

La réparation du dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : à quel saint se vouer ?

Alexandre PIRSON
Assistant à l'Université de Liège
Avocat au Barreau de Liège

et

Martin VRANCKEN
Assistant à l'Université de Liège
Avocat au Barreau de Bruxelles

Introduction¹

1. Le contexte général. Depuis l'arrêt *La Flandria* rendu en 1920, la Cour de cassation permet à l'administré d'attirer la puissance publique en justice pour obtenir, sur la base de l'article 1382 du Code civil, réparation du dommage qui lui a été causé du fait d'une faute de l'administration.

Avant la réforme de 2014, lorsque la faute de l'administration donnant lieu à responsabilité de l'État correspondait à une illégalité que le Conseil d'État² avait sanctionnée, sur recours en annulation, le requérant dont le préjudice n'était pas totalement réparé par le prononcé de l'arrêt d'annulation n'avait d'autre possibilité que de s'adresser au juge judiciaire pour espérer obtenir le reliquat. Dans l'arrêt *La Flandria*, la Cour de cassation avait décrit les droits civils comme « tous les droits privés consacrés ou organisés par le Code civil ou les lois qui le complètent »³, de sorte que les contestations fondées sur l'article 1382 du Code civil relevaient sans hésitation de la compétence des cours et tribunaux. Aussi, toujours selon la Cour de cassation, « une contestation qui a pour objet la réparation pécuniaire de la lésion d'un droit, fût-il politique, relève de la compétence exclusive des tribunaux »⁴. Le Conseil d'État était donc impuissant à statuer sur les effets civils de ses décisions. S'ensuivait, après

¹ Les auteurs tiennent à remercier le Professeur Ann Lawrence DURVIAUX, Luc DONNAY, Joëlle PILORGE-VRANCKEN et Kevin MUNUNGU pour leur aide précieuse dans la rédaction de la présente contribution.

² Créé, pour rappel, en 1946.

³ Cass., 5 novembre 1920, *La Flandria*, *Pas.*, I, p. 193.

⁴ Cass., 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 513.

l'éventuelle annulation, une nouvelle épopée devant les cours et tribunaux pour le justiciable, longue et coûteuse, et dont l'issue n'était pas toujours heureuse⁵.

2. La réforme de 2014. Le dédoublement procédural imposé par le système de répartition des compétences existant n'était guère satisfaisant. Dans la doctrine, plusieurs auteurs ont souhaité une extension des compétences de la Haute juridiction administrative en ce sens⁶, même si les plus sceptiques n'ont pas été en reste⁷. Le Conseil d'État lui-même, par la voix de ses chefs de corps, semble avoir plaidé pour un élargissement de ses prérogatives⁸. Les efforts conjugués des partisans de la réforme ont porté leurs fruits : le constituant a révisé la Constitution en ce sens en 2014⁹ et, dans la foulée, le législateur a inséré un article 11*bis* dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État (ci-après « L.C.C.E. ») pour instaurer le mécanisme de l'indemnité réparatrice¹⁰. L'objectif poursuivi est de procurer au justiciable une économie procédurale et un gain de temps, dès lors qu'il n'est plus dans l'obligation, comme auparavant, de diligenter une nouvelle procédure devant un nouveau juge, qui serait alors chargé de réexaminer l'ensemble du dossier¹¹.

Ainsi, l'article 144 de la Constitution est désormais doté d'un second alinéa qui prévoit que le législateur peut habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à « statuer sur les effets civils de leurs décisions », par dérogation au premier alinéa qui réserve aux juridictions judiciaires la compétence de connaître des contestations ayant pour objet des droits civils.

L'article 11*bis* des L.C.C.E. prévoit quant à lui :

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

La demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité.

En cas d'application de l'article 38 [des L.C.C.E.], la demande d'indemnité doit être introduite au plus tard soixante jours après la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours.

⁵ On signalera simplement l'écueil du débat sur l'identité entre faute et illégalité, dans le cadre duquel, en présence d'un acte illégal de l'administration, cette dernière peut se prévaloir d'une cause exonératoire de responsabilité (erreur invincible, force majeure etc.) pour échapper à toute responsabilité (Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056). Sur l'état de cette question, voy. *infra*, n° 23.

⁶ Voy. notamment M. NIHOUL, « Il est temps de réformer le contentieux administratif », *C.D.P.K.*, 2007, p. 721, J. BOURTEMBOURG, « Pourquoi ne pas étendre les compétences du Conseil d'État au contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics pour faute consistant en un acte annulé ? », *Publicum*, n° 10, mai 2010.

⁷ Voy. *i.a.* D. LAGASSE, « Inconvénients de l'extension des compétences du Conseil d'État au contentieux de la responsabilité civile », *Publicum*, n° 10, mai 2010 ; C. STORCK, « De quelques perplexités d'un juge de l'ordre judiciaire », *Publicum*, n° 15, juin 2013, pp. 17-23.

⁸ Voy. Luc DONNAY, « Rapport sur la situation juridictionnelle belge destiné au séminaire organisé, les 1^{er} et 2 mars 2012, par l'ACA et ayant pour thème : 'Vers une plus grande efficacité des Hautes Cours administratives' », *C.D.P.K.*, 2012, pp. 143-153, ici p. 146, qui cite le memorandum du mois de juillet 2010 adressé par les chefs de corps du Conseil d'État au formateur du gouvernement fédéral.

⁹ Révision constitutionnelle du 6 janvier 2014, *Moniteur belge*, 31 janvier 2014.

¹⁰ Loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Moniteur belge*, 31 janvier 2014.

¹¹ Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/1, p. 6.

La partie qui a introduit la demande d'indemnité ne peut plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice.

Toute partie qui intente ou a intenté une action en responsabilité civile ne peut plus demander à la section du contentieux administratif une indemnité pour le même préjudice. »

3. Une coexistence des procédures, mais une absence de cumul. En l'état actuel du droit, le dualisme des juridictions, sur le plan de la réparation du dommage causé par un acte administratif illégal, est une réalité. Le législateur n'a pas entendu consacrer une concentration du contentieux devant un seul juge, comme cela existe dans certains systèmes judiciaires continentaux¹². Par conséquent, deux systèmes coexistent aujourd'hui, qui présentent certes des caractéristiques communes – le Conseil d'État, chargé par le législateur de dessiner les contours de l'indemnité réparatrice, ne part pas d'une feuille blanche –, mais ne sont pas moins différents. À cet égard, il convient d'ajouter qu'il est, encore aujourd'hui, difficile d'évaluer les apports de la réforme de 2014, dans l'attente d'un nombre critique d'arrêts du Conseil d'État qui accordent – ou refusent – au requérant une indemnité réparatrice¹³. En outre, coexistence ne signifie pas cumul. Nous le verrons plus loin, le choix d'une procédure exclut tout recours ultérieur à l'autre¹⁴. Cette exclusion réciproque pose question en ce qu'elle met sur pied d'égalité deux voies procédurales qui devraient répondre au même droit subjectif alors qu'elles ont en réalité un objet différent, mais cette question trouve sans nul doute réponse dans l'intention réelle du législateur¹⁵.

4. Une notion autonome, mais apparentée aux instruments existants. Comme nous venons de le dire, l'indemnité réparatrice est une notion *autonome*, tant en comparaison avec le contentieux de la réparation du dommage exceptionnel, organisé par l'article 11 des L.C.C.E., qu'avec l'indemnisation liée à la responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil.

L'article 11 des L.C.C.E. permet au Conseil d'État de se prononcer en équité sur les demandes d'indemnisation d'un dommage exceptionnel qui aurait été causé par une autorité administrative, mais sans qu'une faute lui puisse être imputée. L'autonomie du mécanisme de l'indemnité réparatrice vis-à-vis de ce contentieux est compréhensible. Les circonstances qui donnent lieu à indemnisation dans les deux contentieux sont radicalement différentes : l'indemnité réparatrice suppose à tout le moins une illégalité, à la différence de l'indemnité pour préjudice exceptionnel, qui est précisément octroyée dans les cas où l'autorité administrative n'a commis aucune faute. Certes, dans les deux cas, il est question d'une réparation par équivalent, déterminée en tenant compte des intérêts publics et privés en présence. Cependant, la référence à l'équité, présente à l'article 11 des L.C.C.E., a été volontairement omise à l'article 11*bis*¹⁶. Enfin, l'article 11 des L.C.C.E. a pour unique objet le dommage dont le caractère exceptionnel est démontré, contrairement à l'article 11*bis*, qui ne prescrit pas une telle condition.

En revanche, vis-à-vis de la responsabilité de droit commun, l'autonomie du régime de l'indemnité réparatrice laisse subsister des interrogations. Certes, le législateur a souligné que « l'indemnité réparatrice se distingue de la réparation du dommage sur la base des ar-

¹² M. PAQUES, « Le juge de l'annulation et l'indemnisation », *A.P.T.*, 2012/3, p. 234.

¹³ À l'heure où ces lignes sont rédigées, quelques arrêts ont été rendus par le Conseil d'État en la matière, dont un seulement où il accorde une indemnité réparatrice au requérant.

¹⁴ Voy. *infra*, n^{os} 17 et s.

¹⁵ Voy. *infra*.

¹⁶ Lors de l'élaboration de l'article 11*bis*, le législateur a en effet mis l'accent sur la nécessité de *réparer* le préjudice, qu'il a préférée à la notion d'équité (proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n^o 5-2233/1, p. 7). Cela étant, l'équité semble pouvoir revenir par la petite porte dès lors que le Conseil d'État doit tenir compte « de toutes les circonstances d'intérêt public et privé ».

tibles 1382 à 1386 du Code civil »¹⁷. Certes, lors des débats parlementaires qui ont conduit à l'adoption de l'article 11*bis* des L.C.C.E., il a été affirmé que l'indemnité réparatrice constituait « une notion autonome dont il convient de laisser au Conseil d'État le soin de dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence »¹⁸. Bref, un chèque en blanc, résume le professeur Bocken¹⁹.

Il ne peut toutefois être fait totalement abstraction de l'attraction que la jurisprudence développée par les juridictions judiciaires dans le cadre du régime de la responsabilité de l'administration du fait de l'illégalité d'un acte administratif, ainsi que la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'indemnisation du préjudice exceptionnel, sont appelées à exercer.

À ce jour, le Conseil d'État a reçu plusieurs demandes d'indemnité réparatrice. Le premier arrêt dans lequel il a fait droit à une telle demande a été rendu le 2 octobre 2015²⁰. Nous en reparlerons plus loin.

5. Plan de l'exposé. Après quelques considérations relatives à la révision de l'article 144 de la Constitution et à l'adoption, concomitamment, de l'article 11*bis* des L.C.C.E. (I), nous exposerons le champ d'application de la réforme (II) et les règles relatives à l'introduction de la demande et à son instruction (III). Plus spécifiquement, nous étudierons les implications du principe *electa una via* (IV). Les conditions de fond de l'indemnité réparatrice seront ensuite détaillées (V). Nous concluons en définissant ce que recouvre le concept même d'indemnité réparatrice (VI).

I. Une révision paradoxale de la Constitution

6. La nécessité d'une révision constitutionnelle. Avant de se pencher sur les grands principes de la réforme de 2014 en matière de responsabilité des pouvoirs publics du fait d'une illégalité commise par l'administration, et sur ses implications pratiques, on peut se poser la question de la nécessité d'une intervention du constituant pour permettre au Conseil d'État d'octroyer une indemnité réparatrice.

Plusieurs auteurs soutiennent que l'octroi au Conseil d'État de la compétence d'allouer une indemnité destinée à réparer le préjudice causé par l'illégalité d'un acte de l'administration n'aurait pas requis de révision de la Constitution²¹. Les articles 144 et 145 de la Constitution réservent le contentieux des droits civils et politiques aux cours et tribunaux, en habilitant toutefois le législateur à déroger à cette attribution pour le contentieux relatif aux droits politiques. Selon la Cour constitutionnelle, qui aurait été susceptible de juger de la constitutionnalité d'une telle attribution de compétence, un contentieux relève de la sphère des droits politiques s'il se trouve « dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique de l'État » qu'il se situe « en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article

¹⁷ Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/1, p. 6.

¹⁸ Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/1, p. 7.

¹⁹ H. BOCKEN, « Beter een vogel in de hand dan tien in de lucht ? De wijziging van art. 144 Grondwet en de bevoegdheid van de Raad van State om schadevergoeding toe te kennen », *T.O.O.*, 2013, pp. 428-438, p. 433.

²⁰ C.E., n° 232.416, *Legrand*, du 2 octobre 2015.

²¹ En ce sens, F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'État sur la responsabilité des pouvoirs publics », in François TULKENS et Joëlle SAUTOIS (coord.), *Actualités en droit public et administratif – La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 44.

144 de la Constitution »²². Il peut être allégué que l'indemnité réparatrice entre dans ce schéma. Le fait qu'elle constitue un mécanisme distinct des régimes existants plaide en ce sens²³. En instaurant une institution juridique autonome, le législateur n'a pas octroyé au Conseil d'État la compétence de statuer à proprement parler sur les « effets civils » existants mais une « nouvelle » compétence, distincte de celle que les cours et tribunaux détiennent, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La prise en compte de circonstances d'intérêt public et la responsabilité objective qui pèse sur l'administration qui aurait adopté un acte illégal dans le contentieux de l'indemnité réparatrice incitent à classer celui-ci parmi les droits politiques²⁴. Par ailleurs, le fait que le choix du justiciable de demander une indemnité réparatrice au Conseil d'État entraîne l'impossibilité de demander ultérieurement réparation du dommage devant le juge judiciaire²⁵, ne pose à cet égard pas de problème, puisque le droit subjectif (civil) à réparation n'est pas d'ordre public mais simplement impératif et que, par conséquent, le justiciable peut parfaitement y renoncer²⁶. La révision de la Constitution est donc, sur ce point, paradoxale ; en laissant les coudées franches au législateur, elle permet toutefois d'éviter des débats à l'issue incertaine devant la Cour constitutionnelle²⁷.

La révision de l'article 144 de la Constitution est paradoxale à un second titre car si elle est concomitante à la modification des L.C.C.E., les conceptions qu'elles semblent chacune consacrer, les tendances qu'elles impriment, ne semblent pas en parfaite adéquation²⁸. Nous y reviendrons plus loin.

²² C.A., arrêt n° 133/2001 du 30 octobre 2001. Selon la Cour de cassation, « une contestation qui a pour objet la réparation pécuniaire de la lésion d'un droit, fût-il politique, relève de la compétence exclusive des tribunaux », autrement dit a pour objet un droit civil (Cass., 16 décembre 1965, précité). Puisque c'est à la Cour constitutionnelle de juger de la constitutionnalité de l'attribution d'une telle compétence par le législateur au Conseil d'État, il nous semble plus évident de nous appuyer sur sa propre définition – dont on relèvera par ailleurs le caractère relativement souple (en ce sens, A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, p. 647).

²³ Comme nous le verrons plus loin, le système inauguré à l'article 11*bis* des L.C.C.E. n'est pas un régime de responsabilité à base de faute ; il n'a pas vocation à réparer intégralement le dommage ; les intérêts publics et privés peuvent moduler l'appréciation des conditions de fond de l'indemnité réparatrice, de même que son montant ; les délais d'introduction du recours (et leur incidence sur la détermination du préjudice subi) sont radicalement différents. On peut difficilement parler dans ce cas d'un droit subjectif de nature civile dans le chef du requérant (F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o. c.*, p. 58). *Contra* : H. BOCKEN, « Beter een vogel in de hand dan tien in de lucht ? De wijziging van art. 144 Grondwet en de bevoegdheid van de Raad van State om schadevergoeding toe te kennen », *op. cit.*, 2013, pp. 428-438, ici p. 431.

²⁴ Certains auteurs écrivent que l'octroi au Conseil d'État d'une compétence analogue à celle de la réparation intégrale sur la base de l'article 1382 du Code civil n'aurait pas été contraire à l'article 144 ancien de la Constitution (voy. notamment M. LEROY, « Propos sur le projet de réforme en discussion », *Publicum*, n° 15, juin 2013, pp. 26-27). La question de savoir si un contentieux – dans le cadre duquel l'administration serait une partie comme une autre – se trouverait « dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique de l'État » qu'il se situe « en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution », au sens où la Cour constitutionnelle l'entend, reste ouverte.

²⁵ Article 11*bis*, alinéas 4 et 5, des L.C.C.E.

²⁶ Comp. L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », à *paraître* p. 10, note 40.

²⁷ Dans la suite de ces observations et en comparaison avec la conclusion à laquelle nous sommes arrivés à propos de l'indemnité réparatrice, nous pouvons nous poser la question de savoir si la révision de l'article 144 de la Constitution était nécessaire pour permettre au Conseil d'État d'octroyer une *indemnité de procédure* à la partie victorieuse (article 30/1 des L.C.C.E.) (voy. M. BELMESSIERI, « L'indemnité de procédure devant le Conseil d'État », in *La justice administrative – Actes du colloque du jeune barreau de Bruxelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 164). Nous inclinons à penser que oui. En effet, l'indemnité de procédure tend à indemniser de manière forfaitaire un dommage bien défini. L'article 30/1 des L.C.C.E., qui prévoit ses modalités, ne prête pas attention à la qualité des parties à la cause et ne permet pas au Conseil d'État, à la différence de l'indemnité réparatrice, de tenir compte des circonstances d'intérêt public, de sorte que l'administration est logée à la même enseigne que les autres parties. Il nous paraît difficile de qualifier ce mécanisme comme relevant des droits politiques et ce, même si, formellement, ce n'est pas l'article 2022 du Code judiciaire qui est d'application. Aussi, la révision de la Constitution s'est sans doute avérée nécessaire pour ce point.

²⁸ En ce sens, I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil ? », in *La justice administrative – Actes du colloque du jeune barreau de Bruxelles*, Bruxelles, Larcier,

II. Le champ d'application de la réforme

A. Une réforme limitée au Conseil d'État, à l'exclusion des autres juridictions administratives

7. Une réforme limitée au Conseil d'État, à l'exclusion des autres juridictions administratives, fédérales comme fédérées. En vertu de la Constitution, le législateur ne peut habiliter que le Conseil d'État et les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions, à l'exclusion donc des juridictions administratives fédérées, créées par les Communautés et les Régions en application de leurs compétences implicites, de plus en plus nombreuses. La question se pose de l'opportunité d'une telle limitation²⁹. A cette première limitation s'en ajoute une deuxième, législative celle-ci, puisque, parmi les juridictions administratives fédérales, seul le Conseil d'État peut statuer sur les effets civils de ses décisions³⁰. Ces précisions étant faites, notre propos se concentrera donc sur la situation du justiciable qui aurait décidé de s'adresser au Conseil d'État pour obtenir l'annulation d'un acte ou d'une décision implicite de rejet. Quels changements concrets la réforme de 2014 apporte-t-elle à sa situation, en début de procédure ou, plus tard, lorsqu'il aura obtenu un arrêt d'annulation (ou constatant une illégalité) du Conseil d'État ?

B. L'indemnité réparatrice, accessoire du recours en annulation

8. La procédure sur laquelle la demande d'indemnité réparatrice peut se greffer. Toute procédure instruite par le Conseil d'État n'ouvre pas droit à l'indemnité réparatrice. La demande d'indemnité réparatrice ne peut en effet se greffer que sur une procédure en annulation. Sont ainsi exclus du mécanisme le contentieux de pleine juridiction, ou encore la cassation administrative. L'absence d'explication de cette exclusivité avait déjà été épinglée par la section de législation du Conseil d'État³¹, mais le législateur n'a manifestement pas souhaité revenir sur ce traitement particulier. L'ensemble du contentieux administratif n'est donc pas concerné par l'indemnité réparatrice. Ainsi, le préjudice issu d'une illégalité commise dans le cadre des élections relatives aux collectivités locales, par exemple, ne pourrait pas faire l'objet d'une demande d'indemnité réparatrice.

2015, pp. 194-195. A cet égard, on signalera le passage suivant des travaux préparatoires de la loi : « La circonstance que cette proposition de loi soit déposée concomitamment à la proposition de révision de l'article constitutionnel dont elle doit assurer l'application ne signifie évidemment pas que le législateur ne puisse fixer d'autres modalités que celles prévues par cette disposition » (*Doc. parl.*, Sénat, 2013-14, n° 2232/5, p. 94).

²⁹ I. MATHY, *op. cit.*, p. 196. On soulignera en outre que la création de nombreuses juridictions administratives fédérées tend à décharger le Conseil d'État d'une certaine masse de contentieux, notamment en matière d'urbanisme (V. THIRY, « Au pays de la ligne claire », *Publicum*, n° 15, juin 2013, p. 8). Dans les travaux préparatoires, on trouve une justification lapidaire : « La disposition proposée est limitée au niveau fédéral parce que les communautés et les régions n'ont actuellement pas explicitement le pouvoir d'instituer des tribunaux administratifs » (*Doc. parl.*, Sénat, 2013-14, n° 2232/5, p. 94).

³⁰ L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », *op. cit.*, p. 3. Le professeur Bocken voit cette limitation d'un bon œil : selon lui, toutes les juridictions administratives ne présentent pas des garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance vis-à-vis de l'exécutif, dédoublement fonctionnel oblige (H. BOCKEN, « Beter een vogel in de hand dan tien in de lucht ? De wijziging van art. 144 Grondwet en de bevoegdheid van de Raad van State om schadevergoeding toe te kennen », *op. cit.*, 2013, p. 430).

³¹ C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, pp. 7-8.

L'exclusivité accordée à la procédure en annulation implique-t-elle par ailleurs qu'une indemnité réparatrice ne puisse pas être demandée dans l'hypothèse où seule une suspension a été obtenue et où, pour une raison quelconque, la requête en annulation n'a jamais été introduite ? Le libellé de l'article 11*bis* semble limiter la réparation aux cas où la demande d'annulation a été formulée³². En outre, il n'est pas certain que l'accueil d'un moyen jugé sérieux suffise à établir un constat d'illégalité au sens de cette disposition, bien que l'arrêt *Legrand*, rendu le 2 octobre 2015, laisse une porte ouverte à cette éventualité³³. Aussi, dans certaines hypothèses particulières, le requérant pourrait, parce qu'il n'a pas introduit de requête en annulation en raison d'événements postérieurs à la suspension³⁴, ne plus pouvoir réclamer d'indemnité réparatrice et ce, alors qu'il a le cas échéant déjà obtenu une indemnité de procédure relative au volet objectif du contentieux, soit un autre « effet civil » attaché à une décision du Conseil d'État³⁵. La prudence recommande dès lors au requérant qui souhaite préserver l'option de l'indemnité réparatrice de toujours poursuivre l'annulation de l'acte, ne serait-ce que pour maximiser les chances qu'un constat d'illégalité soit consacré en bonne et due forme dans un arrêt du Conseil d'Etat.

Par ailleurs, l'acte attaqué faisant l'objet de la demande d'annulation sur laquelle se greffe la demande d'indemnité réparatrice ne peut être qu'« un acte, un règlement ou une décision implicite de rejet » visé à l'article 14, §§1^{er} et 3, des L.C.C.E. Il est permis de se demander pourquoi le législateur a cru pertinent de faire référence aux décisions implicites de rejet, sans se contenter de renvoyer aux « actes et règlements » visés à l'article 14, §§1^{er} et 3⁶, des L.C.C.E., mais l'économie du texte recommande de considérer que les deux champs d'application se recoupent entièrement.

Enfin, le caractère nécessairement accessoire, à la demande d'annulation, de l'indemnité réparatrice implique selon nous que le mécanisme n'est pas de nature à remettre en cause la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle la seule possibilité de faciliter une éventuelle action en réparation devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ne suffit pas pour établir l'intérêt à agir d'un requérant³⁷.

En dehors de la procédure en annulation introduite devant le Conseil d'Etat, seule la demande d'indemnité devant le juge judiciaire reste ouverte à l'administré pour que celui-ci puisse, le cas échéant, voir réparer le dommage qui lui a été causé en raison de l'illégalité d'un acte administratif.

³² Cette disposition ne prévoit en effet d'application de l'indemnité réparatrice que pour le requérant qui « poursuit l'annulation » d'un acte.

³³ C.E., n° 232.416, *Legrand*, du 2 octobre 2015. Il n'est en effet pas certain, à la lecture de l'arrêt, si c'est le moyen jugé sérieux dans le cadre de la procédure en suspension ou le retrait de l'acte attaqué dans les circonstances de l'espèce qui a amené le Conseil d'Etat à juger qu'une illégalité avait été « constatée ».

³⁴ Ce qui pourrait se justifier si, par exemple, à la suite d'une suspension en extrême urgence d'une décision d'attribution d'un marché public, le requérant renonce à solliciter l'annulation de cette décision en raison, notamment, d'une décision de retrait ou de renonciation au marché intervenue dans l'intervalle et non contestée en temps utile par les autres parties.

³⁵ Ce que le Conseil d'État a déjà pu appliquer dans le cadre du contentieux de suspension d'extrême urgence. Voy. par exemple C.E., n° 228.198, *S.P.R.L. Bultia Bar & Grill*, du 13 août 2014.

³⁶ En effet, d'autres actes administratifs implicites pourraient être concernés par une procédure en annulation introduite sur la base de l'article 14 précité. Nous pensons notamment ici à la confirmation d'un acte par l'effet de la loi, par exemple dans le cadre de recours en réformation prévu aux articles 40, § 8, et 95, § 8, du décret wallon du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, où la décision de première instance ou encore le rapport rendu par les fonctionnaires technique et délégué en cours d'instruction de la demande sont susceptibles de valoir décision en cas de silence de l'autorité administrative disposant du pouvoir décisionnel.

³⁷ Dans le cas contraire, l'institution de l'indemnité réparatrice serait susceptible d'influencer le sort de la demande d'annulation, ce qui serait peu compatible avec son caractère accessoire. Comp. F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, o.c., p. 69.

C. Le titulaire du droit de demander une indemnité réparatrice

9. L'identité du titulaire du droit à la réparation. L'article 11*bis* des lois coordonnées dispose que l'indemnité réparatrice peut être demandée par « toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation » d'un des actes susvisés. La voie de l'indemnité réparatrice n'est donc pas ouverte à la partie intervenante qui défend l'acte attaqué ou qui, de manière plus générale, pourrait faire valoir un autre intérêt que celui d'annuler l'acte. Autrement dit, le champ d'application *ratione personae* de la réforme est limité.

Il peut sembler logique de ne pas limiter le bénéfice de l'indemnité réparatrice au seul requérant lorsque plusieurs intervenants peuvent, aux côtés de celui-ci, se prévaloir d'un préjudice similaire lié à l'illégalité alléguée. Tout requérant « en puissance » se voit donc ouvrir ce droit.

Cependant, ne pas étendre ce droit aux autres parties intervenantes n'est pas sans poser certaines questions. En effet, le bénéficiaire d'un acte administratif, susceptible d'intervenir « en défense » de l'acte attaqué ne pourrait-il pas subir un préjudice lié lui aussi à l'illégalité ? Pourquoi le requérant pourrait-il bénéficier d'une voie procédurale directe pour demander l'indemnité liée aux conséquences d'une illégalité de pure forme alors que le bénéficiaire de l'acte, bien qu'il soit partie à la cause, ne le peut pas ?³⁸

Cette différence de traitement avait été identifiée par la section de législation du Conseil d'État, qui avait appelé de ses vœux une explication du législateur³⁹. Le législateur n'a pourtant pas étendu la titularité du droit à demander l'indemnité réparatrice, alors même que la nature du contrôle opéré par le Conseil d'État n'aurait en rien différé si la demande avait émané d'une partie intervenante en défense⁴⁰.

Le législateur n'a pas entendu s'étendre sur la différence de traitement identifiée et a invoqué l'objectif premier de la réforme, qui est uniquement de diminuer la lourdeur procédurale qui s'impose à « la partie qui a fait constater une illégalité par le Conseil d'État »⁴¹.

Il a été ajouté que l'exclusion de la partie intervenante en défense se justifiait par le fait que la faculté de demander l'indemnité réparatrice était l'accessoire de la demande d'annulation, les autres parties pouvant demander une réparation du préjudice lié à l'illégalité devant le juge judiciaire⁴².

³⁸ Tel pourrait être le sort de l'exploitant agricole qui doit pouvoir mettre en œuvre dans un certain délai un permis relatif à une extension d'exploitation agricole sans quoi, il n'obtiendra pas les subsides nécessaires à sa survie. Tel pourrait également être le sort de l'attributaire pour lequel remporter un marché public déterminé est prioritaire dans son planning, voire pour sa survie économique, alors que ce marché doit être recommencé pour un vice présent dans le cahier des charges ou encore le fonctionnaire nommé, à raison, dans le cadre d'une procédure viciée qui doit être recommencée et ce, aux torts de l'autorité administrative...

³⁹ La section de législation a en effet relevé dans son avis que le mécanisme « ne permet pas à un intervenant en défense – qui est généralement le bénéficiaire de l'acte attaqué et donc la personne qui souffre le plus de son annulation – de demander au Conseil d'État une indemnité en réparation du préjudice que lui cause l'annulation de cet acte en raison d'une illégalité à laquelle lui-même est le plus souvent étranger. Cela correspond bien à l'intention affichée dans les développements de la proposition mais il conviendrait que des explications soient données quant au fondement de cette différence de traitement entre les intervenants selon la thèse qu'ils soutiennent car il ne serait pas déraisonnable de porter devant le Conseil d'État tout le contentieux indemnitaire que suscitent ses arrêts d'annulation » (C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, p. 7).

⁴⁰ En effet, l'examen de l'existence d'un lien causal entre l'illégalité et le préjudice, ou encore de l'existence d'un dommage qui n'est pas forcément encore matérialisé (voy. *infra*) s'impose au Conseil d'État si le requérant sollicite l'indemnité réparatrice.

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

⁴² Lors des débats parlementaires, le secrétaire d'État aux réformes institutionnelles s'en est expliqué au Sénat : « S'agissant de l'observation 5 du Conseil d'État concernant le même article, le secrétaire d'État répond que la disposition proposée vise à éviter que la partie qui poursuit l'annulation d'un acte illégal ne doive ensuite s'adres-

On peut sans doute regretter que le bénéficiaire d'un acte administratif, qui n'est, la plupart du temps, responsable ni du contentieux amorcé, ni de l'illégalité constatée, doive se contenter de la seule option du recours en responsabilité de droit commun. Cette critique est en réalité inhérente au champ d'application du mécanisme et à son objectif de célérité. L'absence de mise en œuvre d'un acte liée à l'instruction d'une procédure en annulation devant le Conseil d'État et surtout, à l'annulation consécutive de l'acte, constituent, bien souvent, un préjudice pour son bénéficiaire. Celui-ci ne pourra cependant la plupart du temps être quantifié qu'une fois consommé⁴³. Dans cette dernière hypothèse, l'application de la procédure de responsabilité de droit commun est sans doute plus appropriée pour l'intervenant en défense.

Aussi, à supposer qu'il soit souhaitable que la Haute juridiction administrative soit compétente pour connaître du contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics au sens large, la création d'une procédure indemnitaire pour toutes les parties à une procédure menée devant le Conseil d'État serait probablement pertinente dans une optique d'égal accès au juge. Elle ne peut cependant être envisagée que dans le cadre d'une réforme plus globale dudit contentieux. En étendant le droit de solliciter une indemnité réparatrice à toute partie intervenante, le législateur pourrait encourager certains bénéficiaires à intervenir devant le Conseil d'État, ce qui permet parfois de mettre en exergue des éléments factuels déterminants du dossier.

III. L'introduction et l'instruction de la demande

A. Les délais

10. Le délai dans lequel demander l'indemnisation. L'article 11bis, alinéas 2 et 3, des L.C.C.E., dispose :

« La demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. »

En cas d'application de l'article 38, la demande d'indemnité doit être introduite au plus tard soixante jours après la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours. Il est statué sur

ser aux cours et tribunaux pour obtenir réparation du préjudice que cet acte lui a causé. En ce sens, la demande d'indemnité réparatrice constitue un accessoire de sa demande. Cet objectif touchant à l'économie de la procédure ne peut s'appliquer qu'à la seule partie qui a mu l'action ou à la partie qui s'y engage. Le bénéficiaire d'une autorisation se trouve en fait dans une situation distincte parce que son intervention dans la cause sert à attaquer la validité de l'acte. S'il s'avère que l'autorité lui a causé un préjudice en posant un acte illégal, une éventuelle indemnité réparatrice ne constitue pas un accessoire dans son chef et nécessite de ce fait d'engager une action distincte. En réalité, il n'est nullement privé du droit de former une telle action, étant donné que, comme aujourd'hui, il peut disposer de la faculté d'obtenir des dommages et intérêts devant les cours et tribunaux dans le cadre d'une procédure au civil » (Doc. parl., Sénat, 2013-14, n° 2232/5, p. 359).

⁴³ Telle est la situation du bénéficiaire de bonne foi d'un permis de lotir ou d'urbanisation qui, lorsque ce permis est attaqué devant le Conseil d'État, se gardera souvent de réaliser la vente de ses terrains tant que le Conseil d'État n'a pas statué sur le recours. Dans certains cas, l'écoulement du temps qui résulte le cas échéant d'une annulation consécutive à une illégalité qui ne remet pas en cause l'admissibilité du projet causera au bénéficiaire un préjudice qui ne pourra être quantifié qu'après l'évaluation de la durée totale du temps perdu et du préjudice économique y lié.

la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours ».

L'article 25/1 du règlement de procédure prévoit que l'indemnité réparatrice peut être demandée à trois moments différents de la procédure en annulation sur laquelle elle se greffe :

- en même temps que la demande d'annulation ;
- pendant la procédure en annulation ;
- au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt constatant l'illégalité ou clôturant le mécanisme de la boucle administrative⁴⁴.

Lorsque la demande d'indemnité est concomitante à la requête en annulation, elle peut être formulée dans le même acte que celui contenant la requête. Dans les autres hypothèses, la demande est formulée par requête séparée à n'importe quel moment de la procédure, et au plus tard soixante jours à partir de l'arrêt qui constate l'illégalité.

Un délai si bref ne manque pas d'étonner⁴⁵, en comparaison avec le délai ouvert au justiciable qui souhaite solliciter réparation sur la base de l'article 1382 du Code civil, même s'il est vrai que le point de départ du délai n'est pas identique⁴⁶.

En effet, dans ce dernier cas, l'administré dispose d'un délai de cinq ans⁴⁷ pour introduire son action en responsabilité civile, conformément à l'article 100, 1°, des lois coordonnées sur la comptabilité de l'État, à compter du moment où son dommage survient ou du moment où la réalisation future de celui-ci est établie selon des prévisions raisonnables et ce, même si l'étendue du dommage n'est pas encore précisément déterminable⁴⁸.

L'article 2244, alinéa 2, du Code civil (tel que modifié par la loi du 25 juillet 2008) prévoit par ailleurs que l'introduction d'un recours en annulation interrompt le délai de prescription de l'action civile y liée. Cette interruption permet au justiciable, le cas échéant, de disposer du temps nécessaire pour établir son dommage devant le juge civil. Cette interruption n'a cependant lieu qu'en cas de succès de la requête en annulation⁴⁹. En tout état de cause, en cas d'incertitude quant au sort de la demande d'annulation et au vu du risque de prescription de l'action en responsabilité en cas d'échec de la procédure en annulation, il est fréquent qu'un requérant introduise à titre conservatoire une action en responsabilité civile. Dans ce cas, l'affaire est la plupart du temps renvoyée au rôle le temps que le litige administratif aboutisse. Il conviendra de garder désormais à l'esprit que l'introduction d'un tel recours conservatoire devant le juge judiciaire implique la renonciation à l'indemnité réparatrice⁵⁰.

⁴⁴ Voy. cependant *infra*, note 119.

⁴⁵ En ce sens, I. MATHY, *o.c.*, p. 207 ; F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o.c.*, p. 66.

⁴⁶ La survenance du dommage ou l'arrêt qui constate l'illégalité, selon le cas. Toujours est-il que, dans la plupart des cas, le délai ouvert pour introduire une demande d'indemnité réparatrice sera plus bref que celui ouvert pour introduire une action aquilienne.

⁴⁷ Cette application spécifique d'un délai de prescription de cinq ans au contentieux de la responsabilité avait été avalisée par la Cour constitutionnelle, laquelle justifiait notamment la validité d'un tel délai au motif que le demandeur en réparation d'un préjudice lié à l'illégalité d'un acte n'était pas dans la même situation que le justiciable qui « se trouve dans l'impossibilité d'agir dans le délai légal parce que leur dommage ne s'est manifesté qu'après son expiration » (C. const., arrêt n° 85/2001 du 21 juin 2001, considérant B.10.3). Il n'est cependant pas certain que la Cour constitutionnelle avaliserait le délai applicable à l'indemnité réparatrice sur une base identique (voy. *infra*).

⁴⁸ Cass., 29 septembre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1760. Sur ceci, voy. C. DOYEN-BIVER, A. L. DURVIAUX, D. FISSE et J. SOHIER, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 25 et B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007 Vol.1, Dossiers du J.T.*, 2009, p. 447.

⁴⁹ En ce sens, voy. C. DOYEN-BIVER, A. L. DURVIAUX, D. FISSE et J. SOHIER, *o.c.*, pp. 25-26.

⁵⁰ Voy. *infra*, n^{os} 17 et s.

B. Les formalités à accomplir

11. Le formalisme de la demande d'indemnité. Le formalisme de la demande d'indemnité réparatrice se calque très fortement sur celui du contentieux de l'excès de pouvoir.

La demande d'indemnité peut ainsi être formulée dans la requête en annulation elle-même. Dans cette hypothèse, la requête envoyée au Conseil d'État doit contenir dans son intitulé, comme le prévoit l'article 25/2, § 1^{er}, du règlement de procédure, la mention « demande d'indemnité réparatrice » et respecter les exigences de forme d'une requête en annulation⁵¹.

Lorsque la demande d'indemnité réparatrice est formulée dans un acte distinct de la requête sur laquelle elle vient se greffer, l'article 25/2, § 2, du règlement de procédure prévoit que cette demande est formulée par voie de requête. Celle-ci doit respecter les exigences de forme suivantes⁵² :

- la mention « demande d'indemnité réparatrice » dans son intitulé ;
- la mention de « la référence du recours en annulation ou de l'arrêt auquel elle se rapporte ». Nous présumons que par ces termes, le règlement de procédure vise le numéro de rôle lié à la procédure en annulation ou, en cas d'arrêt déjà rendu par le Conseil d'Etat, la date et le numéro dudit arrêt ;
- la mention du nom, de la qualité, du domicile (ou du siège) et de l'éventuel domicile élu de la partie concernée ;
- la date et la signature de la partie concernée ou de son représentant ;
- un inventaire des pièces jointes à la demande⁵³ ;
- le cas échéant, les statuts de la personne morale qui sollicite l'indemnité⁵⁴ ;
- le cas échéant, les mentions relatives à l'emploi des langues visées à l'article 25/2, § 2, du règlement de procédure.

Récemment, le Conseil d'Etat a décidé de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application de ces exigences formelles en accueillant une demande d'indemnité réparatrice formulée pour la première fois dans un mémoire en réplique et n'incluant pas la mention ex-

⁵¹ Formulées notamment aux articles 2 et 3 du règlement de procédure.

⁵² Nous pouvons relever que l'article 25/2 du règlement de procédure n'impose pas expressément un nombre spécifique de copies certifiées conformes à joindre en cas de recours à la procédure « papier ». Toutefois, la sanction de non-enrôlement est évoquée à l'article 25/2, § 4, comme étant applicable « sans préjudice de l'article 3bis » du règlement de procédure, cette dernière disposition prévoyant l'obligation d'annexer à une requête le nombre de copies certifiées conformes requis. Par prudence, le requérant devrait dès lors veiller à appliquer l'article 85 du règlement de procédure et joindre le nombre de copies certifiées conformes y visées, cette disposition s'appliquant pour rappel « à toute requête ou mémoire ».

⁵³ Cette exigence a notamment été formulée à la suite d'une observation de la section de législation du Conseil d'Etat, qui a posé par ailleurs la question suivante : « *La question se pose également de savoir si un recours en annulation qui comporte une demande d'indemnité réparatrice devra être accompagné de deux inventaires distincts selon leur objet ou si tant les pièces relatives au recours en annulation que celles relatives à la demande d'indemnité réparatrice pourront faire l'objet d'un seul inventaire et, donc, être numérotées de façon continue.* » (C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, point 3.4.). Le rapport au Roi laisse à cet égard le choix au requérant d'utiliser ou non un inventaire unique en cas de demande conjointe. A notre sens, l'utilisation d'un inventaire unique n'est pas fondamentalement problématique, pour autant que l'intitulé des pièces permette d'identifier clairement leur objet. Cette pratique est par ailleurs déjà répandue dans les requêtes uniques (suspension et annulation), dans le cadre desquelles l'établissement du risque de préjudice grave et difficilement réparable, aujourd'hui remplacé par la condition d'urgence, était régulièrement appuyé par des pièces identifiées dans un inventaire commun.

⁵⁴ Par application de l'article 3, 4°, du règlement de procédure. Il doit ici être souligné que l'obligation pour un avocat de joindre un mandat conforme lorsque son client est une personne morale a été supprimée par l'arrêté royal du 28 janvier 2014 modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

presse, dans son intitulé, de « demande d'indemnité réparatrice », les autres exigences de forme précitées devant toutefois être respectées⁵⁵.

En tout état de cause, la demande d'indemnité réparatrice doit contenir, à tout le moins, le montant de l'indemnité à laquelle le demandeur prétend ainsi qu'un exposé en droit et en fait relatif aux trois éléments de fond à établir par lui, à savoir l'illégalité alléguée, le préjudice subi et le lien causal entre les deux.

Sur ce point, il convient que le demandeur d'indemnité soit vigilant vis-à-vis des exceptions qui pourraient être soulevées en lien avec l'exposé de ses griefs. En effet, si le Conseil d'État ne sanctionne les lacunes d'un exposé des faits que lorsque celui-ci empêche de cerner l'objet d'une demande⁵⁶, il est parfois plus sévère quand est soulevée, notamment, l'*exceptio obscuri libelli* en lien avec un moyen⁵⁷. Par analogie, le défaut d'exposé clair ou suffisant d'un des trois éléments de fond nécessaires pour obtenir l'indemnité réparatrice pourrait aboutir à rendre la demande irrecevable. À cet égard, il est évident qu'attendre que le constat d'illégalité soit opéré par le Conseil d'État constitue un atout évident pour éviter la critique qui consisterait à dénoncer le caractère obscur de l'exposé du fait générateur de l'indemnité.

L'article 25/2, § 4, alinéa 2, du règlement de procédure prévoit qu'en cas de non-respect du formalisme, le requérant dispose d'un délai de quinze jours pour régulariser les formes de sa requête, à la demande du greffe, sous peine de non-enrôlement.

Pour le civiliste, ces exigences de formes peuvent sembler contraignantes, comparativement à celles liées aux actes introductifs d'instance envisageables devant le juge judiciaire pour réclamer une réparation sur la base de l'article 1382 du Code civil. Elles sont toutefois familières à l'avocat qui agit régulièrement devant le Conseil d'État, et ne sont en tout état de cause pas plus contraignantes que les exigences formulées pour la procédure en annulation elle-même... Il faut évidemment y voir un avantage pour le justiciable et son conseil. En effet, la plupart du temps, l'avocat qui diligente la procédure en annulation est davantage familiarisé avec le formalisme du contentieux administratif.

12. Les droits de dossier. L'article 70, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, du règlement de procédure prévoit que les droits de dossier qui, pour rappel, ne sont plus taxés en débet⁵⁸, s'élèvent à un montant de 200 euros. Le demandeur d'indemnité doit donc s'acquitter d'un droit de dossier propre, que le Roi a institué à la suite d'une observation de la section de législation du Conseil d'État. Celle-ci n'identifiait pas quel motif justifiait l'absence de droits de dossier pour une demande d'indemnité réparatrice alors que les autres demandes envisagées dans le cadre de la réforme de 2014, et notamment l'intervention devant le Conseil d'État, nécessitent un tel paiement⁵⁹.

Il s'agit évidemment d'un des éléments à mettre dans la balance pour apprécier l'opportunité de solliciter l'indemnité réparatrice, à tout le moins lorsque le montant de l'indemnité escomptée n'est pas substantiellement élevé.

Le requérant doit-il également honorer un droit de dossier propre à l'indemnité lorsque la demande en indemnité est adressée dans le même acte que la requête en annulation ?

⁵⁵ C.E., n° 231.184, *Kaissoun*, du 11 mai 2015. Jugé que « si le mémoire en réplique ne porte pas l'intitulé 'demande d'indemnité réparatrice', il contient les autres mentions exigées par l'article 25/2, § 2, du règlement général de procédure ; qu'à moins de tomber dans un vain formalisme, la demande apparaît, sous cet aspect, recevable ».

⁵⁶ Voy. en ce sens M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^{ème} éd., Limal, Anthemis, 2011, p. 517 et jurisprudence y citée.

⁵⁷ L'*exceptio obscuri libelli* ne pouvant être soulevée afin de faire déclarer le recours irrecevable (C.E., n° 229.410, *Lazzara*, du 2 décembre 2014).

⁵⁸ Conformément à ce que prévoit désormais l'article 71 du règlement de procédure et à l'exception des droits de dossier liés aux requêtes introduites par des personnes morales de droit public, conformément à ce que prévoit l'article 68 dudit règlement.

⁵⁹ C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, point 3.

Cette solution semble logique, notamment au vu des commentaires émis dans le rapport au Roi de l'arrêté royal du 25 avril 2014 relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, qui précise que le formalisme lié à la demande d'indemnité réparatrice fait l'objet de conditions propres « dès lors que son objet est fondamentalement différent de celui du recours en annulation »⁶⁰. C'est en tout cas en ce sens qu'ont été rendus les premiers arrêts relatifs à l'indemnité réparatrice⁶¹.

Par ailleurs, il y a lieu d'avoir égard à l'article 70, § 1^{er}, alinéa 5, du règlement de procédure qui prévoit que les droits de dossier propres à la demande d'indemnité réparatrice sont rétrocédés au requérant lorsqu'un arrêt qui clôt la procédure en annulation rejette aussi la demande d'indemnité réparatrice au motif qu'aucune illégalité n'a été constatée. Le récent arrêt n° 231.330 en constitue une première application⁶².

Le régime des droits de dossier de l'indemnité réparatrice semble relativement comparable à celui des droits de greffe désormais applicables devant les juridictions judiciaires depuis la récente « réforme des droits de greffe » instaurée par la loi du 28 avril 2015 modifiant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe⁶³. En effet, depuis cette réforme, le demandeur d'indemnité qui introduit une action sur la base de l'article 1382 du Code civil doit, comme tout autre demandeur devant une juridiction judiciaire civile, s'acquitter du paiement d'un montant de droits de greffe préalablement à la mise au rôle de la demande.

Relevons, et ce n'est pas anecdotique, que l'introduction d'une déclaration *pro fisco* nécessite que la valeur du litige soit évaluée dès l'introduction de la demande⁶⁴. La circulaire ministérielle n° 2/2015 précise bien que le montant évalué doit correspondre « au montant finalement réclamé dans la demande principale »⁶⁵. Cette exigence implique évidemment que le demandeur ait pu évaluer adéquatement son dommage au moment de l'acte d'introductif d'instance. Elle risque d'être relativement contraignante lorsque le recours en indemnité est introduit à titre conservatoire, mais les interruptions de délai de prescription liées au contentieux devant le Conseil d'Etat sont de nature à réduire cette contrainte⁶⁶.

Quant aux montants des droits de greffe applicables aux demandes de réparation formulées sur la base de l'article 1382 du Code civil, ils dépendront de la valeur estimée du litige, le montant de 200 euros étant celui appliqué pour les litiges dont l'enjeu est situé entre 25.000 et 250.000 euros, ce qui rend le régime des droits de greffe assez comparable à celui des droits de dossier applicables devant le Conseil d'État.

⁶⁰ Rapport au Roi de l'arrêté royal du 25 avril 2014 relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, commentaire de l'article 8.

⁶¹ C.E., n° 231.330, *Stevens*, du 26 mai 2015 et C.E. n° 231.332, *Zeeuws*, du 26 mai 2015, ainsi que C.E., n° 231.184, *Kaissoun*, du 11 mai 2015, dans lequel le Conseil d'Etat juge que de nouveaux droits de dossier doivent être payés après l'arrêt statuant sur la demande d'annulation, mais préalablement au mémoire en réponse relatif à l'indemnité lorsque la demande d'indemnité réparatrice est introduite pendant l'instruction de la requête en annulation sur laquelle elle se greffe.

⁶² C.E., n° 231.330, *Stevens*, du 26 mai 2015.

⁶³ Loi du 28 avril 2015 modifiant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe en vue de réformer les droits de greffe, *Moniteur belge* du 6 juin 2015.

⁶⁴ Arrêté royal du 12 mai 2015 établissant le modèle de déclaration *pro fisco* visé à l'article 269 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 28 avril 2015 modifiant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe en vue de réformer les droits de greffe.

⁶⁵ Circulaire n° 2/2015, du 26 mai 2015, commentant la loi du 28 avril 2015 modifiant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe en vue de réformer les droits de greffe et l'arrêté royal du 12 mai 2015 établissant le modèle de déclaration *pro fisco* visé à l'article 269 du C. enreg. et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi précitée réformant les droits de greffe, p. 4.

⁶⁶ *Voy. supra*, n°10.

C. La perte d'intérêt en cours d'instance

13. La perte de l'intérêt en cours d'instance. Les auteurs de la proposition de loi à l'origine de l'article 11*bis* des L.C.C.E. ont affirmé sans ambiguïté :

« Dès lors que le Conseil d'État se voit investi de la compétence d'indemniser le préjudice subi du fait d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet, il lui reviendra donc en toute hypothèse de statuer sur sa légalité s'il est soutenu que le rejet [lire : l'illégalité] alléguée aurait causé un préjudice susceptible de donner lieu à une telle indemnisation »⁶⁷.

Par là, le législateur entend faire pièce à une jurisprudence constante du Conseil d'État – mais néanmoins contestée⁶⁸ –, selon laquelle l'intérêt doit non seulement exister dans le chef du requérant au moment de l'introduction de la demande, mais aussi tout le long de la procédure⁶⁹. En droit de la fonction publique, le Conseil d'État en tirait prétexte pour débouter les requérants, fonctionnaires qui avaient entre temps été admis à faire valoir leurs droits à la pension, au motif que ceux-ci ne tireraient plus aucun avantage de l'annulation d'une décision leur refusant par exemple une promotion⁷⁰. La perte d'intérêt en cours d'instance a déjà été également constatée dans l'hypothèse où le requérant, qui avait attaqué un refus d'octroi de permis d'urbanisme, a obtenu un permis sur une demande subséquente⁷¹. Dans pareilles hypothèses, pourtant, le requérant peut théoriquement établir qu'il a intérêt à obtenir l'annulation dans une perspective indemnitaire.

L'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, saisie par la présidente du Sénat pour avis, a relevé que le texte de la proposition de loi qui lui était soumise n'exprimait pas adéquatement cet objectif du législateur⁷², mais les parlementaires n'ont pas jugé utile de modifier le texte en ce sens⁷³. Les commentateurs de la réforme se sont interrogés sur l'attitude qu'adopterait la section du contentieux administratif à ce sujet, et ont émis quelques craintes à cet égard⁷⁴.

La section du contentieux administratif du Conseil d'État a confirmé ces craintes. Elle considère que l'article 11*bis* des L.C.C.E., qui évoque l'hypothèse de l'illégalité qui serait constatée dans le cadre d'un recours en annulation, sans que ledit recours aboutisse, ne justifie pas pour autant qu'elle poursuive l'examen de la demande d'indemnité réparatrice, si l'intérêt au principal n'est plus actuel.

Dans un arrêt rendu le 26 mai 2015, la neuvième chambre (néerlandaise) a en effet décidé, à propos d'une demande d'indemnité réparatrice introduite par un requérant qui, en cours d'instance, avait perdu son intérêt :

⁶⁷ Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/1, p. 8.

⁶⁸ Voy. not. F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o.c.*, p. 50.

⁶⁹ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e édition, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2011, p. 474.

⁷⁰ C.E., n° 140.256, *Dupont*, du 7 février 2005.

⁷¹ C.E., n° 229.630, *Brankaert*, du 18 décembre 2014.

⁷² Voy. C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, p. 7.

⁷³ On peut lire, dans le rapport fait au nom de la commission des Affaires institutionnelles : « Les auteurs de la proposition considèrent que le Conseil d'État, en combinant, d'une part, les notions de 'lésion' et/ou d'intérêt' de l'article 19 précité des lois coordonnées sur le Conseil d'État, telles qu'elles sont interprétées actuellement, et, d'autre part, l'article 11*bis* proposé, tel qu'il a été commenté par les réactions et les discussions en cours, est effectivement en mesure d'apprécier la légalité d'un acte administratif contesté, même si une évolution s'est produite dans la situation personnelle concrète du requérant. Les termes « lésion » et « intérêt » peuvent être interprétés de telle sorte que, compte tenu du dommage subi pouvant donner lieu à une indemnité réparatrice en application de l'article 11*bis*, le Conseil pourra aussi apprécier effectivement la légalité de l'acte attaqué, même si l'annulation de cet acte ne procure aucun avantage direct au requérant. Il n'y a dès lors pas lieu de procéder à une adaptation législative supplémentaire » (*Doc. parl.*, Sénat, 2013-14, n° 2232/5, pp. 358-359).

⁷⁴ F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o.c.*, p. 67.

« La demande d'indemnité réparatrice, qui constitue un accessoire du recours en annulation, n'est prise en considération selon [les textes applicables] que si une illégalité est constatée dans l'arrêt qui se prononce sur la demande en annulation (...). Le Conseil d'État n'est pas parvenu à un constat d'illégalité dans cet arrêt, qui clôt la procédure en annulation. La demande d'une indemnité réparatrice doit être rejetée. »⁷⁵

Dans un autre arrêt, rendu le même jour, la même chambre a affirmé, d'une manière davantage explicite :

« Enfin, l'intention prétendue du requérant d'introduire une demande en indemnité réparatrice ne sauvegarde pas non plus son intérêt à une annulation des décisions attaquées. Une telle demande ne constitue en effet pas une demande autonome mais forme un accessoire du recours en annulation. Elle n'est de toute manière pas prise en considération lorsque le recours en annulation, pour des raisons qui lui sont propres, est rejeté, sans que le Conseil d'État se soit prononcé sur l'illégalité de l'acte attaqué. »⁷⁶

Certes, dans ce second arrêt, le requérant n'avait pas introduit de demande d'indemnité réparatrice, mais en avait seulement émis l'intention. On pourrait donc se demander ce que le Conseil d'État aurait décidé si le requérant avait assorti son recours en annulation d'une telle demande, *ab initio*. Le premier arrêt cité semble clair à ce sujet : s'il ne prononce pas l'annulation de l'acte attaqué ou, à tout le moins, ne parvient pas à un constat d'illégalité, parce que le requérant a perdu son intérêt en cours d'instance, le Conseil d'État ne prendra pas en considération la demande d'indemnité réparatrice.

Aussi, lorsque le requérant risque de perdre son intérêt en cours d'instance, on lui déconseille d'introduire dès l'introduction du recours en annulation devant le Conseil d'État une demande d'indemnité réparatrice. Le risque est grand que la demande étant faite, toute action devant le juge judiciaire par la suite soit exclue.

D. L'instruction de la demande

14. La chronologie et les délais de traitement de la demande d'indemnité. Lorsque la demande d'indemnité réparatrice est introduite en même temps que la demande d'annulation, dans un acte séparé ou non, elle « peut » être instruite et jugée en même temps que la demande d'annulation. L'article 25/3, § 1^{er}, du règlement de procédure prévoit que cette possibilité n'est envisageable que si « le membre de l'auditorat désigné s'estime en possession de toutes les données utiles à cette fin ». Concrètement, si le requérant sollicite une indemnité réparatrice dans sa requête en annulation, les parties débattront sur cette demande spontanément dans leurs mémoires en réponse et en réplique et l'auditorat déterminera, dans son rapport, si le Conseil d'État peut ou non statuer sur la demande d'indemnité en même temps que sur l'annulation. L'introduction d'une requête « conjointe » permet donc une économie de procédure non négligeable.

Le rapport au Roi précise qu'en cas d'annulation ou de constat d'illégalité et lorsque l'auditeur n'a pas statué sur la demande d'indemnité, celle-ci est instruite de la même manière qu'une demande d'indemnité formulée postérieurement à la demande d'annulation. Il faut, nous semble-t-il, en conclure que le Conseil d'État ne dispose pas de la prérogative de statuer immédiatement sur la demande d'indemnité si l'auditeur a estimé ne pas être mesure de le faire lui-même.

⁷⁵ C.E., arrêt n° 231.330 du 26 mai 2015, *Stevens c. État belge e.a.*, pts 37-38 (traduction libre). Voy. aussi le pt 13.

⁷⁶ C.E., arrêt n° 231.332 du 26 mai 2015, *Zeeuws c. Région de Bruxelles-Capitale*, pt 15 (traduction libre).

Lorsque la demande est formulée en cours d'instance, son examen est tenu en suspens jusqu'à l'arrêt qui statue définitivement sur le recours en annulation. L'article 25/3, § 4, du règlement de procédure prévoit que dans cette hypothèse et dans celle où une requête en indemnité est introduite après l'arrêt constatant l'illégalité, les échanges de mémoires débutent après le paiement des droits de dossier⁷⁷ et l'envoi, par le greffe, de la demande d'indemnité à la partie adverse et ce, consécutivement à l'arrêt constatant l'illégalité.

Les délais d'échanges de mémoires correspondent à ceux pratiqués pour la procédure en annulation, ce qui est évidemment un avantage pour le praticien acclimaté au contentieux administratif. La faculté de déposer un dernier mémoire à la suite de la notification du rapport de l'auditorat est également prévue pour l'indemnité réparatrice, mais l'obligation, pour la partie qui se voit donner tort dans le rapport de l'auditorat, de solliciter la poursuite de la procédure n'y est pas applicable⁷⁸.

En termes d'instruction de la demande, l'auditorat est censé remettre son rapport dans le mois de la prise de connaissance des écrits de procédure. Le siège est quant à lui tenu de statuer dans un délai global de douze mois à partir de la notification de l'arrêt constatant l'annulation⁷⁹. Ces délais d'instruction sont évidemment des délais d'ordre⁸⁰, et la question de leur adéquation avec les hypothèses dans lesquelles l'évaluation du dommage est d'une certaine complexité peut être posée. Il faut cependant relever que la volonté du législateur d'accélérer substantiellement le délai d'instruction d'une demande d'indemnité est l'un des motifs prépondérants de l'institution de l'indemnité réparatrice⁸¹. L'insertion du délai d'instruction de la demande d'indemnité dans la loi et non dans le règlement de procédure⁸² est sans doute une expression de cette priorité.

La volonté du législateur semble à tout le moins avoir été respectée dans le premier arrêt par lequel le Conseil d'Etat a octroyé une indemnité réparatrice⁸³. Il reste que dans certains cas, le Conseil d'Etat pourra estimer qu'il est préférable de ne pas respecter le délai qui lui est imposé et d'attendre utilement les suites données par l'administration au constat d'illégalité⁸⁴.

Comparativement aux échanges organisés devant le juge judiciaire, la procédure d'indemnité réparatrice menée devant le Conseil d'Etat a l'avantage de la clarté et de la prévisibilité. La procédure judiciaire présente en effet l'inconvénient que les écrits de procédure, voire les audiences, peuvent se multiplier lorsque les parties sont peu coopérantes ou que le litige se complexifie en raison d'éléments de faits nouveaux ou d'incidents à la procédure. Dans l'un et l'autre cas, les délais d'instruction ne peuvent être déterminés à l'avance, mais dans le cadre de l'indemnité réparatrice, le retard dans le délai d'instruction ne peut pratiquement pas être « provoqué » par une partie.

⁷⁷ Préalable obligatoire après l'annulation de l'acte, comme l'a jugé expressément le Conseil d'Etat dans son récent arrêt C.E., n° 231.184, *Kaissoun*, du 11 mai 2015.

⁷⁸ La disparition de cette contrainte dans le cadre de la procédure en demande d'indemnité réparatrice est peut-être liée au fait que dans le cadre de ce contentieux, il est plus difficile de déterminer quelle partie se voit obtenir gain de cause dans le rapport de l'auditorat, puisqu'il est probable que nombre de demandes ne soient que « partiellement » fondées, ce qui peut, selon les cas, satisfaire ou non la partie adverse.

⁷⁹ Articles 11*bis*, alinéa 2, des L.C.C.E. Ce délai est donc substantiellement plus réduit que celui de l'instruction du recours en annulation qui doit, selon l'article 15 du règlement de procédure, faire l'objet d'un arrêt dans les douze mois de la remise du rapport par l'auditorat.

⁸⁰ *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 2232/5, p. 361.

⁸¹ *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 2233/1, p. 6.

⁸² Comme c'est le cas pour le délai d'instruction du recours en annulation. *Voy. supra*.

⁸³ Dans l'affaire n° 232.416, le Conseil d'Etat a en effet statué le 2 octobre 2015 pour une demande d'indemnité portée devant lui par requête du 22 septembre 2014.

⁸⁴ C'est en ce sens que Luc Donnay et Michel Pâques soutiennent qu'il serait cohérent que le Conseil d'Etat puisse connaître de la manière dont l'enseignement d'une annulation prononcée a été pris en compte par l'autorité pour évaluer l'ensemble du dommage en cause (L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », *o.c.*, p. 17).

Lorsque les demandes d'annulation et d'indemnité sont instruites conjointement, le gain de temps est considérable comparativement aux demandes d'indemnisation introduites sur la base de l'article 1382 du Code civil.

Les débats devant le juge judiciaire présentent cependant l'avantage de permettre des calendriers de procédure parfois mieux adaptés à l'enjeu du litige, notamment si celui-ci est complexe, voire même, à l'inverse, de plaider le dossier en débats succincts sur la base de l'article 19 du Code judiciaire dans les hypothèses – sans doute relativement rares pour le contentieux de la responsabilité civile – où les échanges d'écrits de procédure ne se justifient pas.

Enfin, l'instruction de la demande d'indemnité réparatrice présente en principe l'avantage⁸⁵ d'être instruite par les magistrats qui ont connu du contentieux de l'illégalité au préalable. Si les magistrats qui instruisent la demande d'indemnité sont bien ceux qui ont instruit l'affaire au fond – ce qui devrait en toute logique être le cas pour donner effet utile à la réforme⁸⁶ – cette pratique présentera le double avantage d'économiser l'énergie des magistrats⁸⁷ et d'augmenter les chances pour le justiciable de voir sa demande traitée rapidement et en parfaite connaissance de cause. Comparativement, le juge judiciaire saisi sur la base de l'article 1382 du Code civil doit fournir plus d'énergie à prendre connaissance d'un complexe de faits nouveau, sur la base duquel il devra le cas échéant porter une appréciation quant au caractère fautif ou non de l'illégalité alléguée, ce que ne doit pas faire le Conseil d'Etat⁸⁸.

E. Les voies de recours

15. Les rares voies de recours ouvertes au demandeur de l'indemnité réparatrice.

L'un des inconvénients majeurs du mécanisme de l'indemnité réparatrice est, pour le justiciable, l'absence de voie de recours à l'encontre de la décision du Conseil d'Etat, à l'exception de l'opposition⁸⁹, la tierce-opposition⁹⁰ et de la demande de révision⁹¹. Le règlement de procédure prévoit que l'introduction de ces recours à l'encontre de l'arrêt constatant l'illégalité qui fonde la demande de réparation s'étend de plein droit à l'arrêt statuant sur la demande d'indemnité réparatrice⁹². Ni l'appel, ni la cassation administrative ne sont ouverts au demandeur d'indemnité réparatrice.

Comparativement, le demandeur d'indemnité qui porte son action devant le juge judiciaire bénéficie non seulement d'un appel mais également d'une possibilité d'introduire un pourvoi

⁸⁵ Le règlement de procédure ne consacre pas le principe selon lequel les magistrats qui ont eu à connaître de la procédure en annulation connaîtront également de la demande d'indemnité y liée.

⁸⁶ Cette pratique devrait être respectée au vu de l'attribution des affaires aux auditeurs par numéro de rôle. L'arrêt *Legrand* rendu le 2 octobre 2015 semble respecter cette logique puisque l'auditeur en charge de l'affaire a eu à connaître de l'arrêt rendu tant au terme des procédures en suspension et en annulation qu'au terme de la procédure en demande d'indemnité réparatrice tandis que le siège collégial dans le cadre de l'arrêt rendu sur la demande d'indemnité était composé, notamment, du conseiller qui avait statué sur la demande d'annulation (C.E. n° 232.416, *Legrand*, du 2 octobre 2015, précité). L'avenir nous enseignera si cette pratique souhaitable sera suivie de manière constante.

⁸⁷ F. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'Etat vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, p. 479.

⁸⁸ Voy. infra, n°s 22 et s.

⁸⁹ Article 40 du règlement de procédure.

⁹⁰ Article 47 du règlement de procédure.

⁹¹ Article 50bis du règlement de procédure.

⁹² Article 40, 47 et 50bis du règlement de procédure

en cassation, de sorte qu'il peut notamment bénéficier d'un double examen « effectif » de sa demande et également s'assurer de l'harmonisation d'interprétation, par une juridiction tierce, des conditions d'accès à l'indemnisation.

16. La difficulté de justifier cette différence de traitement. Cette différence avec le demandeur qui a opté pour la voie judiciaire peut sembler quelque peu déroutante : déterminer l'indemnité qu'il convient d'allouer en raison d'un dommage fait place – en théorie à tout le moins – à une part plus grande d'appréciation qu'évaluer la légalité d'un acte administratif. Pour cette raison, on serait tenté de soutenir que l'indemnité réparatrice mérite sans doute, à la différence de la demande d'annulation, un degré de recours au fond. Aussi, ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une « cour suprême » que le Conseil d'Etat s'est vu allouer la compétence de « statuer sur les effets civils de ses arrêts », mais bien parce qu'il en résultait une facilitation procédurale évidente pour le demandeur en annulation⁹³.

Certains auteurs justifient cette différence de traitement par certaines spécificités du contentieux porté devant le Conseil d'Etat, dont principalement le double examen de la demande par l'auditorat et par le siège⁹⁴. Cet argument ne convaincra sans doute pas certains praticiens... Le rapport de l'auditorat n'a aucun effet décisif. En cela, il rend peut difficilement être mis sur un pied d'égalité avec une décision juridictionnelle. Certes, en pratique, l'avis écrit rendu par l'auditorat est régulièrement suivi par le siège dans le cadre du contentieux objectif porté devant lui, ce qui accrédite sans doute la thèse selon laquelle l'intervention de l'auditorat compense l'absence de recours⁹⁵. Cependant, ce rapport ne peut être contesté que dans le cadre d'un unique dernier mémoire, dont le délai de rédaction est très bref.

L'absence de pourvoi en cassation traduit peut-être une volonté du législateur d'éviter la « guerre des juges » déjà crainte par certains auteurs avant la réforme ici commentée⁹⁶. Cette justification ne nous semble pas pouvoir être déduite des travaux préparatoires. Si elle devait néanmoins être admise, elle traduirait sans doute la difficulté du Conseil d'Etat et des juges judiciaires à s'inspirer mutuellement de leur pratique et de leur jurisprudence. Le justiciable aurait probablement gagné en sécurité juridique si ce mécanisme d'harmonisation de la jurisprudence s'était appliqué aux deux voies indemnitaires.

Le gain de temps présumé⁹⁷ que représente la procédure d'indemnité réparatrice constitue sans doute, comme le soulignent François Belleflamme et Jérôme Sohier, un avantage de nature à compenser l'absence de voies de recours précitées⁹⁸, la facilitation d'accès au juge étant susceptible de constituer l'objectif légitime justifiant une différence de traitement⁹⁹ entre l'indemnité réparatrice et la procédure de droit commun.

Sans doute, la méfiance de certains auteurs à l'égard de cette absence de voie de recours ordinaire à l'encontre de la décision relative à l'indemnité réparatrice s'explique par la marge d'appréciation incertaine dont le Conseil d'Etat dispose dans le cadre de l'appréciation des conditions de fond de l'indemnisation. Le conseil du requérant en annulation doit alors en tirer la conclusion qui s'impose : celui qui ne veut pas s'exposer au risque de frustration irrémédiable de ne pouvoir obtenir qu'une seule et unique décision sur sa demande doit sans doute trancher le dilemme qui se présente à lui en décidant de saisir le juge judiciaire.

⁹³ Voy. *supra*.

⁹⁴ F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o.c.*, p. 47.

⁹⁵ Comp. I. MATHY, *o.c.*, p. 210.

⁹⁶ R. BORN, « La réforme du Conseil d'Etat ou du compromis incertain aux probables avancées », *Publicum* n° 15, 2013, p. 9.

⁹⁷ Compte tenu du caractère « d'ordre » du délai d'instruction de la demande d'indemnité de procédure, voy. *supra*.

⁹⁸ F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o.c.*, p. 48.

⁹⁹ En ce sens, voy. S SOMERS, « Discretionaire bevoegdheid Raad van State om omvang schadevergoeding – Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel », *N.J.W.*, 2015, p. 620

IV. Le principe *electa una via*

17. Le demandeur, titulaire du choix de s'adresser au Conseil d'État ou à l'ordre judiciaire. Le requérant ou l'intervenant qui appuie la demande d'annulation peuvent demander une indemnité réparatrice au Conseil d'État. L'administration subit ce choix. Dans les travaux préparatoires, le législateur expose que cette différence de traitement entre le requérant et l'administration est nécessairement compensée par le tempérament que constitue la prise en compte des intérêts privés et publics dans le cadre de l'appréciation des conditions de fond de l'indemnité¹⁰⁰. Cette justification ne convainc pas : la prise en compte des intérêts publics et privés est un critère qui permet d'intervenir sur le fond de la demande et non de compenser une inégalité procédurale. Plus convaincante aurait été la justification, admise par la Cour constitutionnelle, selon laquelle l'autorité administrative dispose d'autres moyens que ceux de l'administré pour se défendre¹⁰¹, ce qui lui permet sans doute de ne pas être désavantagée selon qu'elle doit se défendre devant le juge judiciaire ou administratif.

18. L'exclusion réciproque des voies indemnitaires. L'application du principe *electa una via* implique, pour le demandeur d'indemnité, qu'une fois la demande d'indemnité réparatrice introduite, il renonce de manière définitive à saisir le juge judiciaire sur la base d'« une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice »¹⁰². Les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat prévoient par ailleurs que cette exclusion est réciproque, puisque le demandeur qui a déjà saisi le juge judiciaire pour obtenir réparation du préjudice lié à l'illégalité ne peut plus solliciter d'indemnité réparatrice devant le Conseil d'Etat pour le même préjudice¹⁰³.

Ce choix est irréversible. Comme l'a souligné la section de législation du Conseil d'État : « [t]el qu'il est rédigé, l'article interdit même à un requérant qui s'est désisté de la demande d'indemnité qu'il a introduite devant le Conseil d'État d'encore saisir les cours et tribunaux, et réciproquement. Si telle n'était pas l'intention, il conviendrait de le modifier »¹⁰⁴.

Le caractère irréversible du choix de la voie indemnitaire, de même que l'absence de d'appel ouvert aux parties à la suite de l'arrêt du Conseil d'État statuant sur la demande d'indemnité réparatrice¹⁰⁵, expliquent sans doute la réticence des requérants à envisager l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice : la crainte de ne pas voir leur dommage être réparé intégralement peut susciter, dans leur chef, des réserves bien compréhensibles. Nous reviendrons sur ce point *infra*.

19. L'applicabilité du principe *electa una via*. D'après les précisions émises dans les travaux préparatoires et le prescrit de l'article 11*bis* des L.C.C.E., la règle *electa una via*

¹⁰⁰ Il est ainsi exposé dans la proposition de loi qu'« [i]l a toutefois été opté pour le maintien d'une obligation pour le Conseil d'État de tenir compte « de toutes les circonstances d'intérêt public et privé ». Cette obligation se justifie notamment par la nécessité de maintenir un équilibre entre la partie qui poursuit l'annulation et la partie adverse, dans la mesure où celle-ci ne dispose pas de la possibilité de choisir la voie procédurale qu'elle estime la plus avantageuse, puisqu'elle est liée par le choix opéré par la partie qui demande l'indemnité » (Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/1, p. 7).

¹⁰¹ La Cour constitutionnelle ayant en effet déjà eu l'occasion de juger, dans le cadre de sa jurisprudence relative à l'indemnité de procédure liée au contentieux de la responsabilité publique, qu'« il peut être admis qu'en règle générale, l'autorité qui a adopté l'acte dont la légalité a été mise en cause dispose, pour organiser de manière satisfaisante la défense de la légalité de l'acte attaqué, de ressources humaines et financières suffisantes dont ne dispose pas nécessairement la partie requérante » (C. const., n° 96/2012, du 19 juillet 2012, considérant B.11) .

¹⁰² Article 11*bis*, alinéa 4, L.C.C.E.

¹⁰³ Article 11*bis*, alinéa 5, L.C.C.E.

¹⁰⁴ C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, pp. 8 et 9.

¹⁰⁵ Voy. *supra*, n° 15.

trouve à s'appliquer dès qu'une demande en indemnité réparatrice est introduite devant le Conseil d'État, sans qu'il soit besoin que le Conseil d'État constate une illégalité¹⁰⁶.

Malgré les précisions émises dans les travaux préparatoires et le prescrit de l'article 11*bis* des L.C.C.E., il ressort de la jurisprudence récente du Conseil d'État que la règle *electa una via* ne trouvera à s'appliquer que si le Conseil d'État constate une illégalité, et non dès qu'une demande d'indemnité réparatrice est introduite (nécessairement en même temps que le recours en annulation ou en cours d'instance). En effet, dans un arrêt du 26 mai 2015, le Conseil d'État a jugé :

« Vu que la cause de ce rejet ne constitue pas une décision sur le fond de l'affaire, l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne fait pas obstacle à une demande en réparation de droit commun. La règle *electa una via* trouve en effet seulement à s'appliquer dans le cas où une illégalité est constatée par le Conseil d'État par arrêt. » (traduction libre)¹⁰⁷

Il s'agit ici d'un tempérament fondamental aux conséquences du principe d'exclusivité de la voie indemnitaire prévue par le législateur. Le Conseil d'État, qui semble vouloir maintenir sa jurisprudence sur le maintien de l'actualité de l'intérêt du requérant pendant l'instance, ne souhaite cependant pas sanctionner le requérant qui aurait introduit une demande d'indemnité réparatrice puis qui, en cours d'instance, perdrait son intérêt. C'est heureux. Il reste cependant à savoir comment les juridictions judiciaires accueilleront la demande d'indemnité consécutive à une demande d'indemnité réparatrice avortée devant le Conseil d'État et si elles donneront à l'article 11*bis*, alinéa 4, des lois coordonnées la même interprétation.

20. La portée du principe *electa una via*. Le choix de demander une indemnité réparatrice empêche le requérant de demander ultérieurement réparation « du même préjudice » devant une juridiction judiciaire¹⁰⁸. Aussi, si la réparation octroyée par le Conseil d'État est incomplète, le requérant ne pourra pas pour autant demander un complément aux juridictions judiciaires¹⁰⁹. En conclure différemment procéderait selon nous d'une confusion entre les notions de dommage et de réparation¹¹⁰.

Cela étant précisé, la question pourrait se poser de l'indemnisation du dommage *qui n'aurait pas été allégué* devant le Conseil d'État ou le juge judiciaire. On peut cependant raisonnablement présumer que le principe *electa una via* ne s'y applique pas, dans la mesure où l'article 11*bis*, alinéas 4 et 5, des L.C.C.E. interdit à la partie qui a intenté une action devant le Conseil d'État ou devant le juge judiciaire de demander réparation pour le « même préjudice ».

Par ailleurs, certains auteurs ont avancé que la réparation d'un dommage issu de l'illégalité constatée par le Conseil d'État pourrait, le cas échéant, faire l'objet d'une procédure judi-

¹⁰⁶ « En ce qui concerne l'observation 11 du Conseil d'État, le secrétaire d'État répond que dès l'instant où une partie a donc introduit une demande d'indemnité réparatrice auprès du Conseil d'État ou une action en responsabilité devant les cours et tribunaux, le principe *una via electa* trouve à s'appliquer, même si la partie se désiste de l'instance ou renonce à son action » (Doc. parl., Sénat, 2013-14, n° 5-2232/5, p. 360) (nous soulignons).

¹⁰⁷ « *Aangezien de oorzaak van die afwijzing niet teruggaat op een uitspraak over de grond van de zaak, staat artikel 11*bis*, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een gemeenrechtelijke vordering tot schadevergoeding niet in de weg. Die zogenaamde *electa una via* regel heeft immers, gelet op de interne samenhang van het bedoelde wetsartikel, slechts toepassing in het geval door de Raad van State bij arrest een onwettigheid is vastgesteld* » (C.E., arrêt n° 231.330 du 26 mai 2015, *Stevens c. État belge e.a.*, pt 38).

¹⁰⁸ Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, Doc. parl., Sénat, 2012-13, n° 5-2233/1, p. 6. Voy. L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », o.c., p. 16.

¹⁰⁹ Comp. F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, o.c., p. 71.

¹¹⁰ Dans le même ordre d'idées, il nous semble que l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice fait obstacle à toute demande tendant à obtenir réparation, *que ce soit par équivalent ou en nature*, du même préjudice devant une juridiction judiciaire (voy. I. VAN GIEL, « De 'hervorming' van de Raad van State anno 2014 tegen het licht van meer 'projectgerichte' bestuursrechtelijke procedures en contentieux », *T.B.O.*, 2015, pp. 70-71).

cière postérieure à une demande d'indemnité réparatrice si la partie défenderesse dans le cadre de cette seconde procédure était une personne tierce au contentieux administratif porté devant le Conseil d'Etat. Cette hypothèse serait envisageable au motif que l'autorité de la chose jugée ne s'étend notamment qu'aux situations d'identité de parties¹¹¹. Là encore, il est permis de douter d'une telle faculté dans le chef du demandeur en indemnité réparatrice, dès lors que le fait générateur qui fonde une demande d'indemnité réparatrice est indifférent à son auteur¹¹². En revanche, il nous semble évidemment exact que tout autre demandeur que celui qui a introduit la demande d'indemnité réparatrice pourrait saisir le juge judiciaire, le cas échéant dans le cadre d'un recours en responsabilité civile à l'encontre d'un tiers, et ainsi susciter des positions juridictionnelles potentiellement divergentes¹¹³.

Enfin, il est exact que la répétition d'illégalités au travers d'actes administratifs ayant le même objet pourrait aboutir à l'introduction consécutive de procédures différentes devant le Conseil d'Etat ou le juge judiciaire¹¹⁴. Il existe de ce fait un risque que le préjudice résultant de l'attitude de l'administration dans un même dossier fasse l'objet de procédures de natures différentes. Ceci étant, cet inconvénient semble être le corollaire inévitable du caractère strictement accessoire de l'indemnité réparatrice à la demande d'annulation d'un acte¹¹⁵.

21. Le choix est-il possible en toute matière ? Certains auteurs ont émis des doutes sur la possibilité pour le Conseil d'Etat d'être saisi d'une demande d'indemnité réparatrice visant à obtenir la réparation du dommage issu d'une illégalité constatée en matière de marchés publics, en application de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services¹¹⁶. Il est vrai que le recours en « dommages et intérêts » lié à une illégalité constatée en matière de marchés publics est du ressort, comme le prévoit l'article 24 de la loi du 17 juin 2013, du seul juge judiciaire. Doit-on en déduire, en vertu du principe *lex specialis*, que le Conseil d'Etat ne pourrait pas octroyer une indemnité réparatrice en matière de marchés publics au motif que l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 exclut l'application de l'article 11*bis* des L.C.C.E. ? Nous ne le pensons pas.

Certes, l'adoption de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat aurait pu être utilement accompagnée d'une modification de la loi du 17 juin 2013 ou viser celle-ci afin de fixer l'étendue de la compétence matérielle du Conseil d'Etat.

Ceci étant, il ressort du rapport au Roi que le Conseil d'Etat peut connaître du contentieux de l'indemnité relative à une illégalité au droit des marchés publics, dès lors qu'il y est exposé que l'indemnisation forfaitaire applicable en cas d'illégalité d'une adjudication constitue l'illustration-type de l'hypothèse dans laquelle une instruction concomitante des demandes d'annulation et d'indemnité réparatrice est envisageable¹¹⁷. Ce faisant, le gouvernement a

¹¹¹ Voy. I. MATHY, *o.c.*, p. 228.

¹¹² Voy. *infra*, point 23. Dès lors qu'il importe peu que la partie adverse ou une personne tierce soit responsable de l'illégalité fondant la demande d'indemnité réparatrice, il paraît difficilement admissible qu'un recours judiciaire ayant pour objet un préjudice en tout ou en partie similaire à celui allégué devant le Conseil d'Etat puisse être introduit sur la base de l'article 1382 et ce, uniquement parce que le responsable de l'illégalité n'est pas la partie adverse.

¹¹³ F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o.c.*, pp. 71 et 72.

¹¹⁴ F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o.c.*, p. 72.

¹¹⁵ Voy. *infra*, n° 8.

¹¹⁶ Voy. I. MATHY, *o.c.*, p. 198 et, dans une moindre mesure, L. DONNAY et M. PAQUES, *o.c.*, p. 10.

¹¹⁷ Il est plus précisément exposé que « lorsque la demande d'indemnité est formée en même temps que le recours, l'auditeur chargé du dossier peut, en fonction des éléments de la cause, décider de l'instruire en même temps que le recours en annulation ou d'en différer l'examen. L'examen immédiat pourra s'indiquer si la solution du recours en annulation ne paraît pas douteuse et si l'examen de la demande d'indemnité est simple, ce dans le respect du débat contradictoire. Le cas le plus évident est celui de l'adjudication, où le soumissionnaire irrégulièrement évincé reçoit un dédommagement forfaitaire de 10 % de sa soumission » (Rapport au Roi de l'arrêté royal du 25 avril 2015 relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, Examen de l'article 4).

envisagé que le Conseil d'État puisse intervenir de manière « alternative » au juge judiciaire dans le cadre de la demande en réparation prévue à l'article 16 de la loi du 17 juin 2013 et ce, en appliquant les règles de fond qui découlent de cette législation. À notre sens, il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter du principe selon lequel l'indemnité réparatrice est un accessoire du recours en annulation, en ce compris en matière de marchés publics..

V. Les conditions de fond

A. Le fait générateur

22. Le constat d'illégalité, non l'annulation, ni la faute. D'emblée, le législateur a veillé à ne pas lier le droit à demander l'indemnité réparatrice à l'annulation de l'acte administratif concerné, mais bien à son illégalité. Une indemnité réparatrice peut donc être demandée au Conseil d'État lorsque le requérant estime que l'illégalité d'un acte administratif lui a causé un préjudice. La distinction présente un intérêt pratique évident puisque les hypothèses d'un retrait, d'un constat d'illégalité sur la base de l'article 159 de la Constitution¹¹⁸, d'une application de la boucle administrative¹¹⁹ ou encore d'une illégalité constatée par le Conseil d'État dans le cadre d'une affaire non jointe¹²⁰ peuvent aboutir à l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice et ce, même si aucun arrêt d'annulation n'est rendu par le Conseil d'État.

Le « constat » par le Conseil d'État peut-il être tacite ? Rien n'est moins sûr¹²¹. Plusieurs hypothèses posent question lorsque l'illégalité n'est pas expressément identifiée par le juge administratif. Certaines seront examinées dans les lignes qui suivent

23. La disparition d'une responsabilité à base de faute et l'apparition d'un fait générateur strictement objectif ? Le premier constat à établir à la lecture de l'article 11*bis* des L.C.C.E. est que le fait générateur de l'indemnité réparatrice se distingue de la faute, sur la base de laquelle la responsabilité des pouvoirs publics est en principe¹²² organisée devant le juge judiciaire.

Le débat sur l'unité entre les concepts d'illégalité et de faute en matière de responsabilité civile des pouvoirs publics perdure depuis des décennies.

¹¹⁸ Ce qui était évidemment nécessaire, notamment en matière d'autorisations administratives susceptibles d'impacter un grand nombre d'administrés disposant d'un intérêt à contester une décision. En ce sens, voy. I. VAN GIEL, De "hervorming" van de Raad van State anno 2014 tegen het licht van meer "projectgerichte" bestuursrechtelijke procedures en contentieux, o.c., p. 70).

¹¹⁹ Cette hypothèse n'est cependant plus que théorique à l'heure où ces lignes sont écrites et ce, depuis l'annulation du mécanisme de la boucle administrative par la Cour constitutionnelle par son arrêt n° 103/2015 du 16 juillet 2015.

¹²⁰ Cet exemple est celui qui a été retenu par la section de législation du Conseil d'État pour justifier la nature du fait générateur retenu par le législateur (C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, pt. 3.3).

¹²¹ En ce sens, l'article 25, § 3, du règlement de procédure prévoit que « [s]i aucune illégalité n'est constatée, l'arrêt qui clôt la procédure en annulation rejette aussi la demande d'indemnité réparatrice ».

¹²² À l'exception de certains régimes particuliers, notamment en droit européen des marchés publics. Voy. A. PIRSON, « L'unité des concepts d'illégalité et de faute dans le droit des marchés publics : le point de vue de la Cour de Justice et ses incidences en droit interne », *Rev. dr. ULg*, 2014/3, pp. 543 et s. ou encore M. PAQUES, « Le juge de l'annulation et l'indemnisation », *op. cit.*, p. 236.

L'arrêt du 13 mai 1982 de la Cour de cassation¹²³ enseigne que l'illégalité n'entraîne une présomption de faute que pour autant que l'autorité agisse en méconnaissance de « *dispositions constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée* »¹²⁴. Depuis cet arrêt, certains auteurs ont estimé qu'il convenait de consolider la règle selon laquelle la présomption de faute du fait d'une illégalité n'était établie que si elle consiste en un manquement à l'obligation d'agir ou de s'abstenir de manière déterminée¹²⁵. Dans certaines décisions judiciaires, dont plusieurs rendues par la Cour d'appel de Liège, la faute est établie seulement si l'illégalité est constitutive d'un manquement à l'obligation générale de prudence, conformément à l'article 1382 du Code civil¹²⁶. Si une partie de la doctrine a entendu donner une portée large¹²⁷ à l'arrêt de 1982, la Cour de cassation a clairement réaffirmé les enseignements évoqués ci-dessus dans deux arrêts du 25 octobre 2004¹²⁸ et du 23 juin 2005¹²⁹ et, quoique de manière moins explicite, dans un arrêt du 10 avril 2014¹³⁰. La faculté corrélative pour un pouvoir public d'invoquer une cause d'exonération de responsabilité a quant à elle expressément été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 8 février 2008¹³¹ ainsi que dans l'arrêt du 10 avril 2014, précité.

Certes, certains auteurs considèrent que les notions d'illégalité et de faute doivent faire l'objet d'une « unité absolue », excluant par là la possibilité qu'il existe des catégories de normes dont la violation ne constituerait pas systématiquement une faute civile¹³². Force est

¹²³ Cass., (1^{ère} ch.), 13 mai 1982, *S.A. Charbonnages de Gosson-Kessales c/ commune de Seraing-sur-Meuse et Etat belge*, avec conclusions av. gén. J. VELU, *J.T.*, 1982, pp. 772 et s. Certains auteurs considèrent que cette question avait indirectement déjà été soulevée dans un arrêt précédent de la Cour ; Cass., (1^{ère} ch.), 26 juin 1980, *Leclef c/ Etat belge*, *R.C.J.B.*, 1982 pp. 5 et s. ; sur cet arrêt, voyez D. DEOM, « De la réparation en nature du préjudice causé par les pouvoirs publics », *A.P.T.*, 1981, pp. 127-131.

¹²⁴ Selon les propres termes de l'arrêt, Cass., (1^{ère} ch.), 13 mai 1982, précité.

¹²⁵ P. LEWALLE, « La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge – antécédents et perspectives », in : *L'administration face à ses juges*, Liège, éd. du Jeune Barreau de Liège, 1987, pp. 20 et s. et doctrine subséquente, dont notamment A.L. DURVIAUX, *Droit administratif ; Tome I – l'action publique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 410.

¹²⁶ Voy. not., Liège, 22 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011/5, p. 228, où la cour juge que l'illégalité au sens de la norme comportementale est à apprécier sur la base du critère de l'autorité administrative normalement prudente et diligente. En matière de motivation formelle des actes administratifs, la cour d'appel de Liège a ainsi jugé, à plusieurs reprises, que la corrélation entre une illégalité constatée et la faute de l'administration n'était pas établie lorsque l'annulation se justifie uniquement « *pour une question d'insuffisance de motivation sur un point particulier et qu'ensuite le même permis d'urbanisme a été repris à l'identique quant aux conditions fixées préalablement par le collège communal pour le premier permis* » (Liège, 2 novembre 2010, n° 1725, non publié). La cour d'appel de Liège a par ailleurs confirmé sa jurisprudence en des termes encore plus larges en jugeant que la réclamation d'une indemnité de procédure consécutive à l'annulation d'un acte administratif par le Conseil d'Etat ne peut que se fonder sur l'application de l'article 1382 du Code civil et que « *l'analyse de cet article peut amener à de multiples discussions notamment dans les hypothèses où l'illégalité retenue par le Conseil d'Etat est une illégalité touchant la forme ou la motivation de l'acte attaqué et non la violation d'une règle qui entraîne que la décision elle-même soit contestable au fond* » (Liège, 22 novembre 2011, 7873, non publié).

¹²⁷ En ce sens, voyez J.-L. FAGNART, « De la légalité à l'égalité », *La responsabilité des pouvoirs publics. Actes du Colloque interuniversitaire organisé les 14 et 15 mars 1991 par la Faculté de droit de l'U.C.L. et la Faculté de droit de l'U.L.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 23 ou A. COPPENS, « De volmaakte rechtsstaat », *R.W.*, 2002-2003, p. 1246.

¹²⁸ Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 507, p. 1667.

¹²⁹ Cass., 23 juin 2005, *Pas.*, 2005, n° 439, p. 1663.

¹³⁰ Cass., 10 avril 2014, n° C.11.0796.N. La portée de cet arrêt est en effet controversée, voy. D. RENDERS et D. DE ROY, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer », à paraître, p. 27.

¹³¹ Dans cet arrêt, la Cour reconnaît qu'une cause d'exonération de responsabilité peut déployer ses effets pour autant que l'autorité ait « *agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente* ». Cette dernière considération nous ramène donc de manière troublante à l'appréhension des mécanismes de responsabilité tels qu'ils découlent directement de l'article 1382 du Code civil, qui exige qu'une faute soit établie, au regard du critère de raison et de prudence, pour qu'une indemnisation soit accordée. Cass. 8 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 569 ; sur cet arrêt, voy. obs. D. RENDERS, « De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible », *J.T.*, 2008, pp. 571 à 573.

¹³² Voy. not. D. RENDERS et D. DE ROY, *o.c.*, pp. 11 et s.

cependant de constater qu'à ce jour, la jurisprudence de la Cour de cassation ne semble pas aller dans leur sens.

Certains auteurs ont vu dans les nuances de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation un vœu de « *barrer la route à une application trop mécanique du principe d'identité entre faute et illégalité qui conduirait à une aggravation considérable de la responsabilité de l'administration* »¹³³.

C'est dans ce contexte que l'indemnité réparatrice a instauré un nouveau mécanisme de responsabilité des pouvoirs publics, la qualification « d'action en responsabilité » de la demande d'indemnité semblant par ailleurs communément admise¹³⁴.

Afin de ne pas trop s'écarter des contours du régime de responsabilité des pouvoirs publics tels qu'ils sont tracés par la jurisprudence de la Cour de cassation précitée, le législateur aurait pu recourir à la faute « suffisamment caractérisée » comme fait générateur de responsabilité susceptible de faire l'objet de l'indemnité réparatrice, s'inspirant alors de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle relatives aux décisions rendues en dernier ressort et non susceptibles d'être réformées¹³⁵ ou encore du droit de l'Union européenne¹³⁶ applicables au droit de la responsabilité des pouvoirs publics.

Telle n'est cependant pas l'option retenue par le législateur, qui a opté pour un régime dit de « responsabilité objective », comme le confirme une partie de la doctrine. La nature de régime de responsabilité objective semble également avoir été retenue par la section de législation du Conseil d'État qui assimile le mécanisme à une « responsabilité sans faute »¹³⁷.

La prise en compte des intérêts publics et privés ne pourrait-elle pas avoir une incidence sur l'appréciation du fait générateur ? Ce n'est pas totalement exclu, dès lors que le texte légal ne limite pas l'impact desdits intérêts au seul montant de l'indemnité à allouer. Cependant, nous ne pensons pas qu'il soit possible de lier l'indemnité réparatrice à la *démonstration* du caractère fautif ou non de l'illégalité, le concept de faute ayant expressément et volontairement été écarté du texte légal¹³⁸.

24. La disparition de toute cause d'exonération malgré tout ? Cela étant, en matière de responsabilité extracontractuelle, l'autorité qui est l'auteur d'une illégalité est présumée avoir commis une faute extracontractuelle, « *sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité* »¹³⁹. Se pose donc la question de la possibilité qu'une indemnité réparatrice soit refusée par le Conseil d'État au motif que l'administration peut se prévaloir d'une cause d'exonération.

Jérôme Sohier, notamment, a catégoriquement exclu cette possibilité¹⁴⁰. Cependant, deux éléments permettent de douter de l'éviction définitive de la possibilité pour l'administration de se prévaloir d'une telle cause d'exonération dans le débat porté devant le Conseil d'État relativement au fait générateur.

¹³³ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007 Vol.1, Dossiers du J.T.*, 2009, p. 557.

¹³⁴ Voy. not. F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o.c.*, p. 52 ; F. GLANSBORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, p. 475.

¹³⁵ Ce concept a en effet été retenu par la Cour constitutionnelle dans le cadre du contentieux de la responsabilité de l'État du fait de son pouvoir judiciaire (C. Const., n° 99/2014, du 30 juin 2014).

¹³⁶ Comme le rappelait déjà Michel Pâques dans une analyse de droit comparé des différents régimes susceptibles de fonder une indemnisation liée à l'illégalité commise par un pouvoir public. Voy. M. PAQUES, « Le juge de l'annulation et l'indemnisation », *o.c.*, pp. 236 et s.

¹³⁷ C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, p. 6.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹³⁹ Voy. Cass., 13 mai 1982, 8 février 2008 et 10 avril 2014, précités.

¹⁴⁰ J. SOHIER, *o.c.*, point 4.

D'une part, lors des travaux préparatoires, la section de législation du Conseil d'État s'est montrée prudente et a affirmé que « [l']autorité sera *en principe* tenue de réparer le préjudice en l'absence de toute faute et donc lorsque l'illégalité provient de circonstances qui lui sont étrangères »¹⁴¹. Elle n'a donc pas formellement exclu l'éventualité que la partie adverse puisse s'exonérer du fait générateur de l'indemnité.

D'autre part, et surtout, un régime de responsabilité objective n'exclut pas nécessairement la faculté de la personne responsable d'invoquer une cause d'exonération¹⁴².

Admettre la faculté, dans le chef de l'autorité administrative, d'invoquer une cause d'exonération retirerait au constat d'illégalité son statut de « fait générateur absolu ». Mais peut-on admettre par exemple qu'une autorité qui a pris ses responsabilités malgré des controverses juridiques résultant de lacunes législatives ou de fluctuations dans la jurisprudence du Conseil d'État lui-même soit systématiquement tenue de réparer un dommage qu'elle ne pouvait pas raisonnablement éviter ? Qu'en est-il de l'illégalité imputable à une autre personne morale de droit public qui, par exemple, n'aurait pas veillé à la régularité de la composition d'un collège amené à rendre un avis préalable à l'acte attaqué ou, plus encore, de l'illégalité résultant du comportement d'une personne privée, qui n'a par exemple pas communiqué une donnée exacte à l'autorité administrative ?

Lorsque l'illégalité constatée est en réalité imputable à une autre personne morale de droit public, la partie adverse demeure malgré tout la seule débitrice de l'indemnité réparatrice, ce qui constitue l'un des nombreux corollaires du caractère accessoire à l'annulation de la demande d'indemnité¹⁴³. L'absence de débat devant le Conseil d'État sur l'imputabilité de l'illégalité ou sur l'existence d'une cause d'exonération constitue sans doute une protection accrue de l'administré, qui n'est dès lors plus victime de la complexité organique ou institutionnelle de l'État¹⁴⁴. La partie adverse qui doit assumer l'illégalité peut d'ailleurs se retourner comme la personne morale de droit public qui est à l'origine de l'illégalité, par l'introduction postérieure d'un recours en responsabilité devant le juge judiciaire¹⁴⁵.

En revanche, lorsque l'illégalité provient de difficultés d'interprétation légale ou jurisprudentielle ou encore du fait d'un tiers, l'absence de faculté pour la partie adverse de se dédouaner de l'obligation de réparer le préjudice en amont du contentieux pose davantage question.

Est-il dans l'intérêt public de condamner un pouvoir public alors que toutes les autorités administratives qui sont intervenues dans l'élaboration de l'acte attaqué ont agi de manière diligente et prudente ? Il nous semble que le critère de l'intérêt public pourrait permettre utilement de remettre en cause l'exclusion de tout débat sur l'existence d'une cause d'exonération, mais cette prérogative semble relever de la virtualité et ce, alors qu'il est admis que l'intérêt public peut justifier la décision du Conseil d'État de ne pas dédommager intégralement un requérant.

Une autre circonstance pourrait également influencer le Conseil d'État dans son appréciation du fait générateur de l'indemnité réparatrice au regard de l'intérêt public ou privé : le maintien

¹⁴¹ C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, p. 6 (nous soulignons).

¹⁴² Comme le suggère Pierre Van Ommeslaghe, « A défaut d'organisation d'un régime dérogatoire, les règles de la responsabilité de droit commun doivent s'appliquer aux cas de responsabilités objectives en ce qui concerne le lien de causalité, les causes d'exonération de la responsabilité, la notion de dommage, la réparation du dommage, les conventions sur la responsabilité » (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations – Tome II Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 994, p. 1410).

¹⁴³ I. CLAEYS, « Schadevergoeding wegens een onwettige bestuurhandeling voor de hoven en rechtbanken of voor de Raad van State: een moeilijke keuze? », in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Bruges, 2014, p. 196.

¹⁴⁴ Comme le souligne pertinemment I. MATHY, *o.c.*, p. 214.

¹⁴⁵ Comme le suggèrent F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o.c.*, p. 64.

des effets d'un acte attaqué¹⁴⁶ désormais envisageable pour les actes individuels et ce, dans des circonstances exceptionnelles¹⁴⁷. À notre sens toutefois, le maintien des effets d'un acte administratif ne remet aucunement en cause le constat d'illégalité qui le précède, si bien que cette circonstance ne peut pas davantage influencer l'appréciation du fait générateur¹⁴⁸.

25. L'incidence du retrait de l'acte attaqué. En cas de retrait de l'acte administratif, celui-ci ayant nécessairement lieu avant la clôture des débats¹⁴⁹, le recours devient sans objet et le Conseil d'Etat n'examine pas le bien-fondé des moyens invoqués dans le recours en annulation. En règle générale, le retrait d'un acte est cependant censé reposer sur un constat d'illégalité¹⁵⁰. De ce fait, certains auteurs considèrent que le retrait devrait automatiquement s'assimiler à l'hypothèse d'un constat d'illégalité, pour les besoins de l'application de l'article 11*bis* des L.C.C.E.¹⁵¹.

Cependant, lorsque le Conseil d'État constate qu'un acte attaqué a été retiré, il se contente la plupart du temps de vérifier le caractère définitif du retrait, pour s'assurer que le recours est devenu sans objet¹⁵². Le Conseil d'État ne juge alors pas de la régularité du retrait, ni même de son fondement, de sorte qu'on peut se demander si, dans un tel cas, le constat – selon la formule consacrée – qu'« il n'y a plus lieu à statuer » emporte un constat d'illégalité au sens de l'article 11*bis*.

Les premiers éléments de réponse ont été apportés par la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'indemnité de procédure. En date du 8 juillet 2014, dans le cadre d'un litige en matière d'enseignement où l'acte attaqué avait fait l'objet d'un retrait consécutif à un arrêt de suspension, le Conseil d'État a tranché le débat résiduaire relatif à l'indemnité de procédure en considérant que la décision de retrait de l'acte « constitue une forme de succédané d'une annulation contentieuse »¹⁵³. Le Conseil d'État a, depuis lors, reproduit plusieurs fois ce raisonnement pour désigner la partie qui avait succombé et serait corrélativement condamnée à supporter les dépens¹⁵⁴. Dans ce cadre, la Haute juridiction administrative a expressément précisé que l'assimilation du retrait à l'annulation était d'autant plus justifiée lorsque l'exécution de l'acte attaqué avait été suspendue par elle¹⁵⁵.

Récemment, le Conseil d'État s'est engagé dans cette voie pour déterminer si une illégalité susceptible de fonder une demande d'indemnité réparatrice était ou non établie.

Dans l'arrêt n° 232.416 du 2 octobre 2015, la Haute juridiction administrative a ainsi, pour la première fois, fait droit à une demande d'indemnité réparatrice et ce, précisément alors que

¹⁴⁶ Cette circonstance était déjà pertinemment identifiée par Michel Pâques dans le cadre du contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics à la suite d'une annulation précédant la réforme ici commentée. Voy. M. PAQUES, « Le juge de l'annulation et de l'indemnisation », *o.c.*, p. 237.

¹⁴⁷ Conformément à ce que permet la nouvelle version de l'article 14*ter* des L.C.C.E.

¹⁴⁸ C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour constitutionnelle a jugé, dans son arrêt du 9 février 2012, que le maintien des effets d'un acte administratif n'avait pas d'incidence sur son caractère illégal susceptible d'être constaté par le juge judiciaire (C. const., arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012).

¹⁴⁹ J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 800 et jurisprudence y visée.

¹⁵⁰ Sauf lorsque la loi aménage spécifiquement et expressément la théorie du retrait dans certains domaines, comme c'est par exemple le cas pour le retrait lié à la renonciation à passer un marché public. Voy. notamment l'hypothèse d'une attribution retirée indépendamment de sa légalité, mais au motif que le pouvoir adjudicateur a renoncé au marché public avant sa conclusion (C.E., n° 230.270, S.A. *Carmeuse*, du 2 février 2015).

¹⁵¹ J. SOHIER, *o.c.*, n° 1538

¹⁵² Voy., à titre d'exemple récent, C.E. n° 231.225, *Houbrechts*, du 13 mai 2015.

¹⁵³ C.E., n° 228.036, *Cukier*, du 8 juillet 2014.

¹⁵⁴ Voy. not. C.E., n° 229.362, *Giot*, du 27 novembre 2014, C.E., n° 229.387, *Elleuch*, du 27 novembre 2014 et C.E., n° 231.963, *Collard*, du 15 juillet 2015. Voy. C.E., n° 228.660, *Ledoux*, du 6 octobre 2014. Dans cette affaire, le Conseil d'État a considéré que sa décision d'octroyer l'indemnité de procédure « d'autant plus » que le retrait était fondé sur des illégalités précédemment dénoncées, mais la Haute juridiction administrative semble avoir présenté cet argument comme surabondant dans le cas d'espèce.

¹⁵⁵ C.E., n° 229.441, *Cordier*, du 2 décembre 2014.

l'acte attaqué avait été retiré par son auteur en cours de procédure. C'était à la suite du prononcé de la suspension de l'acte attaqué que l'administration avait opéré retrait de l'acte. Le Conseil d'État a décidé que l'arrêt de suspension par lequel il juge un moyen sérieux, « constate » une illégalité, « fût-ce *prima facie* et au provisoire », et que l'arrêt qui constate le retrait de l'acte constate lui aussi une illégalité, au sens de l'article 11*bis* des L.C.C.E.¹⁵⁶.

Il reste à voir comment le Conseil d'État appréhendera les demandes d'indemnité réparatrice dans les cas où le retrait de l'acte attaqué n'a pas été précédé d'un arrêt de suspension ou ne contient pas d'indice d'illégalité¹⁵⁷.

Que se passe-t-il, par ailleurs, si un acte attaqué est retiré, mais sur la base d'un motif qui n'est pas lié à l'un des moyens de la requête en annulation introduite par le requérant concerné ? Cette hypothèse est envisageable si le retrait est effectué alors que le délai de recours au Conseil d'État court toujours au bénéfice des tiers¹⁵⁸, mais également lorsque – et c'est sans doute plus fréquent – plusieurs recours en annulation ont été introduits par différents requérants et qu'un moyen invoqué par un autre requérant et non invoqué dans la requête concernée fonde le retrait de l'acte.

Dans une décision du 7 août 2014, la sixième chambre du Conseil d'État a octroyé une indemnité de procédure sans condition, à la suite du retrait d'une décision d'attribution d'un marché public, l'unique élément examiné par le siège étant le caractère définitif du retrait et non le fondement de celui-ci¹⁵⁹. Le lien entre la demande d'annulation et le motif réel du retrait ne semble donc pas conditionner l'identification de la partie succombante dans le cadre du contentieux de l'indemnité de procédure. Certes, l'octroi de l'indemnité de procédure est lié au « gain de la cause »¹⁶⁰, et non au « constat d'illégalité », qui est le fait générateur de l'indemnité réparatrice. Néanmoins, il nous paraîtrait pour le moins surprenant qu'une indemnité de procédure puisse être réclamée par le requérant ayant obtenu gain de cause et ce, sans condition, à la suite d'un retrait alors que ce même requérant ne pourrait pas forcément solliciter du Conseil d'État qu'il examine sa demande d'indemnisation.

À supposer que le retrait vaille systématiquement constat de l'illégalité de l'acte attaqué, il reste alors au requérant à identifier comment demander l'indemnité réparatrice dans cette hypothèse. Dans le cadre de l'indemnité de procédure, cet élément ne pose guère problème puisqu'elle est en général sollicitée dès l'acte introductif d'instance. Pour la demande d'indemnité réparatrice, la solution procédurale est moins évidente.

¹⁵⁶ Le Conseil d'État affirme ainsi : « *Considérant qu'il ressort [des travaux préparatoires de l'article 11*bis* des L.C.C.E.] que l'intention du législateur est de permettre de greffer une demande d'indemnité réparatrice sur tout arrêt qui constate une illégalité ; que l'arrêt de suspension n° 225.305 a jugé un moyen sérieux, ce qui « constate » une illégalité, fût-ce *prima facie* et au provisoire; que même si la décision de retrait du 26 novembre 2013 est motivée de manière très succincte, elle fait manifestement suite à cet arrêt, de même que la décision du 19 décembre qui délivre une carte d'identification au requérant; que le retrait de la décision de refus du 1er juillet 2013 ne peut s'expliquer que par le ralliement de la partie adverse à la teneur de l'arrêt n° 225.305; que par l'arrêt n° 228.108 du 24 juillet 2014, le Conseil d'État a pris acte de ce retrait, observant notamment que la partie adverse avait porté à sa connaissance que c'est « à la suite de l'arrêt n° 225.305 » qu'elle avait retiré la décision attaquée; qu'ainsi, l'arrêt n° 228.108 du 24 juillet 2014 a constaté que la partie adverse a reconnu l'illégalité retenue comme moyen sérieux par l'arrêt de suspension, et, nécessairement, la réalité de cette illégalité; que cet arrêt, prononcé après l'entrée en vigueur de l'article 11*bis*, est un arrêt qui constate une illégalité au sens de cet article; que la demande d'indemnité réparatrice est recevable » (C.E., n° 232.416, Legrand, du 2 octobre 2015).*

¹⁵⁷ Par exemple, à la suite d'un rapport de l'auditorat défavorable à la partie adverse.

¹⁵⁸ Pour rappel, le retrait d'un acte administratif n'est, en principe, possible que dans le délai de recours ouvert devant le Conseil d'État ou pendant l'instruction de la demande d'annulation, pour autant que le retrait se fonde sur un grief soulevé dans la cadre de cette procédure (J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *o.c.*, p. 800). Il est donc possible que, bien qu'un premier recours ait déjà été introduit à l'encontre d'un acte administratif, le retrait de cet acte soit ensuite opéré dans le délai de recours toujours ouvert à d'autres administrés susceptibles d'introduire un second recours en annulation à l'encontre du même acte.

¹⁵⁹ C.E., n° 228.187, *Entreprise Bagot*, du 7 août 2014.

¹⁶⁰ Art. 30/1, §1^{er}, des L.C.C.E.

Le bon sens voudrait sans doute que le requérant dispose d'un délai de soixante jours à partir de la notification de l'arrêt constatant la perte d'objet du recours pour solliciter l'indemnité réparatrice. Telle est la solution qui a été admise dans l'arrêt *Legrand* du 2 octobre 2015. Mais lorsque l'illégalité ne peut se déduire des antécédents du retrait, il existe alors un risque que le Conseil d'État considère qu'il n'y a pas eu de « constat d'illégalité » dans ce cadre et rejette ainsi la demande d'indemnité. La solution la plus sûre est donc sans doute l'envoi d'une requête en indemnité réparatrice pendant que les débats sont toujours ouverts, entre la prise de connaissance du retrait et l'audience fixée à la suite dudit retrait. Il ne nous semble en revanche pas envisageable, comme le suggère Irène Mathy¹⁶¹, de solliciter une indemnité réparatrice liée au premier acte retiré dans le cadre d'une nouvelle contestation qui aurait pour objet l'annulation du retrait lui-même. En effet, l'indemnité réparatrice est un accessoire de la demande d'annulation de l'acte attaqué et doit le rester, sous peine d'étendre abusivement la compétence du Conseil d'État aux effets civils d'autres actes que ceux pour lesquels il est saisi.

26. L'articulation avec l'intérêt au moyen. En vue de réduire le nombre de cas dans lesquels le Conseil d'État devrait prononcer l'annulation d'un acte, le législateur a consacré, lors de la réforme de 2014, l'exigence jurisprudentielle de l'intérêt au moyen. L'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, nouveau, des L.C.C.E. prévoit désormais :

« Les irrégularités visées à l'alinéa 1^{er} ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte. »

Dans l'immense majorité des cas, lorsque le Conseil d'État conclut à l'absence d'intérêt au moyen, il ne se prononce pas sur l'illégalité qui est alléguée devant lui. Son arrêt ne peut donc valoir constat d'illégalité, au sens de l'article 11bis des L.C.C.E.¹⁶².

B. Le dommage

27. La détermination du dommage qui peut donner lieu à une indemnité réparatrice. Comme la section de législation du Conseil d'État l'avait observé, l'annulation de l'acte, si elle est prononcée, constitue une forme de réparation en nature¹⁶³. L'indemnité réparatrice ne vise quant à elle à réparer que le préjudice qui ne l'est pas entièrement par l'annulation, et dans cette mesure seulement¹⁶⁴.

Le préjudice subi par le requérant peut être d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial¹⁶⁵. Certains auteurs se demandent à juste titre si le Conseil d'État considérera qu'une annulation aura pour effet de réparer le dommage moral¹⁶⁶. Dans l'arrêt n° 232.416 du 2 octobre 2015, le Conseil d'État a en tout cas considéré que l'arrêt de suspension, suivi du retrait de l'acte

¹⁶¹ I. MATHY, o.c., p. 203.

¹⁶² Cela étant, si le Conseil d'État devait malgré tout constater une illégalité, un lien de causalité devrait être établi par le requérant en vue de l'obtention d'une indemnité réparatrice.

¹⁶³ C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, p. 8. Evidemment, l'annulation de l'acte constitue une forme de réparation en nature à la condition que l'acte en question n'ait pas été mis à exécution dans les faits.

¹⁶⁴ Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/1, p. 6.

¹⁶⁵ I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil ? », in *La justice administrative – Actes du colloque du jeune barreau de Bruxelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 218.

¹⁶⁶ L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », o.c., p. 16.

qui faisait grief au requérant, avaient « en l'espèce » neutralisé le tort causé sur le plan moral par l'acte en question¹⁶⁷.

Dans l'avis qu'elle a rendu sur la proposition de loi, la section de législation du Conseil d'État a évoqué un préjudice « né, certain et actuel »¹⁶⁸. En droit de la responsabilité civile en revanche, le dommage ne doit pas nécessairement être né et actuel. Un dommage futur, mais certain, peut en effet donner lieu à indemnisation. L'article 11*bis* des LCCE évoque cependant l'idée d'un préjudice « subi ». Aussi, le régime de l'indemnité réparatrice semble exclure l'indemnisation d'un préjudice futur¹⁶⁹. On ne saurait donc que conseiller au requérant dont le dommage ne s'est pas encore matérialisé de s'abstenir d'adresser une demande d'indemnité réparatrice au Conseil d'État.

Le requérant doit identifier le dommage dans sa demande d'indemnité réparatrice, sous peine de voir sa demande réputée non introduite¹⁷⁰.

28. L'évolution de l'étendue du dommage dans le temps. Le dommage subi par la victime d'une illégalité commise par l'administration est susceptible d'évoluer dans le temps, voire de se muer en avantage avec l'écoulement de celui-ci¹⁷¹. Comme l'écrivent Luc Donnay et Michel Pâques, « l'annulation, par ses effets, ouvre bien souvent la voie à l'obtention d'une réparation en nature »¹⁷². Si l'administration, après l'arrêt d'annulation, adopte un nouvel acte qui donne totalement ou partiellement satisfaction au requérant victorieux, on peut raisonnablement supposer que le dommage du requérant en sera d'autant diminué. Mais l'administration doit agir avec diligence. En effet, nous avons vu le requérant dispose d'un délai de soixante jours à partir de l'arrêt d'annulation pour introduire une demande d'indemnité réparatrice. La partie adverse dispose quant à elle de soixante jours, à compter de la réception de la demande d'indemnité, pour déposer son mémoire en réponse, délai qu'elle peut mettre à profit pour éventuellement réfectionner l'acte attaqué et ainsi diminuer le dommage allégué¹⁷³.

Certains auteurs s'interrogent sur l'adéquation des délais prévus par le législateur¹⁷⁴. Ceux-ci sont singulièrement brefs, et ne permettront sans doute pas toujours de prendre en compte la consolidation du dommage. Quoi qu'il en soit, dans ce débat, force est de constater qu'il

¹⁶⁷ C.E., n° 232.416, *Legrand*, du 2 octobre 2015.

¹⁶⁸ C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, p. 6.

¹⁶⁹ M. MERCKAERT, « Artikel 144 van de Grondwet en het toekennen van schadevergoeding tot herstel door de Raad van State », in A. ALEN et alia (éds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Bruges, Die Keure, 2014, p. 250. Voy. cependant F. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *o.c.*, p. 476.

¹⁷⁰ Article 25/2 du règlement général de procédure.

¹⁷¹ L'écoulement du temps peut en effet aboutir à ce que le constat d'illégalité ait en réalité procuré à terme un bénéfice qui n'aurait pas forcément pu être généré en l'absence d'illégalité. Tel est le cas du marché public qui, parce qu'il est annulé pour des motifs de pure forme, implique la poursuite d'un marché précédent attribué au requérant, à tout le moins aussi longtemps qu'une nouvelle décision d'attribution n'est pas prise. Tel est également le cas d'un projet immobilier abandonné du fait d'un constat d'illégalité d'un permis, l'auteur de projet s'étant découragé de mettre celui-ci en œuvre. En pareille hypothèse, l'écoulement du temps permet, à notre sens, de considérer *a fortiori* que l'annulation a suffi à réparer le préjudice allégué, mais ce constat ne pourra souvent être fait qu'au terme des échanges portés devant le Conseil d'État, dès lors qu'il repose sur l'évolution d'une situation postérieure au constat d'illégalité.

¹⁷² L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », *o.c.*, p. 16.

¹⁷³ L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », *o.c.*, p. 17. Lorsque ce délai est trop court pour accomplir toutes les formalités que la loi impose que l'administration prenne une nouvelle décision, ces auteurs mentionnent la possibilité pour le Conseil d'État, à la demande du requérant, d'indiquer le délai dans lequel la nouvelle décision devrait intervenir, en application de l'article 36, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des L.C.C.E.

¹⁷⁴ I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil ? », in *La justice administrative – Actes du colloque du jeune barreau de Bruxelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 218-219.

existe une tension irréductible entre la volonté d'agir avec célérité – qui préside à la conception que le législateur se fait de l'indemnité réparatrice – et le souci de cerner le plus précisément possible le dommage.

C. Le lien de causalité

29. L'exigence d'un lien direct de causalité. D'après la section de législation du Conseil d'État, le lien de causalité doit être direct :

*« Il appartiendra au Conseil d'État d'apprécier au cas par cas si un lien de causalité peut être établi entre l'acte illégal et le préjudice, autrement dit si celui-ci est bien directement imputable à l'acte illégal (...) »*¹⁷⁵.

La section de législation écarterait donc la théorie de l'équivalence des conditions, qui prévaut en droit commun, et selon laquelle toute faute en l'absence de laquelle le dommage ne se serait pas réalisé tel qu'il s'est réalisé doit être considérée comme une cause de celui-ci¹⁷⁶. L'exigence d'un lien causal direct, qui déroge aux canons du droit commun de la responsabilité civile, serait en quelque sorte la contrepartie de la responsabilité objective qui pèse sur l'administration.

30. L'absence d'incidence de la faute d'un tiers ou du requérant lui-même. Comme l'a souligné la section de législation du Conseil d'État, *« [l']autorité sera en principe tenue de réparer le préjudice en l'absence de toute faute et donc lorsque l'illégalité provient de circonstances qui lui sont étrangères »*¹⁷⁷. C'est le lien causal entre l'illégalité alléguée de l'acte attaqué et le dommage qui doit être démontré et non le lien entre l'auteur de l'illégalité et ledit dommage¹⁷⁸. Aussi, le fait qu'un tiers soit à l'origine de l'illégalité ne peut selon nous faire disparaître le lien de causalité qui existerait entre un fait générateur qui a vocation à être objectif et un dommage, sous peine de détricoter le concept de lien causal bien connu des praticiens, et d'augmenter de ce fait l'insécurité juridique de l'indemnité réparatrice comparativement au recours en responsabilité extracontractuelle.

Si l'illégalité est due en partie au comportement de la victime, c'est-à-dire au requérant, le lien de causalité demeure établi également. C'est au stade de l'établissement du montant de l'indemnité réparatrice que le Conseil d'État pourra tenir compte de cet élément, pas avant – en s'appuyant par exemple sur la prise en compte des intérêts publics et privés¹⁷⁹.

31. Le cas des illégalités purement formelles. En règle générale, devant le juge judiciaire, il est difficile d'établir un lien causal entre une illégalité purement formelle (par exemple, un défaut de motivation formelle adéquate relatif à un motif non déterminant de

¹⁷⁵ C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, p. 7 (nous soulignons).

¹⁷⁶ M. MERCKAERT, « Artikel 144 van de Grondwet en het toekennen van schadevergoeding tot herstel door de Raad van State », in André A. et alia (éds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Bruges, Die Keure, 2014, p. 251. *Contra* : C. MATHIEU, « De nieuwe bevoegdheid van de Raad van State: de schadevergoeding tot herstel – Vraag naar de implementeringswijze, doeltreffendheid en noodzaak », *Jur. Falc.*, 2013-14, pp. 95-96.

¹⁷⁷ C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, p. 6.

¹⁷⁸ La section de législation soutient ainsi qu'« [i]l appartiendra au Conseil d'État d'apprécier au cas par cas si un lien de causalité peut être établi entre l'acte illégal et le préjudice, autrement dit si celui-ci est bien directement imputable à l'acte illégal, quitte à ce que l'administration se retourne, devant les cours et tribunaux, contre le bénéficiaire de l'acte qui l'a induite en erreur » (C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, 2233-2, p. 7).

¹⁷⁹ Comp. F. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, p. 476.

l'acte ou le non-respect d'un délai d'ordre dans l'instruction qui précède l'adoption de l'acte administratif) et un dommage¹⁸⁰. En effet, « l'action doit en principe être écartée lorsque la partie adverse peut démontrer que la décision aurait été identique en l'absence de vice de forme, et que le dommage serait ainsi survenu de la même manière en l'absence de faute »¹⁸¹. Devant le juge judiciaire, le débat peut avoir lieu en termes de perte d'une chance¹⁸².

À l'heure actuelle, on ignore si le Conseil d'État se ralliera à cette manière de faire.

Cependant, le critère précité par lequel le juge judiciaire écarte l'existence d'un lien causal n'est pas sans rappeler le nouvel article 14, §1^{er}, alinéa 1, 3^o, des L.C.C.E. qui dispose que « *les irrégularités visées à l'alinéa 1^{er} ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte* », et consacre l'exigence de l'intérêt au moyen¹⁸³. Or, dans cette hypothèse, le vice de forme qui n'a pas d'influence sur le sens de la décision prise n'aboutirait en principe pas à un constat d'illégalité, puisque le moyen y lié serait déclaré irrecevable, ce qui rendrait en principe superflu le débat sur l'existence d'un lien causal.

VI. L'indemnité réparatrice proprement dite

32. L'étendue de la réparation et l'incidence de la prise en compte des intérêts publics et privés. Une fois les conditions de l'octroi d'une indemnité réparatrice réunies, et notamment un dommage prouvé, il appartient au Conseil d'État de déterminer le montant de l'indemnité. La réparation est uniquement de nature pécuniaire (par équivalent), et ne peut avoir lieu en nature.

L'indemnité doit *tendre* à la réparation intégrale du dommage¹⁸⁴. Le législateur a préféré en effet mettre l'accent sur le caractère réparateur de l'indemnité, plutôt que de faire référence à l'équité¹⁸⁵. Comme nous l'avons évoqué plus haut, l'indemnité réparatrice ne tend à réparer que le dommage qui subsiste après l'annulation de l'acte – si annulation, il y a.

Le Conseil d'État peut tenir compte des intérêts publics et privés pour statuer sur le montant de l'indemnité réparatrice. C'est un facteur d'incertitude pour le justiciable. Le législateur l'a justifié notamment par « *la nécessité de maintenir un équilibre entre la partie qui poursuit*

¹⁸⁰ L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », p. 14.

¹⁸¹ C. DOYEN-BIVER, A. L. DURVIAUX, D. FISSE et J. SOHIER, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 14.

¹⁸² C. DOYEN-BIVER, A. L. DURVIAUX, D. FISSE et J. SOHIER, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 14. En ce sens, voy. aussi P. HENRY, N. VAN DAMME et J. MERODIO, « L'équivalence (prétendue) entre les notions d'excès de pouvoir et de faute civile », in *Evaluation du dommage, responsabilité civile et assurances – Liber Amicorum Noël Simar*, Limal, Anthémis, 2013, p. 216.

¹⁸³ Conformément aux travaux préparatoires relatifs à cette disposition, celle-ci « *tend à rappeler la nécessité d'un intérêt au moyen en évitant que l'annulation ne puisse être prononcée sur le fondement d'une irrégularité qui n'aurait eu aucune incidence concrète sur la situation du requérant* » (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, Projet de loi portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat – Commentaire des articles, n° 5-227/1, p. 11).

¹⁸⁴ En ce sens, L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », p. 15.

¹⁸⁵ Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/1, p. 7.

l'annulation et la partie adverse, dans la mesure où celle-ci ne dispose pas de la possibilité de choisir la voie procédurale qu'elle estime la plus avantageuse, puisqu'elle est liée par le choix opéré par la partie qui demande l'indemnité »¹⁸⁶. L'administration, dans le cadre de l'article 11bis des L.C.C.E, ne peut en principe pas se prévaloir d'une cause d'exonération, contrairement à ce qui a cours en droit commun. Le choix de la procédure lui étant imposé, la prise en compte des intérêts publics et privés peut permettre d'atténuer le montant de la réparation qui est mise à sa charge.

Pour plusieurs commentateurs, « [i]l n'est (...) pas évident que l'indemnité réparatrice sera inférieure au dédommagement octroyé par les cours et tribunaux »¹⁸⁷. La section de législation du Conseil d'État a elle-même observé qu'« il est peu probable que l'indemnisation accordée par le Conseil d'État soit substantiellement moindre que celle qui résulte de la jurisprudence de l'ordre judiciaire car cela aurait pour effet de détourner les justiciables de l'indemnisation par le Conseil d'État »¹⁸⁸. Sauf à imaginer que l'administration visée menace de ne plus assurer ses missions de service public, pour des motifs budgétaires – ce qui est déjà en soi une raison qui peut prêter le flanc à la critique –, on n'aperçoit pas en quoi la réparation ne pourrait pas être intégrale. L'avenir nous apprendra si le Conseil d'État, dans le cadre du contentieux de l'indemnité réparatrice, prendra la voie qu'il a empruntée au sujet de l'indemnité pour dommage exceptionnel.

Dans l'arrêt n° 232.416 du 2 octobre 2015, le Conseil d'État a constaté le manque à gagner du requérant et a observé « qu'aucune raison d'intérêt public n'apparaît de moduler ce montant ». Il a donc alloué au requérant une indemnité réparatrice d'un montant égal à ce manque à gagner, majoré des intérêts légaux¹⁸⁹.

Dans ce débat, il convient également de rappeler que le Conseil d'État peut également tenir compte des intérêts *privés*. Il n'est évidemment pas aisé d'identifier ce que ce concept recouvre, mais il est permis d'envisager qu'il s'apparente aux intérêts déjà pris en compte par le Conseil d'État dans le cadre des balances d'intérêts en matière de référé administratif et dans le cadre du contentieux du dommage exceptionnel¹⁹⁰.

En tout état de cause, il paraît souhaitable que la pratique par le Conseil d'État du contentieux de l'indemnité réparatrice n'aboutisse pas à l'application de montants barémiques similaires à ceux qui sont appliqués, par exemple, par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de certaines violations¹⁹¹.

33. L'incidence d'une faute commise par un tiers. Si le bénéficiaire de l'acte a fourni un renseignement erroné à l'administration, que celle-ci a négligé de vérifier correctement, de sorte que les torts seraient, pour ainsi dire, partagés, l'administration n'en sera pas moins redevable, sur le plan de l'obligation à la dette, de l'indemnité réparatrice. Il ne nous semble pas opportun que le Conseil d'État se fonde sur la prise en compte des intérêts publics et privés pour diminuer le montant de l'indemnité réparatrice (ce qui serait au désavantage de la victime). Ceci ne fait pas obstacle à un recours en contribution devant le juge civil par l'administration contre le bénéficiaire de l'acte. Si le requérant lui-même a commis une faute

¹⁸⁶ Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/1, p. 7. Voy. la réserve émise *supra*.

¹⁸⁷ Voy. notamment J. SOHIER, « L'action en responsabilité contre des pouvoirs publics : à porter devant les juridictions judiciaires ou, depuis 2014, devant le Conseil d'État », *o.c.*, n° 7.

¹⁸⁸ C.E. (sect. lég.), avis n° 53.933/AG du 27 août 2013, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2233/2, p. 8. Corrélativement, le risque existe que le Conseil d'État, victime de son succès, c'est-à-dire submergé par les demandes d'indemnité réparatrice, ne se saisisse de cette faculté – à savoir, une indemnisation non intégrale – pour décourager l'introduction de nouvelles demandes.

¹⁸⁹ C.E., arrêt n° 232.416 du 2 octobre 2015, *Legrand c. État belge*.

¹⁹⁰ L'article 11 des L.C.C.E. dispose que l'indemnité réparant un dommage exceptionnel est octroyée « en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé ».

¹⁹¹ L. DONNAY et M. PAQUES, *o.c.*, p. 7.

en relation avec l'illégalité dont il se prévaut devant le Conseil d'État pour obtenir une indemnité réparatrice, le montant de celle-ci pourra être adaptée.

34. Cas particulier : les dépens et l'indemnité de procédure. Le nouvel article 30/1 des L.C.C.E. permet au Conseil d'État d'accorder une indemnité de procédure, qui est une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant obtenu gain de cause. L'administration est logée à la même enseigne que les autres parties.

Tout comme pour le paiement des droits de dossier, les autres dépens, en ce compris l'indemnité de procédure donc, constituent un accessoire propre à la demande d'indemnité réparatrice. Les récents arrêts rendus par le Conseil d'État confirment que la procédure en indemnité réparatrice fait l'objet de dépens propres, les droits de dossier pouvant le cas échéant être rétrocédés lorsque la demande d'indemnité est rejetée en même temps que la demande en annulation¹⁹².

Il semble que le Conseil d'État considère que le montant de l'indemnité de procédure liée à la demande d'indemnité réparatrice doit être octroyé dans les mêmes proportions que celle octroyée dans le cadre de la procédure en annulation. L'absence de débats, dans cette affaire, sur la question de l'indemnité de procédure laisse cependant ouverte la question des critères propres d'évaluation de l'indemnité de procédure à fixer dans le cadre du contentieux indemnitaire¹⁹³.

En tout état de cause, si l'indemnité de procédure octroyée dans le cadre de l'indemnité réparatrice est insatisfaisante pour le requérant, il ne sera pas possible de réclamer le reliquat escompté devant le juge judiciaire, dès lors que l'indemnité de procédure est une réparation forfaitaire. De la même manière, le reliquat d'une indemnité de procédure allouée par le Conseil d'État dans le cadre de la procédure principale et jugée insatisfaisante par le justiciable ne peut pas être récupéré grâce à l'indemnité réparatrice¹⁹⁴.

De ce point de vue, les voies administrative et judiciaire sont relativement similaires, si ce n'est évidemment que les barèmes d'indemnité de procédure sont moins élevés devant le Conseil d'État, à l'exception peut-être du contentieux des marchés publics¹⁹⁵.

35. Cas particulier : l'indemnisation forfaitaire en matière de marchés publics. En matière de marchés publics, l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services prévoit que « *[l]orsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par adjudication, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre.* »¹⁹⁶ La question de la coexistence de cette disposition avec le nouvel article 11bis des

¹⁹² Voy. les arrêts cités *supra* statuant sur une demande d'indemnité réparatrice.

¹⁹³ C.E., n° 232.416, *Legrand*, du 2 octobre 2015.

¹⁹⁴ Sur le plan théorique, cela tombe sous le sens, car l'indemnité allouée est forfaitaire, mais l'importance des frais de conseils pourrait constituer une circonstance prise en compte pour déterminer le montant de l'indemnité sur la base d'« intérêts privés ». En pratique, les montants extrêmement bas alloués aux requérants pourraient justifier une telle tentative. Une justification du montant sollicité pourrait par ailleurs ne pas reposer uniquement sur les honoraires d'avocats réellement perçus, mais bien, de manière plus générale, sur la difficulté et l'énergie à déployer pour examiner la légalité d'un acte administratif. Imaginons en effet ce que doivent déployer comme efforts et moyens, parfois dans l'urgence, le riverain d'une exploitation industrielle pour examiner la légalité d'un permis, le fonctionnaire public illégalement évincé, le soumissionnaire évincé dans le cadre d'un marché public de travaux etc. La complexité des matières encadrées par le droit administratif peut à notre sens fonder que des frais de conseils soient susceptibles d'influencer la détermination de l'indemnité allouée.

¹⁹⁵ Le nouvel article 67 du règlement de procédure prévoit en effet que « *[p]ar dérogation à l'alinéa qui précède, le montant maximum est porté à 2.800 euros pour les litiges relatifs à la réglementation sur les marchés publics et certains marchés de travaux, de services et de fournitures* ». Toutefois, dans les hypothèses où le dommage peut être évalué en argent et où la somme escomptée est importante, par exemple en raison de l'application de l'indemnité forfaitaire de 10 % applicable aux adjudications, l'indemnité de procédure applicable devant le juge judiciaire restera en principe plus importante que celle applicable devant le Conseil d'État.

¹⁹⁶ Nous soulignons.

L.C.C.E. se posera assez rapidement. Le Conseil d'État pourrait-il octroyer une indemnité réparatrice, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence, ou faut-il considérer que la loi du 15 juin 2006, bien qu'antérieure à l'adoption du nouvel article 11*bis* des LCCE, déroge à celui-ci, en tant que *lex specialis* ?

On le sait, l'application du régime d'indemnisation propre aux marchés publics, et plus spécifiquement en matière d'adjudication, dans le cadre de l'indemnité réparatrice a été envisagée par le Roi lui-même¹⁹⁷. Certains auteurs¹⁹⁸ soutiennent cependant que le taux forfaitaire précité n'a vocation qu'à inspirer la détermination du montant envisagé dans la loi du 15 juin 2006. Cette thèse doit être suivie¹⁹⁹, dès lors que l'indemnité réparatrice est une institution juridique autonome, en ce compris des règles de fond spécifiquement applicables au droit de marchés publics. Le requérant qui obtient la décision constatant l'illégalité alléguée devra donc choisir entre la « certitude » sur l'établissement du fait générateur (devant le Conseil d'État) ou la certitude du montant en cause (devant le juge judiciaire).

36. L'auteur de l'acte, seul débiteur de l'indemnité réparatrice. L'indemnité réparatrice que le Conseil d'État peut accorder au requérant est à charge de l'auteur de l'acte. On l'a vu, ce dernier ne pourra pas exciper du fait d'un tiers ou de circonstances éliminatoires de sa responsabilité pour y échapper. Il s'agit d'un régime de responsabilité objective qui constitue un avantage indéniable pour le demandeur, qui évite ainsi les discussions sur l'origine et l'imputabilité de l'illégalité, qui fait les riches heures de la procédure judiciaire²⁰⁰. L'administration, quant à elle, devra diligenter une nouvelle procédure devant le juge judiciaire si elle estime qu'un tiers est à l'origine de l'illégalité.

37. L'absence d'astreinte pour l'indemnité réparatrice. Devant le juge judiciaire, la réparation en nature est possible, le cas échéant accompagnée d'une astreinte, quoiqu'elle doive s'accommoder du respect du principe de la continuité du service public²⁰¹. L'article 36 des L.C.C.E., qui permet au requérant de solliciter l'application d'une astreinte en cas de défaut d'exécution de la partie adverse, n'a cependant pas été étendu à l'indemnité réparatrice, ce qui était prévisible, compte tenu de la nature de l'indemnité envisagée.

38. La qualité de la décision. Il est évidemment bien délicat de déterminer si la qualité d'une décision relative à la réparation d'un préjudice causé par une illégalité sera supérieure devant le juge judiciaire ou la Haute juridiction administrative.

La Haute juridiction administrative présente l'avantage de comprendre des magistrats formés et spécialisés dans le domaine du contentieux administratif, qui connaissent non seulement parfaitement les contours de l'action administrative dans ses principes²⁰², mais également, le cas échéant, le complexe de faits qui leur sera soumis dans le cadre du contentieux de l'indemnité.

Les juridictions judiciaires comprennent quant à elles des magistrats familiarisés à l'examen du triptyque faute-dommage-lien causal, qui constitue un mode d'examen bien spécifique et établi dont il serait heureux que le juge administratif s'inspire, par souci de sécurité juridique.

Enfin, le double degré de juridiction et le contrôle de la Cour de cassation constituent sans doute des garanties plus prégnantes de l'harmonisation de la jurisprudence relative aux in-

¹⁹⁷ Rapport au Roi de l'arrêté royal du 25 avril 2015 relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, Examen de l'article 4. Voy. *supra*.

¹⁹⁸ François Belleflamme et Jérôme Sohier avancent l'idée que le forfait « oriente la jurisprudence du Conseil d'État, comme il oriente déjà la jurisprudence des juridictions judiciaires en dehors [des] conditions strictes de son application » (*op. cit.*, p. 62).

¹⁹⁹ Malheureusement, car la détermination par avance du montant à octroyer permettrait évidemment de garantir la célérité du mécanisme d'indemnité réparatrice.

²⁰⁰ F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *o.c.*, p. 64.

²⁰¹ C. DOYEN-BIVER, A. L. DURVIAUX, D. FISSE et J. SOHIER, *o.c.*, p. 14.

²⁰² En ce compris celle acquise en matière d'indemnité du contentieux de la réparation du préjudice exceptionnel, même si cette expérience doit être relativisée au vu de la faible importance quantitative de ce contentieux.

demnités allouées en matière de responsabilité des pouvoirs publics. Il reste à souhaiter que le Conseil d'Etat, qui reste une juridiction suprême, ne s'écarte pas de cette tendance d'harmonisation éminemment souhaitable pour le justiciable.

VII. Conclusion

39. Finalement, à quel saint se vouer ? La création de la figure de l'indemnité réparatrice devant le Conseil d'Etat ne s'inscrit pas dans une démarche législative d'harmonisation du contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics, ni dans un regroupement de ce contentieux devant un juge unique. Sans doute la réforme ne doit-elle pas être appréciée pour autre chose que ce que le législateur a souhaité qu'elle soit : une réponse pragmatique au parcours, jalonné d'embûches, du requérant devant le Conseil d'Etat.

Le principal inconvénient pour ledit requérant est qu'il lui est aujourd'hui difficile d'opérer un choix entre la voie judiciaire et la voie du Conseil d'État, en pleine connaissance de cause.

Notre contribution met en évidence, sans prétention à l'exhaustivité, quelques éléments d'appréciation susceptibles d'éclairer ce choix. Ainsi, la voie du juge judiciaire restera sans doute privilégiée lorsque le dommage dont le requérant souhaite obtenir la réparation est complexe et évolutif, ou encore lorsqu'il n'existe aucun risque que l'autorité invoque une cause d'exonération de sa responsabilité civile. La voie de l'indemnité réparatrice sera préférée lorsqu'il existe un doute sur l'imputabilité de l'illégalité ou un risque que la partie adverse puisse invoquer une cause d'exonération. La facilité et la rapidité avec lesquelles le dommage peut être quantifié par le requérant seront également déterminants dans ce choix, soit parce que les antécédents factuels de la demande d'annulation le permettent, soit parce que le régime propre à la matière en cause contribue à une évaluation aisée du dommage, comme c'est le cas pour certains marchés publics.

Certes, aucune réforme n'est parfaite et certains regretteront sans doute l'absence d'équivalence absolue entre le mécanisme de l'article 11*bis* des L.C.C.E. et celui de l'article 1382 du Code civil. On peut cependant espérer, notamment à la lecture de l'arrêt *Legrand*, récemment rendu par le Conseil d'État, que l'objectif de la réforme, aussi modeste soit-il, soit atteint dans les prochaines années. C'est aux plaideurs maintenant qu'il appartient d'oser s'y aventurer.