

La responsabilité des pouvoirs publics : vers un régime unique ?

Tom COPPÉE

*Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

Marie LAMBERT DE ROUVROIT

*Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocate au barreau de Bruxelles*

Introduction

1. Dans près d'un an, nous soufflerons les cent bougies de l'arrêt *La Flandria*, rendu par la Cour de cassation le 5 novembre 1920¹, et première pierre de l'édifice que constitue la responsabilité civile des pouvoirs publics.

Depuis cette date, les juridictions de l'ordre judiciaire n'ont eu de cesse de développer et d'affiner le régime de la responsabilité du pouvoir exécutif, puis, plus récemment, des pouvoirs législatif et judiciaire.

Pourtant, force est de constater que, cent ans plus tard, cet édifice est loin d'être consolidé et demeure en proie à de nombreux débats et controverses. En témoigne, notamment, l'attention persistante des juridictions suprêmes, en ce compris la Cour constitutionnelle qui s'est récemment prononcée au sujet de la notion de faute du pouvoir exécutif² et sera amenée à le faire prochainement au sujet du pouvoir judiciaire³.

2. Le régime de responsabilité civile des pouvoirs publics constitue une construction jurisprudentielle remarquable, au point qu'on en oublierait presque que ce régime repose sur le droit commun de la responsabilité civile.

La présente contribution se propose de revenir sur la construction du régime – voire des régimes – de la responsabilité civile des pouvoirs publics, en le(s) comparant au régime de droit commun de la responsabilité civile,

¹ Cass. (1^{re} ch.), 5 novembre 1920, *J.L.M.B.*, 2000, p. 23, obs. C. PANIER.

² C.C., 19 juillet 2018, n° 106/2018.

³ Questions préjudicielles posées par le Tribunal de première instance de Liège, division Liège, dans un jugement du 13 octobre 2018, *M.B.*, 19 décembre 2018.

à travers une analyse des trois conditions de la responsabilité (Chapitre 1). Des éléments propres au(x) régime(s) de responsabilité civile des pouvoirs publics seront ensuite rapprochés et analysés (Chapitre 2). Enfin, l'avant-projet de réforme du Code civil et son impact sur la responsabilité des pouvoirs publics seront également abordés (Chapitre 3).

Les matières particulières de la théorie de l'organe et de la responsabilité personnelle des agents de l'État ne seront pas examinées. Les auteurs renvoient aux études préalablement publiées sur ces sujets⁴.

Chapitre 1

Analyse des trois éléments clés de la responsabilité civile au sein des différents régimes de responsabilité des pouvoirs publics

3. La responsabilité civile d'une personne (physique ou morale, de droit privé ou de droit public) ne peut être mise en cause que lorsqu'il est établi qu'une faute, imputable à cette personne, a causé un dommage.

Ces trois conditions de la faute, du dommage et du lien causal sont-elles appréciées de la même manière lorsque la personne dont on cherche à établir la responsabilité est une personne physique, une autorité administrative, un magistrat ou le législateur ?

4. À première vue, on pourrait supposer que le régime de responsabilité civile de l'État est appliqué de manière uniforme, quelle que soit la fonction étatique exercée. En effet, ce régime se fonde sur le régime de droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil.

En réalité, si, de manière générale, la responsabilité n'est engagée que lorsque sont réunis les trois éléments constitutifs de la faute, du dommage et du lien causal, l'application de ces conditions aux pouvoirs publics et, particulièrement celle de la faute, n'est pas si simple.

Section 1

La faute

5. La faute extracontractuelle comporte deux éléments : un élément objectif consistant dans la transgression d'une norme de conduite, générale ou

⁴ Voy. not. J. SOHIER et A. DAOUT, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 33 et s. ; R. VAN MELSEN, « La responsabilité civile du fait des agents des personnes publiques : entre organes, préposés, agents contractuels, agents statutaires et exigences du principe d'égalité et de non-discrimination », note sous C.A., 18 décembre 1996, n° 77/96, C.P.D.K., 2007, pp. 155 et s.

spécifique, et un élément subjectif consistant dans l'imputabilité de l'acte dommageable à son auteur⁵.

6. Selon une jurisprudence bien établie, l'élément objectif de la faute est susceptible de se présenter sous deux aspects. D'une part, la faute peut résulter de la méconnaissance d'une norme de droit interne ou de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, imposant à ses destinataires un comportement déterminé. D'autre part, la faute peut constituer une erreur de conduite, qui s'apprécie selon le critère d'une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances⁶.

Quelle que soit la norme transgressée, la notion de faute est appréciée largement. Elle inclut aussi bien les actes positifs que négatifs, volontaires ou non, et est indépendante de sa nature, puisque la faute la plus légère suffit à engager la responsabilité civile de son auteur⁷.

Les deux facettes de la faute ne sont toutefois pas exclusives. En d'autres termes, le respect d'une norme formulée ne suffit pas à exonérer l'auteur du dommage de sa responsabilité, ce dernier devant également se conformer à l'obligation de prudence qui s'impose à tous⁸.

7. En outre, il ne suffit pas de constater la transgression d'une norme. Encore faut-il que cette transgression soit imputable à son auteur. L'élément subjectif de la faute requiert, en effet, qu'un particulier ne réponde personnellement de sa faute que s'il l'a commise librement et sciemment⁹.

8. Comme l'a récemment rappelé la Cour constitutionnelle, il y a faute, tant dans le régime de droit commun que dans le régime de responsabilité des personnes morales de droit public, lorsque « le comportement de l'auteur de l'acte [qui] a causé un dommage consiste soit en une violation d'une norme légale ou réglementaire imposant un comportement ou une abstention d'agir suffisamment déterminés, soit, en l'absence d'une telle norme, en une violation d'une norme générale de conduite enjoignant d'agir comme le ferait une personne normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions »¹⁰.

⁵ On ajoute parfois un troisième élément : la prévisibilité du dommage. Sur cette distinction, voy. B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I, « Le fait générateur et le lien causal », Bruxelles, Larcier, 2009, p. 22 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, vol. II, « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 830.

⁶ *Ibid.*

⁷ H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, Montchrestien, 1965, p. 53.

⁸ Voy. Cass., 27 juin 2002, *Pas.*, 2002, p. 1463 ; Gand, 18 avril 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 139.

⁹ B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 35 ; Th. LÉONARD, « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, p. 954, n° 2.

¹⁰ C.C., 19 juillet 2018, n° 106/2018, B.7.

À suivre la Cour constitutionnelle, la condition de la faute est remplie de manière similaire dans le régime de droit commun et dans le régime de la responsabilité du pouvoir exécutif. Il faut donc d'abord examiner si le comportement critiqué est constitutif d'une violation d'une norme légale ou réglementaire qui impose un comportement déterminé. Si ce n'est pas le cas, il convient de vérifier si le comportement n'est pas contraire à une norme générale de conduite. Enfin, s'il y a violation d'une norme réglementaire, légale, voire supralégislative, il faut également considérer l'existence d'une cause de justification de la faute.

Il ressort toutefois de la jurisprudence que ce parallèle dans l'analyse de la condition de la faute et de ses deux facettes n'est pas acquis dans les différents régimes de responsabilité applicables aux différentes branches de l'État.

§ 1^{er}. La première facette de l'élément objectif de la faute : la violation d'une norme générale de conduite

A. Le régime de responsabilité de droit commun

9. En l'absence de règle spécifique imposant un comportement déterminé, la faute peut résulter de la transgression d'une obligation générale de prudence qui s'impose à tous. Ce constat de faute procède d'une analyse en deux temps¹¹.

Tout d'abord, il convient d'établir le contenu de cette obligation générale de prudence, en déterminant le comportement qu'aurait adopté tout homme normalement prudent et diligent (*bonus pater familias*). Cette appréciation a lieu *in abstracto*, c'est-à-dire en faisant abstraction, en principe, des caractéristiques personnelles de l'auteur¹². Néanmoins, il est admis que certaines caractéristiques de l'auteur puissent rentrer en ligne de compte pour peu qu'elles soient généralisables, telles que la qualité de professionnel¹³ ou d'autorité publique¹⁴.

Dans un second temps, il convient de confronter le contenu de la norme générale ainsi dégagée au comportement concrètement adopté par l'auteur de l'acte, selon les circonstances externes qui l'ont influencé, et voir

¹¹ B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 26, n^{os} 7 et s.

¹² *Ibid.*, p. 26, n^{os} 7 et s.; R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987-1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 542 et s., n^o 10.

¹³ Cass., 5 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 543; Bruxelles (4^e ch.), 7 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n^o15352; Bruxelles (4^e ch.), 7 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n^o15354; Mons (16^e ch.), 1^{er} décembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n^o15370.

¹⁴ Cass., 21 décembre 2007, *R.G.* n^o C.06.0457.F; Cass., 27 octobre 2006, *R.G.* n^o C.03.0584.N; Bruxelles, 10 septembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n^o15353.

si l'homme normalement prudent et diligent se serait ou non comporté de la sorte dans les mêmes circonstances¹⁵.

B. Le régime de responsabilité du pouvoir exécutif

10. Dès l'aurore de sa jurisprudence consacrant la responsabilité civile du pouvoir exécutif et son arrêt *La Flandria*¹⁶, la Cour de cassation a utilisé le devoir de prudence comme critère d'appréciation de la faute de l'autorité administrative, que cette faute ait été commise à la suite de la prise ou de l'absence de prise d'une décision, de l'exécution de celle-ci ou dans le cadre de l'exercice de la fonction réglementaire.

L'autorité administrative est également tenue d'agir de façon prudente et diligente par le biais de son devoir général d'information du citoyen¹⁷. Elle peut être tenue de réparer le dommage découlant tant de l'absence d'information¹⁸ que de la communication de renseignements inexacts à un administré, lorsque ceux-ci ont été donnés sans « investigations suffisantes ou sans laisser apparaître l'incertitude de la solution indiquée »¹⁹. Ce devoir de communiquer des informations exactes au citoyen est une obligation de moyen imposée à l'administration, sauf lorsque cette obligation trouve son fondement dans une règle ou dans un principe général de droit, et non dans le devoir général de prudence²⁰.

11. À la suite de l'introduction dans la jurisprudence de la Cour de cassation de la seconde facette de la notion de faute applicable à l'autorité administrative, à savoir celle de la violation, par l'autorité, d'une norme imposant un comportement déterminé²¹, l'appréciation du comportement de l'autorité au regard du devoir de prudence n'est plus réalisée qu'à titre subsidiaire, voire à titre supplétif²², lorsqu'aucune règle ou principe général de rang constitutionnel ou légal n'est mis en cause par le comportement de l'administration²³.

¹⁵ Th. LÉONARD, « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *op. cit.*, p. 974, n° 26 ; B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 28, n° 10.

¹⁶ Cass. (1^{re} ch.), 5 novembre 1920, *J.L.M.B.*, 2000, p. 23, obs. C. PANIER.

¹⁷ D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *in* D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 69.

¹⁸ Cass. (1^{re} ch.), 20 juin 1997, R.G. n° C.96.0195.N.

¹⁹ Cass. (1^{re} ch.), 4 janvier 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 434 ; Cass. (1^{re} ch.), 4 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 297.

²⁰ D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 70 ; D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Devoir général de prudence et devoir général d'information de l'administration », obs. sous Cass., 1^{er} juin 2012, *J.T.*, 2013, pp. 544-547.

²¹ *Voy. infra.*

²² D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 80.

²³ *Ibid.*, p. 72.

12. Le devoir de prudence, appliqué au pouvoir exécutif, s'apprécie au regard du comportement de l'autorité normalement prudente et diligente placée dans la même situation²⁴, c'est-à-dire du critère du bon père de famille appliqué à l'autorité administrative²⁵.

L'appréciation par le juge du comportement de l'autorité administrative varie selon que la compétence exercée par l'autorité administrative est liée ou que l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation dans l'exercice de sa compétence.

Dans ce dernier cas, le principe de séparation des pouvoirs doit être pris en compte dans l'appréciation par le juge d'une négligence dans le chef de l'autorité administrative.

La Cour de cassation le rappelle dans un arrêt du 27 octobre 2006, en constatant :

« Il s'ensuit que le pouvoir judiciaire est compétent pour condamner l'autorité à réparer le dommage subi par un tiers par le fait de son intervention négligente, sans qu'il puisse toutefois priver l'autorité de sa liberté d'action ou se substituer à elle.

Le pouvoir judiciaire doit ainsi respecter la liberté d'appréciation permettant à l'autorité de décider elle-même de la manière dont elle exerce sa compétence et de choisir la solution la plus adaptée dans les limites fixées par la loi »²⁶.

Ainsi, la Cour de cassation considère que, dans l'appréciation du délai raisonnable dans lequel l'administration aurait dû agir, les juges d'appel n'ont pas suffisamment tenu compte des nécessités de l'intérêt général auxquelles est tenue l'autorité administrative dans la manière dont elle exerce sa compétence, sur la base d'une liberté d'appréciation étendue, mais dans les limites fixées par la loi. Elle juge qu'« en décidant ainsi, les juges d'appel ont limité la liberté d'action de l'administration et méconnu le principe général du droit relatif à la séparation des pouvoirs ».

C. *Le régime de responsabilité du pouvoir judiciaire*

13. À l'inverse de l'administration, la responsabilité de l'État du fait des juges s'apprécie principalement au regard du critère de l'erreur de conduite.

²⁴ *Ibid.*, p. 67. Voy. *infra*, chapitre 1, section 2, § 2, B.

²⁵ B. LOMBAERT, F. TULKENS ET A. VAN DER HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in H. DUMONT, P. JADOUL ET S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Charte, 2007, p. 44.

²⁶ Cass. (1^{re} ch.), 27 octobre 2006, R.G. n° C.03.0584.N.

Ce constat s'impose aussi bien pour les actes commis par les juges dans ou en dehors de leurs fonctions juridictionnelles²⁷.

1. *La faute résultant d'un acte juridictionnel*

14. La Cour de cassation, quelques années après avoir consacré le principe de la responsabilité de l'État du fait des juges dans l'exercice de leurs fonctions²⁸, a décidé que celle-ci s'apprécierait uniquement à l'aune du juge normalement prudent et diligent. Dans un arrêt du 26 juin 1998, la Cour dispose en effet :

« L'erreur commise par celui qui prend une décision juridictionnelle, dans l'interprétation ou l'application de la norme de droit qu'il a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce, n'est fautive que si elle consiste en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'organe de l'État normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions »²⁹.

Le justiciable qui estime qu'un magistrat a « mal jugé » ne pourra donc se contenter de dire qu'il a méconnu une norme imposant un comportement déterminé (obligation de résultat). Il devra nécessairement établir que ce magistrat a agi avec négligence (obligation de moyens).

15. La doctrine tente de justifier ce privilège réservé au juge. Selon certains, la charge probatoire plus lourde qui pèse sur le justiciable tient compte de la complexité et de la nature de la fonction juridictionnelle. Elle permet au juge de disposer de suffisamment de liberté dans l'application et à l'interprétation des normes, et de ne pas craindre d'engager sa responsabilité chaque fois qu'il fait preuve d'initiative à cet égard. Le critère de prudence et de diligence serait le garant de l'indépendance du juge³⁰.

²⁷ Sur cette distinction, voy. Cass., 19 décembre 1991, *Arr. Cass.*, 1991-1992, p. 364 ; *Bull.*, 1992, p. 316 ; *J.L.M.B.*, 1992, p. 42, note F. PIEDBOEUF ; *J.T.*, 1992, p. 142 ; *Pas.*, 1992, I, p. 316 ; *R.C.J.B.*, 1993, p. 285, note F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE ; *R.G.D.C.*, 1992, p. 60, note A. VAN OEVELEN. Cette dichotomie traditionnelle est critiquée par J.-L. Fagnart, qui estime qu'il faut, dans la recherche de la responsabilité de l'État du fait du pouvoir judiciaire, opérer une dissociation totale entre la responsabilité de la personne de droit public et celle de son organe ; J.-L. FAGNART, « Propos sur la responsabilité de l'État dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle », in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 80.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Cass., 26 juin 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 762 ; *Bull.*, 1998, p. 812 ; *R.C.J.B.*, 2001, p. 21, note B. DUBUISSON ; *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.095 ; Cass., 17 décembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3273.

³⁰ B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 66 ; X. THUNIS, *Théorie de la faute civile*, vol. 2. « La faute comme acte contraire au droit », *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, t. II, liv. 20bis, 2017, n° 63 ; J. SPREUTELS, concl. préc. Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, p. 816 ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 203 et 205.

En revanche, pour d'autres, la différence de missions entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif n'est pas substantielle au point qu'il faille nécessairement apprécier la faute du premier plus sévèrement que celle du second. En effet, l'ensemble des pouvoirs publics n'est-il pas confronté au même manque de clarté des textes légaux, à leurs contradictions, lacunes ou incohérences³¹ ? Toutefois, certains auteurs estiment qu'il est quelque peu schizophrénique pour l'État d'estimer qu'il (le pouvoir judiciaire) ne connaît pas les lois qu'il (le pouvoir législatif) édicte et dont il (le pouvoir exécutif) impose le respect. Pour cette raison, la responsabilité de l'État du fait du pouvoir judiciaire ne pourrait résulter que de la méconnaissance d'une obligation de résultat. Seuls les juges, en qualité d'organe du pouvoir judiciaire, seraient tenus d'une obligation de moyen³².

16. Comme nous le verrons par la suite, le choix du critère de prudence et de diligence par la Cour de cassation ne constitue pas la seule dérogation au droit commun de la responsabilité civile. En effet, la Cour constitutionnelle estime que l'État ne peut être rendu responsable d'une faute commise par une juridiction de dernier ressort dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle que « lorsque cette faute constitue une violation suffisamment caractérisée des règles de droit qui lui sont applicables »³³. Certains souhaitent généraliser ce critère de la faute lourde à toute faute du juge dans l'exercice de ses fonctions³⁴. En outre, l'action en responsabilité de l'État pour faute commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle n'est recevable qu'à la condition que la décision critiquée ait été, au préalable, anéantie, c'est-à-dire effacée de l'ordonnancement juridique³⁵.

17. Dans ces conditions strictes, nul ne s'étonnera que les rares mises en cause de la responsabilité du pouvoir judiciaire aient échoué³⁶.

³¹ K. STANGHERLIN, « À la rescousse de l'article 1382 du Code civil. À propos d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 612 et s.

³² J.-L. FAGNART, « Propos sur la responsabilité de l'État dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle », in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 80.

³³ C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014 ; C.C., 23 février 2017, n° 29/2017.

³⁴ B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 66 ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », *op. cit.*, pp. 203 et 205 ; I. VEROUGSTRAETE, « Staatsaansprakelijkheid voor ambtsfouten van rechters in handelzaken : enkele randbemerkingen bij preadvies van professor Van Oevelen », *R.D.C.-T.B.H.*, 2013, p. 1121. Voy. *infra*, chapitre 2, section 2.

³⁵ Selon la Cour de cassation, l'acte doit avoir « été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie » ; Cass., 19 décembre 1991, *Arr. Cass.*, 1991-1992, p. 364 ; *Bull.*, 1992, p. 316 ; *J.L.M.B.*, 1992, p. 42, note F. PIEDBOEUF ; *J.T.*, 1992, p. 142 ; *Pas.*, 1992, I, p. 316 ; *R.C.J.B.*, 1993, p. 285, note F. RIGAUX et VAN COMPERNOLLE ; *R.G.D.C.*, 1992, p. 60, note A. VAN OEVELEN ; Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1066 ; Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1732 et concl. T. WERQUIN ; *R.C.J.B.*, 2010, p. 183 et note D. RENDERS ; C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014. Voy. *infra*, chapitre 2, section 3.

³⁶ Pour un relevé précis des jurisprudences, voy. A. VAN OEVELEN, « Staatsaansprakelijkheid voor ambtsfouten van handelsrechters », *R.D.C.*, 2016, pp. 1099 et s. Voy. aussi R.O. DALCQ, « La responsabilité du pouvoir judiciaire », *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 113.

2. La faute résultant d'un acte non juridictionnel

18. La jurisprudence est plus abondante dans le cadre de fautes de magistrat résultant d'acte non juridictionnel. Elle l'est particulièrement en cas de dysfonctionnement de la procédure.

Contrairement aux fautes commises par les juges dans l'exercice de leurs fonctions, celles commises en dehors peuvent être appréciées au regard de la violation d'une norme imposant un comportement déterminé³⁷. Toutefois, ici aussi, c'est le critère de prudence et de diligence qui sera généralement choisi afin d'apprécier la faute. En effet, la détermination même des normes imposant aux juges un comportement déterminé en dehors de leur fonction juridictionnelle fait débat³⁸.

19. Ainsi, en matière civile, la Cour de cassation a déjà condamné plusieurs fois l'État sur la base de l'erreur de conduite pour manquements commis par le juge-commissaire dans le cadre de son pouvoir de contrôle et de surveillance de la mission du curateur de faillite au cours des opérations de liquidation³⁹.

C'est toutefois en matière pénale que les dysfonctionnements de procédure sont le plus sanctionnés, principalement au stade de l'instruction ou de l'information. L'État a ainsi été reconnu responsable du fait des magistrats du parquet ou de l'instruction qui ont oublié de convoquer les victimes à l'audience aux fins de se constituer partie civile ou de s'opposer à une mesure d'internement⁴⁰, ou encore qui ont mis sur écoute⁴¹, saisi, perquisitionné⁴² ou interné⁴³ de façon illégale.

L'État est également responsable des magistrats qui, par leur lenteur ou inaction, ont affecté le déroulement de la procédure, notamment en participant à la prescription de l'action publique⁴⁴ ou à la violation du délai raisonnable⁴⁵.

³⁷ Voy. not. Cass., 21 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 916 ; Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 349 ; D. MOUGENOT, « La responsabilité du fait de juger », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, op. cit., p. 324 ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », op. cit., p. 208.

³⁸ Voy. *infra*, chapitre 1, section 2, § 2, C.

³⁹ Cass., 21 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 916 ; Civ. Bruxelles (26^e ch.), 22 novembre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 171 ; *R.D.C.*, 2002, p. 56 ; 2001, p. 129.

⁴⁰ Bruxelles, 14 janvier 2000, *J.T.*, 2000, p. 307 ; *J.L.M.B.*, 2000, p. 589.

⁴¹ Liège (20^e ch.), 3 décembre 2009, *J.T.*, 2010, p. 192, note A. LEROY ; *J.L.M.B.*, 2010, p. 283 ; *T. Strafr.*, 2010, p. 151, note P. HELSEN et E. VAN LISHOUT ; Civ. Liège, 9 septembre 2008, *J.T.*, 2008, p. 604, note A. LEROY.

⁴² Anvers, 2 juin 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 405 ; Bruxelles, 13 mai 2002, *R.G.D.C.*, 2002, p. 435, note K. STANGHERLIN ; Gand, 12 mai 1999, *T.G.R.*, 1999, p. 130.

⁴³ Gand, 26 février 2004, *N.j.W.*, 2004, p. 846.

⁴⁴ Bruxelles (2^e ch.), 16 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 578, note C. PANIER ; *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.490.

⁴⁵ J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », op. cit., p. 211 ; F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, « La responsabilité de l'État pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions », *R.C.J.B.*, 1993, p. 309 ; R.O. DALCQ, « La responsabilité

D. Le régime de responsabilité du pouvoir législatif

20. Après avoir consacré le principe de la responsabilité des pouvoirs exécutif et judiciaire, la Cour de cassation a fait tomber, en 2006, le dernier bastion d'immunité de responsabilité de l'État dans l'exercice de sa fonction législative⁴⁶ en affirmant que « le principe de séparation des pouvoirs, qui tend à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'État, n'implique pas que celui-ci serait, de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative »⁴⁷.

C'est dans son arrêt *Ferrara Jung* du 28 septembre 2006 que la Cour de cassation admet que la responsabilité civile extracontractuelle du pouvoir législateur peut être en cause, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, en cas d'« intervention ou omissions législatives fautives ». Reprenant des passages de l'arrêt *La Flandria* du 5 novembre 1920, la Cour juge que la responsabilité civile de l'État-législateur peut être engagée lorsqu'est constatée « une atteinte fautive à un droit consacré par une norme supérieure imposant une obligation à l'État », et ce, même lorsque « la norme qui la prescrit laisse au législateur un pouvoir d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour en assurer le respect ».

21. Précédemment à l'arrêt *Ferrara Jung*, la Cour de cassation a déjà posé les fondements du régime de responsabilité de l'État dans l'exercice de sa fonction législative dans un arrêt du 1^{er} juin 2006, à l'occasion duquel la Cour affirmait que « les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir législatif et des parlementaires n'impliquent pas que l'État serait, d'une manière générale, soustrait à son obligation d'indemniser le dommage causé à autrui par une faute du Parlement »⁴⁸.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a néanmoins réfréné l'enthousiasme de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait mis en cause la responsabilité du Parlement⁴⁹ et, par ricochet, celle de l'État belge, pour des propos figurant dans un rapport d'une commission d'enquête parlementaire rédigé sur la base du droit d'enquête des chambres législatives consacré

de l'État du fait des magistrats », *J.T.*, 1992, p. 450 ; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991 », *R.W.*, 1992-1993, p. 389, et not. le concept de « faute anonyme de service » proposé par ces auteurs. Pour une application, voy. Civ. Bruxelles (5^e ch.), 6 novembre 2001, *J.T.*, 2001, p. 865 ; *R.G.D.C.*, 2002, liv. 1, p. 15.

⁴⁶ Le principe de l'irresponsabilité du pouvoir législatif a été consacré en des termes explicites dès 1845 par la Cour de cassation (Cass., 27 juin 1845, *Pas.*, I, p. 592).

⁴⁷ Cass. (1^{re} ch.), 28 septembre 2006, R.G. n° C.02.0570.F.

⁴⁸ Cass. (plén.), 1^{er} juin 2006, R.G. n° C.05.0494.N.

⁴⁹ Soit d'une partie seulement du pouvoir législatif.

par l'article 56 de la Constitution. Alors que la Cour d'appel de Bruxelles l'avait écartée, la Cour de cassation rappelle que l'immunité parlementaire s'applique à l'établissement de tels rapports d'enquête parlementaire et peut être invoquée par l'État belge pour les actes et négligences de son Parlement⁵⁰.

22. La responsabilité de l'État-législateur a aussi, avant 2006, été mise en cause par certaines juridictions judiciaires, notamment⁵¹ pour violation des normes résultant du droit européen ou pour défaut de transposition d'une directive européenne dans les délais imposés⁵², conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne développée dans ses arrêts *Francovich*⁵³ et *Brasserie du pêcheur*⁵⁴.

23. Dans l'arrêt *Ferrara Jung* du 28 septembre 2006, la faute retenue dans le chef de l'État-législateur est le non-respect des articles 6.1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), consacrant le droit de toute personne à voir sa cause être entendue dans un délai raisonnable, à travers une lacune législative.

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 juillet 2002 soumis à cassation reprochait en effet au législateur d'avoir « omis de légiférer afin de donner au pouvoir judiciaire les moyens nécessaires pour lui permettre d'assurer efficacement le service public de la justice, dans le respect notamment de l'article 6.1 de la Convention [...] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁵⁵.

⁵⁰ Au sujet de cet arrêt, voy. Y. THIELS et I. WOUTERS, « La responsabilité des pouvoirs publics. Le pouvoir législatif mis en cause : révolution ou simple évolution », obs. sous Cass. (1^{er} ch.), 1^{er} juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1541 et s.; 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.

⁵¹ Voy. aussi, dans d'autres hypothèses de responsabilité de l'État-législateur : Civ. Bruxelles, 3 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 733; Civ. Liège (3^e ch.), 17 novembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 299, obs. Y.-H. LELEU. Voy. également M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur », *J.T.*, 1998, pp. 825 et s.; A. ALEN, « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 », *J.T.*, 2008, p. 99.

⁵² Voy. not. les exemples cités par M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur », *op. cit.*, pts 114 et s., ainsi que les exemples donnés par S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, p. 343, note 41.

⁵³ C.J.U.E., 19 novembre 1991, *Francovich*, C-6/90 et C-9/90, EU : C : 1991:428.

⁵⁴ C.J.U.E., 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, C-46/93 et C-48/93, EU : C : 1996:79. Sur cette jurisprudence, voy. M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur », *op. cit.*, §§ 103 et s.; P. VAN OMMESLAGHE et J. VERBIST, « Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht », *T.B.P.*, 2009, pp. 7 et s.

⁵⁵ Bruxelles (2^e ch.), 4 juillet 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1184. Pour un rappel des données de la cause, voy. 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.* », *op. cit.*, pp. 1556 et s.; J. VAN COMPENOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », *J.T.*, 2007, pp. 433 et s.

Il ne faut toutefois pas en déduire que le standard de faute appliqué par la Cour de cassation dans cet arrêt du 28 septembre 2006 correspond à la seconde facette de la notion de la faute, à savoir la violation d'une norme – le cas échéant, supralégislative – qui imposait au législateur un comportement déterminé. En effet, si, comme l'expose S. Van Drooghenbroeck⁵⁶, le fait générateur de la faute consiste en la violation d'une règle supralégislative, c'est bien la violation de la norme de comportement que l'on peut attendre de la part d'un législateur soigneux et diligent qui constitue la faute reprochée en l'espèce à l'État-législateur⁵⁷. Les dispositions en cause de la Convention européenne des droits de l'homme n'imposent pas au législateur un comportement ou une abstention déterminés, mais bien un objectif, en laissant au législateur le choix des moyens adéquats à adopter pour rencontrer celui-ci. C'est ainsi que, dans son arrêt du 28 septembre 2006, la Cour de cassation affirme le pouvoir du juge de la responsabilité « de contrôler si le pouvoir législatif a légiféré de manière adéquate ou suffisante pour permettre à l'État de respecter » la norme supérieure lui imposant une obligation de protéger les droits consacrés par la Convention.

24. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer, dans un arrêt du 10 septembre 2010, la responsabilité de l'État-législateur pour une intervention ou une omission législative fautive⁵⁸.

Cette fois, il est reproché au pouvoir législatif d'avoir adopté et appliqué une norme législative que la Cour constitutionnelle a, par la suite, jugée contraire à l'article 10 de la Constitution dans un arrêt préjudiciel rendu dans le cadre d'un autre litige que celui examiné par la Cour de cassation⁵⁹.

Dans le cadre de ce dernier, l'arrêt finalement cassé de la Cour d'appel de Bruxelles déduisait l'existence d'une faute du constat d'inconstitutionnalité de l'arrêt de la Cour constitutionnelle⁶⁰.

Saisie d'un pourvoi en cassation contre cet arrêt, la Cour de cassation décide que le juge de la responsabilité ne peut se contenter d'un simple renvoi à un arrêt de la Cour constitutionnelle rendu sur question préjudicielle pour établir la faute du législateur. Selon la Cour, il faut « une appréciation propre [de la part] du juge saisi de la demande de condamner l'État sur la

⁵⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 348.

⁵⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *A.P.T.*, 2012, p. 12 ; A. ALEN, « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 », *op. cit.*, p. 99.

⁵⁸ Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 2010, R.G. n° F.09.0042.N.

⁵⁹ C.C., 9 décembre 1998, n° 132/98.

⁶⁰ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, p. 2.

base d'un acte illicite » et cet examen doit se faire au regard du comportement du « législateur normalement prudent et diligent », même, donc, lorsque la responsabilité du législateur est poursuivie après un arrêt de la Cour constitutionnelle rendu sur question préjudicielle et constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition légale⁶¹.

25. La construction du régime jurisprudentiel de la responsabilité civile de l'État-législateur repose donc, elle aussi, sur la première facette de la condition de la faute.

§ 2. La seconde facette de l'élément objectif de la faute : la violation d'une norme imposant un comportement déterminé

A. *Le régime de responsabilité de droit commun*

26. Selon la Cour de cassation, la transgression d'une norme de droit national ou d'une règle de droit international présentant des effets directs dans l'ordre national qui impose un comportement déterminé (d'action ou d'abstention) à son destinataire est en soi constitutive d'une faute⁶². Nul besoin d'établir, en outre, que l'auteur de la contravention à la loi n'a pas non plus agi comme une personne normalement prudente et diligente⁶³.

La norme transgressée doit toutefois imposer un comportement déterminé et précis en ce sens que l'auteur de l'acte dommageable ne pouvait raisonnablement ignorer qu'il y contrevenait. De même, cette norme doit être appréciée selon le contexte législatif et jurisprudentiel existant au moment de l'acte dommageable⁶⁴. Sous cette condition, et sous réserve de causes de justification ou d'exonération admissibles, il y a une identité entre illégalité et faute civile au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil⁶⁵.

⁶¹ S. Van Drooghenbroeck ajoute que le juge devra, pour apprécier le comportement du législateur normalement prudent et diligent, se replacer dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, soit « au moment de l'adoption de la règle législative litigieuse, et non au moment de sa déclaration d'inconstitutionnalité ou d'"inconventionnalité" » (S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 376).

⁶² Voy. not. Cass., 9 février 2017, *R.G.A.R.*, 2017, n°15395 ; Cass., 10 avril 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n°15206 ; Cass., 8 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 591 ; Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, avec concl. contraires Proc. gén. LECLERCQ ; Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 719 ; Cass., 14 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 33, pp. 102 et s. ; Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 343, pp. 812 et s., avec concl. Av. gén. SPREUTELS ; Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, pp. 1063 et s. ; Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 83.

⁶³ B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 30, n° 13.

⁶⁴ Cass., 1^{er} janvier 2014, *R.G.* n° C.12.0385.F.

⁶⁵ B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 30, n°s 13-15.

B. Le régime de responsabilité du pouvoir exécutif

27. Si le principe de l'établissement d'une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil dans le chef d'une autorité administrative a été consacré dès 1920, ce n'est qu'à partir de 1980 que la Cour de cassation a admis que la faute du pouvoir exécutif peut également découler de la violation de règles constitutionnelles et légales – en ce compris des principes généraux de droit – imposant à l'autorité un comportement déterminé.

La jurisprudence précédant les arrêts de la Cour de cassation du 19 décembre 1980⁶⁶ et du 13 mai 1982⁶⁷ fondait en effet la faute de l'autorité administrative uniquement sur un manquement au devoir de prudence⁶⁸, sans analyser la violation de règles constitutionnelles ou légales. L'application du régime de droit commun et des deux aspects de la notion de faute à la responsabilité du pouvoir exécutif n'est donc intervenue qu'après 1980 et particulièrement après l'arrêt du 13 mai 1982⁶⁹. Dans cet arrêt du 13 mai 1982, la Cour de cassation juge ainsi :

« Sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît les règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause de dommage »⁷⁰.

Afin de pouvoir constituer une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, les règles légales ou constitutionnelles dont la violation est invoquée doivent donc imposer un comportement déterminé à l'autorité et doivent avoir un contenu suffisamment précis, clair et inconditionnel pour qu'en découlent des obligations de résultat dans le chef de l'autorité administrative⁷¹.

⁶⁶ Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 453. Dans cet arrêt, la Cour de cassation juge que « le Pouvoir exécutif agit fautivement lorsqu'il excède les limites de son pouvoir réglementaire fixées par la loi ».

⁶⁷ Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056.

⁶⁸ À ce sujet, voy. *supra*. Voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », in F. TULKENS et J. SAUTOIS (dir.), *Actualités en droit public et administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 19-20 ; D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 38.

⁶⁹ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *op. cit.*, p. 19.

⁷⁰ Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056.

⁷¹ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *op. cit.*, p. 20 ; J. WILDERMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 », in B. KOHL (dir.), *Droit de la responsabilité*, Liège, Anthemis, 2009, p. 236 ; F. AUVRAY, « La violation d'un traité est-elle une faute ? », *J.T.*, 2019, p. 26. Voy. également Av. gén. J. VELU, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1080, dans lesquelles il estime que « le contenu des obligations constitutionnelles

28. Cette jurisprudence est applicable au pouvoir exécutif tant dans sa fonction d'administrer⁷² que dans sa fonction de régler⁷³, et est toujours d'actualité aujourd'hui, tel qu'il ressort d'un arrêt du 9 février 2017 de la Cour de cassation :

« La faute de l'autorité administrative pouvant, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, engager sa responsabilité consiste en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets directs dans l'ordre interne qui impose à cette autorité de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée »⁷⁴.

Cet arrêt du 9 février 2017 est d'ailleurs l'occasion pour la Cour de cassation de préciser que la violation d'un traité international est susceptible de constituer une faute uniquement lorsque ce traité a des effets directs en droit interne⁷⁵, tranchant ainsi la controverse doctrinale⁷⁶.

29. C'est dans ce cadre que s'inscrit le débat sur l'unité absolue ou relative entre l'illégalité, constatée par un arrêt d'annulation du Conseil d'État, et la notion de faute au sens de l'article 1382 du Code civil⁷⁷.

En effet, dans son arrêt du 13 mai 1982, la Cour de cassation se prononce sur la notion de faute dans une action en responsabilité introduite à la suite d'un arrêt d'annulation rendu par le Conseil d'État :

« Attendu que les décisions d'annulation du Conseil d'État ont autorité de chose jugée *erga omnes* ;
Que, lorsqu'une juridiction judiciaire est valablement saisie d'une demande en responsabilité fondée sur l'excès de pouvoir résultant de la méconnaissance de telles règles constitutionnelles ou légales ayant entraîné l'annulation d'un acte administratif par le Conseil d'État,

ou légales est le plus souvent suffisamment déterminé pour qu'on puisse les considérer comme des obligations de résultat ».

⁷² Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2001, R.G. n° C.99.0528.F.

⁷³ Cass., 14 janvier 2000, R.G. n° C.98.0477.F.

⁷⁴ Cass. (1^{re} ch.), 9 février 2017, R.G. n° C.13.0528.F.

⁷⁵ Ce qui n'est pas le cas de la Charte des Nations unies ou du Traité de l'OTAN (Cass. [1^{re} ch.], 9 février 2017, R.G. n° C.13.0528.F), mais bien du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Cass., 14 janvier 2000, R.G. n° C.98.0477.F). Voy., à ce sujet, F. AUVRAY, « La violation d'un traité est-elle une faute ? », *op. cit.*, pp. 21 et s.

⁷⁶ F. AUVRAY, « La violation d'un traité est-elle une faute ? », *op. cit.*, p. 25.

⁷⁷ L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel d'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 445 et s.

la constatation de ce dernier de l'excès de pouvoir s'impose à elle, que, dès lors, sous la réserve indiquée ci-avant, cette juridiction doit nécessairement décider que l'autorité administrative, auteur de l'acte annulé, a commis une faute et, pour autant que le lien causal entre l'excès de pouvoir et le dommage soit établi, ordonner la réparation de celui-ci »⁷⁸.

La Cour de cassation s'est montrée tout aussi claire dans sa jurisprudence ultérieure :

« Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire est valablement saisie sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil d'une demande en responsabilité fondée sur l'excès de pouvoir résultant de la méconnaissance par l'autorité administrative des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée et que cet excès de pouvoir a été sanctionné par l'annulation de l'acte administratif par le Conseil d'État, la juridiction de l'ordre judiciaire doit nécessairement décider, en raison de l'autorité de la chose jugée *erga omnes* qui s'attache à pareille décision d'annulation, que l'autorité administrative, auteur de l'acte annulé, a commis une faute et que cette faute donne lieu à réparation à la condition que le lien causal entre l'excès de pouvoir et le dommage soit prouvé »⁷⁹.

30. Selon les partisans de la théorie de l'unité absolue entre faute et illégalité, il faut considérer qu'il ressort de cet arrêt du 13 mai 1982 et de la jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation que « toute illégalité est une faute, sous la réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification »⁸⁰.

D. Renders soutient ainsi que « toutes les règles et [...] tous les principes qui s'imposent à l'administration, que ces règles consentent ou non à celle-ci une marge d'appréciation », prescrivent à l'administration d'agir de manière déterminée⁸¹. Selon lui sont aussi bien visées les règles relatives à la motivation

⁷⁸ Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056. Comme le soulignent D. De Roy et D. Renders, le terme « telles règles constitutionnelles et légales » renvoie aux « règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée » (D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, pp. 58-59).

⁷⁹ Cass. (1^{re} ch.), 21 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1199 ; Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2001, R.G. n° C.99.0528.F ; Cass. (3^e ch.), 14 décembre 2015, *R.C.J.B.*, 2018, p. 1111, obs. D. DELVAX.

⁸⁰ D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, pp. 41 et s. et not. la jurisprudence citée pp. 47-49.

⁸¹ D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 44.

formelle de l'acte administratif, à la consultation préalable de la Section de législation du Conseil d'État ou encore l'obligation de procéder à une enquête publique préalable. Il n'y aurait donc pas lieu de faire une distinction entre des normes imposant à l'autorité administrative une obligation de résultat ou une obligation de moyens⁸².

31. À l'inverse, une partie de la doctrine⁸³ et de la jurisprudence⁸⁴ estime qu'il n'y a pas d'équivalence automatique entre une illégalité constatée par le Conseil d'État et une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

Les partisans de cette théorie de l'unité relative entre illégalité et faute considèrent que la démonstration de la faute implique une analyse de la règle constitutionnelle ou légale violée et de son contenu normatif, afin de déterminer si elle impose réellement à l'autorité administrative un comportement déterminé et une obligation de résultat⁸⁵, ce qui n'est pas le cas de toutes les normes⁸⁶.

Cette théorie repose principalement sur l'interprétation de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2004⁸⁷. Saisie d'un pourvoi en cassation introduit contre un arrêt de la Cour du travail de Mons du 2 mai 2003, la Cour juge qu'aucune norme de droit n'imposait à l'autorité administrative d'adopter un comportement déterminé et qu'il convenait donc d'examiner le comportement critiqué à l'aune du critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes circonstances.

⁸² *Contra* : P. HENRY, N. VAN DAMME et J. MERODIO, « L'équivalence (prétendue) entre les notions d'excès de pouvoir et de faute civile », *Liber amicorum Noël Simar. Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 205 et s.

⁸³ Voy. not. P. LEWALLE, « La responsabilité délictuelle de l'administration et la responsabilité personnelle de ses agents : un système ? », *A.P.T.*, 1989, pp. 6 et s. ; L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel d'exécution des arrêts du Conseil d'État*, *op. cit.*, pp. 448 et s. ; J. WILDERMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 », *op. cit.*, pp. 236 et s. ; D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives : revirement ou affinement ? », obs. sous Cass. (3^e ch.), 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 642 et s. ; P. HENRY, N. VAN DAMME et J. MERODIO, « L'équivalence (prétendue) entre les notions d'excès de pouvoir et de faute civile », *op. cit.*, pp. 201 et s. ; B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », *op. cit.*, Bruxelles, la Charte, 2007, p. 44 ; 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. 69 et s.

⁸⁴ Voy., p. ex., Liège (12^e ch.), 22 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 228 et la jurisprudence citée par D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, pp. 49 et s., ainsi que la jurisprudence citée par L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel d'exécution des arrêts du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 453.

⁸⁵ J. WILDERMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 », *op. cit.*, p. 236 ; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 25 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1675.

⁸⁶ D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 54.

⁸⁷ Cass. (3^e ch.), 25 octobre 2004, R.G. n° S.03.0072.F ; D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives : revirement ou affinement ? », *op. cit.*, pp. 642 et s.

32. Dans son arrêt n° 106/2018, la Cour constitutionnelle ne vient pas prendre clairement position dans ce débat malgré les espoirs formés par certains⁸⁸. Elle relève que le juge *a quo* s'inscrit dans le courant jurisprudentiel de l'unité relative de l'illégalité et de la faute et décide que, dans l'interprétation retenue par le juge *a quo* des articles 1382 et 1383 du Code civil, la deuxième facette de la notion de faute est, tant pour les personnes de droit privé que pour les personnes de droit public, celle de la « violation d'une norme légale ou réglementaire imposant un comportement ou une abstention d'agir *suffisamment* déterminés »⁸⁹.

La Cour constitutionnelle rappelle donc la jurisprudence de la Cour de cassation et juge que l'appréciation de la faute est identique, qu'elle soit appliquée à une personne de droit privé ou à une autorité publique, sans toutefois aborder l'impact d'un arrêt d'annulation sur l'appréciation de la condition de la faute.

C. Le régime de responsabilité du pouvoir judiciaire

33. La responsabilité de l'État, dans sa fonction de juger, s'apprécie rarement au regard de la violation d'une norme imposant au juge d'agir ou de s'abstenir d'agir de manière déterminée.

34. En effet, la Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 26 juin 1998 que les normes de droit que le juge doit appliquer dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles, ne peuvent être assimilées à des normes lui imposant un comportement déterminé⁹⁰.

Dès lors, certains auteurs estiment *a contrario* que les règles traitant de l'organisation judiciaire et de la procédure, en ce compris celles garantissant le procès raisonnable ou l'admissibilité de la preuve, constituent des normes imposant au juge d'agir ou de s'abstenir de manière déterminée⁹¹. Leur simple méconnaissance entraînerait donc la responsabilité de l'État.

En revanche, d'autres auteurs estiment que toutes les normes que le juge doit appliquer sont sujettes à interprétation. C'est le cas des normes de fond, mais aussi de forme, telles que celles organisant la computation des délais ou

⁸⁸ T. MOONEN, « Aansprakelijkheid van de staat voor ongrondwettige wetgeving. Vanzelfsprekend, of niet bepaald ? », *C.P.D.K.*, 2017, p. 678. Voy. aussi S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur : une très remarquable construction jurisprudentielle », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 28 septembre 2006, *J.T.*, 2018, p. 603 ; K. STANGHERLIN, « À la rescousse de l'article 1382 du Code civil. À propos d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 612 et s.

⁸⁹ C.C., 19 juillet 2018, n° 106/2018, B.7. Les auteurs soulignent.

⁹⁰ Cass., 26 juin 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 762 ; *Bull.*, 1998, p. 812 ; *R.C.J.B.*, 2001, p. 21, note B. DUBUISSON ; *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.095. Voy. *supra*, chapitre 1, section 1, § 1^{er}, C., 1.

⁹¹ F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, « La responsabilité de l'État pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions », *op. cit.*, p. 313.

l'interdiction de statuer *ultra petita*⁹², qui sont également soumises à un aléa interprétatif. L'application fautive de ces règles devrait donc être appréciée sur la base du critère de prudence et de diligence, afin de laisser au juge la liberté requise pour appliquer la norme qu'il interprète⁹³.

35. Nonobstant cette controverse, la responsabilité de l'État a parfois été déduite de la violation d'une obligation précise et déterminée, pour des faits commis par un juge en dehors de ses fonctions juridictionnelles. La Cour d'appel de Bruxelles a ainsi retenu la responsabilité du juge d'instruction qui n'a pas respecté le secret de l'instruction⁹⁴ ou l'obligation de restituer les objets saisis⁹⁵.

D. Le régime de responsabilité du pouvoir législatif

36. Dans ses arrêts du 1^{er} juin et du 28 septembre 2006, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de mettre en cause la responsabilité du pouvoir législatif pour violation de normes supralégislatives imposant un comportement déterminé. À l'inverse de sa jurisprudence portant sur la responsabilité des pouvoirs exécutif et judiciaire, la Cour de cassation n'a d'ailleurs pas, dans ces deux arrêts, donné de définition de la faute reprenant les deux facettes de la notion, mais s'est limitée à celle du législateur normalement prudent et diligent.

Toutefois, l'on peut aussi considérer que, dès lors que la Cour de cassation annonce faire application des articles 1382 et 1383 du Code civil dans ses premiers arrêts de 2006, l'État-législateur doit se voir appliquer le régime de droit commun et donc la condition de la faute entendue sous ses deux facettes⁹⁶.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 28 septembre 2006, l'avocat général Leclercq estime d'ailleurs que la responsabilité de l'État-législateur peut être mise en cause pour violation des normes supralégislatives, soit pour inconventionnalité⁹⁷, soit pour inconstitutionnalité⁹⁸.

⁹² Art. 1138, 3^o, C. jud.

⁹³ D. RENDERS et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Erreur de droit et droit à l'erreur », *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 477 ; J. VAN COMPENOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », *op. cit.*, p. 207. Voy. *supra*, chapitre 1, section 1, § 1^{er}, C., 1.

⁹⁴ Civ. Bruxelles (4^e ch.), 9 février 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 659.

⁹⁵ Bruxelles, 18 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 608, note P.H.

⁹⁶ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, p. 12 ; Civ. Liège (4^e ch.), div. Liège, 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1922.

⁹⁷ Le terme d'« inconventionnalité » est employé pour faire référence, de manière générale, à la violation d'une règle internationale ou européenne ayant des effets dans l'ordre juridique belge.

⁹⁸ Prem. Av. gén. J.-Fr. LECLERCQ, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, pp. 594 et s. Voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *op. cit.*, pp. 25-26.

À sa suite, mais aussi bien avant, la doctrine⁹⁹ et certains juges du fond¹⁰⁰ admettent également l'application de la seconde facette de la faute, sous réserve, pour certains, de la détermination du contenu des normes supralégislatives en cause qui imposeraient un comportement déterminé au législateur¹⁰¹.

37. Dans son arrêt du 10 septembre 2010, la Cour de cassation a eu l'opportunité de se prononcer sur la faute du législateur pour violation de la Constitution constatée par la Cour constitutionnelle.

Elle se contente toutefois de sanctionner le raisonnement du juge du fond qui, pour conclure à l'existence d'une faute, s'est limité à renvoyer simplement à l'arrêt de la Cour constitutionnelle, sans appréciation propre de l'acte illicite au regard du comportement d'un législateur normalement prudent et diligent.

À première vue, la Cour de cassation rejette donc l'application à l'État-législateur de la théorie de l'identité de la faute et de l'inconstitutionnalité (ou, de manière plus large, de la violation de la règle supralégislative)¹⁰².

38. Plus récemment, dans un arrêt du 30 avril 2015¹⁰³, la Cour de cassation semble avoir fait un pas vers l'application, à l'État-législateur, de la seconde facette de la condition de la faute en jugeant :

« Sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de la responsabilité, le législateur commet une faute lorsqu'il prend une réglementation qui méconnaît une norme de droit communautaire lui imposant de s'abstenir d'agir de manière déterminée, de sorte qu'il engage sa responsabilité si cette faute est cause d'un dommage. »

En l'espèce, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles était soumis à la censure de la Cour de cassation pour avoir estimé que la faute du législateur ne pouvait se déduire du seul constat que la norme législative de droit

⁹⁹ M. LEROY, « La responsabilité des pouvoirs public du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif », *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 299 et s. ; M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur », *op. cit.*, pp. 825 et s. ; B. DUBUISSON et S. VAN DROOGHENBROECK, « Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ? », *J.T.*, 2011, p. 802 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, pp. 15 et s.

¹⁰⁰ Voy. la jurisprudence citée par B. DUBUISSON et S. VAN DROOGHENBROECK, « Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ? », *op. cit.*, p. 803, note 18, et particulièrement Mons, 27 février 2007, *J.T.*, 2009, p. 213 ; Bruxelles, 18 avril 2008, *Amén.*, 2008, pp. 274 et s. ; Liège (7^e ch.), 16 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 823.

¹⁰¹ B. DUBUISSON et S. VAN DROOGHENBROECK, « Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ? », *op. cit.*, p. 803.

¹⁰² *Ibid.*, p. 804.

¹⁰³ Cass. (1^{re} ch.), 30 avril 2015, R.G. n° C.12.0637.F. Pour une brève analyse des implications de cet arrêt, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, pp. 388 et s.

interne avait déjà été jugée contraire au Traité par la Cour de justice de l'Union européenne. Selon la cour d'appel, il fallait encore déterminer si le Traité imposait au législateur une obligation de résultat que celui-ci aurait méconnue, sans pouvoir invoquer d'erreur invincible ni d'autre cause de justification.

La Cour de cassation juge qu'en adoptant un tel raisonnement, la Cour d'appel justifie légalement sa décision qui ne constate pas de faute dans le chef de l'État-législateur.

39. Le simple renvoi à un constat d'inconventionnalité ne suffirait donc pas à établir la faute de l'État-législateur. Le juge de la responsabilité devrait analyser le contenu de la norme européenne dont la violation est alléguée et déterminer si celle-ci prescrit au législateur d'agir ou de s'abstenir de manière déterminée¹⁰⁴.

Si la Cour de cassation s'abstient toujours de donner une définition de la faute, appliquée au législateur, qui engloberait les deux facettes de la condition, l'on peut saluer la possible avancée entamée par la Cour sur l'application de la seconde facette dans le cadre du régime de responsabilité civile de l'État-législateur. Il en découlerait que la condition de la faute est établie soit quand le juge constate la violation d'une norme supralégislative imposant à l'État-législateur un comportement déterminé, et, le cas échéant, après que l'inconstitutionnalité ou que l'inconventionnalité a été constatée par une juridiction supérieure compétente¹⁰⁵, et sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de la responsabilité, soit, à défaut d'une telle obligation de résultat, si le législateur n'a pas agi comme le ferait un législateur normalement et diligent¹⁰⁶.

Cette avancée témoigne également d'un rapprochement vers le régime de droit commun de la responsabilité civile au niveau de l'appréciation de la condition de la faute.

40. Le débat se focalise donc désormais sur la question suivante : existe-t-il des normes de rang supralégislatif qui imposent à l'État-législateur d'agir de manière déterminée ? La doctrine y répond par l'affirmative¹⁰⁷, bien que

¹⁰⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 392.

¹⁰⁵ À ce sujet, voy. *infra*.

¹⁰⁶ M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, pp. 408 et s.

¹⁰⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, pp. 370 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, p. 18 ; M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », *op. cit.*, p. 407.

certaines soulignent que les dispositions constitutionnelles ont rarement un contenu déterminé¹⁰⁸.

41. On notera par ailleurs que, dans un arrêt du 19 juillet 2017, la Cour constitutionnelle semble avoir elle-même admis que la responsabilité civile du législateur puisse être engagée après un arrêt d'annulation constatant une inconstitutionnalité¹⁰⁹.

§ 3. L'élément subjectif de la faute et les causes de justification

A. L'élément subjectif de la faute

42. La faute ne peut être constatée sur la seule base de la transgression d'une norme de conduite préexistante (formulée ou non). Il est nécessaire que cette violation soit également imputable à son auteur, c'est-à-dire qu'elle ait été commise « librement et consciemment »¹¹⁰. L'existence d'une volonté libre et consciente est appréciée *in concreto*, selon les caractéristiques personnelles de l'auteur¹¹¹. Ce dernier pourra néanmoins contester cette exigence en se prévalant d'une cause de justification, attestant que la transgression de la norme ne résulte que de circonstances extérieures, qui anéantissent toute imputabilité à son égard¹¹².

43. Selon une large part de la doctrine, le caractère conscient de l'acte renvoie à un sens moral : l'acte n'est fautif que si son auteur a su ou dû savoir qu'il agissait contrairement aux normes qu'il aurait dû respecter¹¹³. Cette doctrine peut se fonder sur certains arrêts de la Cour de cassation¹¹⁴.

¹⁰⁸ T. MOONEN, « Aansprakelijkheid van de staat voor ongrondwettige wetgeving. Vanzelfsprekend, of niet bepaald ? », *op. cit.*, p. 659.

¹⁰⁹ C.C., 19 juillet 2017, n° 100/2017, B.12.2. À ce sujet, voy. T. MOONEN, « Aansprakelijkheid van de staat voor ongrondwettige wetgeving. Vanzelfsprekend, of niet bepaald ? », *op. cit.*, p. 658.

¹¹⁰ Cass. (1^{re} ch.), 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, p. 682 ; Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 203, note R.O. DALCQ ; Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 26.

¹¹¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 1094 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2009, p. 147 ; M. VAN QUICKENBORNE et H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008) – deel II », *T.P.R.*, 2010, p. 2115.

¹¹² B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 42 ; J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure : les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », *Liber amicorum Noël Simar. Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*, *op. cit.*, n° 5.

¹¹³ Voy. not. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu, 1991, pp. 25 et s. ; D. DE ROY, « La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute », *op. cit.*, p. 75 ; B. DUBUISSON e.a., *op. cit.*, p. 35 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1206 ; X. THUNIS, *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁴ La Cour a notamment validé l'arrêt qui estime que l'administrateur n'est pas responsable du dommage causé par un défaut de paiement car il n'est pas établi qu'il avait conscience de l'ébranlement du crédit de

Toutefois, par un arrêt du 9 février 2017¹¹⁵, la Cour de cassation semble s'écarter de cette conception en décidant que pour qu'il y ait faute, « il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet ». En d'autres termes, il suffit que l'auteur puisse comprendre ce qu'il fait¹¹⁶.

44. La question de la charge de la preuve de l'élément moral divise la doctrine et la jurisprudence, particulièrement quant au fait de savoir si une présomption d'imputabilité peut être déduite de la transgression d'une norme imposant un comportement déterminé. L'analyse de la jurisprudence force à distinguer deux régimes, selon que le contrevenant est une autorité publique ou un simple citoyen¹¹⁷.

La jurisprudence de la Cour de cassation est hésitante dans l'hypothèse où c'est l'administré qui viole une norme déterminée de comportement. Alors que, dans un arrêt du 31 janvier 1944¹¹⁸, la Cour a confirmé la responsabilité civile d'un prévenu aux motifs que ce dernier n'avait pas rapporté la preuve d'une cause exonératoire, ce qui tend à présumer l'existence de la condition d'imputabilité, la Cour semble être revenue sur ses pas, dans deux arrêts ultérieurs. Dans un premier arrêt du 10 avril 1970¹¹⁹, la Cour fait, en effet, peser la charge de la preuve de l'imputabilité directement sur le demandeur en responsabilité. Dans un second arrêt du 22 septembre 1988¹²⁰, la Cour valide la décision des juges du fond, qui avaient estimé qu'il n'était pas établi que les défendeurs en responsabilité « avaient ou devaient avoir conscience que la société qu'ils géraient était en état de cessation de paiement et que son crédit était ébranlé », ce qui fait dire à plusieurs auteurs que la Cour de cassation souhaite finalement attribuer la charge de la preuve de l'élément moral au demandeur en responsabilité¹²¹. Toutefois, par un arrêt du 22 février 1989¹²², la Cour de cassation accepte le raisonnement des juges du fond qui ont opéré un renversement de la charge de la preuve de l'élément moral de la faute en faisant peser celle-ci sur le défendeur en responsabilité, dans la mesure où les dispositions légales violées contenaient des obligations de résultat.

sa société (Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 203, note R.O. DALCQ). La Cour a également décidé en matière pénale que la culpabilité du chef d'une infraction requiert la connaissance de ce qu'elle est commise (Cass., 10 octobre 1989, *Pas.*, 1990, p. 167).

¹¹⁵ Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, p. 37, note J.-L. FAGNART.

¹¹⁶ J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective ? », *R.C.J.B.*, 2018, p. 42.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Cass. (2^e ch.), 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 178.

¹¹⁹ Cass. (1^{re} ch.), 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682.

¹²⁰ Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 203, note R.O. DALCQ.

¹²¹ G. JOCQUÉ, « Bewustzijn en subjective verwijtbaarheid », *Ansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere vergoedingssystemen*, Malines, Kluwer, 2007, p. 27 ; J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure : les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », *op. cit.*, n° 6.

¹²² Cass. (2^e ch.), 22 février 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 631.

La jurisprudence de la Cour de cassation est bien moins ambiguë lorsque c'est une autorité publique qui transgresse une norme de conduite imposant un comportement déterminé. En effet, la Cour estime, de façon constante, que, « sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité si cette faute est cause d'un dommage »¹²³. Selon le professeur Dubuisson, le renversement de la charge de la preuve et la présomption de l'élément moral – sauf à démontrer une cause de justification – sont bien plus explicites que lorsque la violation de la loi est le fait d'un particulier¹²⁴.

Selon le professeur Cornelis, qui semble plaider pour un élargissement du régime de l'administration publique à celui des administrés, la présomption d'imputabilité en cas de transgression d'une norme de conduite déterminée empêcherait l'auteur du fait dommageable de se libérer de sa responsabilité en démontrant qu'il s'est comporté comme un homme normalement prudent et diligent¹²⁵. Toutefois, les deux régimes pourraient être (ré)conciliés à condition d'apprécier les causes de justification par référence à l'homme normalement prudent et diligent, ce qui permettrait de libérer l'auteur si ce dernier démontre qu'il a adopté un tel comportement¹²⁶. Or, comme il sera démontré ci-après, c'est précisément à l'aune des standards de prudence et de diligence que la Cour de cassation semble désormais apprécier l'erreur invincible¹²⁷.

B. Les causes de justification

45. Le champ des hypothèses dans lesquelles les cours et tribunaux appliquent les causes de justification pourrait laisser penser que ces causes sont uniquement utilisées lorsque la faute consiste en la violation d'une norme déterminée, et qu'elles sont sans effet lorsque la faute résulte d'une erreur de conduite¹²⁸.

¹²³ Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, pp. 772 et s. Dans la jurisprudence plus récente, la Cour de cassation a substitué les termes « causes d'exonération de responsabilité » par ceux de « causes de justification » ; voy. J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure : les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », *op. cit.*, n° 7.

¹²⁴ B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 56.

¹²⁵ L. CORNELIS, « Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer : enkele beschouwingen », *Mélanges Roger O. Dalq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 52.

¹²⁶ J. VAN ZUYLEN, « Du fait justificatif à la force majeure : les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », *op. cit.*, n° 7 ; X. DIEUX, « Tendances générales du droit contemporain des obligations : "réforme et contre-réforme" », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 2000, p. 16.

¹²⁷ Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2008, *J.T.*, 2008, liv. 6323, p. 569 ; Cass. (1^{re} ch.), 23 septembre 2010, R.G. n° C.09.220.F ; Cass., 13 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1188.

¹²⁸ Voy., récemment, en matière de responsabilité des pouvoirs publics : Cass., 10 avril 2014, *Pas.*, 2014, p. 949 ; Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2008, *J.T.*, 2008, liv. 6323, p. 569 ; Cass., 23 juin 2005, C.04.0160.F ; Mons (6^e ch.), 29 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1658 ; Mons (6^e ch.), 23 janvier 2015, R.G.A.R., 2016, n° 15324.

Toutefois, certains auteurs admettent que celles-ci s'appliquent aussi en cas de violation de la norme générale de prudence¹²⁹.

46. Avec l'introduction en 1980 de la deuxième facette de la notion de la faute dans la jurisprudence de la Cour de cassation – la violation d'une norme imposant un comportement déterminé –, une jurisprudence s'est particulièrement développée autour de l'erreur invincible de la responsabilité de l'autorité administrative, c'est-à-dire celle qu'aurait commise toute autorité publique normalement prudente et raisonnable¹³⁰. Ces causes de justification sont, entre autres, fréquemment invoquées lorsque l'illégalité ressort directement d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État¹³¹. Les autorités auxquelles la violation d'une norme est reprochée répondent généralement qu'elles ignoraient l'existence de ladite norme.

Dans cette matière comme dans le droit de la responsabilité civile en général, la jurisprudence se montre sévère dans l'accueil de cette cause de justification¹³². Il n'est ainsi pas question d'erreur de conduite lorsque son auteur aurait pu l'éviter, de par sa formation¹³³, son expérience¹³⁴, ses attributions¹³⁵, ou la clarté de la norme¹³⁶, *a fortiori* lorsqu'elle a fait l'objet de rappels par d'autres autorités publiques¹³⁷.

En revanche, la jurisprudence est davantage encline à accorder cette cause de justification lorsque la norme transgressée ne fait pas partie des attributions de l'auteur¹³⁸, qu'elle était ambiguë, controversée¹³⁹, voire absente¹⁴⁰,

¹²⁹ L. CORNELIS et P. VAN OMMESLAGHE, « Les "faits justificatifs" dans le droit belge de la responsabilité aquilienne », *In memoriam Jean Limpens*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 274 ; G. JOUQUÉ, « Bewustzijn en subjective verwijtbaarheid », *op. cit.*, p. 51.

¹³⁰ Voy., récemment, Cass. (2^e ch.), 7 juin 2016, *T.M.R.*, 2017, p. 78 ; Cass., 9 juin 2015, *Pas.*, 2015, p. 1517 ; Anvers, 14 mai 1998, *T.A.V.W.*, 1999, p. 28.

¹³¹ Liège (20^e ch.), 13 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 552 ; Bruxelles (2^e ch.), 27 juin 2014, *J.T.*, 2015, liv. 6589, p. 61 ; Bruxelles (1^{re} ch.), 3 septembre 2013, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15095 ; Mons (6^e ch.), 29 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2014, liv. 39, p. 1853 ; Liège (12^e ch.), 22 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 228 ; Civ. Hainaut, 29 novembre 2014, *M.C.P.*, 2015, p. 170 ; Civ. Bruxelles, 11 septembre 2012, *Res jur. imm.*, 2014, p. 95.

¹³² B. GOFFAUX, « L'erreur invincible en matière civile », *R.G.D.C.*, 2013, p. 365.

¹³³ À propos d'un bourgmestre (Mons, 26 novembre 1996, *Amén.*, 1997, p. 142).

¹³⁴ À propos d'un échevin en place depuis huit ans (Gand, 28 octobre 2011, *T.M.R.*, 2012, p. 679).

¹³⁵ À propos d'un échevin en charge de l'Environnement (Gand, 28 octobre 2011, *T.M.R.*, 2012, p. 679) ou d'un bourgmestre gérant les décharges (Mons, 26 novembre 1996, *Amén.*, 1997, p. 142).

¹³⁶ À propos du remboursement par une intercommunale d'heures supplémentaires (C. trav. Liège, 25 mars 2014, *Chron. D.S.*, 2016, p. 76).

¹³⁷ À propos d'un bourgmestre mis en garde quant à un dépôt illicite (Mons, 26 novembre 1996, *Amén.*, 1997, p. 142).

¹³⁸ À propos d'un conseiller communal ne possédant pas de compétence dans l'octroi de marché public (Bruxelles, 26 avril 2000, *J.T.*, 2001, p. 267).

¹³⁹ À propos du parti pris d'un juge dans une controverse (Bruxelles [21^e ch.], 8 novembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 298), de l'interdiction d'une taxe provinciale (Civ. Arlon, 11 septembre 1996, *F.J.F.*, 1997, p. 64) et de la délivrance d'un permis d'urbanisme (Cass., 23 juin 2005, R.G. n° C.04.0160.F).

¹⁴⁰ À propos d'un stage probatoire imposé par un C.P.A.S. (Cass. [1^{re} ch.], 8 février 2008, *J.T.*, 2008, liv. 6323, p. 569) ou de la désignation d'un préfet d'Athénée (Bruxelles, 1^{er} octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 698).

au moment des faits, et que l'erreur a aussi été commise par une autre autorité compétente¹⁴¹, voire par la victime elle-même¹⁴².

47. Dans un arrêt du 23 juin 2005¹⁴³, la Cour de cassation a entériné une seconde hypothèse d'erreur invincible, à savoir celle dans laquelle il existe des interprétations divergentes et des controverses jurisprudentielles sur un point de droit et que l'autorité administrative opte pour l'interprétation qui n'est finalement pas retenue par le juge. La Cour a estimé que l'autorité administrative en cause avait légitimement refusé de délivrer un permis de rénover en raison de l'existence d'un plan antérieur de rénovation, car la thèse de l'abrogation implicite de plans incompatibles n'avait pas encore été confirmée par la Cour de cassation et faisait l'objet de discussions doctrinales.

La Cour de cassation a pu affiner cette hypothèse dans un arrêt du 8 février 2008¹⁴⁴. Dans cette affaire, il était reproché à un CPAS d'avoir mis fin au stage probatoire d'une de ses secrétaires, alors que ce stage était illégal au regard des règles de la fonction publique. Toutefois, la Cour a estimé que le CPAS avait agi comme l'aurait fait toute autorité administrative normalement prudente et diligente, dans la mesure où les décisions d'octroi et de prolongation du stage n'avaient fait l'objet d'aucune contestation dans le chef de la secrétaire, que ce stage était prévu dans les statuts du CPAS et ne faisait l'objet d'aucune interdiction dans la loi organique du CPAS et son arrêté d'exécution. La doctrine se montre sévère à l'égard de cette solution, estimant que l'administration devait, en vertu de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi »¹⁴⁵, savoir que le droit de la fonction publique interdisait tout stage¹⁴⁶.

En date du 23 septembre 2010¹⁴⁷, la Cour de cassation a dû connaître d'une nouvelle erreur de droit dans le chef d'une autorité publique, qui prétendait qu'une simple publication par voie d'affichage suffisait pour informer un administré dont l'immeuble était mis en vente pour cause d'expropriation publique, et ce conformément à la jurisprudence de l'époque. Toutefois, la Cour de cassation, validant le raisonnement de la Cour d'appel, a estimé

¹⁴¹ À propos d'un marché public accordé après un avis favorable du fonctionnaire délégué (Bruxelles, 26 avril 2000, *J.T.*, 2001, p. 267).

¹⁴² À propos d'un stage probatoire imposé par un CPAS (Cass. [1^{re} ch.], 8 février 2008, *J.T.*, 2008, liv. 6323, p. 569).

¹⁴³ Cass., 23 juin 2005, R.G. n° C.04.0160.F.

¹⁴⁴ Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 569, obs. D. RENDERS.

¹⁴⁵ D. RENDERS, « De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 570.

¹⁴⁶ J. SOHIER et A. DAOUT, « La responsabilité des pouvoirs publics », *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, t. II, liv. 21, 2015, p. 19.

¹⁴⁷ Cass. (1^{re} ch.), 23 septembre 2010, R.G. n° C.09.220.F.; D. RENDERS, « Erreur de droit invincible et état du droit incertain : à propos de la responsabilité civile de l'administration », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 23 septembre 2010, *J.T.*, 2011, pp. 381-383.

que cette jurisprudence pliait face au principe de droit administratif de notification aux intéressés des actes susceptibles de créer des droits et obligations dans leur chef, principe qu'aurait appliqué toute autorité normalement prudente et diligente.

Il découle de cette jurisprudence que le juge doit, pour déterminer s'il y a une erreur invincible, examiner si l'état du droit était suffisamment clair ou si, au contraire, il était raisonnablement susceptible de plusieurs interprétations.

48. Un dernier exemple d'erreur invincible admise par la Cour de cassation dans le chef des autorités administratives est celle de l'annulation de la loi sur laquelle est fondé l'acte administratif, ayant pour conséquence de rendre ce dernier soudainement illégal¹⁴⁸. En l'espèce, il était reproché à l'État belge d'avoir, en vertu de l'article 222 de la loi générale sur les douanes et accises, saisi un camion employé à la fraude, appartenant aux demanderesse, lesquelles étaient étrangères à l'usage fait dudit camion. Or, par un arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001, publié au *Moniteur belge* le 9 mars 2002, la Cour constitutionnelle avait jugé cet article 222 inconstitutionnel, car contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour de cassation a confirmé, dans un arrêt du 27 décembre 2007, qu'il ne pouvait pas être reproché à l'autorité administrative d'avoir appliqué l'article 222 en question avant la date de publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle au *Moniteur belge*, le 9 mars 2002, dès lors que l'administration des douanes et accises n'a pas pour mission de contrôler la constitutionnalité des lois. En revanche, le maintien de la saisie après la date du 9 mars 2002 était bel et bien fautif.

La Cour de cassation a confirmé cette position dans l'arrêt précité du 23 septembre 2010¹⁴⁹, en jugeant que « l'arrêt, qui considère ainsi que la violation de la Constitution n'est pas fautive dès lors qu'elle trouve sa justification dans l'application d'une loi n'ayant pas fait l'objet d'aucun constat d'inconstitutionnalité ni d'aucune invalidation par la Cour constitutionnelle, justifie légalement sa décision ».

Selon P. Van Ommeslaghe¹⁵⁰, il découle de cette jurisprudence une certaine distorsion entre l'illégalité résultant de l'application par l'autorité

¹⁴⁸ Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2007, R.G. n° C.06.0457.F. Voy. aussi Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2008/RG/1703, disponible sur www.juridat.be; Q. PEIFFER, « Loi anticonstitutionnelle et administration, ou comment justifier une erreur », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1081 et s.; D. RENDERS, « L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 555.

¹⁴⁹ Cass. (1^{re} ch.), 23 septembre 2010, R.G. n° C.09.220.F. Dans ses conclusions contraires, l'avocat général Werquin suggérerait, quant à lui, la cassation de l'arrêt entrepris en raison de l'inconstitutionnalité de la loi appliquée par l'administration.

¹⁵⁰ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *op. cit.*, p. 33.

administrative d'une loi inconstitutionnelle et la faute au sens du droit commun. Ce même auteur note toutefois que la responsabilité civile du législateur pourrait être mise en cause, pour avoir méconnu les règles constitutionnelles dont le contrôle appartient à la Cour constitutionnelle, et ce, pour autant que le caractère inconstitutionnel de la norme en cause ressorte d'un arrêt rendu sur annulation ou sur question préjudicielle.

D'autres auteurs considèrent qu'à la suite de cette jurisprudence pourraient également constituer des erreurs invincibles l'adoption d'une loi rétroactive ou interprétative qui modifie la portée autorisée des actes administratifs pris sur la base de la loi modifiée, ou bien le revirement de jurisprudence qui a pour conséquence qu'un acte administratif se trouve soudain illégal¹⁵¹.

49. L'arrêt du 9 février 2017 de la Cour de cassation, qui estime que l'auteur d'une faute ne doit pas être conscient de l'illégalité de son acte, fait poindre une question quant à la nature de l'ignorance invincible. En effet, comme le relève l'avocat général Henkes dans ses conclusions, l'ignorance invincible doit être considérée, selon la jurisprudence constante, comme une cause de justification. Or, si l'ignorance, lorsqu'elle est invincible, supprime le caractère fautif de l'illégalité, il faut en déduire que la connaissance de l'illégalité est une condition de la faute. Selon le professeur Fagnart, l'arrêt du 9 février 2017, même s'il n'a pas tenu compte de cette observation, permet de maintenir que l'ignorance invincible abolit la faute, parce que cette ignorance caractérise le comportement de toute personne raisonnable¹⁵². Sans faire expressément application de cette cause de justification, la nécessité de préserver l'intérêt général a notamment été soulevée pour justifier le versement tardif d'une taxe d'une autorité publique à une autre¹⁵³. Selon J. Sohier, les autorités publiques pourraient également se prévaloir de cette cause de justification dans le contentieux relatif aux vaccinations obligatoires qui poursuivent un objectif de protection pour le plus grand nombre, quitte à courir des risques parfois mortels pour une minorité de la population¹⁵⁴.

50. Cette question ne se pose pas pour une autre cause de justification qu'est l'état de nécessité. En effet, en pareille hypothèse, l'administration est contrainte d'enfreindre une norme afin de sauvegarder un intérêt plus impérieux. Sa liberté d'agir est donc bien entravée, et la cause de justification peut supprimer l'élément subjectif de la faute.

¹⁵¹ D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 74.

¹⁵² J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective ? », *op. cit.*, p. 58.

¹⁵³ Liège, 8 novembre 2013, *F.J.F.*, 2014, p. 1060.

¹⁵⁴ J. SOHIER et A. DAOUT, « La responsabilité des pouvoirs publics », *op. cit.*, p. 17.

Section 2

Le lien causal

51. Outre la faute, la victime souhaitant établir la responsabilité d'un pouvoir public doit établir l'existence d'un lien causal entre cette faute et son dommage. Cette condition vaut dans tous les cas, même lorsque l'unité entre l'illégalité ressortant d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État et la faute civile est reconnue¹⁵⁵.

52. La Cour de cassation privilégie la théorie de l'équivalence des conditions pour apprécier la condition de causalité. Celle-ci sera remplie si l'on peut considérer que le fait fautif constitue l'une des conditions nécessaires du dommage ou, en d'autres termes, que, sans ce fait fautif, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit *in concreto*¹⁵⁶. Cette théorie est très favorable aux victimes, puisqu'elle n'appelle qu'une appréciation purement factuelle de la causalité, sans avoir égard au pouvoir causal des événements à l'origine du dommage¹⁵⁷.

Toutefois, les cours et tribunaux recourent parfois à d'autres théories afin d'atténuer le caractère extensif de l'équivalence des conditions. Il en va ainsi, mais rarement, de la théorie de la causalité adéquate, qui n'admet un lien causal que si la survenance du dommage était la conséquence normale ou prévisible du fait fautif¹⁵⁸.

53. La théorie de l'alternative légitime trouve également un important écho dans la jurisprudence relative à la responsabilité des pouvoirs publics. Selon cette théorie, le lien causal s'apprécie non pas en recherchant ce qui se serait produit en l'absence de comportement fautif, mais en remplaçant le comportement fautif par son exécution correcte¹⁵⁹. La doctrine est divisée quant

¹⁵⁵ Cass. (3^e ch.), 14 décembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, liv. 24, p. 1111 ; Mons (6^e ch.), 29 janvier 2016, *R.F.R.L.*, 2015, liv. 4, p. 371 ; voy. aussi L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel d'exécution des arrêts du Conseil d'État*, op. cit., p. 459.

¹⁵⁶ Voy. not. Cass., 12 juin 2017, R.G. n° 16.0428N ; Cass., 23 septembre 2013, R.G. n° C.12.0559N ; Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.10.0204F ; Cass., 23 avril 2009, R.G. n° 07.0568F ; Cass., 11 juin 2009, R.G. n° C.08.0199F ; Cass., 11 septembre 2006, R.G. n° C.05.0390F ; Cass., 21 février 2001, R.G. n° P.00.1216F, *Pas.*, n° 107 ; Cass., 24 novembre 1999, R.G. n° P.99.0232F, *Pas.*, n° 625. Pour un cas de responsabilité du pouvoir exécutif : Cass., 9 novembre 2012, *Arr. Cass.*, 2012, liv. 11, p. 2481. Pour un cas de responsabilité du pouvoir législatif : Civ. Liège, 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1917.

¹⁵⁷ J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 23.

¹⁵⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, t. II, vol. 2 « Sources des obligations (deuxième partie) », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1609, n° 1092 ainsi que les références citées.

¹⁵⁹ Cass. (plén.), 25 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 161, concl. contraires Av. gén. X. DE RIEMAECKER. Voy., plus récemment, Cass., 12 juin 2017, R.G. n° C.16.0428N et Cass., 28 juin 2018, R.G. n° C.17.0696N : « Il n'y a pas de lien de causalité lorsque le dommage se serait également produit si le défendeur avait adopté un comportement correct au lieu de celui qui lui est reproché. Le juge doit ainsi déterminer ce que le défendeur aurait dû faire pour agir licitement. Il doit faire abstraction de l'élément fautif dans l'historique du sinistre, sans en modifier les autres circonstances, et vérifier si le dommage se serait également produit dans ce cas. »

à savoir si cette théorie constitue une précision¹⁶⁰ ou un correctif¹⁶¹ apporté à la théorie de l'équivalence des conditions.

Ainsi, selon cette théorie, il faut considérer qu'une administration ayant pris une décision illégale n'est pas responsable du dommage qui en résulte, si une décision licite identique aurait pu être prise, causant le même dommage à l'administré¹⁶². Le cas le plus évident de l'alternative légitime est celui de la décision de l'administration qui, bien qu'entachée d'un vice, n'aurait pas pu être différente en vertu d'une compétence liée.

Il en va toutefois autrement lorsque l'administration dispose d'une compétence discrétionnaire. Dans ce cas, le juge du fond doit apprécier la décision qu'aurait dû prendre l'administration, selon les circonstances concrètes de la cause et les critères qui auraient dû la guider.

La Cour de cassation a ainsi validé l'arrêt qui a estimé que l'administré ne démontrait pas que, si les décisions de refus d'un permis d'environnement et d'un permis d'urbanisme avaient été motivées adéquatement, il aurait obtenu une réponse favorable pour chacun d'entre eux¹⁶³. En l'espèce, les permis avaient été délivrés par des instances différentes et seul un des deux permis avait été annulé par le Conseil d'État. Dans ses conclusions, l'avocat général Dubrulle estime que le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'empêche pas le juge judiciaire de vérifier si son action était fautive. En outre, selon l'avocat général, dans l'hypothèse où le juge ne pourrait déterminer quelle décision aurait été prise par l'administration et que l'une des décisions possibles aurait suffi à causer le dommage, le demandeur ne peut tout au plus se plaindre que d'une perte de chance¹⁶⁴.

Selon R. Jafferali¹⁶⁵, le ministère public s'écarte des conditions classiques de la théorie de l'alternative légitime, qui commandent, pour apprécier le lien causal, de remplacer le comportement fautif par un comportement licite matériellement identique, si bien que, si la même décision avait pu légalement être prise, cela suffit en soi à exclure tout dommage réparable. Or, selon l'avocat général, dans un tel cas, la victime peut encore prouver qu'une décision plus favorable aurait pu être adoptée, et postuler la réparation d'une perte de chance. En d'autres termes, en

¹⁶⁰ J.-L. FAGNART, *La causalité*, op. cit., p. 56 ; H. BOCKEN, « De conditio sine qua non en het rechtmatig alternatief », *Justitie : Vraagstukken en Perspectieven Voor Morgen*, Brugge, die Keure, 2013, p. 116.

¹⁶¹ R. JAFFERALI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? », *Droit de la responsabilité : questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 101 ; B. DUBUISSON, « Jurisprudence de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, p. 748.

¹⁶² R. JAFFERALI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? », op. cit., p. 148.

¹⁶³ Cass., 9 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 604, *Arr. Cass.*, 2012, n° 604, concl. Av. gén. DUBRULLE.

¹⁶⁴ Av. gén. DUBRULLE, concl. préc. Cass., 9 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 604, point 6.1.

¹⁶⁵ R. JAFFERALI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? », op. cit., p. 151.

présence d'une décision illégale, l'administré ne pourra obtenir la réparation de son dommage qu'en démontrant que, quelle que soit la décision qui aurait pu légalement être prise par l'administration, le dommage ne se serait pas produit de la même façon, ce qui est particulièrement sévère à l'égard des administrés¹⁶⁶.

54. Cette solution préconisée par l'avocat général est néanmoins conforme à l'idée selon laquelle la charge de la preuve du lien causal appartient au demandeur en réparation, à l'instar du dommage et de la faute, et ce, par toutes voies de droit¹⁶⁷.

55. Le demandeur doit également établir que la causalité est certaine. Bien qu'il ne s'agisse que d'une certitude judiciaire – et non absolue ou scientifique –, celle-ci doit présenter un haut degré de probabilité qui ne laisse aucun doute sérieux quant à son existence¹⁶⁸. Il a ainsi été jugé qu'il n'existe aucun lien causal certain entre les fautes commises par le ministère public au cours de l'instruction pénale et le fait que la disparition de la victime n'avait pas été élucidée. En revanche, ces fautes ont bien aggravé le dommage moral de la famille¹⁶⁹.

De même et dans la droite ligne de la théorie de l'alternative légitime, la Cour de cassation a cassé la décision d'appel qui a conclu à l'existence d'un lien causal en comparant une situation concrète à une situation hypothétique. En l'espèce, les juges du fond s'étaient uniquement fondés sur de nouveaux permis délivrés *a posteriori* pour en déduire que ceux délivrés antérieurement (et annulés par le Conseil d'État) auraient pu l'être légalement à cette époque¹⁷⁰. En effet, pour apprécier l'existence du lien causal, le juge doit se contenter de mentalement ôter au fait son caractère fautif, et non de modifier d'autres circonstances de fait ou de droit en formulant des hypothèses étrangères aux circonstances concrètes de la cause. En ce sens, un tribunal ne pourrait considérer que l'autorité compétente aurait nécessairement voté le même règlement que celui adopté par l'autorité non compétente, si elle avait été saisie¹⁷¹. De même, la faute commise par une autorité publique dans le

¹⁶⁶ En ce sens, certains auteurs estiment que le comportement fautif peut être remplacé par un autre comportement licite, et non par un comportement licite et matériellement identique au premier ; M. VAN QUICKENBORNE, « Causaliteit », *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2007, p. 32.

¹⁶⁷ Même par présomption ou induction. Voy. J.-L. FAGNART, « Petite navigation dans les méandres de la causalité », *R.G.A.R.*, 2006, n° 14080, n° 26.

¹⁶⁸ B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007, op. cit.*, p. 433. Voy. en ce sens : Cass., 6 décembre 2013, C.10.0204.F ; Cass., 26 juin 2008, R.G. n° C.07.0272.N ; Cass., 12 octobre 2005, R.G. n° P.05.0262.F, *Pas.*, 2005, n° 507.

¹⁶⁹ Civ. Bruxelles (71^e ch.), 29 novembre 2006, J.L.M.B., 2010, liv. 23, p. 1092.

¹⁷⁰ Cass., 18 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 741. Pour un exemple plus récent en droit médical, voy. Cass. (2^e ch.), 29 octobre 2014, R.G.A.R. 2015, n° 15183 qui casse l'arrêt qui n'avait pas vérifié *in concreto* si l'abstention fautive d'administration d'un traitement adéquat apparaissait déterminante dans le développement du processus morbide, au motif que « le juge n'a pas à supputer ce qui se serait peut-être passé sans la faute ».

¹⁷¹ Civ. Bruxelles (4^e ch.), 30 mars 2018, R.G. n° 2016/6787/A, inédit.

cadre de l'attribution d'un marché public est en lien causal avec le dommage subi par la société à qui le marché aurait dû être attribué, sans qu'il faille examiner si celle-ci aurait dû ou non être sélectionnée, dès lors qu'elle l'a été en l'espèce. Le jugement qui procéderait de la sorte apprécierait la causalité sur une base purement hypothétique, ce qui ne se peut¹⁷².

Selon la Cour de cassation, ne répond pas non plus à l'impératif de certitude, le lien causal entre l'illégalité résultant d'une motion de méfiance adoptée à l'encontre d'un échevin sans convoquer régulièrement ce dernier au conseil communal, et le dommage consistant en la démission de cet échevin, dans la mesure où l'échevin avait déjà abandonné tous ses mandats avant le vote de la motion et que ses moyens de défense qui étaient alors connus n'auraient en rien changé la décision du conseil communal¹⁷³. Plus récemment, la Cour de cassation a estimé que l'administré, dont l'arrêté abrogeant le permis d'exploitation d'une décharge est annulé par le Conseil d'État pour défaut de motivation, doit établir qu'il est certain que, si l'arrêté avait été motivé à suffisance, il aurait obtenu le permis¹⁷⁴.

R. Jafferalli estime ces deux arrêts trop sévères pour l'administré et propose d'instaurer dans la théorie de l'alternative légitime que le raisonnement fictif ne puisse être contraire au but de la loi violée. Selon lui, permettre à l'administration d'échapper à sa responsabilité en considérant que sa décision aurait été la même si elle avait été motivée ou prise dans le respect des droits de la défense, reviendrait à vider de son sens une garantie octroyée au citoyen qui aurait été susceptible d'influencer sur le sens de la décision¹⁷⁵.

56. Enfin, le défendeur en responsabilité peut encore tenter d'arguer que le lien causal n'est pas établi en invoquant une cause étrangère exonératoire, telle que la faute de la victime ou la survenance d'un cas de force majeure, c'est-à-dire d'un événement à caractère insurmontable, imprévisible et indépendant de tout comportement fautif dans le chef de celui qui s'en prévaut¹⁷⁶. À cet égard, la jurisprudence foisonne de décisions relatives à la responsabilité des pouvoirs publics du fait de la voirie¹⁷⁷.

¹⁷² Mons (6^e ch.), 29 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2014, liv. 39, p. 1853. Voy. dans le même sens : Anvers (17^e ch.), 31 janvier 2013, *Limb. Rechtsl.*, 2014, p. 23, note E. LONCKE.

¹⁷³ Cass., 7 mars 2013, *Pas.*, 2013, n° 153.

¹⁷⁴ Cass., 31 mai 2013, *Pas.*, 2013, n° 333 ; Cass., 4 avril 2014, R.G. n° C.11.0521.F.

¹⁷⁵ R. JAFFERALLI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? », *op. cit.*, p. 160.

¹⁷⁶ Cass., 28 novembre 1984, *Pas.*, 1985 I, p. 390 ; Cass., 9 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 153.

¹⁷⁷ En matière de responsabilité des pouvoirs publics du fait de la voirie, voy. l'obligation de circuler prudemment sur une chaussée non déneigée (Civ. Huy [1^{re} ch.], 28 janvier 2004, *C.R.A.*, 2006, p. 434 ; Civ. Liège [4^e ch.], 6 septembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, liv. 20, p. 965), encombrée (Cass. [1^{re} ch.], 12 octobre 2001, *Dr. circ.*, 2002, p. 414) ou détériorée (Civ. Bruxelles [75^e ch.], 24 mars 2005, *J.J.Pol.*, 2007, liv. 2, p. 86 ; Civ. Gand [10^e ch.], 18 octobre 2004, *Bull. ass.*, 2006, p. 261).

La modification en 2014 de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État pourrait d'ailleurs amener au développement d'un nouveau cas de force majeure. Il est en effet désormais permis de maintenir dans le temps les effets des actes annulés, moyennant une décision spécialement motivée portant sur des raisons exceptionnelles justifiant de porter atteinte au principe de légalité. Ainsi, si l'adoption même d'un acte réglementaire déclaré illégal par le Conseil d'État est constitutive d'une faute civile, la mise en cause de la responsabilité de l'auteur d'un acte d'exécution dont les effets ont été maintenus pourrait se heurter à un cas de force majeure, dans la mesure où cet auteur est placé dans l'impossibilité d'agir autrement par l'effet de l'arrêt du Conseil d'État¹⁷⁸.

Section 3

Le dommage et sa réparation

57. La troisième et dernière condition que la victime d'une faute d'un pouvoir public doit établir est son dommage réparable.

58. Un dommage est réparable s'il consiste en la lésion d'un droit subjectif ou, plus simplement, d'un intérêt stable et légitime juridiquement protégé¹⁷⁹. Cet intérêt peut consister aussi bien en la perte d'un avantage matériel (patrimonial)¹⁸⁰ que moral (extrapatrimonial)^{181 182}. Récemment, la Cour de cassation s'est basée sur le critère de l'intérêt légitime pour refuser

En matière de responsabilité des pouvoirs publics du fait de la voirie, voy. le cas d'une tempête reconnue calamité publique (Bruxelles, 19 septembre 1996, R.G.A.R., 1998, n° 12.966 ; J.P. Tournai, 6 janvier 2009, R.G.A.R., 2010, liv. 4, n° 14629). La force majeure, pour être exonératoire, doit porter sur le dommage et non sur le vice (Liège [3e ch.], 28 juin 2000, R.G.D.C., 2001, p. 623 ; Anvers, 20 mai 1996, A.J.T., 1996-1997, p. 515, note Van Hooydonk ; Comm. Gand [3e ch.], 14 novembre 2000, T.G.R., 2001, p. 87).

En matière de responsabilité du législateur, voy. l'entière responsabilité du père qui a refusé que la mère consente à la reconnaissance de son fils biologique et qui, de ce fait, a dû tenter une procédure judiciaire pour écarter l'application d'une disposition contraire à la Constitution (Civ. Liège [3e ch.], 17 novembre 2000, J.T., 2001, p. 299).

¹⁷⁸ F. TULKENS et A. FEYT, « L'impact du maintien des effets par le juge constitutionnel ou le juge administratif sur les questions de responsabilité », *Actualités en droit public et administratif – La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 122.

¹⁷⁹ Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25 ; Cass., 6 novembre 2001, R.W., 2001-2002, p. 1466 ; Cass., 6 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 351 ; Cass., 17 octobre 2016, R.G. n° C.09.0414.F.

¹⁸⁰ P. ex., une aide sociale non accordée (Cass., 17 décembre 2012, R.G.A.R., 2013, n° 14959 ; Trib. trav. Bruxelles, 10 mars 1994, *J. dr. jeun.*, 1994, p. 36), une taxation trop élevée (Anvers, 28 septembre 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 345), une perte de rémunération (C. trav. Bruxelles, 11 septembre 2007, *Chron. D.S.*, 2008, p. 167), tous les frais exposés en pure perte (Bruxelles [2^e ch.], 16 décembre 1999, R.G.A.R., 2002, n° 13.490), en ce compris les dépens d'une procédure préalable devant le Conseil d'État (Civ. Bruxelles, 11 septembre 2012, *Res jur. imm.*, p. 95), voire la totalité des frais d'avocat (Bruxelles [2^e ch.], 13 janvier 2005, R.G.A.R., 2007, n° 14.258).

¹⁸¹ P. ex., les tracasseries liées à une instruction fautive (Bruxelles [2^e ch.], 16 décembre 1999, R.G.A.R., 2002, n° 13.490) ou l'atteinte à l'honneur et à la réputation (Civ. Bruxelles, 22 janvier 2010, R.W., 2010-2011, p. 1480).

¹⁸² Pour un cas de décision illégale (Gand, 26 février 2004, *N.J.W.*, 2004, p. 846) ou de violation du secret de l'instruction (Civ. Bruxelles, 9 février 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 659).

de condamner une autorité publique à indemniser la perte de rémunération d'un de ses travailleurs, lorsque le statut de ce dernier est illégal. Ce refus ne vaut toutefois que si ce travailleur est à l'origine de la situation illégale¹⁸³.

59. En outre, le dommage réparable doit être personnel à la victime¹⁸⁴. Cela vaut également pour les personnes morales, qui ne peuvent réclamer à une autorité publique la réparation du dommage causé à l'un de leurs membres¹⁸⁵, sauf exception¹⁸⁶. Par ailleurs, l'exigence d'un dommage personnel n'empêche pas un proche de la victime de se prévaloir d'un préjudice propre (« par répercussion »)¹⁸⁷.

60. Enfin, le dommage doit être certain, c'est-à-dire réellement subi¹⁸⁸, ce qui exclut tout préjudice hypothétique. Dès lors, un dommage futur pourra être réparé au même titre qu'un dommage passé, pour autant qu'il soit certain. De même, rien n'empêche la victime de réclamer la réparation de la perte certaine d'une chance¹⁸⁹. Dans ce dernier cas, le dommage sera réparé selon la probabilité de gain ou de perte, ou en équité¹⁹⁰.

61. La victime peut réclamer la réparation de l'intégralité de son dommage. En effet, conformément au principe de la réparation intégrale, la victime doit être replacée dans la situation dans laquelle elle serait demeurée si le pouvoir public n'avait pas commis de faute¹⁹¹. Toutefois, la victime ne peut pas en réclamer davantage, conformément au principe indemnitaire¹⁹².

¹⁸³ Un fonctionnaire engagé sans publication de vacance du poste n'est pas à l'origine de l'illégalité et peut donc réclamer le dommage résultant de son éviction ; Cass., 16 juin 2014, *R.G.A.R.*, 2015, liv. 4, n° 15173.

¹⁸⁴ Cass., 23 septembre 1997, *Pas.*, 1997, n° 364 ; Cass., 9 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 235 ; Cass., 25 mai 2012.

¹⁸⁵ Civ. Bruxelles, 22 janvier 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1480. Par contre, elles peuvent réclamer un dommage personnel. Voy. les cas d'une association de défense de l'environnement ; Civ. Termonde, 30 avril 2010, *T.M.R.*, 2011, p. 586.

¹⁸⁶ Tels que les unions et ordres professionnels, ou certains organismes de lutte de protection des droits fondamentaux. Voy., en ce sens, la récente modification de l'article 17 du Code judiciaire (loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 31 décembre 2018). Par un arrêt du 6 juillet 2017 (n° 87/2017), la Cour constitutionnelle a admis que l'OBFG pouvait défendre l'intérêt collectif des justiciables contre l'État belge. Pour une application, voy. Civ. Liège, 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1917.

¹⁸⁷ P. ex., l'action des actionnaires d'une banque contre l'État belge ; Civ. Bruxelles, 3 février 2011, *T.R.V.*, 2011, p. 199.

¹⁸⁸ Cass., 1^{er} mars 2017, R.G. n° P.16.1061.F, www.cass.be ; Cass., 2 mars 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15336.

¹⁸⁹ P. ex., la perte d'une chance de faire établir la responsabilité des inculpés (Anvers [2^e ch.], 19 octobre 2005, *NjW*, 2006, p. 895 ; Bruxelles [2^e ch.], 16 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 578), de tirer un bénéfice économique d'une mesure législative non exécutée (Civ. Bruxelles, 22 janvier 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1480) ou d'obtenir un marché public (Civ. Bruxelles [25^e ch.], 11 septembre 2012, *Res. jur. imm.*, 2014, p. 95).

¹⁹⁰ Voy. A. CATALDO et A. PUTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance », *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 50.

¹⁹¹ Voy., récemment, Cass., 22 juin 2017, *For. ass.*, 2018, p. 4, note J.-L. FAGNART ; Civ. Liège, 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1917.

¹⁹² R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1995, p. 771, n° 192.

Ce dommage est évalué *in concreto*¹⁹³, compte tenu des caractéristiques propres de la situation de la victime qui ont une influence sur son dommage.

62. En droit commun de la responsabilité civile, la victime peut, par principe, choisir entre la réparation de son dommage en nature ou par équivalent pécuniaire. Toutefois, la première option s'impose lorsqu'elle est proposée par le responsable. La réparation en nature doit cependant être refusée lorsqu'elle est impossible – en fait ou en droit – ou constitue un abus de droit dans le chef de la victime¹⁹⁴.

Par un arrêt du 26 juin 1980, la Cour de cassation a confirmé que ce principe vaut aussi à l'égard des pouvoirs publics, et que ni la séparation des pouvoirs ni l'immunité d'exécution dont bénéficient les pouvoirs publics n'y font obstacle¹⁹⁵. Les cours et tribunaux peuvent donc prescrire à l'autorité l'exécution des mesures qui seraient de nature à mettre fin à la situation dommageable¹⁹⁶. Toutefois, selon la Cour, le principe de la réparation en nature doit être tempéré lorsqu'il s'agit d'assurer la continuité du service public¹⁹⁷. Cette dernière hypothèse a néanmoins perdu en intérêt depuis que l'article 1412*bis* du Code judiciaire règle les conditions de saisie des biens des pouvoirs publics.

63. Malgré l'enseignement de la Cour de cassation, la jurisprudence s'est récemment montrée réticente à appliquer le principe de la réparation en nature, au nom de la séparation des pouvoirs¹⁹⁸. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles, après avoir refusé d'appliquer une décision de la Commission fixant la rémunération en matière de droits d'auteur à diverses sociétés de gestion de droits, de producteurs et d'artistes-interprètes, a refusé d'interdire à l'État belge d'adopter et de publier un arrêté royal qui donnerait force obligatoire à cette décision de la Commission, et ce, bien que la Cour ait estimé que cette décision était « manifestement illégale », et que le ministre, en vertu de sa compétence liée, « ne pourrait pas lui donner de force obligatoire »¹⁹⁹.

¹⁹³ Voy. récemment Cass., 8 janvier 2016, R.G.A.R., 2016, n° 15291.

¹⁹⁴ P. WÉRY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », note sous Cass., 5 mai 2011, R.G.D.C., 2012, p. 253.

¹⁹⁵ Cass., 26 juin 1980, J.T., 1980, p. 707. Voy. aussi Cass., 5 mai 2011, R.G.D.C., 2012, pp. 247 et s. ; Civ. Liège, 9 octobre 2018, J.L.M.B., 2018, p. 1917.

¹⁹⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, n° 548 ; L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel d'exécution des arrêts du Conseil d'État*, op. cit., pp. 464 et s.

¹⁹⁷ Cass., 26 juin 1980, J.T., 1980, p. 707 ; D. DÉOM, « De la réparation en nature du préjudice causé par les pouvoirs publics », obs. sous Cass., 26 juin 1980, A.P.T., 1981, p. 127.

¹⁹⁸ 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 et s.

¹⁹⁹ Bruxelles, 21 février 2014, J.T., 2015, p. 79.

Dans un deuxième litige, la Cour d'appel de Bruxelles a refusé de sanctionner l'État belge dans un litige contre la SABAM car, selon elle, seul le ministre pouvait apprécier l'opportunité de prendre une sanction. En effet, selon la Cour, les cours et tribunaux ne peuvent pas enjoindre le ministre à exercer ce « pouvoir discrétionnaire ». Pourtant, la cour a estimé dans le même temps qu'apprécier l'existence de l'infraction en cause n'était qu'une question de pur droit, n'appelant aucune « marge d'appréciation »²⁰⁰.

Enfin, une troisième affaire, la Cour d'appel de Bruxelles, bien que retenant la responsabilité de l'État du fait d'avoir tardé à mettre en œuvre une loi, a rejeté la demande de condamnation, sous astreinte, visant à enjoindre l'État à mettre en vigueur les dispositions litigieuses, en ce que, « vu la marge de manœuvre laissée par le législateur au pouvoir exécutif, la condamnation sous astreinte de l'État belge, porterait atteinte à la séparation des pouvoirs »²⁰¹.

Selon une doctrine majoritaire, ce retranchement derrière la séparation des pouvoirs s'explique difficilement, et ce, dans la mesure où le juge se doit d'ordonner à toute autorité administrative d'exécuter une obligation formellement établie, conformément au principe de la réparation en nature, indépendamment du pouvoir pour cette même autorité de régler le contenu de cette obligation. En effet, une condamnation de l'État belge à faire entrer en vigueur ou à assurer la publication d'une disposition légale ne prive nullement l'autorité de son pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre concrète d'une telle législation, dès lors que l'autorité s'abstient de fixer le contenu de la réglementation et laisse à l'autorité administrative la totalité de son pouvoir discrétionnaire sur ce point²⁰².

En ce sens, il faut relever le récent jugement du Tribunal de première instance de Liège, qui semble faire une correcte application de ces principes, en estimant qu'il peut imposer à l'État de prendre des mesures afin de faire diminuer la surpopulation carcérale au sein de la prison de Lantin, mais ne peut définir le contenu de ces mesures, par exemple, en lui imposant de faire des modifications législatives tendant à diminuer le nombre de détenus plutôt

²⁰⁰ Bruxelles, 12 septembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 74.

²⁰¹ Bruxelles, 4 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, liv. 22, p. 1052. Pour d'autres décisions ordonnant aux pouvoirs publics de s'exécuter sous peine d'astreinte, voy. Civ. Bruxelles, 22 janvier 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1480 ; Gand, 18 septembre 2009, *T.R.O.S.*, 2009 p. 17.

²⁰² B. JADOT, « Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'administration : le pouvoir d'injonction et la réparation en nature », *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 452 ; J. SOHIER et A. DAOUT, « La responsabilité des pouvoirs publics », *op. cit.*, p. 24 ; Q. PEIFFER, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », note sous Civ. Bruxelles, 4 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1060. Voy. aussi M. PÂQUES qui estime que la limite en matière d'injonction se marque précisément en ce que le juge ne peut empiéter sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration : il ne peut pas lui dire ce qu'elle doit faire lorsqu'elle peut choisir entre plusieurs comportements licites, sous peine de violer la séparation des pouvoirs (M. PÂQUES et L. DONNAY, « Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge » *C.D.P.K.*, 2007, n° 3).

que d'augmenter la capacité de la prison. En revanche, le Tribunal pourrait ordonner à l'État, en qualité de pouvoir exécutif, de faire entrer en vigueur les lois réglant le statut juridique des détenus, si le lien causal entre l'absence d'entrée en vigueur et la surpopulation était établi, ce qui n'était toutefois pas le cas en l'espèce²⁰³.

Chapitre 2

Examen d'éléments propres aux régimes de responsabilité des pouvoirs publics

64. Il ressort de l'examen des trois conditions de la responsabilité civile que celles-ci, et particulièrement la condition de la faute, sont appliquées différemment aux pouvoirs publics et aux personnes physiques.

Toutefois, des différences existent également au sein même de la responsabilité des pouvoirs publics, selon la branche de l'État concernée par la demande en responsabilité. Parmi ces différences, trois catégories d'éléments propres aux trois régimes de responsabilité civile des pouvoirs publics suscitent notre attention.

Il s'agit d'abord de l'impact, dans l'examen par le juge de la responsabilité de la condition de la faute, d'un arrêt préalable constatant une illégalité, une inconstitutionnalité ou une inconventionnalité (Section 1). Il s'agit ensuite de l'exigence de la faute caractérisée reprise dans certaines hypothèses (Section 2) et, enfin, des conditions de recevabilité éventuelles conditionnant l'introduction de l'action en responsabilité (Section 3).

Section 1

L'existence d'un arrêt constatant la violation de normes supérieures et sa prise en compte dans la détermination de la faute

65. Dans ses arrêts du 10 septembre 2010 et du 30 avril 2015 relatifs à la *responsabilité de l'État-législateur*²⁰⁴, la Cour de cassation a rappelé que le simple renvoi à un arrêt constatant une inconstitutionnalité ou une inconventionnalité ne suffisait pas pour conclure à la démonstration d'une faute.

L'existence d'un tel arrêt peut toutefois avoir un impact important sur l'appréciation de la faute par le juge de la responsabilité, selon la norme supra-législative dont la violation est alléguée par le demandeur en responsabilité.

²⁰³ Civ. Liège, 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1917.

²⁰⁴ Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 2010, R.G. n° F.09.0042.N ; Cass. (1^{re} ch.), 30 avril 2015, R.G. n° C.12.0637.F.

66. Lorsque la violation d'une norme constitutionnelle par le législateur est invoquée, un arrêt de la Cour constitutionnelle constatant l'inconstitutionnalité est indispensable.

En effet, le juge civil n'est pas compétent pour juger de l'inconstitutionnalité d'une norme législative. Cette compétence est réservée exclusivement à la Cour constitutionnelle, en vertu de l'article 142 de la Constitution. Saisi d'une demande en responsabilité civile du législateur pour violation de normes constitutionnelles, le juge devra donc nécessairement soit disposer d'un arrêt d'annulation, soit d'un arrêt rendu sur question préjudicielle, soit poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle à ce sujet²⁰⁵.

En revanche, le juge de la responsabilité reste compétent pour constater l'existence d'une omission législative absolue, pour laquelle le législateur s'est abstenu de répondre totalement au prescrit constitutionnel²⁰⁶.

67. L'obligation de passer par la juridiction suprême de la Place Royale a cependant des conséquences sur la portée de la demande en responsabilité. Le contrôle de constitutionnalité de la Cour étant limité aux normes de référence du « bloc de constitutionnalité » visé par l'article 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, la violation d'autres normes constitutionnelles ne pourra vraisemblablement pas être constitutive d'une faute dans le chef du législateur²⁰⁷.

68. Si le constat d'inconventionnalité est plus aisé lorsqu'il existe un arrêt rendu préalablement par la Cour de justice de l'Union européenne ou par la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet, la violation des normes de droit européen ou de normes de droit international directement applicables dans l'ordre juridique interne peut être constatée par le juge belge de la responsabilité sans l'intervention préalable de la juridiction internationale²⁰⁸. Un arrêt préalable n'est donc pas nécessaire.

²⁰⁵ A. ALEN, « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 », *op. cit.*, p. 99 ; M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », *op. cit.*, p. 400 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, pp. 19 et s. Selon P. Van Ommeslaghe, le juge de la responsabilité doit encore, même en présence de tels arrêts, se poser plusieurs questions, notamment quant à l'effet rétroactif du constat d'inconstitutionnalité, avant de pouvoir prendre en compte la violation de la norme constitutionnelle dans l'appréciation de la faute.

²⁰⁶ J. WILDERMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 », *op. cit.*, p. 275 ; J. VAN COMPENOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », *op. cit.*, p. 435.

²⁰⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, p. 349 ; M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », *op. cit.*, p. 402.

²⁰⁸ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *ibid.*, pp. 16-17 ; J. VAN COMPENOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », *op. cit.*, p. 436 ; J. WILDERMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air

69. Qu'un arrêt préalable soit indispensable ou non, il faut considérer que, dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, le constat préalable d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité, par la juridiction suprême compétente, est une condition nécessaire ou, à tout le moins, extrêmement utile tant pour le juge que pour le justiciable, mais jamais suffisante à l'établissement de la faute dans le chef de l'État-législateur.

En effet, il ressort d'une lecture des arrêts rendus le 10 septembre 2010 et le 30 avril 2015 par la Cour de cassation que le juge, disposant pourtant d'un arrêt constatant la violation d'une norme supralégislative, doit exercer sur la violation alléguée une appréciation propre impliquant, selon les termes de l'arrêt du 30 avril 2015, de vérifier si la norme supralégislative imposait au législateur une obligation de résultat. Si ce n'est pas le cas, le juge devra apprécier le comportement critiqué du législateur à l'aune du comportement du législateur normalement prudent et diligent²⁰⁹.

Ce constat mène la doctrine à conclure à un rejet de l'assimilation systématique entre la violation d'une norme supralégislative et l'existence d'une faute dans le chef du législateur²¹⁰, en faveur d'une unité relative entre inconventionnalité ou inconstitutionnalité et faute.

70. Dans le régime de *responsabilité des autorités administratives*, l'existence d'un arrêt préalable constatant une illégalité facilite également le travail du juge et du justiciable dans la détermination de la condition de la faute. Cet arrêt n'est toutefois pas nécessaire, le juge civil disposant, sur la base de l'article 159 de la Constitution, de la compétence de « contrôler la légalité, interne et externe, de tout règlement ou de toute décision qu'invoque une partie [...] et de refuser de lui donner tout effet s'il en constate l'illégalité »²¹¹.

L'existence d'un arrêt d'annulation rendu par le Conseil d'État²¹² suffit à démontrer la faute dans le chef du défendeur en responsabilité lorsque le juge de la responsabilité fait partie des partisans de la théorie de l'unité absolue

de 1382 », *op. cit.*, p. 27 ; M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur », *op. cit.*, §§ 112 et 152.

²⁰⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 349.

²¹⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, pp. 366 et 368 ; T. MOONEN, « Aansprakelijkheid van de staat voor ongrondwettige wetgeving. Vanzelfsprekend, of niet bepaald ? », *op. cit.*, p. 656 ; B. DUBUISSON et S. VAN DROOGHENBROECK, « Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ? », *op. cit.*, p. 804. *Contra* : Prem. av. gén. J.-Fr. LECLERCQ, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 599, qui était favorable à l'application de la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité à la responsabilité de l'État-législateur.

²¹¹ D. DELVAX, « Quelle autorité de chose jugée convient-il de reconnaître aux arrêts rendus par le Conseil d'État au contentieux de l'annulation », note sous Cass. (3^e ch.), 14 décembre 2015, *R.C.J.B.*, 2018, p. 291.

²¹² Vu l'autorité de chose jugée de l'arrêt d'annulation du Conseil d'État, le constat d'illégalité pourra bénéficier tant aux parties impliquées dans la procédure juridictionnelle devant le Conseil d'État qu'aux tiers tout autant intéressés par l'acte administratif annulé (D. DELVAX, *ibid.*, p. 296).

entre l'illégalité et la faute et considère, à la suite de D. Renders, que « toutes les règles et [...] tous les principes qui s'imposent à l'administration, que ces règles consentent ou non à celle-ci une marge d'appréciation », prescrivent à l'administration d'agir de manière déterminée²¹³.

En revanche, si le juge de la responsabilité se rattache aux partisans de la théorie de l'unité relative entre illégalité et faute²¹⁴, le demandeur en responsabilité devra soit démontrer que la norme dont la violation est constatée par le Conseil d'État imposait bien à l'administration un comportement déterminé, soit, si ce n'est pas le cas, que l'administration a manqué aux normes de prudence et de diligence qui s'imposaient à elle.

L'on ne pourra s'empêcher de constater que cette seconde tendance correspond à l'appréciation que doit avoir le juge dans le cadre de l'examen d'une faute dans le chef de l'État-législateur.

71. À l'inverse, le rejet d'un recours en annulation par le Conseil d'État n'est pas un gage de légalité de l'acte administratif en cause et d'absence de faute dans le chef de l'autorité administrative²¹⁵. Comme le rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 14 décembre 2015²¹⁶, un arrêt de rejet du Conseil d'État revêt une autorité de chose jugée relative, qui « n'a lieu qu'à l'égard des mêmes faits appréciés en fonction de la même norme juridique ». Contrairement à ce qu'avait considéré la Cour du travail dans l'arrêt soumis à cassation, le demandeur en responsabilité pouvait bien invoquer, à l'encontre du même acte administratif visé par l'arrêt de rejet, la violation de normes qui n'avaient pas été soulevées devant le Conseil d'État.

72. Certains auteurs ont tenté d'étendre la théorie de l'unité absolue à la *responsabilité de l'État du fait des juges*. Ceux-ci soutenaient que le seul fait que l'acte juridictionnel litigieux soit annulé ou réformé suffisait à établir la responsabilité de l'État²¹⁷. L'arrêt du 26 juin 1998 de la Cour de cassation a toutefois mis un terme à leurs espoirs en décidant que la faute qu'un juge commet dans l'exercice de ses fonctions doit être appréciée à l'aune du critère de prudence et de diligence²¹⁸.

²¹³ D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 44.

²¹⁴ Comme c'est, p. ex., le cas du juge *a quo* à l'origine de la question préjudicielle à laquelle répond la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 106/2018 du 19 juillet 2018.

²¹⁵ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *op. cit.*, p. 28 ; D. DELVAX, « Quelle autorité de chose jugée convient-il de reconnaître aux arrêts rendus par le Conseil d'État au contentieux de l'annulation », *op. cit.*, p. 298.

²¹⁶ Cass. (3^e ch.), 14 décembre 2015, *R.C.J.B.*, 2018, p. 277, note D. DELVAX.

²¹⁷ Voy., en ce sens, R.O. DALCQ, note sous Cass., 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 499 ; M. DONY, « Responsabilité de l'État pour faute du pouvoir judiciaire après l'arrêt du 19 décembre 1991 », *R.D.C.*, 1993, p. 810.

²¹⁸ Cass., 26 juin 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 762 ; *Bull.*, 1998, p. 812 ; *R.C.J.B.*, 2001, p. 21, note B. DUBUISSON ; *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.095 ; Cass., 17 décembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3273.

Certains ont contesté cette jurisprudence. Selon eux, le simple fait qu'une décision ait été réformée traduit une illégalité et donc une faute dans le raisonnement du juge²¹⁹. Ne serait-ce toutefois pas là confondre les notions de faute et d'erreur ? En effet, une décision peut être censurée par une instance supérieure sans que le raisonnement qui la fonde soit incorrect. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'une instance n'a pas le dernier mot qu'elle a nécessairement commis une faute²²⁰.

D'autres soulignent que juger est une tâche éminemment plus complexe qu'administrer, et qui nécessite une grande liberté d'appréciation. Or accepter qu'un magistrat soit responsable dès qu'une de ses décisions est annulée ou réformée reviendrait à le priver de toute initiative dans l'application de la norme. L'indépendance des juges s'en trouverait affectée²²¹. De notre côté, nous craignons peu que les juges perdent de leur liberté si la théorie de l'unicité était consacrée. Ceux-ci sont, en effet, tenus et limités à appliquer le droit. En revanche, on pourrait craindre que la règle du précédent s'installe progressivement en droit belge²²², bien que notre haute juridiction judiciaire pratique l'art du revirement lorsqu'elle l'estime nécessaire.

Section 2

La faute caractérisée

73. C'est dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la responsabilité des États membres pour non-transposition des directives²²³ et pour violation du droit européen qu'a été développée la condition de la « violation suffisamment caractérisée » du droit communautaire²²⁴.

Selon la Cour de justice, « un droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées »²²⁵.

Ce critère de la violation suffisamment caractérisée est « celui de la méconnaissance manifeste et grave, par un État membre comme par

²¹⁹ R.O. DALCQ, note sous Cass., 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 449 ; note sous Liège, 28 janvier 1993, *J.T.*, 1993, p. 479 ; note sous Liège, 8 décembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 497 ; note sous Cass., 26 juin 1998, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13095.

²²⁰ X. THUNIS, *op. cit.*, n° 63.

²²¹ B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 66 ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », *op. cit.*, p. 205.

²²² J. SPREUTELS, concl. préc. Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, p. 816.

²²³ C.J.U.E., 19 novembre 1991, *Francovich*, C-6/90 et C-9/90, EU : C : 1991:428.

²²⁴ M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur », *op. cit.*, pts 103 et s.

²²⁵ C.J.U.E., 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, C-46/93 et C-48/93, EU : C : 1996:79, § 51.

une institution communautaire, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation »²²⁶. La Cour de justice ajoute que, « parmi les éléments que la juridiction compétente peut être amenée à prendre en considération, il y a lieu de relever le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire »²²⁷.

74. Cette appréciation de la condition de la faute fut reprise par certains juges²²⁸ pour établir la *faute dans le chef de l'État-législateur*. C'était d'ailleurs le cas dans l'arrêt du 4 juillet 2002 de la Cour d'appel de Bruxelles, examiné par la Cour de cassation dans l'affaire *Ferrara Jung*. La cour d'appel avait retenu que la carence du législateur constituait « une violation grave et caractérisée de l'article 6-1 de la Convention [européenne des droits de l'homme] » et concluait, sur cette base, à l'existence d'une faute²²⁹.

L'exigence de la faute caractérisée n'a toutefois pas été reprise dans le régime de la responsabilité civile du législateur par la Cour de cassation²³⁰, et à raison. Comme le souligne en effet la doctrine, le régime de responsabilité mis en place par la Cour de justice est un régime subsidiaire. Les États membres restent libres de prévoir un régime plus souple et plus favorable au justiciable²³¹. C'est le cas en Belgique où le régime appliqué à la réparation des violations du droit communautaire est celui des articles 1382 et 1383 du Code civil qui n'exige pas que la faute soit « caractérisée »²³².

Certains auteurs ont toutefois émis des espoirs de voir la Cour de cassation consacrer le critère de la « faute avérée et suffisamment caractérisée » dans lequel « le caractère répréhensible [de la faute] apparaît clairement et sans ambiguïté »²³³.

²²⁶ *Ibid.*, § 55.

²²⁷ *Ibid.*, § 56. Voy. R. ERGEC, « Quelques doutes sur la soumission du législateur au droit commun de la responsabilité civile », *J.T.*, 2007, p. 440 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, pp. 354 et s.

²²⁸ Civ. Verviers, 26 juin 1998, *J.T.-dr. eur.*, p. 210 ; voy. aussi Cass., 14 janvier 2000, R.G. n° C.98.0477.F.

²²⁹ Bruxelles (2^e ch.), 4 juillet 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1184.

²³⁰ J. WILDERMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 », *op. cit.*, p. 276.

²³¹ Prem. av. gén. J.-Fr. LECLERCQ, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 598.

²³² M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur », *op. cit.*, pt 113 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, p. 16.

²³³ J. VAN COMPENOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », *op. cit.*, p. 434. Voy. aussi J. WILDERMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air

75. L'exigence de la démonstration d'une faute caractérisée n'a pas été évoquée dans le *régime de la responsabilité civile du pouvoir exécutif*.

Tout au plus la Cour de cassation a-t-elle rappelé, dans un arrêt du 14 janvier 2000, que l'établissement de la faute dans le chef de l'autorité administrative ayant adopté un règlement contraire à l'ancien Traité instituant la Communauté économique européenne n'implique pas la recherche, par le juge national de la responsabilité, d'une « violation suffisamment caractérisée, sérieuse et manifeste » de la règle de droit communautaire²³⁴.

76. Selon certains auteurs, la spécificité du devoir juridictionnel irait jusqu'à commander que la *faute commise par un juge dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle* soit « caractérisée », c'est-à-dire « lourde », pour engager la responsabilité de l'État²³⁵.

D'autres, en revanche, constatent que faute « caractérisée » et faute « lourde » ne coïncident pas nécessairement, et que dans les deux cas, cette thèse constitue un nouvel affront au droit commun de la responsabilité civile, en ce qu'elle suppose un certain degré de gravité, alors que la faute la plus légère emporte la responsabilité de son auteur²³⁶.

77. La Cour constitutionnelle a tranché partiellement le débat dans deux arrêts du 30 juin 2014²³⁷ et du 23 février 2017²³⁸, en estimant que l'État ne peut être rendu responsable d'une faute commise par une juridiction de dernier ressort dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle que « lorsque cette faute constitue une violation suffisamment caractérisée des règles de droit qui lui sont applicables ». Selon la Cour, un tel régime spécifique de responsabilité se justifie par « la nécessité de préserver un équilibre entre le principe de sécurité juridique, d'une part, et le droit d'accès au juge, d'autre part ». Ce régime permet en outre « de diminuer le risque d'erreurs dans le chef du juge de la responsabilité, chargé d'apprécier seul l'illégalité de la décision adoptée ou de la procédure suivie par une juridiction statuant en dernier ressort »²³⁹.

La Cour puise son inspiration dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, à laquelle elle se réfère expressément et selon laquelle

de 1382 », *op. cit.*, p. 278. Voy. également S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 350.

²³⁴ Cass., 14 janvier 2000, R.G. n° C.98.0477.F.

²³⁵ B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 66 ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », *op. cit.*, pp. 203 et 205 ; I. VEROUGSTRÆTE, « Staatsaansprakelijkheid voor ambtsfouten van rechters in handdelzaken : enkele randbemerkingen bij preadvies van professor Van Oevelen », *R.D.C.-T.B.H.*, 2013, p. 1121.

²³⁶ F. GLANSDORFF, note sous C.C., 30 juin 2014, « La responsabilité de l'État du fait des magistrats progresse... et ralentit », *A.P.T.*, 2014, p. 644.

²³⁷ C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014.

²³⁸ C.C., 23 février 2017, n° 29/2017.

²³⁹ C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014, B.16, 20 et 24.

la responsabilité de l'État doit pouvoir être engagée en cas de violation d'une règle de droit européen par un juge statuant en dernier ressort, lorsque celui-ci a méconnu « de manière manifeste » le droit applicable²⁴⁰. Cette jurisprudence rappelle également celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui impose aux juridictions suprêmes nationales de ne pas commettre, à tout le moins, une « erreur manifeste d'appréciation » dans son jugement²⁴¹.

Ce manquement « manifeste » doit être apprécié à l'aune, « notamment, [du] degré de clarté et de précision de la règle violée, [du] caractère délibéré de la violation, [du] caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit, [de] la position prise, le cas échéant, par une institution communautaire, ainsi que [de] l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel, au titre de l'article 234, troisième alinéa, CE »²⁴².

78. La portée de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est limitée au pouvoir judiciaire – et non exécutif ou législatif –, dans l'hypothèse où une juridiction se prononcerait en dernier ressort²⁴³.

Il faudra donc être attentif à la jurisprudence prochaine de la Cour de cassation, qui, jusqu'à ce jour, n'a jamais fait état de faute caractérisée dans sa définition précise de la faute du pouvoir judiciaire.

En attendant, le critère de la faute caractérisée fait d'ores et déjà réagir les juridictions de fond. C'est ainsi que le Tribunal de première instance de Liège, saisi d'une demande en réparation intentée par plusieurs victimes de la fusillade de la place Saint-Lambert en 2011 et reprochant au Tribunal d'application des peines la libération conditionnelle de l'auteur, a tout récemment posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle²⁴⁴. La Cour devra notamment dire si l'article 1382 du Code civil est compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination, ainsi qu'avec les droits à un procès équitable et à un recours effectif, en ce que (i) en droit de commun de la responsabilité civile, la faute la plus légère suffit à retenir une faute, que (ii) celle-ci peut être appréciée à l'aune du critère abstrait du bon père de famille, que (iii) la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ne distingue pas si la juridiction de dernier ressort est une cour suprême ou pas, et que (iv) une faute non caractérisée est suffisante lorsqu'elle a été commise par une juridiction qui ne statue pas en dernier ressort.

²⁴⁰ C.J.U.E., 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, J.T., 2004, p. 90, §§ 53-55 ; C.J.U.E., 13 juin 2006, *Traghetti*, C-173/03, Rec., 2006, I, p. 5177, § 32.

²⁴¹ Cour eur. D.H., *Dulaurans c. France*, 21 mars 2000, §§34 et 38 ; F. TULKENS, note sous C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014, R.G.A.R., n° 15164.

²⁴² C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014, B.22 ; C.J.U.E., 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, J.T., 2004, p. 90, §§ 53-55 ; C.J.U.E., 13 juin 2006, *Traghetti*, C-173/03, Rec., 2006, I, p. 5177, § 32.

²⁴³ En ce sens, F. TULKENS, note sous C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014, R.G.A.R., n° 15164.

²⁴⁴ Civ. Liège, 23 octobre 2018, inédit. Les questions préjudicielles portent le numéro 7041 au rôle de la Cour constitutionnelle.

Concernant cette dernière question, certains auteurs ont déjà relevé qu'exiger une faute caractérisée pour les juridictions statuant en dernier ressort s'inscrit parfaitement dans la tendance observée à propos des juridictions « non suprêmes »²⁴⁵. En effet, le fait que l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1998 ait décidé que la faute commise dans l'exercice des fonctions juridictionnelles ne peut être appréciée qu'à l'aune du critère de l'erreur de conduite laisse au juge une grande liberté d'appréciation, inhérente à la tâche éminemment complexe qu'il exerce²⁴⁶. Il en ressort, en pratique, qu'une erreur du juge ne devient fautive que si, par rapport à ce qu'aurait accompli un magistrat normalement prudent et diligent, le manquement paraît manifeste et caractérisé. L'appréciation de la faute ne saurait donc être que « marginale », si bien qu'il n'y a guère de différence avec le fait de subordonner la responsabilité à une faute manifeste ou caractérisée²⁴⁷.

Section 3

Les conditions de recevabilité du recours

79. La Cour de cassation subordonne la recevabilité de l'action en *responsabilité de l'État pour faute commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle* à la condition que la décision critiquée ait été, au préalable, anéantie, c'est-à-dire effacée de l'ordonnancement juridique²⁴⁸. Ce n'est que si le dommage persiste après l'épuisement fructueux des voies de recours que la victime pourra demander que l'État soit condamné à réparer ce préjudice.

Pour beaucoup, cette condition particulière se fonde sur le principe d'autorité de la chose jugée. Il convient en effet d'éviter que la mise en œuvre de la responsabilité de l'État ne soit qu'un moyen détourné de contester une décision de justice par d'autres voies de recours que celles prévues par la loi²⁴⁹.

²⁴⁵ J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », *op. cit.*, n° 10 ; B. DUBUISSON et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'anéantissement de la décision fautive, condition de recevabilité de l'action en réparation de l'erreur judiciaire », *op. cit.*, p. 288 et les références citées ; D. MOUGENOT, « La responsabilité du fait de juger », *op. cit.*, n° 4.

²⁴⁶ Cass., 26 juin 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 762. Sur ce point, voy. *supra*, chapitre 1.

²⁴⁷ B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 66 ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », *op. cit.*, n° 10.

²⁴⁸ Selon la Cour de cassation, l'acte doit avoir « été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie » ; Cass., 19 décembre 1991, *Arr. Cass.*, 1991-1992, p. 364 ; *Bull.*, 1992, p. 316 ; *J.L.M.B.*, 1992, p. 42, note F. PIEDBOEUF ; *J.T.*, 1992, p. 142 ; *Pas.*, 1992, I, p. 316 ; *R.C.J.B.*, 1993, p. 285, note F. RIGAUX et VAN COMPERNOLLE ; *R.G.D.C.*, 1992, p. 60, note A. VAN OEVELEN ; Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1066 ; Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1732 et concl. T. WERQUIN ; *R.C.J.B.*, 2010, p. 183 et note D. RENDERS.

²⁴⁹ J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », *op. cit.*, p. 195.

La Cour constitutionnelle a confirmé le bien-fondé de cette condition de recevabilité, dans son arrêt du 30 juin 2014, sur la base du principe – intrinsèquement lié – de sécurité juridique :

« Le principe de sécurité juridique, qui est inhérent à l'ordre juridique interne, ainsi qu'à l'ordre juridique de l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme (voir l'arrêt n° 125/2011 du 7 juillet 2011, B.5.4) s'oppose à ce qu'un litige se poursuive indéfiniment, fût-ce sous d'autres formes. Or l'action en réparation introduite devant le juge de la responsabilité vise, nécessairement, nonobstant son caractère indemnitaire, à contester la décision de justice en cause ou la procédure qui y a mené.

La cohérence du système juridictionnel s'oppose par ailleurs à ce que les illégalités commises par une juridiction soient censurées autrement que par l'exercice des voies de recours »²⁵⁰.

Ici aussi, l'on recourt à la spécificité du devoir juridictionnel pour justifier la différence de traitement avec la responsabilité de l'État du fait d'administrer, qui ne connaît pas une telle condition de recevabilité. Pour ne citer qu'un extrait du plaidoyer des professeurs Dubuisson et Van Drooghenbroeck :

« On peut s'en réjouir, comme on peut le regretter, mais le fait institutionnel est là, imposé par des siècles d'épanouissement de nos États de droit : c'est au juge, fort de son indépendance, à qui revient de censurer l'action de l'administration et non l'inverse. L'acte administratif est soumis au contrôle de la justice, tandis que celle-ci n'a pas à répondre de ses actes devant l'exécutif. Pour le dire encore autrement, l'œuvre de justice vient après l'action administrative et en corrige les erreurs et les errements. Notre architecture constitutionnelle soumet l'administration au contrôle des cours et tribunaux ; il n'est alors rien de choquant que les voies de ce contrôle soient multiples et variées. Le pouvoir judiciaire, qui a pour mission de contrôler celles des deux autres pouvoirs, n'a comme seul contrôleur que lui-même, et il faut lui savoir gré d'avoir spontanément concédé ce contrôle sans l'intervention du législateur. Lui en voudra-t-on d'avoir balisé le chemin susceptible de mener à sa propre condamnation²⁵¹ ? »

²⁵⁰ C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014, B.7.2 et 7.3.

²⁵¹ Pro : B. DUBUISSON et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'anéantissement de la décision fautive, condition de recevabilité de l'action en réparation de l'erreur judiciaire », *op. cit.*, p. 273. Contra : D. RENDERS, « Recevabilité et fondement de la demande en réparation du dommage causé par l'État qui juge », note sous Cass., 27 juin 2008, *R.C.J.B.*, 2010, p. 221.

80. La condition de recevabilité souffre néanmoins d'exceptions qui se sont affinées au fil du temps. C'est l'avocat général Velu qui, le premier, a estimé que la condition de recevabilité ne s'appliquait pas dans trois hypothèses²⁵² :

- lorsqu'un juge est condamné directement à réparer le dommage résultant de son acte dans le cadre d'une procédure de « prise à partie » devant la Cour de cassation ;
- lorsque le juge a été reconnu coupable d'une infraction pénale par une décision judiciaire définitive ;
- lorsque la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a jugé que l'acte juridictionnel était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, et que les voies de droit interne ou la nature de la violation ne permettent pas d'effacer totalement les conséquences de l'acte²⁵³. Toutefois, cette exception ne semble plus d'actualité qu'en matière civile²⁵⁴. En effet, il est désormais permis de rouvrir la procédure à la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme statuant en matière pénale²⁵⁵. De quoi considérer, selon certains, qu'une telle réouverture constitue un nouveau préalable à la mise en cause de la responsabilité de l'État²⁵⁶.

81. Plusieurs cours suprêmes ont ensuite étendu le champ des exceptions à la condition d'épuisement des voies de recours.

Tout d'abord, la Cour de cassation a estimé qu'il ne servait à rien d'exiger que les voies de recours soient épuisées lorsque la décision litigieuse avait déjà été retirée pour un motif indépendant de la volonté du justiciable. Ce dernier n'a, en effet, alors plus aucun intérêt à demander son écartement²⁵⁷. Le cas d'espèce visait un inculpé qui prétendait avoir été détenu fautivement, mais qui n'aurait pu contester l'ordonnance de la Chambre du conseil auprès de la Chambre des mises en accusation dans la mesure où son mandat d'arrêt avait été levé.

Ensuite, la Cour de justice de l'Union européenne a consacré par deux fois le principe selon lequel une haute juridiction qui méconnaît

²⁵² Concl. Av. gén. VELU préc., Cass., 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 147.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Voy. toutefois, pour une extension de cette procédure en matière civile, la proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la réouverture de la procédure en matière civile, 20 janvier 2012, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2011-2012, n° 2014/001.

²⁵⁵ Art. 442bis à 442sexies C.i. cr., insérés par la loi du 1^{er} avril 2007.

²⁵⁶ B. DUBUISSON, « L'erreur du juge est-elle fatale ? Libres propos », *R.D.C.*, 2013, p. 1132 ; J. VAN COMPENOLLE et G. DE LEVAL, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des magistrats », *op. cit.*, p. 198.

²⁵⁷ Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1411 ; *N.J.W.*, 2009, p. 677, note I. BOONE ; *R.W.*, 2008, p. 800, note A. VAN OEVELEN.

manifestement le droit communautaire engage la responsabilité de l'État²⁵⁸. Dans ses conclusions, l'Avocat Général Léger a rejeté l'argument déduit de l'autorité de la chose jugée afin de garantir la protection effective du droit communautaire.

Plus récemment, la Cour constitutionnelle a encore restreint le champ d'application de la condition de recevabilité. Dans l'arrêt précité du 30 juin 2014, la Cour estime qu'un juge de dernier ressort qui commet une faute dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, en dehors du champ d'application du droit de l'Union européenne, peut voir sa responsabilité engagée sans que la décision litigieuse ait été effacée au préalable.

Pour cela, il faut « que cette faute constitue une violation suffisamment caractérisée des règles de droit qui lui sont applicables et que cette faute ne permette pas, eu égard aux voies de recours limitées ouvertes à l'encontre de ladite décision, d'en obtenir l'anéantissement »²⁵⁹. La Cour justifie cette nouvelle dérogation par la volonté de garder un équilibre entre les objectifs légitimes fondant la condition de recevabilité (à savoir l'autorité de la chose jugée et l'épuisement des voies de recours) et le droit d'accès au juge²⁶⁰.

82. L'enseignement de la Cour constitutionnelle divise la doctrine.

Certains estiment qu'il est logique de ne pas exiger qu'une décision rendue fautivement par la Cour de cassation, le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle soit préalablement anéantie avant d'engager la responsabilité de l'État, lorsqu'il n'existe aucune possibilité d'exercer une voie de recours à son encontre²⁶¹. Cette exception à la condition de recevabilité évite d'introduire une différence de traitement difficilement justifiable entre les justiciables. Ces derniers se trouvaient en effet dans une situation moins favorable s'ils étaient préjudiciés par la faute d'une juridiction suprême, plutôt que par celle d'une autre juridiction, puisqu'ils n'avaient pas la possibilité d'obtenir l'anéantissement de la décision fautive, condition préalable à la réparation de leur dommage²⁶².

D'autres auteurs estiment en revanche qu'il s'agit d'une atteinte irrémédiable à l'autorité de la chose jugée dont les décisions des juridictions suprêmes sont revêtues²⁶³.

²⁵⁸ C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, J.T., 2004, p. 90 ; *Rec.*, 2003, I, p. 10239 et concl. Av. gén. P. LEGER ; C.J.U.E., 13 juin 2006, *Traghetti*, C-173/03, *Rec.*, 2006, I, p. 5177 ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 223, note G. DE LEVAL.

²⁵⁹ C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014, B.24 et dispositif.

²⁶⁰ C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014, B.22.

²⁶¹ B. DUBUISSON, « L'erreur du juge est-elle fatale ? Libres propos », *R.D.C.*, 2013, p. 1133.

²⁶² F. BOUHON, « La Cour de cassation face à sa propre faute », *J.L.M.B.*, 2017, p. 1052.

²⁶³ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics pour la fonction juridictionnelle et la fonction législative », in P. VAN OMMESLAGHE (dir.), *Actualités en droit de la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 130.

83. La mise en cause de la responsabilité de l'État pour les fautes commises par une juridiction de dernier ressort n'est toutefois pas sans poser quelques problèmes pratiques. En effet, il se pourrait qu'une juridiction de dernier ressort ait à connaître de l'action civile visant à obtenir la réparation du dommage à la suite de sa propre faute.

La Cour d'appel de Bruxelles a ainsi récemment interrogé la Cour constitutionnelle afin de savoir si le fait qu'un organe, comme la Cour de cassation, puisse influencer de manière décisive la notion de faute appliquée à son propre acte était ou non discriminatoire par rapport aux autres situations où l'organe qui a engagé la responsabilité de l'État ne pouvait pas intervenir dans cette appréciation.

La Cour a répondu par la négative, dans un arrêt du 23 février 2017²⁶⁴. Elle estime, en effet, que la Cour de cassation présente les garanties nécessaires pour assurer son impartialité.

La Cour semble sous-entendre que ces garanties se trouvent notamment dans la marge d'appréciation limitée de la Cour de cassation en pareille hypothèse. D'une part, la Cour de cassation ne pourra retenir une faute que si elle rentre dans le carcan dégagé par l'arrêt du 30 juin 2014, c'est-à-dire si elle consiste en la « violation suffisamment caractérisée des règles de droit »²⁶⁵. D'autre part, la Cour de cassation devra, dans certains cas, poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ou à la Cour de justice de l'Union européenne²⁶⁶.

En outre, la Cour constitutionnelle estime que la Cour de cassation ne pourra juger de façon impartiale que si les conseillers ayant participé à l'élaboration d'une décision se trouvant à l'origine de l'action en responsabilité ne font pas partie du siège qui se prononce sur la légalité de leur action. La Cour constitutionnelle suggère ainsi aux conseillers de se récuser ou de renvoyer la cause à une autre chambre²⁶⁷.

En ne concluant pas à une inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle évite la mise sur pied complexe d'une procédure *ad hoc* pouvant se substituer à la Cour de cassation dans ce cas exceptionnel, qui aurait probablement été la source de discrimination tant elle aurait été éloignée du droit commun²⁶⁸.

84. Enfin, la Cour constitutionnelle sera amenée prochainement à affiner un peu plus les limites de la mise en cause de la responsabilité de l'État du fait des

²⁶⁴ C.C., 23 février 2017, n° 29/2017.

²⁶⁵ C.C., 23 février 2017, n° 29/2017, B.10.1.

²⁶⁶ C.C., 23 février 2017, n° 29/2017, B.10.2 et 10.3.

²⁶⁷ C.C., 23 février 2017, n° 29/2017, B.12.1 à 12.3.

²⁶⁸ En ce sens, voy. aussi F. BOUHON, « La Cour de cassation face à sa propre faute », *op. cit.*, p. 1052.

juges. En effet, le Tribunal de première instance de Liège, ayant à connaître de l'action en réparation de plusieurs victimes de la fusillade de Liège en 2011, a demandé à la Cour de dire si l'article 1382 du Code civil est compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination, et avec les droits à un procès équitable et à un recours effectif, en ce qu'il ne permet pas d'engager la responsabilité de l'État pour une faute commise par une juridiction (*in casu*, le Tribunal d'application des peines), lorsque les demandeurs sont tiers par rapport à cette décision de justice et ne disposent pas de recours leur permettant d'en obtenir l'anéantissement²⁶⁹.

85. Dans le régime de la *responsabilité extracontractuelle des autorités administratives*, une condition de recevabilité de la demande en responsabilité introduite devant le juge civil a récemment fait son apparition dans l'ordre juridique belge. Il s'agit du mécanisme « *electa una via* », mis en place depuis l'introduction de la procédure de l'indemnité réparatrice devant le Conseil d'État²⁷⁰.

Les deux derniers alinéas de l'article 11bis des lois coordonnées sur la Conseil d'État prévoient en effet :

« La partie qui a introduit la demande d'indemnité ne peut plus tenter une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice.

Toute partie qui intente ou a intenté une action en responsabilité civile ne peut plus demander à la section du contentieux administratif une indemnité pour le même préjudice. »

86. Le justiciable ayant obtenu un arrêt d'annulation du Conseil d'État, constatant une illégalité dans le chef d'une autorité administrative, aura donc le choix entre la voie de l'indemnité réparatrice octroyée par le Conseil d'État ou celle de la demande en responsabilité civile introduite auprès des juridictions judiciaires. Une fois ce choix fait, le justiciable ne pourra plus se tourner vers la voie ignorée en espérant obtenir soit davantage que devant le juge choisi, soit une seconde chance en cas d'échec devant celui-ci.

²⁶⁹ Civ. Liège (div. Liège), 23 octobre 2018, inédit. Les questions préjudicielles portent le numéro 7041 au rôle de la Cour constitutionnelle et ont été publiées le 19 décembre 2018 au *Moniteur belge*.

²⁷⁰ Art. 11bis des lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, inséré par l'article 6 de la loi du 6 janvier 2014, *M.B.*, 31 janvier 2014. À ce sujet, voy. F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », in F. TULKENS et J. SAUTOIS (dir.), *Actualités en droit public et administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 52 et s. ; J. SOHIER et A. DAOUT, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 51 et s. ; M. QUINTIN, « Contentieux de l'indemnité en droit administratif belge », *A.P.T.*, 2017, pp. 157 et s. ; M. NIHOUL et F. XAVIER, « Trois années d'indemnité réparatrice devant le Conseil d'État », *C.P.D.K.*, 2017, pp. 679 et s.

Chapitre 3

L'impact de la réforme du Code civil

87. Dans le cadre de la réforme du Code civil, il n'était pas exclu que le législateur entende désormais régler expressément la responsabilité extra-contractuelle des pouvoirs publics.

Les auteurs de l'avant-projet de réforme du Code civil ont, en effet, constaté une « lacune importante » dans les textes actuels sur ce point, puisqu'aucune disposition n'aborde la responsabilité des pouvoirs publics²⁷¹.

Toutefois, choix est fait de ne pas pallier cette lacune :

« Le choix qui fut fait dès l'arrêt *La Flandria* de soumettre les pouvoirs publics aux mêmes règles de responsabilité civile que les particuliers n'est pas remis en cause. Les conditions de la responsabilité des pouvoirs publics pour faute ou illégalité restent donc les mêmes qu'actuellement. Afin de ne pas diminuer la protection du citoyen, il n'a pas été jugé pertinent de modifier le régime de responsabilité des pouvoirs publics dans l'exercice de la fonction d'administrer, de juger ou de légiférer. On a estimé préférable de laisser à la jurisprudence le soin de faire évoluer les solutions, si nécessaire. [...]

L'avant-projet ne prévoit pas de régime dérogatoire concernant la responsabilité de l'État pour faute du pouvoir législatif. La jurisprudence est en pleine évolution à ce sujet et il a été jugé préférable de ne pas introduire de dérogation aux règles générales de responsabilité »²⁷².

Ainsi, même si l'un des fers de lance de la réforme du Code civil est la sécurité juridique, les auteurs de l'avant-projet préfèrent laisser la jurisprudence faire œuvre créatrice en ce qui concerne la responsabilité des pouvoirs publics, s'écartant ainsi de la volonté clairement exprimée par le préconstituant, peu après les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin et du 28 septembre 2006, de s'atteler au(x) régime(x) de la responsabilité civile de l'État sous tous ses aspects²⁷³.

88. L'avant-projet de loi choisit notamment d'entériner la conception bicéphale de l'élément objectif de la faute adoptée par la Cour de cassation et confirme qu'une faute pourra consister soit en la violation d'une norme

²⁷¹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi du 22 août 2018 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, disponible sur <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (1^{er} février 2019). Ci-après, « Exposé des motifs ».

²⁷² Exposé des motifs, pp. 7 et 52.

²⁷³ Voy., à ce sujet, S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 331.

de comportement déterminé, soit en une erreur de conduite²⁷⁴. Toutefois, face au régime dérogatoire de la responsabilité des pouvoirs publics, l'exposé des motifs précise que cette règle ne change rien aux principes actuels, mais que l'affirmation du principe d'identité entre faute et illégalité doit néanmoins être nuancée :

« La règle ici proposée ne remet donc pas non plus en question les principes qui régissent actuellement la responsabilité des pouvoirs publics en cas d'illégalité (excès ou détournement de pouvoirs) tels qu'ils se déduisent notamment de l'arrêt du 13 mai 1982 et de plusieurs arrêts ultérieurs. Dans ce contexte aussi, il convient de nuancer l'affirmation du principe d'identité entre faute et illégalité, car la compétence de l'administration n'est pas toujours intégralement liée à la loi. Par ailleurs, selon la formule traditionnelle de la Cour de cassation, l'administration peut toujours se retrancher derrière une erreur invincible ou une autre cause d'exonération. Le principe d'identité a, d'ailleurs, été remis en cause à la suite de l'arrêt "ONSS", qui invite à distinguer la contravention pure et simple à la loi et l'erreur d'interprétation de la loi ou dans la qualification d'un contrat. Cette nuance est également perceptible dans la jurisprudence relative à la responsabilité de l'État pour faute du pouvoir judiciaire »²⁷⁵.

89. Plus problématique pourrait être l'abandon de l'élément subjectif (ou moral) de la faute. En effet, l'avant-projet choisit d'aller plus loin que l'arrêt précité du 9 février 2017²⁷⁶, et de ne plus exiger que l'auteur d'une faute l'ait commise librement et consciemment. Ce faisant, il assimile la faute à la violation objective de la norme de comportement. En l'absence d'élément moral, il faudrait alors redéfinir les causes de justification, qui visent, selon

²⁷⁴ L'article 5.147 dispose : « La faute est un manquement à une règle de conduite qui résulte de la loi ou à la règle générale de prudence qu'il convient de respecter dans les rapports sociaux. » L'article 5.148 dispose : « § 1^{er}. Dans le cas où la règle de conduite impose un comportement déterminé, la faute se déduit de la violation de cette règle. § 2. Le manquement à la règle générale de prudence s'apprécie par rapport au comportement qu'aurait eu une personne prudente et raisonnable dans les mêmes circonstances. À cet effet peuvent notamment être pris en considération :

- la nature et l'étendue des conséquences dommageables possibles ;
- les coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage ;
- l'état des connaissances scientifiques ;
- les meilleures techniques disponibles à un coût qui n'est pas déraisonnable ;
- les règles de l'art et les bonnes pratiques professionnelles ;
- les principes de bonne administration et de bonne organisation. »

²⁷⁵ Exposé des motifs, p. 52.

²⁷⁶ Cass., 9 février 2017, RG C.13.0143.F. Pour rappel, l'arrêt précise qu'il n'est pas nécessaire, dans le cas d'un empiètement sur la propriété d'autrui, que l'auteur de cet empiètement ait conscience qu'en agissant de sorte il viole le droit de propriété d'un tiers.

plusieurs auteurs, précisément à contrer son existence²⁷⁷. La consécration d'une faute objective aurait néanmoins pour avantage de simplifier le droit en faisant l'économie des discussions, souvent artificielles, sur l'existence de l'élément subjectif. Elle permettrait également de recentrer la notion de faute sur son sens social, qui vise à régir la vie en société et qui s'encombre peu de savoir, dans une société multiculturelle où le consensus est difficile, si l'auteur a agi en son âme et conscience. La faute objective permettrait enfin, plus pratiquement, à la victime d'obtenir plus facilement son indemnisation²⁷⁸.

90. En ce qui concerne l'erreur invincible, fréquemment retenue comme cause de justification, les auteurs de l'avant-projet confirment qu'il s'agit de celle qu'aurait commise une personne « prudente et raisonnable ». La question se pose de la suppression de l'exigence d'un caractère « normalement » prudent et raisonnable, critère que retient actuellement la Cour de cassation²⁷⁹. Si le terme « raisonnable » pourrait rejoindre cette idée de « normalité », le doute subsiste selon certains auteurs. De même, sans préciser ce caractère de « normalité », ne risque-t-on pas d'élever le seuil d'appréciation de la faute sans que cela se justifie sur le fond²⁸⁰ ?

En outre, l'article 5.148 de l'avant-projet propose une série de critères d'appréciation permettant d'apprécier l'erreur de conduite. Certains estiment que l'usage d'une liste, même exemplative, appelle à une certaine prudence, et ce, même s'il ne s'agit que de guides destinés au juge, dont le contenu est précisé dans l'exposé des motifs²⁸¹. Notons à cet égard que le dernier critère de la liste trouve à s'appliquer directement dans le cadre de la responsabilité des pouvoirs publics, en ce qu'il énonce que le juge peut tenir compte des principes de bonne administration et de bonne organisation pour fixer la règle générale de prudence.

91. Par ailleurs, les auteurs de l'avant-projet de réforme du Code civil souhaitent limiter expressément le principe de l'équivalence des conditions, qui permet une appréciation particulièrement large et favorable de la causalité. L'article 5.162 prévoit ainsi qu'« il n'y a pas de responsabilité si le lien entre ce fait et le dommage est à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à celui auquel la réparation est demandée. Dans cette appréciation, il est tenu compte, en particulier, du caractère imprévisible du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur

²⁷⁷ Sur ce point, voy. *supra*, chapitre 1, section 1, § 3, B.

²⁷⁸ J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective ? », *R.C.J.B.*, 2018, p. 62.

²⁷⁹ Cass. (2^e ch.), 7 juin 2016, *T.M.R.*, 2017, p. 78.

²⁸⁰ En ce sens, H. CULOT, C. DELFORGE, S. LARIELLE et J. VAN ZUYLEN, *Avis relatif à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil*, Bruxelles, Université Saint-Louis Bruxelles, 2018, p. 3.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 54.

de la responsabilité et de la circonstance que celui-ci n'a pas augmenté de manière significative le risque de survenance du dommage ». L'exposé des motifs confirme par ailleurs que la théorie de l'alternative légitime est une étape inhérente au test de la condition *sine qua non*, clôturant toute controverse sur ce point²⁸².

92. Finalement, même si l'avant-projet fait le vœu de ne pas modifier le régime existant relatif à la responsabilité civile des pouvoirs publics, la modification du régime de droit commun devrait toutefois l'affecter indirectement.

Conclusion

93. Certains auteurs sont d'avis que le régime de responsabilité des pouvoirs publics, tel qu'il a été progressivement élaboré par la Cour de cassation, est effectivement le régime de droit commun fondé sur la faute civile ; il se présente à l'identique, quelle que soit la fonction étatique exercée²⁸³.

À la suite de notre analyse, on ne peut toutefois s'empêcher d'isoler quelques caractéristiques qui dérogent – ou dérogeaient – au droit commun.

94. Ainsi, avant 1980 et particulièrement avant l'arrêt du 13 mai 1982 de la Cour de cassation, la *responsabilité civile des autorités administratives* ne pouvait être engagée qu'au regard de la première facette de la condition de la faute, à savoir celle de l'autorité normalement prudente et diligente.

Si, aujourd'hui, la condition de la faute s'applique sous ses deux facettes à l'autorité administrative, le débat se focalise essentiellement sur l'unité absolue ou relative entre une illégalité constatée par un arrêt d'annulation du Conseil d'État et la faute pour violation de règles constitutionnelles ou légales imposant à l'autorité de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée. Il s'agit, en réalité, de déterminer si le juge de la responsabilité doit – ou même peut – examiner le contenu normatif de la norme violée, comme il le ferait dans le régime de droit commun, ou s'il faut considérer qu'à travers le contrôle de légalité et de l'excès de pouvoir déjà exercé par le Conseil d'État, cette vérification a déjà eu lieu et lie le juge civil.

95. Dans le régime de la *responsabilité civile du législateur* également, la condition de faute ne pouvait être envisagée, jusqu'à peu, que sous sa première facette du législateur normalement prudent et diligent. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 avril 2015 admet désormais l'application de l'autre

²⁸² Exposé des motifs, p. 94. Voy. *supra*, chapitre 1, section 2.

²⁸³ R. ANDERSEN, « Introduction », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 25.

facette de la condition de la faute et approuve l'examen, par le juge de la responsabilité, du contenu normatif de la norme supralégislative violée, conformément à la théorie de l'unité relative entre illégalité et faute. Par ailleurs, il découle de l'article 142 de la Constitution que la mise en cause de la responsabilité du législateur pour violation de normes constitutionnelles échappe partiellement, d'une part, au juge civil qui doit obtenir un constat d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle avant de pouvoir examiner la condition de la faute, et, d'autre part, au justiciable qui devra se limiter à invoquer la violation des normes constitutionnelles du bloc de constitutionnalité.

96. Mais c'est dans le régime *de responsabilité civile de l'État-juge* que l'on observe le plus de dérogations au droit commun de la responsabilité. En effet, sa faute dans le cadre de fonctions juridictionnelles ne peut s'apprécier qu'à l'aune d'une seule face de l'élément objectif de la faute – la violation d'une norme générale de conduite. En outre, cette faute doit être caractérisée, la Cour constitutionnelle ayant érigé ce critère à l'égard des juridictions de dernier ressort, tandis que la pratique nous montre que la faute des juridictions non suprêmes est appréciée marginalement avec le même degré de sévérité. Enfin, la recevabilité de l'action en responsabilité dépend de l'anéantissement préalable des voies de recours.

97. Si effectivement, c'est bien le régime de la responsabilité extracontractuelle découlant des articles 1382 et 1383 du Code civil qui a été appliqué à l'État dans ses fonctions d'administrer, de réglementer, de juger et de légiférer, impliquant la réunion des conditions cumulatives de la faute, du dommage et du lien causal, l'application de ce régime implique des aménagements spécifiques à la qualité du défendeur en responsabilité.

Toutefois, l'on observe, comme P. Van Ommeslaghe²⁸⁴, une tendance au rapprochement des régimes de responsabilité civile des pouvoirs publics au droit commun ou, à tout le moins, de remise en cause des dérogations²⁸⁵.

Ce rapprochement s'illustre particulièrement à travers la définition de la faute, sous ses deux facettes, dans les régimes de responsabilité des pouvoirs publics et particulièrement dans les régimes de responsabilité civile des pouvoirs exécutif et, plus récemment, législatif.

98. En revanche, l'application d'un régime unique de responsabilité civile, applicable de manière uniforme tant aux personnes physiques qu'aux diffé-

²⁸⁴ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *op. cit.*, p. 8.

²⁸⁵ Voy. not. C.C., 19 juillet 2018, n° 106/2018, ainsi que les questions préjudicielles posées par le Tribunal de première instance de Liège, division Liège, dans un jugement du 13 octobre 2018, *M.B.*, 19 décembre 2018.

rentes branches des pouvoirs publics, reste difficilement imaginable à plusieurs égards.

Ainsi, l'hypothèse qu'un juge de la responsabilité puisse constater une faute dans le chef du législateur pour violation de la Constitution, mais sans disposer d'un constat d'inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle, n'est pas envisageable dans l'ordre juridique actuel. Le détour par la Place Royale reste donc indispensable.

De même, l'hypothèse qu'un juge de la responsabilité puisse constater une faute dans le chef d'une juridiction judiciaire agissant dans l'exercice de ses fonctions, mais sans que le jugement prétendument fautif soit revêtu de l'autorité de chose jugée est difficilement concevable, et ce, afin d'éviter que la mise en œuvre de la responsabilité de l'État ne soit qu'un moyen détourné de contester une décision de justice par d'autres voies de recours que celles prévues par la loi²⁸⁶.

Du reste, il faut espérer que la Cour constitutionnelle confirme prochainement si l'impératif de sécurité juridique et le caractère exceptionnel de la mission des juridictions de dernier ressort sont ou non suffisants pour restreindre l'exigence de faute caractérisée à ces seules juridictions.

99. Finalement, le choix des auteurs de l'avant-projet de loi relative à la responsabilité civile extracontractuelle de conserver le régime prétorien actuel de responsabilité des pouvoirs publics, dans le cadre d'une réforme ayant pour fers de lance la sécurité juridique et la compréhension du justiciable, confirme le caractère exceptionnel de ce régime, qui reste voué à évoluer encore au gré de la jurisprudence des juridictions suprêmes.

²⁸⁶ Sous réserve des exceptions susdéveloppées, voy. *supra*, chapitre 2.