

Arrêt d'espèce ou arrêt de principe ? Réflexions de synthèse autour de la décision de la Cour de cassation du 28 septembre 2006

Frédéric BOUHON

Assistant à la Faculté de Droit de Liège

1 – Le 28 septembre 2006, la Cour de cassation de Belgique a prononcé un arrêt par lequel elle prend position dans le passionnant débat de la responsabilité civile de l'État législateur¹. Dans la présente note, consacrée à cette décision juridictionnelle, nous n'avons nullement l'ambition d'apporter des éléments neufs à la discussion doctrinale déjà riche de nombreux commentaires signés de plumes bien plus autorisées que la nôtre². Nous souhaitons, ni plus ni moins, présenter l'arrêt de la Cour de cassation dans son contexte et dresser un état des lieux des différentes thèses développées à son sujet. Nous nous adressons tout particulièrement au lecteur étranger qui, malgré sa connaissance générale du droit belge, aura peut-être eu quelques difficultés à suivre en détail la discussion lancée par l'arrêt de la Cour de cassation.

2 – Il nous paraît utile d'entamer notre examen par la description des faits et des étapes de la procédure qui ont précédé l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 (n^{os} 3 à 5). Nous nous demanderons ensuite si on peut affirmer que la Cour de cassation reconnaît désormais un principe général de responsabilité de l'État pour le dommage que ses organes législatifs causent (n^{os} 6 à 18). Enfin, nous verrons que le régime de responsabilité auquel l'État législateur serait le cas échéant soumis est l'objet d'un vif questionnement doctrinal (n^{os} 19 à 42).

À titre liminaire, il importe par ailleurs de préciser que ce que nous dirons à propos du législateur et de la loi a vocation, au sein de l'État fédéral belge, à s'appliquer *mutatis mutandi* aux législateurs des entités fédérées et aux normes – décrets ou ordonnances – que ceux-ci adoptent.

Section 1^{ère}. Contexte factuel et procédural

3 – Madame FERRARA JUNG prétend être victime de la faute professionnelle d'un chirurgien et souhaite obtenir la réparation du dommage engendré par celle-ci. Le 18 août 1987, Madame

¹ Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 594.

² A. ALEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Over de cassatiearresten van 1 juni 2006 et 28 september 2006 », *Vigilantibus jus scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Bruges, Die Keure, 2007, pp. 1-14 ; ID., « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 », *J.T.*, 2008, pp. 97 et s. ; R. ERGEC, « Quelques doutes sur la soumission du législateur au droit commun de la responsabilité civile », *J.T.*, 2007, pp. 440-441 ; E. MAES, « Het Hof van cassatie over de fout van overheidsorganen : streng, strenger, strengst... », *T.B.P.*, 2007, pp. 547-553 ; P. MOREAU, « L'arriéré judiciaire à la croisée des pouvoirs – Réflexions à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *R.G.A.R.*, 2007, 14241 ; M.-Fr. RIGAUX, « Éloge de la modestie publique. Réflexions en marge des arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 concernant la responsabilité civile de l'État pour les fautes commises par le législateur », *C.D.P.K.*, 2007, n^o 3, pp. 196-209 ; J.-C. SCHOLSEM, « Deux arrêts-choc de la Cour de cassation », disponible sur le site de la Commission Université Palais (<http://www.droit.ulg.ac.be/CUP/index.php?menu=vol&id=38>) ; Y. THIELS et I. WOUTERS, « La responsabilité des pouvoirs publics : Le pouvoir législatif mis en cause : révolution ou simple évolution ? », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1526-1548 ; M. UYTENDAELE, « Du réflexe salutaire à l'ivresse du pouvoir – Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation Église universelle du Royaume de Dieu et F.J. », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1554-1564 ; ID., « Le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel ou comment contrôler les mauvais élèves de la classe », *L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ? Liber amicorum P. Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007 ; J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », *J.T.*, 2007, pp. 433-439 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Arriéré judiciaire et responsabilité de l'État-législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs », *R.C.J.B.*, 2007, pp. 367-421 ; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor het foutieve verzuim zijn wetgevende bevoegheid uit te oefenen », *R.W.*, 2006-07, pp. 1124-1128 ; ID., « De aansprakelijkheid van de Staat, de Gewesten en de Gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving », *Tijdschrift voor wetgeving*, 2006/4, pp. 401 et s. ; C. VERBRUGGEN, « Een nieuwe stap in de erkenning van overheidsaansprakelijkheid : de aansprakelijkheid van de Staat wegens de uitoefening (of niet-uitoefening) van de wetgevende macht », *R.A.B.G.*, 2007, pp. 323-332 ; J. WILDERMEERSCH, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 versus l'arrêt du 28 septembre 2006 : le loup était déjà dans la bergerie », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1550-1554.

FERRARA JUNG et son chirurgien comparaissent volontairement devant le Tribunal de première instance de Bruxelles. Une ordonnance du 25 août de la même année désigne un collège d'experts qui ne rend son rapport que cinq ans plus tard, le 2 juillet 1992. Le jugement sur le fond de l'affaire, quant à lui, n'est rendu que le 17 novembre 1995. Le chirurgien et l'hôpital interjettent appel le 21 mars 1996. Après le dépôt d'une demande conjointe de fixation, la cause est placée sur une liste d'attente avec possibilité d'être jugée en juin 2004, soit 17 ans après le début de la procédure.

4 – Excédée par la durée de ce procès, la défenderesse décide de lutter sur un autre front, sans attendre le traitement de l'affaire par la Cour d'appel de Bruxelles. Le 27 mars 2001, elle cite l'État belge afin d'obtenir la condamnation de celui-ci à réparer le dommage qu'elle subit en raison de la longueur anormale de la procédure. Cette action est – cette fois – rapidement examinée par le Tribunal de première instance de Bruxelles qui, par jugement du 6 novembre 2001, donne gain de cause à Madame FERRARA JUNG et condamne l'État belge à réparer le dommage dont elle est victime. La Cour d'appel de Bruxelles, saisie du recours de l'État, confirme la décision du juge de première instance par son arrêt du 4 juillet 2002 aux termes duquel « c'est à bon droit que madame FERRARA JUNG met en cause la responsabilité du législateur belge en raison du retard anormal considérable qu'a pris le traitement de son affaire par les juridictions bruxelloises, lui reprochant de ne pas avoir pris les mesures adéquates (...) qui eussent permis au tribunal de première instance et à la cour d'appel de Bruxelles, d'une manière générale, de remplir adéquatement leur mission de service public et, en particulier, de pouvoir traiter la cause de l'intimée de manière efficace et dans le délai normal prescrit par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³.

5 – L'État belge se pourvoit en cassation contre cet arrêt, estimant notamment qu'« il n'appartient pas au juge judiciaire de contrôler le pouvoir législatif et de se prononcer sur la conduite du législateur qui aurait été prudent ou imprudent, négligent ou attentif, le Parlement ne devant répondre de son travail que devant le corps électoral »⁴. Selon l'État belge, l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, qui applique les articles 1382 et 1383 du code civil pour mettre en cause la responsabilité civile du législateur, viole le principe de la séparation des Pouvoirs. La Cour de cassation se trouve donc saisie de cette question fondamentale : un juge judiciaire peut-il valablement condamner l'État à réparer le dommage causé par la faute de ses organes législatifs ? L'arrêt commenté, nous le verrons, apporte des éléments de réponse.

Section 2. L'émergence d'un principe général de responsabilité du législateur

6 – Avant d'aborder l'arrêt du 28 septembre 2006 et de rechercher si un principe de responsabilité civile de l'État législateur y apparaît, il nous paraît utile de revenir brièvement sur le développement du droit de la responsabilité extracontractuelle des pouvoirs publics en Belgique. Cette jurisprudence constitue en effet une donnée essentielle du contexte dans lequel l'arrêt commenté a été prononcé par la Cour de cassation.

Sous-section 1^{ère}. Le développement de la responsabilité de l'État en droit belge

7 – La question actuelle de la responsabilité de l'État pour les fautes du Pouvoir législatif a été précédée, dès le début du XX^{ème} siècle, par une semblable mise en cause du Pouvoir exécutif et, plus récemment, du Pouvoir judiciaire.

³ Bruxelles, 4 juillet 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1184.

⁴ Cass., 28 septembre 2006, griefs de l'État belge demandeur en cassation, *J.T.*, 2006, p. 605.

a) *La responsabilité de l'État pour la faute commise par le Pouvoir exécutif*

8 – Au XIX^{ème} siècle, les juges refusaient d'appliquer le droit de la responsabilité civile à la puissance publique. Une stricte conception du principe de la séparation des Pouvoirs s'y opposait. La réparation d'un dommage causé par la faute de l'État n'était cependant pas toujours exclue : la jurisprudence distinguait entre l'État personne publique, auteur d'actes d'autorité, et l'État personne privée, auteur d'actes de gestion⁵. Le second, mis sur pied d'égalité avec les particuliers, était susceptible de voir sa responsabilité civile engagée et d'être condamné à réparer les dommages causés par sa faute. Bien que limité, ce contrôle juridictionnel a toujours été réservé aux tribunaux de l'ordre judiciaire⁶.

Cette jurisprudence est écartée par le célèbre arrêt du 5 novembre 1920, *Ville de Bruges c. société La Flandria*⁷. La Cour de cassation y développe trois considérants majeurs sur lesquels repose le développement ultérieur de la responsabilité des pouvoirs publics. *Primo*, « la Constitution a déferé aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour objet des droits civils [et] (...) par ces termes, elle a mis sous la protection du pouvoir judiciaire *tous les droits civils* »^{8 9}. *Secundo*, « en vue de réaliser cette protection, la Constitution n'a égard ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui auraient causés une lésion de droit, mais uniquement à la *nature du droit lésé* »¹⁰. *Tertio*, « le pouvoir judiciaire (...) est qualifié pour ordonner, le cas échéant, la réparation du préjudice, même au cas où l'auteur prétendu de la lésion serait l'État (...) ou toute autre personne de droit public »¹¹. De la sorte, la Cour rompt avec la conception stricte de la séparation des Pouvoirs et applique ce principe avec une plus grande souplesse qu'antérieurement. Depuis 1920, la jurisprudence a précisé et développé le régime de la responsabilité de l'État pour la faute du Pouvoir exécutif. Sans entrer dans les détails¹², nous retiendrons ici que des hypothèses très diverses peuvent entraîner l'application de l'article 1382 du code civil : tantôt l'État engage sa responsabilité pour avoir adopté une norme irrégulière¹³ ou pour avoir laissé subsister une lacune réglementaire¹⁴, tantôt la responsabilité de l'État est engagée en dehors de l'exercice de la fonction normative de l'administration, par un acte fautif ou une négligence de sa part¹⁵. Il convient en outre de signaler que la faute de l'administration découle

⁵ Voy., par exemple, Cass., 13 février 1902, *État belge c. Closon-Mélot*, *Pas.*, 1902, I, p. 143.

⁶ En ce sens, voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 330.

⁷ *Pas.*, 1920, I, p. 193, concl. LECLERCQ et J.T., 1920, col. 636, obs. H. FRICK, col. 683 à 685.

⁸ *Pas.*, 1920, I, p. 239. C'est nous qui soulignons.

⁹ Avec l'expression « droit civil », la Cour de cassation vise explicitement l'article 92 de la Constitution, devenu l'article 144 de la Constitution coordonnée.

¹⁰ *Pas.*, 1920, I, p. 239. C'est nous qui soulignons.

¹¹ *Ibidem*.

¹² La question de la responsabilité des pouvoirs publics est l'objet de nombreuses études auxquelles nous nous permettons de renvoyer le lecteur désireux d'approfondir ce point. Voy. notamment : P. LEWALLE, *op. cit.*, pp. 324-342 ; P. LEWALLE, « Responsabilité des pouvoirs publics », in *Droit de la responsabilité*, Liège, Éditions formation permanentes C.U.P., 1996, pp. 59-113 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 17^{ème} édition, Malines, Kluwer, 2006, n° 882 et suivants ; H. VANDENBERGHE, A. VAN OEVELEN, H. VUYE et L. WYNANT, « Overheidsaansprakelijkheid », Bruges, Die Keure, 2004, 295 pages.

¹³ Voy., par exemple, Cass. 26 avril 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 905.

¹⁴ Voy., par exemple, Cass. 23 avril 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 752.

¹⁵ Selon le professeur Jean-Luc FAGNARD, « l'examen de la jurisprudence permet de constater que le plus souvent les fautes reprochées à l'administration sont des fautes d'omission » (J.-L. FAGNARD, « Rapport introductif », in *La responsabilité des pouvoirs publics, Actes du colloque interuniversitaire organisés les 14 et 15 mars 1991 par la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain et la Faculté de Droit de l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 19).

soit de la violation par celle-ci d'une norme hiérarchiquement supérieure, soit de la violation du principe général de prudence¹⁶.

L'enseignement de l'arrêt belge *La Flandria* contraste avec la jurisprudence française en la matière. Malgré l'existence de textes législatifs communs à la France et la Belgique – les articles 1382 et suivants du code civil – les juridictions françaises ont raisonné différemment. Dans son célèbre arrêt *Blanco* du 8 février 1873¹⁷, le Tribunal des conflits reconnaît la responsabilité de l'État pour les dommages causés par les services publics, mais il réserve ce contentieux aux juridictions administratives et le soumet à un régime spécifique, en considérant que « la responsabilité, qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier »¹⁸.

b) La responsabilité de l'État pour la faute commise par le Pouvoir judiciaire

9 – Il faut attendre 1991 pour que la Cour de cassation de Belgique reconnaisse la responsabilité de l'État pour un dommage causé par la faute d'un *magistrat judiciaire*. La Haute juridiction soumet cependant l'application des règles de la responsabilité civile à certaines conditions. Elle juge que « l'État peut, sur la base des articles 1382 et 1383 du code civil, être, en règle, rendu responsable du dommage résultant d'une faute commise par un juge ou un officier du ministère public lorsque ce magistrat a agi dans les limites de ses attributions légales ou lorsque celui-ci doit être considéré comme ayant agi dans ces limites, par tout homme raisonnable et prudent »¹⁹. La Cour ajoute toutefois que « si cet acte constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la demande tendant à la réparation du dommage ne peut, en règle, être reçue que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie et n'est plus, dès lors, revêtu de l'autorité de la chose jugée »²⁰.

Complétée par un second arrêt de la Cour de cassation rendu dans la même affaire²¹, cette jurisprudence semble écarter le principe d'unité de l'illégalité et de la faute²². Autrement dit, la réformation ou la cassation de la décision judiciaire met en exergue son illégalité, mais ne permet pas de conclure à l'existence d'une faute et d'engager *per se* la responsabilité de l'État. Encore faut-il que cette faute soit *caractérisée* : celle-ci « doit s'apprécier *in concreto* suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions et circonstances de temps »²³.

c) La responsabilité de l'État pour la faute du Pouvoir législatif

¹⁶ Voy. Cass. 13 mai 1982, *S.A. des charbonnages de Gosson-Kessales*, *J.T.*, 1982, p. 772. Dans l'arrêt, la Cour n'aborde que le premier des deux critères, car il est le seul à s'appliquer. Les deux éléments ont toutefois été clairement mis en exergue par le Procureur général VELU dans ses conclusions précédant l'arrêt.

¹⁷ Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, *Rec.*, 1^{er} supplément, p. 61.

¹⁸ *Idem*, p. 70.

¹⁹ Cass., 19 décembre 1991, *S.P.R.L. Anca en liquidation et cts c. État belge*, *Pas.*, 1991, I, p. 365 ; *J.T.*, 1992, p. 142 et obs. R.O. DALCQ, « La responsabilité de l'État du fait des magistrats. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 », *J.T.*, 1992, pp. 449-453.

²⁰ *Pas.*, 1991, I, p. 365

²¹ Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, I, p. 1063. Voy. aussi Cass., 26 juin 1998, *J.L.M.B.*, p. 1166, obs. D. PHILIPPE.

²² M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1998, pp. 825-846, ici p. 832.

²³ Liège, 28 janvier 1993, *J.T.*, 1993, p. 477, obs. R.O. DALCQ.

10 – Seule la branche *législative* de l'État semblait demeurer intouchable. Au début de l'histoire du Royaume, la séparation des Pouvoirs et la suprématie de la loi étaient des principes fermes et indiscutables. Ainsi, le célèbre professeur François LAURENT n'hésitait-il pas à affirmer que « le pouvoir législatif est irresponsable. Obéissance est due à la loi, alors même qu'elle léserait des droits individuels »²⁴. Ce même état d'esprit est perceptible dans les conclusions du Procureur général LECLERQ précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1845 : après avoir démontré qu'en l'espèce le dommage est une conséquence de la loi, le ministère public estime que « cette observation dispense de tout développement »²⁵. La Cour elle-même tranche la question sans équivoque. Elle juge que le dommage subi, « étant le fait de la loi, ne peut donner ouverture à l'action en dommages-intérêts, en vertu des articles 1382 et suivants du code civil »²⁶. Au cours des 160 années suivantes, cette jurisprudence n'est pas remise en cause par la Cour et demeure la référence en la matière. Les objections classiques à la mise en cause de la responsabilité de l'État pour la faute commise par le Pouvoir législatif – immunité de la puissance publique, souveraineté du législateur, séparation des Pouvoirs et rang législatif des articles 1382 et suivants du code civil – subissent toutefois une érosion progressive²⁷.

En effet, avec les années quatre-vingt-dix, les certitudes commencent à s'effriter. Dans la jurisprudence des cours et tribunaux fleurissent des dizaines de décisions par lesquelles la responsabilité de l'État pour la faute de sa branche législative est reconnue. Michel MAHIEU et Sébastien VAN DROOGHENBROECK ont relevé ces jugements et arrêts symptomatiques de l'émergence d'une conception nouvelle²⁸. À titre d'exemple, la Cour d'appel de Liège a pu juger, le 25 janvier 1994, qu'« en l'état actuel de la législation belge, l'État peut, sur la base des articles 1382 et 1383 du code civil, être en règle rendu responsable du dommage résultant d'une faute commise par le pouvoir législatif lorsque ce dernier a agi dans les limites de ses attributions légales ou lorsque celui-ci doit être considéré comme ayant agi dans l'exercice de ces limites, par tout homme raisonnable et prudent »²⁹. La Cour s'appuie sur un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes³⁰ par lequel une loi belge³¹ avait été jugée contraire au Traité

²⁴ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, tome XX, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1876, p. 438, n° 418.

²⁵ Cass., 27 juin 1845, Pas., I, p. 392, et les conclusions du Procureur général M. LECLERCQ. Ici p. 404.

²⁶ *Idem*, p. 409.

²⁷ M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 833-835. Les objections traditionnelles à la responsabilité pour faute de l'État législateur sont également exposées et critiquées par le professeur Michel Leroy. Voy. M. Leroy, « Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif », in *La responsabilité des pouvoirs publics, Actes du colloque...*, *op. cit.*, pp. 303-316. À ce propos, voy. aussi H. VUYE, « Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van europees recht naar Belgisch recht : een (te) grote stap ? », in H. VANDENBERGHE (éd.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Bruges, Die Keure, 2005, pp. 178 et s.

²⁸ M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 836-838. Pour la mise à jour de ce relevé, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 378, note 34. Voy., Civ. Bruxelles, 9 février 1990, *inédit* ; Liège, 25 janvier 1994, *Pas.*, 1993, II, p. 50 ; Bruxelles, 27 avril 1994, *inédit* ; Cour Trav. Liège, 6 avril 1995, *C.D.S.*, 1995, p. 337 et obs. J. JACQMAIN ; Civ. Liège, 19 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 759 ; Liège 12 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 502 ; Civ. Bruxelles, 13 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1261 ; Civ. Verviers, 26 juin 1998, *J.T.*, 1998, p. 863 et ; Civ. Bruxelles, 11 mai 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 616 ; Civ. Liège, 17 novembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 299 et obs. Y.-H. LELEU ; Bruxelles, 7 décembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 385 ; Civ. Bruxelles, 9 février 2001, *J.T.*, 2001, p. 362 ; Civ. Bruxelles, 16 février 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 306, *R.G.D.C.*, 2003, p. 211 et obs. K. MUYLLE ; Civ. Bruxelles, 16 février 2002, consultable sur <http://tfrnet.larcier.be> ; Civ. Bruxelles, 20 septembre 2002, *Revue Générale de Contentieux Fiscal*, 2004, p. 55 et obs. E. ORLANDO ; Civ. Bruges, 18 février 2003, *Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, 2003, p. 983 et obs. A. KIEKENS ; Anvers, 1^{er} septembre 2004, *Jurisprudence Fiscale*, 2005, p. 226 ; Civ. Hasselt, 10 novembre 2004, *Jurisprudence Fiscale*, 2005, p. 225 ; Liège, 16 décembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 215, *J.L.M.B.*, 2005, p. 733, *Revue Régionale de Droit*, 2005, p. 9 ; Bruxelles, 28 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1577 ; Bruxelles, 22 septembre 2005, *NjW*, 2006, p. 137 et obs. S. DE RAEDT ; Civ. Bruxelles, 2 novembre 2005, *Jurisprudence Fiscale*, 2006, p. 641 ; Mons, 27 février 2007, *inédit* ; Civ. Bruxelles, 23 mars 2007 (deux jugements), *inédits* ; Civ. Bruxelles, 23 mars 2007, *J.T.*, 2007, p. 445.

²⁹ Liège, 25 janvier 1994, *op. cit.*

³⁰ C.J.C.E., arrêt *Blaizot*, 2 février 1988, *Rec.*, 1988-2, p. 379.

³¹ Voy. la loi du 21 juin 1985 concernant l'enseignement, *Moniteur belge*, 6 juillet.

instituant la Communauté européenne, pour conclure qu'en l'espèce le législateur avait commis une faute et que, « pour autant que le lien causal entre cette 'illégalité' et le dommage soit établi »³², l'État devait être condamné à la réparer.

Le professeur VAN DROOGHENBROECK estime ainsi qu'à l'aube du XXI^{ème} siècle, « il [est] désormais possible de réclamer de l'État réparation des dommages causés : par une loi méconnaissant le droit communautaire ou par une absence de loi transposant une directive communautaire ; par l'adoption, et le cas échéant, par le maintien en vigueur d'un acte législatif censuré par la Cour [constitutionnelle], ou encore, par une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme imputable au pouvoir législatif »³³.

Sous-section 2. Apparition du principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation

11 – La *possibilité* d'engager la responsabilité civile de l'État pour une faute commise par le législateur est pour la première fois reconnue par la Cour de cassation dans son arrêt du 1^{er} juin 2006³⁴ ³⁵. Le litige trouve son origine dans le rapport de la Commission parlementaire d'enquête sur les sectes. Dans ledit rapport, l'*Église universelle du Royaume de Dieu* est sévèrement critiquée par la commission, organe du Pouvoir législatif. Cette Église pentecôtiste, fondée au Brésil, s'estime lésée par les propos de la Commission d'enquête et intente une action en responsabilité civile. La Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 28 juin 2005³⁶, condamne l'État belge sur base de l'article 1382 du code civil à réparer le dommage subi. L'État belge se pourvoit devant la Cour de cassation, laquelle n'exclut pas l'application des principes de la responsabilité civile à la faute commise par le législateur : « les principes de séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir législatif et des membres du Parlement ne signifient pas que l'État puisse de manière générale être dispensé de ses obligations de réparer les dommages causés à un tiers par une faute du Parlement ». En l'espèce, toutefois, la Cour de cassation donne raison aux demandeurs qui opposent, à l'application des règles du code civil, l'article 58 de la Constitution en vertu duquel « aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ». Il semble ressortir de l'arrêt de la Cour que cette disposition constitutionnelle interdit non seulement la mise en cause de la responsabilité d'un parlementaire, mais aussi celle de l'État pour des dommages causés par l'expression fautive d'une opinion dans le cadre des travaux d'une Commission d'enquête parlementaire. L'article 58 de la Constitution, extensivement interprété par la Cour de cassation, implique donc une exonération aux principes des articles 1382 et suivants du code civil³⁷.

12 – Après avoir ainsi consacré quelques très brefs développements à l'arrêt du 1^{er} juin 2006, nous voudrions maintenant nous concentrer pleinement sur l'arrêt du 28 septembre 2006, qui fait l'objet du présent commentaire. Dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt, la faute prétendue

³² Liège, 25 janvier 1994, *Pas.*, 1993, II, p. 50.

³³ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 379.

³⁴ Cass., 1^{er} juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1524.

³⁵ Les professeurs VERDUSSEN et VAN COMPERNOLLE estiment que le rapprochement entre les arrêts du 1^{er} juin et du 28 septembre 2006 est trompeur. « L'arrêt du 1^{er} juin 2006 concerne, en réalité, la responsabilité de l'État pour une faute commise, non par le législateur lui-même, mais par un organe du pouvoir législatif, en l'occurrence une commission d'enquête parlementaire instituée au sein de la Chambre des représentants » (Voy. M. VERDUSSEN et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, pp. 433-434). Yannick THIELS et Inès WOUTERS aperçoivent un revirement jurisprudentiel entre l'arrêt du 1^{er} juin et celui du 28 septembre 2006 (Voy. Y. THIELS et I. WOUTERS, *op. cit.*, p. 1543).

³⁶ Bruxelles, 28 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1576.

³⁷ Selon le professeur Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « l'immunité de responsabilité pareillement affirmée n'intervient, dans le raisonnement de la Cour, qu'au titre d'exception à un principe général de responsabilité préalablement posé » (Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 381). Dans le même sens : M.-Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p. 200 ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 1124.

réside cette fois dans le domaine de la *fonction normative*. Il s'agit-là d'une distinction majeure par rapport à l'arrêt du 1^{er} juin 2006, qui, lui, se situe dans le domaine de la *fonction politique* des assemblées parlementaires. Ainsi que nous l'avons vu, Madame FERRERA JUNG estime que le législateur belge *n'a pas* adopté les normes nécessaires pour se conformer à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est donc une *carence normative* qui est reprochée au législateur. L'article 58 de la Constitution, qui, dans l'arrêt du 1^{er} juin 2006, faisait obstacle à l'application des principes de la responsabilité civile, n'a manifestement pas pu fonder le raisonnement de la Cour de cassation dans son arrêt du 28 septembre 2006. L'inaction reprochée au législateur ne peut en effet pas être assimilée à l'expression d'opinions ou de votes au sens de cette disposition constitutionnelle^{38 39}.

Le raisonnement de la Cour de cassation, dans l'arrêt du 28 septembre 2006, part de trois prémisses. *Primo*, selon la Cour, l'article 144 de la Constitution place tous les droits civils sous la protection du Pouvoir judiciaire. *Secundo*, en vue de réaliser cette protection, la Constitution n'a égard ni à la qualité des parties ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit mais uniquement à la nature du droit faisant l'objet de la contestation. *Tertio*, l'État est soumis aux règles de droit, et notamment à celles qui régissent la responsabilité délictuelle⁴⁰.

Des préceptes qu'elle vient de poser, la Cour de cassation déduit qu'« en appréciant le caractère fautif du comportement dommageable du pouvoir législatif, [la Cour d'appel] ne s'immisce pas dans la fonction législative et dans le processus politique d'élaboration des lois mais se conforme à la mission du pouvoir judiciaire de protéger les droits civils ». Elle ajoute que « saisi d'une demande tendant à la réparation d'un dommage causé par une atteinte fautive à un droit consacré par une norme supérieure imposant une obligation à l'État, un tribunal de l'ordre judiciaire a le pouvoir de contrôler si le pouvoir législatif a légiféré de manière adéquate ou suffisante pour permettre à l'État de respecter cette obligation, lors même que la norme qui la prescrit laisse au législateur un pouvoir d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour en assurer le respect ».

13 – À la lecture de l'arrêt du 28 septembre 2006, on peut raisonnablement estimer que la Cour de cassation a renoncé à l'idée d'une immunité complète de l'État pour les fautes commises par le Pouvoir législatif. Même si la portée exacte de l'arrêt est encore discutée, notamment quant au régime de responsabilité à appliquer à l'État législateur⁴¹, il apparaît en effet clairement que la Haute juridiction a réexaminé sa position énoncée depuis 1845⁴².

Sous-section 3. L'arrêt du 28 septembre 2006 : un symptôme de la désacralisation de la loi et du renforcement du principe de l'État de droit

14 – L'arrêt du 28 septembre 2006 n'a guère pris la doctrine par surprise. L'idée de la responsabilité du législateur s'inscrit en effet dans un mouvement continu de désacralisation de la

³⁸ On peut se demander, en revanche, si la Cour de cassation opposerait l'article 58 de la Constitution à l'application des principes de la responsabilité civile dans l'hypothèse où elle serait saisie d'une action visant à réparer le dommage causé par l'adoption d'une loi et son application. La loi elle-même est le résultat d'opinions et surtout de votes émis par les parlementaires. L'article 58 de la Constitution ferait-il alors obstacle à toute mise en cause de la responsabilité de l'État pour l'adoption – fautive – d'une norme législative, réduisant ainsi rien le « principe » ?

³⁹ Nous reviendrons *infra* au n°22 sur la notion d'« omission législative ».

⁴⁰ La Cour avait déjà tenu ce raisonnement dans l'arrêt précité du 1^{er} juin 2006. On y reconnaît par ailleurs les termes répétés par la Cour de cassation depuis l'arrêt *La Flandria*, du 5 novembre 1920 (Voy. *supra*, n° 8).

⁴¹ Voy. *infra*, n°s 19 à 42.

⁴² Voy. Cass., 27 juin 1845, citée *supra*, note 25.

loi. Cette tendance s'est particulièrement développée au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Nous voudrions ici relever quelques illustrations majeures de ce processus.

15 – En droit belge, l'arrêt *Le Ski*, prononcé le 27 mai 1971 par la Cour de cassation⁴³, est un symptôme majeur de la dévalorisation de la loi. La Haute juridiction a estimé que lorsqu'un « conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir »⁴⁴. Dans cette nouvelle lecture de la hiérarchie des normes, la loi a manifestement perdu une part importante de sa splendeur.

16 – Au cours de la décennie suivante, le prestige de la loi a encore terni un peu plus avec l'instauration de la Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle⁴⁵. La substance de la loi peut désormais être contrôlée à l'aune de certaines dispositions de la Constitution et des règles qui répartissent, dans l'ordre juridique belge, les compétences entre les différents législateurs⁴⁶. Depuis le premier arrêt de cette nouvelle Cour, rendu le 5 avril 1985, l'étendue du contrôle de la conformité de la loi n'a cessé de s'étendre, restreignant par un jeu de vases communicants la liberté du législateur.

Une disposition de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage doit tout spécialement attirer notre attention : en vertu de son article 20, 1^o, la juridiction constitutionnelle peut suspendre une norme législative lorsque, en plus d'autres conditions, l'exécution immédiate de cette norme risque de causer un *préjudice difficilement réparable*. Une lecture *a contrario* de ce texte peut laisser supposer qu'une norme législative est, dans d'autres conditions, susceptible d'engendrer un *préjudice facilement réparable* et que, dans ce cas, la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour prononcer une suspension. Le législateur spécial a donc créé – peut-être inconsciemment – un espace pour l'idée selon laquelle une norme législative peut créer un préjudice, qui appelle *réparation*⁴⁷.

17 – La construction européenne a également porté un coup à la suprématie de la norme législative. Par leur adhésion aux Traités de Paris et Rome instituant les Communautés européennes, signés respectivement en 1951 et 1957, un certain nombre d'États, dont la Belgique, ont accepté de se soumettre aux décisions prises par des institutions supranationales. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ajoute encore à cette subordination de la loi. Le principe de la primauté du droit communautaire est consacré depuis 1964 par le célèbre arrêt *Costa c/ ENEL*⁴⁸. Abordée plus récemment par la Cour de Luxembourg, la question de la responsabilité des pouvoirs publics, en particulier pour la violation du droit communautaire par un législateur national reçoit une réponse nette dans la jurisprudence. Il ressort ainsi des arrêts *Franovich*⁴⁹ et *Brasserie du pêcheur*⁵⁰ que la responsabilité d'un État membre peut être mise en cause lorsque qu'une telle violation résulte de la faute du

⁴³ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

⁴⁴ *Idem*, p. 919.

⁴⁵ Révision constitutionnelle du 7 mai 2007, *Moniteur belge* 8 mai.

⁴⁶ Règles qu'on appelle, dans le jargon juridique belge, des « règles répartitrices de compétences ».

⁴⁷ Cette thèse a été développée par le professeur Michel LEROY. Voy. M. LEROY, « La responsabilité des pouvoirs publics du chef de la méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif » in *La responsabilité des pouvoirs publics, op. cit.*, p. 322.

⁴⁸ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, *Rec.*, 1964, p. 1141. Cette jurisprudence est notamment confirmée par le non moins célèbre arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* (C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Rec.*, 1970, p. 1125).

⁴⁹ C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Andrea Franovich e.a. c. République italienne*, *Rec.*, 1991, I, p. 5357.

⁵⁰ C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, *Rec.*, 1996, II, p. 1131.

législateur de cet État. L'influence de ces arrêts sur le développement d'un principe de responsabilité du législateur en droit belge est indéniable⁵¹. La jurisprudence communautaire pose toutefois un certain nombre de conditions. Il faut notamment que la faute soit « suffisamment caractérisée ». Les règles de la responsabilité au niveau communautaire diffèrent donc de celles du droit civil belge, et en particulier des articles 1382 et suivants du code civil belge⁵².

Au regard de cette évolution, un certain nombre d'auteurs ont estimé qu'on ne pouvait raisonnablement concevoir la condamnation de l'État pour les dommages résultant d'un comportement du législateur contraire au droit communautaire et, en même temps, refuser toute mise en cause de la responsabilité de l'État législateur en cas de violation des *autres* normes hiérarchiquement supérieures à la loi, à savoir la Constitution et le droit international directement applicable⁵³ ⁵⁴. Dans cette dernière catégorie, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est tout particulièrement visée.

18 – Si, aux trois éléments que nous venons d'énoncer⁵⁵, on ajoute la jurisprudence des cours et tribunaux par laquelle s'est développé un régime de responsabilité de l'État pour les fautes commises par le Pouvoir exécutif et le Pouvoir judiciaire⁵⁶, on constate qu'à la fin du XX^{ème} siècle, les ingrédients étaient réunis pour mettre en cause la responsabilité des pouvoirs publics en cas de faute commise par le Pouvoir législatif.

Section 3. Le régime de la responsabilité du législateur

19 – Dès lors qu'on admet que la responsabilité de l'État peut être engagée pour une faute du législateur, se pose la question du régime applicable à cette situation. Les articles 1382 et suivants du code civil sont sans conteste à la base du raisonnement. Il semble toutefois qu'il faille adapter leur portée aux spécificités de l'hypothèse ici envisagée. Dans l'arrêt du 28 septembre 2006, la Cour de cassation offre très peu de précisions à ce sujet, de sorte que les différents auteurs qui ont commenté cette décision en ont déduit des enseignements variés. Dans les développements qui suivent nous tenterons de confronter les principales positions doctrinales qui étayent le débat. Nous discuterons d'abord des différents faits susceptibles de déclencher la responsabilité extracontractuelle du législateur (n^{os} 20 à 23). Nous nous pencherons ensuite sur la question fondamentale de la définition de la faute à retenir dans ce contexte particulier (n^{os} 24 à 35). Enfin, nous dirons quelques mots à propos de la réparation du dommage (n^{os} 36 à 42)

⁵¹ Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 1^{er} juin 2006, le Procureur général écrit qu'« il y a actuellement lieu, *notamment sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, d'inscrire la responsabilité des pouvoirs publics du fait du législateur dans le droit constitutionnel belge ». C'est nous qui soulignons.

⁵² Voy. *infra*, n^o 32.

⁵³ Voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 377-378.

⁵⁴ À notre avis, il ne s'agit toutefois pas d'une impossibilité logique. Les règles qui régissent la responsabilité en droit communautaire découlent des Traités instituant les Communautés européennes et de l'interprétation qu'en a donnée la Cour de Justice des Communautés européennes. Ces règles sont donc distinctes de celles qui fondent l'action en responsabilité civile dans le droit interne belge. Cette distinction est plus marquée encore au Royaume-Uni où, en raison du principe de *Parliamentary sovereignty*, la responsabilité des Assemblées législatives ne peut en aucun cas être mise en cause en droit interne britannique, alors qu'elle peut l'être sur le plan communautaire, en application de la jurisprudence précitée.

⁵⁵ Le professeur Michel LEROY complète la liste des circonstances qui ont altéré l'aura qui nimbait le Pouvoir législatif en évoquant la multiplication des législateurs qui découle de la fédéralisation de l'État belge : « en droit, l'équipollence voulue et réalisée entre loi, décret et ordonnance, a hissé les nouvelles normes au rang de la loi ; mais n'a-t-elle pas aussi, dans les esprits, fait descendre de quelques crans le prestige de la loi ? Un peu comme les mythologies polythéistes traitent les dieux avec moins de révérence que les religions monothéistes » (Voy. M. LEROY, « La responsabilité des pouvoirs publics du chef de la méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif » in *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, p. 307). Dans le même sens, H. VUYE, « Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van europees recht naar Belgisch recht : een (te) grote stap ? », in H. VANDENBERGHE (éd.), *op. cit.*, p. 128.

⁵⁶ Voy. *supra*, n^{os} 6 à 9, nos développements à ce sujet.

Sous-section 1^{ère}. Faits déclencheurs de la responsabilité

20 – La théorie générale des obligations distingue l'acte juridique et le fait juridique. Le premier est « l'acte volontaire destiné et apte à réaliser des effets de droit, c'est-à-dire créer, modifier, transmettre ou éteindre un droit subjectif »⁵⁷. Par la notion de fait juridique, on vise « tous les éléments, faits et actes qui produisent des effets dans le domaine du droit et qui ne sont pas, au sens technique du terme, des actes juridiques »⁵⁸. Les implications juridiques de ces faits ne sont donc pas expressément recherchées. C'est au sein de cette seconde catégorie que la responsabilité civile est traditionnellement étudiée : le fait à l'origine du dommage entraîne, lorsque certaines conditions sont remplies, la naissance d'une créance. L'existence de cette obligation n'a toutefois pas été souhaitée par son débiteur.

Dans notre perspective, il convient de s'interroger sur la nature des faits qui pourraient être à la source de la responsabilité de l'État législateur. De prime abord, on pense à l'adoption d'une norme législative, laquelle serait jugée fautive par un juge (n° 21). Toutefois, on remarquera que dans l'arrêt commenté, c'est une omission législative qui est à l'origine du litige (n° 22) et que dans l'arrêt du 1^{er} juin 2006, également évoqué, la question de la responsabilité est envisagée en dehors de la fonction normative du Parlement, puisque c'est le rapport d'une Commission d'enquête qui est mis en cause (n° 23).

21 – Le fait déclencheur de la responsabilité peut correspondre à l'adoption d'une norme législative, pourvu qu'un juge décèle une faute dans cet acte. Ainsi que nous venons de le rappeler, dans l'arrêt du 28 septembre 2006, la Cour de cassation se prononce sur une omission de légiférer. Toutefois, vu la généralité des termes employés dans la décision, il ne semble pas incohérent de penser que la Haute juridiction serait arrivée à une conclusion semblable si elle s'était penchée sur un acte normatif positif du législateur. La Cour de cassation estime en effet que le juge peut apprécier le caractère fautif du « *comportement dommageable* du Pouvoir législatif »⁵⁹ et contrôler si ce dernier « a légiféré de manière adéquate ou suffisante »⁶⁰.

22 – Pour qu'une omission législative existe, il faut qu'on puisse reprocher au législateur une abstention ou une insuffisance normative. Le législateur aurait dû adopter telle norme, mais ne l'a pas fait ou n'a abouti qu'à un résultat partiel et inadéquat⁶¹. Dans cette situation, un juge pourrait apercevoir une faute dans le chef du législateur et, le cas échéant, condamner l'État à réparer les dommages engendrés par cette carence normative. L'article 1383 du code civil précise en effet que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

C'est précisément cette hypothèse qu'a rencontrée la Cour de cassation dans l'arrêt commenté. Madame FERRARA JUNG estimait que le législateur n'avait pas adopté les normes nécessaires pour se conformer à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de

⁵⁷ J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 4^{ème} édition, Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 125.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 181.

⁵⁹ Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 606.

⁶⁰ *Ibidem*. Le professeur UYTENDAELE a jugé ces termes avec une grande sévérité. Selon lui, « la Cour de cassation s'autorise donc à opérer un contrôle d'opportunité sur l'action – ou l'abstention – du législateur. (...) Elle empiète dans le champ d'action réservé à ce dernier et s'érige en un authentique juge législateur » (M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 1563). Le professeur ERGEC s'étonne lui aussi de la « généralité de ces termes » (R. ERGEC, *op. cit.*, p. 441).

⁶¹ Les professeurs VERDUSSEN et VAN COMPERNOLLE exposent très pertinemment les différentes manières dont peuvent se présenter les omissions législatives (Voy. M. VERDUSSEN et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, pp. 435-436).

l'homme et des libertés fondamentales. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par l'État belge contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait condamné l'État à réparer le dommage causé par cette abstention fautive.

23 – Nous venons de considérer la responsabilité de l'État législateur dans la perspective de sa fonction normative. On peut se demander si la responsabilité de l'État ne pourrait pas trouver sa source dans d'autres activités parlementaires. La lecture combinée des arrêts des 1^{er} juin et 28 septembre 2006 a convaincu une partie de la doctrine de l'existence d'une distinction entre la fonction normative du Pouvoir législatif – qui pourrait, le cas échéant, être la source d'une responsabilité – et la fonction de contrôle – qui échapperait quant à elle aux principes consacrés dans les articles 1382 et suivants du code civil⁶². Cette interprétation de l'arrêt expliquerait en outre le changement de vocabulaire opéré par la Cour d'un arrêt à l'autre : dans l'arrêt du 28 septembre 2006, la Cour de cassation évoque la « faute [de l'État] ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative »⁶³, alors que quatre mois plus tôt, elle parlait, plus vaguement, de « la faute du Parlement »⁶⁴. Marie-Françoise RIGAUX estime toutefois que « rien n'empêcherait la Cour de revoir la position prise dans l'arrêt du 1^{er} juin 2006 »⁶⁵ en utilisant l'immunité inscrite à l'article 58 de la Constitution « comme ce qu'elle est et ce qu'elle saurait seulement être : une protection personnelle de la liberté d'expression des parlementaires, ni plus, ni moins »⁶⁶.

Sous-section 2. La nature de la faute

24 – Nous venons de rechercher quels types de comportements sont susceptibles de déclencher la responsabilité de l'État législateur. Il importe de rappeler que « tout comportement générateur de dommage ne donne pas nécessairement naissance à responsabilité »⁶⁷. Il faut encore que ce comportement constitue une *faute*. L'application des articles 1382 et suivants du code civil suppose en effet l'existence d'une telle faute qui, lorsqu'elle est la cause d'un dommage, impose à son auteur de le réparer.

A. Application des principes de l'article 1382 du code civil à la responsabilité du législateur

25 – En droit de la responsabilité civile, la doctrine distingue généralement deux catégories de fautes. Un comportement est jugé fautif soit parce que son auteur viole une norme juridique

⁶² Voy. J. WILDERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 1550-1554. J.-C. SCHOLSEM relève toutefois une incohérence juridique : il explique que l'article 58 de la Constitution s'oppose à la reconnaissance de toute faute des Chambres, d'un organe constitué en leur sein ou d'un parlementaire à titre individuel. Ceci semble donc incompatible avec le principe de responsabilité civile du législateur qui apparaît dans l'arrêt du 1^{er} juin 2006. La portée de cette disposition s'étendant au vote, la norme législative, expression d'une majorité parlementaire, se trouve également au-delà de la notion de faute. En outre, l'auteur n'aperçoit pas dans l'article 58 de distinction entre une fonction normative et une fonction de contrôle. Il conçoit cependant cette différence sur le plan de la sociologie du droit (Voy. J.-C. SCHOLSEM, « L'article 58 de la Constitution : deux visions du droit ? », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 475-484, ici p. 482-483). Dans le même sens, Y. THIELS et I. WOUTERS, *op. cit.*, p. 1545 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 382-383. En revanche, à la lecture de l'arrêt du 1^{er} juin 2006, Caroline VERBRUGGEN s'étonne « du fait que la Cour de cassation estimait ici que l'immunité parlementaire avait impliqué l'irresponsabilité de l'État, alors que dans son arrêt *Anca*, elle avait abouti à la conclusion exactement contraire en ce qui concerne l'immunité des magistrats (notre traduction) ; texte original : « over het feit dat de het Hof van cassatie hier van mening was dat de parlementaire onschendbaarheid de onverantwoordelijkheid van de Staat tot gevolg heeft, terwill het in zijn *Anca*-arrest tot juist de tegenovergestelde conclusie was gekomen met betrekking tot de onschendbaarheid van de magistraten » (Voy. C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 328).

⁶³ Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 606.

⁶⁴ Cass., 1^{er} juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1524.

⁶⁵ M.-Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p. 209.

⁶⁶ *Idem*, p. 207.

⁶⁷ J. HANSENNE, *op. cit.*, p. 183.

particulière, soit parce que celui-ci ne respecte pas le principe général de prudence. Ces deux critères ont été clairement énoncés par le Procureur général J. VELU en ce qui concerne la faute commise par le Pouvoir exécutif⁶⁸. Il convient de se demander comment, d'un point de vue théorique, ce schéma peut être adapté à l'hypothèse de la faute de l'État législateur.

a) *La violation d'une norme juridique*

26 – Si, pour un particulier, la violation d'une quelconque norme de droit constitue en principe une faute au sens de l'article 1382 du code civil, il faut tenir compte de la hiérarchie des normes lorsque la responsabilité des pouvoirs publics est mise en cause. Lorsqu'une autorité donnée produit une norme, on ne peut logiquement lui reprocher la violation d'une autre norme dont le rang hiérarchique est inférieur ou égal à celui de la première. Le législateur, par exemple, peut adopter une loi contraire à un règlement ou à une loi préexistante sans qu'aucune critique d'ordre juridique ne puisse lui être opposée⁶⁹. Il ne peut en revanche pas se comporter d'une manière incompatible avec les normes supérieures que sont le droit international directement applicable et la Constitution. Selon les professeurs VERDUSSEN et VAN COMPERNOLLE, « seule la violation d'une norme supérieure est de nature à constituer une faute dans le chef du législateur »⁷⁰. Ils ajoutent que « la violation par le législateur d'une norme supérieure sera d'autant plus marquée qu'elle attente à un droit fondamental »⁷¹.

27 – Dans l'arrêt du 28 septembre 2006, la Cour de cassation confirme la condamnation de l'État belge à réparer le dommage causé par le législateur qui n'a pas correctement mis en œuvre l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme, disposition qui consacre l'obligation pour les États signataires, d'organiser des procédures judiciaires qui permettent de trancher les contestations soumises aux juridictions dans un délai raisonnable⁷². La faute du législateur réside donc en l'espèce dans la méconnaissance d'une *norme de droit international*.

Plusieurs auteurs insistent sur le rôle de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme⁷³. À cet égard, l'arrêt *Kudla*⁷⁴ présente une importance toute particulière. Dans cette décision, la Cour a estimé que l'article 13 de la Convention oblige les États parties à offrir aux victimes d'un dépassement du délai raisonnable un *recours effectif* qui leur permet de faire valoir leurs griefs devant une instance nationale. Cette jurisprudence strasbourgeoise est un élément essentiel à prendre en compte dans l'interprétation de l'arrêt commenté. Certains auteurs considèrent en effet que ce dernier n'est qu'une mise en œuvre de l'article 6, § 1^{er}, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'Homme plutôt que la consécration d'un principe général de responsabilité du législateur⁷⁵.

⁶⁸ Cass. 13 mai 1982, *S.A. des charbonnages de Gosson-Kessales, J.T.*, 1982, p. 780. Dans cet arrêt, la Cour n'aborde que le premier des deux critères, car il est le seul à s'appliquer.

⁶⁹ On peut se demander si ceci est toujours vrai quand la faute est envisagée en dehors de la fonction normative du législateur.

⁷⁰ M. VERDUSSEN et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 434. Les auteurs envisagent toutefois la violation du principe général de prudence à titre tout à fait exceptionnel. Voy *infra*, n° 30 et note 87.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Cette obligation de l'article 6, § 1^{er}, ne s'étend sans doute pas à toutes les procédures juridictionnelles. Elle s'applique toutefois sans contestation possible au cas qui nous intéresse ici, à savoir l'action introduite par Madame FERRARA JUNG à l'encontre de son chirurgien, tendant à obtenir réparation pour la commission d'une erreur médicale.

⁷³ Voy. not. R. ERGEC, *op. cit.*, p. 441 ; M.-Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p. 206 ; J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 437-439 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 385 et s. ; VAN OEVERLEN, *op. cit.*, p. 1127.

⁷⁴ C.E.D.H., arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000, *R.T.D.H.*, 2002, p. 169.

⁷⁵ Voy. en particulier S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 393.

En droit belge, depuis l'arrêt *Le Ski*, dont nous avons déjà rappelé la substance⁷⁶, tout juge est compétent pour vérifier si les normes législatives internes sont conformes aux traités internationaux directement applicables⁷⁷. L'existence de ce pouvoir de contrôle diffus de *conventionalité* dans les mains des cours et tribunaux semble constituer un préalable nécessaire à leur rôle dans l'action en responsabilité : le juge ne pourrait vraisemblablement pas décider que la violation d'un traité par le législateur constitue une faute s'il ne pouvait d'abord constater l'existence de cette violation⁷⁸.

28 – À cet égard, les données sont très différentes lorsque le législateur enfreint une disposition de la *Constitution*. Contrairement à ce que nous venons de dire à propos des traités internationaux, le juge ne peut contrôler lui-même le respect de la Constitution par les normes législatives, cette mission étant réservée à la Cour constitutionnelle. Incompétent pour constater la violation de la Constitution par le Pouvoir législatif, le juge ne pourrait dès lors pas, sans intervention préalable de la Cour constitutionnelle, apercevoir une faute dans le comportement du législateur. L'inconstitutionnalité devrait être reconnue par la Cour constitutionnelle, soit par un arrêt d'annulation, soit par un arrêt rendu en réponse à une question préjudicielle, laquelle pourrait éventuellement être posée précisément par le juge du fond devant lequel l'action en responsabilité est mue⁷⁹.

29 – Dès lors qu'on associe la violation d'une norme juridique à la notion de faute, il est nécessaire de se demander si la première entraîne *automatiquement* la seconde ou si la violation doit

⁷⁶ Voy. *supra*, n° 15.

⁷⁷ Selon les professeurs VAN COMPERNOLLE et VERDUSSEN, le constat de la faute du législateur sera opéré par la juridiction à titre principal en application de la jurisprudence *Le Ski* lorsque la norme supérieure est tirée d'une disposition directement applicable d'un traité international (Voy. J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 436).

⁷⁸ Le professeur UYTENDAELE voit dans l'arrêt du 28 septembre 2006 une amplification de l'arrêt *Le Ski* : « il ne s'agit plus d'écarter l'application d'une loi contraire à une disposition de droit international directement applicable qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, mais bien de condamner l'État belge pour avoir méconnu une telle disposition. En ce faisant, la Cour de cassation prend une décision qui, jusqu'ici, ne pouvait être prise que par la seule Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 1563).

⁷⁹ Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 28 septembre 2006, le Premier avocat général LECLERCQ évoque cette question et invite à la prudence. Il rappelle la compétence de la Cour constitutionnelle pour sanctionner la violation de la Constitution par une norme législative. Si le juge judiciaire estime qu'une loi est inconstitutionnelle, il doit poser une question préjudicielle et se conformer à l'arrêt de la Cour. Le ministère public suggère en outre à la Cour de cassation d'appliquer *mutatis mutandis* sa jurisprudence relative aux conséquences civiles d'un arrêt du Conseil d'État. Ainsi, après annulation de la loi par la Cour constitutionnelle, le juge judiciaire saisi sur base des articles 1382 et 1383 devrait décider que le législateur, auteur de la loi annulée, a commis une faute et que cette faute donne lieu à réparation à la condition que le lien causal entre la méconnaissance de la Constitution et le dommage soient prouvés (Voy. conclusions de M. le Premier avocat général LECLERCQ, *J.T.*, 2006, pp. 594-603, ici pp. 598-599). Dans sa Mercuriale du 3 septembre 2001, le Procureur général DU JARDIN se prononçait déjà dans ce sens : « rien ne s'oppose (...) à une action en responsabilité devant le juge civil après que la juridiction compétente ait constaté l'illégalité de la norme législative (...) » (Voy. « Audiences plénières et unité d'interprétation du droit », discours prononcé par M. J. DU JARDIN, Procureur général près la Cour de cassation, à l'audience solennelle du 3 septembre 2001, *J.T.*, 2001, p. 645). La même idée était défendue en 1991 par le professeur Michel LEROY : « après que la Cour d'arbitrage a annulé, l'irrégularité de l'acte législatif est établie ; d'où pourrait-on déduire qu'il serait interdit d'en tirer des conséquences sur le plan pécuniaire ? En tout cas pas d'une quelconque inviolabilité, que le droit positif a abolie dans son principe et que la Cour a déniée dans le cas d'espèce » (Voy. M. LEROY, « La responsabilité des pouvoirs publics du chef de la méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif » in *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, p. 312). Selon les professeurs VAN COMPERNOLLE et VERDUSSEN, le constat de la faute du législateur sera opéré par la juridiction à titre incident lorsque la norme supérieure est tirée de la Constitution. Ces auteurs estiment que, dans ce cas, il y a place pour une théorie de l'unité entre la faute civile et l'illégalité (Voy. J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 436). Dans le même sens : M.-Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p. 203-204 ; *Contra* : S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 407. A. ALEN, quant à lui, plaide pour une révision de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage pour organiser un régime spécifique de la responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur découlant de la violation de la Constitution (Voy. A. ALEN, « De overheidsaanprakelijkheid voor fouten (...) » *op. cit.*, p. 14). Evelyn MAES, quant à elle, explique que, par l'adoption de la loi du 28 juin 1983 sur la Cour d'arbitrage, le législateur s'est prononcé contre la responsabilité civile de l'État législateur, mais que cette position ne peut plus être invoquée en raison de l'évolution de la situation depuis lors (Voy. E. MAES, *op. cit.*, p. 549).

être *caractérisée* pour être considérée comme une faute par le juge de la responsabilité. Dans cette optique, il est intéressant de comparer l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 à celui de la Cour d'appel qui donne lieu au pourvoi. On peut lire, dans cette décision d'appel, que la « carence de l'État constitue une violation *grave et caractérisée* de l'article 6.1 de la Convention »⁸⁰. La Cour de cassation, en revanche, s'est gardée d'employer de tels adjectifs qualificatifs pour désigner cette même violation, mais rejette malgré tout le pourvoi. Le débat sur cette question fondamentale reste donc totalement ouvert. Nous y reviendrons brièvement plus loin⁸¹.

b) La violation du principe général de prudence

30 – Nous avons vu que la Cour de cassation se prononce dans son arrêt du 28 septembre 2006 au sujet de la violation d'une norme supralégislative. Dans cette décision, elle n'aborde pas la question de savoir si la responsabilité du législateur peut être engagée en raison de la violation du *principe général de prudence*⁸². Les requérants, dans leur pourvoi, n'avait nullement interrogé la Haute juridiction sur ce point. Plus généralement, le professeur ALEN rejette l'idée selon laquelle le juge ordinaire pourrait appliquer le principe général de prudence pour contourner l'interdiction qui lui est faite de vérifier la constitutionnalité d'une norme législative⁸³.

Or, on ne peut déduire de l'arrêt du 28 septembre 2006 que la faute doit *nécessairement* être liée à la violation d'une norme supérieure⁸⁴, même si en l'espèce, c'est cette hypothèse qui est rencontrée. Ainsi, le premier avocat général Jean-François LECLERCQ écrit dans ses conclusions précédant l'arrêt : « Quand le législateur s'abstient de légiférer sans qu'aucune règle quelconque l'incite à le faire, il me paraît difficile de retenir la responsabilité du législateur. Les cours et tribunaux risquent dans ce cas de s'immiscer dans l'exécution de la fonction législative. *Néanmoins il me paraît qu'on peut dire que le législateur qui omet d'agir lorsqu'il y a péril, n'agit pas en bon père de famille.* Je pense notamment à l'abstention d'agir lorsque le pays est menacé par des risques sur le plan de la sécurité, de la santé publique, de l'hygiène, de l'atteinte à l'environnement, etc. »⁸⁵.

Il convient toutefois de relever que si on admet que le juge peut vérifier le respect du devoir général de prudence par le législateur, son pouvoir de contrôle ne serait plus guidé par le critère *objectif* que constituent les normes supérieures de référence. Il s'agirait en effet pour le juge de la responsabilité de vérifier si le législateur s'est comporté en « bon père de famille ». Or, on est en droit de se demander si de telles appréciations – somme toute fort *subjectives* – sont compatibles avec le principe de la séparation des Pouvoirs. Ainsi, en vérifiant le respect par le législateur du

⁸⁰ Bruxelles, 4 juillet 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1195. C'est nous qui soulignons. L'expression « grave et caractérisée » s'inspire de la jurisprudence communautaire que nous avons abordée *supra* (voy. n° 17) et sur laquelle nous reviendrons *infra* (voy. n° 33).

⁸¹ Voy. *infra*, nos 31 à 34.

⁸² Selon Caroline VERBRUGGEN, la Cour ne s'est pas prononcée, dans l'arrêt commenté, sur la délicate question de l'application du principe général de prudence au Pouvoir législateur (Voy. C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 331).

⁸³ Voy. A. ALEN, « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 », *op. cit.*, pp. 99-100.

⁸⁴ En ce sens, voy. not. Y. THIELS et I. WOUTERS, *op. cit.*, p. 1547 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 412-413. Le professeur VAN OEVELEN semble convaincu de la soumission du législateur au principe général de prudence en dehors de la violation d'une norme particulière : « Premièrement, la Cour admet que le Pouvoir législatif, comme les deux autres Pouvoirs étatiques, est soumis aux règles juridiques de la responsabilité extracontractuelle et que le comportement du législateur peut être contrôlé en référence à la norme générale de prudence » (notre traduction) ; texte original : « In de eerste plaats aanvaardt het Hof dat de wetgevende macht, zoals de twee anderen staatsmachten, onderworpen is aan de rechtsregelen van de buitencontractuele aansprakelijkheid en dat het doen en laten van de wetgever getoetst kan worden aan de *algemene zorgvuldigheidsnorm* » (A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 1126 ; c'est nous qui soulignons). Rusen ERGEC estime que « le législateur est dorénavant assujéti, à l'instar de l'administration, au droit commun des articles 1382 et 1383 du code civil. Il est donc logique que le standard du bon père de famille fasse son irruption dans l'arrêt du 28 septembre 2006, permettant au juge judiciaire d'apprécier si une omission ou une action du législateur est 'adéquate ou suffisante' » (Voy. R. ERGEC, *op. cit.*, p. 441).

⁸⁵ Voy. les conclusions précitées, *J.T.*, 2006, p. 599. C'est nous qui soulignons.

devoir général de prudence, le juge pourrait-il, le cas échéant, mettre la responsabilité du législateur en cause parce que celui-ci n'aurait pas – contrairement à ce qu'aurait fait (aux yeux du juge) un bon père de famille – accordé suffisamment de crédits budgétaires pour assurer la mise en œuvre d'une politique donnée ?⁸⁶ Aussi, pour prendre un autre exemple, le choix des critères retenus par le Parlement pour le vote d'une loi de naturalisation pourrait-il être considéré par un juge comme incompatible avec le principe général de prudence ?

Plusieurs auteurs estiment que le risque d'arbitraire est réduit par le fait que les hypothèses où le juge ne serait pas en mesure de fonder son raisonnement sur une norme hiérarchiquement supérieure à la loi serait extrêmement rares⁸⁷. Le foisonnement des normes supralégislatives implique que les législateurs nationaux sont soumis, dans presque chaque matière, à l'une ou l'autre règle. Le juge de la responsabilité trouverait très souvent, au sein de ces normes, une base pour exercer son contrôle, de sorte qu'il ne lui serait pas nécessaire de recourir au critère du *bonus pater familias*. On peut toutefois penser que le risque d'arbitraire réside justement dans la difficulté de définir les hypothèses où la responsabilité de l'État législateur pourrait être engagée sur ce fondement : en effet, plus une hypothèse est exceptionnelle, plus il est difficile d'apprécier ce qu'aurait fait un bon père de famille placé dans des circonstances analogues. Enfin, il ne faut pas méconnaître que le législateur, agissant dans les limites – déjà étroites – des normes supralégislatives auxquelles il doit se conformer, doit encore disposer d'une certaine marge de manœuvre politique : cette observation est fondamentale car toute forme d'élection suppose la possibilité pour les différents partis en lice, de poursuivre des programmes *différents*. Le jour où une seule voie demeurerait ouverte au législateur, la composition législative du Parlement aura perdu son sens, et avec elle, la démocratie.

B. Les thèses en présence dans la doctrine et la jurisprudence

31 – Nous venons de montrer comment la notion de faute au sens de l'article 1382 du code civil, avec ses deux acceptions, pourrait être adaptée à l'hypothèse de la faute du législateur. L'étape suivante de notre raisonnement consiste à nous demander *dans quelle mesure* ce schéma doit être appliqué. En d'autres mots, il s'agit à présent de savoir si ce régime doit être transposé intégralement ou si la nature particulière de l'auteur de la faute doit conduire le juge à l'appliquer selon des modalités particulières. Face à cette question, la doctrine est divisée. Le professeur VAN DROOGHENBROECK, pour synthétiser ce débat, a réparti les idées selon trois modèles (n^{os} 32 à 34)⁸⁸.

a) Le modèle « communautaire »

32 – La première tendance consiste à s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à la responsabilité des pouvoirs publics⁸⁹. Celle-ci exerce une influence certaine sur le développement de cette matière en droit belge⁹⁰. Dans une affaire où la norme communautaire prétendument violée laissait une marge de manœuvre aux États membres, la Cour de Luxembourg a jugé qu'« un droit à réparation est reconnu par le droit communautaire

⁸⁶ À ce sujet, on notera que la Cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 9 février 1984, a considéré que l'État avait commis une faute en ne prévoyant pas les crédits nécessaires pour la construction d'une station d'épuration (Voy. Liège, 9 février 1984 et obs. B. JADOT, *J.T.*, 1985, p. 320).

⁸⁷ Voy. J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 435 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.* p. 413.

⁸⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 405-407.

⁸⁹ À ce sujet, voy. not. G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 413 pages.

⁹⁰ Voy. *supra*, n^o 17.

dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la *violation* soit *suffisamment caractérisée*, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées »⁹¹. La Cour de justice a précisé que « le critère décisif pour considérer qu'une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la *méconnaissance manifeste et grave*, par un État membre comme par une institution communautaire, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation »^{92 93}.

Certains auteurs plaident pour l'alignement du régime de la responsabilité du législateur sur ce *modèle communautaire* ⁹⁴. D'autres sont plus nuancés : ainsi, les professeurs VERDUSSEN et VAN COMPERNOLLE indiquent que « la faute ne peut être reprochée au pouvoir législatif qu'à la condition d'être dûment avérée et suffisamment caractérisée »⁹⁵. Ils ajoutent cependant qu'« une faute caractérisée est une faute qui, *sans être nécessairement manifeste et grave* – au sens de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – est une faute dont le caractère répréhensible apparaît clairement et sans ambiguïté »⁹⁶. Le professeur ALEN estime quant à lui que la notion de « violation suffisamment caractérisée » de la jurisprudence communautaire « ne se confond pas avec la notion de faute »⁹⁷ au sens de l'article 1382 du code civil belge.

Dans la même lignée, le professeur VAN DROOGHENBROECK estime que la Cour de cassation n'aurait pu, dans l'arrêt du 28 septembre 2006, appliquer les critères de la jurisprudence communautaire : « Ainsi parvenues au constat que la violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme était imputable à une carence législative, les juridictions saisies en l'espèce ne pouvaient que décider que ladite carence était fautive, au sens des articles 1382 et 1383 du code civil, et, par conséquent, engageait la responsabilité de l'État belge. Toute autre solution, qui eût par exemple consisté à subordonner l'indemnisation de la victime à la démonstration supplémentaire du caractère 'manifeste et grave' de la carence législative dénoncée, n'aurait pas été conforme à la manière dont la jurisprudence de Strasbourg envisage et impose, dans la matière, la disponibilité d'un recours indemnitaire effectif »⁹⁸.

b) Le modèle « exécutif »

33 – Deuxième modèle de pensée, l'application des articles 1382 et suivants du code civil à l'État législateur peut être envisagée en référence au *modèle exécutif*. Selon cette tendance, c'est alors le régime développé par la jurisprudence dans les affaires où la responsabilité de l'*administration* est mise en cause qui tient lieu de balise⁹⁹.

⁹¹ C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, Rec., 1996, II, p. 1131, considérant n° 51. C'est nous qui soulignons.

⁹² *Idem*, considérant n° 55. C'est nous qui soulignons.

⁹³ Si on se réfère à la terminologie employée en droit civil, ne pourrait-on pas comparer les conditions d'engagement de la responsabilité civile en droit communautaire à la notion de *faute lourde*? En ce sens, G. VANDERSANDEN, « Le droit communautaire », in G. VANDERSANDEN et M. DONY, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁹⁴ Voy. not. M. UYTENDAELE, *op. cit.*, pp. 1560 et 1564.

⁹⁵ M. VERDUSSEN ET J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 434.

⁹⁶ *Ibidem*. C'est nous qui soulignons.

⁹⁷ A. ALEN, « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 », *op. cit.*, p. 101.

⁹⁸ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 395-396.

⁹⁹ Cette jurisprudence a été initiée par l'arrêt *La Flandria*, évoqué *supra*, n° 8.

Lorsqu'une illégalité est commise par un organe du Pouvoir exécutif, la jurisprudence est claire : « 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 soit une disposition de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, soit des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause du dommage »^{100 101}. En principe donc, toute violation d'une norme supérieure constitue une faute¹⁰². Par ailleurs, la responsabilité de l'administration peut aussi être engagée pour une violation du principe général de prudence¹⁰³.

Pour une partie de la doctrine, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 laisse présager une transposition du modèle exécutif au contexte de la responsabilité de l'État législateur¹⁰⁴. Le Premier avocat général LECLERCQ, dans ses conclusions précédant l'arrêt commenté, semble favorable à cette thèse¹⁰⁵. Selon le professeur ERGEC, le législateur devrait s'inspirer de cette jurisprudence et créer un régime spécifique de responsabilité de l'État pour la faute commise par le législateur¹⁰⁶.

c) Le modèle « judiciaire »

34 – Enfin, la troisième tendance consiste à s'inspirer du modèle *judiciaire*. Comme nous l'avons déjà relevé, la jurisprudence *Anca* n'implique pas que toute erreur de droit commise par un magistrat engage la responsabilité de l'État¹⁰⁷. En droit belge, le régime de la responsabilité civile de l'État pour la faute commise dans sa fonction juridictionnelle est donc plus souple que celui appliqué à la faute de l'administration. Lorsqu'une illégalité est commise par un magistrat, l'État peut donc s'exonérer de son obligation de réparer le dommage causé par l'acte illégal en démontrant qu'il n'y a pas eu de violation d'une « norme juridique établie ». Le professeur UYTENDAELE note qu'« il suffit que l'interprétation [de la norme] fasse l'objet de controverses jurisprudentielles ou doctrinales pour qu'elle ne soit pas considérée comme établie et, partant, que l'État dans l'exercice de sa fonction judiciaire, soit exonéré de toute responsabilité »^{108 109}. Le contrôle effectué par le juge porte sur une erreur manifeste d'appréciation¹¹⁰. Dans sa fonction

¹⁰⁰ Cass., 14 janvier 2000, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 2000, I, n°33, p. 102

¹⁰¹ Le caractère fautif de toute illégalité commise par l'administration est affirmé par la Cour de cassation depuis 1980 (Voy. Cass. 19 décembre 1980, *S.A. Rederij Victor Huygebaert c. État belge*, Pas., 1981, I, p. 453).

¹⁰² La théorie de l'unicité de l'illégalité et de la faute est toutefois remise en cause, notamment par S. VAN DROOGHENBROECK (Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 408-411). À ce sujet, voy. aussi D. DE ROY, *La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration: unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute?*, in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Chartre, 2007.

¹⁰³ Voy. à ce propos H. VANDENBERGHE, « Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht », in H. VANDENBERGHE (éd.), *op. cit.*, pp. 36-60.

¹⁰⁴ R. ERGEC, *op. cit.*, p. 440 ; M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 1560.

¹⁰⁵ Voy. les conclusions précitées, *J.T.*, 2006, p. 599 et *supra*, n° 30.

¹⁰⁶ R. ERGEC, *op. cit.*, p. 441. Selon l'auteur, ce régime ne devrait pas permettre au juge de condamner l'État à réparer le dommage causé par la violation d'une disposition *constitutionnelle* par le législateur, puisque le juge judiciaire s'interdit de vérifier la constitutionnalité des normes législatives. À défaut d'une telle réserve, on risquerait de porter atteinte aux compétences de la Cour constitutionnelle.

¹⁰⁷ Voy. *supra*, n° 9.

¹⁰⁸ M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 1559.

¹⁰⁹ Voy. aussi en ce sens, Bruxelles, 8 décembre 1999 (*J.T.*, 2000, p. 338). Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Bruxelles a estimé que le juge ne pouvait être réputé avoir commis une faute en appuyant son raisonnement sur une thèse qui ne recevait qu'une approbation partielle d'une doctrine et d'une jurisprudence autorisée.

¹¹⁰ Y. THIELS et I. WOUTERS, *op. cit.*, p. 1538.

juridictionnelle, l'État ne serait donc soumis qu'à une obligation de moyen, alors que, dans sa fonction administrative, il se verrait imposer une obligation de résultat¹¹¹.

Certains auteurs estiment que la Cour de cassation astreint les Pouvoirs législatif et exécutif au même régime parce que leur activité est comparable : tous deux agissent dans la sphère politique¹¹². L'activité du Pouvoir judiciaire, d'un autre ordre (car ne relevant pas de la sphère politique), mériterait quant à elle un régime moins sévère. Le professeur DELPÉREE a rapproché les Pouvoirs législatif et exécutif en soulignant la proximité des fonctions de *légiférer* et de *réglementer* : « pour celui qui entend faire abstraction un instant du cadre constitutionnel dans lequel le problème se pose, le règlement passe, en effet, pour être une loi 'matérielle' ou 'secondaire' qui n'a peut-être pas le même degré d'efficacité que la loi mais qui est de la même nature qu'elle »¹¹³. Le professeur ALEN se demande toutefois si il ne conviendrait pas « d'accorder au législateur une marge d'appréciation plus large, compte tenu de son rôle dans un État démocratique »¹¹⁴.

D'un autre côté, le modèle développé par la jurisprudence *Anca* est plus proche des règles développées, en matière de responsabilité extracontractuelle, par la Cour de Justice des Communautés européennes¹¹⁵. Comme nous l'avons vu, selon la juridiction luxembourgeoise, la violation d'une norme juridique supérieure n'implique pas nécessairement une faute. Il n'est donc pas impensable que, guidées par les standards de la jurisprudence communautaire, les juridictions belges aient recours à des critères plus souples, qu'elles pourraient emprunter au *modèle judiciaire*.

35 – Selon le professeur ALEN, « la jurisprudence ne fournit aucune définition univoque de la notion de faute »¹¹⁶. Malgré les nombreuses dissensions, l'arrêt du 28 septembre 2006 réunit la doctrine sur un point au moins : la Cour de cassation a prononcé une décision relativement imprécise. Il semble donc difficile de construire, sur le fondement de ce seul arrêt, un régime général de responsabilité extracontractuelle qui serait désormais applicable à la faute de l'État législateur. Autrement dit, la manière – rigide ou souple – avec laquelle il convient de manipuler la notion de faute dans ce contexte particulier demeure *incertaine* à ce jour.

Sous-section 3. La réparation du dommage

36 – Toute action en responsabilité vise à obtenir la réparation d'un dommage subi. En application de l'article 1382 du Code civil, le juge condamne l'auteur de la faute qui a causé ce dommage à le réparer. Nous précisons avant tout les limites de notre examen en distinguant les notions de *réparation* et de *prévention* du dommage (n° 37). Comme nous l'avons fait pour la notion de faute, il conviendra de rappeler les principes de droit civil qui régissent la question de la réparation (n° 38). Après un détour par le droit communautaire (n° 39), nous essayerons de délimiter la substance de l'obligation de réparation qui pèse sur l'État lorsqu'un dommage a été causé par la faute du Pouvoir exécutif (n° 40) ou par la faute du Pouvoir judiciaire (n° 41). Enfin, en confrontant ces divers éléments, nous nous demanderons dans quelle mesure et par quel biais

¹¹¹ M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 1559.

¹¹² *Idem*, p. 1560.

¹¹³ F. DELPÉREE, « L'obligation de réglementer », obs. sous Cass., 23 avril 1971, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 9-39, ici p. 20.

¹¹⁴ A. ALEN, « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 », *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁵ Voy. *supra*, n° 32.

¹¹⁶ A. ALEN, « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 », *op. cit.*, p. 99.

le dommage causé par la faute du législateur devrait être réparé si la responsabilité de l'État était établie pour la commission d'une telle faute (n° 42).

a) *Distinction entre les notions de « réparation » et de « prévention » du dommage*

37 – La question de la *réparation* est abordée par l'arrêt du 28 septembre 2006 de la Cour de cassation. La Haute juridiction ne s'exprime pas, en revanche, à propos de la notion de *prévention*. Les deux concepts peuvent certes être rapprochés dans une certaine mesure, puisqu'ils s'articulent l'un comme l'autre autour de la notion de dommage. Il nous semble toutefois essentiel de les distinguer. En effet, alors que la réparation, pour être ordonnée par un juge, suppose l'existence d'un dommage légitime, personnel et *certain*¹¹⁷, la prévention vise quant à elle un *risque* de préjudice. Il s'agit donc de deux mécanismes qui jouent un rôle fondamentalement différent : l'objectif du premier est de remédier à un préjudice existant tandis que par le second on cherche précisément à éviter qu'un dommage ne naisse.

En matière de responsabilité des pouvoirs publics, le droit positif belge connaît un certain nombre de techniques qui permettent de prévenir le dommage que l'État est susceptible de causer. Celui qui se prétend lésé par un acte ou un règlement administratif peut en demander la suspension au Conseil d'État¹¹⁸. À l'égard de l'administration toujours, le juge judiciaire est en outre compétent pour prendre des mesures provisoires en application des articles 1382 du code civil et 584 du code judiciaire¹¹⁹. L'article 159 de la Constitution offre par ailleurs au juge un moyen efficace pour écarter l'application des actes du Pouvoir exécutif lorsque ceux-ci sont contraires à des normes hiérarchiquement supérieures. L'idée d'une prévention par le Pouvoir judiciaire du dommage que pourrait causer le *législateur* nous paraît en revanche critiquable, non seulement parce qu'elle impliquerait une très forte restriction de la liberté des Assemblées démocratiquement élues, mais surtout, parce que *de lege lata*, elle nous semble difficilement envisageable. Le seul instrument mis à la disposition des justiciables par le droit positif est la demande en suspension de la norme législative devant la Cour constitutionnelle¹²⁰. Le juge judiciaire est en revanche incompétent pour suspendre les effets d'une loi en vue de prévenir la réalisation d'un dommage. Dans l'arrêt du 12 février 1998, rendu dans le cadre de « l'affaire Francorchamps », la Cour d'appel de Liège reconnaît ainsi que « le juge des référés est sans juridiction pour connaître de la demande de suspension de la législation »¹²¹. La Cour d'appel ajoute qu'elle ne peut pas non plus écarter l'application de la loi pour certaines personnes, pour une zone géographique ou un événement particulier^{122 123}. Il semble en revanche que le juge judiciaire et le Conseil d'État disposent d'une certaine marge de manœuvre pour prévenir les dommages que risque de causer l'*administration*.

¹¹⁷ Voy. tout particulièrement L. CORNELIS et I. VUILLARD, « Le dommage », in X, *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2000, n° 8. On consultera également avec fruits les ouvrages généraux suivants : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 1964, tome deuxième, pp. 957 et s. ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1955, tome deuxième, pp. 133 et s.

¹¹⁸ Article 17 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État. En vertu de l'article 18 des lois coordonnées, le Conseil d'État peut en outre ordonner des mesures provisoires.

¹¹⁹ Voy. *infra*, n° 40.

¹²⁰ Voy. les articles 19 et suivants de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

¹²¹ Liège, 12 février 1998 et obs. F. ABU DALU, *J.L.M.B.*, 1998, p. 509.

¹²² Sur ce point, nous nous séparons de M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK qui envisagent le sursis à l'exécution de la loi comme une technique de *réparation* envisageable (Voy. M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 844-845). D'une part, le pouvoir qu'a le juge judiciaire à l'égard de l'administration ne nous paraît pas pouvoir être étendu au législateur ; d'autre part, même si on l'admettait, la suspension d'une norme est par excellence un moyen de *prévenir* un dommage et non de le *réparer*.

¹²³ *Idem*, p. 510.

Dans la présente note, la question de la *prévention* du préjudice ne sera pas examinée plus en profondeur et nous nous focaliserons dans la suite sur celle de sa *réparation*.

b) La notion de réparation en droit civil belge

38 – En droit civil belge, la victime a droit à la réparation intégrale de son dommage indépendamment de la gravité de la faute qui se trouve à son origine. Ce dommage peut être réparé de deux manières : *en nature* ou *par équivalent*. Concrètement, il appartient aux juges de rechercher les moyens les plus propres à réparer le dommage et leur appréciation est souveraine. La réparation en nature est celle qui correspond le mieux au but visé par le législateur. Il s'agit de rétablir la situation bouleversée par la faute d'un tiers, de remettre les choses dans leur pristin état. Chaque fois que cela est possible, le juge ordonne la réparation en nature¹²⁴. Cette solution se déduit en matière aquilienne, de la généralité du mot « réparation » employé dans l'article 1382 du code civil¹²⁵. Toutefois, la réparation en nature est dans de nombreuses hypothèses impossible à mettre en œuvre¹²⁶ ; le juge recourt alors, pour compenser le dommage, à la réparation par équivalent qui le plus souvent consiste en une somme d'argent à verser à la victime¹²⁷.

c) La réparation du dommage en droit communautaire

39 – Nous avons déjà souligné le rôle du droit communautaire dans le développement de la responsabilité des pouvoirs publics¹²⁸. Nous voudrions ainsi brièvement revenir sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg pour l'examiner sous l'angle de la réparation. En 1960, la Cour énonce déjà que, si elle arrive à la conclusion qu'un acte législatif ou administratif d'un État membre est contraire au droit communautaire, cet État doit *rapporter l'acte irrégulier et réparer les effets illicites* qu'il a pu produire¹²⁹. Le législateur peut ainsi être invité à modifier ses règles pour les rendre conformes au droit communautaire, voire à abolir certaines dispositions qu'il a édictées¹³⁰. La jurisprudence communautaire confie par ailleurs aux États membres le soin de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire. Par ailleurs, « les conditions, de fond et de forme, fixées par les diverses législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent les réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation »¹³¹. Il va de soi que ces contraintes réduisent considérablement la marge d'autonomie et d'appréciation souveraine du juge interne¹³².

¹²⁴ Voy. *Répertoire pratique du droit belge*, v° *responsabilité*, n° 1675.

¹²⁵ Voy. *Traité des Nouvelles*, 1962, t. V, vol. II, n° 4154.

¹²⁶ Tantôt parce que la réparation en nature est matériellement impossible (décès, certains dommages corporels, destruction d'une chose autre qu'une chose de genre...), tantôt parce que le débiteur refuse d'exécuter une obligation de faire ou de ne pas faire. Dans ce dernier cas, on parle d'impossibilité relative. L'astreinte que peut prononcer le juge (voy. les articles 1385*bis* et suivants du code judiciaire) permet parfois de remédier à ce problème.

¹²⁷ Voy. *Répertoire pratique du droit belge*, v° *responsabilité*, nos 1677 à 1680.

¹²⁸ Voy. *supra*, nos 17 et 32.

¹²⁹ C.J.C.E., 16 décembre 1960, *Jean-E. Humblet c. État belge*, *Rec.*, 1960, p. 1125.

¹³⁰ En ce sens, H. SIMONART, « La responsabilité du législateur en raison de la méconnaissance de normes supérieures de droit international », *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, pp. 345 et s.

¹³¹ C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e.a. c. République italienne*, *Rec.*, 1991, I, p. 5416.

¹³² En ce sens, G. VANDERSANDEN, « Le droit communautaire », in G. VANDERSANDEN et M. DONY, *op. cit.*, p. 49.

En d'autres termes, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, même si elle n'établit pas un régime précis de réparation du dommage causé par un comportement du législateur contraire au droit communautaire, oblige les États membres à assurer une réparation effective et substantielle de ces dommages. La Cour a donc fixé un *régime minimal* auquel l'État membre concerné doit se soumettre lorsqu'un justiciable lui demande de réparer le dommage causé par son irrespect du droit communautaire. Du point de vue du droit interne, il peut paraître cohérent d'étendre ce régime minimal aux hypothèses où la faute reprochée à l'État législateur ne constitue pas une violation d'une norme communautaire¹³³. Cette extension – qui n'est pourtant pas une nécessité logique – pourrait être guidée par le souci politique de garantir une certaine égalité entre les victimes d'un dommage causé par la faute du législateur, quelle que soit la nature de cette faute^{134 135}.

d) *La réparation du dommage causé par le Pouvoir exécutif*

40 – La compétence des cours et tribunaux sur le plan de la réparation du dommage causé par la faute de l'administration a évolué au cours du XX^{ème} siècle. Pendant longtemps, le contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics s'écartait sur ce point du principe général de droit civil : l'État ne pouvait être condamné qu'à une réparation *par équivalent*, c'est-à-dire à une indemnisation du dommage. Toutefois, depuis un arrêt du 26 juin 1980, la Cour de cassation admet que les pouvoirs publics puissent être condamnés à la réparation *en nature* : « les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à l'autorité administrative lorsque, aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée par un acte illicite de cette autorité, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à cette autorité les mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable »¹³⁶. Le professeur LEWALLE explique, à cet égard, que « la victime d'un dommage résultant d'un acte illicite a le droit d'en exiger la réparation en nature si elle est possible et ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit »¹³⁷.

Un pas supplémentaire est franchi par la Cour de cassation dans l'arrêt du 21 octobre 1982, dans lequel elle affirme que le pouvoir d'injonction peut être exercé par le juge des référés : le Pouvoir judiciaire est compétent « tant pour prévenir que pour réparer les lésions illicites d'un droit civil, quel que soit l'auteur de la lésion »¹³⁸. Il en résulte que « le juge, statuant en référé, dans les cas dont il reconnaît l'urgence, est compétent pour prendre au provisoire, à l'égard de l'administration, auteur d'une telle atteinte, les mesures nécessaires à la conservation des droits

¹³³ Nous avons envisagé *supra* (n^{os} 26 à 30) les différentes formes que peut prendre la faute du législateur.

¹³⁴ À côté du droit communautaire, la jurisprudence de la *Cour européenne des droits de l'homme* a elle aussi un impact sur la matière de la responsabilité extracontractuelle et notamment sur la question de la réparation du dommage. Dans le cadre de la présente note, nous n'en dirons toutefois que quelques mots. Lorsque la Cour de Strasbourg constate qu'un État membre viole la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, cet État doit mettre fin à cette violation et faire en sorte que les conséquences en soient, dans la mesure du possible, totalement effacées. À cela, il faut ajouter que l'article 41 de la Convention prévoit que « 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 ». Voy. not. H. SIMONART, « La responsabilité du législateur en raison de la méconnaissance de normes supérieures de droit international », *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, pp. 351 et s.

¹³⁵ À propos de la réparation du dommage en droit communautaire, voy. aussi H. VUYE, « Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht : een (te) grote stap ? », in H. VANDENBERGHE (éd.), *op. cit.*, pp. 154 et s.

¹³⁶ Cass., 26 juin 1980, *J.T.*, 1980, p. 707 ; *Pas.*, 1980, I, p. 1341, conclusions avocat général VELU ; *A.P.T.*, 1981, p. 127, obs. D. DÉOM ; *R.C.J.B.*, 1983, p. 173, obs. F. DELPÉRÉE.

¹³⁷ P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 339.

¹³⁸ Cass., 21 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 253. Dans le même sens, voy. Cass., 21 mars 1985, *J.T.*, 1985, p. 697, concl. VELU.

des particuliers»¹³⁹. Cette compétence du juge judiciaire doit être conciliée avec la compétence reconnue en 1991 au Conseil d'État de se prononcer lui aussi sur recours en référé, le *référé administratif*¹⁴⁰.

Malgré cet arrêt de 1982, Une différence essentielle demeurait toutefois entre la situation des pouvoirs publics et celle de la personne privée : jusqu'alors, la Cour de cassation estimait que le principe général de continuité du service public se heurtait à la possibilité d'ordonner *l'exécution forcée* du jugement à l'encontre de l'État¹⁴¹. Un arrêt du printemps 1998 semble fragiliser ce dernier bastion. La Cour de cassation y décide que ce principe général de continuité du service public « tend seulement à assurer la permanence des institutions publiques et de leur fonctionnement »¹⁴². En l'espèce, elle casse l'arrêt de la Cour d'appel de Liège¹⁴³ parce que celle-ci a autorisé des mesures d'exécution forcée sans préciser que ces dernières « n'étaient pas de nature à entraver la continuité du service public »¹⁴⁴. *A contrario*, il semble qu'on puisse déduire de cette affirmation qu'à condition d'indiquer que l'exécution forcée de sa décision n'affecte pas la continuité du service public, un juge est *autorisé* à prononcer de telles mesures¹⁴⁵.

L'effritement du principe de l'immunité d'exécution a accessoirement pour effet d'augmenter l'efficacité du mécanisme d'*astreinte*. En effet, si les cours et tribunaux disposaient de la possibilité, créée en 1980¹⁴⁶, d'assortir leurs condamnations d'une astreinte¹⁴⁷, cette possibilité demeurait une « menace gratuite »¹⁴⁸ jusqu'en 1998. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 24 avril de cette année, cet obstacle semble partiellement levé.

e) *La réparation du dommage causé par le Pouvoir judiciaire*

41 – Avant de revenir au législateur, il nous reste à envisager la réparation du dommage causé par la faute du Pouvoir *judiciaire*. Dans son commentaire de l'arrêt du 19 décembre 1991 de la Cour de cassation, le professeur DALCQ estime qu'« en principe, dans toutes les décisions portant sur une condamnation au paiement d'une somme d'argent, le préjudice sera compensé par les intérêts qui

¹³⁹ *Pas.*, 1983, I, p. 253.

¹⁴⁰ Voy. les articles 17 et 18 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, tels que modifiés par la loi du 19 juillet 1991 (*Moniteur belge*, 12 octobre)

¹⁴¹ Voy. not. Cass., 26 juin 1980, *précité* : en substituant « les défendeurs à l'État dans l'exécution de la condamnation, le jugement méconnaît le principe général de la continuité du service public en vertu duquel les biens d'une personne publique ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution forcées » Voy. aussi F. DELPEREE, « L'administration responsable. Unité ou diversité ? », in R.-O. DALCQ *et alii*, *Responsabilité et réparation des dommages*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1983, pp. 105-106.

¹⁴² Cass., 24 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 674, obs. P. COENRATS et D. DELVAX.

¹⁴³ Liège, 10 mars 1997, *inédit*.

¹⁴⁴ Cass., 24 avril 1998, *op. cit.*, p. 674.

¹⁴⁵ En ce sens, P. COENRATS et D. DELVAX, *op. cit.* ; P. GOFFAUX, *L'ineexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 325 ; M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La Chartre, 2001, p. 82, note 274 ; P. LEWALLE, *op. cit.*, pp. 339-340. Cette jurisprudence a été confirmée quelques mois plus tard. Voy. Cass., 28 janvier 1999, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1999, I, n° 49, p. 102. Cette évolution est par ailleurs soutenue par l'intervention du législateur : la loi du 30 juin 1994 (*Moniteur belge*, 21 juillet) a introduit un article 1412*bis* dans le code judiciaire. Le principe d'insaisissabilité des biens des pouvoirs publics est affirmé au § 1^{er} de cette disposition. Un certain nombre de dérogations sont toutefois prévues au § 2.

¹⁴⁶ Le mécanisme de l'astreinte est organisé par les articles 1385*bis* et suivants du code judiciaire, introduits par la loi du 31 janvier 1980 (*Moniteur belge*, 20 février).

¹⁴⁷ En ce sens, P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 524.

¹⁴⁸ D. DEOM, « Le recours à l'astreinte », *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, p. 458. En 1991 (année de parution de l'ouvrage précité), l'auteur écrivait qu'« à défaut de d'exécution forcée, le prononcé d'une astreinte à charge de l'administration publique n'a donc qu'une portée symbolique : il souligne la nécessité de l'exécution du jugement, stigmatise le retard, alourdit les obligations encourues ».

seront normalement accordés par la décision réformant celle qui a été fautive. La partie lésée n'aura donc pas intérêt à introduire une nouvelle action en dommages et intérêts contre l'État »¹⁴⁹. De ce point de vue, la situation du justiciable diffère selon qu'il s'estime lésé par une décision judiciaire ou par un acte administratif ou législatif : dans le premier cas, il dispose d'un recours – l'appel¹⁵⁰ – qui lui permet non seulement d'obtenir l'anéantissement du jugement litigieux mais aussi le prononcé d'une nouvelle décision, laquelle est censée réparer les erreurs que les premiers juges auraient le cas échéant pu commettre¹⁵¹. En revanche, si une personne souhaite faire disparaître un acte administratif ou législatif de l'ordre juridique belge parce qu'il estime que cette norme lui cause un préjudice, il obtiendra éventuellement son annulation par le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle, mais ces Hautes juridictions n'ont pas compétence pour réformer l'acte annulé¹⁵².

Par la réformation d'un jugement, un juge peut donc parfois réparer le dommage causé par la faute d'un de ses collègues. Ne s'approche-t-on pas dans cette hypothèse de la réparation en nature que le droit civil accorde en principe à la victime ? La réparation par équivalent serait quant à elle allouée, à l'issue d'une action en responsabilité extracontractuelle, dans les cas où la réformation du jugement ne suffirait pas. À l'appui de cette thèse, on peut noter que le professeur DALCQ poursuit ainsi son commentaire : « un dommage réel n'existera que dans les cas où la décision jugée ultérieurement fautive aura créé une situation irréversible »¹⁵³.

Il ressort de la jurisprudence récente que lorsque la responsabilité des pouvoirs publics pour la faute d'un magistrat est engagée, le juge saisi de l'action condamne généralement l'État au paiement de dommages et intérêts¹⁵⁴.

f) La réparation du dommage causé par le Pouvoir législatif

42 – Au regard de ce qui précède, il semble qu'on puisse affirmer que les principes du droit civil relatifs à la réparation du dommage sont, avec certaines nuances, applicables à la responsabilité extracontractuelle des pouvoirs publics. À cet égard, il est intéressant de relever que déjà quelques années *avant* le prononcé de l'arrêt du 28 septembre qui fait l'objet du présente note, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Michel MAHIEU écrivaient que « conformément au droit commun de la responsabilité, le préjudice subi du fait *de la loi* pourrait être réparé en nature ou par équivalent »¹⁵⁵.

Dans son arrêt du 28 septembre 2006, la Cour de cassation estime, après avoir précisé qu'elle fonde son raisonnement sur les articles 1382 et 1383 du code civil, qu'un tribunal de l'ordre judiciaire qui a constaté l'existence d'une faute de l'État ou de ses organes dans l'exercice de la fonction législative peut condamner l'État « à *réparer* les conséquences dommageables qui en sont

¹⁴⁹ R.O. DALCQ, « La responsabilité de l'État du fait des magistrats. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 », *J.T.*, 1992, p. 452.

¹⁵⁰ Ceci ne concerne bien entendu que le dommage causé par un jugement prononcé en première instance et pour autant que l'on ne se trouve pas dans l'un des cas où le magistrat d'instance décide en premier et dernier ressort (art. 617 du code judiciaire). Si l'arrêt d'une cour d'appel, voire de la Cour de cassation, est à la source d'un dommage, sa victime ne pourra bien entendu pas en obtenir la réparation en appel.

¹⁵¹ Voy. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 300.

¹⁵² Sauf pour le Conseil d'État, lorsque celui-ci tranche un litige relevant de sa *pleine juridiction*. Le contentieux de pleine juridiction embrasse six hypothèses énumérées à l'article 16 des lois coordonnées sur le Conseil d'État : 1^o, 3^o, 4^o, 5^o, 6^o et 7^o.

¹⁵³ R.O. DALCQ, « La responsabilité de l'État du fait des magistrats... », *op. cit.*, p. 452.

¹⁵⁴ Voy. Bruxelles, 16 décembre 1999 et obs. Ch. PANIER, *J.L.M.B.*, 2000, p. 578 ; Bruxelles, 14 janvier 2000 et obs. A.L. DURVIAUX, *J.L.M.B.*, 2000, p. 589 ; Civ. Liège, 5 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 179.

¹⁵⁵ M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 844. C'est nous qui soulignons.

résultées »¹⁵⁶. Elle approuve ainsi la condamnation prononcée par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 4 juillet 2002¹⁵⁷ : l'État devra verser un euro de dommages et intérêts à titre provisionnel. Dans cette affaire, il semble que la réparation *par équivalent* était la seule envisageable : il est en effet matériellement impossible de réparer en nature l'écoulement du temps et le dépassement du délai raisonnable qui en résulte.

Cette constatation *en l'espèce* de l'impossibilité de réparer le dommage en nature ne permet toutefois pas d'affirmer que, d'une manière *générale* la Cour de cassation aurait exclu cette modalité de réparation dans le cadre de la responsabilité de l'État législateur. Cette thèse peut non seulement être confortée dans la perspective d'un rapprochement des régimes de responsabilité des Pouvoirs législatif et exécutif¹⁵⁸, mais on relève par ailleurs que les juges du fond ont été confrontés à des demandes de réparation en nature et y ont parfois répondu favorablement¹⁵⁹. Il n'est toutefois guère possible d'affirmer, à la lecture de l'arrêt du 28 septembre 2006 de la Cour de cassation, que le régime de réparation du dommage causé par la faute de l'administration, tel qu'il s'est développé dans le sillage de l'arrêt du 26 juin 1980 de la même Cour¹⁶⁰, pourrait être étendu *tel quel* à l'État législateur.

Conclusions

43 – En 1748, le baron DE MONTESQUIEU écrivait que « le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi »¹⁶¹. Trois siècles plus tard, l'arrêt commenté démontre que le rapport entre les Pouvoirs judiciaire et législatif ne se limite plus à ces paroles du juriste bordelais : le principe de la séparation des Pouvoirs ne garantit plus une immunité totale au législateur. Au contraire, une lecture assouplie de ce principe permet aux cours et tribunaux de mettre en cause la responsabilité civile de l'État pour la faute du législateur. Certains auteurs craignent ces évolutions¹⁶², tandis que d'autres leur accordent, du moins dans une certaine mesure, leur approbation¹⁶³.

¹⁵⁶ J.T., 2006, p. 606. C'est nous qui soulignons.

¹⁵⁷ Arrêt que nous avons présenté *supra*, n° 4.

¹⁵⁸ Plusieurs arguments en ce sens ont déjà été présentés *supra* au n° 34.

¹⁵⁹ Marianne DONY relève que le tribunal civil de Bruxelles, dans une décision (inédite) du 9 février 1990, a jugé, à propos d'un préjudice causé par la violation du droit communautaire par le législateur, que « le tribunal a le droit de donner à une autorité publique des injonctions soit négatives, soit même positives pour assurer la solution de contestations relatives à des droits subjectifs et assortir sa décision d'une astreinte ». Voy. M. DONY, « Le droit belge », *La responsabilité des pouvoirs publics*, *op. cit.*, p. 172.

¹⁶⁰ *Précité*, voy. *supra*, n° 40.

¹⁶¹ Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1779, p. 301.

¹⁶² R. ERGEC, *op. cit.*, p. 441 ; M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 1563-1564. Selon Pierre MOREAU, « le législateur étant composé d'élus de la nation, les juges sanctionnent (...) indirectement les 'citoyens-électeurs' en ce qu'ils n'ont pas mis au pouvoir des représentants capables de se mettre d'accord sur le vote de mesures susceptibles d'améliorer le service rendu aux 'citoyens-justiciables' » (Voy. P. MOREAU, *op. cit.*, p. 14241-4).

¹⁶³ M.-Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p.209 ; S. VAN DROOGENBROECK, *op. cit.*, p. 371 ; M. VERDUSSEN et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 434 ; A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, pp. 1126-1127 ; J. WILDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 1554. Selon Yannick THIELS et Inès WOUTERS, « cette évolution n'est pas étonnante lorsque l'on voit l'intervention croissante des pouvoirs publics dans tous les aspects de la vie des citoyens. La responsabilité qui y est attachée en est en quelque sorte la contrepartie, voire le contrepuissance. On ne peut que se réjouir de cette évolution qui va dans le sens d'une protection accrue des droits des citoyens et d'un équilibre nécessaire entre les pouvoirs de l'État et les droits des citoyens » (Voy. Y. THIELS et I. WOUTERS, *op. cit.*, p. 1548). Le professeur VAN OEVELEN, quant à lui, se réjouit de l'arrêt du 28 septembre 2006 « parce qu'il démontre d'une manière bien fondée et convaincante que le principe de la séparation des Pouvoirs n'empêche pas que les juridictions de l'ordre judiciaire jugent si l'État a commis dans l'exercice de sa fonction législative une faute par laquelle un dommage a été causé à un tiers et, le cas échéant, condamnent l'État à la réparation de ce dommage » (notre traduction) ; texte original : « omdat het op een goed onderbouwde en overtuigende wijze aantoonde dat het beginsel van de scheiding der machten er niet aan in de weg staat dat de rechtscollèges van de rechterlijke orde beoordelen of de Staat in de uitoefening van zijn wetgevende functie een fout heeft begaan waardoor aan een derde schade werd berokkend en, zo dat het geval is, de Staat veroordelen tot vergoeding van die schade » (Voy. A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 1126).

Flandria, Anca, Ferrara. On pourrait être tenté de décliner ces arrêts de la Cour de cassation pour la beauté de l'assonance. La réserve scientifique nous appelle toutefois à la prudence. Certes, chacune de ces décisions concrétise une étape importante dans le développement de la responsabilité des pouvoirs publics, et donc, de l'État de droit. Cependant, avant qu'on ne puisse parler avec précision du régime de la responsabilité de l'État pour une faute commise par le législateur, l'arrêt *Ferrara* auquel nous avons voulu consacrer la présente note devra être complété par d'autres décisions judiciaires ou – et ceci est souhaité par de nombreux auteurs¹⁶⁴ – par l'intervention du législateur lui-même. En attendant, l'incertitude règne tant en ce qui concerne la notion de *faute* à retenir dans le chef de l'État législateur¹⁶⁵ qu'à propos de la *réparation* qui pourrait être ordonnée par le juge lorsque sa responsabilité est établie¹⁶⁶.

Par ailleurs, même si la Cour de cassation emploie des termes relativement généraux, il importe de garder à l'esprit le *contexte très précis* dans lequel l'arrêt commenté a été prononcé. Cette décision marque l'issue d'un litige relatif au dépassement par les juridictions bruxelloises du délai raisonnable garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et intervient après plusieurs condamnations¹⁶⁷ du Royaume par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de la Convention précisément sur ce point¹⁶⁸. L'arrêt du 28 septembre 2006 pourrait donc n'être qu'une conséquence en droit interne de ces condamnations sur le plan international, de sorte qu'il est parfaitement possible que la Cour de cassation traite le législateur avec plus de souplesse, lorsqu'à l'avenir, elle sera saisie d'une question de responsabilité délictuelle étrangère à cette problématique particulière.

La question de la responsabilité extracontractuelle du législateur amène les constitutionnalistes à jongler avec des concepts de droit civil pour les adapter à leur matière. Tous ceux qui s'aventurent dans cette opération de transposition prennent des risques, mais y apportent aussi leur éclairage personnel. Par la présente note, nous avons modestement tenté de rassembler et de confronter les principales idées qui ont été développées dans les abondants commentaires que l'arrêt du 28 septembre 2006 a pu générer¹⁶⁹. Notre objectif est atteint si le lecteur est en mesure d'apercevoir les principaux enjeux qui gravitent autour de cette décision de la Cour de cassation et a pu s'imprégner des différentes positions doctrinales qui en découlent.

¹⁶⁴ Voy. not. R. ERGEC, *op. cit.*, p. 441 ; M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 1564 ; P. MOREAU, *op. cit.*, 14241 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 413 et s. ; M.-Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p. 205 ; A. ALLEN, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁵ Voy. *supra*, nos 24 à 35.

¹⁶⁶ Voy. *supra*, nos 36 à 42.

¹⁶⁷ Voy. not. C.E.D.H., arrêt *Dumont c. Belgique* du 28 avril 2005 ; C.E.D.H., arrêt *Robyns de Schneidauer c. Belgique* du 28 avril 2005 ; C.E.D.H., arrêt *Reyntiens c. Belgique* du 28 avril 2005 ; C.E.D.H., arrêt *Leroy c. Belgique* du 15 juillet 2005 ; C.E.D.H., arrêt *de Landsheer c. Belgique* du 15 juillet 2005 ; C.E.D.H., arrêt *Marien c. Belgique* du 3 novembre 2005 ; C.E.D.H., arrêt *Defalque c. Belgique* du 20 avril 2006.

¹⁶⁸ Voy. *supra*, n° 27.

¹⁶⁹ Voy. *supra*, note 2.