

Erreur de droit et droit à l'erreur

par

David Renders

Professeur à l'U.C.L.

Avocat

et

Jean-François van Drooghenbroeck

Professeur à l'U.C.L. et aux F.U.S.L.

Avocat honoraire

1. Que le droit soit victime d'une hémorragie est un constat, chaque jour, un peu plus avéré. Les journaux officiels – quels qu'ils soient – ne cessent de s'épaissir chaque année, gorgés qu'ils sont de textes juridiques plus spécifiques et détaillés les uns que les autres.

Devant le « tsunami normatif » déferlant, le juriste d'aujourd'hui trouve difficilement à échapper à la noyade. L'instinct de survie le conduit d'ordinaire à s'abriter des vents, en cherchant la quiétude au bord d'un lac, d'un étang, voire d'une mare.

Bravant les océans, Michel Mahieu n'a, pour sa part, jamais douté qu'il demeurât possible de franchir tous les caps – aussi éprouvants soient-ils –, lui qui arbore une culture juridique multidirectionnelle : celle qui n'appartient, désormais, qu'à un petit nombre.

2. L'effervescence exacerbée de la production normative conjuguée au panoptique de connaissances du jubilaire conduisait naturellement les auteurs de la présente contribution à rendre hommage à ce dernier en traitant de l'erreur de droit.

Il y a, d'une part, que, devant la prolifération textuelle, l'erreur de droit est, de toute évidence, appelée à fleurir. Il y a, d'autre part, qu'à l'instar de celui qui fut leur premier professeur de droit et – pour l'un d'eux – son maître de stage au barreau, l'erreur de droit se joue des frontières et des catégories, et marque sa préférence à tous les terrains.

3. À toute médaille son revers : une difficulté inhérente au choix opéré ne manquait pas, d'emblée, de se présenter. Si l'erreur juridique est une figure qui se répand et si, comme le destinataire des *Mélanges*, elle n'est rétive à aucun champ du droit, comment en traiter utilement dans l'espace d'écriture imparti ?

La difficulté ainsi pointée ne pouvait être surmontée qu'en alliant les forces d'un privatiste et d'un publiciste, non point pour labourer tous

azimuts, mais pour relever, au départ du commissionnaire de l'erreur, la mesure dans laquelle celui-ci en répond et pour observer, en final, si son identité influence les limites dans lesquelles un droit à l'erreur est reconnu.

C'est ainsi que l'on étudie l'erreur de droit commise tour à tour par l'administration (I), par le législateur (II), par le juge (III) et par le citoyen (IV).

I. L'erreur de l'administration

4. À travers les hommes et les femmes qui l'incarnent, l'administration accomplit des actes juridiques et peut aussi omettre d'agir, de façon volontaire ou involontaire.

Les actes et omissions de l'administration doivent respecter les obligations qui incombent à celle-ci, lesquelles sont de deux ordres. Il s'agit, d'une part, de respecter les règles et principes qui s'imposent à l'administration en raison de leur valeur hiérarchiquement supérieure. Il s'agit, d'autre part, de s'acquitter d'un « devoir général de prudence » en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Si l'action ou l'omission de l'administration porte atteinte à l'une de ces obligations, une illégalité est commise qui, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, constitue une faute au sens civil du terme¹.

5. L'enseignement de la Cour de cassation connaît un tempérament. La juridiction admet que, si l'administration a commis une erreur invincible, de fait ou de droit, sa responsabilité civile n'est pas engagée².

L'erreur invincible, commise par l'administration, est appréciée avec sévérité. De façon générale, l'erreur de droit est jugée « invincible », lorsque l'irrégularité qui entache l'acte dont l'administration est l'auteur trouve son fondement dans un fait postérieur à l'adoption de cet acte, dont l'administration n'aurait pas pu tenir compte. Ainsi en est-il lorsque le législateur adopte une loi interprétative qui modifie rétrospectivement le sens de la disposition sur le fondement de laquelle l'acte administratif a été adopté.

¹ Voy., à cet égard, Cass., 19 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 453 et Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, p. 772. À propos de ce dernier arrêt, voy. not. R.-O. DALCQ, obs. sous Cass., 13 mai 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 28; égal., Cass., 14 janvier 2000, *Bull. Cass.*, 2000, p. 102; J.-L. FAGNART, « La responsabilité de l'Administration du chef d'excès de pouvoir », obs. sous Bruxelles, 14 septembre 1979, *A.P.T.*, 1980, pp. 59 et s.; C. DRESSEN, A.-L. DURVIAUX et P. LEWALLE, « La responsabilité délictuelle des communes », *op. cit.*, pp. 283-284; D. DÉOM et B. PÂQUES, « Les permis et autorisations administratives et la réparation des dommages causés aux tiers », *Amén.*, 1995, n° spécial, p. 55; F. TULKENS et J. SOHIER, « Les cours et tribunaux, chronique de jurisprudence 1996-1997 », *R.B.D.C.*, 1997, p. 403; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 47; D. RENDERS et F. PIRET, « La responsabilité pénale et civile des mandataires provinciaux et communaux », in L. LE HARDY DE BEAULIEU (dir.), *Droit de la démocratie provinciale et communale: La désignation et la responsabilité des mandataires*, Namur, Presses universitaires des F.U.Ca.M., 2006, pp. 106-108.

² Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, p. 772; égal. B. DUBUISSON, *ibidem*, p. 47.

Ainsi en est-il également lorsqu'un revirement de jurisprudence intervient postérieurement à l'adoption de l'acte administratif et modifie les exigences de régularité dont l'administration pensait devoir tenir compte.

6. Les développements doctrinaux et jurisprudentiels qui sont intervenus récemment conduisent à se demander si l'équation selon laquelle « toute illégalité est une faute » est réellement consacrée³ et si les contours de l'erreur invincible de l'administration ne s'en trouvent pas modifiés.

7. Dans une contribution intitulée « Unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute »⁴, David De Roy défend la thèse selon laquelle la jurisprudence de la Cour de cassation – en particulier l'arrêt célèbre du 13 mai 1982⁵ et l'arrêt plus récent du 25 octobre 2004⁶ – ne saurait être interprétée comme signifiant que toute illégalité commise par l'administration serait une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. En réalité, estime-t-il, la Cour aurait égard au contenu de la norme violée. L'illégalité constatée constituerait une faute, dans l'hypothèse où la norme impose à l'administration d'agir dans un sens déterminé. Dans les autres hypothèses, il n'en irait ainsi que si l'administration a manqué au devoir général de prudence qui lui incombe.

8. Si séduisante soit-elle, la thèse défendue par David De Roy ne convainc guère.

Les arrêts auxquels l'auteur fait référence n'opèrent pas une distinction entre les normes qui « impliquent l'accomplissement d'un comportement déterminé ou requièrent une abstention » et les normes qui ne possèdent pas l'un ou l'autre de ces contenus normatifs.

Dans son arrêt du 13 mai 1982, la Cour juge que « [] l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée [] »⁷. Elle ne mentionne pas, pour autant, qu'il existerait une autre catégorie de normes s'imposant à l'administration.

³ Il n'est pas récent que l'équation selon laquelle « toute illégalité est une faute » soit critiquée (voy. not. J. SALMON, « Note sous Bruxelles, 19 décembre 1972 », *J.T.*, 1973, p. 407; égal. D. DÉOM et B. PÂQUES, *op. cit.*, p. 58; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 338. Ce dernier écrit : « Nous croyons devoir continuer à soutenir que la faute est d'abord une imprudence ou une négligence et que, s'il y a, sauf erreur invincible ou autre cause d'exonération, imprudence ou négligence à méconnaître une disposition législative ou réglementaire dans la mesure où elle dicte une conduite déterminée, il n'en est pas nécessairement de même à s'écarter d'une disposition ambiguë, lacunaire ou dont le sens est discuté ».

⁴ D. DE ROY, « La responsabilité quasi-délictuelle de l'Administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'Administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 104-105; voy. égal. I. BOONE, note sous Cass., 25 octobre 2004, *N.j.W.*, 2004, pp. 1318 et s.; S. VAN DROOGHENBROECK, « Arrière judiciaire et responsabilité de l'État-législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs », *R.C.J.B.*, 2007, p. 411.

⁵ *Ibidem*, pp. 77-81.

⁶ *Ibidem*, pp. 85-89.

⁷ Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, p. 772.

Elle ne précise pas davantage quelles seraient les normes qui ressortissent à l'une et à l'autre de ces catégories.

Dans son arrêt du 25 octobre 2004, la Cour juge que « la faute de l'autorité administrative [] consiste en un comportement qui [] viole une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant à cette autorité de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée »⁸. Pas plus qu'en 1982, la Cour ne fait donc, en 2004, une allusion explicite à la prétendue dualité de normes applicables à l'administration.

9. Précisément, l'on est en droit de se demander s'il existe une dualité de normes applicable à l'administration. Autrement dit, est-il exact que l'administration – « qui est essentiellement aménagée pour les besoins de l'action »⁹ et dont la fonction est « d'agir partout où la nécessité se fait sentir »¹⁰ – puisse se voir imposer des normes, par hypothèse contraignantes à son égard, qui ne lui imposeraient pas « de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée » ? La réponse est, à notre estime, négative. S'il est vrai que s'accommoder de la règle d'égalité¹¹ offre davantage de latitude à l'administration que de s'accommoder du principe général de droit *audi alteram partem*¹², il n'en demeure pas moins que l'une et l'autre de ces prescriptions imposent à l'administration d'agir de manière déterminée, au moins dans une certaine mesure¹³. Et il en va ainsi de toutes les règles qui s'imposent à l'adminis-

⁸ Cass., 25 octobre 2004, www.cass.be.

⁹ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 221.

¹⁰ J. DABIN, *Doctrine générale de l'État. Éléments de philosophie politique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1939, p. 240.

¹¹ Voy. les art. 10 et 11 de la Constitution et l'interprétation qui en est faite aussi bien par la Cour constitutionnelle (voy. not. Cour const., arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989 et la jurisprudence constante de la Cour depuis cet arrêt), que par la Cour de cassation (voy. not. Cass., 5 octobre 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 123) et le Conseil d'État (voy. not. C.E., arrêt *a.s.b.l. Association des femmes au foyer*, n° 34.814 du 25 avril 1990).

¹² À ce sujet, voy. not. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 657-665 ; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La motion de méfiance constructive communale : un acte justiciable du Conseil d'État », *J.T.*, 2006, pp. 320-321 ; I. OPDEBEEK, « De hoorplicht », in I. OPDEBEEK et M. VANDAMME, *Beginnelen van behoorlijk bestuur*, Bruges, Die Keure, 2006, pp. 235-278 ; D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJKE et F. PIRET, « Le régime juridique de la sanction administrative », in R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 199-212.

¹³ Du reste, les dispositions qui n'imposent aucun comportement à l'administration – et qui constituent, dès lors, des règles indicatives (voy. not. le délai indicatif du 15 décembre qui suit le jour de l'élection pour déposer un pacte de majorité communal, en vertu de l'article L1123-1, § 2, du C.W.A.D.E.L. ; sur le caractère indicatif du délai, voy. D. DÉOM et Th. BOMBOIS, « Du neuf pour les communes et provinces wallonnes ou quand la nouvelle loi communale devint l'ancienne », *R.B.D.C.*, 2006, p. 29 ; égal. D. RENDERS et L. VANSNICK, « Rapport d'évaluation du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation à l'attention de la Commission des Affaires intérieures et de la Fonction publique du Parlement wallon », *A.P.T.*, 2008, à paraître) n'influent en rien sur la régularité de l'acte administratif et ne sauraient, dès lors, pas même entrer en considération dans le débat relatif à l'existence – ou non – de la faute.

tration, que ces règles lui consentent – ou non – une marge d'appréciation. Ainsi, la loi du 29 juillet 1991 « sur la motivation formelle des actes administratifs unilatéraux »¹⁴ et le principe général du délai raisonnable¹⁵ laissent à l'administration une marge d'appréciation, mais n'en exigent pas moins un comportement déterminé de sa part ou, dans certains cas, une abstention. Ainsi en est-il également, dans nombre d'hypothèses, des règles qui requièrent la consultation de la section de législation du Conseil d'État¹⁶ ou qui exigent un certain nombre d'obligations de la part de l'administration qui vient de procéder à une enquête publique¹⁷.

10. Il est exact que le respect d'une prescription juridique est plus ou moins contraignant selon la marge de manœuvre que cette prescription abandonne. En toute logique, l'appréciation du respect de la prescription doit, dès lors, tenir compte de ce paramètre et l'on peut comprendre que la thèse défendue par David De Roy y fasse allusion.

L'on se demande toutefois si le paramètre en cause doit encore être intégré dans l'appréciation de la faute, quand on sait qu'il l'est déjà dans l'appréciation de l'illégalité¹⁸.

Il est, en effet, de jurisprudence constante que le contrôle des motifs de l'acte administratif par le Conseil d'État, comme le contrôle des motifs de l'acte administratif par les cours et tribunaux¹⁹, conduit les deux ordres de juridictions à censurer les seules « erreurs manifestes d'appréciation »²⁰. Les erreurs d'appréciation qui ne sont pas jugées telles ne constituent pas des illégalités.

De même en est-il de la règle d'égalité, qui n'est violée que si l'acte adopté est dépourvu de « justification objective et raisonnable » ou si le dispositif de

¹⁴ M.B., 12 septembre 1991 ; à ce sujet, voy. not. P. JADOT et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Charte, 2005, 379 p.

¹⁵ À ce sujet, voy. not. J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création (1946-1996)*, op. cit., pp. 667-670.

¹⁶ Voy. les art. 3, 3bis et 84 des lois « sur le Conseil d'État », coordonnées le 12 janvier 1973, M.B., 21 mars 1973.

¹⁷ À ce sujet, voy. not. D. RENDERS, « Les obligations qui incombent à l'administration après avoir procédé à une enquête publique », in B. JADOT (dir.), *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 205-222.

¹⁸ Dans le même sens, voy. not. Th. BOMBOIS, « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique... Vol au-dessus d'un nid de vipères? », *C.D.P.K.*, 2005, pp. 32-36.

¹⁹ Voy., à cet égard, D. RENDERS, « Article 159 », in M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution, lignes et entrelignes*, Bruxelles, Le Cri-Essai, 2004, pp. 353-354.

²⁰ À ce sujet, voy. la jurisprudence constante du Conseil d'État, ainsi que différents auteurs, notamment, D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1986, 558 pp. ; J. SALMON, *Le Conseil d'État*, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 481-487 ; J. Ph. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck-Université, 2002, p. 108 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 905 et s. ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 398 et s. ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 107.

l'acte est jugé « disproportionné » au regard du but pouvant légitimement être poursuivi.

Ainsi, pourquoi y aurait-il encore lieu de prendre en compte, dans l'examen de la faute, la marge d'appréciation que certaines prescriptions consentent plus que d'autres, si cette marge d'appréciation est déjà prise en compte dans le cadre de l'examen de légalité opéré sur l'acte administratif?

11. À supposer même que la lecture proposée par David De Roy des arrêts des 13 mai 1982 et 25 octobre 2004 soit exacte, encore y aurait-il lieu d'observer que la Cour de cassation a rendu, le 28 septembre 2006, un arrêt remarqué qui remet alors en cause, pour l'avenir tout au moins, l'enseignement jurisprudentiel prétendument prodigué.

Certes, l'arrêt du 28 septembre 2006 ne condamne pas l'administration proprement dite, mais le législateur²¹. Pour autant, la Cour de cassation n'en consacre pas moins une faute, au départ d'une illégalité déduite du non-respect du délai raisonnable qui, dans la classification évoquée par David De Roy, n'impose pas – au sens où l'auteur l'entend – l'accomplissement d'un « comportement déterminé » ou une « abstention » dans le chef du pouvoir public considéré.

12. Il résulte des considérations qui précèdent que l'équation selon laquelle « toute illégalité est une faute » qui engage la responsabilité civile de l'administration paraît résister, pour l'heure.

L'on plaide pour que le maintien de cette équation se perpétue. Deux motifs au moins contribuent à justifier le point de vue. D'une part, l'équation facilite le contrôle du juge de l'ordre judiciaire s'agissant de l'existence de la faute, qui ne doit, grâce à l'arrêt du Conseil d'État, plus être démontrée, mais constatée. D'autre part, l'équation permet à la victime d'encore pouvoir chercher à démontrer l'existence d'un dommage qui s'inscrit dans un lien de causalité avec la faute constatée, ce que ne permet pas la thèse défendue par David De Roy qui implique – c'est, du reste, à l'estime de

²¹ Cass., 28 septembre 2006, *www.cass.be*. Voy., à propos de cet arrêt, F. GOSSELIN, « Responsabilité du législateur belge en raison de l'arriéré judiciaire : l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *Actualités*, 9 octobre 2006; égal. J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 versus l'arrêt du 28 septembre 2006 : le loup était déjà dans la bergerie », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1550-1554; M. UYTENDAELE, « Du réflexe salutaire à l'ivresse du pouvoir – Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation Église universelle du Royaume de Dieu et F.J. », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1554-1564; P. MOREAU, « L'arriéré judiciaire à la croisée des pouvoirs – Réflexions à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *R.G.A.R.*, 2007, n° 14.241. L'on relève, à cet égard, que, par un arrêt du 15 mai 2007, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît expressément que l'action en responsabilité civile contre l'État législateur s'apparente, dès le 28 mars 2007, à un nouveau recours qu'il convient d'épuiser, au sens de l'article 35 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avant de saisir valablement la Cour européenne des droits de l'homme (voy. C.E.D.H., arrêt *Depauw c. Belgique*, 15 mai 2007, pp. 11-16).

l'auteur, l'une des vertus de sa thèse²² – que le contrôle cesse, plus fréquemment, à l'issue de l'examen de la faute²³.

13. En marge de la question du rapport entre l'illégalité et la faute, l'on est tenu de se demander si, à l'aune de la jurisprudence récente de la Cour de cassation, l'erreur invincible – qui constitue, pour l'administration, l'échappatoire à la mise en cause de sa responsabilité civile – a, dans le champ de l'erreur de droit, subi des altérations.

Deux arrêts en particulier doivent, à cet égard, être examinés.

14. Le premier arrêt est rendu le 23 juin 2005 et fait suite aux développements suivants²⁴.

Un entrepreneur se voit interdire la poursuite de travaux par l'administration wallonne de l'Aménagement du territoire. L'interdiction est justifiée par une interprétation de la loi qui – l'affaire prenant un tour contentieux – emporte les faveurs des juridictions de référés statuant au premier comme au second degrés. Il se fait que, dans une autre cause – tranchée quelques semaines après le prononcé de l'arrêt d'appel –, la section du contentieux administratif du Conseil d'État procure à la même loi un sens inconciliable avec le sens retenu par l'administration et les juridictions de référés.

²² Voy. D. DE ROY, *op. cit.*, pp. 87-88.

²³ Une autre question qui préoccupe est de savoir si un aménagement doit être opéré entre l'ordre des juridictions judiciaires et l'ordre des juridictions administratives, s'agissant du point de savoir à qui doit revenir l'examen de la faute et celui du dommage en lien causal, pour assurer une justice efficace. L'on est enclin à plaider pour une révision constitutionnelle de l'article 144 de la Constitution, en vue de confier au Conseil d'État non seulement l'examen de régularité des actes administratifs unilatéraux, mais aussi le contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics (voy., à cet égard, D. RENDERS, « La réforme du Conseil d'État de Belgique », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 228-231). La déclaration de révision de la Constitution du 1^{er} mai 2007 (*M.B.*, 2 mai 2007) ouvre, du reste, à révision « l'article 144 de la Constitution, en ce qui concerne la responsabilité de l'État sous tous ses aspects, et ce à la lumière de la séparation des pouvoirs ». L'on note, dans la même perspective, qu'en vertu de l'article 11 des lois « sur le Conseil d'État », coordonnées le 12 janvier 1973, le contentieux sans faute pour cause de dommage exceptionnel du fait de l'autorité administrative ressortit déjà à la juridiction du Conseil d'État (voy., à cet égard, R. ANDERSEN, B. LOMBAERT et S. DEPRÉ, « Les contentieux méconnus », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'État cinquante ans après sa création, op. cit.*, pp. 270-289). Sur le thème de l'aménagement des compétences entre l'ordre des juridictions judiciaires et l'ordre des juridictions administratives, voy. not. P. VAN ORSHOVEN, « Administratieve rechtbanken? Ja en neen. Pleedooi voor juridictioneel monisme », *R.W.*, 1994-1995, p. 897 et s.; C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Anvers, Intersentia, 2000; S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Bruges, Die Keure, 2000; D. VERBIEST, « Juridictionele rechtsbescherming tegen de overheid: is monisme de remedi? », *R.W.*, 2003-2004, pp. 1241 et s.; B. et L. CAMBIER, « Compétences concurrentes ou complémentaires des juridictions et contentieux administratif », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 47 et s.; B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 18-66; R. ANDERSEN, « Monisme ou dualisme juridictionnels. Un vrai ou un faux dilemme? », in *Feestbundel Hugo Vandenbergh*, Bruges, Die Keure, 2007, pp. 15-21; D. RENDERS, « La réforme du Conseil d'État de Belgique », *A.J.D.A.*, 2008, p. 231.

²⁴ Cass., 23 juin 2005, www.cass.be.

L'enseignement de cet arrêt – désapprouvé par la doctrine – est, quelques années plus tard, confirmé par la Cour de cassation qui finit, donc, par juger irrégulière l'interdiction administrative décrétée initialement.

Le procès en responsabilité – qui succède à la procédure de référés – voit l'entrepreneur solliciter la réparation du préjudice subi des suites de l'arrêt de chantier. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation est amenée à se poser la question suivante. En refusant de lever l'interdiction jusqu'à ce que la Cour de cassation lui donne tort – sans, donc, avoir égard à l'arrêt du Conseil d'État intervenu entre-temps, dans une autre cause – l'administration a-t-elle commis une erreur de droit qui engage sa responsabilité civile ?

Par son arrêt du 23 juin 2005, la Cour de cassation répond par la négative, considérant que l'administration a commis une erreur « invincible ».

15. Le second arrêt est, pour sa part, rendu le 16 septembre 2005, dans les circonstances suivantes²⁵.

Un candidat à la fonction de préfet d'un Athénée royal qui, à l'issue de la procédure de sélection, a été évincé, obtient du Conseil d'État l'annulation de la nomination de son concurrent, de même que celle du refus de le nommer. La Cour de cassation observe que, dans de multiples arrêts intervenus antérieurement à l'adoption de la décision de nomination annulée, le Conseil d'État défend une interprétation de la loi qui est celle qui a justifié la nomination du concurrent. Mais elle constate aussi que, par un arrêt antérieur à cette nomination, le Conseil d'État a retenu, du même texte, une autre interprétation qui, elle, allait dans le sens de l'interprétation défendue par le candidat évincé.

Le procès en responsabilité – qui succède à la procédure d'annulation – voit le candidat évincé lors de la sélection, mais victorieux en justice, solliciter la réparation du préjudice subi des suites de la perte de chances dont il a été victime. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation est amenée à se poser la question suivante: en refusant de nommer l'intéressé, alors qu'il existait, à cette date, un arrêt du Conseil d'État dont l'enseignement s'opposait à celui qui avait justifié son éviction, l'administration a-t-elle commis une erreur de droit qui engage sa responsabilité civile ?

Par un arrêt du 16 septembre 2005, la Cour de cassation répond par l'affirmative, considérant que l'administration a, cette fois, commis une erreur qui n'était pas « invincible ».

16. Si l'on examine attentivement le contenu des deux arrêts rapportés, il apparaît, non seulement qu'ils ne se contredisent pas, mais qu'ils « ne se départissent pas » davantage « de la sévérité »²⁶ avec laquelle la Cour de cassation appréhende le caractère invincible de l'erreur de droit commise par l'administration.

²⁵ Cass., 16 septembre 2005, *www.cass.be*.

²⁶ D. RENDERS et F. PIRET, *op. cit.*, p. 109. À la lecture de l'épreuve, les auteurs prennent connaissance d'un arrêt de la Cour de cassation aux allures sensiblement moins sévères (voy. Cass., 8 février 2008, *www.cass.be*).

Dans le premier arrêt, la Cour de cassation reconnaît logiquement que l'erreur de droit qu'on imputait à l'administration était « invincible », à défaut de pouvoir juger – la chose ne lui étant pas demandée – que l'administration n'avait tout simplement pas commis de faute.

Dans le second arrêt, la Cour de cassation ne se départit pas de l'enseignement traditionnel qui est le sien, étant donné que, compte tenu de l'existence d'une jurisprudence, certes isolée, mais antérieure à l'adoption de son acte, l'administration n'a pas pu être surprise du contenu de l'arrêt du Conseil d'État ultérieurement rendu à son encontre, puisqu'il existait un précédent.

Pour l'heure, la jurisprudence de la Cour de cassation conduit donc à ce qu'une controverse jurisprudentielle – qui ne dépend pas de l'administration – aboutit toujours à la commission d'une faute de l'administration lorsque, par malheur, celle-ci a opté pour l'interprétation qui, en final, n'est pas suivie par le juge qui sera chargé d'examiner la régularité de l'acte qu'elle a adopté²⁷.

17. La question se pose de savoir si une telle jurisprudence ne devrait pas être assouplie en faveur de l'administration, lorsqu'il est question d'une faute que l'administration n'est manifestement pas en mesure d'éviter. Du reste, n'est-ce pas ce à quoi renvoie l'idée même d'« invincibilité »²⁸ ?

Un critère doit alors être proposé qui détermine, au bénéfice d'une sécurité juridique accrue, à quel enseignement jurisprudentiel doit se vouer l'administration pour agir, sans que sa responsabilité puisse être mise en cause malgré elle.

L'on est enclin à proposer la solution suivante. L'administration serait tenue d'avoir égard à l'enseignement jurisprudentiel le plus récent, émanant de la juridiction la plus élevée au sein de l'ordre juridictionnel auquel cette juridiction appartient, même si l'enseignement est encore minoritaire²⁹.

²⁷ *Ibidem*, p. 110.

²⁸ Selon le *Dictionnaire historique de la langue française*, l'« invincibilité » provient du bas latin « *invincibilis* » qui signifie « qu'on ne peut vaincre ou surpasser » (A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2000, p. 1123). L'on note que la jurisprudence de la Cour de cassation est, sur le papier, beaucoup plus indulgente que l'étymologie, autant qu'au regard des effets auxquels peut, dans certains cas, aboutir la solution qu'elle retient. Est, en effet, qualifiée d'« invincible » l'erreur commise par l'auteur du dommage qui a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente (à cet égard, voy. not. Cass., 29 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 355; Cass., 17 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1.056; Cass., 19 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 453; Cass., 13 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1.260; Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, p. 772).

²⁹ Le critère de la décision la plus récente rendue par la juridiction la plus élevée dans l'ordre juridictionnel dont elle relève ne résout pas la difficulté d'une controverse jurisprudentielle entre des juridictions qui appartiennent à des ordres juridictionnels distincts. L'on songe, en particulier, aux controverses que peuvent entretenir la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation ou la Cour de cassation et le Conseil d'État. L'on sait que, s'agissant du premier conflit, la difficulté est aiguë, alors que, s'agissant du second conflit, elle a été résolue, dès 1831, au profit de la Cour de cassation (voy. l'art. 158 de la Constitution). L'on se demande toutefois s'il ne serait pas plus opportun de réexaminer, ensemble, ces différentes difficultés, pour créer une conférence des premiers présidents et présidents des trois juridictions suprêmes, qui assurerait la cohérence jurisprudentielle tous ordres juridictionnels confondus. La conférence serait composée de six membres, trois néerlando-

Pour pouvoir être pris en considération, l'enseignement devrait, au surplus, découler d'une décision de justice rendue avant l'adoption de l'acte administratif dont la régularité est contestée, pour autant que cette décision ait donné lieu à une publicité sur le site *internet* de la juridiction qui a rendu la décision et pour autant qu'un délai de dix jours se soit écoulé entre le moment où la décision a été mise en ligne et le moment où l'administration a adopté l'acte litigieux³⁰. Si, adoptant cet acte, l'administration obéissait à l'enseignement en question, il s'imposerait d'admettre que sa responsabilité civile ne saurait être engagée.

18. En émettant la proposition qui vient d'être présentée, l'on se rend compte que la victime de la faute de l'administration en vient à connaître un sort moins envieux que le sort qui lui était réservé jusqu'alors. En effet, si la faute commise constitue une « erreur invincible » et que la responsabilité de l'administration n'est pas engagée, la victime de la faute n'est plus en mesure de demander réparation du préjudice subi à l'administration.

Une autre faute ne pourrait-elle pas, cependant, être décelée, qui ne serait pas invincible ?

L'on observe, à cet égard, que, si l'administration commet une erreur désormais jugée invincible, c'est parce qu'un juge a rendu une décision dont la portée diverge de celle des décisions qu'il a rendues précédemment.

Dans ces conditions, ne faut-il pas reconnaître que, si une controverse jurisprudentielle donne lieu à des va-et-vient jurisprudentiels ou à des enseignements incertains, c'est le juge, organe de l'État, qui engage sa responsabilité au titre de ce qu'il a violé le « devoir général de prudence » qui lui incombe ?

À notre estime, ce n'est pas à l'administration de supporter les conséquences de décisions que la Constitution a défendu à celle-ci de prendre, pour en confier l'adoption à d'autres corps constitués³¹. S'il est vrai que, dans l'hypothèse où une administration fédérale est en cause, il importe peu de savoir, en termes budgétaires, qui, du département de la justice ou de

phones, trois francophones, deux issus de la Cour constitutionnelle, deux issus de la Cour de cassation et deux autres du Conseil d'État. L'article 158 de la Constitution – qui n'est pas ouvert à révision (voy. la déclaration de révision de la Constitution du 1^{er} mai 2007, *op. cit.*) – pourrait être modifié en ce sens.

³⁰ Le délai de dix jours correspond au délai de principe dont le citoyen dispose pour prendre connaissance des actes normatifs qui doivent être publiés au *Moniteur belge*. L'on peut raisonnablement prescrire la même exigence s'agissant des magistrats dont la connaissance du droit est la profession. L'on ajoute que, par un arrêt du 15 mai 2007, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'un délai de six mois à compter du prononcé d'une décision de justice devait permettre au justiciable d'avoir connaissance d'un enseignement jurisprudentiel, en se fondant pour partie, en vue de calculer ce délai, sur le temps nécessaire à rendre l'information disponible sur le site *internet* de la juridiction concernée (C.E.D.H., arrêt *Depauw c. Belgique*, 15 mai 2007, p. 15). Une différence de traitement entre les magistrats, dont c'est la profession, et les justiciables, dont ce n'est pas nécessairement la profession, ne serait pas, à notre estime, injustifiable et pourrait donc respecter les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination (voy. les art. 10 et 11 de la Constitution).

³¹ Voy. les art. 33 et 37 de la Constitution.

l'un des départements homologues, est appelé à devoir payer – la poche étant identique –, il n'en va pas de même si l'acte fautif est l'œuvre de l'administration régionale, communautaire, provinciale ou communale.

19. Toutes les erreurs de l'administration, devenues invincibles par le truchement de la proposition émise, ne sauraient, certes, aboutir à la mise en cause de la responsabilité civile du juge, au titre de la violation du « devoir général de prudence » qui lui incombe.

Ne peut-on pas, dès lors, admettre que l'erreur invincible de l'administration qui, par hypothèse, ne pourrait être imputée au juge, tombe dans le champ d'application de l'article 11 des lois « sur le Conseil d'État », coordonnées le 12 janvier 1973?

Pour autant que de besoin, l'on rappelle que l'article 11 dispose que « Dans le cas où il n'existe pas d'autre juridiction compétente, la section du contentieux administratif se prononce en équité par voie d'arrêt, en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, sur les demandes d'indemnité relative à la réparation d'un dommage exceptionnel, moral ou matériel, causé par une autorité administrative »³².

Aux termes de cette disposition, l'on se demande si, en cas de dommage « exceptionnel »³³, le Conseil d'État ne serait pas compétent pour constater que, l'administration et le juge n'ayant pas commis de faute, le préjudice subi par le citoyen doit néanmoins être réparé.

II. L'erreur du législateur

20. Dans l'arsenal normatif belge, il n'est guère fait de différence entre le régime de responsabilité civile du législateur et le régime de responsabilité civile de l'administration³⁴.

³² Art. 11, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, *précitées*.

³³ Sur le caractère « exceptionnel » du dommage qui doit être causé, voy. not. R. ANDERSEN, B. LOMBAERT et S. DEPRÉ, *op. cit.*, pp. 279-280. Citant de multiples références, les auteurs écrivent: « Le dommage exceptionnel doit "dépasser, par sa nature ou son importance, les gênes et les sacrifices courants de la vie en société". Ainsi, le dommage exceptionnel est défini par référence à la notion d'égalité des citoyens devant les charges publiques. Le dommage exceptionnel est celui qui est à la fois spécial et anormal. En outre le dommage doit être né, actuel et certain, au moment de l'introduction de la requête. Le préjudice éventuel, la perte d'une simple chance de gain ne sont pas pris en compte [...] »; égal. J. SOHIER, *Les procédures au Conseil d'État*, Diegem, Kluwer, 1998, pp. 144-147. Ce dernier relève que le dommage exceptionnel sera notamment reconnu « pour une perte importante de clientèle ou d'un fonds de commerce, sans que le requérant puisse invoquer un droit à réparation » (en ce sens, C.E., arrêt *Van Loo*, n° 5.769 du 12 juillet 1957; C.E., arrêt *Brunin*, n° 12.877 du 19 mars 1968).

³⁴ Voy., à cet égard, M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1998, pp. 828 et s.; égal. S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité du fait de la fonction normative. Propos suscités par la réception et la contagion dans l'ordre juridique belge de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la responsabilité des États membres du fait de la violation du droit communautaire », *J.T.*, 1997, p. 108.

La conséquence en est que les actes et omissions du législateur doivent respecter les obligations qui incombent à ce dernier, lesquelles sont de deux ordres. Il s'agit, d'une part, de respecter les règles et principes qui s'imposent au législateur, en raison de leur valeur hiérarchiquement supérieure. Il s'agit, d'autre part, de s'acquitter d'un « devoir général de prudence », en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Si l'action ou l'omission du législateur porte atteinte à l'une de ces obligations, une irrégularité est commise qui, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, constitue une faute au sens civil du terme³⁵.

21. L'on a déjà évoqué l'existence d'un arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006. Dans cet arrêt, la Cour juge que le non-respect du délai raisonnable par le législateur constitue une illégalité fautive, au sens civil du terme, alors que, dans la classification proposée par David De Roy, le principe en l'espèce violé ne constitue pas une norme imposant l'accomplissement d'un comportement déterminé et sa violation ne devrait, dès lors, pas être fautive.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, il nous paraît ainsi que l'équation selon laquelle « toute irrégularité est une faute » est non seulement consacrée dans le domaine de la responsabilité civile de l'administration, mais aussi dans le domaine de la responsabilité civile du législateur³⁶.

22. Bien que la jurisprudence de la Cour de cassation soit, pour l'heure, muette sur la question, l'on ne voit guère pourquoi elle se départirait, s'agissant du législateur, de l'enseignement qu'elle prodigue à propos de l'administration, sur le plan de l'échappatoire que constitue l'erreur invincible.

À cet égard, l'on imagine mal qu'une disposition constitutionnelle rétroagisse, encore qu'il soit arrivé, dans un passé récent, à la Constitution, d'autoriser le législateur à rétroagir³⁷. À supposer que tel soit le cas, l'on peut raisonnablement prévoir que la Cour de cassation admettrait que le législateur a commis une erreur invincible en ne respectant pas une prescription constitutionnelle qui, par hypothèse, ne s'imposait pas au moment de l'adoption de l'acte législatif, mais qui vient rétrospectivement à s'imposer.

³⁵ Voy. les références citées en note 1.

³⁶ Cass., 28 septembre 2006, *précité*.

³⁷ Voy., à cet égard, l'article 184 de la Constitution qui dispose que « L'organisation et les attributions du service de police intégré, structuré à deux niveaux, sont réglées par la loi. Les éléments essentiels du statut des membres du personnel du service de police intégré, structuré à deux niveaux, sont réglés par la loi ». Une disposition transitoire prévoit cependant que « Le Roi peut toutefois fixer et exécuter les éléments essentiels du statut des membres du personnel du service de police intégré, structuré à deux niveaux, pour autant que cet arrêté soit confirmé, quant à ces éléments, par la loi avant le 30 avril 2002 ». La disposition transitoire a ainsi permis de sauver la régularité de l'arrêté royal du 30 mars 2001 « portant la position du personnel des services de police » (voy., à ce propos, D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 203).

La prévision paraît d'autant plus sérieuse que la Cour de cassation a consacré la responsabilité civile de l'administration des dizaines d'années avant de consacrer la responsabilité civile du législateur³⁸, ce qui donne à penser que l'échappatoire consentie au plus exposé des deux pouvoirs en présence devrait *a fortiori* valoir pour le plus protégé d'entre eux.

Plus vraisemblable que la rétroactivité ou l'interprétation constitutionnelles est la controverse jurisprudentielle qui conduirait les juridictions à interpréter dans un sens, puis dans un autre, une norme de valeur supralégislative, par exemple la Constitution ou un traité international ayant effet direct dans l'ordre juridique interne.

Dans une telle hypothèse, l'on peut aussi raisonnablement imaginer que la Cour de cassation admettrait que le législateur a commis une faute qui constitue une erreur invincible, si le législateur était placé devant un revirement pur et simple de jurisprudence.

L'équité n'impliquerait-elle pas cependant que si, pour l'administration, l'on plaide pour la « dilatation » de l'erreur invincible, l'on en fasse de même s'agissant du législateur? N'est-ce pas, en effet, du juge que naît la controverse jurisprudentielle? Et, sans qu'il faille condamner tout juge qui change d'avis, n'est-ce pas le caractère récurrent ou intempestif de certains attermoissements ou revirements jurisprudentiels qu'il faut condamner?

III. L'erreur du juge

23. Le redoutable privilège lui revient de juger, de sanctionner, et – s'il lui plaît – d'excuser, les erreurs de droit commises par ceux qui peuplent ses prétoires, tout autant que celles que ces justiciables imputent aux organes des deux autres pouvoirs. Il jouit même de la faveur de se prononcer sur les erreurs de droit reprochées à ses propres membres, se décernant à lui-même, au passage, un brevet d'impartialité³⁹.

Le pouvoir judiciaire allait-il, au risque de la suspicion, se juger avec plus de complaisance? L'erreur juridique du juge serait-elle à sa propre estime moins évidente et moins conséquente que celles du législateur, de l'administration et du citoyen?

Répondons sans ambages ni goût du suspense: en apparence, oui.

³⁸ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193; sur la question, voy. not. C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, Larcier, 1947, 548 p.

³⁹ Pourvu, évidemment, que le siège appelé à connaître de l'action en responsabilité n'ait pas, d'une manière ou d'une autre, pris part au processus juridictionnel incriminé (Cass., 19 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1032).

24. Au départ, la donne s'annonçait pourtant identique⁴⁰.

Le spectaculaire arrêt dit « Anca I », du 19 décembre 1991, laissait entrevoir la perspective d'une application mécanique de l'équation, classique et bien rôdée, de l'identité de l'illégalité et de la faute⁴¹.

Il est vrai que ses termes autorisaient cette lecture que, du reste, une excellente doctrine lui a immédiatement conférée⁴²: « en l'état actuel de la législation, l'État peut sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, être, en règle, rendu responsable du dommage résultant d'une faute commise par un juge ou un officier du ministère public lorsque ce magistrat a agi dans les limites de ses attributions légales ou lorsque celui-ci doit être considéré comme ayant agi dans ces limites par tout homme raisonnable et prudent. Toutefois, si cet acte constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la demande tendant à la réparation du dommage ne peut, en règle, être reçue que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une déci-

⁴⁰ Le lieu n'est évidemment pas de retracer par le détail l'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du pouvoir judiciaire. D'autres s'y sont employés avec brio. L'on songe, tout dernièrement, à l'étude remarquable, et très originale, de notre collègue B. DUBUISSON, « La responsabilité civile du pouvoir judiciaire. L'application de la loi par le juge : obligation de moyens ou de résultat ? » in *La responsabilité des magistrats*, coll. Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, Bruylant, 2008, sous presse. Adde, outre les commentaires d'arrêts recensés aux notes suivantes, R.-O. DALCQ, « La responsabilité de l'État du fait des magistrats. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 », note sous l'arrêt précité, in *J.T.*, 1992, p. 459; *idem*, « La responsabilité du pouvoir judiciaire », in *Mélanges J. van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 114-117; M. DONY, « Responsabilité de l'État pour faute du pouvoir judiciaire après l'arrêt du 19 décembre 1991 », *R.D.C.B.*, 1993, p. 804; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », *R.C.J.B.*, 2001, p. 28; C. JASSOGNE, « La nécessaire dissociation de la responsabilité entre la personne morale et la responsabilité personnelle de celui qui agit en qualité d'organe de cette personne morale », note sous Cass., 19 décembre 1991, *R.R.D.*, 1991, pp. 414-416; D.-M. PHILIPPE, « À propos de la responsabilité des magistrats », note sous Cass., 26 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1170; F. PIEDBŒUF, « L'immunité du juge et la responsabilité de l'État », note sous Cass., 19 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 43; F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, « La responsabilité de l'État pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions », note sous Cass., 19 décembre 1991, *R.C.J.B.*, 1993, p. 293; K. STANGHERLIN, « La responsabilité de l'État du fait du service public de la justice », *R.G.D.C.*, 2002, p. 502; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, 1994-1999 », *T.P.R.*, 2000, p. 1908 et s.; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten in de Belgische rechtspraak en in die van het Europese Hof van Justitie », in *Overheids-aansprakelijkheid*, Bruges, La Charte, 2005, p. 207 et s.; *idem*, « De aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991 », *R.W.*, 1992-1993, p. 377.

⁴¹ Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 316, concl. Proc. Gén. J. VELU (alors prem. av. gén.); *R.G.D.C.*, 1992, p. 62, note A. VAN OEVELEN; *R.C.J.B.*, 1993, pp. 285 et s., note Fr. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE; *R.W.*, 1992-1993, p. 377 et s., obs. A. VAN OEVELEN; *J.L.M.B.*, 1992, p. 42, note F. PIEDBŒUF; *R.R.D.*, 1991, p. 412, note C. JASSOGNE.

⁴² R.-O. DALCQ, « La responsabilité de l'État du fait des magistrats. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 », obs. sous l'arrêt précité, *J.T.*, 1992, ici spéc. p. 452; R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (1987-1993) », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 683-684.

sion passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie et n'est plus dès lors, revêtu de l'autorité de chose jugée».

Point n'était question, dans l'arrêt *Anca I*, d'une rupture d'identité entre l'illégalité et la faute à la faveur d'une conception plus généreuse du droit du juge à l'erreur de droit. De *Flandria* à *Anca* (puis à *Ferrara*), l'harmonie s'annonçait complète.

25. Mais un *Anca* devait en chasser un autre.

L'arrêt *Anca II*, du 8 décembre 1994, énonce que : « la faute du magistrat pouvant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, entraîner la responsabilité de l'État consiste, en règle, en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent placé dans les mêmes conditions ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme du droit national ou d'un traité international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, imposant au magistrat de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée »⁴³.

Nous reviendrons évidemment sur la distinction, déjà évoquée à l'aune de l'administration (*supra*, n^{os} 7 et s.), entre l'erreur de conduite et la violation d'une norme à prescription déterminée (*infra*, n^o 27 et s.).

Pour lors, relevons déjà que cet attendu sonnait le glas de la transposition mécanique, sur le terrain de la responsabilité de l'État du fait de la fonction de juger, de l'équation entre illégalité et faute qui, aujourd'hui encore, fait merveille sur celui de la responsabilité du même État en ses qualités d'administrateur et de législateur.

D'autres commentateurs avisés⁴⁴ de l'arrêt *Anca I* l'avaient souhaité et prédit : la condamnation aquilienne du juge par le juge ne se conçoit pas sans le déploiement d'une marge d'appréciation permettant d'absoudre certaines erreurs de droit. Ici, il ne suffit point que le mal-jugé – l'illégalité – ait été « retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée »⁴⁵, comme c'est le cas de l'acte administratif dont l'illégalité est censurée par le Conseil d'État. Encore faut-il ici, à tout le moins lorsqu'elle prend les traits d'une « erreur de conduite », que l'illégalité dénoncée n'eût point été commise par « un magistrat normalement soigneux et prudent placé dans les mêmes conditions ».

Le principe « administrativiste » de l'identité entre illégalité et faute subit ici un sérieux revers. Pour preuve, cette majorité de décisions publiées

⁴³ Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, 1063; *J.L.M.B.*, 1995, p. 387, note D.-M. PHILIPPE; *J.T.*, 1995, pp. 497-498, note R.-O. DALCQ; *R.W.*, 1995-1996, pp. 180-183, obs. A. VAN OEVELEN.

⁴⁴ Voy. not. Fr. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, in *R.C.J.B.*, 1993, ici spéc. p. 312, n^o 27, ainsi que B. DUBUISSON, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2001, p. 66.

⁴⁵ Cette condition – nécessaire mais non suffisante – de recevabilité de l'action en responsabilité, n'a pas à être approfondie ici. À son sujet cons. B. DUBUISSON, « La responsabilité civile du pouvoir judiciaire. L'application de la loi par le juge : obligation de moyens ou de résultat ? », *op. cit.*, n^o 14, et les réf. citées., ainsi que K. STANGHERLIN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 508, et les réf. citées, p. 510, et les réf. citées, et p. 511, et les réf. citées.

excluant la responsabilité de l'État du chef d'erreurs de droit dont l'illégalité avait pourtant été constatée et censurée par d'autres décisions « retirées, réformées, rétractées » ou cassées⁴⁶.

26. D'aucuns⁴⁷ tenteront de nuancer la différence de régimes entre la faute administrative et la faute judiciaire en observant que ledit principe retrouve tout de même quelque vivacité à l'aune des – autres – erreurs juridictionnelles visées par la Cour de cassation qui, à côté de la simple erreur de conduite et contrairement à celle-ci, consistent « sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification » en la violation d'« une norme du droit national ou d'un traité international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, imposant au magistrat de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée ».

Alors que l'erreur de conduite s'apparenterait à une obligation de moyens, semblable norme « à prescrit déterminé » devrait s'analyser en une obligation de résultat dont seule la démonstration – par l'État défendeur – d'une invincible erreur de droit permettrait l'exonération. L'on renouerait ici, pour partie faute de mieux, avec le schéma familier de l'identité entre illégalité et faute que seule l'erreur de droit invincible pourrait enrayer.

Ne voit-on pas, d'emblée, que cette distinction entre erreur de conduite et violation d'une norme « à prescrit déterminé » coïncide trait pour trait avec celle que David De Roy suggère d'appliquer à la théorie de l'acte administratif illégal aux fins d'adoucir la rigueur du principe de l'identité entre illégalité et faute? (*supra*, n^{os} 7 et s.). Il est même permis de supposer que c'est l'émergence de cette distinction dans la jurisprudence « Anca II » de la Cour qui a inspiré cette thèse.

27. À notre estime, la distinction originelle n'est pas plus convaincante que son essai de transposition.

28. Passons sur l'incongruité, et à vrai dire l'inexactitude, finement dénoncées par Bernard Dubuisson⁴⁸, de la transposition de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat sur le terrain – élu par la Cour de cassation – de la responsabilité quasi délictuelle. Ce dernier ne connaît point la distinction, tout autant qu'il demeure étranger à l'idée de renversement de la charge de la preuve véhiculée par celle-ci.

29. Force est plus fondamentalement de constater, avec cet auteur, que la recherche de ces règles de droit « imposant au magistrat de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée » s'apparente presque à la quête du Graal⁴⁹.

⁴⁶ Voy. l'examen de jurisprudence minutieux auquel se livre B. DUBUISSON, « La responsabilité civile du pouvoir judiciaire... », *op. cit.*, n^{os} 12 et s. *Adde* A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, La Charte, 2005, pp. 207 et s. ainsi que K. STANGHERLIN, *op. cit.*, in R.G.D.C., 2002, pp. 502 et s.

⁴⁷ Voy. en particulier l'analyse bien documentée de K. STANGHERLIN, *op. cit.*, R.G.D.C., 2002, pp. 512-513, rejoignant celle développée précédemment par A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, R.W., 1992-1993, spéc. pp. 390-391.

⁴⁸ B. DUBUISSON, « La responsabilité civile du pouvoir judiciaire... », *op. cit.*, n^{os} 6 et s.

⁴⁹ *Idem*, n^{os} 18-20.

Rivalisant d'ironie, l'on pourrait aussi, pour peu, évoquer la légende du Loch Ness... Car quelles sont, objectivement et indiscutablement, ces normes «dont l'application ne comporte» – selon l'expression de Bernard Dubuisson – «aucun aléa»?

30. Il eût été tellement propice au rapprochement entre faute administrative et faute juridictionnelle que la Cour de cassation considérât que la règle de droit subsumant les faits du litige soit elle-même de ces normes sans aléa...

Las ! Il résulte sans équivoque de son arrêt du 26 juin 1998 « que si certaines normes de droit imposent à celui qui prend une décision juridictionnelle de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, tel n'est pas le cas de la norme de droit qu'il a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce », en sorte que « l'erreur dans l'interprétation ou l'application d'une telle norme n'est fautive que si elle consiste en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'organe de l'État normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions »⁵⁰.

31. Les normes de droit substantiel ne se prêtant pas à la qualification, on songea alors aux règles – adjectives – de procédure et de preuve, et autres principes directeurs du procès, qui, eux au moins, présenteraient cette belle et implacable univocité des normes dépourvues d'aléa interprétatif⁵¹.

Mais ici encore, il faut déchanter... pour autant que l'on tienne le principe de l'identité entre illégalité et faute pour enchanteur.

« Une telle classification sans doute reposante pour l'esprit ne convainc pas »⁵². Le droit de la preuve, le droit judiciaire et ses principes directeurs sont aujourd'hui tout aussi, si ce n'est davantage, protéiformes, évolutifs, et effervescents que le droit matériel qu'ils sont censés réaliser. Qui, aujourd'hui, pourrait prétendre assigner une portée dogmatique au principe dispositif, aux droits de la défense, à l'égalité des armes, à la loyauté processuelle, etc. ? Même les piliers les plus rectilignes de l'instance – comme l'inviolabilité de l'ordre public procédural et l'impartialité du juge – sont aujourd'hui secoués. Et c'est très bien ainsi⁵³ !

L'affaire « Anca » elle-même est emblématique du caractère aléatoire, et partant « non déterminé », des règles et principes de procédure. Rappelons en effet qu'il était fait grief aux juridictions de fond d'avoir violé les droits de la défense et la publicité des débats. Et ne voit-on pas la Cour, ayant à peine esquissé la distinction entre les erreurs de conduite et les normes « à prescrit

⁵⁰ Cass., 26 juin 1998, *Bull.*, 1998, pp. 812-814, avec les conclusions conformes de l'avocat général SPREUTELS ; R.G.A.R., 1999, n° 13095, obs. R.O. DALCQ ; J.L.M.B., 1998, pp. 1166-1172, obs. D.M. PHILIPPE ; J.T., 1998, p. 677 ; R.C.J.B., 2001, p. 21, note B. DUBUISSON.

⁵¹ Voy. p. ex. Fr. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, R.C.J.B., 1993, p. 313, n° 26.

⁵² B. DUBUISSON, « La responsabilité civile du pouvoir judiciaire... », *op. cit.*, n° 18.

⁵³ Sur la mutation des règles et principes généraux de la procédure civile, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en effervescence* (sous la dir. de G. DE LEVAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, éd. du Jeune barreau, 2007, pp. 330 et s.

déterminé», ranger ces deux garanties fondamentales du procès équitable dans la famille des premières au motif, parfaitement exact au demeurant, que leur portée souffrait la controverse au jour où les décisions litigieuses avaient été rendues⁵⁴?

32. Sauf à la cantonner à des figures purement théoriques⁵⁵, il restait donc, pour cette distinction, à nicher sur des têtes d'épingle⁵⁶ ou sur des fausses pistes⁵⁷.

Et encore...

Les trois seules décisions susceptibles d'être arrimées à l'hypothèse témoignent de l'embarras de leurs auteurs à souscrire au concept de normes «imposant un comportement déterminé»⁵⁸. Ajoutons qu'il n'est d'ailleurs pas certain que l'on y fut en présence de semblables normes.

Jugeons-en.

Deux des trois décisions retiennent la responsabilité de l'État du chef de la violation de l'interdiction de statuer *ultra petita* consacrée par l'article 1138, 3°, du Code judiciaire⁵⁹. La troisième sanctionne une erreur grossière commise dans la computation d'un délai de procédure⁶⁰.

Sans doute les règles violées revêtent-elles un contenu beaucoup moins aléatoire que d'autres, ce qu'esquissent d'ailleurs les trois décisions. Mais

⁵⁴ Cass., 8 décembre 1994, cité *supra* note 43.

⁵⁵ Telle est, selon nous, l'option prise par K. STANGHERLIN, *op. cit.*, R.G.D.C., 2002, p. 513. Cet auteur propose de distinguer selon que le juge est, ou non, le «destinataire» de la norme violée, et soutient que lorsque la norme violée s'adresse à un tiers, la responsabilité du juge ne pourra être appréciée qu'à l'aune du critère du juge normalement prudent et diligent. Conçoit-on, en droit, de rechercher la responsabilité d'une personne du chef de la violation d'une norme dont elle n'est pas destinataire? Même la norme générale de prudence, prétendument différenciable des normes à contenu déterminé, s'adresse à des destinataires: la communauté des sujets de droit doués de la capacité juridique.

⁵⁶ Voy. la maigre liste d'hypothèses théoriques proposée par A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, R.W., 1992-1993, pp. 390-391, reprise telle quelle, dix ans plus tard, par K. STANGHERLIN, *op. cit.*, R.G.D.C., 2002, pp. 512-513.

⁵⁷ K. STANGHERLIN (*op. cit.*, R.G.D.C., 2002, p. 513), cite, en paradigme de la norme à prescrite déterminé prenant le juge comme destinataire, l'obligation que l'intéressé a de se récuser en vertu des articles 828 à 831 du Code judiciaire. Il nous paraît peu vraisemblable que la violation de cette norme puisse mener à l'établissement de la responsabilité de l'État. En effet, si la partialité du juge est acquise (art. 828 C. jud.), et si l'intéressé ne se déporte pas spontanément comme il le devrait (art. 831 C. jud.), l'incident de recusation sera soulevé et tranché *stante pede* par la juridiction compétente, en sorte que l'abstention coupable du juge ne donnera jamais lieu à «retrait, réformation, annulation ou rétractation» *a posteriori* de la décision rendue par ce juge, pas plus d'ailleurs que le plaideur obtenant la recusation du juge ne subira de dommage. Au demeurant, le moyen dénonçant le manque d'impartialité du juge du fond ne peut être présenté pour la première fois en instance de cassation: Cass., 30 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 150; Cass., 29 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 70; Cass., 27 juin 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 1130; Cass., 11 juin 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 1049; Cass., 27 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 716; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, «Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé. L'instance», R.C.J.B., 2002, p. 703, n° 618; Proc. Gén. H. LENAERTS (alors av. gén.), concl. précéd. Cass., 13 janvier 1985, A.C., 1985-1986, n° 308.

⁵⁸ B. DUBUISSON, «La responsabilité civile du pouvoir judiciaire...», *op. cit.*, n°s 19-20.

⁵⁹ Civ. Bruxelles, 8 mai 2003, *J.T.*, 2003, p. 489; Liège, 28 avril 2003, *J.T.*, 2003, p. 483.

⁶⁰ Civ. Liège, 5 octobre 2000, *J.L.M.B.*, p. 1795.

alors pourquoi leurs auteurs se sont-ils systématiquement fendus d'une motivation complémentaire énonçant, comme s'il s'agissait de simples erreurs de conduite, qu'un magistrat normalement prudent et soigneux ne se serait pas rendu coupable de telles illégalités? C'est au vu de la distinction théorique opérée par la Cour de cassation que l'on peut estimer que cette motivation revêt un caractère surabondant. Mais les auteurs de cette motivation l'ont-ils réellement conçue comme telle? Leur embarras est, en tout cas, patent.

Et ne pourrait-on soutenir, à la limite, que même des règles apparemment aussi univoques que l'interdiction de statuer *ultra petita*⁶¹ et la computation des délais⁶² ne sont pas toujours dépourvues d'un aléa interprétatif?

33. Décidément, toute tentative paraît vaine de plaquer sur le régime de la responsabilité du pouvoir judiciaire le principe de l'identité entre illégalité et faute qui, de manière constante, rythme celui de la responsabilité de l'État administrateur et, depuis peu, celui de l'État législateur.

Pour exprimer ce constat, il n'est pas de meilleurs mots que ceux de Bernard Dubuisson: «le principe d'identité entre faute et illégalité, appliqué avec beaucoup de sévérité dans le domaine de la responsabilité du pouvoir exécutif, est ici vidé pratiquement de toute substance au profit d'une analyse plus casuistique fondée sur la recherche improbable des normes dont l'application ne comporte aucun caractère aléatoire»⁶³. Et l'auteur, avec notre totale approbation, de conclure sa vaine quête du Graal en soulignant que quel que soit le degré de précision de la norme à l'aune de laquelle la responsabilité du pouvoir judiciaire est appréciée, cette norme «ne peut être isolée de son contexte interprétatif qui en révèle toutes les difficultés d'application ou d'interprétation»⁶⁴. Cet examen ne tolère qu'une analyse strictement empirique tant de la norme appliquée, que de la situation de fait se prêtant à son application.

⁶¹ Voy. not. G. DE LEVAL, note sous Civ. Liège, 22 février 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 929; Liège, 11 mars 2002, *J.T.*, 2003, p. 885; Civ. Bruxelles, 18 février 1959, *J.T.*, 1959, p. 388) dont il résulte que le juge peut déduire de la citation une prétention (un objet) implicite, l'autorisant par exemple à considérer qu'une demande en partage de la succession implique *ipso facto* la liquidation et le partage du régime matrimonial.

⁶² Faut-il rappeler que cette matière n'a pas toujours été un fleuve tranquille? Parmi beaucoup d'autres questions épineuses qui l'émaillent en dépit de textes pourtant insoupçonnés, et dépourvus, d'ambiguïté, voy. p. ex., divergeant sur la lecture de nouvel article 53bis du Code judiciaire (point de départ des délais ouverts par notification), E. BREWAEYS, «Veranderingen in het gerechtelijk recht. Aanvangspunt van de termijn bij kennisgeving door gerechtsbrief en het verzoekschrift op tegenspraak», *N.j.W.*, 2006, n° 134, pp. 49 et A. FRÏ, «Délais et requête contradictoire. La loi du 13 décembre 2005», *J.T.*, 2006, pp. 669 et s. (*adde*, sur cette même question, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «La notification de droit judiciaire privé à l'épreuve des théories de l'expédition et de la réception», note sous Cass., 20 février 1998, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 191-238). Voy. aussi la funeste controverse suscitée par la question de l'interruption du délai pour conclure (Cass., 9 décembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 4, note J. ENGLEBERT; *J.L.M.B.*, p. 4, note H. BOULARBAH).

⁶³ B. DUBUISSON, «La responsabilité civile du pouvoir judiciaire...», *op. cit.*, n° 20.

⁶⁴ *Idem*, n° 18 *in fine*. *Adde*, désormais dans le même sens, A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, La Charte, 2005, pp. 207 et s.

34. C'est sous la réserve de cette fondamentale différence d'approches entre les deux ordres de responsabilité que l'on peut revenir, furtivement, sur le cas du revirement – ou de la clarification – de jurisprudence, présenté comme le paradigme invincible de l'erreur de droit.

Jugé qu'il « ne peut être fait grief à une juridiction d'avoir appliqué une règle légale ultérieurement déclarée inconstitutionnelle par la Cour d'arbitrage »⁶⁵.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une cour d'assises ayant constaté la prescription de l'action civile à l'aune de l'ancien article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle avant que la Cour d'arbitrage en dénonce l'inconstitutionnalité aux termes de son célèbre « *lente arrest* » du 21 mars 1995. Comme le suggère opportunément la doctrine⁶⁶, il devrait logiquement en aller de même lorsque la Cour de cassation est amenée à censurer la décision frappée de pourvoi sur le visa d'une disposition légale entrée en vigueur après le prononcé de cette décision⁶⁷.

On le voit, le juge jouit, dans l'hypothèse toute particulière du revirement, du même droit à l'erreur que l'administration (*supra*, n^{os} 14-15).

Mais la portée de ce paradigme très spécifique n'est pas la même dans l'un et l'autre cas. Dans le chef de l'administration, le revirement constitutif d'erreur invincible de droit tient lieu d'*unique* soupape à l'intransigeant principe de l'identité entre illégalité et faute: l'acte administratif demeure illégal à raison du désaveu infligé par le revirement de jurisprudence, mais la tardiveté de celui-ci lui ôte son caractère fautif. S'agissant par contre du juge, l'imprévisibilité du revirement – jurisprudentiel ou législatif – ne constitue jamais qu'une cause *parmi d'autres* de la possible exonération d'une responsabilité s'appréciant au regard du critère du magistrat norma-

⁶⁵ Bruxelles, 7 décembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 385.

⁶⁶ B. DUBUISSON, « La responsabilité civile du pouvoir judiciaire... », *op. cit.*, n^o 7, note (10); K. STANGHERLIN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 513, note (104).

⁶⁷ Cass., 29 septembre 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 280, note S. MOSSELMANS; *R.W.*, 2000-2001, p. 1166, note I. CLAEYS et P. POPELIER; Cass., 22 mai 2003, *N.j.W.*, 2003, p. 840: aux termes de ces arrêts accueillis avec perplexité par la doctrine (M. MARCHANDISE, *La prescription libératoire en matière civile*, Dossier n^o 64 du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 164, n^o 160 et les réf. citées), la Cour a accueilli le moyen pris de la violation des règles de prescription fixées par la loi du 10 juin 2008 (art. 2262bis C. civ.) à l'encontre d'arrêts qui, avant l'entrée en vigueur de cette loi, avaient déclaré prescrites des actions quasi délictuelles se heurtant à la prescription quinquennale de l'ancien article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, déclaré inconstitutionnel par arrêt du 21 mars 1995 de la Cour d'arbitrage. Le tour de force fut d'autant plus spectaculaire que l'article 11 de la loi du 10 juin 1998 dispose que « lorsque l'action a été déclarée prescrite par une décision passée en force de chose jugée avant l'entrée en vigueur de la présente loi, cette entrée en vigueur ne peut avoir pour effet de faire courir un nouveau délai de prescription ». Or, en vertu de l'article 28 du Code judiciaire, une décision qui n'est plus susceptible de d'un pourvoi est une décision passée en force jugée.

lement soigneux et diligent auquel une erreur de conduite, ou la violation d'une obligation à prescrit prétendument déterminé, est reprochée⁶⁸.

Sous la réserve de cette précision essentielle, nous serions enclins à calquer l'excusabilité du juge en cas de revirement de jurisprudence sur celle que nous proposons à l'adresse de l'administration placée dans les mêmes circonstances.

Partant, le juge serait, selon nous, tenu d'avoir égard à l'enseignement jurisprudentiel le plus récent, émanant de la juridiction la plus élevée au sein de l'ordre juridictionnel auquel cette juridiction appartient. Et pour pouvoir être pris en considération, l'enseignement devrait, au surplus, découler d'une décision de justice rendue avant le prononcé de celle dont la légalité est contestée, pour autant que la décision « supérieure » ait donné lieu à une publicité sur le site *internet* de la juridiction qui en est l'auteur et pour autant qu'un délai de dix jours se soit écoulé entre le moment où la décision a été mise en ligne et le moment où le juge a statué⁶⁹. Un magistrat normalement soigneux et diligent se doit de connaître, dans ces circonstances, l'existence du revirement.

Encore une dernière précision essentielle doit-elle être alors formulée : le juge ne peut, en pareille hypothèse, ignorer l'existence du revirement, mais il peut – absence de *rule of precedent* oblige – en contredire le sens. Cependant, s'il résiste de la sorte, sa décision encourt le risque accru de la réformation, de l'annulation ou de la cassation et, ce faisant, l'expose davantage au constat de sa responsabilité du chef d'erreur de droit non excusable.

35. Décidément, même lorsqu'ils se rejoignent furtivement, les régimes respectifs de responsabilité du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire paraissent ne jamais parvenir à fusionner totalement.

IV. L'erreur du citoyen

36. Le sujet de droit se montre souvent enclin, et parfois prompt, à dénier l'existence d'un droit à l'erreur de droit au profit du juge, de l'administration et du législateur dont il recherche la responsabilité. Cette propension s'expliquerait-elle par la parcimonie du droit à l'erreur dont il jouit lui-même dans ses activités, sinon citoyennes, à tout le moins de citoyen ?

⁶⁸ En l'espèce, le constat d'absence de faute des exigences même du droit commun de la responsabilité extra-contractuelle : « comme toute faute civile, la faute du magistrat doit être appréciée au moment où l'acte incriminé a été accompli et non à la lumière d'éléments de fait apparus lors d'instances ultérieures, inconnus au moment du fait générateur. Cet acte doit en effet être replacé dans les circonstances de temps et de lieu qui étaient celles qui existaient au moment du fait générateur » (B. DUBUISSON, « La responsabilité civile du pouvoir judiciaire... », *op. cit.*, n° 7).

⁶⁹ Voy. *supra*, n° 11 et la note 21 commentant C.E.D.H., arrêt *Depauw c. Belgique* du 15 mai 2007.

Il est vrai qu'en dépit de sa fondamentale inexactitude, l'extrapolation de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » a longtemps gardé la dent dure.

Pourtant, comme le soulignait déjà, à juste titre, Michel Coipel dans sa remarquable étude transversale consacrée à l'erreur de droit, « là où la loi donne effet à l'erreur, il n'y a pas à distinguer entre erreur de droit et erreur de fait »⁷⁰.

Cette remontrance a manifestement été entendue car l'on observe aujourd'hui que le citoyen invoquant un droit à l'erreur de droit – « excusable » ou « invincible » – aux fins de s'exonérer des conséquences de ses faits et actes juridiques, n'est pas (n'est plus) traité plus durement que les pouvoirs constitués placés en situation d'alléguer l'invincibilité de leurs propres erreurs de droit.

Quelle que soit la sphère d'activités humaines où la question se pose, le régime d'excusabilité du citoyen délinquant, du citoyen contractant ou encore du citoyen justiciable, n'a rien à envier à ceux du législateur, de l'administration et du juge, décrits ci-avant.

Un examen succinct de la jurisprudence contemporaine suffit à asseoir ce constat de non-discrimination. Les limites et la modestie de cette analyse empirique imposaient un choix parmi les nombreuses sources possibles d'erreurs de droit. Compte tenu de notre objectif de croisement des regards sur les quatre acteurs du droit, le nôtre s'est tout naturellement porté sur le paradigme de l'erreur de droit provoquée ou entretenue par un spécialiste public ou privé (du droit essentiellement) consulté par le citoyen *errans*⁷¹.

37. Le citoyen *délinquant* ne sera admis qu'avec la plus grande circonspection au bénéfice de l'erreur de droit invincible⁷², celle qu'aurait commise

⁷⁰ M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », note sous Cass., 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 198 et suiv., ici spéc. p. 200. D'autres très belles contributions ont été consacrées à la notion de l'erreur de droit : voy. en particulier Fr. GLANSORFF, « Erreur invincible ou croyance légitime », note sous Cass., 18 janvier 1999, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 725 et s.; Ch. JASSOGNE, « Réflexions à propos de l'erreur », *R.G.D.C.*, 1994 et s.; Cl. PARMENTIER, « La volonté des parties », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1984, pp. 55 et s.; J. DABIN, « Erreur inexcusable et nullité des conventions », in *Études de droit civil*, 1947, pp. 30 et s.; J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1971; R. DECOUST, *L'erreur de droit*, Paris, 1917; R. DECOTTIGNIES, « L'erreur de droit », *R.T.D.Civ.*, 1951, pp. 309 et s.; *Adde Pandectes belges*, v° « Erreur de droit ».

⁷¹ Ce choix amène à un rapprochement du thème de l'erreur de droit et de celui de la croyance légitime suscitée par des informations erronées : voy. Fr. GLANSORFF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 725 et s.; N. GEELHAND, « Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal », note sous Cass., 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, pp. 53 et s.; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

⁷² M. COIPEL, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 211, n° 10, citant S. BRAHY, « De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal », *Rev. dr. pén.*, 1976-1977, p. 340. Sur l'erreur invincible de droit en matière répressive, voy. J. VERHAEGEN, « L'erreur non invincible de fait et ses effets en droit pénal belge », *R.D.P.C.*, 1989, pp. 18 et s.; J.-P. COUTURIER, « L'erreur de droit invincible en matière pénale », *Rev. sc. crim.*, 1968, pp. 547 et s.; R. LEGROS, « Vers une théorie uniforme de l'erreur », *J.T.*, 1953, pp. 337 et s.; *idem*, « L'erreur de droit en droit pénal », *R.D.I.D.C.*, 1954, pp. 297 et s.

toute personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances souverainement appréciées par le juge du fond⁷³.

38. La sévérité du postulat n'a pas empêché l'émergence d'une tendance, certes minoritaire, à l'admissibilité de l'erreur (pourtant) fautive de droit («l'erreur de droit non invincible») comme cause de non-imputabilité des infractions intentionnelles⁷⁴.

Là n'est cependant pas l'essentiel au regard de notre propos.

39. On s'intéressera davantage à la portée actuellement conférée à l'article 71 du Code pénal. On sait qu'en vertu de cette disposition, l'erreur invincible de fait ou de droit constitue une cause de justification. Or, après avoir longtemps refusé de l'admettre, la Cour de cassation considère, depuis 1946, que le mauvais conseil que lui a prodigué un spécialiste autorise le prévenu à plaider l'acquiescement sur la base de l'erreur de droit invincible pour autant que celle-ci soit corroborée par les autres circonstances de la cause⁷⁵. Certes, «la simple constatation que la personne qui invoque l'erreur de droit invincible a été mal informée, même par une personne qualifiée, ne saurait suffire»: la sévérité et la circonspection demeurent de mise, mais si l'invincibilité de l'erreur provoquée ou entretenue de la sorte n'est pas démentie par ailleurs – en ce sens que toute personne raisonnable et prudente l'aurait aussi commise –, l'acquiescement s'impose⁷⁶.

C'est dire que sur le plan du droit à l'erreur de droit, le citoyen délinquant n'est pas plus sévèrement traité que le législateur, l'administration ou le juge.

⁷³ P. ex. Cass., 23 janvier 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 348, Cass., 19 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1143 et Cass., 16 janvier 2001, *Pas.*, 2001, I, n° 29.

⁷⁴ J.-J. HAUS, *Principes généraux de droit pénal belge*, 3^e éd., Gand, Swinnen, 1879, n° 712: «L'erreur de droit, si elle constitue une faute, exclut toute intention criminelle». Comp. Chr. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., 2^e éd., pp. 333-334, n°s 414-416. Adde B. DE SMET, «De onoverkomelijke rechtsdwaling als wapen tegen overregulering en artificiele incriminaties», *R.W.*, 1992-1993, p. 1288 et s.; adde l'ouvrage collectif *Les notions à contenu variable en droit*, Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, spéc. pp. 10 et 55 et s.

⁷⁵ Cass., 10 juillet 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 293; Cass., 17 janvier 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 32; Cass., 19 décembre 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 263; Cass., 27 janvier 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 483; Cass., 19 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1143; Cass., 15 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 276; Rappr. de Cass., 29 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 355, de Cass., 7 mai 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 791, et encore de Corr. Charleroi, 27 juin 1974, *J.T.*, 1975, p. 28; Corr. Bruxelles, 29 décembre 1989, *J.T.*, 1990, p. 330; Corr. Liège, 25 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 996. Au sujet de cette jurisprudence, cons. Chr. HENNAU et J. VERHAEGEN, op. cit., p. 276 et s., n°s 361 et s.; Fr. GLANSORFF, op. cit., *R.C.J.B.*, 2000, p. 735, n° 14 et s.; M. COIPEL, op. cit., *R.C.J.B.*, 1978, p. 216; M. VAN DE KERCHOVE, *Chronique de droit pénal (2001-2005)*, Dossier n° 59 du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 92.

⁷⁶ Voy. Cass., 19 mai 1987, 15 novembre 1988, 7 mai 1991 et 18 janvier 1999, précités. Adde Cass., 29 mai 2002, *Pas.*, 2002, I, n° 324; Cass., 1^{er} octobre 2002, *R.A.B.G.*, 2003, p. 798, obs. L. DELBROUCK; Cass., 2 octobre 2002, *Rev. dr. santé*, 2005-2005, p. 131; Cass., 29 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 231; Cass., 26 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 697; *J.L.M.B.*, 1996, p. 1180, note G. DE LEVAL; *Div. Act.*, 1997, p. 107, note A. MASSET; *R.W.*, 1997-1998, note A. VANDEPLAS; *J. Dr. Jeun.*, 1998, liv. 173, p. 72, note J. JACQMAIN. Comp. Anvers, 14 juin 2001, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 128.

40. Le *citoyen contractant* n'est pas moins bien loti⁷⁷ : « si des juristes ont partagé l'erreur, il faut donc présumer, jusqu'à preuve du contraire, qu'elle est excusable dans le chef du profane »⁷⁸ et, à ce titre (art. 1110 C. civ.), « constitutive de vice de consentement en droit des obligations »⁷⁹.

Il n'est même pas exigé que l'erreur « excusable », et partant excusée, soit en outre « invincible » comme elle doit l'être en droit pénal (*supra*, n^{os} 37 et s.)⁸⁰. Il faut, mais il suffit, qu'il soit établi que la partie demanderesse en annulation, induite en erreur par le spécialiste consulté⁸¹, « ne pouvait raisonnablement savoir qu'elle se trompait »⁸².

Le citoyen souscripteur d'actes juridiques privés jouit donc d'un confortable droit à l'erreur de droit, qui ne cède aux réquisits de la sécurité juridique que dans des cas exceptionnels. On songe, d'une part, à la règle selon laquelle, au regard de l'article 2251 du Code civil (« *contra non valentem agere non currit praescriptio* »), « l'erreur de droit ne constitue pas une cause de suspension du cours de la prescription même lorsqu'elle est invincible »⁸³, et, d'autre part, à l'article 2052, al. 2, du même Code, qui dispose expressément que les transactions « ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit »⁸⁴.

41. Il n'est pas de définition plus indulgente du droit à l'erreur de droit que celle dont le *citoyen justiciable* est gratifié. Encore convient-il, pour s'en convaincre, d'opérer une distinction entre, d'une part, l'erreur de droit résultant d'une information inexacte touchant à l'accès au prétoire et, d'autre part, l'erreur de droit commise dans l'appréciation des chances de succès prêtées à l'action en justice. Et pour l'une et l'autre, il faut n'avoir en point de mire que l'état le plus récent de la jurisprudence.

⁷⁷ Cass., 10 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 785 ; *R.C.J.B.*, 1978, note précitée M. COIPEL.

⁷⁸ M. COIPEL, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1978, p. 216, n^o 16.

⁷⁹ Fr. GLANSORFF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2000, p. 736, n^o 15, citant dans le même sens Cl. PARMENTIER, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, l.c., spéc. pp. 65 et s.

⁸⁰ M. COIPEL, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1978, p. 211, n^o 10. Sur la différence d'intensité entre l'erreur invincible du droit pénal et l'erreur excusable du droit des obligations, *adde* Fr. GLANSORFF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2000, p. 736, n^o 15, ainsi que Ch. JASSOGNE, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1994, pp. 102 et s.

⁸¹ Il n'en va pas de même, et partant l'erreur demeure le cas échéant inexcusable, lorsque l'information inexacte provient du cocontractant lui-même, fût-il – prétendument – spécialiste : Cass., 3 octobre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 122.

⁸² S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 710, n^o 55.

⁸³ Cass., 18 novembre 1996, *Bull.*, 1996, 1121 ; *J.T.T.*, 1997, p. 27, note ; *R.W.*, 1997-1998, p. 604, note ; Cass., 20 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 335 (jurisprudence constante) ; M. MARCHANDISE, *La prescription libératoire en matière civile*, Dossier n^o 64 du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 153, n^o 152.

⁸⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., t. V, n^o 516 ; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, Chr. COUDRON et K. LOONTJENS, *Dading*, A.P.R., 2000, n^{os} 427 et s. ; P.-A. FORIERS, « Aspects du contrat de transaction et du règlement transactionnel », in *Les contrats spéciaux*, Liège, Formation permanente C.U.P., vol. XXXIV, novembre 1999, pp. 124 et s., n^{os} 11-12 ; Mons, 29 décembre 1987, *Pas.*, 1987, II, p. 83 ; *Bull. Ass.*, 1989, p. 113, note M. LAMBERT ; comp. Mons, 3 février 1997, *R.G.A.R.*, 1998, 13.004.

42. Pour ce qui concerne l'erreur de droit empêchant l'accès à la juridiction compétente, il échet d'épingler une évolution, nette et récente, de la jurisprudence de la Cour de cassation. Le cas qui forme le berceau de cette jurisprudence en mutation n'a rien que de très classique⁸⁵ : l'autorité judiciaire, par la voix d'un juge ou (le plus souvent) d'un greffier qui en est l'organe, délivre au justiciable une information inexacte sur les formes et/ou les délais du recours dont il dispose à l'encontre de la décision judiciaire que ce même organe lui notifie concomitamment⁸⁶. Le justiciable se fie à cette information et s'entend soulever, par l'adversaire, par le ministère public ou par le juge d'office, l'irrecevabilité de son recours. De toute évidence, la jurisprudence de la Cour a, ces tout derniers temps, gagné en clémence envers ce justiciable mal renseigné.

Un contribuable reçoit notification de la décision du directeur des contributions le concernant. La lettre d'accompagnement lui indique le délai endéans lequel il lui appartient de former recours contre cette décision. Ledit recours est formé sur la foi de ces indications devant la Cour d'appel de Mons. Celle-ci relève l'inexactitude de l'information fournie par l'administration et partant la tardiveté du recours, mais reçoit néanmoins celui-ci au motif qu'« en se comportant comme elle le fit, l'administration a fait naître, dans le chef [du contribuable], la croyance légitime que le délai n'a commencé à courir qu'à partir de la date expressément mentionnée dans la lettre [] ». Aux termes d'un arrêt du 21 novembre 1996, et sur les conclusions contraires du Procureur Général Piret, la Cour de cassation casse cette décision sympathique aux motifs qu'« en matière d'impôts sur les revenus, les prescriptions légales qui prévoient que les formalités seront, à peine de déchéance, accomplies dans un délai déterminé, sont d'ordre public », que « le délai ne peut être prolongé, hormis en cas de force majeure », et que « l'arrêt ne constate pas que le [contribuable] n'a pu, pour raison de force majeure, former son recours dans le délai imposé [] »⁸⁷. Saisie sur renvoi, la Cour d'appel de Bruxelles estime que l'erreur du contribuable est invincible car « en acceptant dans une procédure fiscale, sans plus, comme début du

⁸⁵ Sur cette problématique, cons. Fr. GLANSDORFF, *op. cit.*, R.C.J.B., 2000, pp. 725 et s.; N. GEELHAND, « Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal », note sous Cass., 27 mars 1992, R.C.J.B., 1995, pp. 53 et s.; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Bruxelles, Bruylant, 1995. Adde J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, Dossier du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 48, n° 40.

⁸⁶ La récurrence de ce type d'erreurs est peut-être l'une des explications au mystère de la non-promulgation de l'article 46bis du Code judiciaire. Peu le savent : le Code judiciaire devrait comporter depuis plus de dix ans un article 46bis dont il résulte(r)ait que « l'acte de notification ou de signification de la décision doit, à peine de nullité, indiquer le délai d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation, dans le cas où une de ces voies de recours est ouverte, ainsi que des modalités selon lesquelles le recours peut être exercé ». C'est en vain que l'on cherchera cette disposition dans le Code car, pour des raisons opaques, la loi qui l'y a insérée (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1994-1995, n° 1279-1, 11 janvier 1995) n'a jamais été promulguée ni publiée au *Moniteur belge*. Rapp. de cette problématique : C.A., 15 mars 2007, arrêt n° 40/2007, J.T., 2007, p. 442.

⁸⁷ Cass., 21 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 1146.

délai prévu à peine de déchéance, la date renseignée par l'administration des contributions [] ». Nouveau pourvoi de l'État belge, et nouvelle cassation : « s'il est vrai que l'erreur de droit ou de fait peut, en raison de certaines circonstances, être considérée comme invincible, c'est à la condition que, de ces conditions, il puisse se déduire que la personne qui invoque l'erreur a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente placée dans la même situation ; à cet égard, la simple constatation que la victime de l'erreur a été mal informée, même par une personne qualifiée, ne saurait suffire »⁸⁸.

Ces deux arrêts furent sévèrement, mais justement, critiqués par une doctrine qui, d'une part, en déplorait l'excessive sévérité et, d'autre part, regrettait que la Cour n'ait pas admis, comme elle l'avait pourtant déjà fait en circonstances identiques⁸⁹, qu'il y avait ici matière à application salutaire de la théorie de la croyance légitime issue des principes généraux de bonne administration⁹⁰.

Il n'en fallait pas plus pour que la Cour adoucisse sa jurisprudence, voire – à nos yeux – en consente le revirement.

On songe à l'arrêt qu'elle a rendu le 14 mai 2007⁹¹ au départ de circonstances très comparables à celles qui avaient été à l'origine de ses arrêts des 21 novembre 1996 et 18 janvier 1999. Conformément à l'article 792, al. 2 et 3, du Code judiciaire, le greffe de la Cour du travail de Bruxelles procède à la notification, sous pli judiciaire, d'un arrêt rendu par ladite Cour dans une matière visée à l'article 704, al. 1^{er}, du même Code. Comme on le sait, c'est cette notification qui, en combinaison avec l'article 53bis du Code judiciaire, fait courir le délai de trois mois imparti à l'introduction d'un pourvoi en cassation. Le pli, non retiré à la poste, revient au greffe car dans l'intervalle, la destinataire avait, sans l'en avertir, déménagé. Alors que la règle dite de la « permanence du domicile judiciaire »⁹² l'autorisait (l'enjoignait ?) à en rester là, le greffe procède à une seconde notification, n'évoquant pas la première, au nouveau domicile de l'intéressée. Celle-ci se pourvoit en cassation avant l'expiration du délai ouvert par la seconde notification, mais après celle du délai ouvert par la première. Le ministère public oppose d'office une fin de non-recevoir au pourvoi, déduite de sa tardiveté. La Cour de cassation la rejette aux motifs que « bien qu'il ne ressorte pas du dossier de la procédure que, au moment de la première de ces notifications, le greffe ait su ou dû savoir que la demanderesse n'était plus domiciliée à l'adresse où le pli a été présenté, la circonstance qu'une seconde notification ait été faite [] à la demanderesse, qui ignorait la première, à laquelle la seconde ne comportait nulle référence, a pu inspirer à celle-ci la conviction légitime

⁸⁸ Cass., 18 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 61.

⁸⁹ Cass., 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, pp. 53 et s., note précitée N. GEELHAND.

⁹⁰ Voy., en particulier, la remarquable note sous l'arrêt, plusieurs fois citée, de Fr. GLANSDORFF (*R.C.J.B.*, 2000, pp. 725 et s.).

⁹¹ Cass., 14 mai 2007, S.06.0070.F.

⁹² V. D'HUART, « Le domicile », *Rép. not.*, t. I^{er}, liv. VII, Bruxelles, Larcier, 2001, spéc. pp. 74 et s., n^{os} 40 et s.

que seule cette seconde notification pouvait donner cours au délai dont elle disposait pour se pourvoir».

L'excès de zèle du greffe – dont il faut malheureusement constater, *de lege lata*, qu'il est constitutif d'erreur de droit – sauve le justiciable. Tôt ou tard, et plutôt tôt que tard, il conviendra d'envisager l'extension de cette hypothèse d'erreur invincible de droit (ou de croyance légitime) provoquée ou entretenue par un auxiliaire du juge (le greffier) à celle où la même erreur, dans le chef du justiciable, découle d'une faute commise par son mandataire *ad litem* (avocat ou huissier). Jusqu'ici la jurisprudence et la doctrine belges ont toujours refusé d'admettre, en ce cas, l'erreur de droit dont la réparation « en nature » consisterait en la déclaration de recevabilité du recours ou de l'action malgré sa tardiveté. Le mandant supporte les conséquences de la faute de son mandataire, sans pouvoir alléguer la force majeure, quitte – évidemment – à se retourner ensuite contre lui⁹³. Au vu d'arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'Homme, il est loin d'être certain que cet enseignement constant passe la rampe des garanties du procès équitable⁹⁴.

43. La mesure du droit du justiciable à l'erreur dans l'appréciation des chances de succès de son acte de procédure coïncide, comme on le sait, avec la thématique de l'abus procédural⁹⁵. Et force est aujourd'hui de constater que le justiciable jouit ici, de la part de ses juges, d'une bienveillance au moins équipollente à celle dont ces derniers bénéficient lorsqu'il est question de leur propre responsabilité (*supra*, n^{os} 23 et s.).

Il n'y a guère si longtemps, le doute planait jusqu'ores sur la nature et l'intensité de la faute requise pour qu'il y ait abus de procédure, ou, selon une terminologie plus répandue, action, recours, défense ou encore saisie « téméraire et vexatoire ». Se prévalant d'un arrêt prononcé le 29 novembre 1962 par la Cour de cassation⁹⁶, les uns considéraient que l'exercice du droit d'ester en justice « ne dégénère en abus que s'il constitue une faute caractérisée répondant à une intention malicieuse ou faisant apparaître la mauvaise foi »⁹⁷. À l'opposé de cette première thèse, d'autres (ceux-là même, logiquement, qui plaidaient pour la transposition du principe de l'identité entre

⁹³ Cass., 19 décembre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1991; Cass., 8 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 663; Cass., 10 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 579; Cass., 8 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 279; Cass., 10 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 553, note W.G. Sur cette jurisprudence et ses conséquences, voy. Fr. GLANSDORFF, *op. cit.*, R.C.J.B., 2000, p. 736, n^o 15; M. GRÉGOIRE et M. VON KUEGELGEN, « Le mandat », in *Les contrats spéciaux*, Liège, Formation permanente C.U.P., novembre 1999, pp.155 et s.; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faute d'un huissier et force majeure », R.G.A.R., 1998, n^o 12.954. *Adde*, à propos de la faute déontologique commise, cette fois, par l'avocat de l'adversaire de la partie forclosée (absence d'avertissement de la signification), Bruxelles, 27 février 2006, *J.T.*, 2006, p. 197, note.

⁹⁴ Voy. en particulier Cour eur. D.H., arrêt *Platakou c. Grèce*, du 11 janvier 2001, spéc. § 39; *adde* G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence. Les voies de recours (1993-2005) », R.C.J.B., 2006, p. 95, n^o 15.

⁹⁵ Sur cette problématique, voy. l'ouvrage très complet de L. LAMINE, B. SCHOENAERTS et C. VAES, *Het tergend en roekeloos geding*, Anvers, Intersentia, 2003, 397 p.

⁹⁶ *Pas.*, 1963, I, p. 407.

⁹⁷ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., P.U. Liège, 1987, pp. 33-34, n^o 22.

illégalité et faute à la responsabilité du pouvoir judiciaire: *supra*, n° 24 et la note 42) soutenaient l'idée que le thème ne constitue jamais qu'une déduction de la théorie civile de l'abus de droit, en sorte que «la faute la plus légère suffit à justifier la condamnation», du demandeur ou de l'appelant⁹⁸. À l'aune d'une troisième et dernière opinion, médiane, seule la «faute manifeste» dénotant «un manque de réflexion ou un défaut flagrant d'appréciation» engage la responsabilité du justiciable du chef d'abus procédural, étant toutefois précisé qu'il est indifférent que cette faute soit commise de bonne ou de mauvaise foi, avec ou sans intention de nuire⁹⁹. Cette dernière thèse trouvait déjà quelque appui dans les termes d'un arrêt du 15 mai 1941, selon lequel «celui qui, de bonne foi, exerce une action par suite d'une erreur d'appréciation à ce point évidente qu'il devait nécessairement s'en apercevoir, et partant l'éviter, excède les limites du droit, reconnu à quiconque, d'ester en justice»¹⁰⁰.

L'arrêt prononcé le 31 octobre 2003 consacre définitivement et sans équivoque ce dernier enseignement, puisque la Cour de cassation y énonce qu'«une procédure peut revêtir un caractère vexatoire non seulement lorsqu'une partie est animée de l'intention de nuire à une autre mais aussi lorsqu'elle exerce son droit d'agir en justice d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente», et partant rejette, comme manquant en droit, le moyen de cassation «qui soutient que le caractère vexatoire d'une procédure suppose l'intention de nuire»¹⁰¹.

Cette définition, généreuse, du droit à l'erreur du justiciable est aujourd'hui coulée dans la loi, l'article 780*bis* du Code judiciaire, inséré par la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, disposant en son premier alinéa que «la partie qui utilise la procédure à des fins manifestement dilatoires peut être condamnée», en sus des dommages et intérêts évoqués ci-dessus, «à une amende de 15 à 2.500 euros»¹⁰².

⁹⁸ R.-O. DALCQ, «Examen de jurisprudence (1968 à 1972) – La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1988, n° 5; R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, «Examen de jurisprudence (1987 à 1993) – La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1995, n° 22.

⁹⁹ G. VAN DESSEL, «Contre l'abus procédural», *J.T.*, 1997, pp. 680 et s. et s.; *adde*: G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, collection Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 14, n° 4; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Les sanctions de l'appel abusif», *R.R.D.*, 1998, pp. 147 et s., spéc. pp. 150-156, n°s 7-17.

¹⁰⁰ *Pas.*, 1941, I, p. 192. Telle est également l'approche actuelle de la Cour de cassation de France (voy. not. Cass., fr., 6 mars 2002, *Gaz. Pal.*, 9-11 juin 2002, p. 24; rapp. Cass., fr., 2^e civ., 5 mai 1978, *Bull. civ.*, II, n° 116 et Cass., fr., 2^e civ., 10 janvier 1985, *Gaz. Pal.*, 1985, I, somm., obs. S. GUINCHARD.

¹⁰¹ Cass., 31 octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 135, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «L'abus procédural: une étape décisive».

¹⁰² Au sujet de cette disposition, cons. X. TATON, «Les irrégularités, nullités et abus de procédure», in *Le procès civil accéléré?* (sous la dir. de J. ENGLEBERT), Bruxelles, Larcier, 2007, spéc. pp. 232 et s. Une disposition comparable existe dans les lois «sur le Conseil d'État», coordonnées le 12 janvier 1973, *M.B.*, 21 mars 1973: il s'agit de l'article 37.

*
* *

44. Notre modeste étude s'assignait deux ambitions.

45. Avant tout, il nous tenait à cœur, de rendre un amical et déférent hommage.

Si cette entreprise devait s'entendre comme l'ouvrage de disciples fièrement résolus à apprendre au maître ce que celui-ci n'a pu trouver ou enseigner, notre premier objectif se solde par un échec : voici déjà dix ans que Michel Mahieu avait défriché, en bonne compagnie, les sentiers que nous venons de fouler au pas de charge¹⁰³.

Puisse le dédicataire de nos propos ne retenir alors que l'hommage du sujet traité et de l'approche choisie : Michel Mahieu fut un professeur exigeant, œuvrant avec bonheur, quarante ans durant, à prémunir ses récipiendaires contre les risques d'erreurs de droit. Que ceux qui n'ont pas eu la chance de suivre ses cours n'aillent cependant pas s'imaginer que notre premier professeur de droit entretint un dogmatisme desséchant taxant d'erreur toute tentative de remise en cause des solutions classiques. Tant s'en faut d'ailleurs. Michel Mahieu restera un plaideur redoutablement imaginatif qui, mieux que quiconque, sait que les erreurs de droit d'hier se muent parfois en vérités légales ou judiciaires du lendemain. Ce n'est d'ailleurs pas le fait du hasard que plusieurs décisions saillantes commentées dans les lignes qui précèdent portent la trace de son audacieuse et opiniâtre intervention.

Ce trait en esquisse un autre : Michel Mahieu est aussi un homme de grand cœur, doté de cette pudique et rare intelligence qui l'amène, non seulement à pardonner, mais aussi à sublimer, les erreurs d'autrui.

46. Quant au prétexte scientifique de cet hommage, il s'agissait, à la croisée des droits public, processuel, et privé, de vérifier si les quatre acteurs du droit bénéficiaient chacun d'un droit à l'erreur de droit comparable à celui des trois autres, et, le cas échéant, de tenter l'explication d'éventuelles distorsions.

Distorsions, il y a.

On croit pouvoir très succinctement résumer l'analyse par le constat que le juge et le citoyen, dont l'erreur de droit n'est impardonnable que si elle est manifeste et grossière, sont plus généreusement traités que le législateur et l'administration, dont la responsabilité se trouve engagée à la moindre illégalité commise. Les seconds font les frais du principe d'identité entre illégalité et faute, tandis que les premiers y échappent.

Ces différences de traitement sont-elles justifiées ? Sont-elles même justifiables ?

¹⁰³ M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1998, pp. 828 et s.

47. S'agissant du citoyen, une réponse positive à ces questions ne souffre pas vraiment le doute.

Plusieurs motifs viennent offrir une justification raisonnable à ce traitement de faveur.

Il se trouve tout d'abord qu'à la différence des trois autres acteurs du droit, le citoyen n'est investi d'aucune mission de création, d'application ou de contrôle de la norme. Le droit n'est point son métier. Telle est du reste la raison qui le pousse à recueillir et à suivre les conseils et les informations juridiques que lui prodiguent les autorités administratives et judiciaires compétentes et, le cas échéant, les spécialistes qu'il rémunère à cette fin. Comme l'écrit Jean-Luc Fagnart, « comment les citoyens peuvent-ils respecter les règles du droit s'ils ne peuvent se fier aux informations juridiques qui leur sont données par l'autorité chargée de veiller à l'application de la loi ? »¹⁰⁴ ou qui leur sont monnayées par leurs conseillers juridiques ?

Derrière cette justification tirée de la différence de rôles et de compétences s'abrite aussi, probablement, une autre explication, plus cynique, de l'indulgence réservée à l'erreur de droit commise par le citoyen. C'est que, si l'excuse de cette erreur n'était pas retenue au titre de sa réparation en nature (l'acquittement, l'annulation du contrat, la recevabilité de l'action ou du recours, etc.), les autorités administratives et judiciaires, de même que les avocats, notaires et autres spécialistes du droit, verraient systématiquement leur responsabilité mise en cause à titre récursoire. On ne peut sérieusement en vouloir au pouvoir judiciaire de préserver le barreau, le notariat, et les deux autres pouvoirs d'une avalanche de procès.

Ne perdons pas de vue, enfin, que la définition généreuse de l'erreur de droit ne fait souvent office, pour le citoyen, que de lot de consolation.

Eu égard à la nature des règles et des enjeux en cause, c'est l'évidence même que le doute doive, tant sur la réalité du fait que sur le sens de la loi, profiter au citoyen délinquant. Le citoyen contractant est sans doute débarrassé d'un engagement gênant grâce à l'invincibilité de son erreur de droit, mais il n'empêche qu'il a perdu le bénéfice de l'opération juridique projetée et qu'il aura fallu un procès pour se l'entendre dire. Quant au citoyen justiciable, n'oublions pas qu'il n'échappe qu'à l'opprobre de la condamnation du chef d'abus procédural ; il reste que l'illégalité de sa démarche lui vaut la perte du procès...

48. *Prima facie*, la justification du régime de faveur que se ménage le pouvoir judiciaire paraît plus improbable.

Un premier privilège lui revient de juger, de sanctionner, et – s'il lui plaît – d'excuser, les erreurs de droit commises par les quatre acteurs du droit, en ce compris lui-même. Et voici que dans l'exercice de cette mission que l'on voudrait exercée de manière totalement impartiale, le pouvoir judiciaire paraît s'arroger une bienveillance qu'il dénie aux deux autres pouvoirs.

Ce constat embarrassant suscite des réactions variées.

¹⁰⁴ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 48, n° 40.

Pour rétablir l'équilibre, certains plaident pour un délestage, au profit de l'administration, du principe de l'identité entre illégalité et faute, tandis que d'autres, au contraire, ont préconisé la transposition de ce principe dans l'établissement de la responsabilité du pouvoir judiciaire.

En vain selon nous (*supra*, n^{os} 8 et s., n^o 21 et n^{os} 24 et s.).

Renonçant au mirage de la parfaite harmonie, d'autres se sont, à juste titre, aventurés dans la recherche d'une justification objective et raisonnable à la différence de traitement particulièrement marquée entre l'administration et le judiciaire. On a ainsi pu suggérer que «le rapport à la loi n'est pas le même pour l'administration et pour le juge. L'administration voit ses pouvoirs totalement subordonnés à la loi tandis que le juge se sert le plus souvent de la loi comme d'un instrument pour dire le droit»¹⁰⁵.

Nous avouons rester interrogatifs devant cette explication: en quoi et pourquoi le juge pourrait-il, davantage que l'administration, s'émanciper de la loi que l'un et l'autre ont mission d'appliquer?

À notre estime, la justification la plus convaincante de la différence de traitement réside dans un élargissement de la perspective devant conduire au constat que cette différence n'est qu'apparente.

L'erreur (!) consiste selon nous à opposer les régimes respectifs de responsabilité du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire en cantonnant la comparaison au seul débat sur la faute. Si l'on s'en tient à ce débat, force est évidemment de constater que la faute de l'administration est établie dès qu'il y a illégalité, tandis que celle du juge ne conduit à l'établissement de la responsabilité de l'État que si elle est manifeste.

Mais la rigueur imposerait d'appréhender, pour l'un et l'autre pouvoir, l'ensemble du processus menant du constat d'illégalité à la déclaration de la faute, et non seulement la seconde partie de ce processus.

Ne voit-on pas alors que l'égalité se rétablit?

On l'a rappelé (*supra*, n^o 10): que ce soit par le Conseil d'État ou par le biais du contrôle diffus exercé par les cours et tribunaux sur pied de l'article 159 de la Constitution, l'acte administratif n'est taxé d'illégalité qu'au prix d'un examen qui veut que plus la norme autorise un pouvoir d'appréciation large dans le chef de l'administration, plus l'erreur doit être manifeste. Par contre, toute illégalité, si minime ou subtile soit-elle, vaut au juge qui s'en rend coupable la «réformation, l'annulation, le retrait» ou la cassation de sa décision. L'on se souviendra notamment qu'une décision peut même être censurée par la Cour de cassation sur le visa d'une loi entrée en vigueur après son prononcé (*supra*, n^o 34)!

Eu égard à cette différence fondamentale qui affecte la première étape du processus, n'est-ce point le juste retour des choses que, dans le second temps, l'illégalité manifeste de l'acte administratif présume la faute de son auteur sauf la preuve d'une erreur invincible de droit, tandis que l'illégalité la plus légère entachant l'acte juridictionnel n'exposera la responsabilité du pouvoir judiciaire que si elle est manifeste?

¹⁰⁵ B. DUBUISSON, «La responsabilité du pouvoir judiciaire...», *op. cit.*, n^o 33.