

# L'INDEMNITÉ RÉPARATRICE, ENTRE QUESTIONS EXISTENTIELLES ET RÉPONSES RAISONNABLES

par

LUC DONNAY

Maître de conférences à l'Université de Liège  
Auditeur au Conseil d'État

et

Michel PÂQUES<sup>(1)</sup>

Professeur extraordinaire à l'Université de Liège  
Conseiller d'État

## I. – INTRODUCTION

1. Depuis que la loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'État a inséré un article *11bis* dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État, celui-ci est désormais en mesure d'octroyer, à certaines conditions, une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte illégal<sup>(2)</sup>.

C'est peu dire que cette compétence inédite ne laisse personne indifférent. La doctrine n'avait au demeurant pas attendu que le législateur confiât ce nouveau contentieux à la juridiction

---

(1) Les auteurs s'expriment bien entendu à titre strictement personnel et tiennent à remercier Éric THIBAUT, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, pour ses observations avisées.

(2) Loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Mon. b.* du 31 janvier 2014. En vertu de l'article 73 de cette loi, les dispositions portant sur l'indemnité réparatrice sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014. Voy., à ce propos, « L'application dans le temps de l'indemnité réparatrice », *Publicum*, n° 17, décembre 2014, pp. 7-8.

administrative pour faire entendre ses idées, souvent variées, sur ce sujet<sup>(3)</sup>.

Le nouvel article 11*bis* ainsi que l'arrêté royal<sup>(4)</sup> pris en exécution de cette disposition ont à leur tour fait l'objet de plusieurs commentaires approfondis. C'est ainsi qu'aussi bien le contexte constitutionnel ayant permis l'éclosion de cette réforme que les aspects procéduraux de ce nouveau mécanisme, en ce compris son entrée en vigueur, ont déjà été exposés dans le détail<sup>(5)</sup>.

Cette situation fort appréciable nous permet dès lors de concentrer notre propos sur deux questions fondamentales, que nous ne

---

(3) Voy. not. l'évolution de la pensée de J. BOURTEMBOURG, « Pourquoi ne pas étendre les compétences du Conseil d'État au contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics pour faute consistant en un acte annulé ? », *Publicum*, n° 10, mai 2010, pp. 2 à 4 et « Les attentes et la réforme – Réflexions sur les équilibres », *Publicum*, n° 15, juin 2013, pp. 31 à 40 ; D. LAGASSE, « Inconvénients de l'extension des compétences du Conseil d'État au contentieux de la responsabilité civile découlant, pour les autorités administratives, de leurs actes annulés par le juge administratif », *Publicum*, n° 10, mai 2010, pp. 4 à 7 ; M. LEROY, « Propos sur le projet de réforme en discussion », *Publicum*, n° 15, juin 2013, pp. 23 à 27 ; ainsi que Ch. STORCK, « De quelques perplexités d'un juge de l'ordre judiciaire », *Publicum*, n° 15, juin 2013, pp. 17-23.

(4) Arrêté royal du 25 avril 2014 relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, *Mon. b.* du 16 juin 2014. Cet arrêté est également entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014.

(5) Voy. not. F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », in F. TULKENS et J. SAUTOIS (coord.), *Actualités en droit public et administratif, La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruylant, Coll. « UB<sup>3</sup> », 2014, pp. 39-91 ; H. BOCKEN, « De kers op de taart ? De herziening van artikel 144 van de Grondwet en de Raad van State », *T.P.R.*, 2012, pp. 7 et s. ; H. BOCKEN, « Beter een vogel in de hand dan tien in de lucht ? De wijziging van art. 144 Grondwet en de bevoegdheid van de Raad van State om schadevergoeding toe te kennen », *T.O.O.*, 2013, pp. 428 et s. ; E. BREWAEYS, « Raad van State, Procesrechtelijke vernieuwingen – deel 2 », *NjW.*, 2014, pp. 482-496 ; F. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, pp. 474 et s. ; S. LUST, « Schadevergoeding weldra ook mogelijk voor de Raad van State ? », *R.A.B.G.*, 2013, pp. 1214 et s. ; C. MATHIEU, « De nieuwe bevoegdheid van de Raad van State : de schadevergoeding tot herstel », *Jura Falc.*, 2013-2014/1, pp. 77-111 ; M. MERCKAERT, « Artikel 144 van de Grondwet en het toekennen van schadevergoeding tot herstel door de Raad van State », in A. ALEN, B. DALLE, K. MUYLLE, W. PAS, J. VAN NIEUWENHOVE et W. VERRIJDT (eds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Bruges, La Chartre, 2014, pp. 235 et s. ; J. SOHIER, « L'action en responsabilité contre les pouvoirs publics : à porter devant les juridictions judiciaires ou, depuis 2014, devant le Conseil d'État ? », *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.138.

prétendons d'ailleurs pas résoudre de manière exhaustive. D'une part, qu'est-ce qui différencie cette indemnité d'autres instruments comparables qui existent déjà en Belgique ou au-delà de nos frontières ? D'autre part, à quoi devrait correspondre une indemnité réparatrice et comment procéder à son évaluation ?

**2.** Au moment où il n'existait aucun arrêt sur le sujet<sup>(6)</sup>, nous avons donc fait le choix de nous livrer à un exercice d'ordre essentiellement prospectif en essayant, au départ du texte légal, des travaux préparatoires et des caractéristiques des instruments voisins qui préexistent, de cerner les contours de ce que pourrait être la notion d'indemnité réparatrice, voire de ce qu'elle devrait être.

Dans la posture que nous avons décidé d'adopter, il va de soi qu'à peu près chaque choix que nous posons est sujet à discussions et même à contestations. N'est-ce pas cependant lorsque tout est encore envisageable, lorsque tout reste à construire, que la recherche scientifique est la plus passionnante et également la plus utile ?

À cet égard, il ne peut plus longtemps être fait mystère de l'option fondamentale qui a guidé l'ensemble de notre réflexion : l'octroi d'une indemnité réparatrice doit, à notre sens, être conçu comme étant un service intégré, rapide, prévisible et raisonnablement soigné, offert à celui qui en fait la demande. Le nouveau système sera valorisé selon ce principe et ce qui n'y est pas ne sera pas pris pour un déficit puisque le régime ordinaire de la responsabilité reste intact.

## II. – BREF TOUR D'HORIZON DES INSTRUMENTS APPARENTÉS

**3.** Si l'indemnité réparatrice est, comme nous le verrons, une notion autonome, elle vient s'intégrer au sein d'un système où, naturellement, la réparation d'un préjudice causé par les pouvoirs publics est déjà assurée de diverses manières.

---

(6) D'après nos recherches arrêtées à la date du 31<sup>er</sup> décembre 2014, le nombre de demandes tendant à l'octroi d'une indemnité réparatrice introduit est inférieur à dix unités. À l'heure où le présent ouvrage est à l'impression, le Conseil d'Etat a octroyé une seule indemnité réparatrice (C.E., arrêt *Legrand*, n° 232.416, du 2 octobre 2015).

Une description exhaustive de ces différents modes réparatoires est assurément superflue. Cependant, il n'est probablement pas sans intérêt d'identifier certains traits propres à chacun d'eux dans le but de ménager quelques perspectives à l'indemnité réparatrice et, dès lors, de contribuer à son intégration parmi ceux-ci. Cette démarche est d'ailleurs celle qui a été suivie dans les travaux préparatoires de l'article 11*bis* : l'indemnité réparatrice y est en effet présentée par rapport à ce qu'elle a de commun avec ou en ce qu'elle se distingue de l'article 1382 du Code civil et de l'article 11 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Sont ainsi abordés très succinctement la responsabilité civile devant les juridictions judiciaires (A) et le contentieux du dommage exceptionnel devant le Conseil d'État (B). Pour les liens évidents qu'ils pourraient présenter avec l'indemnité réparatrice, la satisfaction équitable strasbourgeoise (C) et la réparation pécuniaire ordonnée par les juridictions administratives françaises sont également envisagées (D).

4. Avant d'engager ce bref examen comparatif, un constat d'absence s'impose : si le Conseil d'État est donc compétent pour octroyer une indemnité réparatrice en cas d'illégalité affectant un acte administratif (individuel ou réglementaire), ni les autres juridictions administratives ni la Cour constitutionnelle ne sont dotées d'une faculté de cet ordre, alors pourtant que le système de recours objectif confié à ces juridictions présente un bon nombre de points communs.

#### A. – *La responsabilité civile et le juge judiciaire*

5. Dans l'hypothèse spécifique qui nous occupe, à savoir en cas d'illégalité reconnue par le Conseil d'État, le requérant est libre<sup>(7)</sup> d'assigner l'autorité administrative devant le juge judiciaire afin d'obtenir, sur la base de l'article 1382 du Code civil ou d'autres dispositions analogues plus spécifiques, la réparation du dommage

---

(7) L'objectif visé à ce stade étant uniquement d'évoquer quelques caractéristiques de la responsabilité de l'administration jugée par les juridictions civiles, il n'est pas nécessaire d'insister sur la règle qui, prévue à l'article 11*bis*, alinéa 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, empêche le requérant ayant introduit une demande d'indemnité réparatrice d'intenter ensuite une action en réparation devant le juge judiciaire.

qui, causé par cette irrégularité, n'aurait pas été réparé par l'arrêt du juge administratif.

Cette action présente d'indéniables avantages : le juge judiciaire maîtrise les arcanes du triptyque (faute, lien causal, dommage) et l'intégralité du dommage subi est réparée. Son principal défaut est également bien connu : il est nécessaire, après le passage au Conseil d'État, de diligenter un nouveau procès complet.

**6.** En droit commun de la responsabilité, toute annulation d'un acte administratif ne donne pas lieu à responsabilité. Entre les deux actions, il se produit une réduction d'ouverture en forme d'entonnoir.

Pour s'en tenir ici au seul fait générateur, le droit commun appliqué en droit belge impose la recherche de la faute et celle-ci ne découle pas automatiquement de la constatation de l'illégalité par le Conseil d'État. D'abord, le monopole de la qualification revient au juge judiciaire. Ensuite, il y a lieu de distinguer deux sortes de lois<sup>(8)</sup>, comme l'a fait la Cour de cassation :

« Sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des dispositions constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage »<sup>(9)</sup>.

Lorsque la loi est précise, la faute devrait être tirée de sa violation, sauf à établir une erreur invincible ou une autre cause d'exonération de responsabilité. Lorsque la loi n'est pas précise, le demandeur doit établir la faute en démontrant la violation du

---

(8) En ce sens, dans la doctrine récente, D. DE ROY, « La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute ? », in H. DUMONT, P. JADOUX et S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruges, La Chartre, 2007, pp. 67 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », note sous Cass., 10 septembre 2010, *A.P.T.*, 2012, pp. 1 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », in F. TULKENS et J. SAUTOIS, *Actualités en droit public et administratif, La responsabilité des pouvoirs publics*, op. cit., pp. 8 à 37, ici pp. 20 et s. ; comp. plus restrictifs, D. RENDERS, Th. BOMBOIS, B. GORS, Ch. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif, Tome III, Le contrôle de l'administration*, Larcier, 2010, pp. 184 et s.

(9) Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, pp. 772 et s., concl. J. VELU.

devoir de prudence. Quand la violation de la loi a été sanctionnée par un arrêt d'annulation du Conseil d'État, il n'y a pas lieu, pour établir l'existence de la faute, de réduire la situation à celle de la violation de la loi précise. Le juge de la faute doit quand même se pencher sur la nature de la violation qui a été sanctionnée par l'annulation<sup>(10)</sup>.

Au demeurant, cette réduction des cas d'ouverture à responsabilité après l'annulation de l'acte ou le constat d'invalidité n'a pas nécessairement lieu par le recours à la faute. Dans l'Union européenne, qu'il s'agisse de la responsabilité des États pour violation du droit de l'Union<sup>(11)</sup> ou de la responsabilité des institutions de l'Union<sup>(12)</sup>, l'accueil de l'action en responsabilité requiert que le juge constate que la violation du droit, déjà sanctionnée par l'annulation, est, en outre, « suffisamment caractérisée »<sup>(13)</sup>. La raison donnée est la suivante :

---

(10) « Lorsqu'une juridiction judiciaire est valablement saisie d'une demande en responsabilité fondée sur l'excès de pouvoir résultant de ce que l'autorité administrative a méconnu des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée et que l'excès de pouvoir a entraîné l'annulation de l'acte administratif par le Conseil d'État, la constatation, par ce dernier, de l'excès de pouvoir s'impose à cette juridiction ; dès lors, sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, cette juridiction doit nécessairement décider que l'autorité administrative, auteur de l'acte annulé, a commis une faute et, pour autant que le lien causal entre l'excès de pouvoir et le dommage soit établi, ordonner la réparation de celui-ci » (Cass., 13 mai 1982, préc.). À ce sujet, voy. not. M. MERCKAERT, *op. cit.*, n° 28.

(11) Par ex., à ce sujet, récemment, les conclusions de Mme l'Avocat général J. KOKOTT préc. C.J.U.E., 3 septembre 2014, X., C-318/13. Au sujet de la responsabilité extracontractuelle pour violation du droit communautaire, voy. not. M. WATHELET (avec la collab. de J. WILDEMEERSCH), *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 256 et s., ainsi que M. PÂQUES, « De la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire », in *Droit des citoyens et des associations dans le droit européen de l'environnement*, Gand, Story-Scientia, 1998, pp. 95 à 142.

(12) Récemment, Trib.U.E., 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepahan*, T-384/11.

(13) Une série de critères sont établis ; à leur sujet, voy. concl. de Mme KOKOTT, préc., n° 70 : « La juridiction nationale saisie, lors de l'examen de la question de savoir s'il y a lieu de retenir une violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union de nature à engager la responsabilité de l'État membre, doit, dans le cadre d'une analyse d'ensemble, prendre en considération, premièrement, le degré de clarté et de précision de la règle violée, deuxièmement, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales, troisièmement, le caractère intentionnel ou involontaire

« Cette exigence vise, quelle que soit la nature de l'acte illicite en cause, à éviter que le risque d'avoir à supporter les dommages allégués par les personnes concernées n'entrave la capacité de l'institution concernée à exercer pleinement ses compétences dans l'intérêt général, tant dans le cadre de son activité à portée normative ou impliquant des choix de politique économique que dans la sphère de sa compétence administrative, sans pour autant laisser peser sur des particuliers la charge des conséquences de manquements flagrants et inexcusables »<sup>(14)</sup>.

Ce système a pour effet d'écartier tout lien d'automaticité entre illégalité et responsabilité. Même quand l'annulation a sanctionné la violation d'une disposition précise et qu'il est établi que l'administration n'avait aucun pouvoir d'appréciation, la décision que l'acte annulé est un fait générateur de responsabilité requiert une opération positive de « qualification de l'infraction de violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union »<sup>(15)</sup>. On est frappé par la communauté des critères utilisés pour établir la violation suffisamment caractérisée et de ceux qui sont retenus, en droit belge, pour établir l'existence d'une faute lorsqu'il est fait application du critère de l'administration prudente. À l'inverse, dans des matières spécifiques, le législateur constitue certaines illégalités en fait générateur de la responsabilité sans opérer un détour par la notion de faute<sup>(16)</sup>.

Récemment, la Cour constitutionnelle belge a retenu le critère de la violation suffisamment caractérisée pour fixer les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité de l'État dans le cas où le fait générateur est une décision d'une juridiction supérieure qui ne peut être réformée<sup>(17)</sup>. La Cour a décidé qu'il fallait maintenir à la personne lésée la possibilité d'une action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil. La Cour y voit un droit dont

---

du manquement commis ou du préjudice causé, quatrième, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit et, cinquième, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, à l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit de l'Union ».

(14) Trib.U.E., 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepahan*, T-384/11, motif 51.

(15) *Ibid.*, motif 53.

(16) Voy. not. l'article 16 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

(17) C.C., arrêt n° 99/2014 du 30 juin 2014.

elle n'établit cependant pas le fondement<sup>(18)</sup>. Elle a conclu aussi à la nécessité d'introduire un devoir de modération qui impose au juge de la responsabilité de ne sanctionner que la « violation suffisamment caractérisée des règles de droit applicables », la faute « manifeste et grave » ou « faute lourde ». La Cour s'attache longuement à vérifier que cette mesure qui porte atteinte au droit au juge n'est pas disproportionnée. Sur ce point, elle écarte ainsi le droit commun qui retient la faute la plus légère et qui était appliqué jusqu'alors à la responsabilité des pouvoirs publics.

7. Enfin, dépassant quelque peu le cadre de l'hypothèse spécifique examinée, nous souhaitons également rappeler deux lieux communs, pour en tirer parti ultérieurement. Tout d'abord, en cas de faute aquilienne, la réparation en nature est le mode de réparation privilégié ; lorsqu'elle est encore possible, elle est donc ordonnée préférentiellement par rapport à l'octroi d'une indemnisation par équivalent. Ensuite, tout fondamental qu'il est, le mécanisme inscrit à l'article 1382 du Code civil basé sur la faute d'autrui n'est jamais qu'une correction au principe suivant lequel toute personne assume ses propres charges et dommages.

#### B. – *Le dommage exceptionnel et le Conseil d'État*

8. Évoquer en quelques mots la compétence du Conseil d'État de statuer en équité sur le dommage exceptionnel causé non fautivement par une autorité administrative présente un double intérêt. D'une part, la terminologie de l'article II des lois coordonnées a manifestement influencé celle de l'article 11*bis* puisque, là où la première disposition évoque la prise en considération de « toutes les circonstances d'intérêt public et privé », la seconde invite à tenir compte « des intérêts publics et privés ». D'autre part, au-delà de cette parenté sémantique, c'est du contentieux du dommage exceptionnel que le Conseil d'État tire ses seules expériences en matière d'évaluation du dommage. Et nul n'ignore combien la tentation de chacun est grande – et le juge n'y échappe pas – de se tourner naturellement vers ce que l'on connaît déjà lorsqu'il s'agit de découvrir de nouveaux horizons.

---

(18) B.14.



À examiner de près la jurisprudence du Conseil d'État dans ce domaine, l'on peine à identifier le rôle exact des circonstances d'intérêt privé et public dont il importe de tenir compte. S'agit-il d'un élément influençant la détermination du fait générateur du dommage ? Ou s'agit-il plutôt d'une circonstance destinée à influencer le montant alloué ? En théorie, rien ne semble faire obstacle à ce que pareilles circonstances puissent agir sur chacun des éléments du litige. La Cour constitutionnelle elle-même n'a-t-elle pas estimé, en se référant à la jurisprudence du Conseil d'État, qu'elles permettaient de prendre en compte « l'absence de réaction du requérant ainsi que la raison qui la justifie »<sup>(19)</sup> ?

9. Quoi qu'il en soit, d'après nos recherches, même s'il affirme expressément que l'obligation de tenir compte de ces intérêts peut l'amener à ne prononcer qu'une réparation partielle du préjudice<sup>(20)</sup>, le juge opte fréquemment pour la réparation intégrale du préjudice subi et il l'ordonne même dans le cas où le lien causal n'est pas établi avec certitude<sup>(21)</sup>. Ce constat nous amène à conclure que, dans les faits, la différence méthodologique n'est probablement pas si marquée entre, d'une part, la manière dont le Conseil d'État statue en équité sur le dommage exceptionnel et, d'autre part, la manière dont le juge judiciaire<sup>(22)</sup>, en application de l'article 1382 du Code civil, évalue un dommage *ex aequo et bono* en cas d'impossibilité de déterminer celui-ci de façon plus précise<sup>(23)</sup>. Il est toutefois exact que le juge administratif justifie occasionnellement sa décision de ne pas ordonner d'expertise par le fait que, statuant en équité compte tenu de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, il ne doit pas déterminer l'ampleur exacte du dommage<sup>(24)</sup>.

---

(19) C.C., arrêt n° 138/2010 du 9 décembre 2010, B.5.2. L'arrêt du Conseil d'État sur lequel la Cour prend appui est : C.E., 12 mars 2007, *Van Eeckhout*, n° 168.782.

(20) C.E., 7 juillet 2004, *Silay et autres*, n° 133.634.

(21) C.E., 28 octobre 2009, *Deblaere*, n° 197.434.

(22) Cass., 15 janvier 2014, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15.110.

(23) On relève d'ailleurs que, dans l'arrêt *Deblaere* précité, le Conseil d'État s'est référé au montant qui aurait été octroyé, pour un dommage identique, par les juridictions judiciaires conformément au tableau indicatif établi par l'Union nationale des magistrats de première instance et l'Union royale des juges de paix et de police.

(24) C.E., 20 juin 2011, *De Chaffoy*, n° 213.962.

Dernière observation : si la satisfaction équitable pour le dommage exceptionnel et l'indemnité réparatrice présentent assurément certains traits communs, plusieurs accents leur sont propres de telle sorte que la transposition intégrale de la méthodologie applicable à l'article 11 au profit du mécanisme inscrit à l'article 11*bis* ne va pas de soi, le contentieux du dommage exceptionnel étant un mécanisme éminemment subsidiaire, qui n'aboutit jamais à l'annulation d'un acte, qui n'intervient pas à la suite de la constatation d'une violation du droit et qui trouve son fondement premier dans le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques<sup>(25)</sup>.

C. – *La satisfaction équitable*  
*et la Cour européenne des droits de l'homme*

**10.** L'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose comme suit :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

Avant que le législateur belge ne décide finalement d'opter pour l'indemnité réparatrice, la satisfaction équitable strasbourgeoise, basée sur une violation de la Convention et non sur la notion de faute, a longtemps été présentée comme le modèle dont il y avait lieu de s'inspirer pour permettre au Conseil d'État de réparer le dommage consécutif à une illégalité.

Souvent moins familier des *administrativistes* belges que les deux instruments évoqués sous A. et B., le mécanisme strasbourgeois livre probablement de précieux enseignements dont il y a lieu de tenir compte pour façonner au mieux l'indemnité réparatrice et ce, quant à ce qu'il recouvre effectivement, quant à la façon dont la Cour européenne en fait usage et quant à la manière dont la doctrine le perçoit.

---

(25) C.E., 12 mars 2007, *Van Eeckhout*, n° 168.782 et C.E., 20 juin 2011, *De Chaffoy*, n° 213.962. La jurisprudence déduit de cette caractéristique que le dommage doit être spécial (P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2008, pp. 520 et s.).

**11.** La première caractéristique à mettre en exergue est que, à l'origine<sup>(26)</sup>, la satisfaction équitable n'a été conçue que comme un mécanisme subsidiaire, c'est-à-dire un instrument dont il n'est fait usage que dans l'hypothèse où la *restitutio in integrum* n'est plus possible. Ainsi, comme dans le cadre de la responsabilité civile en droit belge, l'accent est d'abord mis sur la réparation en nature et non sur la réparation par équivalent : les termes de l'article 41 de la CEDH indiquent clairement qu'une satisfaction équitable n'est octroyée que « si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation ». Par conséquent, dans cette optique, rouvrir une procédure nationale lorsque la Cour européenne a identifié une violation de la Convention est, sur le plan des principes, une solution à privilégier par rapport à une condamnation pécuniaire sous la forme d'une satisfaction équitable.

**12.** La seconde observation porte sur la manière dont la Cour exerce sa compétence dans la pratique. Dans la très grande majorité des cas, celle-ci parvient à déterminer la satisfaction équitable sans recourir à une expertise préalable<sup>(27)</sup>. Pour certains types de violations, la Cour européenne des droits de l'homme en fixe le montant conformément à un barème jalousement tenu secret<sup>(28)</sup>.

---

(26) Cet état initial tranche singulièrement avec la situation actuelle : au point n° 23 de l'instruction pratique concernant les demandes de satisfaction équitable édictée, le 28 mars 2007, par le président de la Cour, on lit en effet que « La réparation éventuellement accordée par la Cour revêt d'ordinaire la forme d'une somme d'argent à verser par l'État défendeur à la victime ou aux victimes des violations constatées. Ce n'est que très exceptionnellement que la Cour peut envisager d'inviter l'État défendeur à prendre telle ou telle mesure pour mettre fin ou remédier aux violations en question. [...] ». Sur le contexte originel et son évolution, voy. M. DE SALVIA, « Le principe de l'octroi subsidiaire des dommages-intérêts : d'une morale des droits de l'homme à une morale simplement indemnitaire ? », in J.-F. FLAUS et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 9-26, spéc. p. 10 et s. Publiée dans le même ouvrage, voy. égal. la contribution de F. SUNDBERG intitulée « Le principe de l'octroi subsidiaire des dommages-intérêts – côté Comité des Ministres », pp. 27-51, spéc. pp. 39 et s.

(27) S. TURGIS, « Le recours aux expertises », in J.-F. FLAUS et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 113-125, spéc., pp. 115 et s.

(28) E. LAMBERT ABDELGAWAD indique qu'« Au niveau de la CourEDH, officiellement, les barèmes n'existent que pour indemnisation de l'article 6(1). Pourtant, il est possible, au regard d'une analyse rigoureuse de la jurisprudence

Chargé d'étudier les méthodes de travail de la Cour, le rapport « Lord Woolf » avait pourtant suggéré dès 2005 « de publier un guide quant aux montants des indemnités allouées par la Cour », ce qui n'a pas été réalisé<sup>(29)</sup>. Enfin, on relève que, même en l'absence de *restitutio in integrum*, toute violation de la Convention ne donne pas forcément lieu à une condamnation pécuniaire ; il arrive en effet fréquemment, surtout s'agissant des garanties procédurales, que la Cour considère que le constat de violation « constitue en soi une satisfaction équitable suffisante aux fins de l'article 41 »<sup>(30)</sup>.

**13.** Le troisième point sur lequel nous souhaitons attirer l'attention est la manière dont le travail de la Cour est perçu lorsqu'elle octroie une satisfaction équitable. Plusieurs études ont dénoncé les carences du raisonnement du juge strasbourgeois dans cette matière en estimant qu'il était très souvent affecté de soucis méthodologiques majeurs, ce qui conduisait à d'importantes lacunes en termes de prévisibilité<sup>(31)</sup>. Cette situation est d'autant plus troublante que, à en croire le rapport « Lord Woolf », précédemment

---

sur plusieurs années, de repérer des barèmes, ou pour le moins des sommes forfaitaires, offrant ainsi une cohérence d'ensemble de la jurisprudence ». Voy. « Comment chiffrer la réparation des traitements inhumains/dégradants et de la torture ? », in J.-F. FLAUSS et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 189 à 228, spéc., p. 219.

(29) P. KEMPEES, chef de la Division de la satisfaction équitable au Greffe de la Cour européenne, n'est en tout cas pas favorable à pareille publication (« Statuer en équité », in *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Liber amicorum Vincent Berger*, Wolf Legal Publishers, 2013, pp. 201 à 209, spéc. p. 209).

(30) Voy., sur ce point, les explications de S. TOUZÉ (« Les limites de l'indemnisation devant la Cour européenne des droits de l'homme : le constat de violation comme satisfaction équitable suffisante », in J.-F. FLAUSS et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 127-153, spéc., pp. 135 et s.). Comme exemples pour lesquels un constat de violation a pu apparaître comme une satisfaction équitable, l'auteur cite le défaut d'impartialité d'une juridiction, l'absence de communication du rapport du conseiller-rapporteur ou encore la présence de l'avocat général au délibéré.

(31) Voy. principalement, en langue française, P. TAVERNIER, « La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation – Une remise en cause nécessaire », *Rev. trim. D.H.*, 2007, pp. 945-966 ; ainsi que les différentes contributions à l'ouvrage de J.-F. FLAUSS et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.

évoqué, « les juges passent souvent beaucoup plus de temps à déterminer quelle somme ils doivent accorder aux plaignants ayant gain de cause qu'ils n'en passent à adopter l'arrêt proprement dit ». Dans bon nombre d'opinions dissidentes, les juges strasbourgeois déplorent d'ailleurs eux-mêmes le défaut de cohérence lorsqu'il s'agit d'apprécier le montant de la satisfaction équitable<sup>(32)</sup>.

D. – *La réparation pécuniaire  
et les juridictions administratives françaises*

**14.** En droit français, le juge administratif est à la fois le juge de la légalité des actes administratifs et aussi, en principe, celui des recours tendant à mettre en cause la responsabilité des pouvoirs publics. Partant, le juge compétent pour annuler l'acte l'est également pour tirer les conséquences indemnitaires de cette annulation<sup>(33)</sup>.

Cela étant, il est bien clair que les hypothèses de mise en cause de la responsabilité des pouvoirs publics les plus fréquentes ne trouvent pas leur origine dans l'illégalité d'un acte juridique mais bien dans un fait ou dans un comportement de l'autorité, de sorte que l'effort de catégorisation des différentes formes de dommage mené en France concerne avant tout un préjudice qui ne trouve pas son origine dans un acte juridique dont l'illégalité a été censurée par le juge administratif.

**15.** À l'estime des juridictions administratives françaises, toute illégalité est réputée fautive et peut donner lieu à une indemnisation, laquelle couvre l'intégralité du préjudice subi dans toutes ses composantes, dénommées « chefs de préjudice ».

Les chefs de préjudice se répartissent en deux catégories : le dommage corporel et le dommage matériel (atteinte aux biens), chacune

---

(32) Voy. not. les opinions dissidentes dans les arrêts suivants : Cour eur. Dr. h., arrêt *Aktas c. Turquie* du 24 avril 2003 ; Cour eur. D.H., arrêt *Celik et Yildiz c. Turquie* du 10 novembre 2005.

(33) La demande d'annulation et la demande d'indemnisation peuvent être introduites simultanément – ce qui a pour effet de saisir un seul et même juge, le litige est alors de plein contentieux – ou de manière successive. Sur cette situation, voy. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2008, spéc. pp. 701 à 744. Pour un aperçu comparatif de la situation prévalant dans d'autres pays européens, voy. M. PÂQUES, « Le juge de l'annulation et de l'indemnisation », *A.P.T.*, 2012, pp. 232-237.

d'elles se subdivisant alors en plusieurs postes<sup>(34)</sup>. C'est ainsi que le dommage corporel comprend pas moins de 29 postes de préjudices différents, selon la nomenclature *Dintilhac*, du nom du Haut magistrat ayant présidé la commission qui a élaboré cette grille d'évaluation. Cette nomenclature n'est qu'indicative. Les juridictions judiciaires françaises l'appliquent consciencieusement tandis que le Conseil d'État « est demeuré attaché à une approche du préjudice en termes de masses globales »<sup>(35)</sup>. Au demeurant, le juge administratif suprême n'a pas toujours recours aux deux grandes catégories de préjudice évoquées plus haut et lui préfère une division qui distingue le préjudice patrimonial du préjudice personnel<sup>(36)</sup>.

On relève enfin qu'une étude récente a mis en évidence que, en général, la conclusion d'une transaction en lieu et place d'une action indemnitaire portée devant le juge présente pour les finances publiques un coût budgétaire nettement moindre que cette dernière option<sup>(37)</sup>.

### III. – L'INDEMNITÉ RÉPARATRICE, UNE NOTION NÉE AUTONOME ET QUI DOIT LE RESTER

#### A. – *Une notion autonome*

**16.** L'alinéa 1<sup>er</sup> du nouvel article 11*bis* des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose comme suit :

« Toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1<sup>er</sup> ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ».

(34) Sur cette question, H.-B. POUILLAUDE, « Les "chefs de préjudice" en droit de la responsabilité administrative », *A.J.D.A.*, 2014, pp. 1809-1815.

(35) *Ibid.*, p. 1811.

(36) Alors que le dommage, qui relève du fait et de l'expert, peut être défini comme étant « toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité ou d'une situation », le préjudice, qui relève du droit et du juge, « correspond aux conséquences du dommage vis-à-vis de la victime » (Th. LELEU, « Les outils d'appréciation médico-légaux dans le contentieux de la responsabilité publique », *A.J.D.A.*, 2014, pp. 1816-1820, ici p. 1816).

(37) Ch. FROGER, « Le coût budgétaire, obstacle à la réparation des préjudices ? », *A.J.D.A.*, 2014, pp. 1825-1829, spéc. p. 1827.

Les travaux préparatoires indiquent d'emblée l'objectif visé par l'instauration de ce nouveau mécanisme : il s'agit d'éviter que, à la suite d'un arrêt du Conseil d'État, le requérant victorieux « dont le préjudice n'est pas entièrement réparé par l'annulation de l'acte » doive introduire une nouvelle action en responsabilité devant les juridictions civiles, « ce qui entraîne de nouveaux frais de justice et de nouveaux délais de procédure »<sup>(38)</sup>.

La diminution des coûts pour le justiciable et l'économie procédurale, tels sont donc les deux leitmotifs qui ont guidé l'action du législateur.

Celui-ci ne fait pas mystère de la place que l'indemnité réparatrice est invitée à occuper au regard de ce qui existe déjà : il s'agit d'une « notion autonome » tant à l'égard de la réparation du dommage prévue aux articles 1382 à 1386 du Code civil qu'à l'égard du dommage exceptionnel visé à l'article 11 des lois coordonnées<sup>(39)</sup>.

Bien entendu, l'indemnité réparatrice présente des liens de parenté avec ces dispositions mais elle en demeure distincte. Cette autonomie se double en outre d'une relation – voulue – exclusive avec son usager. En effet, s'il allait de soi que les mécanismes visés respectivement aux articles 11 et 11*bis* des lois coordonnées n'étaient pas cumulables entre eux puisqu'ils couvrent des hypothèses radicalement différentes, le législateur a expressément prévu, aux alinéas 4 et 5 de l'article 11*bis*, que l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice avait pour effet de priver la partie qui en est à l'origine de toute action en responsabilité civile pour obtenir réparation du même préjudice, et inversement<sup>(40)</sup>.

---

(38) *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6.

(39) *Ibid.*, p. 7. Pour une comparaison plus systématique entre l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État et l'article 1382 du Code civil, voy., en particulier, C. MATHIEU, *op. cit.*, pp. 101 et s.

(40) Sur cette règle, couramment dénommée *Electa una via*, voy. not. *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6. et *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2232/5, p. 360. En soi, il peut être soutenu que la création de l'indemnité réparatrice, telle qu'elle est actuellement conçue, ne requerrait pas la révision de l'article 144 de la Constitution puisque le juge qui l'accorde ne statue pas sur le droit civil à réparation de droit commun. En revanche, cette exclusion de l'action en responsabilité de droit commun, même facultative, requerrait la révision de cette disposition puisque son introduction prive de l'accès au juge de droit commun et du droit à la réparation fixé en droit civil.

B. – *Une autonomie à préserver*

17. Le caractère autonome du contentieux de l'indemnité réparatrice et sa parenté avec les mécanismes existants sont ainsi largement consacrés dans les travaux préparatoires. L'autonomie de ce recours est un élément fondamental à relever puisque cette caractéristique permet de justifier que les modes de raisonnement, les méthodes de travail, voire même le résultat final procuré par l'indemnité réparatrice puissent différer sensiblement de ceux qui s'imposent dans les domaines de la responsabilité civile et de la réparation du dommage exceptionnel<sup>(41)</sup>.

Puisque le recours juridictionnel parfait n'existe pas<sup>(42)</sup>, le défi consiste donc à façonner, au départ des textes qui l'ont institué et du but visé par le législateur, un instrument nouveau qui, étant proche de la responsabilité civile, ne peut aboutir à des résultats fondamentalement différents de ce mécanisme mais qui, étant autonome, doit néanmoins présenter certaines spécificités appréciables.

Ainsi que nous venons de le voir, il ressort des travaux préparatoires que le contentieux de l'indemnité réparatrice a été principalement créé en vue d'offrir au justiciable un gain de temps par la suppression d'une procédure juridictionnelle supplémentaire. Voici donc le premier trait consubstantiel à l'indemnité réparatrice : sa procédure d'octroi doit être rapide. C'est en effet dans ce cas-là

---

(41) Cette autonomie n'est cependant pas synonyme d'étanchéité nécessaire. Ainsi, lorsqu'une disposition spécifique, comme c'est parfois le cas en matière de marchés publics – domaine que l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 précitée ne semble pas avoir pour effet de soustraire au mécanisme de l'indemnité réparatrice –, détermine un montant à accorder au requérant qui a subi une illégalité particulière, la marge de manœuvre du juge administratif est évidemment plus réduite.

(42) Un même trait distinctif d'un recours constitue bien souvent à la fois un avantage, mais également un inconvénient. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple très simpliste en rapport avec ce qui va suivre, le traitement rapide et définitif d'un recours est certainement un avantage non négligeable. En revanche, son corollaire, soit l'absence de possibilité d'interjeter appel de ce jugement est un inconvénient. Cette illustration permet de rappeler une évidence aussi élémentaire que fondamentale : créer un recours juridictionnel exempt de tout défaut est ainsi rigoureusement impossible. L'indemnité réparatrice n'échappe naturellement pas à ce constat ; il faut dès le départ renoncer à croire que ce mécanisme a la capacité de concentrer en lui la somme des avantages de chacun des quatre instruments qui viennent d'être brièvement évoqués.



qu'elle est le plus susceptible d'apporter sa plus-value à l'édifice existant.

C'est bien dans cette direction que le législateur a entendu se diriger puisque, suivant l'article 11*bis*, alinéa 2, *in fine*, des lois coordonnées, il doit être statué sur la demande d'indemnité « dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité »<sup>(43)</sup>. Le gouvernement n'a pas choisi un cap différent puisque, selon les termes du nouvel article 25/3, § 4, alinéa 2, du Règlement général de procédure, « le rapport sur la demande d'indemnité réparatrice est transmis au greffe dans le mois du jour où le membre de l'auditorat désigné est en possession des mémoires et du dossier complet de l'affaire » !

Du reste, l'absence de célérité ne risquerait pas uniquement d'affecter la viabilité de la procédure d'indemnité réparatrice. Traiter rapidement et efficacement ce genre de demandes est en effet presque une question de survie pour l'institution qui est le dépositaire de cette nouvelle compétence : s'il est bien un précipice que le Conseil d'État se doit d'éviter, c'est que l'exercice des nouvelles compétences résultant de la réforme de 2014 n'annihile les efforts déjà fournis afin que les délais de traitement des affaires ordinaires redeviennent raisonnables. Il existe autour de cette position une rare unanimité, tant à l'extérieur qu'à l'intérieur de la juridiction administrative<sup>(44)</sup>.

**18.** De cette célérité vers laquelle il faut tendre découlent au moins deux incidences pratiques :

- d'une part, l'évaluation du préjudice ne peut être menée qu'avec une extrême diligence, à tout le moins dans la très grande majorité des cas ;
- d'autre part, aucune des parties à la cause ne peut former un recours ordinaire contre les arrêts du Conseil d'État accordant (ou refusant d'octroyer) une indemnité réparatrice.

---

(43) Au cours des travaux préparatoires, le secrétaire d'État aux Réformes institutionnelles a déclaré qu'il s'agissait là d'un délai d'ordre (*Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2232/5, p. 361).

(44) J. BOURTEMBOURG, « Les attentes et la réforme – Réflexions sur les équilibres », *op. cit.*, n°s 2 et 10 ; Ph. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2013, n° 361, pp. 426 et s.

Nous reviendrons plus en détail sur cette première conséquence au moment d'évoquer la manière d'évaluer le préjudice subi<sup>(45)</sup>.

Le législateur a parfaitement perçu cette seconde incidence puisqu'il ressort des travaux préparatoires que, à ses yeux, cet inconvénient potentiel est contrebalancé par la certitude de pouvoir bénéficier d'une décision définitive à bref délai.

Surtout, les travaux préparatoires rappellent que le demandeur (ou l'intervenant à l'appui de la requête<sup>(46)</sup>) conserve la liberté de saisir le juge judiciaire en lieu et place d'introduire une demande sur le fondement de l'article 11bis des lois coordonnées<sup>(47)</sup>.

L'option retenue par le législateur a donc été de créer un nouveau mécanisme, qui présente des avantages et des inconvénients, mais auquel le justiciable est tout à fait libre de recourir. Dit autrement, le législateur a entendu responsabiliser le choix procédural posé par le demandeur. Et, comme on le verra bientôt<sup>(48)</sup>, il se pourrait bien que celui qui n'a pas les moyens moraux ou matériels d'affronter la durée parfois très longue d'une procédure judiciaire contre l'administration voie dans cette procédure en une phase le secours pratique qu'il n'aurait pas trouvé en droit commun.

Il est vrai que l'argument suivant lequel l'absence de recours est tempérée par le libre choix procédural laissé au demandeur n'est pas opposable à l'autorité publique mise en cause qui, quant à elle, subit le choix juridictionnel du demandeur. Cette situation n'a pas non plus été esquivée au cours des travaux préparatoires et l'obligation pour le Conseil d'État de tenir compte « de toutes les circonstances d'intérêt public et privé » a été présentée comme un palliatif de cette difficulté<sup>(49)</sup>, outre le fait que, à notre estime, l'autorité

---

(45) *Supra*, n<sup>os</sup> 37 et s.

(46) En revanche, l'intervenant qui défend la légalité de l'acte querellé, soit celui qui subira de plein fouet les conséquences de l'annulation du marché, du permis ou de la promotion qui lui avait été attribué, n'est pas admis à introduire une demande d'indemnité réparatrice. Il ne s'agit pas d'un oubli de la part du législateur (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n<sup>o</sup> 5-2233/1, p. 6). Cette différence de traitement manifeste pourrait être justifiée par le fait que cet intervenant conserve bien entendu la possibilité de se tourner vers le juge judiciaire pour obtenir la réparation du dommage causé par cette illégalité (*Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n<sup>o</sup> 5-2232/5, p. 359).

(47) *Voy.*, en particulier, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n<sup>o</sup> 5-2233/1, p. 6.

(48) *Infra*, n<sup>o</sup> 41.

(49) *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n<sup>o</sup> 5-2233/1, p. 7.

puisse également trouver un avantage à bénéficier d'une décision à bref délai.

#### IV. – QUELS SONT LES PARAMÈTRES À PRENDRE EN COMPTE POUR DÉCIDER L'OCTROI D'UNE INDEMNITÉ RÉPARATRICE ?

**19.** Ni le libellé de l'article 11bis ni les travaux préparatoires ne sont très explicites quant au montant à octroyer et quant à la manière de le déterminer. À cet égard, il y a fort à parier que le juge administratif calquera les grandes étapes de son raisonnement sur celui du juge judiciaire amené à statuer sur la base de l'article 1382 du Code civil.

Toutefois, à notre estime, ce serait une erreur de croire qu'une simple reproduction du raisonnement du juge judiciaire suffit à déterminer le montant de l'indemnité réparatrice. D'une part, son caractère autonome, notamment matérialisé par la prise en compte des intérêts publics et privés, doit nécessairement s'exprimer à travers certaines particularités. D'autre part, il se pourrait également que le contexte propre à ce contentieux, à savoir une forte proximité temporelle entre l'annulation et la demande d'indemnité, justifie un certain nombre de spécificités.

Ainsi, si l'analyse en trois étapes se pare d'un vernis de départ fort classique, il faut bien voir que, à chacune d'elles, peuvent venir se glisser, parfois subrepticement, un certain nombre de particularités à ne pas perdre de vue.

##### A. – *L'existence d'une illégalité*

**20.** Le fait générateur de responsabilité retenu par la loi est l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet. La question se pose de savoir si toute illégalité est automatiquement qualifiée ou s'il y a place pour un filtre placé au stade du fait générateur lui-même.

**21.** On l'a vu, la succession de l'annulation et de la mise en œuvre de la responsabilité civile, examinée sous l'angle du seul fait générateur, donne lieu à une réduction de champ. Le critère de la faute ne permet pas à toute illégalité sanctionnée par l'annulation d'ouvrir la voie de la responsabilité. Or, le nouveau système de

l'article 11*bis* prend pour fait générateur l'illégalité elle-même sans requérir, explicitement à tout le moins, de qualification complémentaire. Les travaux préparatoires relèvent que la question délicate des liens entre l'illégalité et la faute n'a plus lieu d'être et ils semblent même exclure ici l'incidence des causes qui auraient pu éviter la qualification de faute dans le droit commun<sup>(50)</sup>. Nous pensons qu'il y a lieu de donner en citation tout le passage pertinent de l'avis du Conseil d'État qui est au centre de notre commentaire<sup>(51)</sup>.

On note aussi que l'hypothèse a été faite d'une illégalité commise par une administration abusée par un tiers. À cet égard, l'avis de la section de législation reproduit dans les travaux préparatoires envisage qu'il n'y ait pas lieu à responsabilité malgré l'illégalité dans le cas où celle-ci est moralement irréprochable à son auteur. Toutefois, plutôt que de reconnaître que toute illégalité n'est pas un fait générateur dans le nouveau système, c'est vers le lien causal que l'on se tourne pour éviter la responsabilité en postulant que, dans un tel cas, ce lien pourrait ne pas être établi entre l'illégalité et le préjudice<sup>(52)</sup>. Or cette rupture peut-elle vraiment être établie en cherchant le ressort en amont de l'acte illégal ?

---

(50) M. MERCKAERT, *op. cit.*, n° 29.

(51) « 3.2. En retenant l'illégalité de l'acte comme fait générateur du dommage, la nouvelle disposition fait perdre, dans le contentieux porté devant le Conseil d'État, toute portée utile à la controverse sur l'unité ou la dualité des notions de faute et d'excès de pouvoir, qui a traversé la jurisprudence et la doctrine pendant une quarantaine d'années. La sécurité juridique y gagne. L'autorité sera en principe tenue de réparer le préjudice en l'absence de toute faute et donc lorsque l'illégalité provient de circonstances qui lui sont étrangères. Lorsque l'illégalité constatée par le Conseil d'État provient d'une faute ou erreur commise par le bénéficiaire de l'acte (renseignements erronés transmis à l'autorité administrative, par exemple), la circonstance que l'autorité a agi de bonne foi, en faisant preuve de la prudence requise, mais a été abusée par des informations erronées, s'apparente à l'hypothèse de la responsabilité sans faute. Il appartiendra au Conseil d'État d'apprécier au cas par cas si un lien de causalité peut être établi entre l'acte illégal et le préjudice, autrement dit si celui-ci est bien directement imputable à l'acte illégal, quitte à ce que l'administration se retourne, devant les cours et tribunaux, contre le bénéficiaire de l'acte qui l'a induite en erreur » (avis de la section de législation n° 53.933/AG du 27 août 2003 [*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, ici, p. 6]).

(52) Le législateur envisage aussi que le lien ne soit pas rompu et que l'administration condamnée entame ensuite une action récursoire auprès du juge judiciaire.

**22.** La volonté du résultat que le législateur exprime en se focalisant sur le lien causal ne pourrait-elle toutefois pas mieux se concrétiser en pratique par la disqualification de certaines illégalités au stade du fait générateur ? La prise en compte des circonstances d'intérêt public pourrait y aider, car elle n'est pas cantonnée par la loi au seul stade de la fixation de l'indemnité lorsque la responsabilité est déjà établie. Il semble pourtant que le souci de simplification doive l'emporter et qu'il n'y a pas lieu de créer un filtre par le recours à une violation suffisamment caractérisée.

La vérification du lien causal, déjà mentionnée, ou encore l'appréciation des circonstances d'intérêt public et privé pourraient rétablir un meilleur équilibre en aval du fait générateur, la seule illégalité.

### B. – *Le lien causal*

**23.** Le préjudice allégué doit être en lien avec l'illégalité comise. Les premiers commentateurs ont préconisé l'application de la théorie de l'équivalence des conditions ; « elle implique que pour conclure à l'absence de lien causal, il faudra constater que le dommage serait survenu de la même manière en l'absence de faute »<sup>(53)</sup>. Mais nous venons d'observer que la volonté d'une causalité directe entre l'illégalité et le dommage avait été exprimée au cours des travaux préparatoires afin d'exclure que l'administration qui n'est pas vraiment à l'origine de l'illégalité soit condamnée.

**24.** On relève aussi, s'agissant de la responsabilité aquilienne classique, que la concrétisation du lien causal a donné lieu à des appréciations nuancées. Ainsi, en droit commun il est parfaitement possible qu'une illégalité de forme comme le défaut de motivation d'une décision soit considérée comme une faute, mais qu'elle soit sans lien causal avec le préjudice allégué, soit le classement du bien en zone agricole ou le retard dans la délivrance d'un permis de lotir. Ainsi le défaut de motivation de la décision de classer le bien en zone non constructible au plan de secteur est fautif, mais ce classement lui-même ne l'est pas. En outre, l'annulation du plan de

---

(53) F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 14.

secteur par le Conseil d'État pour défaut de motivation ne permet pas de conclure que le classement lui-même est fautif<sup>(54)</sup>.

Cette réticence à faire le lien entre le vice de forme et le fond de l'acte présenté comme élément de préjudice est récurrente. En effet, certains auteurs ont pu mettre en évidence la difficulté d'établir le lien causal entre la faute et le dommage lorsque l'illégalité est purement formelle<sup>(55)</sup>. Ils s'appuient notamment sur deux arrêts de la Cour d'appel de Liège et en déduisent que « l'irrégularité ne cause préjudice que si la décision n'aurait pas pu être prise de la même manière si toutes les règles de forme avaient été respectées »<sup>(56)</sup>.

**25.** L'incidence potentielle – mais capitale – de ce qui précède sur l'indemnité réparatrice n'échappera à personne, nous y reviendrons lorsque nous évoquerons l'importance de la réfection de l'acte illégal<sup>(57)</sup>.

**26.** Dernière précision qu'il convient sans doute de formuler à nouveau ici : à notre estime, n'entraîne pas en soi la rupture du lien de causalité le seul fait que l'illégalité de l'acte constatée par le Conseil d'État trouve elle-même son origine dans un avis, dans une décision, dans un règlement ou dans un fait qui n'est pas imputable à l'auteur de l'acte attaqué devant le juge administratif, bien qu'il ne soit pas exclu que, d'une manière ou d'une autre, la prise en compte d'un intérêt public vienne tempérer la rigueur de cette affirmation.

---

(54) À ce sujet, Bruxelles, 26 septembre 1990, *Amén.*, 1991, pp. 51 et s., obs. M. PÂQUES, « Annulation du plan, illégalité, faute et retard dans la délivrance du permis » ; aussi, Bruxelles, 11 février 1987, *Amén.*, 1987, p. 79 et le pourvoi rejeté par Cass., 19 octobre 1989, *Bull.*, 1990, p. 195 ; encore, Bruxelles, 28 mai 1988, *J.T.*, 1989, pp. 163 et s., obs. D. LAGASSE.

(55) P. HENRY, N. VAN DAMME et J. MERODIO, « L'équivalence (prétendue) entre les notions d'excès de pouvoir et de faute civile », in *Liber amicorum Noël Simar – Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 201-224, spéc. p. 216.

(56) *Id.* Les arrêts cités sont Liège, 28 janvier 1993 (*J.T.*, 1993, pp. 477 à 480, obs. R. DALQ) et Liège (12<sup>e</sup> ch.), 8 juin 2010, R.G. n° 2009/975, inédit. Dans le même sens, Civ. Liège (6<sup>e</sup> ch.), 10 février 2014, R.G. n° 13/1900/A, inédit : Dans le cadre de la responsabilité civile, « ce n'est pas en soi une illégalité de forme ou une illégalité de motivation qui cause un dommage mais le fait que la décision prise ne pouvait pas être prise quant au fond de ce qui a été édicté ».

(57) *Infra*, n° 30.

Par conséquent, même si la décision irrégulière résulte de l'application d'un plan de secteur illégal, de la prise en compte d'un avis d'une instance irrégulièrement composée ou d'une instruction disciplinaire déficiente menée par une personne qui n'est pas l'auteur de l'acte attaqué devant le Conseil d'État, la demande d'indemnité réparatrice n'est pas nécessairement vouée à l'échec pour ce seul motif<sup>(58)</sup>.

En revanche, puisque cette demande est perçue dans les travaux préparatoires comme l'accessoire d'un recours en annulation d'un acte déterminé<sup>(59)</sup>, seul l'auteur de ce dernier paraît pouvoir être redevable d'une indemnité réparatrice, à l'exclusion donc de toute autre autorité publique, même si celle-ci est à la cause comme partie adverse<sup>(60)</sup> et même si elle est responsable de l'irrégularité originelle ayant affecté l'acte faisant l'objet du recours devant le Conseil d'État.

### C. – *Le préjudice*

**27.** L'évaluation du préjudice subi du fait de l'illégalité de l'acte attaqué doit tendre à la réparation intégrale, mais elle ne peut mener qu'à l'indemnisation de ce qui n'a été réparé ni par l'annulation en elle-même (1) ni par ses suites directes (2). Tenir compte de ces dernières pourrait ainsi mener à retarder sensiblement le déroulement de la procédure. Pour éviter au maximum tout autre attermoiement, il faudra compter autant sur la diligence de l'auteur de l'acte illégal que sur le rôle actif du Conseil d'État (3), l'évaluation du préjudice devant être menée de manière raisonnée et raisonnable (4).

---

(58) Comme nous venons de le voir, la section de législation du Conseil d'État a considéré que l'autorité sera en principe tenue de réparer le préjudice même « lorsque l'illégalité provient de circonstances qui lui sont étrangères » (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 6, n° 3.2).

(59) *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2232/5, p. 359.

(60) Il arrive, en effet, fréquemment que des autorités publiques qui ont pris part à la procédure administrative ayant mené à l'adoption de l'acte attaqué soient mises à la cause en tant que partie adverse alors qu'elles n'en sont pas véritablement l'auteur.

1. – *L'indemnité réparatrice doit tendre vers la réparation intégrale... du reliquat*

**28.** Pour donner un sens à l'adjectif « réparatrice », cette indemnité doit en principe tendre à la réparation intégrale du dommage effectivement subi. Vient néanmoins tempérer la rigueur de ce principe la possibilité, sinon l'obligation, de tenir compte « des intérêts publics et privés en présence ». En outre, il faut réserver l'hypothèse dans laquelle la loi prévoit une indemnité forfaitaire. Le cas de l'attribution légale d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant de l'offre lorsque le pouvoir adjudicateur n'attribue pas le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse est bien connu<sup>(61)</sup>. Il est rappelé dans le rapport au Roi qui précède l'arrêté de mise en œuvre de l'indemnité réparatrice<sup>(62)</sup>.

Dès lors qu'elle doit nécessairement être réparatrice, elle ne peut correspondre à une indemnisation purement symbolique. Corrélativement, elle ne peut être supérieure au dommage réellement subi ni être assimilée à des *punitive damages*, même en cas de pluralité d'illégalités manifestes.

**29.** Les termes de l'article 11*bis* des lois coordonnées ne l'énoncent pas expressément, mais les travaux préparatoires laissent subsister peu de doutes à cet égard : l'indemnité vise uniquement à compenser le préjudice qui n'est pas réparé par l'annulation prononcée par le Conseil d'État<sup>(63)</sup>.

Cette observation est fondamentale dans son principe et dans ses implications.

---

(61) Article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Voy., récemment, Mons, 12 décembre 2014, et la note de D. RENDERS et K. POLET, « Marché public attribué par adjudication : l'illégalité est source de réparation forfaitaire sans qu'une faute, un dommage et un lien causal aient à être démontrés », *J.T.*, 2015, pp. 344-345.

(62) Rapport au Roi préc. l'arrêté royal du 25 avril 2014 (cité à la note 4), *in* examen de l'article 4.

(63) *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6. Voy. égal. les travaux préparatoires portant sur la révision de l'article 144 de la Constitution (*Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2232/5, p. 93). Sur ce que l'annulation fondée dans le contentieux objectif contribue au rétablissement du droit subjectif lésé, voy. not. M. MERCKAERT, *op. cit.*, n° 14 ; J. SOHIER, *op. cit.*, 2015, n° 3.



Dans son principe tout d'abord : l'annulation demeure bien le mode réparatoire principal, l'indemnité réparatrice ayant, quant à elle, une vocation subsidiaire ou, plus exactement, une fonction complémentaire par rapport à cette sanction. En d'autres termes, lorsque l'arrêt d'annulation procure, par ses conséquences, la réparation de tout le dommage subi, il n'y a pas lieu à l'octroi d'une indemnité réparatrice<sup>(64)</sup> ; celle-ci ne constitue ni une prime pour le requérant victorieux ni – nous venons de le dire – une punition à charge de l'autorité.

Dans ses implications ensuite : l'annulation, par ses effets, ouvre bien souvent la voie à l'obtention d'une réparation en nature. Il nous paraît que la naissance de l'indemnité réparatrice n'est pas venue bouleverser cette manière de concevoir les choses.

Dans son avis donné sur la proposition de loi, la section de législation semble partager ce point de vue :

« La réparation prend exclusivement la forme d'une indemnité pécuniaire. On peut observer que l'annulation de l'acte illégal, qui est nécessairement prononcée avant ou en même temps que l'indemnité réparatrice est accordée, constitue une forme de réparation en nature puisqu'elle aboutit à effacer l'acte illégal de l'ordonnancement juridique »<sup>(65)</sup>.

Or, l'annulation prononcée par le Conseil d'État ne se limite pas à un constat d'illégalité ; le plus souvent, elle appelle de la part de l'auteur de l'acte censuré une nouvelle analyse des circonstances

---

(64) Dans cette optique, on peut se demander si le Conseil d'État ne sera pas tenté, s'agissant de l'évaluation du dommage moral, d'importer sa jurisprudence rendue, « sous l'ancien référé », à propos du risque de préjudice grave et difficilement réparable, suivant laquelle un arrêt d'annulation répare en principe le préjudice moral causé par l'acte illégal. Il est vrai que l'article 11 des lois coordonnées, auquel l'article 11*bis* est en partie apparenté, évoque, au contentieux du dommage exceptionnel, la réparation du dommage « moral ou matériel ». Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que, à l'inverse du contentieux de l'annulation ordinaire, le contentieux du dommage exceptionnel n'aboutit jamais à une annulation de sorte que la réparation ne débouche que sur une indemnité. Comp. avec Trib.U.E., 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepahan*, T-384/11, motifs 86 et 87 : « l'annulation des actes attaqués est de nature à constituer une forme de réparation du préjudice moral que la requérante a subi », mais « [t]outefois, dans les circonstances de l'espèce, l'annulation de l'inscription de la requérante est susceptible de modérer le montant de l'indemnisation accordée, mais pas de constituer une réparation intégrale du préjudice subi ».

(65) Avis de la section de législation précité (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 8, n° 8).

de l'espèce, même si cet examen n'aboutit pas automatiquement à l'adoption d'un nouvel acte : faut-il redélivrer l'autorisation sollicitée, faut-il refaire la mesure causant grief, faut-il achever la procédure de promotion, faut-il réattribuer le marché... ? Au fond, l'arrêt d'annulation ne clôture pas nécessairement le litige dans tous ses aspects.

Cette caractéristique distingue fondamentalement l'indemnité réparatrice du mécanisme strasbourgeois où le seul constat de violation de la Convention européenne des droits de l'homme mène moins systématiquement à un réexamen des circonstances de la cause.

2. – *La réfection, utile préalable à la détermination de l'indemnité réparatrice ?*

**30.** Du constat selon lequel l'annulation de l'acte illégal fournit une réparation en nature ou, à tout le moins, en offre les prémices, pourrait bien découler un effet de prime abord plus inattendu : il pourrait s'avérer utile, voire parfois nécessaire, que les éventuelles opérations administratives pouvant ou devant être menées à la suite de l'annulation de l'acte illégal (réfection, réintégration...) se tiennent avant que le juge ne détermine le montant de l'indemnité réparatrice.

En effet, à partir du moment où un arrêt d'annulation ne clôt pas le litige dans sa totalité et qu'il a notamment pour effet de ressaisir l'administration<sup>(66)</sup>, n'est-il pas cohérent de laisser à l'auteur de l'acte annulé la possibilité de réparer son erreur et, partant, de limiter le préjudice causé au requérant ?

Cette implication présente, il est vrai, l'inconvénient de retarder la procédure de délivrance de l'indemnité réparatrice, alors pourtant que c'est sur la célérité de celle-ci que repose une bonne part de la viabilité de ce mécanisme.

---

(66) La notification de l'arrêt d'annulation à la partie adverse a pour effet que celle-ci se retrouve directement saisie du dossier ou de la demande sans qu'il soit nécessaire que le Conseil d'État ait formellement renvoyé le dossier à l'autorité ou que le requérant victorieux l'ait mise en demeure de statuer à nouveau (voy. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. I, Bruylant, 2012, pp. 2189-2190, ainsi que la jurisprudence citée).

Pourtant, on n'aperçoit pas comment évaluer convenablement un dommage qui n'est pas encore consolidé en ce qu'il pourrait être compensé, fût-ce partiellement, par la réfection de l'acte annulé. Nous voudrions illustrer cette réflexion un peu théorique par deux exemples.

**31.** Un demandeur d'un avantage quelconque (permis, délibération scolaire...) obtient devant le Conseil d'État l'annulation du refus ou de l'échec décidé par l'administration. À tout le moins quand la réfection n'est pas impossible, n'est-il pas indiqué d'attendre que l'autorité prenne position à la suite de l'arrêt d'annulation ? L'indemnité réparatrice ne sera-t-elle pas, en effet, différente si cette autorité décide de lui accorder l'autorisation sollicitée ? L'intérêt d'attendre la réfection existe d'ailleurs quel que soit le sens auquel aboutit le nouvel examen de l'autorité : le demandeur peut-il en effet prétendre à une indemnité réparatrice si, à la suite de l'annulation d'un premier refus irrégulier, un second refus tout à fait régulier lui est opposé ?

De même, faut-il octroyer une indemnité réparatrice en raison de la perte d'une chance (d'obtenir quelque chose) causée par la décision illégale dans l'hypothèse où, par la possibilité d'adopter une nouvelle décision en lieu et place de l'acte annulé, cette chance n'est pas encore définitivement perdue ?

**32.** Tenir compte de la suite – positive ou négative – donnée à l'arrêt d'annulation par l'auteur de l'acte censuré pour déterminer le montant de l'indemnité réparatrice, et donc favoriser les conditions d'une réparation en nature, est-ce une hypothèse de travail farfelue ?

Elle peut en tout cas se prévaloir de prestigieux précédents. Il est ainsi arrivé à la Cour européenne des droits de l'homme de dissocier l'arrêt sur le fond et l'arrêt sur la satisfaction équitable afin de tenir compte, dans la détermination de celle-ci, des événements intervenus à la suite du constat de violation<sup>(67)</sup>. De même, ainsi que

---

(67) Cour eur. dr. h. (ass. pl.), 6 décembre 1988 et 13 juin 1994, *Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne* ; Cour eur. D.H. (gr. ch.), 28 octobre 1999 et 23 janvier 2004, *Brumarescu c. Roumanie*. La doctrine a pu déplorer que cette pratique ait été progressivement abandonnée « au profit d'un allègement du rôle de la Cour » (K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH et A. SCHAHMANECHE, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de

nous avons pu le rappeler, la réparation en nature est également le mode de réparation privilégié dans le mécanisme reposant sur l'article 1382 du Code civil.

Cette pratique peut, en outre, se réclamer d'une certaine forme de subsidiarité, concept dont on sait qu'il irrigue tous les champs du droit, en ce compris celui de la responsabilité des pouvoirs publics.

Enfin, cette hypothèse de travail témoignerait d'une logique similaire au traitement d'une demande d'indemnité à la suite d'une boucle administrative – mécanisme que l'on ne présente plus<sup>(68)</sup> –, puisque, dans ce cas, le législateur a expressément prévu, à l'alinéa 3 de l'article 11*bis*, que le point de départ du délai pour introduire pareille demande était non pas l'arrêt qui constate l'illégalité, mais bien l'arrêt qui clôt la procédure de recours. Cette particularité fait précisément suite à une observation de la section de législation du Conseil d'État selon laquelle « il n'est pas exclu que l'exécution éventuelle de la réparation de l'illégalité puisse avoir une influence sur l'existence ou l'ampleur du préjudice subi par une partie concernée ou sur la présence d'un lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice »<sup>(69)</sup>. Cette affirmation n'est-elle pas également exacte en dehors de toute application de boucle ?

---

l'homme », *R.F.D.A.*, 2014, pp. 935-944, ici p. 938). Ces regrets sont également partagés par le juge strasbourgeois : voy. l'opinion dissidente du juge PAVLOV-SCHI, jointe à l'arrêt Cour eur. D.H., 17 janvier 2006, *Popov c. Moldova*, rapportée par P. TAVERNIER (*op. cit.*, p. 957).

(68) L'attention consacrée à la boucle administrative est, jusqu'à présent, inversement proportionnelle à ses résultats concrets. Parmi une doctrine abondante, voy. L. LOSSEAU, « L'introduction de la boucle administrative au sein des lois coordonnées sur le Conseil d'État », *Ann. dr. Louvain*, 2013, pp. 523-580 et E. BREWAEYS, « Raad van State, Procesrechtelijke vernieuwingen – deel 1 », *NjW.*, 2014, pp. 443-447. Sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 74/2014 du 8 mai 2014, comp. les observations de D. RENDERS (« La boucle administrative ne serait-elle pas bouclée ? », *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1201-1211) avec celles de M. UYTENDAELE (« Sauver la boucle administrative fédérale », *A.P.T.*, 2014, pp. 398-406). La Cour constitutionnelle a, postérieurement à la date de clôture de nos recherches, annulé le mécanisme fédéral de la boucle (C.C., arrêt n° 103/2015 du 16 juillet 2015). Voy. encore, au sujet de la boucle instaurée par le législateur flamand, C.C., arrêt n° 152/2015 du 29 octobre 2015.

(69) Avis de la section de législation précité (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 8, n° 10).

3. – *Vers une combinaison des instruments à la disposition du juge actif ?*

**33.** Bien entendu, il n'y a pas de sens à différer plus longtemps le moment de fixation de l'indemnité réparatrice lorsque la réfection d'un acte est impossible *de jure*<sup>(70)</sup> ou *de facto* – par exemple, la sanction disciplinaire infligée au fonctionnaire ou au prisonnier a déjà été exécutée ou la date pour laquelle une manifestation avait été irrégulièrement interdite est passée –, ou bien lorsque la partie adverse n'a aucune prise, ni directe ni indirecte, sur l'illégalité constatée par le Conseil d'État – par exemple, lorsque l'auteur de l'acte censuré ne fait qu'appliquer un règlement illégal dont il n'est pas l'auteur –.

Dans les hypothèses où il pourrait y avoir du sens de donner à l'auteur de l'acte annulé le temps de se positionner à nouveau, c'est-à-dire lorsque son action pourrait contribuer à amoindrir le préjudice subi, il faut donc, tout en évitant que la procédure d'indemnité réparatrice ne s'enlise, lui laisser la possibilité d'agir.

On relève à cet égard que, quel que soit le moment auquel la demande d'indemnité réparatrice est formée (lors de l'introduction du recours en annulation, au cours de cette procédure ou dans les 60 jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité), une conjonction habile des différents paragraphes du nouvel article 25/3 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948, tel qu'il a été inséré par l'arrêté royal du 25 avril 2014 précité, permet, notamment à l'auditeur, de tenir cette demande en suspens jusqu'au prononcé de l'arrêt constatant l'illégalité et donc de différer momentanément l'accomplissement des mesures préalables (échange des écrits de procédure). Dans ce cas, la partie adverse dispose, pour déposer son mémoire en réponse, d'un délai de 60 jours à compter de la réception de la demande d'indemnité réparatrice notifiée par le greffe.

L'idéal ne serait-il donc pas que l'auteur de l'acte annulé mette à profit ce délai pour prendre position quant aux suites à donner à l'arrêt et, le cas échéant, adopter un nouvel acte ?

---

(70) Voy. quelques cas de réfection impossible répertoriés par P. LEWALLE et L. DONNAY, *op. cit.*, n° 663, pp. 1160 et s.

**34.** Tirer les conséquences d'un arrêt d'annulation dans les 60 jours n'est pas une situation praticable dans tous les cas, nous en sommes conscients, en particulier lorsque les suites à donner à l'arrêt du Conseil d'État nécessitent l'accomplissement de nouvelles formalités (consultation d'instances, tenue d'une nouvelle enquête publique...). En pareilles hypothèses, l'on se demande si, dans l'arrêt qui constate l'illégalité, le juge ne pourrait pas utilement faire usage de l'article 36, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'État en indiquant le délai dans lequel la nouvelle décision devrait intervenir et, plus audacieux, en faisant correspondre ce délai à l'échéance dans laquelle le mémoire en réponse devrait être déposé.

Ce n'est qu'au prix d'une interprétation volontariste de certaines dispositions que la procédure d'indemnité réparatrice sera menée avec efficacité dans le délai d'un an prescrit à l'article 11*bis* et ce, sous la responsabilité conjointe de l'ensemble des acteurs : il revient au requérant de veiller à demander l'application de l'article 36 auquel le juge administratif ne peut avoir recours d'office ; il appartient au Conseil d'État d'utiliser judicieusement cette compétence ; il incombe enfin à l'auteur de l'acte annulé de déployer ses efforts pour mener sans traîner les démarches nécessaires à la correcte exécution de l'arrêt. Dès lors que l'écoulement du temps est sans conteste une composante du préjudice susceptible de faire varier le montant de l'indemnité réparatrice, l'autorité administrative n'a-t-elle pas d'ailleurs tout intérêt à faire diligence pour tirer les conséquences de l'arrêt ?

**35.** La combinaison de l'article 11*bis* et de l'article 36 des lois coordonnées dans cette hypothèse n'est au demeurant qu'une application d'un phénomène plus largement visible s'agissant de la dernière réforme du Conseil d'État : les nouveaux instruments sont immanquablement appelés à se combiner entre eux. C'est l'occasion de rappeler – ce que nous avons jusqu'ici volontairement négligé de faire pour simplifier le débat – qu'un arrêt débouchant sur une annulation n'est pas un préalable obligatoire à l'octroi d'une indemnité réparatrice. En effet, l'article 11*bis* suppose l'introduction d'un recours en annulation et exige un constat d'illégalité, mais non une annulation en tant que telle.

Ainsi, comme nous venons de le voir, l'hypothèse d'une demande d'indemnité réparatrice à la suite d'une boucle administrative est expressément envisagée, à l'alinéa 3 de l'article 11*bis*, par le législateur qui, de cette manière, encourage la combinaison de ces instruments modernes<sup>(71)</sup>.

La doctrine n'a pas manqué de souligner qu'il y a bien d'autres cas, tel celui du retrait d'acte opéré par son auteur, dans lesquels le constat d'illégalité ne débouche pas sur un arrêt d'annulation, et qui, potentiellement, pourraient quand même donner lieu à indemnité réparatrice<sup>(72)</sup>. Dans son avis, le Conseil d'État a quant à lui évoqué « l'hypothèse où plusieurs recours tendent à l'annulation du même acte et où, une fois l'annulation prononcée au terme de celui qui a été examiné en premier lieu, les autres arrêts jugent qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les autres recours, ceux-ci ayant perdu leur objet »<sup>(73)</sup>.

**36.** L'hypothèse la plus épineuse sera sans conteste celle où le requérant perd son intérêt en cours d'instance. L'on sait que, dans ce cas, le Conseil d'État a pour habitude de rejeter le recours en annulation sans autre forme de procès, c'est-à-dire sans examiner si l'acte entrepris était ou non affecté d'une illégalité. L'octroi d'une indemnité réparatrice avait alors été exclu par le Conseil d'État dans son avis puisque, en pareille hypothèse, l'illégalité n'est pas constatée<sup>(74)</sup>. Il ressort toutefois du rapport au Sénat que le

---

(71) En dehors de toute boucle, et moyennant le strict respect de la séparation des fonctions, pourrait également être mobilisé, avec l'article 36, le nouvel article 35/1 qui permet au juge de préciser, à la demande d'une partie, les mesures à prendre pour remédier à l'illégalité ayant conduit à l'annulation. À titre incident, on relève que, très récemment, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est quant à elle pas privée d'indiquer, dans la partie de son arrêt consacrée à l'application de l'article 41 de la CEDH, « la manière adéquate de redresser la violation constatée » (Cour eur. D.H., 9 janvier 2014, *Van Meroye c. Belgique*, § 115).

(72) F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *op. cit.*, n° 22, p. 66. Ces auteurs estiment que le cas du retrait est assimilable à celui de l'illégalité constatée dans la boucle et ouvre le droit à l'indemnité réparatrice. Ce n'est pas sûr, car, en cas de retrait définitif, le Conseil d'État constate le plus souvent que le recours n'a plus d'objet sans se pencher sur la régularité du retrait et donc sans statuer sur l'illégalité de l'acte retiré.

(73) Avis de la section de législation précité (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 7, n° 3.3).

(74) *Ibid.*, n° 4.

législateur estime que l'article 11*bis* est applicable dans un tel cas, en considérant que la perspective de l'indemnité réparatrice contribue au maintien de l'intérêt à l'annulation<sup>(75)</sup>. La doctrine est également d'avis que l'existence même du nouveau système d'indemnité réparatrice pourrait contribuer à remettre en cause cette évaporation de l'intérêt en cours d'instance, encore admise dans la jurisprudence, malgré une première salve de la Cour constitutionnelle<sup>(76)</sup>. Il n'entre pas dans nos intentions d'examiner ici un thème aussi brûlant que celui-là, quoique le Conseil d'État ne pourra pas faire l'économie d'un débat sur le sujet. Il n'est pas incohérent de maintenir l'intérêt dans la seule perspective de l'indemnité réparatrice. Mais ce maintien pourra-t-il ne pas rejaillir sur l'annulation elle-même ?

4. – *Une évaluation simple, raisonnée et raisonnable dont l'efficacité repose sur chacun*

**37.** Notre axe de réflexion est connu : la procédure menant à l'octroi ou au refus de l'indemnité réparatrice sera rapide ou ne sera pas. Nous avons émis l'hypothèse que cette célérité était tributaire de la manière dont les conséquences de l'arrêt d'annulation seraient tirées et nous avons dès lors proposé une formule procédurale qui tente de concilier ces deux impératifs.

Au-delà de cette tension inéluctable, il faut éviter au maximum les autres causes d'atermoisement. À cet égard, nous pensons que le comportement de chacun des acteurs en présence sera déterminant quant à l'efficacité de cette procédure.

---

(75) *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2232/5, pp. 358 et 359 : « Les auteurs de la proposition considèrent que le Conseil d'État, en combinant, d'une part, les notions de "lésion" et/ou d'"intérêt" de l'article 19 précité des lois coordonnées sur le Conseil d'État, telles qu'elles sont interprétées actuellement, et, d'autre part, l'article 11*bis* proposé, tel qu'il a été commenté par les réactions et les discussions en cours, est effectivement en mesure d'apprécier la légalité d'un acte administratif contesté, même si une évolution s'est produite dans la situation personnelle concrète du requérant. Les termes "lésion" et "intérêt" peuvent être interprétés de telle sorte que, compte tenu du dommage subi pouvant donner lieu à une indemnité réparatrice en application de l'article 11*bis*, le Conseil pourra aussi apprécier effectivement la légalité de l'acte attaqué, même si l'annulation de cet acte ne procure aucun avantage direct au requérant. Il n'y a dès lors pas lieu de procéder à une adaptation législative supplémentaire ». Dans le même sens, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 8.

(76) F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *op. cit.*, n° 9, pp. 49 et s.



**38.** Le rôle du requérant sera bien entendu prépondérant : il lui incombe, d'une part, de décrire avec grande précision, le cas échéant avec ventilation par rubrique, le dommage résiduel dont il entend se faire indemniser et, d'autre part, d'apporter les documents permettant de justifier ses prétentions.

Cette obligation de précision et de complétude doit à son tour être bien comprise : la prise en compte des intérêts privés évoquée à l'article 11*bis* implique qu'il ne puisse être exigé du requérant que celui-ci livre des éléments de preuve au-delà de ce qui est raisonnable.

Sauf dans l'hypothèse où les conséquences de l'arrêt d'annulation sont sans influence sur le montant de l'indemnité et où la partie requérante ne court aucun risque de perdre son intérêt en cours d'instance<sup>(77)</sup> – à moins que cela devienne justement le moyen de faire sauter le fameux verrou –, il paraît nettement plus judicieux d'attendre le prononcé de l'arrêt, et si possible la réfection de l'acte, avant d'introduire une demande d'indemnité réparatrice.

L'on comprend pourquoi cette action doit être enserrée dans un délai relativement court. Toutefois, cette brièveté déterminée par le législateur<sup>(78)</sup> pourrait s'avérer contre-productive puisque le demandeur va devoir, dans la plupart des cas, établir le préjudice subi « à l'aveuglette », c'est-à-dire le démontrer à un moment où la réfection de l'acte, susceptible d'influencer le montant de l'indemnité réparatrice, n'est pas encore menée à son terme.

Si, la plupart du temps, l'intérêt du requérant est donc d'attendre l'arrêt constatant l'illégalité avant d'introduire sa demande d'indemnité réparatrice, il faut bien voir que le comportement qu'il adopte, tant au cours de la procédure administrative ayant mené à l'adoption de l'acte contesté que durant la procédure juridictionnelle, pourrait lui aussi constituer un intérêt public ou privé dont il y aurait lieu de tenir compte. Ainsi, si une procédure juridictionnelle

---

(77) L'article 11*bis* ne prévoit pas, en effet, d'exception à la règle *Electa una via* pour le requérant qui perd en cours d'instance son intérêt à l'annulation de l'acte ; selon les termes de l'alinéa 4 de cette disposition, il ne pourra donc plus intenter d'action en responsabilité civile.

(78) Suivant l'article 11*bis*, alinéa 2, des lois coordonnées, "la demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité".

en extrême urgence lui est aisément accessible (par exemple pour contester l'attribution de certains marchés publics), mais qu'il préfère diligenter une procédure en annulation ordinaire, on peut se demander s'il ne contrevient pas à son obligation de limiter son propre préjudice puisque, par son choix procédural, il diminue lui-même ses chances d'obtenir le marché.

**39.** Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer l'importance du rôle joué par l'autorité à la suite de l'arrêt constatant l'illégalité<sup>(79)</sup>. En réalité, c'est dès que l'irrégularité est repérée avec vraisemblance que l'administration devrait adopter un comportement actif dans ce domaine : retirer au plus tôt un acte qui, à la lumière d'un écrit de procédure ou d'un rapport de l'auditorat convaincants, présente de fortes apparences d'illégalité pourra dans bien des cas réduire le préjudice subi par celui qui en souffre et, partant, diminuer le montant de l'indemnité réparatrice.

Si la prise en compte des intérêts publics est un élément qui est favorable à l'auteur de l'acte illégal, rien ne s'oppose à ce que le comportement de celui-ci (par exemple sa réactivité face à l'illégalité détectée) soit également pris en considération au moment de fixer l'indemnité réparatrice. À partir du moment où l'autorité a mis tout en œuvre pour juguler le préjudice, on peut d'ailleurs se demander si l'écoulement du temps durant la procédure en annulation est autre chose qu'« une gêne ou un sacrifice courants qu'exige la vie en société »<sup>(80)</sup>, de telle manière que l'indemnité réparatrice devrait tenir compte de cet impératif.

Outre ces différents aspects liés à la réfection de l'acte, l'autorité devrait également avoir la lucidité et l'intelligence d'accepter d'indemniser le raisonnable, alors que ce terme n'est pas synonyme d'exactitude absolue. On rappelle qu'en droit français, la conclusion d'une transaction avant le prononcé du jugement est bien souvent ressentie comme la source d'une économie pour les finances publiques<sup>(81)</sup>.

**40.** Enfin, le Conseil d'État aura bien entendu sa part de responsabilité dans le bon fonctionnement de ce nouvel instrument. La

---

(79) *Supra*, n<sup>os</sup> 30 et s.

(80) Selon la vénérable formule – légèrement adaptée pour l'occasion – du Doyen DUEZ.

(81) *Supra*, n<sup>o</sup> 15.

hauteur des montants que le juge administratif décidera d'octroyer au titre d'indemnité réparatrice est bien entendu un élément capital : à lui de discerner le raisonnable en ménageant intérêts publics et privés. Certains auteurs ont affirmé que cette compétence se rapproche de la fixation de l'équitable<sup>(82)</sup>. Si cela s'avère exact, gardons bien en mémoire cette formule exprimée au sujet de la satisfaction strasbourgeoise : « l'équité ne signifie pas le choix arbitraire d'une somme quelconque »<sup>(83)</sup>.

Dans notre esprit, la responsabilité du Conseil d'État dans le succès de l'indemnité réparatrice va bien au-delà des seuls montants qu'il allouera : elle s'étend également à la dynamique procédurale à insuffler ainsi qu'à la méthodologie à inventer.

Nous avons déjà abordé la dynamique procédurale. Ajoutons simplement à ce sujet que les missions d'expertises, souvent longues et coûteuses, devraient être limitées autant que faire se peut<sup>(84)</sup>.

Il nous reste encore à ajouter quelques considérations d'ordre méthodologique. Nous l'avons vu, il s'agit là du principal reproche formulé à l'encontre de la satisfaction équitable strasbourgeoise. Le Conseil d'État devrait, à notre sens, tout mettre en œuvre pour éviter cet écueil, sans compter qu'à terme, une bonne méthodologie permet d'économiser du temps dans le traitement des affaires.

Comment peut-on rompre le lien causal entre l'illégalité et le préjudice ? Y a-t-il place pour l'indemnisation du préjudice moral causé par l'illégalité ? Quel est l'impact de l'écoulement du temps sur l'appréciation de l'indemnité réparatrice, en ce compris sur la durée de la procédure en annulation ? Les intérêts publics et privés à prendre en compte peuvent-ils exercer une influence sur chacun

---

(82) F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *op. cit.*, n° 15, pp. 59 et s. Selon ces auteurs, « finalement, l'indemnité réparatrice paraît similaire à l'indemnité pour dommage exceptionnel, c'est-à-dire une indemnité autonome, prévue par la loi mais évaluée en fonction de tous les intérêts en présence – sous la seule réserve qu'elle réponde à une illégalité de l'autorité – ».

(83) P. KEMPEES, *op. cit.*, p. 204.

(84) Bien entendu, cette position est critiquable mais nous sommes davantage sensibles à l'avantage que cette formule offre plutôt qu'à l'inconvénient qu'elle engendre, surtout lorsque ce dernier est largement amoindri par la possibilité d'opter, dès le départ, pour une indemnisation "classique" chez le juge judiciaire. Par ailleurs, on a pu relever précédemment que la Cour européenne des droits de l'homme parvient de son côté à fixer la satisfaction équitable sans recourir aux services d'un expert.

des trois éléments (l'illégalité, le lien causal et le préjudice) nécessaires à l'obtention d'une telle indemnité ? Les frais et honoraires d'avocats engagés durant la procédure en annulation qui excèdent les dépens liquidés peuvent-ils intervenir dans la détermination de l'indemnité réparatrice<sup>(85)</sup> ?

Autant de questions fondamentales sur lesquelles il est indispensable que les premiers arrêts du Conseil d'État se penchent sans détour afin de faire œuvre utile en termes de sécurité juridique.

## V. – CONCLUSION

**41.** Au moment où il n'existait aucun arrêt ayant octroyé une indemnité réparatrice, nous avons tenté de présenter quelques pistes de solution – qui nous apparaissent – raisonnables en vue de résoudre une partie des nombreuses questions délicates que la création de ce mécanisme suscite.

Un service intégré, rapide, prévisible et raisonnablement soigné ne se réalise pas sans concession ; il faut en être conscient. Du reste, comme la majorité des nouveautés issues de la dernière réforme, cet instrument va devoir trouver son point d'équilibre. Il est d'ailleurs

---

(85) Nous n'avons pas encore eu l'occasion d'aborder cette dernière question. Elle appelle à notre estime une réponse négative dès lors qu'il relève de la nature même d'une intervention forfaitaire, telle celle qui se pratique actuellement sur le fondement de l'article 30/1 des lois coordonnées, qu'elle puisse aboutir à ce que ces frais ne soient pas intégralement remboursés. Il ne s'ensuit pas pour autant que cette mesure soit dépourvue de justifications admissibles (cons. à ce propos le raisonnement de la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 186/2011 du 8 décembre 2011 à propos des frais et honoraires d'avocats de l'exproprié : « B.28.2. Bien que cette interprétation puisse aboutir à ce que les frais et les honoraires de l'avocat de l'exproprié ne soient pas intégralement remboursés – l'indemnité de procédure est en effet une intervention forfaitaire dans ces frais et honoraires –, il doit être constaté, comme la Cour l'a déjà fait dans son arrêt n° 182/2008 du 18 décembre 2008, qu'en choisissant de réglementer la répétibilité des frais et honoraires d'avocat par la technique du forfait en vue de rendre la législation conforme aux exigences du procès équitable et du principe d'égalité, le législateur n'a pas pris une mesure dépourvue de justification. En prévoyant, par ailleurs, que les montants forfaitaires sont fixés après consultation des ordres des barreaux, le législateur a veillé à ce que ces montants soient fixés en rapport avec les honoraires pratiqués par la plupart des avocats, de sorte qu'on ne saurait considérer que l'octroi de l'indemnité forfaitaire de procédure a en soi pour effet de rendre l'indemnité d'expropriation injuste »).

peu probable que ce dernier soit atteint dès le début, soit avant que certaines maladies de jeunesse aient été surmontées.

Très séduisante sur le plan des principes, l'indemnité réparatrice représente, en termes de viabilité, un double défi d'ordre pragmatique : elle doit à la fois trouver sa place par rapport à la responsabilité aquilienne classique mais également ne pas retarder le traitement des autres tâches dont le Conseil d'État a la charge.

Sur plusieurs plans, nos propositions pourraient être perçues comme étant trop minimalistes, voire frileuses. Nous assumons ce risque. D'ailleurs, quoiqu'il advienne, nous avons l'assurance de demeurer en bonne compagnie puisque les pistes suggérées sont rarement sans lien avec certaines pratiques ayant cours dans les juridictions les plus reconnues.

**42.** Il reste enfin à se poser une question d'ordre sociologique : le tableau ainsi dressé n'est-il pas de nature à faire fuir vers le juge judiciaire jusqu'aux requérants les plus réceptifs à l'idée d'indemnité réparatrice ? Nous inclinons à penser que non, sans certitude bien entendu.

Tout d'abord, avant l'entrée en vigueur de la réforme, les cas dans lesquels le requérant victorieux au Conseil d'État se tourne ensuite vers le juge judiciaire pour obtenir, sur la base de l'article 1382 du Code civil, le montant du dommage non réparé par l'annulation obtenue ne semblent pas si nombreux, contrairement à ce que l'on peut lire parfois<sup>(86)</sup>. Ainsi, même si l'ensemble de ces requérants continuaient à préférer les tribunaux judiciaires, on est loin de l'exode que d'aucuns redoutent.

Surtout, il se pourrait que cette réforme soit favorable à une autre catégorie de requérants victorieux devant le Conseil d'État, celle des justiciables qui avaient renoncé à assigner en responsabilité

---

(86) À notre connaissance, il n'existe aucune statistique permettant de déterminer, par rapport à l'ensemble des annulations prononcées, le nombre de cas dans lesquels le litige a donné lieu à une suite indemnitaire devant le juge judiciaire – qui plus est en dehors de l'hypothèse visant à récupérer les seuls honoraires d'avocats, contentieux appelé à se réduire depuis que le Conseil d'État peut allouer l'indemnité forfaitaire de procédure –. Nous avons dès lors interrogé une dizaine d'avocats habitués à conseiller des parties requérantes devant le Conseil d'État et, à une exception près, il résulte de leurs estimations que ce type d'hypothèses est très nettement inférieur à 10 %.

l'autorité administrative, par manque de moyens financiers ou par souci de clôturer au plus vite leur litige, et qui verraient d'un bon œil la résolution rapide et à peu de frais de toutes les facettes de leur différend.

En somme, quoique voulues exclusives et probablement différentes, l'indemnité réparatrice et la responsabilité civile ne seraient-elles pas avant tout complémentaires ?