de la Constitution. Il dispose que « Tous les pouvoirs émanent de la Nation » et ajoute que ceux-ci « sont exercés de la manière établie par la Constitution ».

11. Le pouvoir arbitraire et l'acte de gouvernement. Il ne faut pas davantage confondre le pouvoir arbitraire et l'acte de gouvernement³⁴.

Le pouvoir arbitraire – qui est banni du droit belge – permet à l'autorité administrative de faire ce qu'elle veut.

L'« acte de gouvernement »³⁵ est l'acte qui – procédant de l'exercice d'une compétence discrétionnaire, donc d'une compétence qui reconnaît à l'autorité administrative une certaine marge d'appréciation –, serait soustrait à la censure du Conseil d'État et au pouvoir de censure des cours et tribunaux, au motif qu'il revêt un caractère politique tellement prégnant qu'il sortirait, par ce fait, de la sphère de compétence de ces juridictions.

Pour l'exprimer autrement, l'acte de gouvernement procède d'une compétence discrétionnaire. En principe, il est assujéti à la censure du Conseil d'État et des cours et tribunaux. Mais son caractère hautement politique lui permettrait d'échapper à tout pouvoir de censure.

L'on s'exprime, ici aussi, au conditionnel car la jurisprudence du Conseil d'État a jusqu'ici rejeté l'existence des actes dits de gouvernement, considérant qu'il n'est pas d'actes administratifs intouchables³⁶.

12. La compétence liée. À la différence de la compétence discrétionnaire, la compétence liée est celle qui n'offre à l'autorité administrative aucune liberté d'appréciation dans l'exercice de la fonction qui est la sienne³⁷.

Il s'agit, en d'autres termes, pour l'autorité administrative de constater l'existence d'une situation au regard d'un texte et de lui appliquer le dispositif imposé par ce texte.

Entre le texte et la situation, il n'y a pas place pour une liberté d'appréciation, habilitant l'autorité à retenir une solution parmi plusieurs existantes, puisque seule une solution est de mise³⁸.

13. Les contours de la fonction de juger. La fonction d'administrer est une chose, la fonction de juger en est une autre.

Il appartient aux cours et tribunaux, mais aussi aux juridictions administratives et à la Cour constitutionnelle de « régler, selon le droit et par le droit, une perturbation révélée par une contestation, par une prétention ou par un doute sur l'existence, la sanction » ou encore « la portée d'une situation juridique »³⁹. C'est par la voie d'un acte juridictionnel qui réalise ou tend à réaliser « la volonté de la loi ». Ni l'autorité à qui a été confié l'exercice de la fonction législative, ni celle à qui a été confié l'exercice de la fonction administrative ne sauraient subtiliser le pouvoir ainsi attribué à l'institution juridictionnelle⁴⁰.

Ce n'est pas à dire toutefois que l'action de ces autori-

2006, p. 63 ; D. DEOM, « Le pouvoir discrétionnaire : vieillard chancelant ou force vive du droit administratif » – *Liber Amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 199 à 218.

32. D. RENDERS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 335.

33. *Ibid.*, p. 336.

34. *Ibid.*, p. 337.

35. Voir not. M. LEROY, « Les actes de gouvernement : un spectre qui hante la jurisprudence du Conseil d'État belge, A.P.T., 1999, pp. 183 à 189 ; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Entre la sanction disciplinaire déguisée et la mesure grave : l'impossible existence des actes de gouvernement », obs. sous C.E., 12 janvier 2005, Reinier, n° 139.158, J.T., 2005, pp. 317 et s.

36. Pour être tout à fait exact, il y a l'un ou l'autre arrêt qui laisse entendre que la théorie des actes de gouvernement pourrait trouver à s'appliquer en Belgique. Un arrêt du 12 janvier 2005 paraît faire application de cette théorie (C.E., 12 janvier 2005, Reinier, n° 139.158, J.T., 2005, p. 693 et obs. D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Entre la sanction disciplinaire et la mesure grave... », op. cit.).

37. Voir L. DI QUAL, *La compétence liée*, Paris, L.G.D.J., 1964 ; également, M.-A.

FLAMME, *Droit administratif*, t. I^{er}, op. cit., pp. 474 à 477 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, op. cit., p. 63.

38. Voir D. RENDERS, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 337 et 338. Certains textes relatifs à l'octroi de subsides précisent que si l'on remplit telle et telle conditions, l'on a droit à un subsidie. L'autorité administrative est, dans cette hypothèse, tenue de vérifier si les conditions requises par le texte sont réunies. Si tel est le cas, l'autorité administrative est tenue d'allouer le subsidie. Sinon, l'autorité administrative est tenue de ne pas allouer le subsidie (voir, à cet égard, C.E., 5 mars 2014, Commune de Walhain, n° 226.611. Sur le sujet, voir not. J. DE BEYS, B. GORS et Ch. THIEBAUT, « La procédure d'octroi des subventions », in D. RENDERS (sous la direction de), *Les subventions*, op. cit., pp. 312 et s.). Voir également C.E., 24 juillet 2012, Woltèche, n° 220.370 ; C.E., 20 juin 2013, Shaktamirova, n° 224.003.

39. C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, t. I^{er}, *Le juge dans l'État, Le contrôle judiciaire de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 1961, p. 147.

40. D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 322.

tés devrait rester lettre morte durant le temps utile à la clôture des procédures juridictionnelles en cours. L'idée serait, du reste, impraticable puisque de nouvelles procédures sont sans cesse intentées. En contentieux administratif, qui retient ici l'attention, il n'est ainsi pas interdit à l'autorité administrative de poursuivre son action, en procédant, par exemple, à un retrait d'acte ou en adoptant un nouvel acte, différent, semblable ou identique au premier. De tels actes sont, à l'évidence, de nature à moduler les paramètres qui entrent en ligne de compte dans l'exercice de la fonction du juge de l'action administrative. Mais l'autorité qui les accomplit ne diminue pas pour autant la mission du juge, telle qu'elle est reconnue par la Constitution et les traités internationaux directement applicables qui doivent être lus en parallèle⁴¹.

14. Le pouvoir du juge de l'action administrative. Juger peut conduire celui chargé de l'exercice de cette fonction à devoir opérer différemment, selon le pouvoir que lui confère la Constitution ou le texte pris en vertu de celle-ci.

15. Le pouvoir d'annuler. En contentieux administratif, juger peut, d'abord, conduire à devoir annuler l'acte administratif unilatéral déféré à sa censure, s'il est irrégulier. Il s'agit alors de se demander si l'acte est entaché d'une irrégularité. Si tel est le cas, la sentence tombe : c'est l'annulation, autrement dit la prononciation d'une décision juridictionnelle aux termes de laquelle l'acte administratif en cause est censé n'avoir jamais existé.

L'exercice du pouvoir d'annuler ne perturbe pas la séparation des fonctions : l'administration décide ; le juge contrôle la régularité de la décision. Il n'est qu'un point d'achoppement : en compétence discrétionnaire, le contrôle des motifs de l'acte – ce qui le justifie – sera moins strict et le juge ne pourra censurer, au-delà de la vérification de l'existence et de la correction des motifs de droit et de fait, que ce qui procède de l'erreur manifeste d'appréciation⁴². L'on cherche la juste mesure entre deux vérités puissantes : l'un décide – l'administration – ; l'autre contrôle la régularité

de ce qui est décidé – le juge –, jusqu'au point où contrôler reviendrait à décider⁴³.

16. Le pouvoir de réformer. Toujours en contentieux administratif, juger, c'est, parfois aussi, réformer. Il s'agit alors pour le juge de se mettre dans la situation de l'administration en vue soit d'exprimer son accord avec ce qu'elle a décidé et confirmer la décision prise, soit de manifester son désaccord et remplacer la décision administrative par un acte juridictionnel statuant sur le même objet⁴⁴.

L'exercice de ce pouvoir ne perturbe pas, lui non plus, la séparation des pouvoirs : l'administration décide ; le juge contrôle et, au besoin, corrige la décision administrative par un acte dont la raison d'être – un litige –, l'objectif – un contrôle – et la nature – juridictionnelle – sont fondamentalement différents. Il est, là aussi, un point d'achoppement dans l'exercice des deux fonctions en cause. Ainsi que l'exprime l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, dans un avis du 11 juin 2013, rendu sur un avant-projet de loi « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État », à propos d'un pouvoir de réformation que le législateur entendait lui confier en matière de sanctions administratives :

« S'il faut conclure [...] qu'après avoir constaté l'incompétence de l'organe qui a pris la décision initiale [de sanction], le Conseil d'État peut lui-même décider si une amende administrative doit être infligée, cette conclusion soulève des objections. En effet, dans ce cas, l'organe qui est effectivement compétent n'aura pas encore eu la possibilité de trancher la question de savoir si une sanction doit être infligée et, dans l'affirmative, laquelle.

Si une appréciation de pleine juridiction est admissible, voire requise, lorsqu'un juge est amené à se prononcer sur une décision prise, la séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'un juge inflige une sanction administrative à l'égard de laquelle l'autorité compétente n'a pas encore eu l'opportunité de se prononcer et au terme d'une procédure à laquelle elle ne concourt

41. *Ibid.*, pp. 322 et 323.

42. Sur l'erreur manifeste d'appréciation, voir not. D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986 ; également Cass., 11 décembre 2006, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 24 et s. et obs. D. LAGASSE, « Unité ou diversité du contentieux administratif en matière de sécurité sociale ? », Pour des exemples jurisprudentiels où il est question d'erreur manifeste d'appréciation, voir not. C.E., 21 janvier 2011, Lucarelli, n° 210.616 ; C.E., 10 octobre 2013, Jilali, n° 225.063 ; C.E., 19 juin 2014, Société de droit britannique Hammerson PLC et s.a. Eiffage Development, n° 227.771 ; Cass., 17 décembre 2014, P.14.1810.F/1, www.cass.be, précitée. Pour une étude de droit comparé sur la question, voir W. BUSANE RUHANA MIRINDI, *Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif congolais*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

43. Voir not. C.C., 8 mai 2014, n° 74/2014, B.7.3., *J.L.M.B.*, 2014, p. 1193 et obs. D. RENDERS, « La boucle administrative ne serait-elle pas bouclée ? » ; F. BELLEFLAMME et J. BOURTEMBOURG, « Requiem pour la boucle ? », *J.T.*, 2014, pp. 480 à 483 ; P. LEFRANC, « De bestuurlijke lus van de Raad voor de Vergunningsbetwistingen opgedoekt », *T.M.R.*, 2014, pp. 440 à 447 ; IDEM, « Heeft de bestuurlijke lus nog een toekomst in de Raad van State ? », in

Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum Hugo Sebreghs, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 205 à 213 ; C. DE MULDER, « Het Grondwettelijk Hof lust de lus niet », *T.O.O.*, 2014, pp. 256 à 258 ; M. UYTENDAELE, « Sauver la boucle administrative fédérale », *A.P.T.*, 2014, pp. 398 à 405 ; F. EGGERMONT, « De bestuurlijke lus... een dode mus », *R.W.*, 2014-2015, pp. 784 à 789 ; S. LUST et S. BOULLART, « De bestuurlijke lus bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen vernietigd. Wat met de bestuurlijke lus bij de Raad van State ? », *R.A.G.B.*, 2014, pp. 1383 à 1388 ; A. VANDAELE, « Grondwettelijk Hof 8 mei 2014, nr.74/2014 : de vernietiging van de bestuurlijke lus bij de RVVB als voorbode voor de vernietiging van de bestuurlijke lus bij de RVS ? », *C.D.P.K.*, 2014, pp. 428 à 439. Voir également C.C., 16 juillet 2015, n° 103/2015, B.11.3. ; C.C., 29 octobre 2015, n° 152/2015, B.6 à B.15.

44. Voir not., à ce sujet, L. DONNAY, « Vers une plus grande efficacité des pouvoirs des Hautes Cours administratives – Belgique », Séminaire organisé par l'Association des Conseil d'États et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne avec le soutien de la Commission européenne, Bruxelles, 2012, pp. 2 et 3, <http://aca-europe.eu/seminars/Brussels2012/Belgique.pdf>.



pas. Dans cette hypothèse, le juge n'exerce plus un simple pouvoir d' 'appréciation' mais il s'approprierait un pouvoir de décision autonome »⁴⁵.

Sur le fondement de la Constitution – et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'agissant des sanctions administratives qui entrent dans son champ d'application –, l'on peut – voire l'on doit – organiser un dispositif aux termes duquel le juge est appelé à se prononcer sur le même objet que ce que l'administration avait le devoir de décider.

Puisque tous les pouvoirs émanent de la Nation et qu'ils s'exercent de la manière établie par la Constitution et les textes qui en découlent, ces textes, à la condition qu'ils soient réguliers, peuvent aménager la séparation des fonctions au point qu'une décision relève, tour à tour, de la fonction d'administrer, puis de celle de juger.

Puisque l'infliction d'une sanction est la fonction normale du juge, mais que la Cour européenne des droits de l'homme a admis le correctif suivant lequel l'administration était admise à le faire, sous la condition d'un contrôle postérieur de pleine juridiction, le pouvoir de réformation trouve, dans ce champ particulier du droit administratif, un terrain de prédilection⁴⁶.

17. Le pouvoir de condamner à indemniser. En contentieux administratif, juger, c'est, parfois encore, condamner à indemniser. Il est alors question, pour le juge, de devoir établir les responsabilités, autrement dit constater l'existence du fait générateur, du dommage et du lien causal qui les unit.

L'exercice du pouvoir de condamner à indemniser n'est, lui toujours, pas de nature à perturber la séparation des pouvoirs : l'administration décide ; le juge vérifie si, en ayant décidé comme elle l'a fait, l'administration n'a pas engagé, à un titre ou à un autre, sa responsabilité.

Dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir, il peut advenir que le fait générateur attendu consiste en une irrégularité ou une faute qui, elle-même, peut procéder d'une irrégularité. Ce que l'on a écrit au sujet de la compétence discrétionnaire et de l'erreur manifeste d'appréciation est évidemment applicable dans ce contexte⁴⁷. Mais au sujet de l'indemnisation aussi, l'achoppement peut se produire : le juge ne saurait ordonner à l'administration de prendre une mesure ou d'adopter une attitude qui serait son seul apanage⁴⁸.

III. L'application du principe de la séparation des pouvoirs aux données de la cause ayant conduit à l'arrêt commenté

18. L'application du principe en droit de la responsabilité civile extracontractuelle. La question se posait, dans l'arrêt commenté, de savoir si la Cour d'appel de Liège avait légalement exercé sa fonction, en condamnant la Ville de Liège à réparer en nature le dommage causé par sa faute, sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil.

Sur le principe, la Cour de cassation s'inscrit dans la jurisprudence qui est la sienne depuis le 26 juin 1980 et sur laquelle s'appuie, du reste, Monsieur le Premier avocat général LECLERCQ dans les conclusions qui précèdent l'arrêt commenté : elle juge que, oui, il est possible de condamner l'administration à réparer en nature le dommage qu'elle a causé⁴⁹.

Le raisonnement témoigne de ce que l'administration est, comme tout un chacun, assujetti aux articles 1382 et suivants du Code civil⁵⁰. En conséquence, le juge de la responsabilité civile doit faire, avec l'administration, ce qu'il fait avec tout autre justiciable⁵¹. Qui dit 1382, dit réparation intégrale⁵². Qui dit 1382, dit réparation en nature si elle est demandée, possible et non abusive⁵³. Dans ces conditions, oui, évidemment oui, l'administration peut être condamnée à réparer en nature le dommage qu'elle a causé⁵⁴.

L'identité de traitement vient seulement à connaître

45. Avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État du 11 juin 2013 rendu sur un avant-projet de loi « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État », *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 104.
46. Voir, à ce sujet, D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE et F. PIET, « Le régime juridique de la sanction administrative », in R. ANDERSEN, D. DEOM et D. RENDERS, *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 155 à 259, spéc. pp. 224 à 257.
47. Cf. *supra*, n° 16. Voir, pour des illustrations, Cass., 6 novembre 2012, P.12.0489.N, *www.cass.be* ; Bruxelles, 4 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, liv. 22, p. 1052 et obs. Q. PEIFFER, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire » ; Mons, 6 décembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, liv. 11, p. 490 et note F. ABU DALU, « Motivation formelle des actes administratifs dans le cas de décisions adoptées par un vote secret : jurisprudence de la Cour constitutionnelle ».
48. Voir, à ce sujet, P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., spéc. pp. 86 à 88.
49. Cass., 26 juin 1980, *A.P.T.*, 1981, p. 127 et obs. D. DEOM, « De la réparation en nature du préjudice causé par les pouvoirs publics » ; *R.C.J.B.*, 1983, p. 173 et obs. F. DELPEREE, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration » ; sur cet arrêt voir égal. les concl. de l'avocat général J. VELU, *Pas.*, 1980, I, pp. 1342 à 1361 ; F. DE VISSCHER, « Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration », *J.T.*, 1981, pp. 682 à 684.

50. Voir not., à ce sujet, J. VELU, *Droit public*, op. cit., p. 321.
51. Voir not. D. RENDERS, TH. BOMBOIS, B. GORS, CH. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, op. cit., pp. 180 à 204 ; également les réf. de la note n° 1.
52. Voir not. Cass., 5 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2012/6, p. 249.
53. Voir not. Cass., 5 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2012/6, p. 249 ; voir égal. P. WERY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », obs. sous Cass., 5 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2012/6, spéc. pp. 251 à 253, et les réf. citées.
54. Cass., 21 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 388 ; Civ. Mons, 12 novembre 2012, *Amén.*, 2013 (reflet F. TULKENS), p. 112. En doctrine, voir D. DEOM, « De la réparation en nature du préjudice causé par les pouvoirs publics », op. cit., p. 131 ; P. LEWALLE, « La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge, antécédents et perspectives », in *L'administration face à ses juges – Rapports de la Journée d'études du 22 mai 1987*, Liège, Éd. de la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, 1987, pp. 32 et 33 ; D. RENDERS, TH. BOMBOIS, B. GORS, CH. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, op. cit., pp. 200 et 201 ; D. RENDERS et A. MECHELYNCK, « La responsabilité civile extracontractuelle de la commune, de ses mandataires et de ses agents », op. cit., p. 47.

des limites lorsque l'action de l'administration diffère de celle des autres justiciables, au point que le juge en viendrait à empiéter sur ce qui a été confié à l'administration, sans avoir été confié au juge.

Si l'on avait donné au juge de la responsabilité extracontractuelle le pouvoir d'aller jusqu'à prescrire, en lieu et place de l'administration, la mesure destinée à réparer le dommage subi des suites de la faute causée par elle, la séparation des pouvoirs n'aurait pas pu entraver cette prescription. Il se fait que la charge que comportent les articles 1382 et suivants ne contient pas le pouvoir d'irriguer la compétence discrétionnaire de l'administration, faute pour la loi de l'exprimer et d'être habilitée à ce faire.

C'est la raison pour laquelle, lorsque plusieurs solutions s'offrent à l'administration pour, en nature, réparer le dommage qu'elle a occasionné par sa faute, l'administration qui dispose d'une compétence discrétionnaire doit trouver, dans le dispositif du juge, le pouvoir de l'exercer pleinement, sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs⁵⁵.

La même logique conduit à devoir préciser que si la compétence est liée ou si elle est discrétionnaire et qu'il n'existe qu'une manière de réparer en nature le dommage occasionné, le juge ne heurte pas le principe en cause en ordonnant de prendre la – seule – mesure qui s'impose.

19. La réparation pécuniaire porte-t-elle atteinte à la séparation des fonctions ? À la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1980, un commentateur avisé s'est demandé si la condamnation de l'administration à indemniser le dommage subi par le paiement de dommages et intérêts n'était pas tout autant, sinon davantage sujette à la critique, au regard du principe général de droit de la séparation des pouvoirs. Il écrivait :

« (...) En exigeant de l'administration qu'elle indemnise la victime, le juge va s'immiscer, tout autant si pas plus que s'il ordonnait la réparation en nature, dans l'exercice de la fonction exécutive : il oblige l'administration à prélever dans ses ressources les sommes nécessaires à la réparation du préjudice ; il la

contraint à utiliser ses deniers, non pas pour prendre des initiatives nouvelles dans le domaine social ou économique, mais pour acquitter ses dettes. Cette forme d'intervention n'est jamais apparue comme une immixtion inadmissible dans l'action des pouvoirs publics »⁵⁶.

Et pour cause... Dès lors qu'il est établi que l'administration est susceptible d'engager sa responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer, le juge qui vérifie si les conditions sont remplies a le pouvoir de condamner à l'indemnisation qui se rapporte au constat qu'il émet. Cette condamnation épouse les mêmes contours que celle qui peut être adressée à n'importe quel justiciable, sous la réserve de ce qui différerait dans l'exercice de la fonction d'administrer et qui, au nom de la séparation des pouvoirs, ne pourrait conduire le juge à aller plus loin.

Apurer une dette, quelle qu'elle soit, s'impose à l'administration sans que celle-ci ne dispose d'un pouvoir d'appréciation pour ce faire. Certes, le titre juridique est, en l'espèce, délivré par le juge lui-même. Mais c'est au nom du précepte selon lequel il exerce la fonction de juger de la responsabilité du fait d'administrer, ce que la Constitution et les textes adoptés en vertu de celle-ci l'ont chargé de faire.

20. La réparation en nature, un concept fourre-tout ? Plus récemment, un autre auteur – avisé lui aussi – a démontré, dans les colonnes du *Journal des Tribunaux*⁵⁷, puis dans *cette Revue*, prenant appui sur la thèse d'un de ses collègues⁵⁸, que la notion de réparation en nature était, en doctrine comme en jurisprudence belges, « hypertrophiée »⁵⁹.

L'on noierait, dans la notion de réparation en nature, diverses mesures qui n'imposeraient pas de passer par le droit de la responsabilité extracontractuelle des articles 1382 et suivants du Code civil et qui, en conséquence, n'imposeraient pas d'avoir à démontrer l'existence d'une faute et/ou d'un dommage.

Les figures auxquelles il songe sont notamment la théorie des troubles de voisinage⁶⁰ et celle de la confiance légitime⁶¹.

55. Voir D. RENDERS et A. MECHELYNCK, « La responsabilité civile extracontractuelle de la commune, de ses mandataires et de ses agents », *op. cit.*, p. 48. Sur les rapports entre l'office du juge et le pouvoir discrétionnaire de l'administration, voir aussi Cass., 11 décembre 2006, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 24 et s., et note D. LAGASSE, « Unité ou diversité des contentieux administratifs en matière de sécurité sociale ? ».

56. F. DELPERÉE, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », *op. cit.*, p. 183.

57. P. WERY, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », note sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, pp. 429 à 434.

58. TH. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005.

59. P. WERY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », obs. sous Cass., 5 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2012/6, pp. 255 à 257.

60. Voir not., à ce sujet, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GAETHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1 : *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 286 à 320 et les réf. citées ; dans le cadre de l'action administrative, voir D. DEOM et B. PAQUES, « Les permis et autorisations administratives et la réparation des dommages causés aux tiers », *Amén.*, 1995, spéc. pp. 49 et 50.

61. P. WERY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », *op. cit.*, p. 255 et les réf. citées. Sur la théorie de la confiance légitime et l'apparence en droit public, il est à signaler une thèse en préparation au Centre Montesquieu d'études de l'action publique de l'U.C.L. par Monsieur A. TRYBULOWSKI, sous la promotion de l'auteur de la présente contribution.



L'auteur, aux écrits duquel on ne peut que renvoyer, ajoute, par ailleurs, ce qui suit :

« Th. Léonard [...], dans sa remarquable thèse de doctorat, démontre, de manière convaincante, que la sanction naturelle de l'atteinte à un droit subjectif ne réside pas dans la responsabilité civile, mais dans l'imposition de son opposabilité aux tiers. Pour l'auteur, 'Opposer son droit subjectif revient, en réalité, à mettre en œuvre les effets externes des pouvoirs contenus dans tout droit subjectif à l'égard des tiers. L'opposabilité d'un droit subjectif se marque d'abord par l'émergence d'un devoir de respect du droit. Opposer son droit revient, de prime abord, à invoquer à l'égard du tiers le devoir de respect du droit auquel ce dernier est soumis'.

Qu'advient-il si, nonobstant cette opposabilité, le tiers viole ce devoir de respect attaché au droit ? Le réflexe traditionnel est de faire appel à la responsabilité aquilienne du fait personnel. Th. Léonard le récuse et distingue deux sanctions : l'une directe, l'autre indirecte. La sanction de l'opposabilité du droit subjectif se traduit par l'inopposabilité à l'égard du titulaire des actes, matériels ou juridiques, accomplis en méconnaissance du droit. Ce titulaire peut exiger en justice une injonction de cessation de l'atteinte'. A côté de l'action en cessation de l'atteinte au droit [qui] est l'action spécifique attachée à tout droit subjectif existe une sanction indirecte qui peut être intentée contre le tiers qui a porté fautivement atteinte au droit subjectif d'autrui : l'action en responsabilité civile extracontractuelle. Alors que l'action en cessation n'est pas, à l'estime de l'auteur, subordonnée à l'existence d'une faute du tiers pas plus qu'à celle d'un dommage subi par le titulaire du droit subjectif violé, il en va tout autrement de la seconde sanction, qui repose sur les conditions de l'article 1382 du Code civil »⁶².

Si l'on transpose le raisonnement en contentieux administratif, l'autorité administrative doit respecter le droit subjectif d'autrui et ne peut y porter atteinte que pour autant que la fonction d'administrer le lui permette expressément, au regard de l'intérêt général qui guide son action.

Dans ce contexte, le juge pourrait prendre toutes les mesures vis-à-vis de l'autorité pour faire cesser ce qui ne serait pas justifié par l'exercice de la fonction d'administrer et qui constituerait, dès lors, une atteinte au droit subjectif d'autrui, fautive ou non, dommageable ou non.

C'est toujours pour autant que le juge – qui a, par hypothèse, reçu le pouvoir en cause – ne fasse pas œuvre d'administration et n'entame pas la compétence discrétionnaire qui y serait attachée : il n'est, en effet, pas expressément reconnu que la cessation puisse être ordonnée par le juge au moyen de la mesure qui lui paraît la plus appropriée.

Mais, un tel pouvoir lui serait-il reconnu, la séparation des pouvoirs ne serait alors le rempart devant conduire la Cour de cassation à censurer l'œuvre du juge du fond...

... Ou quand la séparation des pouvoirs et la responsabilité civile extracontractuelle sont, sans doute, plus relatives qu'ils ne donnent à penser.

David RENDERS

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Avocat au barreau de Bruxelles

.....

Gerechtelijk privaatrecht – Droit judiciaire privé

Antwerpen 20 oktober 2014

7^e kamer

Zet.: G. Bresseleers (voorzitter), P. Thiriar (raadsheer), G. Van Deyck (plaatsvervangend raadsheer).

Pleit.: Mrs. J.-M. Paklons *loco* A. Van Deun, S. Bivacco *loco* R. De Koninck.

Inzake van: Jamin BVBA/Intervest Offices & Warehouses NV.

Gerechtelijk recht – Bevoegdheid – Ambtshalve onderzoek van de toelaatbaarheid van het hoger beroep – On-

derzoek van de bevoegdheid – Geen prejudicieel onderzoek naar de grond van de zaak – Toepassing van artikel 643 Ger.W. door de appelrechter – Vorderingen aangaande aangelegenheden opgesomd in artikel 591, 1^o Ger.W. – Territoriaal bevoegdheidsbeding – Dwingend recht (art. 629 Ger.W.) – Overgangsrecht – Wet Natuurlijke Rechter van 26 maart 2014 (afwijking van artikel 3 Ger.W.)

Droit judiciaire – Compétence – Examen d'office de la recevabilité de l'appel – Examen de la compétence – Pas d'examen préalable du fond de l'affaire – Application de l'article 643 C. jud. par le juge d'appel – Actions relatives aux contestations énumérées à l'article 591, 1^o, C. jud. –

62. P. WERY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », *ibid.*, pp. 256 et 257.

