

# L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL DE VOLONTÉ À LA RESCOUSSE DES VICTIMES DU SOFTENON

Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 février 2018

par

Elise DE SAINT MOULIN

Assistante au Centre de droit privé à l'UCLouvain

Avocate au barreau de Bruxelles

– BRUXELLES (18<sup>E</sup> CH. F.), 22 FEVRIER 2018

M. Salmon, H. Reghif et C. Verbruggen

Plaid. : Mes J.-P. Tieleman, N. Estienne et M. Grégoire

e.c. : P.D., A.F., J.H., J.P., J.R., P.W., B. P., D.V., B.C., S.D., M.O., C.V.T., A.S., D.B., P.C., B.D., F.P. contre l'État belge

**Contentieux administratif – Responsabilité du pouvoir exécutif – Obligation générale de prudence – Lien de causalité – Principe de précaution – Carence réglementaire**

**Lois, arrêtés et règlements – Engagement unilatéral de volonté – Exécution en nature – Gouvernement de plein exercice – Appréciation souveraine du juge du fond**

*Le devoir de prudence et de diligence commande que les pouvoirs publics – qui ont connaissance des constatations cliniques tirées de l'expérience sur l'humain – adoptent dans l'urgence les mesures leur permettant de refuser l'octroi d'autorisation et de suspendre ou retirer les autorisations accordées jusqu'à ce que puisse éventuellement être prouvée, sous le contrôle d'une instance qualifiée et indépendante, l'innocuité du produit. En l'espèce, ne disposant d'aucune information éclairée de la part des milieux scientifiques belges ou encore des autorités sanitaires d'autres pays, l'État belge n'a pas eu ou pu, par des moyens d'information raisonnablement appropriés, avoir connaissance des cas de névrites graves attribuables à la thalidomide. Pour apprécier si l'État belge a manqué à son devoir de prudence et de vigilance, il faut tenir compte de l'état des connaissances et vérifier quel eut été le comportement d'un gouvernement et d'un Ministre normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances.*

*À partir du moment où le gouvernement s'est engagé, alors qu'il a encore les pleins pouvoirs, à créer une fondation au profit des victimes de la thalidomide nées en Belgique et à soumettre à la*

*Chambre un projet d'attribution à cette fondation d'une somme de 5.000.000 €, cet engagement a conservé et conserve, depuis qu'il a été porté à la connaissance des appelants qui l'ont accepté, sa force obligatoire. La crise gouvernementale n'a pas eu pour effet de l'éteindre, pas plus qu'elle ne met fin aux conventions valablement conclues ou aux engagements internationaux valablement contractés avant sa survenance. L'exécution en nature de cet acte juridique unilatéral entraîne l'obligation pour l'État belge, représenté par la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, de présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi à insérer dans la prochaine loi budgétaire en vue de la constitution d'une fondation d'utilité privée destinée aux victimes de la thalidomide.*

\*  
\* \*

## ARRÊT (EXTRAIT)

### I. CADRE DU LITIGE

[...]

2. Le produit est mis sur le marché belge en 1959 par la S.A. Rodolphe COLES, sous l'appellation SOFTENON. Sa commercialisation se fait sur la base d'un brevet d'invention que la société Grünenthal obtient en Belgique dès le 24 novembre 1956. Les autorisations de commercialisation sont données à COLES les 13 février 1959 pour le SOFTENON et le SOFTENON forte, 23 février 1960 pour le SOFTENON suppositoire et 14 avril 1960 pour le SOFTENON sirop ; une autorisation est encore accordée le 17 mars 1961 pour une autre spécialité de SOFTENON avec thalidomide.

3. En Belgique, comme partout ailleurs, la notice du produit le présente comme un médicament extrêmement bien toléré et sans symptôme toxique en cas de surdosage extrême. Elle ne

contient aucune contre-indication pour les femmes enceintes et préconise même le SOFTENON pour les nourrissons et enfants anxieux et agités. Le médicament est utilisé par des femmes enceintes pour favoriser le sommeil mais également pour lutter contre les nausées (pièces 25 et 27 de Me Tieleman).

Chaque spécialité est en vente libre, sans tests ni contrôles préalables de l'État lors de la mise sur le marché de médicaments. Les pharmaciens sont responsables de vérifier la qualité du médicament.

4. [...] Le 27 novembre 1961, le fabricant Grünenthal est contraint d'annoncer le retrait du marché des médicaments contenant de la thalidomide et dans les premiers jours de décembre 1961, le retrait intervient simultanément en Allemagne de l'Ouest et dans un grand nombre de pays à l'initiative des distributeurs.

5. Selon les indications des parties, le 1<sup>er</sup> décembre 1961, l'importateur-distributeur COLES adresse une lettre aux pharmaciens du pays leur demandant de retirer de la vente et de lui renvoyer immédiatement les médicaments contenant de la thalidomide (pièce non produite). Cette invitation fait l'objet de rappels par une lettre circulaire du 26 février 1962 (non produite) et des communiqués (produits) des 13 mars et 30 avril 1962 dans les annales pharmaceutiques car, selon les parties, des pharmaciens poursuivent la vente au public.

6. Des parlementaires sont informés de l'alerte puisque l'un d'eux interpelle le Ministre de la Santé publique d'une question parlementaire dès décembre 1961 en demandant au Ministre d'indiquer les dispositions qu'il a prises et qu'il compte prendre (pièce 43 de Me Tieleman). Le Ministre de la Santé publique estimera suffisant le retrait volontaire des spécialités SOFTENON par COLES. Il révélera plus tard, lors d'une séance parlementaire du 16 mai 1962, que selon l'avis de son administration et le sien, il était préférable de ne pas alarmer le public et en particulier les femmes susceptibles d'être enceintes.

Néanmoins, si cette déclaration montre que le Ministre de la Santé publique préférerait ne pas alarmer l'opinion publique, elle fait également état des informations diffusées « par la grande presse » et les appelants ne donnent guère d'indication sur les réactions et divulgations de la presse belge au public (voir n° 44 ci-après).

7. À partir de juin 1962, après l'adoption d'un arrêté-royal du 12 juin 1962 (voy. *infra*, Le cadre légal et réglementaire), le Ministre de la Santé publique adopte des arrêtés ministériels successifs portant interdiction de vente provisoire pour trois mois mais malgré eux, selon un sénateur, « des

*pharmacies se fournissaient encore en SOFTENON au printemps 1963* » (Proposition de résolution du sénateur DESTEXHE de 2010 visant à faire reconnaître la responsabilité de l'État belge dans le drame du SOFTENON, pièce 9 du dossier de Me Estienne).

8. Une enquête est ordonnée et le Conseil Supérieur d'Hygiène, les Académies de Médecine et la Commission des Spécialités (devenue Commission des médicaments) sont chargés d'étudier les effets tératogènes de la thalidomide. Selon l'État belge, la Commission des médicaments rend son avis en séance de la Chambre des représentants du 21 novembre 1963 (pièce non produite).

En décembre 1963, un arrêté-royal d'interdiction totale et définitive de vente est adopté<sup>1</sup>.

[...]

11. Les appelants sont nés entre le 28 février 1960 et le 27 décembre 1962. Ils présentent tous, à des degrés divers, un handicap congénital caractérisé notamment par d'importantes malformations des membres ; ils sont reconnus victimes de la thalidomide soit par la fondation allemande, soit par des médecins et les pouvoirs publics belges ; la plupart d'entre eux bénéficient d'une rente versée par la fondation allemande et des allocations prévues par la sécurité sociale belge pour handicapés.

[...]

13. En Belgique, plusieurs victimes de la thalidomide se fédèrent au sein de l'ASBL Association des victimes belge du SOFTENON, constituée le 29 novembre 2009.

14. Deux propositions de résolution sont déposées à la Chambre des représentants par C. FONCK, les 13 janvier 2010 et 9 juillet 2014. Elles ont pour objectif, « *que l'État reconnaisse la situation spécifique des victimes de phocomélie due à la thalidomide en Belgique. Actuellement les personnes survivantes se sentent physiquement usées. Il semble qu'elles connaissent, tout comme d'autres personnes porteuses d'un handicap grave, un vieillissement prématuré. Par ailleurs, les premiers aidants proches sont le plus souvent les parents. Ceux-ci connaissent désormais les difficultés liées au troisième ou au quatrième âge et sont de moins en moins à même d'offrir leur aide précieuse à leur enfant porteur d'un handicap* [...] *En effet, les besoins des personnes atteintes de phocomélie iatrogène évoluent au fil de leur trajectoire de vie ; leur situation de personne handicapée vieillissante demande par conséquent une prise en charge appropriée et spécifique* ». Le 14 janvier 2010, le sénateur A. DESTEXHE

<sup>1</sup> La thalidomide est réintroduite sur le marché belge dans les années 1990 pour traiter certaines affections, sous prescription médicale exclusivement, la grossesse étant une contre-indication absolue au traitement par la thalidomide

dépose une proposition de « *résolution visant à faire reconnaître la responsabilité de l'État dans le drame du SOFTENON et visant à obtenir le dédommagement des victimes ainsi qu'un suivi médical adéquat pour celles-ci* ». Le 9 septembre suivant, les sénateurs N. LIJNEN et G. DE PADT proposent également au Sénat d'adopter une résolution. Ces deux propositions invoquent quant à elles la faute de l'État (pièces 9, 10 du dossier de Me Estienne et pièce 56 du dossier de Me Tieleman). Aucune suite ne leur a été donnée par le Sénat ou la Chambre.

15. Le pouvoir exécutif s'inquiètera, un temps, de la situation des victimes de la thalidomide.

Le 21 avril 2010, la Ministre de la Santé L. ONKELINX adresse au précédent conseil de certains appelants une lettre dans laquelle on peut lire ce qui suit :

*« J'ai le plaisir de vous communiquer la décision qui a été prise à mon initiative par le Conseil des Ministres à l'issue des négociations qui sont intervenues dans le cadre du récent contrôle budgétaire à propos des victimes de la thalidomide : un montant unique de 5.000.000 EUR est prévu au bénéfice des victimes de la thalidomide, montant qui sera pris en charge sur le budget des frais d'administration de l'INAMI et compensé à l'intérieur de l'objectif budgétaire global des soins de santé.*

*Cette somme sera attribuée à une fondation d'utilité privée dont l'objet social sera l'octroi d'une somme forfaitaire à chaque victime née en Belgique entre le 1er janvier 1958 et le 1er avril 1963, dont il sera démontré qu'elle souffre de malformations congénitales liées à la prise par la mère pendant la grossesse d'un des médicaments distribués en Belgique par la firme R. COLES, contenant de la thalidomide.*

*Il s'agit là du mandat qui m'a été confié par le Gouvernement, et j'entends bien entendu l'exécuter, en premier lieu en créant dans les plus brefs délais la base légale requise pour permettre le paiement par l'INAMI du montant de 5.000.000 EUR à la fondation à créer. Il s'agit d'une décision inespérée compte tenu du contexte budgétaire actuel, lequel est particulièrement difficile, et je suis heureuse d'avoir pu l'obtenir dans ces conditions ».*

Un communiqué de presse officiel du 22 mars 2010 annonce :

*« A la demande de Laurette Onkelinx, le Gouvernement a accepté de réserver un montant de 5 millions d'euros au bénéfice des victimes de la thalidomide, plus communément connue sous le terme SOFTENON.*

*Ce montant sera versé à une Fondation, encore à créer, qui sera chargée de répartir ce montant entre les personnes concernées.*

*Cette mesure, portée avec conviction par la Ministre, représente un geste important de soutien à ces personnes atteintes de malformations congénitales particulièrement handicapantes ».*

La Ministre prépare un avant-projet de texte à insérer dans le projet de loi-programme accompagnant le premier ajustement budgétaire 2010 qui fait l'objet de discussions entre cabinets.

Toutefois, par une lettre du 17 mai 2010, la Ministre de la Santé écrit au précédent conseil de certains appelants :

*« En raison de la crise gouvernementale qui a abouti à la chute du Gouvernement, le Conseil des Ministres n'a cependant et malheureusement pas eu le temps d'examiner ce projet, ainsi que les nombreux autres d'ailleurs. Depuis le 26 avril dernier, le Gouvernement fédéral est démissionnaire. Il ne peut prendre de nouvelles initiatives et est chargé par le Roi d'expédier les affaires courantes.*

*La décision appartiendra dès lors au prochain Gouvernement. J'espère toutefois que les étapes franchies ces derniers mois pourront servir de base à une future décision en faveur des victimes du SOFTENON. Et dans la mesure de mes facultés, il s'agira bien entendu d'une initiative qui bénéficiera de mon plein et entier soutien »* (voir les pièces 14, 15, 16, 17 et 18 du dossier de Me Estienne).

16. Le 15 décembre 2016, le site « <http://www.europarl.europa.eu> » révèle que le Parlement européen adopte la résolution 2016/3029/RSP sur le soutien aux survivants de la thalidomide :

[...]

#### V. DISCUSSION SUR LES DEMANDES FONDÉES SUR LA RESPONSABILITÉ AQUILIEUNE DE L'ÉTAT

##### V.1. Grievs des appelants liés à la mise en vente du produit sur le territoire national

27. Dans les causes 2012/AR/960 et 2012 AR/1372, les appelants font grief à l'État belge, sinon de n'avoir pas interdit purement et simplement la commercialisation du SOFTENON en Belgique, en tout cas de ne pas avoir subordonné sa commercialisation à la condition expresse que soit préalablement rapportée par le fabricant allemand de la thalidomide, et son distributeur belge, la preuve certaine que ce médicament serait sans danger s'il était pris pendant la grossesse.

De même, dans la cause 2012/AR/1297, les appelants reprochent à l'État belge d'avoir

autorisé l'importation et la vente en gros pour la fabrication, la préparation et le commerce en gros de médicaments « *sans le moindre contrôle et sans la moindre analyse préalable mais avec la seule assurance de la présence dans la firme d'un pharmacien d'industrie* ». Selon eux, au vu de l'insuffisance des tests réalisés et des risques de névrites qui étaient connus avant 1959, l'État belge aurait dû adopter une attitude aussi prudente que l'administration américaine et refuser que le SOFTENON soit commercialisé en Belgique.

En outre, tous les appelants reprochent à l'État belge d'avoir négligé « *de mettre en place et d'institutionnaliser, à une époque au surplus où explosait le nombre de médicaments, une Commission des Spécialités ou des Médicaments, peu importe sa dénomination, qui n'aurait pas pu ignorer, de un que la société GRÜNENTHAL avait déjà commercialisé d'autres médicaments dangereux pour la Santé, et de deux la menace que faisait peser, sur les femmes enceintes et les fœtus qu'elles portaient en elles, la thalidomide/SOFTENON* » et d'une manière générale, d'avoir négligé d'adopter une législation adéquate.

## V.2. Description du cadre législatif et réglementaire

28. Lors de l'octroi des autorisations de distribution et de dispensation des 13 février 1959, 23 février 1960, 14 avril 1960 et 17 mars 1961, sont applicables des lois du 19<sup>ème</sup> siècle, étant **la loi du 12 mars 1818** « réglant l'exercice des différentes branches de l'art de guérir », **la loi du 9 juillet 1858** « ayant pour objet l'introduction d'une nouvelle pharmacopée officielle », modifiée par une loi du **4 août 1890**. Il y a encore **la loi du 24 février 1921** mais elle concerne « le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques ».

Ces lois font peser sur le médecin la responsabilité de la prescription et sur le pharmacien, celle de la préparation et de la dispensation du médicament en l'obligeant à répondre de la qualité et de la conformité aux lois et règlements sur les médicaments.

Elles n'organisent aucune mesure de contrôle ou de test, par une instance officielle et indépendante, des substances médicamenteuses et ne prévoient pas de prescription médicale obligatoire ni de mesure concrète de suspension ou de retrait d'un médicament dont la toxicité serait révélée par son utilisation.

Cependant, l'article 4 de la loi du 4 août 1890 dispose que « *le Gouvernement pourra prescrire les mesures qu'il jugera utiles pour prévenir la*

*falsification des substances médicamenteuses ainsi que pour assurer la préparation, la mise en vente et le débit des médicaments de bonne qualité* » et sur la base de cette habilitation légale sont adoptés les arrêtés royaux dont question ci-après.

29. Sous l'angle réglementaire est en vigueur, lors de l'octroi des trois premières autorisations de vente en gros, **l'arrêté-royal 20 août 1955** « concernant la fabrication, la préparation et le commerce en gros des médicaments ».

Il prévoit déjà que la fabrication, la préparation et le commerce en gros de médicaments, ainsi que l'importation en vue de la vente en gros dans le pays, sont subordonnés à autorisation délivrée par le Ministre de la Santé publique et de la Famille, l'autorisation étant également requise dans le chef des pharmaciens pour la fabrication, la préparation ou le commerce en gros de médicaments sous forme pharmaceutiques, à l'exclusion des préparations réalisées par le pharmacien d'office vendues au détail et sans publicité.

Il crée une commission consultative.

Enfin, il autorise le Ministre à suspendre, voire retirer l'autorisation si une des conditions déterminées par lui n'est pas remplie (voy. *infra*) et il prévoit que les détenteurs d'une autorisation doivent confier à un pharmacien d'industrie la surveillance effective de la fabrication des médicaments et le contrôle de leur conformité aux lois et règlements sur les médicaments.

Lors de l'octroi de la dernière autorisation, en mars 1961, est en vigueur **l'arrêté-royal du 6 juin 1960** « *relatif à la fabrication, à la préparation et à la distribution en gros de médicaments et à leur dispensation* ». Il abroge le précédent, définit la notion de « médicaments » et soumet à nouveau à une autorisation du Ministre (i) la fabrication, la préparation, l'importation des médicaments ainsi que (ii) le commerce et la distribution en gros de médicaments et fixe les conditions pour les obtenir.

Il prévoit que toute demande d'autorisation fait l'objet d'une enquête et d'un rapport par un fonctionnaire pharmacien appartenant à l'inspection des pharmacies qui communique ses conclusions au Ministre. Si les conclusions tendent au rejet le Ministre soumet le dossier à l'avis d'une commission consultative à la requête du demandeur, le Ministre n'étant pas lié par l'avis de la commission.

Il exige un contrôle, préalable à la vente, de conformité des médicaments aux lois et règlements sur les médicaments par le pharmacien d'industrie et que toute spécialité pharmaceutique soit *enregistrée* au ministère de la Santé publique,

mais cet enregistrement ne vaut pas reconnaissance de la conformité du produit « aux lois et règlements sur les médicaments ».

Il institue la Commission des spécialités et dispose en son article 37 que « *Sur avis conforme de la commission des spécialités, le Ministre de la santé publique et de la famille interdit la vente des spécialités pharmaceutiques nocives pour la santé ou dénuées d'efficacité thérapeutique. [...] La commission ne donne son avis qu'à la demande du Ministre* ».

Avant la survenance de la crise de la thalidomide, il est rapporté que cette commission ne s'est pas encore réunie (voir J. Paulus et J. Rozet, « Le procès de la thalidomide », édition Gallimard, année non précisée, pièce 25 de l'État belge).

30. Après la survenance de la crise de la thalidomide, le Roi prend, *toujours en vertu de l'habilitation légale précitée* (voy. *infra*), **l'arrêté-royal du 12 juin 1962** « modifiant l'arrêté-royal du 6 juin 1960 relatif à la fabrication, à la préparation et à la distribution en gros des médicaments et à leur dispensation ».

Cet arrêté confère au Ministre de la Santé publique le pouvoir de soumettre la dispensation d'une spécialité pharmaceutique *susceptible* d'être nocive pour la santé à une prescription médicale, d'en interdire la vente pour une période de trois mois ou définitivement, sur avis de la Commission des spécialités.

À partir du 14 juin 1962, le Ministre de la Santé publique prend des arrêtés ministériels qui suspendent pour des périodes successives de trois mois la vente des médicaments SOFTENON jusqu'à leur interdiction définitive par un arrêté ministériel du 12 décembre 1963<sup>2</sup>.

Ensuite, **un arrêté-royal du 22 novembre 1962** oblige le demandeur d'un enregistrement pour un nouveau médicament à indiquer les essais effectués et les méthodes utilisées.

**Enfin, le 25 mars 1964** est adoptée la loi « sur les médicaments » qui confie au Roi et au Ministre de la Santé publique la compétence d'interdire la vente d'un médicament sur avis *conforme* des autorités scientifiques reconnues et celui de la suspendre temporairement, qui rend la prescription médicale obligatoire pour la délivrance de tout nouveau médicament, jusqu'à la levée de cette restriction par le Roi, et permet aux autorités scientifiques désignées par le Roi de donner d'initiative leur avis sur les effets d'un médicament qu'elles considèrent comme nocif ou inefficace, en vue

de son interdiction (Pasinomie, 1964, p. 385 et suivantes)<sup>3</sup>.

On notera encore que le 27 avril 1962, la sous-Commission « Produits pharmaceutiques du Benelux » admet comme base de discussion, l'établissement d'une directive Benelux visant à instaurer la prescription médicale pour les substances dangereuses, renouvelable ou non renouvelable selon la dangerosité du produit (Annales parlementaires, Chambre des représentants, 16 mai 1962, page 18, pièce 10 de l'État belge).

### V.3. Examen des griefs

#### Fautes lors de la délivrance des autorisations

31. Les appelants reprochent à l'État belge d'avoir permis l'octroi d'autorisation d'importation et de vente des spécialités pharmaceutiques litigieuses, sans aucune vérification et sans certitude quant à leur innocuité, en particulier en cas de grossesse avant la mise en vente, et de n'avoir pas veillé, avant que survienne la crise, à se doter d'un système de pharmaco-vigilance « *digne d'un État moderne et civilisé* » en particulier par la création d'une commission des spécialités appelée à émettre un avis préalable sur la toxicité éventuelle de toute nouvelle substance médicamenteuse.

De l'avis de la cour, ces griefs mettent en cause la responsabilité du pouvoir exécutif. En effet :

- ainsi qu'on l'a vu, l'article 4 de la loi du 4 août 1890 conférerait au Gouvernement le pouvoir de prescrire les mesures qu'il jugerait utile pour « *prévenir la falsification des substances médicamenteuses ainsi que pour assurer la préparation, la mise en vente et le débit des médicaments de bonne qualité* » ;
- le gouvernement usera de cette compétence pour adopter les arrêtés royaux de 1955, 1960 et encore celui de juin 1962 précités ;
- par un arrêt du 21 juin 1957, la section d'annulation du Conseil d'État, saisie d'un recours en annulation contre l'arrêté-royal du 20 août 1955 précité, au motif notamment qu'il manquerait de fondement légal, le rejette (arrêt n° 5717, Bulletin des arrêts du Conseil d'État, 1957, p. 393 et suivantes). Le Conseil d'État décide que l'article 4 de la loi du 4 août 1890 habilite le Gouvernement à limiter la liberté du commerce et de l'industrie, s'applique à tous les médicaments et charge le Gouvernement « *de prescrire les mesures qu'il jugera utiles* », « *termes généraux dont la portée n'est limitée ni par une autre loi, ni par les*

<sup>2</sup> On notera toutefois que depuis, la prescription du médicament est à nouveau autorisée pour soigner des pathologies particulières et très contrôlées pour lesquelles son efficacité est démontrée.

<sup>3</sup> De nombreuses modifications législatives et réglementaires sont intervenues depuis lors.



*travaux préparatoires, qui impliquent pour le Roi, la possibilité de prendre des mesures préventives, telle l'autorisation préalable, aussi bien que des mesures de contrôle et de répression » ;*

- le Conseil d'État donne ainsi raison au Gouvernement qui estime pouvoir limiter la liberté du commerce et de l'industrie des fabricants et grossistes de médicaments et défend la légalité de l'arrêté-royal susdit ;
- on notera encore que dans le même arrêt, le Conseil d'État rejette la critique des requérants selon laquelle l'arrêté de 1955 serait illégal en ce que son article 20 donne au Ministre le pouvoir de suspendre et même de retirer l'autorisation car *« le droit d'accorder une autorisation comporte le droit de la retirer, si les conditions de l'autorisation n'existent plus et si les formes, dans lesquelles cette autorisation peut être retirée, ont été respectées ; [que] cette suspension ou ce retrait ne constituent pas une sanction pénale »*.

On voit donc que le Gouvernement n'a pas attendu la loi du 25 mars 1964 précitée pour se reconnaître le droit de prendre d'une part, des dispositions réglementaires à caractère général et d'autre part, des décisions ministérielles de suspension et de retrait et qu'il y avait conforté par le Conseil d'État.

On voit aussi que, tout en prétendant ne pas disposer de ces compétences lorsque survient la crise, le Gouvernement se décide tout de même en juin 1962 à fixer un nouveau cadre réglementaire et le Ministre à suspendre provisoirement la vente des spécialités SOFTENON litigieuses.

Dès lors, plutôt que de carences législatives, s'agit-il de vérifier si des carences réglementaires peuvent être imputées au Roi ou si le Ministre de la Santé publique a failli seul dans l'exercice de sa compétence d'autorisation et son pouvoir de retrait d'autorisation.

32. Pour apprécier l'action gouvernementale et ministérielle dans le cadre du présent litige et vérifier si éventuellement l'État belge a manqué à son devoir de prudence et de vigilance, il faut se replacer dans les circonstances qui les entouraient, tenir compte de l'état des connaissances et vérifier quel eut été le comportement d'un gouvernement et d'un Ministre normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances.

33. Il n'est pas contestable que, lors de la délivrance des autorisations litigieuses et encore plus tard, les tests auxquels les médicaments sont soumis par le fabricant sont à ce point peu fiables et pertinents que le monde médical ne s'y arrête guère. Sont également exactes les objections de

l'État belge selon lesquelles, à l'époque, l'étude des effets tératogènes des substances médicalementes est balbutiante et incomplet l'état des connaissances sur l'évolution du fœtus pendant la gestation et la protection que peut offrir – ou non – la barrière placentaire. Ainsi, en l'espèce les tests du fabricant ne révéleront aucune contre-indication mais ils ne seront pratiqués que sur des rats et rates gravides et sur des humains non gravides.

34. [...] Ce ne sera d'ailleurs que le 28 avril 1962 que l'effet tératogène de la thalidomide sur le fœtus est scientifiquement confirmé par des tests de laboratoire lors de la reproduction de lapines néo-zélandaises blanches dont les petits naissent difformes. Ce test n'explique cependant pas encore pourquoi certaines femmes enceintes qui ont absorbé de la thalidomide n'ont pas mis au monde des enfants atteints et il ne révèle donc pas que la thalidomide ne présente un caractère tératogène que lorsque la substance est ingérée par la mère entre les 34<sup>ème</sup> et 50<sup>ème</sup> jours suivant les dernières menstruations (et donc au début de la grossesse). Par ailleurs, on ne sait pas pourquoi les résultats diffèrent des tests sur les rates gravides.

[...]

Dans une résolution du 23 mai 1962, l'OMS *« admet qu'une coopération internationale doit permettre de résoudre un problème mondial, à savoir l'insuffisance des essais cliniques, entraînant des déficiences dans les mesures actuelles de contrôle de l'innocuité des préparations pharmaceutiques »* [...]

Dans un rapport de 1967 *« Principes applicables à la recherche des effets tératogènes éventuels des médicaments »*, l'OMS recommande *« étant donné, d'une part, les lacunes que présentent nos connaissances sur les processus fondamentaux du développement embryonnaire et fœtal et sur les mécanismes d'action des médicaments tératogènes, de l'autre, la nécessité d'avoir des critères et des méthodes d'épreuve internationalement acceptables »*, *« d'organiser à l'échelle internationale des programmes à long terme de recherches multidisciplinaires »* et d'accorder une place de choix aux études tératologiques sur les primates en surveillant de *« très près les médicaments pendant plusieurs années après leur introduction dans la pratique médicale »*, car les épreuves sur l'animal ne donnant pas de certitude *« absolue quant à l'absence d'effets tératogènes éventuels d'un médicament »* chez l'humain (pièce 15 de l'État belge).

35. On ne peut donc, au vu des circonstances et connaissances de l'époque, reprocher à l'État belge de n'avoir pas exigé du fabricant des tests complémentaires ou de n'avoir pas soumis les

produits aux tests d'un organe indépendant, que ce soit par un texte législatif ou réglementaire. En outre, l'eusse-t-il fait, il n'est nullement établi que le SOFTENON aurait révélé ses propriétés tératogènes lors de nouveaux tests et n'aurait pas été autorisé.

36. Cependant, les appelants insistent sur les effets toxiques de la thalidomide que révèlent dès l'année 1958 *des observations cliniques* de médecins et chercheurs *sur des patients traités au thalidomide*.

Ainsi, en janvier 1958, le chef de clinique James MURDOCH, à l'Université d'Edimbourg, et le chercheur G.D. Campbell publient une étude dans le *British Medical Journal*, qui signale des résultats obtenus, il apparaît que la thalidomide, « *exerce une légère mais certaine activité antithyroïdienne quand il est donné en doses de 200 mg ou plus. Actuellement, le mode de son action est inconnu. Entretemps donc, il apparaît injustifié d'utiliser le médicament comme sédatif ou thérapie hypnotique à long terme, dans l'attente des résultats d'études plus détaillées sur ses effets à long terme auprès d'un plus grand nombre de patients, en particulier ceux souffrant d'hyperthyroïdie légère ou modérément sévère* » (traduction libre en page 6 des conclusions de Me Estienne, et pièce 31 de Me Estienne).

J. JANICKI, docteur en histoire des sciences de l'EHESS en France, relate encore :

« *En septembre 1959, l'utilisation du Contergan fut arrêtée à l'hôpital d'Hellersen après que de sévères réactions allergiques sous la forme d'hémorragies locales de la peau ont été notées. Les médecins de ce centre alarmèrent la Grünenthal le 12 octobre 1959. Pharmakolor AG, le partenaire de (Grünenthal) à Bâle fournit un rapport sur la situation en Suisse le 27 août 1959 : vingt chercheurs connus nous ont informés qu'ils ont eux-mêmes ou les patients qu'ils suivent souffert d'effets négatifs sévères notamment le matin après l'absorption du Contergan Forte, sous la forme d'une extrême fatigue, d'agitations des mains...* » (date soulignée par la cour). Mais « *ils demeurèrent isolés et ne pesèrent pas face aux nombreux rapports positifs. Jusqu'au jour où, un très sérieux neurologue de Düsseldorf, le Docteur Ralf Voss, observa un cas de névrite qu'il imputa incontestablement au Contergan. Il fit savoir dans le milieu scientifique que désormais il saurait gré aux médecins de lui faire connaître les cas de névrites. [...] les auteurs de l'ouvrage The power of the drug companies attestent que dès le 26 août 1958, le Docteur Kreideweiss rapporta des désordres causés par le Contergan. La multiplication des cas de polynévrite devint*

*inquiétante* » (J. JANICKI, *Le drame de la thalidomide*, Editions L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 28-29 ; pièce 26 de Me Tieleman ; passages mis en évidence par la cour).

37. À cause de ces cas de névrites suffisamment inquiétants, le Docteur Frances KELSEY, chargée par la Food and Drug Administration américaine d'examiner la demande de commercialisation du KEVADON par un importateur, s'y oppose. Selon un rapport établi en 1989 par l'association des Amputés de Guerre du Canada, la doctoresse émet l'avis que : « *la demande telle qu'elle se présente actuellement ne suffit absolument plus pour établir l'innocuité des comprimés de Kevadon sous l'étiquetage des conditionnements proposés. En particulier, la demande ne comprend ni des rapports complets sur des études adéquates chez l'animal ni suffisamment étendus, ni d'études cliniques complètes et appropriées pour permettre une évaluation des effets toxiques du médicament, tels qu'ils se manifestèrent dans des rapports de cas de névrite périphérique. D'après les données actuelles, nous ne pouvons pas considérer les comprimés de Kevadon comme inoffensifs, dans le sens que leur utilité comme somnifère sédatif l'emporte sur les effets toxiques révélés par des cas de névrite périphérique. Des observations détaillées, avec des études adéquates de contrôle ultérieur, seront exigées pour déterminer si l'affection est réversible [...]. Nous avons pris des notes opportunes du fait que vous soutenez qu'il n'a pas été prouvé que les comprimés de Kevadon causent actuellement une névrite périphérique, et du fait que l'étiquetage des conditionnements du médicament, [...], néglige une franche révélation quant à la constatation de la névrite périphérique causée par ce médicament. Dans la considération d'une demande pour une nouvelle drogue, la charge de la preuve que la drogue cause des effets secondaires n'incombe pas à cette administration. La charge de la preuve que la drogue est inoffensive – qui doit comprendre des études adéquates sur toutes les manifestations de toxicité que suggère l'expérience médicale ou clinique – incombe au demandeur. À ce propos, nous sommes très inquiets qu'apparemment le témoignage quant à l'occurrence de névrite périphérique en Angleterre vous était connu, mais n'a pas été franchement exposé dans la demande* » (pièce 29 du dossier produit par Me Estienne, pages 22 et 23 du rapport et traduction libre en pages 39 et 40 de ses conclusions; passage mis en exergue par la cour)<sup>4</sup>.

Même si, à la fin des années 50', le « *principe de précaution* » n'est pas reçu dans le droit positif

<sup>4</sup> Cet avis est émis le 10 novembre 1960 sur une demande formée le 12 septembre 1960 et abandonnée en 1962.

comme il l'est actuellement, le devoir de prudence et de diligence commande déjà que les pouvoirs publics – *qui ont connaissance des constatations cliniques tirées de l'expérience sur l'humain* (voy. *infra*) – adoptent dans l'urgence les mesures leur permettant de refuser l'octroi d'autorisation et de suspendre ou retirer les autorisations accordées jusqu'à ce que puisse éventuellement être prouvée, sous le contrôle d'une instance qualifiée et indépendante, l'innocuité du produit.

C'est ainsi que dès octobre 1961, le Ministre de l'Intérieur de Düsseldorf décide d'interdire la vente du KEVADON dans sa région pour y avoir été personnellement incité par le docteur LENZ (voy. *infra*).

L'Académie royale de médecine de Belgique ne pense pas autrement en 1958. Le Bulletin de l'Académie royale de Médecine de 1958 rapporte que la commission composée en son sein, chargée d'examiner les mesures à prendre pour prévenir la vente de médicaments particulièrement toxiques, s'émue de la vente de produits analgésiques *ou autres* par les firmes pharmaceutiques s'adressant directement au corps médical, « *sans que leurs propriétés pharmacodynamiques et thérapeutiques aient été vérifiées en Belgique, et sans que leur caractère non toxicomanogène n'ait été prouvé de manière évidente. Dès lors, on s'aperçoit après plusieurs mois d'utilisation clinique, que ces nouvelles drogues analgésiques présentent le danger de l'accoutumance et qu'il y a lieu de prendre à leur égard des mesures sévères de contrôle [...]. Présentement, vu le développement de la psychopharmacologie, les mêmes problèmes peuvent se poser à l'égard de drogues non analgésiques et qui, par leurs effets euphorisants, tranquillisants ou neuroleptiques sont susceptibles d'être consommées avec ou sans avis médical sur une très grande échelle par des personnes non averties* ». Après discussion, la commission « *est d'avis que les Pouvoirs publics et en particulier le Ministre de la Santé Publique doivent être informés de cet état de choses afin qu'il mette à l'étude les dispositions légales propres à empêcher la diffusion de substances médicamenteuses **nouvelles dont l'emploi en médecine humaine ne devrait être autorisé qu'après une étude préalable effectuée par des commissions compétentes*** » et propose à l'Académie d'attirer l'attention du Ministre sur la « *nécessité de prendre dans un bref avenir toutes les mesures utiles à prévenir le lancement sur le marché de médicaments pouvant, par un emploi non contrôlé médicalement, nuire à la santé publique* » (passage mis en exergue par la cour ; voir pages 660 et 661 du Bulletin, pièce 41 du dossier de Me Estienne).

38. L'attitude du docteur KELSEY correspond à celle d'une autorité sanitaire normalement prudente et diligente face à *un risque grave et avéré par des cas cliniques dont elle a connaissance*. Il en va de même lorsqu'en octobre 1961, le Ministre de l'Intérieur à Düsseldorf décide d'interdire immédiatement la vente des spécialités en cause sur son territoire. Cependant, ce Ministre est personnellement informé des risques tératogènes que soupçonne le docteur LENZ.

39. Il faut donc rechercher si les pouvoirs publics belges ont eu ou pu, par des moyens d'information raisonnablement appropriés, avoir connaissance, comme le docteur KELSEY et le Ministre de l'Intérieur précité, des cas de névrites graves attribuées au thalidomide dès l'année 1958.

Selon les appelants, ces cas sont renseignés dans des revues médicales de renommée mondiale que suivent tous les milieux universitaires et médecins spécialistes. Les pouvoirs publics sont, selon eux, nécessairement en mesure d'en avoir connaissance.

Cependant :

- des publications scientifiques sur des cas alarmants de névrites ne sont pas produits ;
- il ne ressort pas des pièces soumises à la cour que les universités et médecins spécialistes établis en Belgique ont eu connaissance de ces cas, qu'ils les auraient étudiés, ni surtout, qu'ils en ont informé le Ministre de la Santé publique et relayé auprès de lui les constatations de leurs confrères étrangers.

Ne disposant, au vu des pièces soumises à la cour, d'aucune information éclairée de la part des milieux scientifiques belges ou encore des autorités sanitaires d'autres pays, et bien évidemment de la part des cliniciens et chercheurs installés à l'étranger –, l'État belge n'est pas en mesure de tenir compte des névrites graves qui alertèrent le docteur KELSEY, que ce soit avant la délivrance des autorisations litigieuses ou par la suite, avant que n'éclate la crise du SOFTENON fin 1961.

40. Ni le pouvoir exécutif, ni le législateur (que les appelants mettent également en cause) ne peuvent être tenus responsables des déficiences de cette information. En effet, le 23 mai 1962, l'OMS émet une résolution qui atteste qu'à l'époque l'information ne transite pas entre les autorités sanitaires des États. Il prie notamment « *le Conseil exécutif et le directeur général d'étudier s'il est possible ou non pour l'OMS d'assurer l'échange régulier de renseignements sur l'innocuité et l'efficacité des préparations pharmaceutiques et en particulier une prompt transmission aux autorités sanitaires nationales, des renseignements nouveaux sur les effets secondaires graves des*

*préparations pharmaceutiques* » (Annales parlementaires, Chambre des représentants, 1962-1963, séance du 9 mai 1962, pièce 10 de l'État belge).

En 1962, le Ministre belge de la Santé publique prend l'initiative de soumettre aux autorités sanitaires des pays du Benelux, d'Allemagne, de France, de la Grande Bretagne et d'Italie la question de l'information médicale et pharmaceutique ; le 16 novembre 1962 tous les pays ont répondu, sauf l'Allemagne (*ibid.*).

Selon les mêmes documents parlementaires, la Commission scientifique et technique de la conférence des parlementaires de l'OTAN rédige une recommandation en vue d'un contrôle européen de l'innocuité des médicaments par l'échange d'informations sur l'organisation des contrôles nationaux et sur les résultats des analyses de laboratoires (*ibid.* ; recommandation non produite).

41. Certes, les appelants suggèrent qu'ils n'auraient pas été atteints si la Commission des spécialités avait été créée plus tôt et chargée d'examiner le produit, avant l'octroi des autorisations délivrées à l'importateur belge COLES. Cependant :

- ce n'est qu'en 1958 que l'Académie royale de médecine s'élève de la vente libre de substances inconnues et en appelle à la création de commissions compétentes. Il n'est pas démontré que le Roi aurait accusé un retard manifeste lorsqu'il a institué la Commission des spécialités par l'arrêté-royal du 6 juin 1960 précité ;
- hormis la Food & Drug Administration américaine, la cour n'est pas informée de l'existence à l'époque de commissions sanitaires spécialisées dans d'autres pays disposant de pouvoirs comparables ;
- en France, malgré des formalités administratives plus exigeantes, les spécialités pharmaceutiques comportant de la thalidomide ont obtenu le visa requis en décembre 1961 ;
- la loi luxembourgeoise du 23 mai 1958 « portant réglementation générale de la vente, du débit et de la publicité des spécialités pharmaceutiques dans le Grand-Duché de Luxembourg » (i) crée un poste de pharmacien inspecteur, auprès du Ministre de la Santé publique et (ii) institue une commission pour donner un avis sur les demandes d'autorisation et les propositions de retrait, mais l'on ne sait si elle a fait obstacle à la vente du produit au Grand-Duché ou si aucune demande d'importation n'y a été formée (pièce 40 de Me Estienne) ;
- avant l'année 1960, et donc après la délivrance des autorisations litigieuses et la mise en vente du SOFTENON, les pièces produites

ne témoignent pas de substances médicamenteuses aux effets tératogènes reconnus (sauf une exception). J. JANICKI relate en effet « *Quelques temps avant l'affaire, des produits pharmaceutiques avaient été montrés parce qu'ils engendraient des monstres. On citera l'aminoptérie (en 1960) qui aux USA était un abortif et qui, si l'avortement n'était pas obtenu, donnait toujours naissance à un enfant malformé, le Busulfan (en 1960), la cortisone (en 1960), les doses massives de quinine (en 1957) ou le tolbutamide (en 1960)* » (*op. cit.* p. 43, pièce 26 du dossier de Me Tieleman).

42. Enfin, la cour a déjà relevé l'inexistence des transferts d'informations sanitaires entre les États, l'apparente ignorance par les milieux scientifiques belges des constatations des cliniciens étrangers sur les cas de névrites et l'insuffisance technique des tests réalisés à l'époque.

Il ne peut, dans ces conditions, être considéré qu'une commission aurait nécessairement permis d'éviter la vente du SOFTENON sur le territoire national.

#### *Tardivité des réactions*

43. J. JANICKI déjà cité mentionne une publication du 16 septembre 1961 du docteur Wiedeman dans le Journal of the American Medical Association, (27 cas de phocomélie qu'il impute à un « nouveau médicament » sur le marché), une dépêche « courte » du 25 octobre 1961 envoyée à travers le monde par une agence de presse internationale (qui annonce la décision du ministère de l'Intérieur de la région de Düsseldorf de supprimer l'autorisation de vente de la thalidomide parce qu'il a des soupçons quant à son action tératogène) et un petit article du 26 octobre dans un quotidien allemand signé de la main d'un médecin informant les lecteurs des doutes du docteur Lenz sur la possible action néfaste d'un médicament qui provoquerait des malformations. J. JANICKI ajoute que, c'est sans doute aux alentours du 15 novembre 1961 que le docteur Lenz informe le fabricant des dangers de la thalidomide et ses confrères lors d'un colloque du 18 novembre 1961 à Düsseldorf.

Cependant, J. JANICKI déplore qu'« *À cette époque, ni la presse quotidienne et généraliste d'Allemagne, ni la presse médicale ne parlaient de cette catastrophe* » et il constate que « *les journaux français et anglais ne réagirent pas tandis que les quotidiens allemands informaient la population de l'importance de ne plus consommer la thalidomide* ».

44. Le 28 novembre 1961, le fabricant annonce le retrait des produits. Dans une note dont le

Ministre de la Santé publique donne lecture aux parlementaires le 16 mai 1962, le directeur général de l'Hygiène publique déclare avoir eu connaissance du problème posé par le retrait des produits à base de thalidomide, « *au début du mois de décembre 1961, lorsqu'il revient à son administration que COLES a décidé de suspendre la vente des produits SOFTENON (etc..). Au même moment, l'administration a eu connaissance d'une circulaire (de COLES) du 1<sup>er</sup> décembre 1961 adressée à tous les pharmaciens et grossistes du pays demandant le retrait immédiat et le retour à la firme productrice de ces produits contre remboursement. À ce moment, mon administration n'était en possession que d'informations parues dans la grande presse et ce n'est que quelques jours plus tard qu'une communication des autorités fédérales allemandes, adressée aux pays de l'Union d'Europe occidentale confirmait qu'une commission chargée par le Ministre de l'Intérieur du Nord Rhein et de Westphalie de faire enquête et avait estimé "que les arguments qui permettaient de suspecter la relation entre certaines malformations congénitales et l'application de ce médicament [...] étaient suffisamment étayés pour que le retrait de ce médicament soit jugé adéquat, d'autres facteurs n'étant toutefois pas exclus".* »

*En l'absence d'autres informations et compte tenu des décisions prises par la firme belge de retirer immédiatement ces produits du marché, décision confirmée d'ailleurs par une lettre du 10 janvier 1962, mes services n'ont pas estimé nécessaire de prendre d'autres mesures sur le plan général et se sont bornés à ne pas donner suite à une demande d'enregistrement de ces produits »* (Annales parlementaires, Chambre des représentants, 1961-1962, séance du 16 mai 1962, pièce 10 de l'État belge).

Plus loin le directeur ajoute « *En ce qui concerne le fond du problème lui-même, les informations que possèdent mes services proviennent essentiellement de la grande presse quotidienne. Les publications scientifiques à ce sujet sont extrêmement peu explicites* ».

45. Il ne peut être considéré que pendant les premières semaines qui suivent l'éclatement du scandale fin novembre 1961 le Gouvernement et le Ministre se rendent coupables d'une carence fautive en n'adoptant pas un arrêté-royal ou un arrêté-ministériel pour interdire la vente des spécialités en cause, comme le feront plus tard les arrêtés ministériels du 14 juin 1962 et suivants.

En effet, dès le 1<sup>er</sup> décembre 1961, l'importateur belge COLES rappelle les spécialités en cause auprès de tous les pharmaciens et grossistes et ceux-ci exposent leur responsabilité personnelle

en ne s'y conformant pas ; les autorités publiques peuvent légitimement s'attendre à ce que des pharmaciens, soucieux de la santé de leurs clients, s'y conforment et ne persistent pas à écouler des produits suspectés gravement toxiques. Au demeurant, s'il semble que certains pharmaciens faillirent gravement à leurs obligations professionnelles, la cour n'en connaît pas le nombre et sans doute ne s'agit-il que d'une petite minorité si l'on en juge par le nombre d'appelants conçus au cours de l'année 1962.

46. Par contre, lorsqu'en février 1962, et ensuite en mars et avril (!), le Ministre de la Santé publique constate que COLES doit éditer de nouveaux avis pour rappeler les spécialités SOFTENON auprès des pharmaciens, ce qui indique nécessairement que des médicaments demeurent en circulation, son attentisme cesse d'être admissible.

47. Lors de la séance parlementaire déjà évoquée du 16 mai 1962, l'État belge tente certes de justifier l'attentisme dans lequel il se maintient encore pour interdire provisoirement la vente du SOFTENON, par le manque de constatations officielles ; l'impossibilité d'établir si, en Belgique, le nombre de malformations congénitales a augmenté ; l'absence de connaissance de la morbidité de la population ; le fait qu'une enquête réalisée dans les principales maternités en Belgique révélerait que les anomalies particulières qu'on attache à l'utilisation du SOFTENON sont « *pratiquement inexistantes dans un très grand nombre de maternités* » ; le fait que la commission créée en Allemagne n'a pas encore terminé ses travaux et qu'il est prématuré de tirer actuellement des conclusions scientifiques sur l'activité génocide du médicament et encore, l'absence d'augmentation de malformations congénitales en Flandre selon une étude statistique. Enfin, il invoque l'absence d'injonction des autorités allemandes et hollandaises.

Actuellement, l'État belge objecte que les effets tératogènes ne seront scientifiquement démontrés *avec certitude* que fin avril 1962 avec le test sur les lapines blanches et l'absence prétendue de pouvoir réglementaire à défaut d'habilitation légale (sur ce point, la cour renvoie aux numéros 29 et suivants du présent arrêt).

48. Cependant, l'exigence d'une certitude scientifique est excessive tout comme n'étaient pas pertinentes les raisons invoquées le 16 mai 1962.

Sous le point 45 qui précède, la cour estime que l'attitude du docteur KELSEY correspond à celle d'une autorité sanitaire normalement prudente et diligente face à un risque grave et avéré de toxicité.

L'arrêté-royal du 12 juin 1962 reconnaît également, peu de temps après la séance du 16 mai 1962 précitée, qu'il suffit d'un soupçon sérieux. En effet, il confère au Ministre de la Santé publique le pouvoir de soumettre la dispensation d'une spécialité pharmaceutique **susceptible** d'être nocive pour la santé à une prescription médicale et d'en interdire la vente pour une période de trois mois ou définitivement, sur avis de la Commission des spécialités. Il n'exige pas une certitude scientifique.

Dès lors que :

- des médecins ont signalé en Allemagne mais également à Sidney un taux beaucoup plus élevé d'enfants atteints de malformation ;
- ces médecins sont déjà capables d'en attribuer la cause à une substance même s'ils ne peuvent pas encore expliquer son mode d'action ;
- le fabricant Grünenthal et tous ses importateurs décident, dès le 1<sup>er</sup> décembre 1961, de rappeler les spécialités contenant de la thalidomide de la vente – **sans attendre les conclusions scientifiques** ;

et qu'il s'avère, fin février 1962 que, nonobstant ces rappels, des pharmaciens continuent d'écouler des médicaments, COLES étant obligé de diffuser une nouvelle circulaire le 26 février 1962, l'obligation de prudence commande au gouvernement, lors de cette publication de février 1962 de prendre les mesures réglementaires requises pour interdire, dans l'urgence et sous peine de sanctions, la vente des spécialités SOFTENON par grossistes et pharmaciens.

Il ne peut certainement pas se satisfaire de l'affirmation que « *les anomalies sont pratiquement inexistantes* » dans « *un très grande nombre de maternités* » en faisant fi des autres cas.

Il en est d'autant plus ainsi que lors de la séance du 16 mai 1962, le Ministre déclare aux parlementaires : « *il aurait été impossible à l'inspection générale des pharmacies d'exercer chez les grossistes ou les pharmaciens, qu'elle savait informés, des vérifications ou des contrôles quant à la persistance d'un produit* ».

#### *Conséquences dommageables de cette faute*

49. Fin février 1962, tous les appelants sont déjà nés ou en gestation depuis plusieurs mois (et donc déjà atteints), sauf l'appelante C. née fin décembre 1962. La carence fautive du gouvernement ci-dessus constatée n'a donc pas d'incidence sur les anomalies dont ils sont alors déjà victimes.

50. Pour sa part, l'appelante C. n'établit pas que sa mère a acquis le SOFTENON en mars 1962 et non avant. Les différentes spécialités SOFTENON sont en vente libre depuis des mois et elles sont également consommées pour favoriser l'endormissement et lutter contre l'anxiété au point que la thalidomide sous ses différentes formes est le troisième produit médicamenteux mondialement consommé.

L'appelante, qui ne peut prouver le moment auquel sa mère a acquis le produit, ne démontre pas que si la vente avait été interdite par l'effet de mesures réglementaires début mars 1962, sa mère ne l'aurait pas consommé et qu'elle-même ne serait pas née atteinte de malformations congénitales.

En ce qui la concerne donc, le lien causal nécessaire entre la faute retenue par la cour (attentisme de l'État belge à partir de février 1962) et le dommage (naître avec des malformations congénitales), n'est pas établi.

#### *VI. DISCUSSION SUR LA DEMANDE SUBSIDIAIRE DES APPELANTS*

51. Les appelants dans les causes 2012/AR/960 et /1372 demandent à titre subsidiaire de « *condamner l'État belge à constituer, dans les 3 mois de la signification de l'arrêt à intervenir et sous peine d'une astreinte de 5.000 € par jour de retard, une fondation d'utilité privée à laquelle sera attribuée une somme de 5.000.000,00 €, à majorer des intérêts moratoires au taux légal depuis le 13 septembre 2010 (date d'introduction de la présente procédure), et dont l'objet social sera l'octroi d'une somme forfaitaire à chaque victime née en Belgique entre le 1<sup>er</sup> janvier 1958 et le 1<sup>er</sup> avril 1963, dont il sera démontré qu'elle souffre de malformations congénitales liées à la prise par la mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide, cette somme forfaitaire devant être répartie entre les victimes en fonction de la gravité de leur handicap respectif* ».

52. La cour a déjà évoqué la lettre par laquelle, le 21 avril 2010, la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique L. ONKELINX informe le conseil de ces appelants de la décision qui a été prise par le Conseil des Ministres [...]

53. Ainsi que le soutiennent les appelants précités, il s'agit incontestablement d'un engagement unilatéral, de surcroît confirmé publiquement par un communiqué de presse officiel du 22 mars 2010 [...].

54. Cet engagement par déclaration unilatérale de volonté ainsi extériorisé l'a été sans être

assorti d'une quelconque réserve et, accepté par les appelants, il lie l'État belge non pas seulement envers les appelants qui en exige le respect mais envers, selon ses termes, toute personne « dont il sera démontré qu'elle souffre de malformations congénitales liées à la prise par la mère pendant la grossesse d'un des médicaments distribués en Belgique par la firme R. Coles, contenant de la thalidomide » (voir sur l'engagement unilatéral de constituer une fondation, P. Van Ommeslaghe, « Chronique de jurisprudence, Les obligations, 1963-1975 », R.C.J.B., 1975, p. 1045, cité par les appelants).

55. Il importe peu, au regard de sa validité, que cet engagement unilatéral ne contienne aucune reconnaissance de responsabilité de la part de l'État belge dans le drame du SOFTENON. Il n'est en effet pas requis de rechercher la cause d'un tel engagement dans un devoir moral ou de conscience de réparer une faute ; la volonté d'un État de soutenir les victimes d'un drame social, tel celui du SOFTENON, suffit (ainsi l'État veille-t-il également à venir au secours des victimes de certaines catastrophes naturelles).

Le rappellent d'ailleurs les propositions déposées par la parlementaire C. FONCK sur le bureau de la Chambre des représentants voulant que « l'État reconnaisse la situation spécifique des victimes de phocomélie due à la thalidomide en Belgique ».

56. Il est dès lors injustifié que l'État belge, après avoir reconnu, via ses représentants au Parlement européen, la situation particulière des victimes de la thalidomide justifiant qu'un traitement particulier leur soit réservé, et en conclusions, qu'il « assume dans ses missions fondamentales la prise en considération du bien-être de sa population ; qu'il s'emploie, dans la mesure de ses moyens, à l'exécution de sa mission générale notamment en matière de sécurité sociale, en vue de tenter de soulager la lourdeur des difficultés liés à l'existence d'une pathologie lourde et handicapante », prétende « qu'il ne peut toutefois, au nom de l'égalité des citoyens, placer les victimes de la thalidomide dans une situation préférentielle par rapport aux victimes d'autres pathologies ou

handicaps ; que le respect de cette limite relève également des exigences morales et constitutionnelles qui pèsent sur son action » (n° 59 de ses conclusions).

57. L'État belge objecte encore que la « Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique n'avait pas le pouvoir de lier l'État quant au paiement de 5.000.000 d'euros par l'INAMI à la fondation dont la constitution était envisagée ; Que le mandat qu'elle avait reçu du Conseil des Ministres se limitait en l'espèce à rédiger un avant-projet de loi portant sur la création d'une Fondation d'utilité privée afin de venir en aide aux différentes victimes de la thalidomide, afin que la décision adoptée par le Conseil des Ministres en ce sens soit soumise à l'approbation de la Chambre des représentants et que dès lors, le seul engagement unilatéral qui pourrait résulter (si les conditions de validité en étaient remplies – quod non) de ce courrier serait limité, le cas échéant, à la rédaction d'un avant-projet de loi à soumettre au Conseil des Ministres afin que celui-ci en propose le vote à la Chambre des représentants, seule autorité compétente pour autoriser l'engagement de la dépense ; que comme déjà énoncé, il s'agit là d'un principe consacré par l'article 174 de la Constitution ».

58. Cependant, il admet « qu'un avant-projet de texte destiné à être intégré dans l'avant-projet de loi-programme accompagnant le premier ajustement budgétaire fut rédigé conformément à la décision du Conseil des Ministres en vue d'être soumis à l'assentiment de la Chambre des représentants pour que soit insérée dans la loi une disposition qui permet d'octroyer une somme forfaitaire aux victimes de la thalidomide ».

Dès lors, s'il est exact que, ni la Ministre seule, ni le Conseil des Ministres ne pouvaient décider d'allouer un quelconque montant à la fondation à créer, l'octroi d'un budget revenant à la Chambre des représentants, l'État belge a d'ores et déjà pris en avril 2010 les engagements (i) de créer une fondation destinée aux victimes de la thalidomide et (ii) de soumettre à la Chambre des représentants un projet de loi visant à attribuer à cette fondation une allocation de 5.000.000 d'euros dans les termes suivants :

BELEIDSCEL :

CELLULE STRATÉGIQUE :

Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique – Minister van Sociale zaken en Volksgezondheid

AUTEUR/

CONTACTPERSOON :

AUTEUR/

PERSONNE DE CONTACT :

NAAM BESTAND :

NOM DU FICHIER :

24

**TITEL – VOLKGEZONDHEID**

## Enig Hoofdstuk

**Art. X** Dit artikel heeft tot doel een bepaling toe te voegen in de wet die de toekenning van een forfaitair bedrag voorziet aan de slachtoffers van thalidomide.

Deze bepaling is de rechtstreekse uitvoering van een besluit genomen tijdens de begrotingscontrole 2010 (punt 1, bladzijden 18 en 19 van de Ministerraad van 22 maart 2010).

Eind van de jaren 1950 tot begin van de jaren 1960, heeft de Belgische firma R. Coles op het Belgische grondgebied geneesmiddelen verdeeld die thalidomide bevatten, waaronder softenon. Dit geneesmiddel werd tussen 1957 en 1962 voorgeschreven aan zwangere vrouwen, onder meer voor het bestrijden van de ochtendmisselijkheid.

Pas eind 1961 ontdekten dr. Mc Bride in Australië en dr. Lenz in Duitsland na toetsing van gevallen van phocomelus de misvormingen veroorzakende effecten van thalidomide. Er zouden over de hele wereld 24.000 beschadigde embryo's zijn. Onder de overlevenden overleden 40% voor hun eerste verjaardag. Men schat dat meer dan getroffen 5.000 kinderen, die nu volwassen zijn, nog in leven zijn.

Tot 30 april 1962 zal de firma Coles aan de apothekers vragen dat de geneesmiddelen in kwestie dringend naar hen teruggestuurd worden. Maar ze weigert wel de reden daarvoor uit te leggen, terwijl er anders wel courant communicaties uitgebracht werden, voornamelijk voor commerciële

**TITRE - SANTÉ PUBLIQUE**

## Chapitre unique

**Art. X** Le présent article vise à insérer dans la loi une disposition qui permet d'octroyer une somme forfaitaire aux victimes de la thalidomide.

Cette disposition constitue l'exécution directe d'une décision prise lors du contrôle budgétaire 2010 (point 1, pages 18 et 19 du Conseil des Ministres du 22 mars 2010).

A la fin des années 1950 jusqu'au début des années 1960, la firme belge R. Coles a distribué sur le territoire belge des médicaments contenant de la thalidomide, dont le softénon. Ce médicament fut prescrit aux femmes enceintes entre 1957 et 1962 notamment pour combattre les nausées matinales.

Ce n'est qu'à la fin de l'année 1961 que le Dr Mc Bride en Australie et le Dr Lenz en Allemagne, à force de recoupements des cas de phocomélie, découvrirent les effets tératogènes de la thalidomide. Il y aurait eu, dans le monde, 24000 embryons endommagés. Parmi les survivants, 40% décédèrent avant leur premier anniversaire. On estime que plus de 5000 enfants atteints, devenus adultes maintenant, sont en vie.

Jusqu'au 30 avril 1962, la firme Coles demandera aux pharmaciens à ce que lui soit retourné d'urgence les médicaments en questions. Toutefois, elle refusera d'en expliquer la raison alors que ces communiqués étaient courants pour des raisons essentiellement commerciales ou de marketing.



of marketingredenen.

Het zal dus pas op 30 april 1952 zijn dat de firma de reden van die terugroeping zal meedelen. De regering zelf zal de verkoop van de geneesmiddelen die thalidomide bevatten verbieden via een ministerieel besluit van 14 juni 1962 (gepubliceerd op 15 juni), houdende het voorlopige verbod op de verkoop van farmaceutische specialiteiten op basis van thalidomide. Dit besluit zal elke drie maand vernieuwd worden tot wanneer het ministerieel besluit van 12 december 1962 (gepubliceerd op 19 december 1963) de verkoop van geneesmiddelen die thalidomide bevatten definitief zal verbieden.

Meerdere personen die in België geboren zijn tussen 1958 en 1963 zijn nog steeds in leven en lijden aan ernstige aangeboren misvormingen, omdat hun moeder tijdens de zwangerschap geneesmiddelen gebruikte die thalidomide bevatten.

Hun fysieke degeneratie (spieren) wordt erger met het ouder worden en de hulp van familie waarvan de slachtoffers afhankelijk zijn vermindert, omdat de ouders ook ouder worden.

Meerdere Europese landen hebben deze slachtoffers al erkend en besloten hen ter hulp te komen.

Er wordt dus voorgesteld om een bedrag van 5.000.000 EUR vrij te maken ten voordele van deze slachtoffers. Dit bedrag zal toegewezen worden aan een private stichting, die de regering zal oprichten.

De maatschappelijke doelstelling van de stichting zal het toekennen zijn van een forfaitair en identiek bedrag aan elk slachtoffer dat in België geboren werd tussen 1 januari 1958 en 1 april 1963, van wie zal aangetoond zijn, in voorkomend geval na een wetenschappelijke expertise, dat het lijdt aan aangeboren misvormingen verbonden met het nemen door hun moeder tijdens de zwangerschap van één van de geneesmiddelen die thalidomide bevatten.

Deze stichting zal dus belast zijn met het verdelen van het bedrag van 5.000.000 EUR tussen de verschillende slachtoffers die zich bij haar bekendgemaakt hebben en die beantwoorden aan de voorwaarden vastgelegd door deze bepaling in ontwerp. De stichting zal de praktische modaliteiten kunnen vastleggen om haar toe te laten haar maatschappelijke doelstelling te vervullen.

De Raad van bestuur van deze stichting zal voornamelijk samengesteld zijn uit de vertegenwoordigers van de ministers van de regering. Er zullen ook vertegenwoordigers in zetelen van de verenigingen van slachtoffers van thalidomide en dit om de slachtoffers bij het werk

Ce ne sera donc que le 30 avril 1962 que la firme annoncera la raison de ce rappel. Quant au gouvernement, il interdira la vente de médicaments contenant de la thalidomide par un arrêté ministériel en date du 14 juin 1962 (publié le 15 juin) portant interdiction provisoire de la vente de spécialités pharmaceutiques à base de thalidomide. L'arrêté sera renouvelé tous les trois mois jusqu'à l'arrêté ministériel du 12 décembre 1962 (publié le 19 décembre 1963) qui interdira définitivement la vente de médicaments contenant de la thalidomide.

Plusieurs personnes nées en Belgique entre 1958 et 1963 sont toujours en vie et sont atteintes de malformations congénitales graves dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide.

Leurs dégénérences physiques (musculaires) s'aggravent avec l'âge et l'aide familiale dont dépendent les victimes vient à diminuer vu le vieillissement des parents.

Plusieurs pays européens ont déjà reconnu ces victimes et décidé de leur venir en aide.

Il est donc proposé de dégager un montant de 5.000.000 EUR au bénéfice des victimes. Cette somme sera attribuée à une fondation d'utilité privée que le Gouvernement constituera.

L'objectif social de la fondation sera l'octroi d'une somme forfaitaire et identique à chaque victime née en Belgique entre le 1<sup>er</sup> janvier 1958 et le 1<sup>er</sup> avril 1963, dont il sera démontré, le cas échéant après une expertise scientifique, qu'elle souffre de malformations congénitales liées à la prise par la mère pendant la grossesse d'un des médicaments contenant de la thalidomide.

Cette fondation sera donc chargée de répartir le montant de 5.000.000 EUR entre les différentes victimes qui se seront manifestées auprès d'elle, et qui répondront aux conditions fixées par la présente disposition en projet. La fondation pourra déterminer les modalités pratiques qui lui permettront de remplir son objet social.

Le Conseil d'administration de cette fondation sera composé majoritairement de représentants de Ministres du Gouvernement. Y siégeront également des représentants des associations de victimes de la thalidomide, et ce afin d'associer les victimes au travail de la fondation.

van de stichting te betrekken.

Verder is het bedrag van 5.000.000 EUR een gesloten enveloppe. Maar in dit stadium is het aantal slachtoffers onzeker. Er wordt geschat dat er zich tussen de 25 en de 50 slachtoffers zullen aanmelden bij de stichting, maar indien het aantal slachtoffers gevoelig lager zou blijken te zijn, is het opportuun om een plafond vast te leggen en om die reden voorziet de bepaling in ontwerp een bedrag van 125.000 EUR.

Er wordt verder gepreciseerd dat indien er nog bedragen zouden zijn bij de stichting na het realiseren van haar maatschappelijke doelstelling die bedragen zullen moeten toegewezen worden aan de steun voor het wetenschappelijk onderzoek betreffende de handicaps die vergelijkbaar zijn met de aangeboren misvormingen wegens de effecten van thalidomide en/of het verbeteren van de levensomstandigheden van de personen die een handicap hebben die vergelijkbaar is met die veroorzaakt door thalidomide.

De vraag voor vergoeding zal overigens moeten ingediend worden door het slachtoffer zelf, binnen een termijn van één jaar vanaf de datum van de publicatie van een advies door de stichting in het Belgisch Staatsblad dat te kennen geeft dat de aanvragen kunnen ingediend worden. Dit teneinde het aan de stichting mogelijk te maken om het definitieve aantal slachtoffers vast te leggen en bijgevolg het definitieve bedrag te bepalen dat aan de slachtoffers kan worden gestort.

Dit model heeft het voordeel dat het soepel en snel kan ingesteld worden en het garandeert tegelijk een effectieve controle van de regering over het gebruik van de bedragen die toegekend worden aan de stichting. Dit model werd trouwens reeds gebruikt in het kader van de ramp van Gellingen en in het kader van de hulp aan de slachtoffers van het AIDS-virus na bloedtransfusies tussen 1 augustus 1985 en 30 juni 1986.

[Het is de bedoeling dat dit forfaitaire bedrag netto en belastingvrij is.]

Op budgettair vlak zal het bedrag van 5.000.000 EUR worden aangerekend op de begroting voor administratiekosten van het Rijksinstituut voor Ziekte- en invaliditeitsverzekering en gecompenseerd worden binnen de globale budgettaire doelstelling geneeskundige verzorging 2010.

Par ailleurs, le montant de 5.000.000 EUR constitue une enveloppe fermée. Or, le nombre de victimes est à ce stade incertain. Il est estimé qu'il y aura entre 25 et 50 victimes qui vont se manifester auprès de la fondation, mais si le nombre de victimes devait s'avérer sensiblement inférieur, il apparaît opportun de fixer un plafond, raison pour laquelle la disposition en projet en prévoit un montant de 125.000 EUR.

Il est par ailleurs précisé que si des sommes subsistent au sein de la fondation après que celle-ci aura rempli son objet social, ce montant devra être affecté l'aide à la recherche scientifique portant sur des maladies comparables à celle engendrée par la thalidomide et / ou à l'amélioration des conditions de vie des personnes ayant un handicap comparable à celui causé par la thalidomide

La demande d'indemnisation devra par ailleurs être introduite par la victime elle-même dans un délai d'un an à dater de la publication au Moniteur Belge par la fondation d'un avis indiquant que les demandes peuvent être introduites. Ceci afin de permettre à la fondation d'arrêter le nombre définitif de victimes et, par voie de conséquence d'établir le montant définitif qui peut être versé aux victimes.

Ce modèle a l'avantage d'être souple et rapide à mettre en place, tout en garantissant un contrôle effectif du Gouvernement sur l'utilisation des sommes attribuées à la fondation. Ce modèle a par ailleurs d'ores et déjà été utilisé dans le cadre de la catastrophe de Ghislenghien, et dans le cadre de l'aide aux victimes transfusionnelles du virus du SIDA entre le 1<sup>er</sup> août 1985 et le 30 juin 1986.

[L'objectif est que ce montant forfaitaire soit net d'impôt.]

D'un point de vue budgétaire, la somme de 5.000.000 EUR sera imputée sur le budget des frais d'administration de l'Institut d'assurance maladie invalidité, et sera compensé au sein de l'objectif budgétaire global des soins de santé 2010.

59. Certes, après les élections législatives de juin 2010, il fallut plusieurs mois avant de constituer un nouveau gouvernement de sorte que le gouvernement LETERME II, auteur de la promesse unilatérale litigieuse, est demeuré chargé des affaires courantes jusqu'au 6 décembre 2011.

60. En règle, un gouvernement « en affaires courantes » doit cesser ses activités, en sa qualité tant d'organe exécutif que d'organe législatif.

Toutefois, il convient d'éviter toute vacance du pouvoir gouvernemental qui puisse être préjudiciable à la marche normale de l'État et aux relations internationales du pays (par exemple, par une absence de respect d'obligations contractées par traité). En attendant l'entrée en fonction de son successeur, tout gouvernement sortant est chargé d'expédier les affaires courantes.

La notion d'affaires courantes, relevant selon certains d'une coutume constitutionnelle et selon d'autres d'un principe général de droit, est ainsi liée, d'une part, au principe de la continuité du service public et, d'autre part, au principe de la responsabilité ministérielle dans un système parlementaire.

Elle vise les affaires courantes « dont l'intérêt politique est à ce point tenu qu'elles ne sont pas susceptibles de mettre sous pression la relation de confiance entre le gouvernement et le parlement » et qui s'opposent donc aux « affaires de gouvernement impliquant des options dont l'importance sur le plan de la politique générale est, par essence, telle que ces affaires ne pourraient être décidées que par un gouvernement qui a l'appui du parlement et qui risque de perdre cet appui en raison de la décision qu'il a prise » ce qui recouvre, selon la jurisprudence du Conseil d'État et la doctrine trois catégories d'affaires, à savoir (i) les affaires de gestion journalière, (ii) les affaires urgentes et (iii) les affaires en cours, qui constituent la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée avant la dissolution du parlement, dont l'adoption n'est finalement que l'aboutissement d'un long processus engagé bien avant la chute du gouvernement, sans précipitation, les questions politiques ayant pu se poser sur le plan administratif étant résolues avant la période critique. « Une affaire dont l'importance dépasse celle des affaires de gestion journalière et qui n'est pas urgente peut néanmoins être finalisée par le gouvernement, malgré la dissolution du parlement ou la démission du gouvernement, si la procédure qui a donné lieu à l'arrêté concerné a été engagée bien avant la période critique, si elle a ensuite été réglée sans précipitation et si les questions politiques, qui ont pu se poser sur le plan administratif, ont été résolues avant cette période critique » (voy.

notamment, Conseil d'État, arrêt n° 234.747 du 17 mai 2016, [www.conseildetat.be](http://www.conseildetat.be)).

61. On notera cependant que, vu la durée inédite de la crise politique de 2010-2011, le gouvernement démissionnaire assumera la présidence tournante de l'Union européenne, procédé à de hautes nominations comme celle du nouveau gouverneur de la Banque nationale, élaboré un projet de budget fédéral 2011 et un projet de budget pluriannuel pour l'Europe, engagé le pays dans une guerre en Libye. Certains en ont conclu qu'au cours de cette crise politique de 2010 et 2011, une quatrième catégorie d'affaires courantes a émergé : celle dont le traitement est rendu indispensable par le droit international. Il a fallu attendre la publication au moniteur belge de la déclaration de révision de la Constitution qui a entraîné la dissolution des chambres fédérales et ramené le gouvernement à la notion classique d'affaires courantes (Voy. X. Baeselen, S. Toussaint, J.B. Pilet et N. Brack « *Quelle activité parlementaire en période d'affaires courantes ? Les cahiers de l'ulb et du pfwb*, n° 1 », « <http://www.pfwb.be/le-travail-du-parlement/doc-et-pub/publications/cahier-de-lulb-pfwb> » et références citées).

62. Quoiqu'il en soit, à partir du moment où le gouvernement s'est engagé, alors qu'il a encore les pleins pouvoirs, à créer une fondation au profit des victimes de la thalidomide nées en Belgique et à soumettre à la Chambre un projet d'attribution à cette fondation d'une somme de 5.000.000 €, cet engagement a conservé et conserve, depuis qu'il a été porté à la connaissance des appelants qui l'ont accepté, sa force obligatoire ; la crise gouvernementale n'a pas eu pour effet de l'éteindre, pas plus qu'elle ne met fin aux conventions valablement conclues ou aux engagements internationaux valablement contractés avant sa survenance.

63. En ce qu'elle tend à obtenir l'exécution de cet acte juridique unilatéral, la demande subsidiaire des appelants n'est pas prescrite, la citation introductive d'instance ayant été signifiée dès le 13 septembre 2010.

Il se justifie donc de condamner l'État belge à s'y conformer dans les termes précisés sous le dispositif du présent arrêt.

64. La mesure d'astreinte sollicitée ne pourrait être justifiée que s'il apparaissait que l'État ne donne pas suite au présent arrêt lors de la confection de la prochaine loi budgétaire. Cette demande est prématurée.

Par ces motifs,  
La cour,  
Statuant contradictoirement,

[...]

Reçoit les appels et joint les causes.

Dit les demandes originaires formées sur la base de l'article 1382 du Code civil non fondées.

Dit fondée la demande subsidiaire dans la mesure précisée ci-après. Condamne l'État belge, représenté par Madame la Ministre des Affaires Sociales et de la Santé Publique, à présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi à insérer dans la prochaine loi budgétaire, tel celui reproduit sous le point 58 du présent arrêt en vue de la constitution d'une fondation d'utilité privée visée par cet avant-projet.

[...]

\*  
\* \*

## COMMENTAIRE

## INTRODUCTION

1. Le présent commentaire porte sur l'arrêt prononcé par la Cour d'appel de Bruxelles le 22 février 2018<sup>5</sup> dans le drame tristement célèbre des « bébés Softenon ». Pour rappel, la thalidomide, médicament aux effets tératogènes méconnus, fut commercialisée en Belgique sous la dénomination de Softenon. Celui-ci fut principalement utilisé dans les années 1960 comme sédatif et anti-nauséeux chez les femmes enceintes. Par la suite, il fut découvert que l'ingestion de ce médicament durant la grossesse était responsable du décès de nombreux nouveau-nés et de la naissance d'enfants atteints d'importantes malformations, notamment au niveau des membres, appelées phocomélie.

La Cour d'appel de Bruxelles fut ainsi chargée de trancher la délicate question de la responsabilité de l'État belge dans la gestion de la crise du Softenon (*section 1*). D'un point de vue juridique, l'originalité de cet arrêt réside, non pas tant dans l'application des règles de la responsabilité civile, que dans la reconnaissance d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté dans le chef des

pouvoirs publics (*section 2*), d'une part, et dans la condamnation de l'État belge à exécuter cet engagement en nature par le dépôt à la Chambre des représentants d'un avant-projet de loi (*section 3*), d'autre part. Pour ces raisons, la publication de cette décision se justifie largement, tout en soulignant d'emblée qu'un pourvoi en cassation est actuellement pendant à son encontre.

## SECTION 1. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT BELGE DANS LA DIFFUSION DU SOFTENON

2. **La genèse du drame du Softenon** – La thalidomide fut commercialisée par l'entreprise pharmaceutique allemande Grünenthal dans quarante-six pays. En Belgique, ce médicament fut distribué en pharmacie à partir de 1959 par la S.A. Rodolphe Coles. Son effet tératogène n'a toutefois été porté à la connaissance du public par la presse allemande qu'à partir des mois d'octobre et novembre 1961. Suite à la décision de retrait du marché par Grünenthal le 27 novembre 1961, l'importateur-distributeur Coles adressa dès lors, le 1<sup>er</sup> décembre 1961, une lettre à l'ensemble des pharmaciens du pays leur demandant de retirer de la vente et de lui renvoyer immédiatement tous les médicaments contenant de la thalidomide. Des rappels subséquents eurent encore lieu par une lettre circulaire du 26 février 1962 et par des communiqués dans les annales pharmaceutiques les 13 mars et 30 avril 1962.

Il fallut toutefois attendre jusqu'au 12 juin 1962 pour qu'un arrêté royal confère au Ministre de la Santé publique le pouvoir d'interdire la vente d'une spécialité pharmaceutique susceptible d'être nocive pour la santé<sup>6</sup>. À partir du 14 juin 1962<sup>7</sup>, le Ministre de la Santé publique prend, dès lors, des arrêtés ministériels qui suspendent pour des périodes successives de trois mois la vente du Softenon, jusqu'à son interdiction définitive par un arrêté ministériel du 12 décembre 1963<sup>8</sup>.

3. **Mise en cause de la responsabilité délictuelle de l'État belge** – À titre principal, les victimes de la thalidomide entendaient voir retenue la responsabilité aquilienne de l'État belge<sup>9</sup>. Elles lui

<sup>5</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, pp. 418-433. Pour une étude fouillée sur le sujet, rédigée concomitamment au présent commentaire, voy. A. CATALDO et F. GEORGE, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté dans le chef des pouvoirs publics à la lumière de l'arrêt Softenon », in D. RENDERS (dir.), *Actualités du contentieux administratif*, CUP, vol. 197, Limal, Anthémis, 2020, pp. 153-212. Pour un résumé des enseignements de cet arrêt, voy. égal. C. BORUCKI, F. AUVRAY, P. GILLAERTS et I. SAMOY, « Softenon : (eenzijdige) regeringsbelofte maakt schuld », *Juristenkrant*, 28 mars 2018, pp. 5-6 ; A. FOURREZ, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté comme source autonome d'obligation », *Les pages – Obligations, contrats et responsabilités*, 2018, n° 41 et P. WÉRY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », note sous Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 9 mai 1980, *J.T.*, 2018, p. 579.

<sup>6</sup> A.R. du 12 juin 1962 modifiant l'arrêté royal du 6 juin 1960 relatif à la fabrication, à la préparation et à la distribution en gros des médicaments et à leur dispensation, *M.B.* du 14 juin 1962, p. 5127.

<sup>7</sup> A.M. du 14 juin 1962 portant interdiction provisoire de la vente de spécialités pharmaceutiques à base de thalidomide, *M.B.* du 15 juin 1962, p. 5181.

<sup>8</sup> A.M. du 12 décembre 1963 portant interdiction de vente de médicaments contenant de la thalidomide, *M.B.* du 19 décembre 1963, p. 12281.

<sup>9</sup> En première instance, le tribunal n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur le fond de l'affaire car l'action en responsabilité intentée par les victimes du Softenon avait été déclarée irrecevable pour cause de prescription (Civ. Bruxelles (11<sup>e</sup> ch.), 21 novembre 2011, inéd.). Il est dès lors étonnant que la Cour d'appel ne consacre pas le moindre développement à cette question qui a

reprochent, d'une part, d'avoir autorisé la commercialisation du Softenon en Belgique sans contrôle préalable effectif quant aux dangers potentiels de ce médicament et, d'autre part, une fois connus les effets pathogènes de ce dernier, d'avoir tardé à prendre des mesures efficaces pour retirer le produit du marché. La Cour d'appel motive longuement sa décision en reprenant le cadre législatif et réglementaire applicable, en dressant un état des lieux des connaissances scientifiques de l'époque et en retraçant la chronologie précise des événements liés à la diffusion de la thalidomide en Europe<sup>10</sup>. Nous ne reprenons ci-après que les principales étapes de son raisonnement.

#### A. LES MANQUEMENTS ALLÉGUÉS

##### 1. L'absence de vérification de l'innocuité du produit préalable à sa mise en vente sur le territoire national

**4. Absence de devoir d'anticipation d'un risque inconnu**<sup>11</sup> – Par rapport au premier manquement allégué par les appelants, la Cour considère qu'« on ne peut [...], au vu des circonstances et connaissances de l'époque, reprocher à l'État belge de n'avoir pas exigé du fabricant des tests complémentaires ou de n'avoir pas soumis les produits aux tests d'un organe indépendant, que ce soit par un texte législatif ou réglementaire »<sup>12</sup>. À cet égard, la juridiction précise que le système de pharmacovigilance n'était pas encore aussi développé qu'à l'heure actuelle. Ainsi, « ce n'est qu'en 1958 que l'Académie royale de médecine s'émeut de la vente libre de substances inconnues et en appelle à la création de commissions compétentes ». Il n'est donc « pas démontré que le Roi aurait accusé un retard manifeste lorsqu'il a institué la Commission des spécialités par l'arrêté royal du 6 juin 1960 »<sup>13</sup>.

La Cour poursuit en ajoutant que l'État belge n'était pas en mesure de tenir compte des cas cliniques de névrites graves attribuées à la thalidomide qui alertèrent certains médecins quant à la toxicité du produit. Il ne disposait « d'aucune information éclairée de la part des milieux scientifiques belges ou encore des autorités sanitaires d'autres pays, et bien évidemment de la part des cliniciens

et chercheurs installés à l'étranger »<sup>14</sup>. En effet, en ce temps-là, les transferts d'informations sanitaires entre les États étaient pratiquement inexistants.

Enfin, lors de la délivrance des autorisations de commercialisation, les études relatives aux potentiels effets tératogènes des substances médicamenteuses étaient encore à leurs prémises. Quant aux connaissances sur l'évolution du fœtus pendant la gestation ainsi que sur le niveau de protection offert par la barrière placentaire, elles étaient largement incomplètes<sup>15</sup>. Dès lors, sur le plan du lien de causalité, même si l'État belge avait soumis le produit à des tests complémentaires – au vu de l'insuffisance technique de l'époque –, « il n'est nullement établi que le Softenon aurait révélé ses propriétés tératogènes lors de nouveaux tests et n'aurait pas été autorisé »<sup>16</sup>. De la même manière, même si l'État belge avait institué plus tôt une commission indépendante appelée à émettre un avis préalable sur la toxicité éventuelle de toute nouvelle substance médicamenteuse, il n'est pas non plus démontré que pareille commission « aurait nécessairement permis d'éviter la vente du Softenon sur le territoire national »<sup>17</sup>.

En conséquence, la Cour d'appel de Bruxelles conclut à l'absence de faute de l'État belge en ce qu'il a accepté d'introduire et de commercialiser la thalidomide en Belgique à partir de 1959 sans contrôle préalable complémentaire et sans certitude absolue quant à son innocuité.

##### 2. L'interdiction tardive de la diffusion du médicament

**5. Obligation de prévention d'un risque connu**<sup>18</sup> – Par rapport au second manquement allégué par les appelants, la Cour identifie clairement deux temps distincts. Pendant les premières semaines qui suivent l'éclatement du scandale fin novembre 1961, elle estime qu'« il ne peut être considéré que [...] le Gouvernement et le Ministre se rendent coupables d'une carence fautive en n'adoptant pas un arrêté royal ou un arrêté ministériel pour interdire la vente des spécialités en cause [...]. En effet, dès le 1<sup>er</sup> décembre 1961, l'importateur belge Coles rappelle les spécialités en cause auprès de tous les pharmaciens et grossistes et ceux-ci exposent leur responsabilité personnelle en ne s'y conformant pas ; les autorités publiques peuvent légitimement s'attendre à ce que des pharmaciens, soucieux de la santé

pourtant fait l'objet d'échanges conséquents entre les parties dans le cadre de la mise en état de la cause.

<sup>10</sup> L'arrêt prononcé compte pas moins de 46 pages. Pour les extraits les plus pertinents de la décision, voy. les pages 418 à 433 de cette revue.

<sup>11</sup> C. BORUCKI, F. AUVRAY, P. GILLAERTS et I. SAMOY, « Softenon : (eenzijdige) regeringsbelofte maakt schuld », *op. cit.*, p. 6.

<sup>12</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, pp. 423-424.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 426.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 425.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 423.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 424.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 426.

<sup>18</sup> C. BORUCKI, F. AUVRAY, P. GILLAERTS et I. SAMOY, « Softenon : (eenzijdige) regeringsbelofte maakt schuld », *op. cit.*, p. 6.

de leurs clients, s'y conforment et ne persistent pas à écouler des produits suspectés gravement toxiques »<sup>19</sup>.

En revanche, « lorsqu'en février 1962, et ensuite en mars et avril, le Ministre de la Santé publique constate que Coles doit éditer de nouveaux avis pour rappeler les spécialités Softenon auprès des pharmaciens, ce qui indique nécessairement que des médicaments demeurent en circulation, son attentisme cesse d'être admissible [...] »<sup>20</sup> ; « [...] l'obligation de prudence commande au gouvernement, lors de cette publication de février 1962 de prendre les mesures réglementaires requises pour interdire, dans l'urgence et sous peine de sanctions, la vente des spécialités Softenon par grossistes et pharmaciens »<sup>21</sup>.

Autrement dit, une fois le risque pathogène connu et l'ineffectivité du rappel de l'importateur notoire, l'État belge aurait dû réagir rapidement par l'adoption de mesures concrètes. En ne suspendant la vente du Softenon qu'à partir du 14 juin 1962, soit plus de six mois après la décision de retrait du marché par son fabricant, l'État belge ne s'est pas comporté de manière suffisamment prudente et diligente.

## B. LE LIEN DE CAUSALITÉ

**6. Un écueil à l'action en responsabilité intentée** – Malheureusement pour les victimes du Softenon, ce manquement avéré ne leur permettra pas pour autant d'obtenir l'indemnisation de leur handicap. Il leur faut, en outre, démontrer un lien de causalité certain entre la faute de l'État belge et leur dommage. Or, l'inoculation du médicament par leurs mères respectives a nécessairement eu lieu avant le moment où sa diffusion aurait dû être interdite par les pouvoirs publics. En effet, en février 1962, toutes les parties appelantes – à l'exception d'une seule – étaient déjà nées ou en gestation depuis plusieurs mois, soit déjà atteintes<sup>22</sup>. La Cour d'appel en conclut que « la carence fautive du gouvernement ci-dessus constatée n'a donc pas d'incidence sur les anomalies dont ils sont alors déjà victimes »<sup>23</sup>.

Quant à la partie appelante née à la fin du mois de décembre 1962, la Cour juge que cette dernière n'établit pas, avec une certitude suffisante, que sa mère aurait acquis le Softenon en mars 1962 et non antérieurement. Puisque ce produit était également régulièrement utilisé pour favoriser l'endormissement et lutter contre l'anxiété, la Cour considère

que la mère de cette victime disposait peut-être déjà du médicament chez elle depuis un certain temps. Ce faisant, la partie appelante « ne démontre pas que si la vente avait été interdite par l'effet de mesures réglementaires début mars 1962, sa mère ne l'aurait pas consommé et qu'elle-même ne serait pas née atteinte de malformations congénitales »<sup>24</sup>. Ce raisonnement par rapport au lien causal nous paraît sévère face à la seule exigence d'une certitude judiciaire<sup>25</sup>. L'interdiction de la vente des spécialités Softenon par l'État belge s'est très certainement accompagnée d'une publicité. À notre sens, la Cour aurait tout aussi bien pu considérer qu'il était établi de manière suffisamment certaine, qu'alertée par les médias de la nocivité du produit, la mère de la victime ne l'aurait pas consommé même si elle en avait à sa disposition à domicile. Par ailleurs, confrontée à une incertitude causale, la Cour d'appel aurait également pu, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2017<sup>26</sup>, soulever d'office la question de l'application éventuelle de la théorie de la perte de chance.

## SECTION 2. UNE ILLUSTRATION D'ENGAGEMENT PAR DÉCLARATION UNILATÉRALE DE VOLONTÉ DANS LE CHEF DES POUVOIRS PUBLICS

**7. Une demande subsidiaire salvatrice** – Fort heureusement, bien que l'action en responsabilité ne pût aboutir, le conseil de certaines parties appelantes songea, de façon très avisée, à invoquer – à titre subsidiaire et pour la première fois en degré d'appel – la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté. Au sein de cette seconde section, nous examinerons si les conditions de validité d'un tel engagement étaient bel et bien réunies et, dans l'affirmative, les conséquences en découlant.

**8. Le communiqué de presse officiel du 22 mars 2010 et la lettre de la ministre Onkelinx du 21 avril 2010** – À l'issue du conclave budgétaire du 22 mars 2010, un communiqué de presse officiel annonçait qu'« à la demande de Laurette Onkelinx, le Gouvernement a accepté de réserver un montant de 5 millions d'euros au bénéfice des

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Il est en effet constant que la certitude qui est exigée dans le cadre de la preuve du lien de causalité est une « certitude judiciaire, c'est-à-dire une certitude raisonnable fondée sur un haut degré de vraisemblance, non une certitude scientifique à 100 %. [...] Le juge peut retenir comme certaine une relation très vraisemblable, lorsqu'il ne doit pas raisonnablement considérer que le contraire est possible bien que, théoriquement, ce ne soit pas absolument exclu » (B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK ET G. GATHEM, *La responsabilité civile : chronique de jurisprudence (1996-2007)*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 365).

<sup>26</sup> Cass. (ch. plén.), 14 décembre 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15527.

<sup>19</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette Revue*, p. 427.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid., p. 428.

<sup>22</sup> Le Softenon n'est en effet nocif pour le fœtus que lorsqu'il est absorbé par la mère entre le 34<sup>e</sup> et le 50<sup>e</sup> jour suivant les dernières menstruations.

<sup>23</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, p. 428.

victimes de la thalidomide, plus communément connue sous le terme Softenon. Ce montant sera versé à une Fondation, encore à créer, qui sera chargée de répartir ce montant entre les personnes concernées. Cette mesure, portée avec conviction par la Ministre, représente un geste important de soutien à ces personnes atteintes de malformations congénitales particulièrement handicapantes ».

À la suite de celui-ci, la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, Laurette Onkelinx, adressa, le 21 avril 2010, une lettre au conseil juridique de certaines des victimes du Softenon, dont le contenu était le suivant :

« J'ai le plaisir de vous communiquer la décision qui a été prise à mon initiative par le Conseil des Ministres à l'issue des négociations qui sont intervenues dans le cadre du récent contrôle budgétaire à propos des victimes de la thalidomide : un montant unique de 5.000.000 EUR est prévu au bénéfice des victimes de la thalidomide, montant qui sera pris en charge sur le budget des frais d'administration de l'INAMI et compensé à l'intérieur de l'objectif budgétaire global des soins de santé.

Cette somme sera attribuée à une fondation d'utilité privée dont l'objet social sera l'octroi d'une somme forfaitaire à chaque victime née en Belgique entre le 1<sup>er</sup> janvier 1958 et le 1<sup>er</sup> avril 1963, dont il sera démontré qu'elle souffre de malformations congénitales liées à la prise par la mère pendant la grossesse d'un des médicaments distribués en Belgique par la firme R. COLES, contenant de la thalidomide.

Il s'agit là du mandat qui m'a été confié par le Gouvernement, et j'entends bien entendu l'exécuter, en premier lieu en créant dans les plus brefs délais la base légale requise pour permettre le paiement par l'INAMI du montant de 5.000.000 EUR à la fondation à créer. Il s'agit d'une décision inespérée compte tenu du contexte budgétaire actuel, lequel est particulièrement difficile, et je suis heureuse d'avoir pu l'obtenir dans ces conditions ».

La Ministre s'est ainsi attelée à la préparation d'un avant-projet de texte à insérer dans le projet de loi-programme accompagnant le premier ajustement budgétaire de 2010. Les travaux furent cependant interrompus inopinément par la chute du gouvernement<sup>27</sup> et la fondation annoncée ne vit jamais le jour<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> La chute du gouvernement Leterme II a été provoquée le 22 avril 2010 à la suite d'un désaccord concernant le dossier « BHV ». Constatant l'impossibilité de faire aboutir les négociations sur la scission de la circonscription, l'Open VLD s'est retiré du gouvernement fédéral, provoquant ainsi les élections anticipées du 13 juin 2010. Les 541 jours séparant la démission du gouvernement Leterme II de la formation du gouvernement Di Rupo constituent la plus longue crise politique de l'histoire contemporaine européenne.

<sup>28</sup> Par une lettre subséquente du 17 mai 2010, la Ministre de la Santé s'adressa au conseil de certaines des parties appelantes en ces termes : « En raison de la crise gouvernementale qui a abouti à la chute du Gouverne-

Selon la Cour d'appel de Bruxelles, la lettre du 21 avril 2010 de la ministre Onkelinx constitue indubitablement un engagement par déclaration unilatérale de volonté. En exécution de celui-ci, elle condamne dès lors l'État belge « à présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi à insérer dans la prochaine loi budgétaire, tel celui reproduit sous le point 58 du présent arrêt en vue de la constitution d'une fondation d'utilité privée visée par cet avant-projet »<sup>29</sup>.

#### A. LA NOTION D'ENGAGEMENT PAR DÉCLARATION UNILATÉRALE DE VOLONTÉ

**9. Définition** – L'engagement par volonté unilatérale peut se définir comme un « acte juridique unilatéral entraînant des effets juridiques par la seule manifestation de volonté de son auteur dans des conditions suffisamment certaines et extérieures »<sup>30</sup>. En vertu de cette théorie, un débiteur peut s'engager par sa simple promesse, indépendamment de toute acceptation de la part du créancier<sup>31</sup>.

**10. Consécration de cette théorie au titre des sources d'obligations** – Bien que le Code civil soit muet à son propos<sup>32</sup>, l'engagement par volonté unilatérale est reconnu par la Cour de cassation belge comme une source d'obligations à part entière depuis un arrêt du 18 décembre 1974<sup>33</sup>. Cette décision, qui posait les jalons de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté, fut confirmée dans deux arrêts de principe ultérieurs du 9 mai 1980<sup>34</sup>. Depuis lors, la Cour de cassation

ment, le Conseil des Ministres n'a cependant et malheureusement pas eu le temps d'examiner ce projet, ainsi que les nombreux autres d'ailleurs. Depuis le 26 avril dernier, le Gouvernement fédéral est démissionnaire. Il ne peut prendre de nouvelles initiatives et est chargé par le Roi d'expédier les affaires courantes. La décision appartiendra dès lors au prochain Gouvernement. J'espère toutefois que les étapes franchies ces derniers mois pourront servir de base à une future décision en faveur des victimes du Softenon. Et dans la mesure de mes facultés, il s'agira bien entendu d'une initiative qui bénéficiera de mon plein et entier soutien ».

<sup>29</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, p. 434 (dispositif).

<sup>30</sup> J.-F. GERMAIN, « L'acte juridique unilatéral et l'engagement par manifestation unilatérale de volonté », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Liège, Wolters Kluwer Belgium, II.2-2 – 1.

<sup>31</sup> M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », note sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 18 décembre 1974, *R.C.J.B.*, 1980, p. 88.

<sup>32</sup> L'article 1370 du Code civil qui énumère les sources des obligations n'en fait nulle mention.

<sup>33</sup> Cass., 18 décembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 425. Déjà en 1950, H. DE PAGE ne voyait aucun obstacle à la reconnaissance de l'acte juridique unilatéral comme source d'obligation (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1950, pp. 65-67). Le premier à souligner l'importance de cet arrêt fut P. VAN OMMESSLAGHE (« Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 629-633). *Contra* Av. gén. F. DUMON, concl. précéd. Cass., 28 avril 1978, *Arr. Cass.*, 1978, p. 1019 ; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, « Kroniek verbintenissenrecht (1978-1979 et 1979-1980) », *R.W.*, 1980-1981, pp. 2367-2371.

<sup>34</sup> Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1120 et 1127 (deux arrêts). Pour les commentaires de ces arrêts, voy. P. VAN OMMESSLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *J.T.*, 1982, pp. 144-149 ; R. KRUTHOF, « Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1983, pp. 503-507 ; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) », *R.W.*, 1985-1986, pp. 1-4.

n'a eu de cesse de confirmer sa jurisprudence<sup>35</sup> et les controverses doctrinales qui culminèrent à ce sujet au début des années 80 se tarirent<sup>36</sup>.

L'engagement unilatéral de volonté constitue désormais une source d'obligation unanimement reconnue, tant au sein de la jurisprudence qu'au sein de la doctrine. Celle-ci est d'ailleurs expressément consacrée au niveau des *Principles of European Contract Law*<sup>37</sup>. L'avant-projet de réforme du droit des obligations a, quant à lui, l'intention de lui réserver deux dispositions dans le projet de nouveau Code civil<sup>38</sup>.

**11. Une source d'obligations autonome, en ce compris dans le chef des pouvoirs publics** – Par son arrêt du 22 février 2018, la Cour d'appel de Bruxelles reconnaît explicitement que la théorie de l'engagement unilatéral de volonté vaut tant à l'égard des particuliers qu'à l'égard des pouvoirs publics. Cela ne surprend guère. Il n'a jamais été remis en cause qu'un gouvernement, à l'instar des particuliers, pouvait conclure des contrats<sup>39</sup>. Il n'y a, dès lors, pas non plus lieu de mettre en doute la possibilité dans son chef de se lier par une promesse.

L'État belge soutient pourtant qu'il ne peut légalement être considéré qu'une déclaration unilatérale d'un ministre en fonction soit destinée à être créatrice de droit<sup>40</sup>. En définitive, ce n'est pas tant la charge financière corrélative à l'obligation de créer un fonds d'aide aux victimes de la thalidomide qui motive son pourvoi en cassation, que la crainte des implications d'un tel précédent sur les déclarations futures de ses ministres<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> Cass., 3 septembre 1981, *Entr. et dr.*, 1982, p. 131, note L. CORNELIS ; Cass., 27 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1216 ; Cass., 8 octobre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2190.

<sup>36</sup> Pour une étude approfondie de l'engagement par volonté unilatérale comme source d'obligation et de l'évolution des approches au sein de la doctrine et de la jurisprudence, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à l'analyse fouillée de C. CAUFFMAN (*De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005). Pour un résumé de la réception de cette figure juridique au sein de la doctrine belge, voy. not. S. DEBUSSCHERE, « De eenzijdige wilsverklaring als autonome bron van verbintenissen », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 580-583.

<sup>37</sup> Art. 2:107 *PECL* : « A promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding ».

<sup>38</sup> L'avant-projet est disponible sur le site du service public fédéral Justice (<https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3709/54K3709001.pdf>). Aux termes de l'article 5.128, « l'acte juridique unilatéral est l'acte par lequel une personne a l'intention de faire naître des effets de droit. L'auteur de cet acte peut notamment s'engager par sa seule volonté en faveur d'autrui ». L'article 5.129, quant à lui, prévoit que « chaque acte juridique unilatéral est soumis aux règles qui lui sont propres et, dans la mesure où celles-ci n'y dérogent pas, aux règles applicables aux contrats ainsi qu'au régime général de l'obligation ».

<sup>39</sup> W. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, « Overeenkomsten met de overheid », *T.P.R.*, 1987, pp. 1709-1752.

<sup>40</sup> Proposition de loi du 27 février 2019 relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3622/001, p. 5.

<sup>41</sup> Lors de la discussion générale à la Chambre des représentants, la ministre actuelle des Affaires sociales et de la Santé publique, Maggie De Block, a eu l'occasion de préciser que « le pourvoi en cassation introduit par l'État belge à l'encontre de la décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 février 2018 ne vise pas à bloquer la recherche d'une solution en faveur des victimes, que

Il ne paraît donc pas superflu de rappeler que l'État est, au même titre que les gouvernés, soumis aux règles de droit<sup>42</sup> ; « si éminente que soit leur place dans l'ordre juridique, l'État et les autres personnes de droit public ne sont pas des personnes titulaires d'obligations différentes de celles des autres acteurs de la vie juridique »<sup>43</sup>. En attribuant aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour objet des droits civils, l'article 144 de la Constitution met sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, sans opérer de distinction selon la qualité des parties contendantes ou la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais en ayant égard uniquement à la nature du droit faisant l'objet de la contestation<sup>44</sup>. Aucun motif ne justifie donc de réserver un traitement de faveur à l'État belge dans le cadre de la reconnaissance d'un éventuel engagement par volonté unilatérale et de la force obligatoire en découlant.

Que ce soit par ses arrêts du 9 mai 1980<sup>45</sup>, du 3 septembre 1981<sup>46</sup> ou du 27 mai 2002<sup>47</sup>, la Cour de cassation a déjà admis qu'un ministre d'État puisse engager l'administration publique par l'émission d'une volonté unilatérale au travers d'une lettre circulaire<sup>48</sup>. Les ministres doivent,

la présente proposition vise précisément à mettre en place, mais à empêcher un précédent : la Cour d'appel de Bruxelles a en effet condamné l'État belge à instaurer un fonds d'indemnisation sur la seule base d'une déclaration d'intention exprimée par la ministre de la Santé publique de l'époque. Il s'agit d'éviter qu'à l'avenir les cours et tribunaux ne transforment de telles déclarations en obligations opposables à l'État » (Proposition de loi du 19 avril 2019 relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3622/006, p. 4).

<sup>42</sup> Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870, concl. J. LECLERCQ ; Bruxelles (1<sup>er</sup> ch.), 28 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1580.

<sup>43</sup> J. VELU, concl. précéd. Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, I, p. 1356.

<sup>44</sup> Ces termes ont été répétés à plusieurs reprises par la Cour de cassation dans divers arrêts : Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870 ; Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 316, concl. J. VELU ; Cass., 5 novembre 1920, *J.L.M.B.*, 2000, p. 23.

<sup>45</sup> Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1127 : « [...], conformément à l'article 52 de l'arrêt royal du 14 octobre 1964, la volonté unilatérale du ministre peut lier l'administration à l'égard de l'entrepreneur [...] ».

<sup>46</sup> Cass., 3 septembre 1981, *Entr. et dr.*, 1982, p. 131, note L. CORNELIS.

<sup>47</sup> Cass. (3<sup>es</sup> ch.), 27 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1216 : Sur la base de l'article 52 de l'arrêt royal du 14 octobre 1964 relatif aux marchés passés au nom de l'État, le ministre des Travaux publics avait écrit aux chefs de service, dans sa circulaire 574-8 du 16 mai 1974 que, vu l'augmentation des prix du bitume, il avait décidé d'allouer une indemnité aux entrepreneurs concernés qui en auraient fait la demande pour les travaux dont l'adjudication avait eu lieu avant le 31 mars 1974. Après avoir rappelé qu'une manifestation de volonté unilatérale du ministre peut lier l'administration à l'égard de l'entrepreneur, la Cour de cassation rejette cependant le pourvoi compte tenu du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond à cet égard. En l'espèce, ce dernier avait conclu à l'absence de volonté du ministre de s'engager, par cette circulaire, vis-à-vis des entrepreneurs au motif que la demande adressée par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur de dater et de signer l'acte annexe ne peut être considérée comme une offre réalisant le contrat de révision par l'apposition de la signature de l'entrepreneur sans examen ultérieur du maître de l'ouvrage et sans son consentement formel.

<sup>48</sup> P. VAN OMMELAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 148 ; J.-F. GERMAIN, « Les déclarations constitutives d'engagements par volonté unilatérale : *verba manent* ? », note sous Mons (18<sup>e</sup> ch.),

dès lors, être particulièrement prudents lorsqu'ils prennent des engagements en leur qualité d'organes étatiques. Dans chacune de ces décisions – à la différence de l'arrêt *Softenon* –, il est vrai que le ministre tirait son pouvoir d'une disposition légale expresse, à savoir l'article 52 de l'arrêté royal du 14 octobre 1964 relatif aux marchés passés au nom de l'État<sup>49</sup>. Si l'existence de ce fondement juridique légitime la capacité du ministre à prendre pareils engagements au nom de l'État, il ne constitue toutefois nullement, à notre sens, une condition *sine qua non* pour la reconnaissance d'une telle obligation dans son chef<sup>50</sup>.

## B. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ

**12. Des conditions de validité identiques à celles applicables aux contrats** – La déclaration unilatérale de volonté doit répondre aux mêmes conditions de validité que celles qui gouvernent la validité des contrats, à savoir celles prévues par l'article 1108 du Code civil<sup>51</sup> : une volonté libre et éclairée (c'est-à-dire exempte de vices de consentement<sup>52</sup>), une capacité suffisante ainsi qu'un objet et une cause licite et conforme aux exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs<sup>53</sup>. À l'instar des conventions, l'acte juridique unilatéral naît *solo consensu*<sup>54</sup> – avec cette particularité qu'une seule volonté suffit pour donner naissance à celui-ci –, mais la présence d'un écrit peut bien entendu jouer un rôle essentiel au niveau probatoire.

**13. Le rattachement à une institution pré-existante ?** – Certains auteurs<sup>55</sup> ont prétendu limi-

ter la portée de cette théorie en exigeant pour sa validité une condition supplémentaire, à savoir le rattachement à une institution préexistante connue de notre droit positif. Cette thèse n'a cependant pas emporté la conviction de la doctrine<sup>56</sup> et de la jurisprudence<sup>57</sup>, et la présente contribution n'est pas le lieu pour évoquer davantage cette controverse déjà ancienne<sup>58</sup>.

## 1. Le consentement

### a) Une volonté ferme et non équivoque

**14. L'analyse de la portée de la volonté exprimée** – Pour qu'un engagement par déclaration unilatérale de volonté voie le jour, son auteur doit avoir eu l'intention ferme et non équivoque de s'obliger juridiquement, de faire naître des effets de droit<sup>59</sup>. Il ne doit pas s'agir d'une simple déclaration d'intention qui ne prête pas à conséquence.

Il appartient au magistrat d'examiner les circonstances concrètes de l'espèce et d'analyser les pièces du dossier afin de déterminer, au cas par cas, la portée exacte de la volonté exprimée. Pour distinguer les simples engagements d'honneur des véritables engagements par volonté unilatérale, le juge pourra mobiliser *mutatis mutandis* les règles d'interprétation prévues pour les contrats<sup>60</sup>. Ainsi, conformément à l'article 1156 du Code civil, le juge devra rechercher la volonté réelle de la personne qui s'oblige et ne pas s'en tenir uniquement aux termes dans lesquels cette volonté a pu être

4 février 2009, *For. ass.*, 2009, p. 209. Selon l'opinion de J. VAN RYN, il va de soi que les manifestations de volonté unilatérale d'un ministre peuvent lier l'administration à l'égard d'un particulier, par exemple, lorsqu'elles expriment la volonté de lui reconnaître un avantage déterminé « mais ce droit lui est acquis par l'effet d'une décision administrative, et non par suite d'un engagement de droit privé résultant d'une déclaration unilatérale de volonté » (J. VAN RYN, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté », *J.T.*, 1984, p. 132).

<sup>49</sup> M.B. du 17 octobre 1964, p. 10968.

<sup>50</sup> La question de la capacité du débiteur de l'engagement sera analysée de manière plus détaillée ci-après (voy. *infra* n° 24 à 28).

<sup>51</sup> Pour une analyse détaillée de chacune de ces conditions de validité, voy. C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige wilsuiting », in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer, 2005, pp. 15-32 ; A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, « De geldige toestand van overeenkomsten in verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring – Actuele ontwikkelingen in de (cassatie)rechtspraak 2005-2012 », in *Verbintenissenrecht*, Bruges, Die Keure, 2012, pp. 53-76.

<sup>52</sup> Pour une analyse détaillée des vices de consentement dans le cadre de l'engagement par volonté unilatérale, voy. A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen – Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 31-36.

<sup>53</sup> J.-F. GERMAIN, « L'acte juridique unilatéral et l'engagement par manifestation unilatérale de volonté », *op. cit.*, II.2-3 – 1.

<sup>54</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume 2 : Les sources des obligations extracontractuelles – Le régime général des obligations*, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 29.

<sup>55</sup> En ce sens, J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 39-41 ; J. VAN RYN, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté », *op. cit.*, pp. 130-131.

<sup>56</sup> P. VAN OMMESSLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, pp. 144-149 ; R. KRUTHOF, « Overzicht van rechtspraak – Verbintenissen », *op. cit.*, p. 495 ; L. SIMONT, « L'engagement par volonté unilatérale », in *Les obligations en droit français et en droit belge – Convergences et divergences*, Bruylant, Dalloz, 1994, pp. 17-45 ; M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 26 ; C. VAN ACKERE, K. SWERTS et M. VEGA LÉON, « De eenzijdige wilsuiting », in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2016, II.2-5 ; P. WÉRY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 578.

<sup>57</sup> Dans aucune de ses décisions, la Cour de cassation ne pose de restrictions ou de limites supplémentaires à la possibilité de s'engager par volonté unilatérale. Pour une décision au fond, voy. not., Gand (26<sup>e</sup> ch.), 22 décembre 1998, *R.G.D.C.*, 2002, p. 575, note S. DEBUSSCHERE : « La déclaration unilatérale de volonté constitue une source réelle et autonome d'obligations, pour autant toutefois que la volonté de s'engager soit certaine et soit également exprimée, mais sans qu'il ne soit nécessaire d'y attacher encore des conditions ou des restrictions supplémentaires » (traduction libre).

<sup>58</sup> Pour une analyse plus approfondie de cette controverse, voy. C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, *op. cit.*, p. 485 ; M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *op. cit.*, pp. 26-32 ; A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>59</sup> Liège, 5 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 518 : « L'engagement par volonté unilatérale suppose par essence l'intention de souscrire une obligation dans le chef de celui qui émet la volonté ». Dans le même sens, voy. Gand, 22 décembre 1998, *R.G.D.C.*, 2002, p. 575.

<sup>60</sup> A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, pp. 38-39. L'application de l'article 1162 du Code civil à l'acte juridique unilatéral suscite la controverse (voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 63).



exprimée<sup>61</sup>. Pour conclure ou non à l'existence d'un tel engagement, le juge du fond peut aussi tenir compte d'éléments de preuve datant d'après la formation de l'acte unilatéral<sup>62</sup>.

**15. Pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond** – Le juge du fond apprécie souverainement l'existence et la portée d'une manifestation de volonté, à la condition qu'il ne méconnaisse pas la foi due aux actes dont cette manifestation est déduite<sup>63</sup>. Ne viole pas la force obligatoire d'une convention, le juge qui reconnaît à celle-ci l'effet que, dans l'interprétation qu'il en donne, elle a légalement entre les parties<sup>64</sup>. En d'autres termes, à l'exception de l'hypothèse où le juge du fond aurait donné à l'acte une interprétation inconciliable avec ses termes, le contrôle de la Cour de cassation sur ses constatations est marginal<sup>65</sup>. Notre Cour suprême ne peut s'immiscer dans le pouvoir souverain d'appréciation du magistrat quant à l'existence ou non d'un engagement unilatéral de volonté selon les circonstances de fait de la cause.

Les arrêts prononcés par la Cour de cassation le 9 mai 1980<sup>66</sup> et le 3 septembre 1981<sup>67</sup> en constituent une illustration emblématique<sup>68</sup>. En effet, les deux décisions portaient, précisément, sur l'interprétation d'une même circulaire ministérielle (circulaire n° 574-8bis du 2 septembre 1974) prise en vertu de l'article 52 de l'arrêté royal du 14 octobre 1964 relatif aux marchés passés au nom de l'État. Le contenu de celle-ci avait été interprété de manière contradictoire par deux juges du fond saisis chacun d'un litige à son propos : le premier avait conclu à l'absence d'engagement pris au nom de l'État<sup>69</sup>, à l'inverse du second<sup>70</sup>. Cependant, dès le moment où aucune interprétation n'était inconciliable avec les termes de la circulaire, la Cour de cassation – qui ne dispose que d'un pouvoir de contrôle marginal – ne put censurer (à cet égard à

tout le moins<sup>71</sup>) aucune des deux décisions et ce, bien que celles-ci réservaient à une situation identique des solutions différentes en droit<sup>72</sup>.

**16. Illustrations jurisprudentielles** – La théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté revêt une utilité non négligeable en pratique.

La Cour d'appel d'Anvers a ainsi fait une belle application du caractère contraignant de la déclaration unilatérale de volonté dans un arrêt déjà ancien du 6 décembre 1999<sup>73</sup>. À cette occasion, elle a jugé que, lorsqu'il apparaît clairement des termes d'une lettre envoyée par une entreprise de vente par correspondance que le consommateur a gagné le premier prix d'une tombola, l'annonceur est tenu de remettre ce prix au consommateur au motif que la volonté unilatérale est une source autonome d'obligations et que le consommateur a le droit de ne pas être trompé.

La Cour d'appel de Mons fournit une autre illustration de cette théorie lorsqu'elle juge que la déclaration formulée lors d'une audition pénale, suivant laquelle « *pour faire preuve de bonne volonté et bien que je n'aie rien à voir avec les dégradations de son véhicule, je veux bien payer les frais de réparation de celui-ci* », emporte également engagement par volonté unilatérale, obligeant son auteur à prendre en charge les frais de réparation de la voiture<sup>74</sup>.

Plus récemment encore, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles a fait application de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté à propos d'une promesse de subvention de 200.000 euros qui avait été faite à une ASBL par Joëlle Milquet, alors ministre de la Culture de la Communauté française<sup>75</sup>. Le 9 mars 2016, la ministre avait écrit au théâtre le courriel suivant : « *Comme convenu et en complément de ma lettre du 29 février 2016, je vous confirme que la Fédération Wallonie-Bruxelles soutiendra financièrement par un montant de 200.000 euros votre projet "Pour en finir avec la question juive"* ». Le 11 avril 2016, Madame Milquet a démissionné de ses fonctions. Par deux arrêts adoptés le

<sup>61</sup> Civ. Bruxelles, 3 février 1997, R.G. n° 16437/92 cité par J.-F. GERMAIN, « L'acte juridique unilatéral et l'engagement par manifestation unilatérale de volonté », *op. cit.*, II.2-3 – 5.

<sup>62</sup> Cass., 11 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 726.

<sup>63</sup> Cass., 27 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1216 ; Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 14 mai 2007, *Pas.*, 2007, p. 894.

<sup>64</sup> Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 23 octobre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2405.

<sup>65</sup> L. CORNELIS, note sous Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 3 septembre 1981, *Entr. et dr.*, 1982, p. 141.

<sup>66</sup> Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1127.

<sup>67</sup> Cass., 3 septembre 1981, *Entr. et dr.*, 1982, p. 131.

<sup>68</sup> L. CORNELIS, *op. cit.*, p. 141.

<sup>69</sup> Anvers, 28 juin 1978, *Entr. et dr.*, 1979, p. 19 (arrêt *Kembo*). Dans cet arrêt, la Cour d'appel d'Anvers a décidé que, dans le cas d'espèce, le ministre n'avait pas entendu engager l'État vis-à-vis des entrepreneurs, notamment, au motif que la circulaire était destinée aux chefs de services.

<sup>70</sup> Bruxelles, 6 novembre 1979, *Entr. et dr.*, 1979, p. 371 (arrêt *Matagne*). À l'inverse, la Cour d'appel de Bruxelles, quant à elle, a considéré que le ministre avait bien eu l'intention de contracter une obligation et que l'État était dès lors tenu par cet engagement.

<sup>71</sup> « Dans l'arrêt du 3 septembre 1981, la cassation fut limitée à la question des intérêts judiciaires. Pour le surplus, en ce qui concerne l'interprétation de la circulaire ministérielle, le pourvoi fut rejeté ».

<sup>72</sup> P. VAN OMMESELAEGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 49.

<sup>73</sup> Anvers, 6 décembre 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 691. Pour deux commentaires de cet arrêt, voy. C. CAUFFMAN, « Een sinterklaasgeschenk. Over loterijen, beloften in de reclame en verbintenisscheppende eenzijdige wilsuitingen », note sous Anvers, 6 décembre 1999, *R.G.D.C.*, 2000, pp. 536-547 ; P. DE VROEDE, « Belofte maakt schuld... dit geldt ook voor de formele toezegging van een bedrag van 5 miljoen B.F », *A.J.T.*, 1999-2000, pp. 694-695.

<sup>74</sup> Mons (18<sup>e</sup> ch.), 4 février 2009, *For. ass.*, 2009, p. 207, note J. GERMAIN. Voy. également Gand (26<sup>e</sup> ch.), 22 décembre 1998, *R.G.D.C.*, 2002, p. 575 (concubin qui déclare à l'occasion de son audition se porter garant pour le paiement de la dette de sa compagne, laquelle s'élève à 4.290.715 fr).

<sup>75</sup> Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 277.

14 décembre 2016, le Gouvernement de la Communauté française n'octroya alors plus qu'une subvention de 50.000 euros pour les représentations de la pièce. Dans sa motivation, le Tribunal rappelle que, « pour être de nature à lier l'autorité subsidiaire, la promesse doit être suffisamment précise et se suffire à elle-même, en déterminant les éléments essentiels et substantiels de la subvention, comme, par exemple, son montant et les fins pour lesquelles elle est attribuée »<sup>76</sup>. La juridiction en conclut que le courriel du 9 mars 2016 adressé par la ministre à l'ASBL constitue une promesse ferme et inconditionnelle de subvention à concurrence de 200.000 euros car ses termes sont sans équivoque et expriment une volonté définitive et irrévocable de soutenir le projet litigieux pour le montant indiqué<sup>77</sup>.

**17. La lettre du 21 avril 2010 de la Ministre Onkelinx contient une volonté ferme et non équivoque d'engagement** – En l'espèce, à l'instar de la Cour d'appel de Bruxelles<sup>78</sup>, nous estimons que la lettre du 21 avril 2010 représente plus qu'une simple déclaration d'intention. Tout d'abord, la mise par écrit, au travers d'une lettre destinée personnellement à certaines victimes de la thalidomide, atteste un engagement mûrement réfléchi qui ne peut s'assimiler à de simples « paroles en l'air ». La fermeté de l'engagement ressort par ailleurs du libellé-même du courriel (« *j'entends bien entendu l'exécuter* »)<sup>79</sup>. Elle est également renforcée par l'absence de réserves en son sein<sup>80</sup> ainsi que par la confirmation préalable de cette décision au travers du communiqué de presse officiel du 22 mars 2010. Quant à la portée de la déclaration, celle-ci ne prête pas à interprétation au vu de son contenu particulièrement circonstancié (allocation d'un montant précis, désignation des bénéficiaires, identification de l'organisme qui se chargera de l'octroi des montants, détermination de la place de ces sommes dans le budget fédéral global, etc.). Enfin, dans sa missive subséquente du 17 mai 2010<sup>81</sup>, la ministre explique que l'engagement pris ne recevra pas de suite, non pas au motif qu'elle n'aurait jamais eu

l'intention de lier l'État par une telle promesse, mais en raison de circonstances externes indépendantes de sa volonté (chute du gouvernement).

Puisque le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation quant à l'existence et à la portée de la déclaration, la Cour d'appel de Bruxelles a légalement pu déduire des circonstances de fait l'existence d'une volonté dans le chef de l'État belge de s'engager de manière contraignante. La décision de la Cour, qui ne méconnaît pas la foi due aux actes, se présente – à tout le moins sous cet angle – comme « inattaquable » devant la Cour de cassation<sup>82</sup>.

#### b) Une volonté extériorisée

**18. Une extériorisation par courrier** – Outre son caractère ferme et non équivoque, la volonté de l'auteur de la déclaration unilatérale doit être extériorisée<sup>83</sup>. Elle ne peut pas demeurer « confinée dans le for intérieur de la personne »<sup>84</sup>. Il serait en effet totalement surréaliste de sonder la conscience du déclarant. La Cour d'appel de Bruxelles ne manque pas de rappeler cette condition dans sa décision<sup>85</sup>. En l'espèce, l'engagement de la ministre s'est concrétisé par une lettre du 21 avril 2010, notifiée au conseil de certaines victimes de la thalidomide. Il était donc aisé pour les parties appelantes d'en rapporter la preuve par écrit, conformément aux exigences de l'article 1341 du Code civil<sup>86</sup>.

**19. Un acte juridique unilatéral réceptice ou non** – L'extériorisation d'un acte unilatéral se présente sous des formes différentes (notification ou simple publicité) selon qu'il s'agit d'un acte réceptice<sup>87</sup> ou non<sup>88</sup>. Selon C. Cauffman<sup>89</sup>, l'engagement par volonté unilatérale constitue, la plupart du temps, un acte juridique unilatéral réceptice, c'est-à-dire devant être porté à la connaissance de son/ses destinataire(s) pour produire ses effets. Face à un acte unilatéral réceptice, « le destinataire

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 284, citant J. DE BEYS, B. GORS et C. THIEBAUT, « La procédure d'octroi des subventions », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Louvain-la-Neuve, Larcier, 2011, p. 303.

<sup>77</sup> « Le courriel porte ainsi un engagement suffisamment précis sur le montant de la subvention et son affectation au projet "Pour en finir avec la question juive". Cette promesse ferme, inconditionnelle et acceptée par L. a créé des obligations dans le chef de la Communauté française » (Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 284).

<sup>78</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, pp. 428-429.

<sup>79</sup> À l'inverse, voy. Liège (14<sup>e</sup> ch.), 9 novembre 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 889 où la Cour tire argument des termes utilisés et de l'emploi du conditionnel pour conclure à une simple déclaration d'intention exprimée dans un contexte économique bien précis.

<sup>80</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, p. 429.

<sup>81</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, p. 420.

<sup>82</sup> C. CAUFFMAN, « Over verbindende en niet-verbindende eenzijdige (wils-) verklaringen », note sous Liège (14<sup>e</sup> ch.), 9 novembre 2007, *DAOR*, 2010, p. 174 : « *Aangezien de feitenrechter soeverein oordeelt over het bestaan en de draagwijdte van de verbindingswil is dit oordeel in cassatie onaantastbaar* ».

<sup>83</sup> J.-F. GERMAIN, « Les déclarations constitutives d'engagements par volonté unilatérale : *verba manent* ? », *op. cit.*, p. 210.

<sup>84</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, *Cette revue*, p. 428.

<sup>85</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, p. 39.

<sup>86</sup> Sur la preuve de l'engagement par volonté unilatérale, voy. C. CAUFFMAN, « Over verbindende en niet-verbindende eenzijdige (wils-)verklaringen », *op. cit.*, p. 167.

<sup>87</sup> Le départage entre l'acte juridique unilatéral réceptice et l'acte juridique unilatéral non réceptice n'est pas toujours chose aisée. J. MARTIN DE LA MOUTTE propose le critère suivant : l'acte est réceptice « toutes les fois que l'acte aura pour fonction directe soit une information ou un ordre juridique, soit une atteinte aux droits d'autrui » (J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Sirey, 1951, p. 182).

<sup>88</sup> J.-F. GERMAIN, « Les déclarations constitutives d'engagements par volonté unilatérale : *verba manent* ? », *op. cit.*, p. 210.

<sup>89</sup> C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige wilsuiting », *op. cit.*, p. 35.

de la notification est l'individu principalement et directement intéressé par les effets de l'acte »<sup>90</sup>. Le destinataire peut consister en un groupe d'individus pour autant que ceux-ci soient déterminables de façon précise<sup>91</sup>. La déclaration ne liera alors son auteur qu'une fois que ses destinataires en auront pris ou auront raisonnablement pu en prendre connaissance<sup>92</sup>, peu importe qu'ils l'acceptent ou non.

La lettre du 21 avril 2010 nous paraît pouvoir s'analyser comme un acte réceptice puisqu'elle est dirigée volontairement vers un groupe de personnes déterminées afin de les mettre au courant de l'engagement pris par le déclarant à leur égard<sup>93</sup>. Par ce biais, la ministre souhaitait informer les victimes du Softenon des démarches accomplies en leur faveur. Il ne s'agit pas d'« une sorte de publicité diffuse et générale, mais d'une destination précise tendant à informer telle personne ou tel groupe d'individus »<sup>94</sup>. À l'inverse, lorsqu'il s'agit d'une promesse publique souscrite envers des créanciers indéterminés ou un nombre important de destinataires déterminés, l'extériorisation doit simplement résulter d'une publicité telle que cette décision puisse être connue de tous<sup>95</sup>. L'acte est alors parfait par la seule extériorisation de la volonté<sup>96</sup>.

**20. Une acceptation non requise** – Il faut se garder de confondre l'exigence de notification d'un acte juridique unilatéral réceptice avec l'acceptation de celui-ci. La déclaration unilatérale de volonté constitue une source autonome d'obligations, pour autant que la volonté de s'engager soit certaine et exprimée, mais sans qu'il ne soit nécessaire d'y attacher des conditions ou restrictions supplémentaires<sup>97</sup>. Par définition, un acte juridique unilatéral n'exige pas, pour sa perfection, le concours de deux ou plusieurs volontés<sup>98</sup>. L'acceptation des bénéficiaires de la déclaration

unilatérale n'est donc nullement requise pour que naissent des obligations dans le chef de son auteur<sup>99</sup>. Dans un arrêt du 4 février 2009, la Cour d'appel de Mons a ainsi eu l'occasion de rappeler que le déclarant peut se lier par sa seule volonté, c'est-à-dire « indépendamment de toute acceptation du bénéficiaire de cet engagement »<sup>100</sup>. En conséquence, dans l'arrêt commenté, c'est de manière tout à fait surabondante que la Cour d'appel de Bruxelles souligne que l'engagement pris par la ministre aurait été « accepté » par les victimes de la thalidomide, sans identifier de surcroît les éléments factuels d'où elle tire ce constat<sup>101</sup>...

## 2. L'objet

**21. L'étendue de l'engagement pris par la ministre** – Une fois l'existence de l'engagement unilatéral de volonté établie, encore faut-il définir son contenu obligationnel. L'objet d'une déclaration unilatérale de volonté renvoie à l'engagement pris par le déclarant.

Dans le cas présent, la Cour d'appel apprécie plus restrictivement que les parties appelantes l'étendue de l'engagement pris par la ministre. En effet, dans leurs écrits de procédure, les victimes du Softenon entendaient purement et simplement voir condamner l'État belge à la constitution de la fondation d'utilité privée annoncée. Or, la ministre ne s'est jamais engagée à ce qu'un tel projet soit avalisé d'emblée par la Chambre des représentants puisque cette étape ultérieure du processus législatif ne relève plus de sa compétence. Dans sa lettre du 21 avril 2010, elle s'est uniquement engagée à créer « dans les plus brefs délais la base légale requise ». Autrement dit, elle promet seulement d'accomplir toutes les démarches qui relevaient de son pouvoir pour qu'un tel projet voie le jour, c'est-à-dire rédiger l'avant-projet de texte, le soumettre au Conseil des ministres pour approbation puis au Roi pour signature et, enfin, déposer le projet annoncé sur le bureau de la Chambre des représentants. Il ne faut pas se méprendre sur la portée de la promesse de la ministre qui ne se confond pas avec la décision d'octroi définitive du montant de 5 millions d'euros formalisée ultérieurement par un texte législatif<sup>102</sup>.

<sup>90</sup> J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, op. cit., p. 190.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>92</sup> P.-A. FORIERS, « Exposé introductif : Acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions », in J.-F. GERMAIN (dir.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 12-13.

<sup>93</sup> « Wanneer de wilsuiting een bepaalde, bij naam genoemde persoon vermeldt en mondeling tot hem word gericht of naar zijn post- of e-mailadres wordt verstuurd, dan gaat het om een verbindende eenzijdige wilsuiting die tot een bepaalde persoon is gericht » (C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige wilsuiting », op. cit., p. 36).

<sup>94</sup> J. MARTIN DE LA MOUTTE, op. cit., p. 189.

<sup>95</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, op. cit., p. 63.

<sup>96</sup> P. VAN OMMESELAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », op. cit., p. 145.

<sup>97</sup> A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, « Kroniek van het Verbintenissenrecht (1981-1984) », op. cit., pp. 1-4 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources 1985-1995 », *J.T.*, 1996, n°s 7-8 ; R. KRUTHOF, « Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen », op. cit., pp. 503-507.

<sup>98</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, op. cit., p. 23.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>100</sup> Mons (18<sup>e</sup> ch.), 4 février 2009, *For. ass.*, 2009, p. 209.

<sup>101</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, p. 429.

<sup>102</sup> Adoptant un raisonnement similaire, voy. Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 284 : « En réalité, la Communauté française se méprend sur la portée de la promesse ferme de subvention qui ne se confond pas avec la décision d'octroi formalisée par un arrêté. En effet, la promesse faite le 9 mars 2016 engageait la ministre en charge du budget concerné à formaliser l'octroi de la subvention à concurrence de 200.000 euros, c'est-à-dire à préparer le dossier, réserver les crédits nécessaires, recueillir l'accord du ministre du

Dans sa décision, la Cour d'appel de Bruxelles modère dès lors, à juste titre, la demande formulée par les appelants. Elle admet qu'« *il est exact que, ni la Ministre seule, ni le Conseil des Ministres ne pouvaient décider d'allouer un quelconque montant à la fondation à créer, l'octroi d'un budget revenant à la Chambre des représentants* ». Elle considère ainsi que la promesse formulée implique uniquement d'accomplir les démarches en vue de « *créer une fondation destinée aux victimes de la thalidomide* » et de « *soumettre à la Chambre des représentants un projet de loi visant à attribuer à cette fondation une allocation de 5.000.000 euros* »<sup>103</sup>. Il nous paraît en revanche excessif de considérer que les termes précis de cet avant-projet de loi, ainsi que les modalités d'exécution qui y sont reprises (cf. arrêt, n° 58), auraient d'ores et déjà été arrêtés de manière définitive et feraient également partie de l'engagement pris par l'autorité<sup>104</sup>.

### 3. La cause

**23. Un geste de soutien aux victimes de la thalidomide** – L'acte juridique unilatéral, à l'instar de l'acte juridique bilatéral, est subordonné à l'existence d'une cause<sup>105</sup>. La cause s'entend du mobile déterminant qui a poussé l'auteur de l'acte à le vouloir<sup>106</sup>. Dans le cas présent, la cause de l'engagement pris par le gouvernement belge fut clairement exprimée au sein de son communiqué de presse du 22 mars 2010 : « *Cette mesure [...] représente un geste important de soutien à ces personnes atteintes de malformations congénitales particulièrement handicapantes* ». Les inquiétudes par rapport aux survivants de la thalidomide avaient déjà été relayées antérieurement, au niveau national, par la députée Catherine Fonck au travers de plusieurs propositions de résolutions déposées à la Chambre des représentants<sup>107</sup>. Le Parlement européen a également eu l'occasion

d'exprimer ses préoccupations à cet égard dans une résolution du 15 décembre 2016<sup>108</sup>.

Les raisons qui sous-tendent l'accomplissement d'un acte juridique peuvent être variées et ne doivent pas nécessairement résulter de la volonté de réparer les conséquences dommageables d'une faute. À bon droit, la Cour rappelle dans son arrêt qu'« *il importe peu, au regard de sa validité, que cet engagement unilatéral ne contienne aucune reconnaissance de responsabilité de la part de l'État belge dans le drame du Softenon. Il n'est en effet pas requis de rechercher la cause d'un tel engagement dans un devoir moral ou de conscience de réparer une faute ; la volonté d'un État de soutenir les victimes d'un drame social, tel celui du Softenon, suffit* »<sup>109</sup>.

### 4. La capacité

a) *Le pouvoir de la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique*

**24. L'exercice de la compétence d'initiative législative** – Sur le plan des principes, rien ne s'oppose à ce que l'acte juridique unilatéral soit l'œuvre d'un représentant pour autant que celui-ci soit nanti d'un pouvoir suffisant<sup>110</sup>. Dans le cas présent, l'État belge soutient que « *ni le Conseil des ministres, ni la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique ne sont compétents pour lier l'État belge quant à l'exercice de la compétence d'initiative législative appartenant au pouvoir exécutif* »<sup>111</sup>. Conformément à l'article 75 de la Constitution, les membres du gouvernement disposent pourtant bien du droit d'initiative législative<sup>112</sup> ; « *dans la mesure où l'article 106 de la Constitution met à charge des ministres la responsabilité des actes du pouvoir exécutif, il leur transfère le droit d'initiative dans*

Budget ainsi que l'avis de l'Inspection des Finances puis porter le dossier à l'agenda de la session du Gouvernement de la Communauté française ».

<sup>103</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, p. 429.

<sup>104</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, pp. 430-432.

<sup>105</sup> Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 326, note P. VAN OMMESLAGHE ; Cass., 17 mai 1991, *Pas.* 1991, I, p. 813 ; Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 21 janvier 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 168 ; Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2513, concl. J.-Fr. LECLERCQ.

<sup>106</sup> Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, p. 708 consacrant les enseignements de P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine modernes », *R.C.J.B.*, 1970, p. 328 ; Mons, 23 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1200.

<sup>107</sup> Proposition de résolution du 9 juillet 2014 en vue d'une reconnaissance des personnes victimes de la thalidomide déposée par Mme Catherine FONCK, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2014, n° 54-0037/001. Cette proposition de résolution reprend le texte de deux propositions de résolutions antérieures, respectivement datées des 9 février et 6 septembre 2010 (DOC n° 52-2412/001 et n° 53-0089/001).

<sup>108</sup> Résolution 2016/3029/RSP du Parlement européen du 15 décembre 2016 sur le soutien aux survivants de la thalidomide, disponible en ligne sur : <http://www.europarl.europa.eu> : « considérant que de nombreux survivants, à travers l'Union européenne, sont souvent incapables de demander un financement pour couvrir les coûts des services sociaux, ce qui est actuellement la plus grande inquiétude pour les survivants de la thalidomide qui, ayant désormais dans les 50 et 60 ans, vont avoir encore plus souvent besoin de ces services au cours des années à venir, étant donné que les personnes qui s'occupent d'eux, et qui sont souvent leur partenaire ou des membres de leur famille, risquent elles-mêmes de tomber malade ou de décéder ; l. presse les États membres et la Commission de coordonner des actions et des mesures visant à reconnaître officiellement et à indemniser les survivants de la thalidomide ».

<sup>109</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, p. 429.

<sup>110</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>111</sup> Proposition de loi du 27 février 2019 relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide, *Développements*, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3622/001, p. 5.

<sup>112</sup> F. DELPÉRIE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 782.

*l'action gouvernementale* »<sup>113</sup>. Le fait que le Roi n'ait pas encore marqué son accord sur cette mesure n'ôte rien à la compétence d'initiative de son gouvernement<sup>114</sup>.

**25. Une décision arrêtée par le gouvernement** – Bien que le libellé précis de l'avant-projet de loi n'ait pas encore été défini, il ressort clairement d'une série de documents que la décision de dégager un montant de 5 millions d'euros au profit des victimes de la thalidomide avait d'ores et déjà été arrêtée de manière définitive par le gouvernement. Il ne s'agit nullement d'une décision individuelle de la Ministre L. Onkelinx, comme celle-ci a eu l'occasion de le souligner dans sa réponse à une question écrite du sénateur Bart Tommelein<sup>115</sup> ainsi que lors de la Commission de la Santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société du 27 octobre 2010<sup>116</sup>.

Dans sa lettre du 21 avril 2010, la ministre précise ainsi d'emblée que cette décision – si elle résulte, certes, de son initiative – a d'ores et déjà été validée par le Conseil des ministres à l'issue du conclave budgétaire du 22 mars 2010<sup>117</sup>. Le communiqué de presse du même jour constitue d'ailleurs la preuve officielle de l'acceptation par le gouvernement de cette mesure portée avec conviction par cette dernière<sup>118</sup>. Cette décision politique ressort aussi expressément de l'exposé général relatif à l'ajustement des budgets des recettes et dépenses pour l'année budgétaire 2010, soumis par le gouvernement à la Chambre des représentants le 29 avril 2010<sup>119</sup>.

**26. Un mandat dont les limites sont respectées** – En définitive, par sa lettre, la Ministre

Onkelinx n'a fait qu'extérioriser une décision déjà adoptée au préalable par le Conseil des ministres, lequel lui a confié la mission d'accomplir les premières étapes indispensables à la constitution de cette fondation. Si la ministre n'avait donc pas le pouvoir de lier directement l'État au paiement de 5 millions d'euros en faveur des victimes de la thalidomide, son mandat lui conférerait toutefois bien le pouvoir de rédiger le texte d'un avant-projet de loi en ce sens. La promesse faite par la Ministre Onkelinx l'ayant été dans les limites de son mandat, elle est parfaitement valable et de nature à engager le Gouvernement. Toute autre est la question de savoir si le Conseil des ministres approuvera le texte ainsi rédigé, si le Roi y apposera sa signature et si l'assemblée parlementaire votera son adoption<sup>120</sup>.

*b) La théorie de l'apparence ou de la confiance légitime*

**27. La théorie de la confiance légitime comme source autonome d'obligations** – À supposer que la ministre de la Santé n'était pas investie d'un pouvoir suffisant pour prendre pareil engagement, on pourrait alors songer à la théorie de l'apparence ou de la confiance légitime<sup>121</sup>. Selon cette théorie, la création dans le chef d'un tiers d'une confiance légitime en une situation apparente constitue une source autonome de droits et d'obligations<sup>122</sup>. Autrement dit, si par son attitude – fautive ou non –, la ministre a induit en erreur ses interlocuteurs sur la portée de ses pouvoirs en qualité d'organe, faisant ainsi naître chez eux une croyance légitime en l'existence de son mandat, l'autorité étatique devrait, en principe, assumer pleinement les conséquences de cette apparence<sup>123</sup>.

Ne pouvant examiner en détails le régime de la confiance légitime<sup>124</sup> dans une contribution qui

<sup>113</sup> *Ibid.*, pp. 474-475.

<sup>114</sup> En cas de divergence entre le Roi et ses ministres, la volonté de ces derniers est vouée à prévaloir « dans la mesure où la responsabilité – entendue en termes juridiques – des actes du pouvoir exécutif fédéral repose sur les seules épaules des ministres [...] ». Le régime parlementaire qui repose tout entier sur le système de la responsabilité ministérielle marque l'effacement des pouvoirs de décision qui pouvaient être reconnus au roi » (*ibid.*).

<sup>115</sup> Question écrite n° 5-123 de Bart TOMMELEIN à la vice-première ministre et ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, chargée de l'Intégration sociale, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. du 10 septembre 2010, disponible en ligne sur : <https://www.senate.be/www/?Mlval=Vragen/SchriftelijkeVraag&LEG=5&NR=123&LANG=fr>.

<sup>116</sup> Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société du 27 octobre 2010, question n° 544 de Damien THIÉRY, CRABV 53 – COM 017, pp. 9-10, disponible en ligne sur : <https://www.dekamer.be/doc/CCRA/pdf/53/ac017x.pdf>.

<sup>117</sup> Voy. le contenu de la lettre du 21 avril 2010 : « à l'issue des négociations qui sont intervenues dans le cadre du récent contrôle budgétaire [...] » ; « il s'agit là du mandat qui m'a été confié par le Gouvernement ». Cela ressort également du projet d'exposé des motifs élaboré en 2010 par le cabinet de la Ministre Onkelinx : « Cette disposition constitue l'exécution directe d'une décision prise lors du contrôle budgétaire 2010 (point 1, pages 18 et 19 du Conseil des ministres du 22 mars 2010) » (Bruxelles, (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, p. 430).

<sup>118</sup> Voy. le contenu du communiqué de presse du 22 mars 2010 : « à la demande de Laurette Onkelinx, le Gouvernement a accepté de réserver un montant de 5 millions d'euros au bénéfice des victimes de la thalidomide ».

<sup>119</sup> Ajustement des budgets des recettes et des dépenses pour l'année budgétaire 2010, Exposé général du 29 avril 2010, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2532/001, pp. 37 et 222.

<sup>120</sup> Adoptant un raisonnement similaire, voy. Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 285 : « La promesse de subvention du 9 mars 2016 faite par la Ministre Milquet dans le cadre de la gestion de son portefeuille ministériel et dans les limites de son budget était donc valable et de nature à engager la Communauté française. Toute autre est la question de savoir si l'octroi proprement dit de la subvention sera soumis à la délibération du gouvernement ou non. Il appartiendra au(x) ministre(s) concerné(s) soit, d'adopter directement un arrêté ministériel d'octroi, soit de soumettre une proposition d'arrêté à la délibération du gouvernement ».

<sup>121</sup> À ce propos, voy. S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extra-contractuelles*, Bruges, Bruxelles Die Keure, La Charte, 2007, pp. 47 et s.

<sup>122</sup> P.-A. FORIERS, « L'apparence, source autonome d'obligations ou application du principe général de l'exécution de bonne foi », *J.T.*, 1989, p. 542 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 693.

<sup>123</sup> C. VAN ACKERE, K. SWERTS et M. VEGA LÉON, « De eenzijdige wil-suïting », *op. cit.*, II.2-7.

<sup>124</sup> À propos de ce principe, voy. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et

se veut limitée, nous nous contentons d'ouvrir la réflexion et d'attirer l'attention du lecteur sur deux arrêts importants de notre Cour suprême à ce sujet. Selon l'enseignement issu d'un arrêt du 29 mai 1947, l'organe d'un pouvoir public engage la responsabilité de celui-ci, sur pied de l'article 1382 du Code civil, lorsqu'il agit dans les limites de ses attributions légales, mais aussi lorsqu'il doit être tenu comme agissant dans les limites de celles-ci par tout homme raisonnable et prudent<sup>125</sup>. Par ailleurs, depuis un arrêt du 20 juin 1988, « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, non seulement dans le cas où il aurait fautivement créé l'apparence, mais également en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime »<sup>126</sup>.

Dans le cadre de l'affaire *Softenon*, toute personne normalement prudente et diligente pouvait légitimement croire que l'État était engagé par la ministre de la Santé agissant sur mandat du conseil des ministres. Dès lors, en application de la théorie du mandat apparent, l'État belge devrait être contraint d'honorer l'engagement pris par son organe à l'égard des victimes de la thalidomide, peu importe que ce dernier ait agi ou non dans les limites de ses fonctions.

Faisant application de cette théorie dans un arrêt du 6 décembre 1999, la Cour d'appel d'Anvers a estimé que le fait que le prix promis n'appartenait peut-être pas au déclarant ou que ce dernier ne disposait d'aucun pouvoir décisionnel à l'égard de celui-ci, n'entachait nullement le caractère contraignant de la promesse émise<sup>127</sup>. L'auteur d'un engagement par volonté unilatérale est tenu de l'observer sous peine de tromper la confiance légitime du destinataire de l'engagement qui a compté sur son respect. Nous observons cependant que cette décision ne relevait pas du domaine du droit public.

**28. La théorie de la confiance légitime dans le domaine du droit public** – On peut se demander si la Constitution permet d'accueillir la théorie du mandat apparent en droit public. C'est la question à laquelle s'est attelé à répondre D. Renders dans la contribution qu'il a rédigée en hommage à F. Delpérée<sup>128</sup>.

À l'origine de cette réflexion figure un jugement du Tribunal de première instance d'Arlon du 15 mars 2005<sup>129</sup>. Les circonstances ayant conduit au litige peuvent être résumées comme il suit. Un collège communal promet à l'un de ses citoyens de lui vendre le terrain jouxtant sa propriété. Cet engagement se concrétise au travers de deux courriers reprenant précisément la parcelle, objet de la vente, ainsi que son prix d'achat. Cependant, quelques mois plus tard, la commune se rétracte, arguant que cette décision relevait en réalité de la compétence du Conseil communal et non du Collège communal. Dans sa motivation, le Tribunal renvoie à la note du premier avocat général Hayoit de Termicourt qui souligne qu'« *il existe une obligation générale de ne pas tromper la confiance nécessaire à l'entretien des relations sociales [...] et on n'aperçoit pas la raison pour laquelle cette obligation ne pèserait pas sur les pouvoirs publics* »<sup>130</sup>. Sur la base de la théorie du mandat apparent appliquée dans le chef des pouvoirs publics, la juridiction condamne, dès lors, la commune à la passation forcée de l'acte authentique de vente immobilière. Elle estime qu'en se présentant comme interlocuteur unique du demandeur vis-à-vis de la commune, le Collège a créé une apparence et qu'un organe de la commune représente celle-ci lorsqu'il doit être tenu comme agissant dans les limites de ses attributions par tout homme raisonnable et prudent. Le Tribunal accorde, en outre, des dommages et intérêts complémentaires pour la faute commise<sup>131</sup>.

Malgré l'issue réservée à ce litige, D. Renders émet les plus vives réserves quant à l'application de cette théorie en droit public. Selon lui, celle-ci se concilie très difficilement avec l'article 33 de la Constitution qui prescrit que les personnes publiques ne peuvent valablement s'engager que dans le respect des pouvoirs qui leur sont confiés (pouvoirs d'« attribution »)<sup>132</sup>. Cela ne signifie pas pour autant que l'apparence ne trouverait aucun rôle à jouer en droit public. Selon l'auteur, l'écartement de la théorie du mandat apparent « *n'interdit pas la réception de la théorie de l'apparence de fonctionnalité de l'agent organe de l'Administration en droit de la responsabilité civile* »<sup>133</sup>. Autrement dit, l'apparence créée par l'Administration

B. TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, pp. 222-228.

<sup>125</sup> Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 216.

<sup>126</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 20 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 547, note P. FORIERS. Dans le même sens, voy. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 25 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2004, p. 457.

<sup>127</sup> Anvers, 6 décembre 1999, *D.C.C.R.*, 2000, p. 198. Cette décision fut mise en exergue par A. DE BOECK, « De verbintenis uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, pp. 29-30.

<sup>128</sup> D. RENDERS, « La théorie du mandat apparent à l'épreuve de la Constitution », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1321-1332.

<sup>129</sup> Civ. Arlon (2<sup>e</sup> ch.), 15 mars 2005, *Rev. dr. commun.*, 2006, p. 28.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>131</sup> Elle considère qu'« en s'adressant à un particulier en donnant toutes les apparences d'un engagement ferme et définitif, alors que les conditions de compétence n'étaient pas remplies, puis en se rétractant sans aucune autre motivation qu'un changement d'avis, la ville de Florenville a commis une faute, que n'aurait pas commise une commune normalement prudente et diligente » (Civ. Arlon (2<sup>e</sup> ch.), 15 mars 2005, *préc.*, p. 28).

<sup>132</sup> D. RENDERS, « La théorie du mandat apparent à l'épreuve de la Constitution », *op. cit.*, pp. 1325-1331.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 1330.

peut constituer une faute qui, si elle engendre un dommage<sup>134</sup>, entraînera la responsabilité civile de l'autorité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil<sup>135</sup>.

### C. LES EFFETS

**29. Les bénéficiaires de la lettre du 21 avril 2010** – Une fois rapportée la preuve de la réunion des conditions de validité de l'engagement unilatéral de volonté se pose encore la question de l'identification des bénéficiaires de cet engagement : les seules victimes destinataires de la lettre envoyée par la ministre le 21 avril 2010 ou l'ensemble des victimes du Softenon. La Cour d'appel de Bruxelles considère que cet engagement « *lie l'État belge non pas seulement envers les appelants qui en exigent le respect mais envers [...] toute personne "dont il sera démontré qu'elle souffre de malformations congénitales liées à la prise par la mère pendant la grossesse d'un des médicaments distribués en Belgique par la firme R. Coles, contenant de la thalidomide"* »<sup>136</sup>.

À notre sens, une distinction doit être opérée entre les personnes pouvant se prévaloir de la déclaration unilatérale de volonté et les personnes qui en bénéficieront une fois celle-ci exécutée. Autrement dit, il convient de faire le départ entre les destinataires de l'engagement et l'objet de celui-ci. En effet, seules les personnes à l'égard de qui la manifestation de volonté a été dirigée peuvent se prévaloir de l'engagement par volonté unilatérale comme source d'obligation<sup>137</sup>. Cela résulte du principe de la relativité des effets internes du contrat (C. civ., art. 1165) appliqué, par analogie, à l'engagement par déclaration unilatérale de volonté<sup>138</sup>. Bien entendu, en cas de notification faite au représentant – par exemple au conseil juridique des victimes comme dans le cas présent – les effets de l'acte se réaliseront sur la tête du (des) représenté(s).

Est-ce à dire que les autres victimes du Softenon – qui ne se sont pas vu adresser de lettre – ne bénéficieront en aucune manière de cette déclaration ? À notre estime, celles-ci ne pourront pas contraindre l'État belge à la mettre en œuvre puisque ce dernier n'a formulé aucune promesse à leur égard (sauf à considérer comme telle le communiqué de presse du 22 mars 2010...). En

revanche, en vertu de l'objet-même de cet engagement, une fois celui-ci exécuté à la requête des destinataires directs de la lettre, il produira ses effets, non seulement en faveur de ces derniers, mais également en faveur de « *chaque victime née en Belgique entre le 1<sup>er</sup> janvier 1958 et le 1<sup>er</sup> avril 1963* ». En d'autres termes, si seules certaines des victimes pouvaient agir en justice contre l'État belge sur le fondement de la déclaration unilatérale de volonté, l'ensemble des victimes répondant aux conditions d'indemnisation en tireront néanmoins profit une fois celle-ci exécutée.

**30. L'irrévocabilité de l'engagement** – Par essence, l'acte juridique unilatéral est irrévocable ; une fois parvenu à son destinataire, il ne peut jamais être rétracté unilatéralement par son auteur qui doit assumer les conséquences juridiques de sa volonté<sup>139</sup>. En effet, « *ceux dans le chef desquels une expectative a été créée par une déclaration de volonté sont en droit d'exiger de l'auteur de celle-ci qu'il y réserve la suite annoncée* »<sup>140</sup>. La possibilité de mettre fin à la première manifestation de volonté par une seconde est exclue<sup>141</sup>.

Puisque la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique ne s'est pas engagée à titre personnel, mais en qualité d'organe de l'État, le changement de composition du gouvernement ne délie pas l'État belge de son engagement<sup>142</sup>. C'est donc à tort que la lettre de révocation du 17 mai 2010 stipule que le prochain gouvernement disposera d'un nouveau pouvoir décisionnel discrétionnaire par rapport à cette problématique<sup>143</sup>.

Dans sa motivation, la Cour d'appel de Bruxelles s'attarde sur la notion d'« affaires courantes », s'interrogeant sur la possibilité qu'avait le gouvernement démissionnaire d'exécuter l'engagement pris en faveur des victimes de la thalidomide malgré la crise gouvernementale en cours<sup>144</sup>. Elle ne tranche toutefois pas explicitement cette question<sup>145</sup>.

<sup>139</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, op. cit., p. 45.

<sup>140</sup> X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, op. cit., pp. 102-103.

<sup>141</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 521, n° 530.

<sup>142</sup> Pour une application dans des circonstances similaires, voy. Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 285 : « En soumettant au gouvernement une proposition d'octroi de subvention à concurrence de 25.000 euros x 2, les ministres GREOLI et SCHYNS n'ont pas respecté la promesse ferme donnée par leur prédécesseur. En outre, l'irrévocabilité constitue en effet une caractéristique essentielle de l'acte juridique unilatéral. Dès lors, et contrairement à ce que soutient la Communauté française, la promesse ferme étant créatrice de droit pour son bénéficiaire, il n'était pas permis de retirer cet acte unilatéral pour le remplacer par deux autres ».

<sup>143</sup> Selon les termes de la lettre subséquente du 17 mai 2010, « *la décision appartiendra dès lors au prochain Gouvernement. J'espère toutefois que les étapes franchies ces derniers mois pourront servir de base à une future décision en faveur des victimes du Softenon* ».

<sup>144</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, préc., *Cette revue*, p. 433.

<sup>145</sup> La Cour précise ce qui est visé par la notion d'« affaires courantes » sans trancher explicitement la question de savoir si le dépôt d'un avant-projet de loi

<sup>134</sup> Il conviendra cependant d'encre démontrer le dommage réellement subi car, selon l'auteur, « le préjudice invoqué ne saurait, bien évidemment, être l'absence du bénéfice de l'engagement pris par l'Administration, en dehors de ses attributions » (D. RENDERS, « La théorie du mandat apparent à l'épreuve de la Constitution », op. cit., p. 1331).

<sup>135</sup> Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 216.

<sup>136</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, préc. p. 39.

<sup>137</sup> C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige wilsuiking », op. cit., p. 34.

<sup>138</sup> *Ibid.*

À considérer que la poursuite des démarches commencées n'entrerait pas dans la catégorie des affaires courantes, la chute du gouvernement Leterme II nous paraît pouvoir s'analyser comme un cas de force majeure temporaire. Les obligations du débiteur de l'engagement unilatéral ne seront donc suspendues que momentanément, le temps que dure l'impossibilité pour le débiteur de l'engagement de s'exécuter<sup>146</sup>. Une fois l'empêchement disparu – c'est-à-dire une fois la crise gouvernementale terminée et le nouveau gouvernement constitué –, ce dernier aurait dû mener à terme l'engagement pris par le gouvernement précédent. À juste titre, la Cour d'appel de Bruxelles conclut que « *quoi qu'il en soit, à partir du moment où le gouvernement s'est engagé, alors qu'il a encore les pleins pouvoirs, à créer une fondation au profit des victimes de la thalidomide nées en Belgique et à soumettre à la Chambre un projet d'attribution à cette fondation d'une somme de 5.000.000 €, cet engagement a conservé et conserve, depuis qu'il a été porté à la connaissance des appelants qui l'ont accepté, sa force obligatoire ; la crise gouvernementale n'a pas eu pour effet de l'éteindre, pas plus qu'elle ne met fin aux conventions valablement conclues ou aux engagements internationaux valablement contractés avant sa survenance* »<sup>147</sup>.

### SECTION 3. L'EXÉCUTION EN NATURE D'UNE OBLIGATION FACE AU PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

**31. L'exécution en nature et la réparation en nature** – L'engagement par volonté unilatérale est source d'une obligation civile juridiquement contraignante. Dès lors, conformément au régime général des obligations, si le débiteur ne tient pas son engagement, le bénéficiaire peut solliciter, en justice, la condamnation de ce dernier à s'exécuter en nature ou, à défaut, par équivalent.<sup>148</sup>

À titre liminaire, nous souhaitons attirer l'attention du lecteur sur la nécessaire distinction à opérer entre l'exécution en nature d'une obligation et

la réparation en nature d'un dommage<sup>149</sup>. Dans la première hypothèse, le créancier peut se contenter d'invoquer le défaut d'exécution de son débiteur pour obtenir la condamnation de ce dernier à l'exécution en nature de l'obligation qui lui incombe. En l'espèce, la Cour d'appel de Bruxelles ne fait ainsi rien d'autre que condamner l'État belge à exécuter – en nature – l'engagement qu'il a pris par la déclaration unilatérale de volonté de son organe. Une telle condamnation à l'exécution en nature doit être distinguée d'autres types de condamnation, telle que la réparation en nature à charge des pouvoirs publics qui suppose, quant à elle, de démontrer les conditions de la responsabilité (un fait générateur, un dommage et un lien de causalité). Le Tribunal de première instance de Bruxelles l'a bien perçu lorsqu'il précise, dans un jugement du 23 janvier 2019, que « la question d'un dommage éventuel ne se pose pas dans le cadre d'un engagement unilatéral, comme [elle] pourrait se poser dans le cadre d'une action en responsabilité »<sup>150</sup>.

**32. La séparation des pouvoirs, un principe d'ordre public** – Qu'il s'agisse de poursuivre l'exécution en nature de l'obligation ou la réparation en nature du dommage, l'application du droit commun des obligations doit se concilier avec les principes fondamentaux de droit public tels que celui de la séparation des pouvoirs<sup>151</sup>.

Pour rappel, ce principe général de droit<sup>152</sup>, à valeur constitutionnelle<sup>153</sup>, « a pour but de limiter l'exercice du pouvoir, afin que chacun des organes de l'État ne puisse exercer qu'une partie de la souveraineté, de manière telle que chaque organe, pris séparément, n'en possède point la totalité et doive constamment faire appel au concours des autres organes »<sup>154</sup>. Selon l'État belge, « l'injonction de déposer un avant-projet de loi devant la Chambre des représentants constitue une immixtion illégale du pouvoir judiciaire dans l'exercice du pouvoir exécutif, en violation du principe général du droit de la séparation des pouvoirs »<sup>155</sup> »<sup>156</sup>.

en faveur des victimes de la thalidomide en ferait partie. Elle souligne toutefois que les affaires courantes couvrent, notamment, « les affaires en cours, qui constituent la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée avant la dissolution du parlement, dont l'adoption n'est finalement que l'aboutissement d'un long processus engagé bien avant la chute du gouvernement, sans précipitation, les questions politiques ayant pu se poser sur le plan administratif étant résolues avant la période critique » (*ibid.*).

<sup>146</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume I : Théorie générale du contrat*, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 883.

<sup>147</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, p. 433.

<sup>148</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 66.

<sup>149</sup> À ce propos, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 571.

<sup>150</sup> Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 286.

<sup>151</sup> C. BORUCKI, F. AUVRAY, P. GILLAERTS et I. SAMOY, « Softenon : (eenzijdige) regeringsbelofte maakt schuld », *op. cit.*, p. 6.

<sup>152</sup> Cass., 10 juin 1996, *Pas.*, 1996, p. 611.

<sup>153</sup> Cass., 22 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1177 ; Cass., 17 décembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2999.

<sup>154</sup> E. KRINGS, « Considérations sur l'État de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1989, p. 521.

<sup>155</sup> Sur la séparation des pouvoirs, voyez les références reprises à la note de bas de page n° 14 la contribution de D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extra-contractuelle ? », note sous Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 573.

<sup>156</sup> Proposition de loi du 27 février 2019 relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant

Le moyen invoquant la méconnaissance de ce principe fondamental de répartition des fonctions au sein de l'État est d'ordre public : il peut donc être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation<sup>157</sup>.

**33. Des lignes directrices communes** – Au sein de cette troisième et dernière section, nous nous proposons d'examiner plus avant si cette condamnation de l'État belge à l'exécution en nature d'une obligation de *facere*<sup>158</sup> constitue ou non une ingérence dans l'exercice des fonctions exécutive et législative. Si nous avons rappelé la nécessité de distinguer les deux formes de condamnation que constituent l'exécution en nature, d'une part, et la réparation en nature, d'autre part, les mêmes lignes directrices s'appliquent pour l'appréciation par le magistrat du respect du principe de la séparation des pouvoirs. Pour cette raison, nous les envisagerons de pair dans les lignes qui suivent.

#### A. LES PRINCIPES DE PRIMAUTÉ DE L'EXÉCUTION EN NATURE ET DE LA RÉPARATION EN NATURE DANS LE CHEF DES POUVOIRS PUBLICS

**34. Un principe transposable en droit public** – Selon une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation, le principe est celui de la primauté de l'exécution en nature<sup>159</sup> et de la réparation en nature<sup>160</sup>. Si, pendant longtemps, le contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics n'obéissait pas à ce principe traditionnel de droit civil, cette époque est révolue depuis un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1980 qui a aligné les solutions du droit public sur celles du droit commun<sup>161</sup>. De la même manière que le principe de la séparation des pouvoirs n'empêche pas les magistrats de retenir la responsabilité des pouvoirs publics<sup>162</sup>, « les cours et tribunaux

ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à [une autorité administrative] lorsque, aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable »<sup>163</sup>. Cet enseignement fut réitéré en des termes identiques dans un arrêt plus récent du 4 septembre 2014<sup>164</sup>.

En vertu de ces arrêts importants, le juge civil dispose d'un pouvoir d'injonction à l'égard de l'autorité étatique, sans que cela ne soit considéré comme une ingérence<sup>165</sup>. L'identité de traitement implique que l'administration, à l'instar de tout autre justiciable, puisse être condamnée à exécuter en nature l'obligation qu'elle a méconnue ou à réparer en nature le dommage qu'elle a causé<sup>166</sup>. Procéder autrement reviendrait « à conférer à la puissance publique un privilège que ne justifient pas les textes qui commandent la matière »<sup>167</sup>. Dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1980, F. Delpérée surenchérit en rappelant qu'une condamnation pécuniaire dans le chef d'une autorité publique n'a jamais été considérée comme une ingérence inadmissible, alors que, ce faisant, le juge s'immisce tout autant, si pas plus, que s'il ordonnait la réparation en nature, puisque cela contraint l'administration à prélever, directement dans les ressources publiques, les sommes nécessaires à la réparation du préjudice...<sup>168</sup>

**35. Deux illustrations** – Parmi les mesures de condamnation à une réparation en nature, rien n'interdit le magistrat d'« ordonne[r] à l'administration de mettre en œuvre son pouvoir réglementaire si elle en a l'obligation »<sup>169</sup>. Faisant application de cet enseignement, le Tribunal

de la thalidomide, *Développements*, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3622/001, p. 5.

<sup>157</sup> Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1731 ; *R.G.D.C.*, 2015, p. 569, note D. RENDERS.

<sup>158</sup> A. FOURREZ, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté comme source autonome d'obligation », *op. cit.*, n° 41.

<sup>159</sup> Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370 ; Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 30 janvier 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 405 : « Attendu que l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celles de ne pas faire ; que ce n'est que lorsque cette exécution n'est pas ou n'est plus possible que l'exécution par équivalent s'impose ».

<sup>160</sup> Cass., 20 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 67 ; Cass., 21 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 388 ; Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 5 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 247, note P. WÉRY.

<sup>161</sup> F. BOUHON, « Arrêt d'espèce ou arrêt de principe ? Réflexions de synthèse autour de la décision de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *Rev. b. dr. const.*, 2007, p. 415.

<sup>162</sup> Voy. l'arrêt *Flandria* (Cass., 5 novembre 1920, *J.L.M.B.*, 2000, p. 23, note C. PANIER) pour la responsabilité de l'État pour la faute commise par le pouvoir exécutif, l'arrêt *Anca* (Cass., 19 décembre 1991, *R.C.J.B.*, 1993, p. 285, note F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE) pour la responsabilité de l'État pour la faute commise par le pouvoir judiciaire et l'arrêt *Ferrara Jung* (Cass.,

28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870, concl. J. LECLERCQ) pour la responsabilité de l'État pour la faute commise par le pouvoir législatif.

<sup>163</sup> Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 173, note F. DELPÉRÉE. Pour une illustration de mesures de cessation ordonnées par le juge des référés à l'égard de l'État belge, voy. Bruxelles (2<sup>e</sup> ch.), 17 mars 2005, *Res Jur. Imm.*, 2005, p. 126.

<sup>164</sup> Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 569. Sur cet arrêt, voy. D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », *op. cit.*, pp. 571-579 et G. JOCQUÉ, « Herstel *in natura* bij onrechtmatige handeling van overheid », note sous Cass., 4 septembre 2014, *NjW*, 2015, p. 246.

<sup>165</sup> B. VAN DEN BERGH, « Festina lente ? Over de (redelijke-)termijn-problematiek in het raam van aansprakelijkheidsvorderingen tegen overheden », note sous Civ. Bruxelles (24<sup>e</sup> ch.), 22 janvier 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1488.

<sup>166</sup> D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », *op. cit.*, p. 577.

<sup>167</sup> F. DELPÉRÉE, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », note sous Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 184.

<sup>168</sup> *Ibid.*, pp. 182-183.

<sup>169</sup> B. JADOT, « Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'administration : le pouvoir d'injonction et la réparation en nature », in *La responsabilité des pouvoirs publics – actes du colloque interuniversitaire organisé les 14 et 15 mars 1991*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 452.



de première instance de Bruxelles a ainsi déjà eu l'occasion de condamner l'État belge, sous astreinte, à instituer une commission<sup>170</sup> qu'il avait négligé de créer dans un délai raisonnable et ce, conformément aux prescriptions légales qui le lui imposaient<sup>171</sup>.

Dans cette décision, la condamnation de l'autorité publique résultait d'une carence réglementaire engageant sa responsabilité civile mais elle pourrait tout aussi bien, selon nous, découler d'une autre source d'obligation, telle qu'un engagement par déclaration unilatérale de volonté. Nous en trouvons d'ailleurs une illustration récente avec le jugement prononcé le 23 janvier 2019 par le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles dans lequel celui-ci condamne la Communauté française à exécuter la promesse de subvention faite à une ASBL par la ministre Milquet à concurrence du solde restant dû, soit 150.000 euros<sup>172</sup>.

#### B. LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS EN TANT QUE LIMITE AUX PRINCIPES DE L'EXÉCUTION EN NATURE ET DE LA RÉPARATION EN NATURE

**36. Un principe qui n'est pas illimité** – Le principe de primauté de l'exécution en nature et de la réparation en nature n'est bien entendu pas illimité. Celles-ci doivent être possibles et ne doivent pas constituer l'exercice abusif d'un droit<sup>173</sup>. L'impossibilité peut résulter aussi bien de considérations matérielles que juridiques, telles que le principe de la séparation des pouvoirs<sup>174</sup>.

**37. L'arrêt de la Cour de cassation du 4 septembre 2014** – Dans son arrêt du 4 septembre 2014 précité, la Cour de cassation consacre, certes, la possibilité pour les cours et tribunaux d'ordonner la réparation en nature et de prescrire à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable. Dans la suite de sa décision, elle tempère toutefois son propos de manière non négligeable en rappelant que « *le principe général du droit de la séparation des pouvoirs leur interdit de faire, hors cette hypothèse, des actes d'administration publique et de réformer*

*ou d'annuler les actes des autorités administratives* »<sup>175</sup>. Dans ses conclusions précédant l'arrêt, le Premier avocat général Leclercq rappelle que le juge judiciaire reste « *tenu de sauvegarder l'ordre des compétences et ne peut se substituer à cette autorité* » en sorte que, « *lorsque plusieurs solutions légales sont possibles pour réaliser la réparation en nature, le juge ne peut décider à la place de cette autorité quelle est celle des solutions qui doit être adoptée* »<sup>176</sup>.

**38. La difficulté de circonscrire les mesures concrètes pouvant être ordonnées par le pouvoir judiciaire** – Comme l'écrivent très justement M. Pâques et L. Donnay, « *le point délicat n'est plus la compétence du juge judiciaire de connaître du litige, mais plutôt le type de mesures qu'il peut ordonner* »<sup>177</sup>. À cet égard, F. Delpérée insiste pour opérer une distinction entre la condamnation en tant que telle et les éventuelles mesures d'accompagnement : une chose « *est la sentence qui impose au responsable du dommage de le réparer, fût-ce en nature ; autre chose est l'injonction qui lui est adressée de prendre telles mesures aux fins d'assurer cette prompte réparation* »<sup>178</sup>. S'il est ainsi acquis que l'État belge peut parfaitement être condamné à s'exécuter en nature ou à réparer en nature le dommage, il reste à s'interroger sur les mesures concrètes pouvant être prescrites par le juge à l'encontre de l'autorité publique, eu égard au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

De manière générale, lorsqu'un magistrat de l'ordre judiciaire ordonne l'exécution en nature ou la réparation en nature à l'égard de l'administration, il ne peut pas empiéter sur les compétences confiées à cette dernière en la privant de sa liberté d'appréciation ou en se substituant à elle<sup>179</sup>. Le pouvoir d'appréciation de l'autorité publique doit être préservé : cette dernière doit continuer à être en mesure de définir elle-même la manière dont elle exerce sa compétence et de choisir elle-même la solution qui lui paraît la plus adaptée dans les limites fixées par la loi<sup>180</sup>. Sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs,

<sup>175</sup> Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 4 septembre 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15177 ; *CRA*, 2015, p. 46, note G. JOCQUE.

<sup>176</sup> Il poursuit en ces termes : « il n'appartient pas en effet au pouvoir judiciaire d'apprécier l'opportunité qu'il y a à adopter l'une plutôt que l'autre de ces solutions ; cette appréciation relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative laquelle demeure seulement liée par l'obligation de résultat de rétablir la victime dans ses droits » (Concl. Prem. Av. Gén. J.-F. LECLERCQ précéd. Cass., 4 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1731).

<sup>177</sup> M. PÂQUES et L. DONNAY, « Juridiction ordinaire et juridiction administrative », *C.D.P.K.*, 2007, p. 87.

<sup>178</sup> F. DELPÉRÉE, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », *op. cit.*, p. 185.

<sup>179</sup> Cass., 31 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 1002 ; Cass., 17 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2145 ; Cass., 12 décembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 2003 ; Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 3 janvier 2008, *Pas.*, 2008, p. 10.

<sup>180</sup> Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 27 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2170 ; Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 3 janvier 2008, *Pas.*, 2008, p. 10.

« l'administration qui dispose d'une compétence discrétionnaire doit trouver, dans le dispositif du juge, le pouvoir de l'exercer pleinement »<sup>181</sup>.

**39. Illustration avec la carence fautive de l'État belge face à la surpopulation carcérale** – Plusieurs décisions récentes ont été prononcées par les juridictions de fond à ce sujet, plus spécifiquement, en matière de carence fautive de l'État belge<sup>182</sup> face au phénomène de la surpopulation carcérale. Dans un jugement du 9 octobre 2018, le Tribunal de première instance de Liège a jugé que les principes de la séparation des pouvoirs et de l'immunité d'exécution « s'opposent à ce qu'un tribunal impose à l'État de prendre telle ou telle mesure précise à titre de réparation du dommage, un tribunal ne pouvant pas s'immiscer dans la fonction législative et dans le processus politique de l'élaboration des lois. Ainsi, en l'espèce, il serait tout à fait contraire au principe de la séparation des pouvoirs d'ordonner à l'État belge de faire les modifications législatives précises sollicitées par les parties demanderessees [...]. Cela relève de l'opportunité et du pouvoir discrétionnaire du législateur, qui ne peut se voir imposer de légiférer dans un sens ou dans un autre »<sup>183</sup>. Il ajoute cependant – et cela est essentiel – que le tribunal peut parfaitement « condamner l'État belge à prendre les mesures nécessaires afin de lutter efficacement contre la surpopulation pénitentiaire au sein de la prison de Lantin », la seule restriction étant qu'il ne peut « se prononcer plus précisément quant auxdites mesures »<sup>184</sup>. Le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles a statué dans le même sens dans un jugement récent du 9 janvier 2019 ayant trait à la même problématique<sup>185</sup>.

**40. Illustration avec une promesse de subvention** – Dans la décision susmentionnée du 23 janvier 2019<sup>186</sup>, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles condamne la Communauté française à exécuter la promesse de subvention faite par la ministre Milquet tout

en veillant au respect du principe de la séparation des pouvoirs. Il rappelle qu'il ne lui appartient pas « de se substituer au gouvernement dans l'examen de la proposition ministérielle qui sera, si le ministre compétent l'estime nécessaire, soumise à délibération ». Il en conclut que « l'exécution en nature de l'engagement ministériel unilatéral ne peut pas être la condamnation au paiement d'une somme d'argent », mais bien uniquement l'exécution de la promesse de subvention<sup>187</sup>.

*C. L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES DU 22 FÉVRIER 2018*

**41. Retour sur l'arrêt Softenon** – La matière étant désormais balisée par les principes qui la gouvernent, nous pouvons revenir sur l'arrêt commenté. En déterminant la portée de la déclaration unilatérale de la ministre Onkelinx, la Cour d'appel de Bruxelles ne nous paraît pas s'immiscer dans la fonction législative et dans le processus politique d'élaboration des lois, mais simplement se conformer à la mission du pouvoir judiciaire de protéger les droits civils<sup>188</sup>.

En effet, lorsque la juridiction condamne l'État belge à présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi à insérer dans la prochaine loi budgétaire en vue de la constitution d'une fondation d'utilité privée destinée à indemniser les victimes de la thalidomide, la Cour se borne à définir l'attitude que doit adopter l'État belge pour honorer l'engagement contraignant qu'il a pris, par le truchement de la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique. Ce faisant, la juridiction ne modifie en rien l'état du droit positif. Sa condamnation n'est pas de nature à priver le gouvernement de son pouvoir d'appréciation dans la rédaction concrète de cet avant-projet de loi. De plus, l'autonomie du pouvoir législatif est également sauve puisque l'arrêt se borne à imposer le dépôt d'un avant-projet de loi sur le bureau de l'assemblée parlementaire ; la Chambre des représentants reste ensuite entièrement libre d'adopter, de rejeter ou d'amender le texte déposé.

Par conséquent, en imposant au gouvernement de déposer un avant-projet de texte, comme il l'avait annoncé, l'arrêt ne nous semble pas enfreindre le principe de la séparation des pouvoirs. Comme a eu l'occasion de le souligner P. Wéry, « il s'agit tout simplement pour la cour

<sup>181</sup> D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », *op. cit.*, p. 578.

<sup>182</sup> Pour une contribution sur la responsabilité de l'État-législateur, voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », in *La responsabilité des pouvoirs publics – XXII<sup>es</sup> journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 331-393.

<sup>183</sup> Civ. Liège (div. Liège) (4<sup>e</sup> ch.), 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1930.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 1931.

<sup>185</sup> « Les mesures précises sollicitées par l'O.B.F.G. à l'égard du législateur et qui visent à obtenir la condamnation de l'État belge à adopter ou modifier des lois matérielles ou budgétaires ne peuvent être ordonnées par le tribunal sous peine d'atteinte au principe de séparation des pouvoirs ». La juridiction poursuit en rappelant que « si le juge peut prescrire au pouvoir exécutif des mesures destinées à mettre fin à une voie de fait dommageable, cette injonction ne peut aller jusqu'à ordonner à l'administration de prendre une décision dans un sens déterminé dans un domaine où elle dispose d'une compétence discrétionnaire » (Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 9 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 425).

<sup>186</sup> Voy. *supra* n° 16.

<sup>187</sup> Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 285.

<sup>188</sup> En ce sens, plus spécifiquement sur la responsabilité de l'État-législateur, voy. Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 28 septembre 2006, *J.T.*, 2018, p. 600, note S. VAN DROOGHENBROECK ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1548, note J. WILDERMEERSCH et M. UYTENDAELE ; *NjW*, 2007, p. 319, note I. BOONE ; *C.D.P.K.*, 2007, p. 218, note M. RIGAUX ; *RABG*, 2007, p. 320, note C. VERBRUGGEN ; *R.G.A.R.*, 2007, n° 14.242, note P. MOREAU ; *R.W.*, 2006-07, p. 27, note A. VAN OEVELEN.



d'appel de rappeler l'État belge au respect de ses engagements »<sup>189</sup>. La circonstance que le pouvoir législatif puisse refuser ou modifier ultérieurement le projet ne saurait exonérer le pouvoir exécutif de son obligation d'exécuter son engagement en déposant un texte à cet effet.

**42. Le pas de trop ?** – Une difficulté pourrait toutefois surgir en ce que la Cour d'appel condamne l'État belge, dans son dispositif<sup>190</sup>, non pas uniquement à déposer « un » avant-projet de loi à insérer dans la prochaine loi budgétaire, mais à déposer un avant-projet « *tel celui reproduit sous le point 58* »<sup>191</sup> de sa décision. Au point 58 de son arrêt, la Cour reprend *in extenso* l'ébauche d'un projet d'exposé des motifs qui avait été élaboré en 2010 par le cabinet de la Ministre Onkelinx.

Au risque de s'immiscer tant dans l'exercice de la fonction exécutive que dans le processus d'élaboration des lois, l'injonction de la Cour d'appel ne peut pas consister à ordonner au pouvoir exécutif de déposer un texte tel que libellé par la juridiction alors qu'il dispose d'une compétence discrétionnaire en ce domaine et que le texte n'a pas encore fait l'objet d'un arbitrage politique au sein du Conseil des ministres. En effet, comme exposé ci-avant, si le pouvoir judiciaire est certes compétent pour réparer toute atteinte illicitement portée à des droits subjectifs par des autorités dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, il ne peut cependant, à cette occasion, priver ces autorités de leur liberté politique ou se substituer à celles-ci<sup>192</sup>. Il doit « *respecter la liberté d'appréciation permettant à l'autorité de décider elle-même de la manière dont elle exerce sa compétence* »<sup>193</sup>. À l'instar de B. Jadot, nous estimons dès lors que si « *l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'administration n'empêche pas de manière absolue de lui adresser une injonction* », celle-ci peut uniquement porter sur le principe d'un comportement à adopter, l'administration condamnée en déterminant ensuite les modalités d'exécution<sup>194</sup>.

À notre sens, par son dispositif condamnant l'État belge à présenter un avant-projet de loi « tel » celui reproduit sous le point 58 de sa décision, la Cour n'entend heureusement pas ordonner

la rédaction d'un texte en des termes strictement identiques à ceux repris au sein de sa motivation. Cette formulation quelque peu sibylline vise uniquement, selon nous, à fournir une illustration d'exécution en nature dans le cas présent et à insister sur l'obligation pour le déclarant de concrétiser sa promesse dans toute son étendue au vu de son objet. L'État belge ne pourra donc pas revenir sur les modalités qu'il a d'ores et déjà arrêtées (telles que la création d'une fondation spécifiquement consacrée aux victimes de la thalidomide ou l'allocation d'un montant global de cinq millions d'euros). Il dispose toutefois toujours d'un pouvoir discrétionnaire pour le surplus. En témoignent les différences<sup>195</sup> qui peuvent aisément être relevées entre le projet d'exposé des motifs, tel qu'élaboré en 2010<sup>196</sup> et le contenu définitif de la loi du 5 mai 2019 (*cf. infra*, n° 43).

En résumé, les règles du droit commun des obligations permettent au juge d'ordonner à une autorité publique d'exécuter son obligation, formellement établie, de *dare*, *facere* ou *non facere* à la condition que cette autorité garde « le pouvoir de régler, dans le respect des règles qui s'imposent à elle, le contenu de cette obligation compte tenu, selon le cas, de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire ou de sa compétence liée en la matière »<sup>197</sup>.

**43. La promulgation de la loi du 5 mai 2019** – Le 15 février 2019, sur proposition de la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique Maggie De Block, le Conseil des ministres a approuvé un avant-projet de loi visant à octroyer une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide<sup>198</sup>.

Dans les suites de l'arrêt commenté a ainsi été promulguée la loi du 5 mai 2019<sup>199</sup> qui fixe

<sup>189</sup> P. WÉRY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 579.

<sup>190</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, p. 434 (dispositif).

<sup>191</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. F), 22 février 2018, *Cette revue*, pp. 430-432.

<sup>192</sup> Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374, concl. G. DUBRULLE. Pour une application récente, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 5 avril 2019, *J.T.*, 2019, p. 473.

<sup>193</sup> M. JOASSART, « Le juge civil et la séparation des pouvoirs – Commentaire des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 février 2014 et du 12 septembre 2014 », *A.P.T.*, 2016, p. 444.

<sup>194</sup> B. JADOT, « Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'administration : le pouvoir d'injonction et la réparation en nature », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 450 et 452.

<sup>195</sup> Alors que l'exposé des motifs de 2010 prévoyait que le montant de 5.000.000 euros constituait une enveloppe fermée à répartir selon le nombre de victimes avec un plafond de 125.000 euros par personne, la loi du 5 mai 2019 octroie d'emblée une somme forfaitaire unique de 125.000 euros par victime. De même, il n'est plus prévu que le solde éventuel soit affecté à la recherche scientifique portant sur des maladies comparables et/ou à l'amélioration des conditions de vie des personnes ayant un handicap comparable. Celui-ci prendra la forme d'une subvention facultative en faveur des associations de victimes de la thalidomide. Enfin, la demande d'indemnisation ne devra plus être introduite dans un délai d'un an à dater de la publication au Moniteur belge par la fondation d'un avis indiquant que les demandes peuvent être introduites, mais dans un délai de deux ans à dater de la publication au Moniteur belge de la loi du 5 mai 2019.

<sup>196</sup> Voy. les pages 430 à 432 de cette revue.

<sup>197</sup> Q. PEIFFER, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », *op. cit.*, p. 1065.

<sup>198</sup> Communiqué de presse à l'issue du Conseil des ministres du 15 février 2019, « Indemnisation des victimes des conséquences liées à la prise de médicaments contenant de la thalidomide durant la grossesse », disponible en ligne sur : <https://www.presscenter.org/fr/pressrelease/20190215/indemnisation-des-victimes-des-consequences-liees-a-la-prise-de-medicaments-co>.

<sup>199</sup> Loi du 5 mai 2019 relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par

le montant de cette indemnisation ainsi que les modalités d'octroi de celle-ci. Son article 2 dispose que toute personne née sur le territoire belge ou de nationalité belge, atteinte de malformations congénitales dues à l'ingestion par sa mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide, et qui a introduit la demande d'octroi visée à l'article 6, a droit à une somme forfaitaire unique<sup>200</sup> de 125 000 euros<sup>201</sup>. Pareille demande doit être introduite auprès de la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité dans un délai de deux ans à dater de la publication de la loi au *Moniteur belge*<sup>202</sup>. Les sommes forfaitaires ainsi accordées sont exonérées de l'impôt sur le revenu des personnes physiques<sup>203</sup> et n'affectent pas les droits que les personnes concernées peuvent faire valoir en vertu d'autres dispositions<sup>204</sup>.

Si l'État belge semble ainsi exécuter la condamnation prononcée à son encontre par la Cour d'appel de Bruxelles, telle n'est en réalité nullement son intention. Dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 5 mai 2019, l'État belge souligne à plusieurs reprises qu'un pourvoi en cassation a été interjeté contre cet arrêt pour avoir constaté l'existence d'un engagement par déclaration unilatérale dans son chef. Il met ainsi un point d'honneur à expliquer que la promulgation de ce texte n'implique « aucune reconnaissance préjudiciable dans le chef de l'État belge du bien-fondé ou de la légalité des obligations mises à sa charge par l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 février 2018 »<sup>205</sup>. Par la promulgation de cette loi, son objectif est uniquement de « prendre en compte la situation particulière des survivants de la thalidomide », conscient que ceux-ci « et leurs familles font face à de nombreuses difficultés ». La somme

forfaitaire qui y est prévue est « destinée symboliquement à reconnaître et apaiser les frustrations engendrées par les difficultés de mise en place du projet évoqué en 2010 »<sup>206</sup>.

## CONCLUSION

44. En définitive, si la Cour d'appel de Bruxelles ne retient pas de faute, dans le chef de l'État belge, au moment de la délivrance de l'autorisation de diffusion du médicament sur le territoire national, elle épingle néanmoins un manquement dans la gestion subséquente de la crise par les pouvoirs publics. L'État belge aurait dû interdire la diffusion des produits pharmaceutiques à base de thalidomide dès le mois de février 1962, date de la lettre circulaire de rappel de l'importateur-distributeur Coles. Malgré ce constat, la Cour d'appel de Bruxelles exclut la responsabilité de l'État dans le drame qui touche les victimes du Softenon, parties à la procédure, considérant que ces dernières ne rapportent pas la preuve d'un lien causal certain entre ce manquement et leur situation dommageable.

Face à l'absence de reconnaissance d'une responsabilité dans le chef de l'État belge, les victimes de la thalidomide se seraient trouvées bien démunies si elles n'avaient pu compter sur la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté. Dans son arrêt, la Cour d'appel considère, en effet, que l'État belge avait, par l'intermédiaire de la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique de l'époque, pris l'engagement de déposer un avant-projet de loi en vue de créer une fondation destinée à indemniser les victimes de la thalidomide à concurrence d'un montant de 5 millions d'euros à répartir entre elles. Se fondant sur cette source autonome d'obligation, qui s'impose également aux pouvoirs publics, elle condamne l'État belge à présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi en ce sens. C'est ainsi par une voie inattendue que les « bébés Softenon » se sont enfin frayés un chemin vers l'indemnisation de leur préjudice.

Cet arrêt, qui fournit une nouvelle illustration de l'importance pratique non négligeable de cette théorie, nous paraît pouvoir être salué. Contrairement à certaines juridictions qui font parfois preuve d'une retenue excessive lorsqu'il s'agit de prononcer une injonction à l'égard des

leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide, *M.B.*, 16 mai 2019, p. 47026.

<sup>200</sup> Les termes « somme forfaitaire unique » sont préférés à la notion de « dommages et intérêts » car ils indiquent bien que « chaque victime est indemnisée de la même manière, indépendamment de l'auteur du dommage, et non en raison d'une faute qu'aurait commise l'État belge » (Proposition de loi du 19 avril 2019 relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3622/006, p. 7).

<sup>201</sup> L'article 3 de la loi prévoit également une indemnité forfaitaire de 30 000 euros dans le chef de chacun des parents d'une victime de la thalidomide qui serait entretemps décédée.

<sup>202</sup> Loi du 5 mai 2019 précitée, art. 6.

<sup>203</sup> *Ibid.*, art. 8, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>204</sup> *Ibid.*, art. 8, al. 2.

<sup>205</sup> Proposition de loi du 27 février 2019 relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide, *Développements, Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3622/001, pp. 5-6 ; Proposition de loi du 19 avril 2019 relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3622/006, p. 3.

<sup>206</sup> Proposition de loi du 27 février 2019 relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide, *Développements, Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3622/001, pp. 5-6.



autorités publiques, la Cour d'appel de Bruxelles, en condamnant l'État belge à exécuter en nature son engagement, a évité de verser dans une « *lecture pusillanime du principe de la séparation des pouvoirs* »<sup>207</sup>. Tout comme l'État peut voir sa responsabilité civile engagée, il doit honorer les engagements pris par ses organes. Cette évolution « *va dans le sens d'une protection accrue des droits des citoyens et d'un équilibre nécessaire entre les pouvoirs de l'État et les droits [de ces derniers]* »<sup>208</sup>. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que, si les prérogatives des cours et tribunaux en vue d'assurer la protection des droits subjectifs sont larges, elles n'en sont pas pour autant illimitées. La délivrance d'une injonction à l'égard d'une autorité publique doit toujours se faire dans le respect des principes qui régissent les rapports entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs<sup>209</sup>.

L'État belge a introduit un pourvoi en cassation contre cet arrêt, craignant les conséquences

juridiques qui pourraient découler de ce précédent jurisprudentiel sur les déclarations futures de ses organes. Il faut bien entendu se garder de déceler trop rapidement des engagements juridiquement contraignants là où sont formulées de simples déclarations d'ordre politique<sup>210</sup>. À l'instar de P. Van Ommeslaghe, le risque d'abus nous paraît toutefois limité, car la protection de la volonté du débiteur est assurée par le pouvoir d'appréciation du magistrat qui devra toujours vérifier si l'auteur de l'engagement a, dans les circonstances de l'espèce, véritablement entendu assumer une obligation<sup>211</sup>.

Paradoxalement, l'arrêt de la Cour de cassation à venir – dont nous attendons de connaître l'issue avec le plus vif intérêt – ne représente plus véritablement un enjeu pour les personnes directement concernées par cette décision. En effet, quelle qu'en soit l'issue, les victimes de la thalidomide auront – dans l'intervalle – vu leur statut enfin reconnu par la promulgation de la loi du 5 mai 2019.

<sup>207</sup> Q. PEIFFER, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », *op. cit.*, p. 1059.

<sup>208</sup> Y. THIELS et I. WOUTERS, « La responsabilité des pouvoirs publics. Le pouvoir législatif mis en cause : révolution ou simple évolution ? », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1548.

<sup>209</sup> M. JOASSART, « Le juge civil et la séparation des pouvoirs – Commentaire des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 février 2014 et du 12 septembre 2014 », *op. cit.*, p. 447.

<sup>210</sup> A. CATALDO et F. GEORGE, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté dans le chef des pouvoirs publics à la lumière de l'arrêt *Softenon* », *op. cit.*, p. 197.

<sup>211</sup> P. VAN OMMEFLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 148.