

LA RÉPARATION DU DOMMAGE CAUSÉ PAR L'ACTE ADMINISTRATIF ILLÉGAL DÉSORMAIS CONFIEE AU CONSEIL D'ÉTAT BELGE

Luc DONNAY et Michel PÂQUES ¹

RÉSUMÉ

En Belgique, jusqu'en 2014, la réparation du dommage causé par l'acte administratif illégal relevait de la compétence exclusive des juridictions judiciaires. Pour obtenir une indemnisation, le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation prononcé par le Conseil d'Etat devait donc entamer un nouveau procès en responsabilité devant un autre juge. Ce système vient d'être réformé. Une révision de la Constitution a eu lieu et une nouvelle loi a créé « l'indemnité réparatrice » que la victime de l'acte annulé peut demander au Conseil d'Etat de prononcer « en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ». Le justiciable peut ainsi obtenir rapidement à charge de l'auteur de l'acte une réparation définitive du préjudice subi. La loi lui laisse toutefois la possibilité de préférer l'ancienne voie de la responsabilité pour faute devant les juridictions judiciaires, bien connue mais potentiellement beaucoup plus longue. Le choix d'opter pour l'indemnité réparatrice ou pour le droit commun doit être réalisé dans un bref délai ; il est définitif.

I. INTRODUCTION : RÉPARATION DU DOMMAGE CAUSÉ PAR LES POUVOIRS PUBLICS ET COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES EN DROIT BELGE

1. Il y a, en Belgique, trois ordres juridictionnels.

C'est à l'ordre judiciaire que la Constitution belge réserve son attention². Elle l'institue « *pouvoir judiciaire* »³ et règle les premiers principes d'organisation des tribunaux, des cours et de la Cour de cassation⁴. Ces « *cours et tribunaux* » connaîtront de l'ensemble des contentieux auxquels on songe en 1831 : les contestations qui ont pour objet les droits civils (article 144), mais aussi le contentieux des droits politiques (article 145). S'agissant des droits civils, la compétence judiciaire est « *exclusive* » (article 144) ; pour les droits politiques, l'exception est permise : les cours et tribunaux sont compétents « *sauf les exceptions établies par la loi* » (article 145).

¹ Luc DONNAY est Auditeur au Conseil d'Etat de Belgique et Maître de conférences à l'Université de Liège (Belgique) ; Michel PÂQUES est Conseiller d'Etat et Professeur extraordinaire à l'Université de Liège. Les auteurs s'expriment à titre personnel. La présente étude est une version adaptée d'une contribution intitulée « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables » présentée aux XXII^{èmes} journées Jean Dabin consacrées à la responsabilité des pouvoirs publics et organisées par l'Université catholique de Louvain (Belgique). Les contributions à ce colloque, qui s'est tenu en mars 2015, sont en voie de publication dans un ouvrage à paraître aux éditions Bruylant.

² La Constitution belge de 1831 a été coordonnée en 1994 et modifiée depuis lors à plusieurs reprises. (http://www.senate.be/doc/const_fr.html).

³ Art. 40 et intitulé du chapitre VI du titre III relatif aux « pouvoirs ».

⁴ Chapitre VI, précité, composé des articles 144 à 159.

A l'origine, la Constitution n'instaure pas l'ordre juridictionnel administratif. Elle permet la création de « *juridictions contentieuses* » par la loi (article 146), mais reste muette sur leur organisation. On pense qu'elles recueilleront, exceptionnellement, des contestations de droits politiques. Le règlement des conflits d'attributions entre le juge administratif et le juge judiciaire est confié à la Cour de cassation, sommet du pouvoir judiciaire (article 158). En 1946, le Conseil d'Etat est créé par la loi, sur la base de l'article 146 de la Constitution, pour connaître d'un contentieux objectif de l'annulation des actes administratifs⁵. Il est admis que le procès fait à l'acte devant le Conseil d'Etat par la personne intéressée n'est pas la mise en action d'un droit civil ou politique. C'est une nouvelle voie. Il faut attendre 1993 pour que le Conseil d'Etat, reçoive une assise constitutionnelle (article 160). Une disposition relative aux « *juridictions administratives* » est insérée à la même occasion (article 161). Ces deux articles 160 et 161 constituent un chapitre de la Constitution qui place l'ordre juridictionnel administratif en dehors du pouvoir judiciaire.

Enfin, l'ordre juridictionnel constitutionnel fut créé en 1980 (article 142). Depuis l'origine, le droit belge avait appliqué le principe de la souveraineté du parlement. La multiplication des législateurs autonomes, issue de la réforme de l'Etat en développement depuis 1970, rendait désormais intenable l'absence de contrôle de constitutionnalité de la loi. La « Cour d'arbitrage » vit le jour dans ce contexte, chargée seulement des conflits de compétence entre les législateurs fédéral, communautaires et régionaux. Sa compétence fut ensuite étendue, en plusieurs vagues, au contrôle de conformité des actes législatifs aux droits fondamentaux, mais pas encore à toute la Constitution, même si elle est devenue, en 2007, la « Cour constitutionnelle ». Elle ne connaît pas du contrôle des actes administratifs qui continue de relever du pouvoir judiciaire, du Conseil d'Etat et des juridictions administratives.

2. En droit belge, la responsabilité de l'administration est avant tout une question de droits civils et de juridictions judiciaires. L'arrêt *La Flandria*, fondateur du système actuel, a été prononcé le 5 novembre 1920 par la Cour de cassation⁶. La Cour a placé la responsabilité de l'administration dans les matières réservées au pouvoir judiciaire en décidant que tout ce qui la concerne est une question de droits civils. En effet, cet arrêt affirme la compétence du pouvoir judiciaire de connaître de la protection de « *tous les droits civils* », sans égard « *ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit mais uniquement à la nature du droit lésé* ». Dans le même arrêt, encore, la Cour de cassation rejette comme étrangère au système constitutionnel belge une conception de la séparation des pouvoirs qui aurait pour portée d'interdire au juge de constater la faute de l'administration.

L'arrêt *La Flandria* réglait à la fois la compétence de juger de la responsabilité de l'administration et le droit applicable : le pouvoir judiciaire serait compétent et le droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil s'appliquerait. Le fait de « l'homme »

⁵ Le Conseil d'Etat a d'autres compétences qu'il n'est pas nécessaire de présenter ici. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^{ème} édition, Anthémis, 2011 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e édition, Larcier, 2008 ; D. RENDERS, Th. BOMBOIS, B. GORS, Ch. THIEBAUT et L. VANSNICK, *Droit administratif*, Tome III, Le contrôle de l'administration, Larcier, 2010 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Deux volumes, 2012 ; aussi Ph. BOUVIER, *La naissance du Conseil d'Etat de Belgique : une histoire française ?*, Bruylant, 2012.

⁶ Cass., 5 novembre 1920, *Ville de Bruges c. société La Flandria, Pas.*, 1920, I, p. 193, concl. P. LECLERCQ. La société *La Flandria* se plaignait de la destruction d'une clôture et de ses plantations par la chute d'un arbre dont le défaut d'entretien était imputable à la ville de Bruges.

visé à l'article 1382 pouvait être celui de « l'administration ». Il en sera de même par la suite de l'accomplissement d'un acte administratif.

3. Par conséquent, compte tenu de la compétence du Conseil d'Etat d'annuler les actes administratifs illégaux et de la compétence exclusive du juge judiciaire de connaître de l'action en responsabilité dirigée contre l'administration, le requérant qui avait obtenu devant le Conseil d'Etat l'annulation de l'acte qui lui faisait grief devait, s'il entendait solliciter une réparation de la part de dommage qui n'avait pas été directement réparée par l'annulation, s'engager dans un second procès, à intenter cette fois devant les juridictions judiciaires.

4. Le constituant et le législateur ont entrepris de perfectionner ce système dualiste. En 2014, la compétence du Conseil d'Etat a été renforcée, non seulement par l'attribution de plusieurs moyens d'action qui complètent le pouvoir d'annuler, mais surtout par l'ouverture d'une voie d'action en responsabilité de l'administration à porter devant lui. Le justiciable peut ainsi terminer au Conseil d'Etat tout le procès qu'il y a introduit par la demande d'annulation de l'acte illégal.

Le constituant a choisi de ne pas contrarier la jurisprudence qui avait placé la responsabilité de l'administration dans le domaine du droit civil. Point de requalification. Il a tout simplement inséré dans l'article 144 une seconde phrase qui permet à la loi de faire une exception à la compétence judiciaire exclusive dans le domaine des droits civils : « *Toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'Etat ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions* ».

5. En conséquence, la loi du 6 janvier 2014 « relative à la Sixième Réforme de l'Etat » a inséré un article 11*bis* dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, en vertu duquel celui-ci est désormais en mesure d'octroyer, à certaines conditions, une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte illégal⁷.

Ce nouvel article 11*bis* crée un mécanisme original, mais il ne bouleverse pas le système puisque la loi prévoit seulement une faculté au profit du justiciable, lequel reste libre d'utiliser encore la voie tracée par l'arrêt *La Flandria*.

6. L'article 11*bis* ainsi que l'arrêté royal⁸ pris en exécution de cette disposition ont déjà fait l'objet de plusieurs commentaires approfondis⁹.

Cette situation nous permet dès lors de concentrer notre propos sur deux questions fondamentales. D'une part, qu'est-ce qui différencie cette indemnité d'autres instruments comparables qui existent déjà dans le droit national et dans le droit supranational ? D'autre

⁷ Loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Moniteur belge (M.B.)*, 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^{er} juillet 2014.

⁸ Arrêté royal du 25 avril 2014 relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, *M.B.*, 16 juin 2014. Cet arrêté est également entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014.

⁹ Voy. not., en langue française, F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'Etat sur la responsabilité des pouvoirs publics », in (F. Tulkens et J. Sautois) *Actualités en droit public et administratif, La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruylant, UB3, 2014, pp. 39 à 91 ; F. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'Etat vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, pp. 474 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'Etat ? », *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.138. La contribution publiée dans le recueil des contributions aux Journées Jean Dabin fait également référence à une abondante doctrine publiée en langue néerlandaise.

part, à quoi devrait correspondre une indemnité réparatrice et comment procéder à son évaluation ?

A l'heure où le Conseil d'Etat n'a pas encore octroyé une seule indemnité réparatrice¹⁰, 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 cette indemnité, voire de ce qu'elle devrait être.

A notre estime, l'octroi d'une indemnité réparatrice devrait être conçu comme 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 pour un déficit puisque le régime ordinaire de la responsabilité reste intact.

II. BREF TOUR D'HORIZON DES INSTRUMENTS APPARENTÉS

7. 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.

Nous commencerons par évoquer succinctement quelques caractéristiques de trois modes réparatoires existants : la responsabilité civile devant les juridictions judiciaires (**A**), le contentieux du dommage exceptionnel devant le Conseil d'Etat (**B**) et la satisfaction équitable strasbourgeoise (**C**).

A/ La responsabilité civile et le juge judiciaire

8. Dans l'hypothèse spécifique qui nous occupe, à savoir en cas d'illégalité reconnue par le Conseil d'Etat, le requérant est libre 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 qui, causé par cette irrégularité, n'aurait pas été réparé par l'arrêt du juge administratif.

Cette action présente d'indéniables qualités : 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'Etat, de diligenter un nouveau procès complet.

9. 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'Etat. D'abord, le monopole de la qualification revient au juge judiciaire. Ensuite, il y a lieu de distinguer deux sortes de lois, 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*

¹⁰ Nos recherches sont arrêtées à la date du 1^{er} juin 2015. Plusieurs demandes sont pendantes tandis que certaines ont déjà été rejetées : C.E., 26 mai 2015, *Stevens*, n° 231.330 et C.E., 26 mai 2015, *Zeeuws*, n° 231.332.

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 »¹¹. 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 devoir de prudence. Quand la violation de la loi a été sanctionnée par un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat, il n'y a pas lieu, pour établir 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.

10. 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 Etats pour violation du droit de l'Union¹² ou de la responsabilité des institutions de l'Union¹³, 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 »¹⁴. La raison donnée est la suivante : « 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 »¹⁵.

Ce système a pour effet d'écarter 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 »¹⁶. 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. A 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 faute¹⁷.

Enfin, dépassant quelque peu le cadre de l'hypothèse spécifique examinée, nous souhaiterions 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 par préférence à

¹¹ Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, pp. 772 et s., concl. J. VELU.

¹² Par exemple, 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 collaboration de J. WILDEMEERSCH), *Contentieux européen*, Larcier, 2010, pp. 256 et s., ainsi que M. PÂQUES, « De la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire », in *Droit des citoyens et des associations dans le droit européen de l'environnement*, Story-Scientia, 1998, pp. 95 à 142.

¹³ Récemment, Trib.U.E., 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepahan*, T-384/11.

¹⁴ Une série de critères sont établis ; à leur sujet, voy. concl. de Mme KOKOTT, préc., n° 70.

¹⁵ Trib.U.E., 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepahan*, T-384/11, motif 51.

¹⁶ Trib.U.E., 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepahan*, T-384/11, motif 53.

¹⁷ 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.

l'indemnisation par équivalent. Ensuite, tout fondamental qu'il soit, 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'Etat

11. Evoquer en quelques mots la compétence du Conseil d'Etat, inscrite à l'article 11 des lois coordonnées, 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 cet article 11 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'Etat tire ses seules expériences en matière d'évaluation de dommage.

A examiner de près la jurisprudence du Conseil d'Etat 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 peser 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'Etat, qu'elles permettaient de prendre en compte « *l'absence de réaction du requérant ainsi que la raison qui la justifie* »¹⁸ ?

12. Quoiqu'il en soit, 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 préjudice¹⁹, 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 certitude²⁰. Ce constat invite 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'Etat statue en équité sur le dommage exceptionnel et, d'autre part, la manière dont le juge judiciaire, 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.

Dernière observation : si 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 d'application de l'article 11 au 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 publiques²¹.

¹⁸ C.C., n° 138/2010 du 9 décembre 2010, considérant B.5.2. L'arrêt du Conseil d'Etat sur lequel la Cour prend appui est C.E., 12 mars 2007, *Van Eeckhout*, n° 168.782. Les arrêts de la Cour constitutionnelle ainsi que ceux du Conseil d'Etat sont accessibles au départ de leurs sites internet respectifs.

¹⁹ C.E., 7 juillet 2004, *Silay et autres*, n° 133.634.

²⁰ C.E., 28 octobre 2009, *Deblaere*, n° 197.434. Cette fréquence est relative, car le contentieux du dommage exceptionnel est peu abondant.

²¹ 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, *op. cit.*, pp. 520 et s.).

C/ La satisfaction équitable et la Cour européenne des droits de l'homme

13. 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'Etat de réparer le dommage consécutif à une illégalité. Nous nous limitons à formuler trois observations sur ce mécanisme

14. La première caractéristique à mettre en exergue est que, à l'origine²², 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 option préférable à la condamnation pécuniaire sous la forme d'une satisfaction équitable.

15. La seconde observation porte sur la manière dont la Cour exerce sa compétence en pratique. Dans la très grande majorité des cas, elle parvient à déterminer la satisfaction équitable sans recourir à une expertise préalable²³. Pour certains types de violations, la Cour européenne des droits de l'homme en fixe le montant conformément à un barème jalousement tenu secret²⁴. 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 réalisé²⁵. Enfin, on relève que, même en l'absence de *restitutio in integrum*, toute violation de la Convention ne donne pas forcément lieu à une

²² Cet état initial tranche singulièrement avec la situation actuelle. 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. Flauss et E. Lambert Abdelgawad, *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, pp. 9 à 26, ici p. 10 et s. Publié dans le même ouvrage, voy. ég. la contribution de F. SUNDBERG intitulée « Le principe de l'octroi subsidiaire des dommages-intérêts – côté Comité des Ministres », pp. 27 à 51, sp. pp. 39 et s.

²³ S. TURGIS, « Le recours aux expertises », in *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, ouvrage précité, pp. 113 à 125, ici, pp. 115 et s.

²⁴ E. LAMBERT ABDELGAWAD indique que « *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 sur plusieurs années, de repérer des barèmes, ou pour le moins des sommes forfaitaires, offrant ainsi une cohérence d'ensemble de la jurisprudence* » (« Comment chiffrer la réparation des traitements inhumains/dégradants et de la torture ? » in *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, ouvrage précité, pp. 189 à 228, ici, p. 219).

²⁵ 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, ici p. 209).

condamnation pécuniaire ; il arrive souvent, en effet, surtout s'agissant des garanties procédurales, que la Cour décide que le constat de violation « *constitue en soi une satisfaction équitable suffisante aux fins de l'article 41* »²⁶.

16. 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 d'inconvénients méthodologiques majeurs, ce qui conduisait à d'importantes lacunes en termes de prévisibilité²⁷. Cette situation est d'autant plus troublante que, à en croire le rapport « Lord Woolf », déjà 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 déplorent d'ailleurs eux-mêmes le défaut de cohérence lorsqu'il s'agit d'apprécier le montant de la satisfaction équitable²⁸.

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

A/ Une notion autonome

17. L'alinéa 1^{er} du nouvel article 11bis des lois sur le Conseil d'Etat, 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^{er} 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 ».

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'Etat, 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* »²⁹. 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 parmi ce qui existe déjà : il s'agit d'une « *notion autonome* » tant par rapport à

²⁶ 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 *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, ouvrage précité, pp. 127 à 153, ici, 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.

²⁷ Voy. 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. dr. h.*, 2007, pp. 945 à 966 ; ainsi que les différentes contributions à l'ouvrage intitulé *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, maintes fois cité.

²⁸ Voy. not. les opinions dissidentes dans les arrêts suivants : Cour eur. dr. h., arrêt *Aktas c. Turquie* du 24 avril 2003 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Celik et Yildiz c. Turquie* du 10 novembre 2005 ; ...

²⁹ Doc. parl., *Sénat*, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6.

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 coordonnées³⁰.

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 inversement³¹.

B/ Une autonomie à préserver

18. 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.

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 : la procédure d'octroi doit être rapide. C'est en effet ce qui fera sa plus-value la plus nette.

Le législateur a entendu se diriger dans cette direction 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* »³².

19. Cette célérité vers laquelle il faut tendre engage à mener l'évaluation du préjudice avec une extrême diligence, à tout le moins dans la très grande majorité des cas. Elle trouve aussi une puissante garantie dans l'absence de recours ordinaire contre les arrêts du Conseil d'Etat accordant (ou refusant d'octroyer) une indemnité réparatrice. A cet égard, il convient de rappeler que le demandeur (ou l'intervenant à l'appui de la requête) conserve la liberté de saisir le juge judiciaire en lieu et place d'introduire une demande sur le fondement de l'article 11*bis* des lois coordonnées. Il bénéficiera alors de voies de recours.

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. Il se pourrait bien d'ailleurs 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 voit dans cette procédure en une phase le secours pratique qu'il n'aurait pas trouvé en droit commun.

³⁰ *Idem*, p. 7.

³¹ 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.

³² Au cours des travaux préparatoires, le secrétaire d'Etat 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).

Il est vrai que l'argument suivant lequel l'absence de recours est tempérée par le libre choix du juge laissé au demandeur n'est pas opposable à l'autorité publique mise en cause qui subit la conséquence de l'option du demandeur. Cette situation n'a pas non plus été esquivée au cours des travaux préparatoires et l'obligation pour le Conseil d'Etat de tenir compte « *de toutes les circonstances d'intérêt public et privé* » a été présentée comme un palliatif³³, outre le fait que, à notre estime, l'autorité 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'ALLOCATION D'UNE INDEMNITÉ RÉPARATRICE ?

20. Ni le libellé de l'article 11*bis* ni les travaux préparatoires ne sont très explicites quant au montant à octroyer et à la manière de le déterminer. A 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, la simple reproduction de la méthode judiciaire ne suffit probablement pas à déterminer le montant de l'indemnité réparatrice : d'une part, son caractère autonome doit nécessairement s'exprimer à travers certaines particularités ; d'autre part, il se pourrait que le contexte propre à ce contentieux, à savoir la forte proximité temporelle entre l'annulation et la demande d'indemnité, justifie un certain nombre de spécificités.

A/ L'existence d'une illégalité

21. 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.

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 commun³⁴.

22. L'article 11*bis* des lois coordonnées suppose l'introduction d'un recours en annulation et exige un constat d'illégalité, mais non une annulation en tant que telle. Il se pourrait donc qu'un arrêt qui n'a pas conclu à l'annulation permette quand même l'octroi d'une indemnité réparatrice. Par exemple, le Conseil d'Etat a évoqué dans son avis « *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* »³⁵.

³³ Doc. parl., *Sénat*, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 7.

³⁴ Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 53.933/AG du 27 août 2003, publié in Doc. parl., *Sénat*, 2012-2013, n° 5-2233/2, ici, p. 6).

³⁵ Avis de la section de législation, précité, Doc. parl., *Sénat*, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 7, n° 3.3.

B/ Le lien causal

23. Le préjudice allégué doit être en lien avec l'illégalité commise. Les premiers commentateurs ont préconisé l'application de la théorie de l'équivalence des conditions généralement retenue de droit belge de la responsabilité ; « *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* »³⁶. Mais la volonté d'une causalité directe entre l'illégalité et le dommage a 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 (plan d'occupation du sol) est fautif, mais ce classement lui-même ne l'est pas. En outre, l'annulation du plan de secteur par le Conseil d'Etat pour défaut de motivation ne permet pas de conclure que le classement lui-même est fautif³⁷.

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 : « *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* »³⁸.

25. Dernière précision : ne devrait pas entraîner en soi la rupture du lien de causalité le seul fait que l'illégalité de l'acte constatée par le Conseil d'Etat 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.

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'Etat, la demande d'indemnité réparatrice n'est pas nécessairement vouée à l'échec pour ce seul motif³⁹.

³⁶ F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 14.

³⁷ A 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.

³⁸ 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 – Evaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*, Anthemis, 2013, pp. 201 à 224, ici p. 216.

³⁹ La section de législation du Conseil d'Etat 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).

C/ Le préjudice

26. L'indemnité réparatrice doit tendre à la réparation intégrale, mais elle ne vise que le dommage qui n'a pas été réparé par l'annulation en elle-même (1) ni par les conséquences que l'administration en a tirées (2). Par ailleurs, l'évaluation du préjudice doit être menée de manière raisonnée et raisonnable (3).

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

27. 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 en est un exemple⁴⁰.

Dès lors qu'elle doit nécessairement être réparatrice, elle ne peut être 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.

28. 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'Etat⁴¹.

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

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 ; 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 du Conseil d'Etat 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* »⁴².

Or, l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat 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

⁴⁰ Article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Cet exemple est d'ailleurs évoqué dans le rapport au Roi qui précède l'arrêt de mise en œuvre de l'indemnité réparatrice.

⁴¹ Doc. parl., *Sénat*, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6. Voy. ég. 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).

⁴² Avis de la section de législation précité, Doc. parl., *Sénat*, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 8, n° 8.

analyse des circonstances 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 ?

29. 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, 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 que c'est sur la célérité de celle-ci que repose une bonne part de la viabilité de ce mécanisme.

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. Prenons deux exemples.

30. Un demandeur d'un avantage quelconque (permis, délibération scolaire,...) obtient devant le Conseil d'Etat l'annulation du refus ou de l'échec décidé par l'administration. A 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 ?

31. 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, n'est pas inusité.

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 violation⁴³. De même, ainsi que 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 la responsabilité des pouvoirs publics.

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

32. Dès lors que la procédure menant à l'octroi ou au refus de l'indemnité réparatrice ne peut être menée qu'avec célérité, il convient d'éviter au maximum les autres causes d'atermoiement. A cet égard, le comportement de chacun des acteurs en présence sera déterminant.

33. 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, 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.

La brièveté du délai de recours⁴⁴ 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 antérieure à 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 en extrême urgence lui est aisément accessible (par exemple pour contester l'attribution de

⁴³ Cour eur. dr. h. (ass. pl.), 6 décembre 1988 et 13 juin 1994, *Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne* ; Cour eur. dr. 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 l'homme », *R.F.D.A.*, 2014, pp. 935 à 944, ici p. 938). Ces regrets sont également partagés par le juge strasbourgeois : voy. l'opinion dissidente de juge PAVLOVSCHI, jointe à l'arrêt Cour eur. dr. h., 17 janvier 2006, *Popov c. Moldova*, rapportée par P. TAVERNIER, *op. cit.*, p. 957.

⁴⁴ 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 ». Il s'agit là d'une différence majeure avec l'action mettant en cause la responsabilité civile de l'administration qui, quant à elle, peut être introduite dans un délai de 5 ans.

certaines 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.

34. Le rôle joué par l'autorité à la suite de l'arrêt qui contient la constatation de l'illégalité n'est pas moins important. 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. A 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* »⁴⁵, 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.

35. Enfin, le Conseil d'Etat aura bien entendu sa part de responsabilité dans le bon fonctionnement de ce nouvel instrument. La hauteur des montants que le juge administratif décidera d'octroyer au titre d'indemnité réparatrice est un élément capital : à lui de discerner ce qui est convenable en ménageant intérêts publics et privés. Certains auteurs ont affirmé que cette compétence se rapproche de la fixation de l'équitable⁴⁶. 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* »⁴⁷.

La responsabilité du Conseil d'Etat 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.

V. CONCLUSION

36. 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 l'accomplissement des autres tâches dont le Conseil d'Etat a la charge.

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.

⁴⁵ Selon la vénérable formule – légèrement adaptée pour l'occasion – du Doyen DUEZ.

⁴⁶ F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *op. cit.*, n° 15, p. 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* ».

⁴⁷ P. KEMPEES, *op. cit.*, p. 204.

Tout d'abord, avant l'entrée en vigueur de la réforme, les cas dans lesquels le requérant victorieux au Conseil d'Etat 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.

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

En somme, quoique voulues exclusives et probablement différentes, l'indemnité réparatrice et la responsabilité civile devraient, avant tout, être complémentaires.