

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Trois années d'indemnité réparatrice devant le Conseil d'Etat

Xavier, François; Nihoul, Marc

Published in:
Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

Publication date:
2017

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Xavier, F & Nihoul, M 2017, 'Trois années d'indemnité réparatrice devant le Conseil d'Etat', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, numéro 4, pp. 679-704.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Trois années d'indemnité réparatrice devant le Conseil d'Etat*

Marc NIHOUL – Professeur à l'Université de Namur – Avocat au barreau du Brabant wallon
François XAVIER – Assistant à l'Université de Namur

RÉSUMÉ

Depuis la Sixième Réforme de l'Etat, le Conseil d'Etat peut octroyer une indemnité réparatrice à la partie requérante ou à la partie intervenante venant à son appui qui en fait la demande lorsqu'un préjudice lui a été occasionné du fait de l'illégalité d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet. La présente contribution entend faire le point sur la jurisprudence rendue par les chambres francophones du Conseil d'Etat depuis l'entrée en vigueur de ce nouveau mécanisme. Sont abordés successivement : la compétence du Conseil d'Etat (1), les parties à l'opération (2), le moment de l'introduction de la demande (3), les conditions d'octroi : constat d'illégalité, lien de causalité, préjudice et montant de l'indemnité (4), les points communs et les différences par rapport à d'autres mécanismes d'indemnisation (5) et la procédure à suivre (6).

SAMENVATTING

Sinds de Zesde Staatshervorming kan de Raad van State een schadevergoeding tot herstel toekennen aan een verzoekende of tussenkomende partij die erom vraagt, wanneer ze een nadeel heeft geleden door de onwettigheid van een akte, een reglement of een stilzwijgend afwijzende beslissing. In deze bijdrage maken we de balans op van de rechtspraak door de Franstalige kamers van de Raad van State sinds de inwerkingtreding van dit nieuwe mechanisme. We behandelen achtereenvolgens: de bevoegdheid van de Raad van State (1), de betrokken partijen (2), het tijdstip van de indiening van het verzoek tot schadevergoeding (3), de toekenningsvoorwaarden: vaststelling van onwettigheid, oorzakelijk verband, schade en bedrag van de vergoeding (4), overeenkomsten en verschillen met andere vergoedingsmechanisme (5) en de te volgen procedure.

Introduction

1. - L'objectif annoncé en attribuant au Conseil d'Etat le pouvoir d'allouer une indemnité réparatrice était de réaliser une mesure d'économie procédurale¹. Les travaux préparatoires de la loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution² le mentionnent expressément. Il s'agissait de remédier à la situation actuelle dans

laquelle « la partie qui obtient gain de cause devant le Conseil d'État mais dont le préjudice n'est pas entièrement réparé par l'annulation de l'acte est contrainte d'introduire une nouvelle action devant les juridictions civiles. Cela impose à un nouveau juge de réexaminer l'ensemble du dossier, ce qui entraîne de nouveaux frais de justice et de nouveaux délais de procédure »³. Désormais, le citoyen dispose d'un autre choix. Celui de demander directement au Conseil d'Etat une indemnité réparatrice.

* La présente contribution a été établie dans le cadre du séminaire consacré à l'Actualité et la pratique du contentieux administratif organisé par IFE Benelux le mardi 26 septembre 2017 à Bruxelles et mise à jour en janvier 2018.

¹ Voy. les réf. citées dans D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, « L'indemnité réparatrice », *A.P.T.*, 2016/3, p. 355, n.b.p. 1 ; A. WIRTGEN, « De schadevergoeding tot herstel door de Raad van State », *T.B.P.*, 2017/7-8, pp. 459 à 488 ; J. SOHIER, « L'indemnité réparatrice devant le conseil d'Etat : premiers bilans », *Le droit administratif répressif, fiscal et indemnitaire*, F. Tulkens (coord.), Bruxelles, Larquier, 2017, p. 150, n.b.p. 1.

² *M.B.*, 31 janvier 2014.

³ Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, développements, *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6.

A y regarder de plus près, ce nouveau contentieux est peut-être issu d'une autre volonté⁴ apparue avec l'arrêt *Ferrara Jung* du 28 septembre 2006⁵. Par cet arrêt, la Cour de cassation a consacré la responsabilité civile de l'Etat du fait du pouvoir législatif. La Cour d'appel de Bruxelles avait en effet considéré, dans un arrêt du 4 juillet 2002, que le pouvoir législatif avait violé l'article 6.1. de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour avoir omis de légiférer afin de donner au pouvoir judiciaire les moyens nécessaires pour combattre l'arriéré judiciaire et lui permettre d'assurer efficacement le service public de la justice et, partant, pour avoir commis une faute. Ce faisant, selon la Cour de cassation, la Cour d'appel ne s'est pas immiscée dans la fonction législative et dans le processus politique de l'élaboration des lois. Elle s'est, au contraire, conformée à la mission du pouvoir judiciaire de protéger les droits civils. Elle n'a donc pas violé le principe de la séparation des pouvoirs.

Tout comme l'arrêt *La Flandria* avait été très mal accueilli par les milieux politiques le 5 novembre 1920 et probablement conduit à la création du Conseil d'Etat en 1946⁶, l'arrêt *Ferrara Jung*, également adopté sur conclusions conformes du Procureur général Leclercq, non point Paul cette fois, mais bien Jean-François, a suscité l'indignation de parlementaires estimant que la volonté souveraine du peuple était malmenée.

L'année suivante, l'article 144 de la Constitution figurait parmi les articles à réviser dans la déclaration de révision de la Constitution. Par voie d'amendement, la proposition avait été faite – et retenue – d'ouvrir à révision l'article 144 de la Constitution « *en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat sous tous ses aspects, et ce à la lumière de la séparation des pouvoirs* »⁷. L'idée prôtée aux auteurs de l'amendement en question, en l'absence de toute justification, était de relayer la proposition faite en doctrine de soumettre les juridictions, dont la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, à des contrôles destinés à s'assurer d'un meilleur respect du droit⁸. Il avait été jugé inadmissible, en particulier, dans un régime démocratique, qu'une juridiction civile puisse se substituer aux assemblées

parlementaires dans l'appréciation de l'opportunité d'une intervention législative sous l'angle de la responsabilité civile. La proposition était faite, en conséquence, de rétablir une sorte de référé législatif et d'organiser devant la Cour d'arbitrage un recours extraordinaire contre les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat ; un recours réservé aux assemblées législatives, mais interprété, dans le camp de ses détracteurs ayant mené une vive opposition, comme une manière de « *permettre (au pouvoir législatif) d'interférer dans le cours d'un contentieux, au point de dicter la loi aux juges. [...] Si l'intention de certains est de mettre au pas (pour parler clair) la Cour de cassation qui a le courage de faire évoluer notre Etat de droit en admettant le principe de la responsabilité de l'Etat, en ce compris pour les lacunes du pouvoir législatif, nous ne prêterons pas notre concours à de telles évolutions qui viseraient tout simplement à affirmer la force politique face aux citoyens, car nous privilégierons toujours le droit des citoyens face aux abus, aux lacunes, aux insuffisances du pouvoir, qu'il soit législatif ou exécutif* »⁹. Aussi, la proposition fut interprétée en doctrine comme ouvrant la porte sur une autre manière d'influencer l'application du droit commun de la responsabilité civile à l'Etat : en confiant tout simplement ce contentieux à la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat¹⁰.

L'Accord institutionnel du 11 octobre 2011 sur la Sixième Réforme de l'Etat, exécuté par la loi du même nom, prit la direction plutôt larvée de l'indemnité réparatrice, laquelle n'a rien résolu en ce qui concerne la responsabilité civile de l'Etat du fait du législateur. Mais en toute logique, peut-être confiera-t-on un jour un contentieux de l'indemnité réparatrice à la Cour constitutionnelle s'agissant des illégalités commises dans ou par les normes de valeur législative... le cas échéant après une nouvelle révision de l'article 144 de la Constitution, lequel ne vise en son alinéa 2 que l'habilitation du Conseil d'Etat ou des juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions. A moins que l'on ne décide enfin de fusionner le pouvoir judiciaire et le Conseil, ce qui simplifierait pour une fois les institutions, permettrait de réaliser de réelles économies et augmenterait l'effica-

⁴ M. NIHOUL, « La nature ambiguë du droit administratif belge », *Liber Amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 483 et 484.

⁵ Cass., 28 septembre 2006, C.02.0570.F.

⁶ Voy. P. BOUVIER, *La naissance du Conseil d'Etat de Belgique : une histoire française ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 178 p.

⁷ Déclaration de révision de la Constitution du 1^{er} mai 2007, *M.B.*, 2 mai 2007. Seule la responsabilité civile est en réalité visée sous cette déclaration radicale puisque l'article 144 de la Constitution concerne uniquement les contestations portant sur des droits civils.

⁸ X. DELGRANGE, N. LAGASSE et J. VAN NIEUWENHOVE, « De hervorming van de instellingen en de herzoeningsverklaring van 2007. Een grondwettelijke verkenning van enkele voorstellen », *C.D.P.K.*, 2008/1, pp. 22 à 24, n° 32 et 33.

⁹ O. MAINGAIN, *C.R.I.*, Chambre, 2006-2007, séance du 25 avril 2007, CRIV 51 PLEN 283, p. 66.

¹⁰ X. DELGRANGE, N. LAGASSE et J. VAN NIEUWENHOVE, *op. cit.*, p. 24, n° 33.

cité de la Justice ? Pour les défenseurs d'une telle fusion¹¹, la création d'un deuxième contentieux administratif de la responsabilité à côté du contentieux civil et judiciaire ne peut pas être salué comme une avancée salutaire.

2. - Le fondement constitutionnel de l'indemnité réparatrice a prêté à discussion lors de la réforme. Au-delà de l'évidence tirée de la simultanéité entre la révision constitutionnelle et l'insertion de l'article 11bis dans les lois coordonnées¹², plusieurs pistes ont été lancées autres que l'article 144, alinéa 2, de la Constitution¹³ ; en particulier l'article 145 voire l'article 146 combiné avec l'article 160 de la Constitution.

Dans sa jurisprudence récente, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat semble s'être forgée une première opinion à cet égard. Dans un arrêt *A.S.B.L. L'Erablière*, n° 237.118 du 24 janvier 2017, la treizième chambre a considéré ce qui suit :

« *Considérant que la demande d'indemnité réparatrice se fonde sur l'article 11bis, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, inséré par la loi du 6 janvier 2014, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 :*

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

Considérant que, lorsque la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat est saisie d'une demande d'indemnité réparatrice, elle statue, non pas sur un contentieux objectif, mais sur un contentieux de droits civils ; que telle est la volonté du Constituant ; que l'article 144 de la Constitution est en effet rédigé comme suit :

« *Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.*

Toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'Etat ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions » ;

Considérant que cette volonté apparaît également des développements¹⁴ qui accompagnaient la proposition de révision de l'article 144 de la Constitution [...] ;

Considérant que la volonté du Constituant a encore été rappelée dans l'avis donné par la section de législation du Conseil d'Etat sur le projet de loi qui allait devenir celle du 6 janvier 2014¹⁵ [...] ».

Le fondement constitutionnel de l'indemnité réparatrice serait donc bien l'article 144, alinéa 2, de la Constitution.

3. - A noter que l'appellation « indemnité réparatrice » n'est point redondante, contrairement à ce que l'on eût pu croire. Le terme indemnité peut en effet désigner aussi la compensation monétaire de frais ou d'efforts consentis, voire la rémunération de personnes telles que les élus.

4. - Dans les lignes qui suivent, nous nous attachons à peindre le tableau de la jurisprudence rendue principalement par les chambres francophones du Conseil d'Etat en la matière durant les trois premières années d'application.

1. Compétence du Conseil d'Etat

A. Entrée en vigueur de la loi

5. - L'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat a été introduit par l'article 6 de la loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution. Une lecture combinée des articles 14 et 73 de la même loi prescrit une entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 tant pour les demandes d'indemnités réparatrices liées aux recours introduits à partir de cette date en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, des mêmes lois coordonnées, ou aux arrêts prononcés à partir de cette date en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3. Le Conseil d'Etat a rendu plu-

¹¹ M. NIHOUL, « La grande réforme du Conseil d'Etat : contours et enjeux », *A.P.T.*, 2006/4, pp. 170 à 181.

¹² Lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, *M.B.*, 21 mars 1973.

¹³ M. JOASSART, « Droit civil », *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'Etat*, M. Uyttendaele et M. Verdussen (dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 375 à 395.

¹⁴ Proposition de révision de l'article 144 de la Constitution, développements, *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2242/1, p. 2.

¹⁵ Avis du Conseil d'Etat rendu le 27 août 2013, n° 53.933/AG, *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, pp. 5 et 6.

sieurs arrêts sur ce point dans lesquels il a pris soin de faire le tri entre les demandes recevables et irrecevables.

L'arrêt *Deperadis* n° 228.354 du 15 septembre 2014 a ouvert le bal, la huitième chambre « *considérant que pour ce qui est de l'indemnisation réclamée par le requérant dans son mémoire en réplique, l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'inséré par l'article 6 de la loi du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, prévoit désormais la possibilité d'obtenir, moyennant la réunion de diverses conditions, une indemnité réparatrice ; que cependant, cette nouvelle disposition n'est entrée en vigueur que le 1^{er} juillet 2014 ; que cette demande d'indemnisation est donc irrecevable* ». Elle avait été introduite par la voie du mémoire en réplique déposé à une date inconnue à la lecture de l'arrêt. Dans la foulée de cet arrêt, ont été considérées comme irrecevables des demandes introduites le 21 mars 2014¹⁶, le 15 mai 2014¹⁷ ou encore le 28 mai 2014¹⁸.

B. Cas particulier d'un arrêt de suspension antérieur à l'entrée en vigueur

6. - La recevabilité des demandes *ratione temporis* n'est pas toujours facile à déterminer. L'arrêt *Legrand* en est une bonne illustration¹⁹. En l'espèce, le requérant demandait l'octroi d'une indemnité réparatrice visant à compenser le préjudice subi du fait de l'illégalité de la décision du délégué du ministre de l'Intérieur de lui refuser la délivrance d'une carte d'identification, nécessaire pour permettre son engagement par une société de gardiennage. L'arrêt statuant sur la requête d'annulation était bien postérieur à l'entrée en vigueur de la loi mais il déclarait seulement qu'il n'y avait plus lieu de statuer du fait de la perte d'objet du recours. C'est qu'un arrêt de suspension, datant du 31 octobre 2013, avait déjà été rendu et constatait l'illégalité *prima facie* de l'acte attaqué, en conséquence de quoi un retrait d'acte avait été décidé par la partie adverse le 26 novembre 2013. Arrêt de suspension et retrait d'acte étaient donc, quant à eux, antérieurs au 1^{er} juillet 2014, c'est-à-dire à l'entrée en vigueur de la loi. Deux questions se posaient donc : un arrêt de suspension constatant une illégalité peut-il être considéré comme un arrêt ouvrant le droit à indemnité

réparatrice (1) ; le cas échéant, cet arrêt peut-il être antérieur à la date du 1^{er} juillet 2014 lorsque le Conseil d'Etat est appelé à se prononcer en annulation après l'entrée en vigueur de la loi (2) ? Dans cette hypothèse, encore faut-il que la demande d'indemnité réparatrice puisse être considérée comme ayant été introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté cette illégalité²⁰. La quinzième chambre de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat y a répondu en ces termes :

« *il ressort de ces textes 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 1^{er} 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 11bis, est un arrêt qui constate une illégalité au sens de cet article ; que la demande d'indemnité réparatrice est recevable* ».

On le lit dans l'arrêt : le Conseil s'évertue à considérer l'arrêt constatant la perte d'objet comme un arrêt constatant une illégalité, au sens de l'article 11bis des lois coordonnées, pour forcer l'application de la loi. En l'espèce pourtant, l'arrêt ne faisait que prendre acte de l'information communiquée par la partie adverse selon laquelle l'acte avait été retiré à la suite de l'arrêt de suspension intervenu. Il levait par ailleurs la suspension puisqu'il n'y avait plus lieu à statuer.

¹⁶ C.E. (8^e ch.), 30 septembre 2014, XXXX, n° 228.569.

¹⁷ C.E. (8^e ch.), 30 octobre 2015, *Klein*, n° 232.799.

¹⁸ C.E. (8^e ch.), 23 janvier 2015, *Dubrule*, n° 229.965.

¹⁹ C.E. (15^e ch.), 2 octobre 2015, *Legrand*, n° 232.416.

²⁰ Conformément à l'article 25/1, 3^o de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, *M.B.*, 23 août 1948. Voy. *infra* n° 12 et suivants.

7. - Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt sur la base des articles 158 de la Constitution et 33 et 34 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. La Cour de cassation, sur conclusions de l'Avocat général Thierry WERQUIN, a considéré, de manière on ne peut plus lacunaire, qu' « en tenant l'arrêt qui constate la perte d'objet du recours en annulation du défendeur en raison du retrait de l'acte attaqué pour « un arrêt qui constate une illégalité au sens de cet article » et en en déduisant que « la demande d'indemnité réparatrice est recevable », l'arrêt attaqué viole les dispositions constitutionnelles et légales précitées »²¹.

Il semble que, par cet arrêt, la Cour de cassation ait voulu exclure qu'un arrêt constatant la perte d'objet ensuite d'un retrait d'acte puisse être interprété comme constatant une illégalité au sens de l'article 11bis des lois coordonnées, du moins dans les circonstances de la cause, c'est-à-dire lorsque l'illégalité à la source du retrait et donc de la perte d'objet a été constatée dans un arrêt de suspension antérieur à l'entrée en vigueur de la loi et que l'arrêt constatant la perte d'objet ne constate par lui-même aucune illégalité.

Il est plus risqué d'en déduire, en revanche, qu'un arrêt de suspension ne pourrait pas, dans d'autres circonstances, contenir une déclaration d'illégalité, d'autant que le fondement constitutionnel de l'indemnité réparatrice vise à permettre au Conseil d'Etat de « statuer sur les effets civils de [ses] décisions » en général, sans autre forme de précision, et que l'article 11bis requiert seulement de poursuivre l'annulation d'un acte sans préciser si l'illégalité de l'acte doit être constatée dans l'arrêt statuant sur la demande d'annulation.

A notre sens, toutefois, l'arrêt de suspension, par son caractère provisoire et sous réserve de circonstances particulières telles que celles rencontrées en l'espèce, ne se prête guère à indemnité réparatrice voire même, avant cela, à l'introduction d'une demande dans ce sens, laquelle pourrait empêcher la requérante ou intervenante de saisir le juge judiciaire dans l'hypothèse où la requête en annulation serait rejetée. On y reviendra ci-dessous avec d'autres éléments de jurisprudence prometteurs,

non liés à l'entrée en vigueur de la loi²².

C. Indemnité de procédure

8. - On rappellera, pour le surplus, que moins de trois mois auparavant, la Cour de cassation eut à connaître d'un pourvoi portant, cette fois-ci, sur l'indemnité de procédure et précisa ceci : « le Conseil d'État est, lors même que la demande relèverait de la compétence des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, seul compétent pour statuer sur les dépens et sur l'indemnité de procédure visés aux articles 30, § 1^{er}, alinéa 2, et 30/1 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 et aux articles 66 à 77 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Il s'ensuit que la décision par laquelle il statue sur ces dépens n'est, comme telle, pas de nature à faire l'objet d'un pourvoi en cassation »²³.

2. Quelles parties peuvent la demander ?

9. - L'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose en son alinéa premier que « toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice ». Deux conséquences en découlent.

10. - Premièrement, une demande d'indemnité réparatrice n'est que l'accessoire d'un recours en annulation²⁴. Aucune indemnité réparatrice ne peut donc être demandée dans le cadre des recours en cassation administrative²⁵ d'une part, et de pleine juridiction, d'autre part. Seul est visé le contentieux de l'excès de pouvoir.

La section de législation s'en était ému précisant qu' « une illégalité constatée dans une autre procédure devant le Conseil d'État, section du contentieux administratif, comme un recours de pleine juridiction mentionné à l'article 16 des lois coordonnées, peut également causer à une partie un préjudice dont elle souhaite la répara-

²¹ Cass. (ch. réun.), 15 septembre 2017, R.G. C.15.0465.F, concl. Av. gén. Th. WERQUIN. Pour un premier commentaire, voy. J. SOHIER, « L'indemnité réparatrice... », *op. cit.*, pp. 153 à 157 ; E. GOURDIN, « La cassation de l'arrêt Legrand : une reconquête du juge civil ? », *J.L.M.B.*, 2018/3, pp. 109 à 117.

²² Voy. *infra* n° 19 et suivants.

²³ Cass. (ch. réun.), 22 juin 2017, C.16.0500.F, concl. Av. gén. Th. Werquin.

²⁴ Voy. A. PIRSON et M. VRANCKEN, « La réparation d'un dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : à quel saint se vouer ? », *Droit administratif et contentieux*, A. L. Durviaux et M. Pâques (dir.), Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 34 et 35.

²⁵ La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a eu l'occasion d'affirmer que « [l'octroi d'une indemnité réparatrice] est étrangère à la cassation des décisions contentieuses » (C.E. (11^e ch.), 18 février 2016, XXX, n° 233.852).

tion »²⁶. Le champ d'application du mécanisme ne fut pas modifié pour autant, les travaux préparatoires de la loi justifiant la différence de traitement par la nécessité de « limiter la possibilité de déroger aux règles de compétences des tribunaux en matière civile à la situation spécifique où l'annulation d'un acte administratif est demandée »²⁷. Hormis ce cas, la réparation civile devant le pouvoir judiciaire demeure par conséquent la voie exclusive.

Par ailleurs, la doctrine s'est posée la question de savoir si les matières soumises à des régimes spécifiques d'indemnisation, tels les marchés publics²⁸, étaient concernées par cette modification législative²⁹. Tant les travaux préparatoires³⁰ que la jurisprudence récente de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat³¹ indiquent que la partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte administratif illégal en matière de marchés publics peut solliciter auprès du Haut Juge administratif une indemnité réparatrice³².

11. - Deuxièmement, seule la partie requérante et la partie intervenante venant à l'appui de la première peuvent solliciter de la part du Conseil d'Etat l'octroi d'une indemnité réparatrice³³. *A contrario*, tant la partie adverse que la partie intervenante en défense – à savoir, concernant

cette dernière, celle « qui est généralement le bénéficiaire de l'acte attaqué et donc la personne qui souffre le plus de son annulation »³⁴ – ne bénéficient pas de cette opportunité. Elles se verront contraintes d'introduire une action distincte auprès des cours et tribunaux³⁵. Une question préjudicielle a été posée à la Cour constitutionnelle à cet égard³⁶. La partie adverse au recours a en effet estimé que, subissant le choix du requérant entre l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice devant le Conseil d'Etat ou la mise en cause de la responsabilité civile de l'auteur de l'acte devant les juridictions de l'ordre judiciaire, elle est placée dans une situation nettement plus défavorable que ce dernier, que la prise en compte des intérêts publics et privés ne permet pas de justifier³⁷. L'arrêt de la Cour constitutionnelle est attendu avec impatience et pourrait avoir des conséquences pour d'autres dispositifs de la réforme du Conseil d'Etat tels que le maintien d'effet(s) d'un acte annulé, également réservé à certaines parties.

3. Quand introduire une demande ?

12. - L'article 25/1 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat « distingue

²⁶ Doc., Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 8.

²⁷ Proposition de loi spéciale relative à la Sixième Réforme de l'Etat, Rapport, Doc., Sénat, 2013-2014, n° 5-2232/5, pp. 359 et 360.

²⁸ Voy. les arts. 16 et 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B., 21 juin 2013. Notons que cette loi a été substantiellement modifiée par une loi du 16 février 2017, M.B., 17 mars 2017, entrée en vigueur le 30 juin 2017 en vertu de l'article 48 de l'arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B., 27 juin 2017.

²⁹ Voy. parmi d'autres S. BEN MESSAOUD et I. VAN KRUCHTEN, « Le contentieux de l'attribution des marchés publics à l'aune de la réforme du Conseil d'Etat », *La justice administrative*, F. Viseur et J. Philippart (dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 398 à 454, spéc. pp. 435 à 452 ; L. VERMEIRE et I. Vos, « Rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten bij de Raad van State : een eerste stand van zaken na de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 en de hervorming van de Raad van State in 2014 », *T.B.P.*, 2015/6, pp. 308 et 309.

³⁰ Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 avril 2014 relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11bis des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, M.B., 16 juin 2014, prend pour exemple d'un examen concomitant entre le recours en annulation et la demande d'indemnité réparatrice, le cas de l'adjudication, « où le soumissionnaire irrégulièrement évincé reçoit un dédommagement forfaitaire de 10 % de sa soumission » (sous l'examen de l'article 4).

³¹ C.E. (6^e ch.), 31 mars 2017, S.A. TRBA, n° 237.894 lequel octroie une indemnité réparatrice de 47.713,97 euros au requérant, la S.A. TRBA, lésé de l'attribution d'un marché public de travaux à la S.A. Gerday Travaux alors que le prix global était anormalement bas à défaut de justifications admissibles et qu'il était classé deuxième et pouvait donc prétendre à l'attribution du marché.

³² Concernant le montant de cette indemnité, voy. *infra* n° 36.

³³ Doc., Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6.

³⁴ Doc., Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 7.

³⁵ Doc., Sénat, 2013-2014, n° 5-2232/5, p. 359 qui précise que l'« 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 ». Voy. M. JOASSART, *op. cit.*, p. 391.

³⁶ Celle-ci est libellée en ces termes : « l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il laisse au seul requérant le choix de saisir le Conseil d'Etat d'une demande d'indemnité réparatrice ou de mettre en cause devant les tribunaux de l'ordre judiciaire la responsabilité civile de l'autorité administrative auteur l'acte dont l'illégalité est constatée par le Conseil d'Etat, privant cette autorité administrative de la possibilité de choisir de bénéficier, dans le cadre de la procédure devant les tribunaux de l'ordre judiciaire :

- d'un double degré de juridiction ;

- de la possibilité de contester que toute illégalité constitue une faute entraînant l'obligation de réparer le dommage qui en découle ;

- et de la possibilité de se pourvoir en cassation ? »

³⁷ C.E. (15^e ch.), 26 octobre 2017, Blomme, n° 239.646.

trois moments possibles d'introduction de la demande [d'indemnité réparatrice] »³⁸, à savoir, soit en même temps que le recours en annulation (1) ; soit au cours de la procédure en annulation (2) ; soit, au plus tard, dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité ou la correction de celle-ci par application de la boucle administrative (3)³⁹.

Ainsi, dans un arrêt *Coen* du 28 février 2017, le Conseil d'Etat, saisi d'une demande en suspension ordinaire formée avant l'introduction d'un recours en annulation et donc irrecevable, déclara, à propos de la demande de dommages et intérêts sollicitée dans la même requête, que même « *si le Conseil d'État est [...] compétent pour condamner sous certaines conditions une partie adverse au paiement d'une indemnité réparatrice, pareille demande doit être introduite dans le respect des règles prescrites par le règlement de procédure et ne peut l'être au plus tôt qu'en même temps que le recours en annulation* »⁴⁰.

13. - Lorsque la demande d'indemnité réparatrice est introduite en même temps que le recours en annulation, elle pourra être formulée dans la même requête⁴¹. Dans les autres cas, elle devra faire l'objet d'une requête distincte répondant aux prescrits de l'arrêté du Régent précité⁴². Le Conseil d'Etat tolère cependant que les parties à la cause utilisent les écrits de procédure ultérieurs, et notamment le mémoire en réplique afin de formuler une telle demande⁴³.

14. - Tout semble ainsi mis en œuvre pour atteindre l'objectif visé par la réforme qui est, rappelons-le, de permet-

tre une « *économie de temps et d'énergie considérable* »⁴⁴. Cette économie eût été plus grande encore s'il avait été prescrit d'attendre le prononcé d'un arrêt constatant une illégalité pour pouvoir former une d'indemnité réparatrice⁴⁵. Les travaux préparatoires abondent dans ce sens en précisant que le soin laissé aux parties concernées d'attendre cet arrêt vise à « *éviter une surcharge de travail inutile, tant pour les parties que pour l'auditorat au Conseil d'Etat* »⁴⁶.

Attendre le prononcé d'un arrêt constatant une illégalité est d'autant plus conseillé que la demande immédiate d'une indemnité réparatrice risque de jouer des tours au requérant si celui-ci sent le vent tourner en cours de procédure. En effet, l'application du principe *electa una via*⁴⁷ entraîne une « *impossibilité légale d'introduire une action en responsabilité dès le moment où une demande d'indemnité a été formée* »⁴⁸ en manière telle que la partie qui souhaiterait se désister de la demande d'indemnité qu'elle a introduite ne pourra plus saisir les cours et tribunaux et réciproquement⁴⁹. Il est d'autant plus vivement recommandé d'attendre la réunion *prima facie* des conditions d'octroi d'une telle indemnité avant de la demander⁵⁰ qu'il est souvent difficile de quantifier et évaluer le préjudice subi à un stade précoce de la procédure, pour la partie requérante ou la partie intervenante venant à son appui. Celles-ci ne connaissent en effet pas encore les motifs qui justifieront éventuellement l'annulation ni les suites potentielles de celle-ci ou d'une éventuelle réfection de l'acte, lorsque celle-ci ne s'avère pas impossible⁵¹.

³⁸ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 avril 2014 précité, sous l'examen de l'article 2.

³⁹ Laquelle, rappelons-le, a été annulée par un arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 juillet 2015, n° 103/2015. Comme le précisent Luc DONNAY et Paul LEWALLE, les dispositions tant législatives que réglementaires prévoyant des aménagements pour la boucle administrative doivent être considérées comme « inopérantes ». Voy. L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'Etat*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 474. Sur la boucle administrative, voy. les deux contributions récentes de A. MAYENCE, « Quel avenir pour la boucle administrative fédérale ? », *C.D.P.K.*, 2016/4, pp. 552 à 593 ; « La nouvelle boucle administrative flamande passe le test constitutionnel », note sous C. const., 1^{er} décembre 2016, n° 153/2016, *C.D.P.K.*, 2016/4, pp. 623 à 635.

⁴⁰ C.E. (8^e ch.), 28 février 2017, *Coen*, n° 237.512 (nous soulignons).

⁴¹ Ce qui n'est donc nullement une obligation. Voy. le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 avril 2014 précité, sous l'examen de l'article 3.

⁴² Voy. *infra* n° 44.

⁴³ Voy. C.E. (15^e ch.), 11 mai 2015, *Kaïssoun*, n° 231.184 : « *considérant que la demande d'indemnité réparatrice a, en l'espèce, été formée dans le mémoire en réplique, ce qui n'est pas explicitement prévu par le règlement général de procédure ; qu'il y a lieu d'interpréter la partie pertinente du mémoire en réplique comme valant requête en indemnité réparatrice* ». Voy. aussi C.E. (8^e ch.), 21 juin 2016, *XXX*, n° 235.162 ; C.E. (15^e ch.), 28 octobre 2016, *Liétard*, n° 236.326.

⁴⁴ *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 5.

⁴⁵ En ce sens D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 377 et n.b.p. 136.

⁴⁶ *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6.

⁴⁷ Voy. *infra* n° 41 et suivants.

⁴⁸ L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 472 (nous soulignons).

⁴⁹ *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 9 ; *Doc.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2232/5, p. 360.

⁵⁰ En ce sens L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 472.

⁵¹ Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 avril 2014 précité, sous l'examen de l'article 4, abonde dans le même sens en précisant que

4. Quelles sont les conditions d'octroi ?

15. - Le Conseil d'Etat a rappelé dans divers arrêts⁵² que l'octroi d'une indemnité réparatrice est subordonné à la réunion de quatre conditions, la première consistant en l'existence d'une illégalité (A) ; la deuxième en l'existence d'un lien de causalité (B) ; la troisième en l'existence d'un préjudice (C) et la quatrième en la détermination du montant de l'indemnité (D)⁵³.

A. Le constat d'illégalité

16. - L'octroi d'une indemnité réparatrice est subordonné, en premier lieu, à la constatation d'une illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet. En toute logique, le Conseil d'Etat, à plusieurs reprises, a prononcé le rejet de la demande d'indemnité réparatrice en l'absence de constat d'illégalité⁵⁴.

Si l'on reconnaît dans les termes utilisés par l'article 11bis la référence à l'article 14, § 1^{er} et 3 des lois coordonnées, l'on est en droit de se demander si l'indemnité réparatrice est ouverte en présence d'une illégalité affectant une décision implicite d'acceptation⁵⁵. A notre estime, à partir du moment où la décision implicite d'acceptation peut être considérée comme un « acte et rè-

glement » ouvrant les portes du Conseil d'Etat au contentieux de l'excès de pouvoir, son illégalité peut être réparée par l'octroi d'une indemnité réparatrice en raison du caractère accessoire de cette dernière par rapport au recours en annulation⁵⁶. La conclusion inverse serait discriminatoire⁵⁷. Ne sont pas visées les décisions purement confirmatives, en revanche, lesquelles ont toujours été considérées par le Conseil d'Etat comme n'étant pas susceptibles de recours⁵⁸.

17. - Quoi qu'il en soit, l'utilisation des termes « constat d'illégalité » rend superflu tout débat sur la notion de faute et l'éventuelle unicité ou dualité des concepts de faute et d'illégalité⁵⁹. En choisissant le critère de l'illégalité, le législateur a donc entendu consacrer un nouveau cas de responsabilité objective. La question de l'imputabilité de l'illégalité à l'autorité auteure de l'acte ne se pose pas⁶⁰. Cette dernière devra réparer le préjudice causé par cette illégalité, quand bien même celle-ci trouverait sa source dans le fait d'une autre autorité ou de la faute d'un tiers, par exemple le bénéficiaire de l'acte, sous réserve de la possibilité pour celui-ci de se retourner, par la suite, contre la personne l'ayant induite en erreur, dans ce cas devant les cours et tribunaux sur la base du droit commun de la responsabilité civile⁶¹.

« L'évaluation du montant du préjudice peut varier en fonction des développements de la procédure. Là aussi, il sera prudent d'attendre d'être fixé sur le sort du recours en annulation avant d'instruire la demande d'indemnité ».

⁵² C.E. (13^e ch.), 24 janvier 2017, A.S.B.L. *L'Erablière*, n° 237.118 ; C.E. (13^e ch.), 18 juillet 2017, S.A. *Actionam*, n° 238.848.

⁵³ La détermination du montant de l'indemnité n'est pas toujours élevée au rang de conditions d'octroi. Voy. par exemple C.E. (15^e ch.), 14 juillet 2017, S.A. *Envemat*, n° 238.830 et les six autres du même jour portant les numéros 238.831 à 238.836 qui précisent « qu'il résulte des dispositions précitées que le Conseil d'Etat peut accorder une indemnité réparatrice lorsque le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation établit que l'illégalité retenue est à l'origine d'un préjudice qu'il subit et qui n'est pas entièrement réparé par l'annulation ; que le requérant doit faire la démonstration de ce préjudice et d'un lien de causalité entre l'illégalité constatée et le préjudice dont il se plaint ; qu'il doit établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par l'autorité ». Voy. encore C.E. (13^e ch.), 27 février 2017, *Dubrecq*, n° 237.495 ; C.E. (13^e ch.), 20 avril 2017, *Paternostre*, n° 237.963.

⁵⁴ Voy. C.E. (13^e ch.), 15 juin 2015, *Pirard*, n° 231.585 ; C.E. (8^e ch.), 24 novembre 2015, *Jacobs*, n° 233.004 ; C.E. (8^e ch.), 4 février 2016, *Zerouani*, n° 233.729 ; C.E. (8^e ch.), 15 février 2016, *Dardenne*, n° 233.829 ; C.E. (11^e ch.), 17 novembre 2016, *Van Mellaert*, n° 236.443 ; C.E. (11^e ch.), 14 septembre 2017, *Brouillard*, n° 239.101 ; C.E. (11^e ch.), 14 septembre 2017, *Brouillard*, n° 239.102 ; C.E. (11^e ch.), 14 septembre 2017, *Brouillard*, n° 239.104.

⁵⁵ Sur la décision implicite d'acceptation, voy. M. NIHOUL, « Le silence est-il Roi lorsqu'il vaut acceptation ? », *Les visages de l'Etat. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 591 à 608.

⁵⁶ A. PIRSON et M. VRANCKEN précisent que « l'économie du texte recommande de considérer que les champs d'application [des deux dispositions] se recoupent entièrement ». Voy. A. PIRSON et M. VRANCKEN, *op. cit.*, pp. 35 et 36.

⁵⁷ D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 363 qui énoncent que « c'est, en passant, à l'exclusion notable du constat d'illégalité d'une décision implicite valant acceptation qui pourrait être contestée par un tiers, mécontent de cette décision. (...) S'il échert, il faudrait, à notre estime, poser, à la Cour constitutionnelle, la question de savoir si, telle que libellé, l'article 11bis ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution ».

⁵⁸ Ainsi par un arrêt C.E. (15^e ch.), 18 avril 2016, A.S.B.L. *IDEA-Compagnie José Besprosvany*, n° 234.413, le Conseil considéra, après avoir précisé « qu'un acte purement confirmatif d'un acte administratif antérieur ne modifie pas l'ordonnancement juridique et n'est dès lors pas susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat », que « la demande d'indemnité réparatrice n'est pas fondée » en raison de l'absence de constat d'illégalité.

⁵⁹ Voy. D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité du fait d'administrer, vue d'ensemble », *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, D. Renders (coord.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 31 à 92. Voy. aussi C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2016, *Van Den Broeck V*, n° 233.506 : « que la requérante n'est ainsi pas tenue d'établir une faute dans le chef de la partie adverse ».

⁶⁰ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit des obligations s'invite au Conseil d'Etat – Quelques réflexions », *Liber amicorum Jacques Steenbergen*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 179 et 180 ; L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice, entre questions existentielles et réponses raisonnables », *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, D. Renders (coord.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 145 à 147 ; M. QUINTIN, « Contentieux de l'indemnité en droit administratif belge », *A.P.T.*, 2017/3, p. 161.

⁶¹ *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, pp. 6 et 7 : « lorsque l'illégalité constatée par le Conseil d'Etat provient d'une faute ou erreur commise par le bénéficiaire de l'acte (renseignements erronés transmis à l'autorité administrative, par exemple), la circonstance que l'autorité a agi de bonne foi, en faisant

L'autorité auteure de l'acte pourrait-elle faire valoir, devant le Conseil d'Etat, une cause étrangère exonératoire, pour tenter d'échapper à sa responsabilité ? La question est controversée en doctrine⁶². Néanmoins, l'esprit général de la réforme nous pousse à conclure par la négative. D'ailleurs, la section de législation du Conseil d'Etat abonde en ce sens en précisant que « *l'autorité sera en principe⁶³ tenue de réparer le préjudice en l'absence de toute faute et donc lorsque l'illégalité provient de circonstances qui lui sont étrangères* »⁶⁴. Mais il va de soi que le Conseil d'Etat pourra tenir compte de ces circonstances au moment de fixer le montant de l'indemnité.

18. - Cela étant, que recouvre au juste la notion de constat d'illégalité ? Certaines hypothèses ne font aucun doute : celles d'un arrêt d'annulation (1), d'un arrêt statuant sur la mise en œuvre d'une boucle administrative quoique désormais annulée (2), d'un constat d'illégalité incident et explicite en application de l'article 159 de la Constitution (3) ou encore des arrêts jugeant qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les autres recours, ceux-ci ayant perdu leur objet du fait d'une annulation antérieure de l'acte entrepris (4)⁶⁵.

19. - Plus délicate est la question de savoir s'il est possible de déduire un constat d'illégalité en présence d'un retrait opéré par la partie adverse elle-même. L'on se souvient qu'en cas de retrait de l'acte déferé à la censure du Conseil d'Etat, ce dernier déclare que le recours est

privé de son objet sans se pencher sur l'éventuelle illégalité de l'acte retiré⁶⁶. Or, tout retrait opéré en cours de procédure devant le Conseil d'Etat n'est pas nécessairement fondé sur une illégalité⁶⁷. En effet, la théorie du retrait permet par exemple à l'autorité, en règle générale auteure de l'acte, de retirer celui-ci en tout temps lorsqu'il n'est pas créateur de droit et ce, tant pour des motifs de légalité que d'opportunité⁶⁸. Il n'est, dès lors, pas possible, selon nous, de déduire systématiquement et automatiquement un constat d'illégalité d'un arrêt prononçant la perte d'objet du recours en raison du retrait opéré par la partie adverse⁶⁹.

C'est pourtant ce que semble avoir fait le Conseil d'Etat par son arrêt *Legrand* déjà partiellement commenté. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat déduit de l'arrêt n° 228.108 un réel constat d'illégalité, alors que ce dernier ne fait que prononcer la perte d'objet et sa conséquence logique, à savoir qu'il n'y a plus lieu de statuer. Rappelons que la Cour de cassation a condamné cette pratique en des termes qui paraissent catégoriques :

« *en tenant l'arrêt qui constate la perte d'objet du recours en annulation du défendeur en raison du retrait de l'acte attaqué pour « un arrêt qui constate une illégalité au sens de cet article » et en en déduisant que « la demande d'indemnité réparatrice est recevable », l'arrêt attaqué viole les dispositions constitutionnelles et légales précitées* »⁷⁰.

preuve de la prudence requise, mais a été abusée par des informations erronées, s'apparente à l'hypothèse de la responsabilité sans faute. Il appartiendra au Conseil d'Etat 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 ».

⁶² Voy. F. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'Etat vue par un civiliste », *J.T.*, 2014/25, pp. 475 et 476 ; I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil ? », *La justice administrative*, F. Viseur et J. Philippart (dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 213 à 216.

⁶³ La locution « en principe » semble non pas faire référence à la possibilité d'invoquer des causes étrangères exonératoires mais bien à la faculté laissée à la section du contentieux administratif de tenir « compte des intérêts publics et privés en présence » selon l'alinéa premier de l'article 11bis et ce, selon certains auteurs, même au stade du fait générateur malgré les réserves que nous émettrons par la suite. Voy. *infra* n° 40.

⁶⁴ *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 6.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 7. Ainsi, le constat d'illégalité recouvre une réalité plus étendue que la notion d'annulation et pourrait être rencontré dans un arrêt de rejet constatant néanmoins une illégalité. *Contra* C.E. (6^e ch.), 24 mars 2016, *S.A. Poels*, n° 234.240 : « *étant donné, qu'en l'espèce, il a été conclu au rejet du recours en annulation, la troisième condition prévue par l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat [l'existence d'une illégalité] ne peut être considérée comme remplie.* »

⁶⁶ C.E. (13^e ch.), 29 juin 2017, *Montoy*, n° 238.722 : « *par une décision du 28 novembre 2016, la partie adverse a retiré l'acte attaqué. La bénéficiaire du permis retiré ayant informé l'auditeur-rapporteur qu'elle ne souhaitait pas introduire de recours contre cette décision de retrait, il s'en suit que celui-ci est définitif. Cette circonstance prive le recours de son objet* ». Voy. parmi d'autres C.E. (8^e ch.), 19 mai 2017, *Bolinne*, n° 238.259 ; C.E. (6^e ch.), 30 mai 2017, *Sano*, n° 238.362.

⁶⁷ Voy. J. SOHIER, « L'indemnité réparatrice... », *op. cit.*, pp. 154 à 157.

⁶⁸ Ainsi, « *[la décision informant un ambassadeur de son rappel à l'administration centrale dans le cadre du mouvement diplomatique] n'était pas un acte générateur de droit dans le chef du requérant puisque, tel qu'en atteste le présent recours, elle lui portait grief, en sorte que la partie adverse pouvait la retirer à tout moment, pour quelque motif que ce soit* » (C.E. (11^e ch.), 26 septembre 2003, de *Viron*, n° 123.525).

⁶⁹ Dans le même sens M. KAISER et E. GOURDIN, « Questions communes au contentieux de l'annulation et de la suspension suscitées par la réforme du Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 2016/3, p. 335 et Av. gén. Th. WERQUIN, concl. préc. Cass. (ch. réun.), 15 septembre 2017, R.G. C.15.0465.F, p. 4, lequel précise que « *l'arrêt qui constate la perte d'objet du recours en annulation en raison du retrait de l'acte attaqué ne peut être qualifié de décision emportant 'constat d'illégalité'* ».

⁷⁰ Cass. (ch. réun.), 15 septembre 2017, R.G. C.15.0465.F, concl. Av. gén. Th. WERQUIN.

L'arrêt doit toutefois être resitué dans son contexte précis, à savoir celui d'un arrêt de perte d'objet précédé d'un arrêt de suspension constatant une illégalité à l'origine du retrait mais cela avant l'entrée en vigueur de l'indemnité réparatrice et ne constatant pas lui-même une illégalité. Dans d'autres circonstances, il n'est pas exclu que la Cour de cassation tranche la question différemment.

20. - Messieurs KAISER et GOURDIN avaient perçu la difficulté de cette situation d'un recours en annulation avorté par un retrait d'acte et néanmoins suivi d'une demande d'indemnité réparatrice et tenté de résoudre celle-ci en esquissant, selon leurs termes, une théorie de l'intérêt au constat d'illégalité permettant au Conseil d'Etat de se prononcer sur la légalité de l'acte retiré lorsqu'à tout le moins « le requérant soutien[t], préalablement à l'examen de l'intérêt, que l'illégalité lui aurait causé un dommage susceptible de donner lieu à une demande d'indemnisation ou qu'il ait déposé une demande d'indemnisation réparatrice avant la clôture des débats »⁷¹.

Aujourd'hui, un premier arrêt semble avoir suivi cette voie, à tout le moins implicitement. Dans une affaire opposant un prénommé Gérard à l'Etat belge, le premier poursuivait l'annulation d'une décision disciplinaire lui infligeant une sanction de quinze jours d'isolement dans son espace de séjour. Cette sanction fut retirée par l'autorité ce qui ne laissait d'autres choix au Conseil d'Etat que de prononcer la perte d'objet du recours. Le Président de la onzième chambre précisa cependant que :

« le retrait d'un acte opère de manière rétroactive et fait disparaître l'acte attaqué de l'ordonnancement juridique. La circonstance que la sanction disciplinaire infligée par l'acte retiré ait été exécutée n'est pas de nature à faire renaître ce dernier. En l'espèce le requérant n'a pas, dans le cadre de la procédure écrite, sollicité du Conseil d'Etat qu'il se limite à constater l'illégalité de l'acte retiré dans l'éventuelle perspective de l'introduction de demande d'indemnité réparatrice »⁷².

Ecrire cela revient à inviter le requérant qui souhaiterait demander une indemnité réparatrice à solliciter du Conseil d'Etat qu'il constate l'illégalité de l'acte retiré

avant de prononcer la perte d'objet.

C'est pourtant dans un autre sens qu'a statué le Président de la sixième chambre, cette fois, appelé à prononcer la perte d'objet du recours en annulation en raison du retrait de la décision d'attribution d'un marché public de fournitures opéré par la partie adverse et confronté précisément à une demande libellée en ces termes :

« Afin qu'AVK puisse introduire une demande d'indemnité réparatrice auprès de votre Conseil sans contestation possible quant à sa recevabilité, et pour autant que votre Conseil rende un arrêt constatant la perte d'intérêt dans le chef d'AVK et/ou la disparition de l'objet du recours suite au retrait de la décision attaquée, il est demandé à votre Conseil de constater expressément (i) que l'arrêt de suspension de votre Conseil du 3 juin 2016 n° 234.930 confirme l'illégalité de la décision attaquée, (ii) que le retrait de la décision attaquée fait suite à cet arrêt de suspension, et (iii) que l'arrêt à rendre par votre Conseil sur la requête en annulation d'AKV constitue un arrêt constatant une illégalité au sens de l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ».

Le Président ne fit cependant pas droit à cette demande, précisant qu' « il apparaît prématuré, à ce stade de la procédure, de prendre position sur la recevabilité d'une telle demande qui n'a pas encore été formulée. C'est en effet à l'arrêt qui devra se prononcer sur cette demande d'indemnité réparatrice, dans l'hypothèse où elle est effectivement introduite, qu'il appartiendra de trancher cette question »⁷³. Ecrire cela revient toutefois à considérer que la voie de l'indemnité réparatrice n'est pas fermée dans ces circonstances.

L'une des principales difficultés à reconnaître un intérêt au constat d'illégalité est que cette exigence ou cette possibilité n'est pas expressément prévue par la loi. Or, l'indemnité réparatrice est une exception à la compétence judiciaire de principe et toute dérogation, même prévue par la Constitution, est évidemment d'interprétation stricte. La transformation en cours d'instance de l'intérêt à l'annulation en intérêt au constat d'illégalité⁷⁴ serait trop accommodante. Pour mémoire, il a fallu consacrer la notion d'intérêt au moyen dans les lois coordonnées pour garantir son usage en jurisprudence.

⁷¹ M. KAISER et E. GOURDIN, *op. cit.*, p. 336.

⁷² C.E. (11^e ch.), 3 août 2017, Gérard, n° 238.914.

⁷³ C.E. (6^e ch.), 20 juillet 2017, AVK Belgium, n° 238.863.

⁷⁴ Voy. M. KAISER et E. GOURDIN, *op. cit.*, p. 333 : « compte tenu de ce que législateur a expressément subordonné l'octroi d'une indemnité réparatrice à une illégalité constatée dans un arrêt, qu'il a également exprimé le souhait que nonobstant la perte de l'intérêt à l'annulation, le Conseil d'Etat se prononce sur sa légalité si un dommage est allégué, l'on ne peut donc exclure, malgré les réticences de la section de législation, que l'intérêt à l'annulation, qui devrait au

21. - Pire, en l'absence de prise en considération de la notion d'intérêt au constat d'illégalité et/ou de modification législative en ce sens, il est arrivé que le Conseil d'Etat choisisse la voie risquée d'une réelle dépossession de son contrôle de légalité⁷⁵ en considérant que le constat d'illégalité pouvait ressortir de la décision de retrait elle-même quand bien même cette décision ne serait pas motivée en ce sens, mais simplement parce qu'elle suit, tantôt un arrêt de suspension⁷⁶, tantôt un rapport de l'Auditorat, tantôt l'annulation d'un autre acte présentant des liens étroits avec l'acte retiré.

Ainsi, dans une première affaire, un candidat malheureux au mandat de membre du collège de dirigeants du service des décisions anticipées en matière fiscale demanda au Conseil d'Etat l'octroi d'une indemnité réparatrice prétextant de l'illégalité de l'arrêté de désignation entretemps retiré. La question était donc de savoir si le retrait opéré par l'autorité avait pour origine une illégalité affectant l'arrêté de désignation. Le Président de la huitième chambre précisa ceci :

« considérant que l'acte attaqué a été retiré avant qu'un rapport [de l'Auditorat] ne soit déposé sur le recours en annulation ; que le rapport déposé dans l'affaire enrôlée sous le n° XXXX portant sur le même arrêté royal n° 4 du 16 avril 2015 et qui conclut à son annulation, ne peut être considéré comme étant à l'origine du présent retrait puisque celui-ci a été déposé le jour même dudit retrait, soit le 24 février 2016 ; que tel pourrait, par contre, bien être le cas du rapport déposé le 25 novembre 2015 dans l'affaire enrôlée sous le n° XXXX, fondé sur l'article 93 du règlement général de procédure, qui conclut à l'annulation, sur la base d'une argumentation similaire à celle

reprise dans le rapport déposé dans l'affaire inscrite sous le n° XXXX, d'un arrêté royal qui porte également la date du 16 avril 2015, désignant des fonctionnaires appartenant au rôle linguistique français comme membres francophones du collège de dirigeants du service de conciliation fiscale et qui a également fait l'objet d'un retrait par un arrêté royal du 16 février 2016, acté par l'arrêté n° XXXX ; qu'il ressort de ces différents éléments qu'en retirant l'acte attaqué dans la présente affaire, la partie adverse en reconnaît l'illégalité »⁷⁷.

Dans une seconde affaire, un prénommé Brouillard demandait l'annulation de la décision déclarant irrecevable son inscription au concours de recrutement de référendaires près la Cour de cassation. Cependant, après réception du rapport de l'auditeur rapporteur, lequel concluait à l'annulation de la décision d'irrecevabilité, le jury de recrutement de référendaires retira cette décision, ce qui permit au Conseil d'Etat de considérer que :

« c'est à la suite de la notification de ce rapport qu'il a été procédé, par le jury du concours de recrutement de référendaires près la Cour de cassation, au retrait de l'acte attaqué [...]. Il est permis de considérer que ce retrait constate et confirme l'illégalité telle que retenue par l'auditorat »⁷⁸.

À la lecture de ces arrêts, on ne peut que déplorer que le Conseil d'Etat n'opère pas par lui-même de vérification de la régularité de la décision retirée, préférant une analyse par analogie sur la base, non pas d'un arrêt de suspension rendu dans la même procédure comme ce fut le cas pour l'arrêt Legrand⁷⁹, mais bien d'un rapport de l'Auditorat tantôt déposé dans la même affaire, tantôt

moins être présent au moment de la requête – le législateur n'a pas souhaité permettre de recours direct en indemnisation réparatrice devant le Conseil d'Etat et il n'a pas davantage prévu de procédure en constat d'illégalité – puisse être transformé en cours d'instance en intérêt au constat d'illégalité » (nous soulignons).

⁷⁵ D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY (*op. cit.*, p. 365) parlent eux de « transfert du] contrôle de légalité attribué au Conseil d'Etat dans les mains de l'administration ».

⁷⁶ Comme ce fut le cas par l'arrêt Legrand. L'arrêt de perte d'objet faisait suite à un retrait reconnaissant l'illégalité de l'acte retiré, illégalité mise en lumière *prima facie* par le Conseil lui-même dans un arrêt de suspension antérieur.

⁷⁷ C.E. (8^e ch.), 21 juin 2016, XXX, n° 235.162 (nous soulignons).

⁷⁸ C.E. (11^e ch.), 14 septembre 2017, Brouillard, n° 239.103 (nous soulignons).

⁷⁹ Ce qui pose déjà en soi des questions. Un arrêt de suspension est-il suffisant à fonder un constat d'illégalité ? Si l'arrêt Legrand précise « que l'arrêt de suspension n° 225.305 a jugé un moyen sérieux, ce qui « constate » une illégalité, fit-ce prima facie et au provisoire », il découle bien de la suite du considérant que c'est l'enchaînement entre l'arrêt de suspension et la reconnaissance par l'autorité de l'illégalité, laquelle a justifié le retrait, qui permet au Conseil d'Etat de déclarer la demande d'indemnité réparatrice recevable. On peut en déduire *a contrario* que le constat d'illégalité contenu dans un arrêt de suspension ne suffirait pas à fonder une demande d'indemnité réparatrice, par exemple si l'autorité ne retire pas son acte ou, à tout le moins, ne reconnaît pas l'illégalité. Ainsi, en l'absence de retrait, tout dépendra donc des suites données à un arrêt de suspension contenant un tel constat. Soit l'arrêt est suivi du prononcé d'une annulation dans un arrêt confirmant l'illégalité et dans ce cas, l'annulation ultérieure fera office de constat d'illégalité ; soit il est suivi d'un arrêt de rejet pour non fondement des moyens qui furent considérés comme sérieux en suspension entraînant le rejet de la demande d'indemnité réparatrice. En présence d'un retrait n'emportant pas reconnaissance de l'illégalité, il semble nécessaire que le Conseil d'Etat confirme l'illégalité. Voy. M. KAISER et E. GOURDIN, *op. cit.*, p. 335 et les conclusions de l'Avocat général Thierry WERQUIN qui précise qu'« un arrêt prononçant la suspension de l'acte

dans une autre présentant certes des traits communs⁸⁰. La reconnaissance de l'illégalité par l'autorité est par ailleurs présumée par le Conseil d'Etat du simple fait du retrait d'acte intervenu ! Aucun contrôle sur les motifs n'est opéré ! Il n'est pas garanti, dans ces conditions, que le Conseil d'Etat ait réellement vérifié l'illégalité de l'acte.

L'on mentionnera, à des fins d'exhaustivité, deux arrêts procédant selon une logique similaire. Le premier déclare la demande d'indemnité réparatrice recevable après avoir considéré que « *dans son acte de retrait, le collège communal reconnaît que son arrêté est entaché de la même illégalité que celle qui viciait l'arrêté ministériel annulé par l'arrêt n° 227.309 du 8 mai 2014* »⁸¹. Le second précise qu'« *il est ainsi permis de considérer que l'illégalité constatée par ce retrait découle de la violation d'une norme législative qui impose à l'autorité une obligation d'agir de manière déterminée, à savoir, notamment, motiver adéquatement la décision de ne pas retenir la candidature du requérant afin qu'il puisse comprendre celle-ci* »⁸². En l'espèce, l'illégalité avait été, au préalable, relevée par l'auditeur en charge du dossier dans son rapport rendu selon la procédure des débats succincts.

Au vu des développements précédents, il nous semble possible de conclure à ce stade que le Conseil d'Etat, au lieu de constater par lui-même l'illégalité entachant la décision retirée, fut-ce au terme d'une vérification, consi-

dère que la condition du constat d'illégalité est néanmoins remplie à partir du moment où l'auteur de l'acte retiré reconnaît l'illégalité de celui-ci⁸³, illégalité mise en lumière antérieurement, tantôt par un arrêt d'annulation frappant un acte présentant des liens directs avec l'acte retiré⁸⁴, tantôt par un arrêt de suspension⁸⁵, tantôt par un rapport de l'Auditorat rendu dans la même affaire⁸⁶ ou dans une autre présentant des caractéristiques similaires⁸⁷.

Il est à prévoir, cependant, que le Conseil d'Etat, un jour, ne partagera pas l'opinion d'une partie adverse sur l'illégalité de son acte, même forgée sur de tels rétroactes, et refusera ainsi une indemnité réparatrice. L'appréciation de la légalité est ainsi faite qu'elle est souvent discutable, y compris entre magistrats. Il ne peut qu'en aller de même à propos de l'illégalité.

22. - Dans un autre registre, le Conseil d'Etat a considéré que l'irrecevabilité du recours en annulation, ne permettant plus d'établir une illégalité affectant les décisions attaquées devant lui, entraînait, par voie de conséquence, le rejet de la demande d'octroi d'une indemnité réparatrice⁸⁸.

Dans le même esprit, une jurisprudence constante mais contestée⁸⁹ considère que la perte de l'intérêt à agir en cours d'instance entraîne l'irrecevabilité du recours en annulation sans que le Conseil d'Etat ne se prononce sur

attaqué ne constate pas une illégalité dès lors qu'il n'est pris que prima facie et au provisoire et que, partant, l'arrêt, qui se prononce sur la demande en annulation, peut rejeter cette demande en relevant l'absence d'illégalité de l'acte attaqué » (Av. gén. Th WERQUIN, concl. préc. Cass. (ch. réun.), 15 septembre 2017, R.G. C.15.0465.F, p. 4).

⁸⁰ Pour une condamnation du mécanisme, voy. M. KAISER et E. GOURDIN, *op. cit.*, pp. 335 et 336 : « le Conseil d'Etat se prononçant sur une telle demande ne pourrait se fonder sur des indices d'illégalité, comme un rapport de l'Auditorat concluant à l'annulation et précédant le retrait. Il y va nécessairement du respect de l'article 11bis des lois coordonnées, de la sécurité juridique minimale pour le requérant, qui doit savoir si l'arrêt lui ouvre la perspective d'une demande d'indemnité réparatrice, mais aussi du respect des droits de la défense pour la partie adverse, qui doit pouvoir réagir par rapport au fait générateur de la demande indemnitaire ».

⁸¹ C.E. (13^e ch.), 12 avril 2016, A.S.B.L. AVALA, n° 234.362.

⁸² C.E. (8^e ch.), 22 mai 2017, Dubuisson, n° 238.274.

⁸³ L'Avocat général Thierry WERQUIN, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 2017, avait condamné ce mécanisme en ces termes : « il importe peu que, en raison du retrait de l'acte attaqué qui fait suite à l'arrêt prononçant la suspension de celui-ci, la demande en annulation de l'acte soit devenue sans objet. Est également indifférente la circonstance que la partie adverse ait reconnu, même implicitement l'illégalité de l'acte suite à l'arrêt rendu en suspension » (Av. gén. Th WERQUIN, concl. préc. Cass. (ch. réun.), 15 septembre 2017, R.G. C.15.0465.F, p. 4).

⁸⁴ C.E. (13^e ch.), 12 avril 2016, A.S.B.L. AVALA, n° 234.362 commenté par D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 365.

⁸⁵ C.E. (15^e ch.), 2 octobre 2015, Legrand, n° 232.416.

⁸⁶ C.E. (8^e ch.), 22 mai 2017, Dubuisson, n° 238.274 ; C.E. (11^e ch.), 14 septembre 2017, Brouillard, n° 239.103.

⁸⁷ C.E. (8^e ch.), 21 juin 2016, XXX, n° 235.162.

⁸⁸ C.E. (8^e ch.), 29 octobre 2015, Baggio, n° 232.767 (irrecevabilité découlant de la non introduction d'un recours préalable organisé) ; C.E. (11^e ch.), 9 août 2016, Ammi, n° 235.603 ; C.E. (11^e ch.), 19 janvier 2017, Piorkowski, n° 237.082 (irrecevabilité découlant de l'introduction tardive du recours et de défaut d'intérêt : « étant donné qu'en l'espèce, le recours est irrecevable, l'illégalité des décisions attaquées ne peut être tenue pour établie. La demande d'octroi d'une indemnité réparatrice doit, en conséquence, être rejetée ») ; C.E. (8^e ch.), 22 décembre 2017, Degryse, n° 240.291 (irrecevabilité en raison de la qualification de l'acte comme mesure d'ordre non susceptible d'un recours en annulation). Voy. aussi C.E. (8^e ch.), 22 décembre 2017, Braginsky, n° 240.294.

⁸⁹ Voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^{ème} éd., Limal, Anchemis, 2011, pp. 474 à 477.

une éventuelle illégalité⁹⁰. Cependant, il découle des travaux préparatoires que la perspective de l'obtention d'une indemnité réparatrice doit être prise en considération pour permettre au Conseil d'Etat « d'apprécier la légalité d'un acte administratif contesté, même si une évolution s'est produite dans la situation personnelle concrète du requérant »⁹¹ en cours d'instance.

Une jurisprudence⁹² issue des chambres néerlandophones ne semble pas vouloir suivre cette évolution et « affirme que la demande d'indemnité réparatrice n'est qu'un accessoire au recours en annulation, de sorte que le maintien de l'intérêt à celui-ci n'est pas suffisamment établi par l'existence de celle-là »⁹³.

Néanmoins, deux arrêts récents de la treizième chambre du Conseil d'Etat ont statué dans un sens contraire dans des affaires mettant en cause un certificat d'urbanisme n° 2 portant avis défavorable pour le requérant.

L'auditeur en charge du dossier dans la première affaire, prenant appui sur la jurisprudence *Verlee* du 18 février 2010⁹⁴, souleva d'office le défaut d'intérêt du requérant. En effet, selon cet arrêt, l'appréciation portée par le collège communal et par le fonctionnaire délégué lors de la délivrance du certificat d'urbanisme n° 2 reste valable pendant deux ans à compter de sa délivrance entraînant une perte d'intérêt dans le chef du requérant lorsque l'annulation ne peut être obtenue endéans ce délai⁹⁵, ce qui était le cas en l'espèce. Néanmoins, le Conseil d'Etat ne suivit pas le rapport de l'auditeur en considérant que :

« la volonté du législateur de maintenir l'intérêt du requérant, exprimée au cours des travaux préparatoires de l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, précitées, s'est manifestée spécialement, mais pas exclusivement comme l'indique le mot « notamment », dans le cas de l'évolution personnelle de la situation du requérant qui ne lui permet plus de retirer un bénéfice actuel et direct de l'annulation de l'acte attaqué dont la portée matérielle est inchangée.

Elle permet aussi d'admettre la recevabilité du recours dans le cas où l'acte qui vise spécialement le projet du requérant a perdu son effet direct de lier l'autorité pendant deux ans, mais, pour autant qu'il soit légal, constitue encore un précédent administratif dont l'administration auteur de cet acte ne peut faire abstraction dans des circonstances comparables en raison du principe de continuité de l'action, même si elle peut aussi s'en affranchir en le justifiant spécialement dans une nouvelle décision »⁹⁶.

Dans le second arrêt, en date du 21 mars 2017⁹⁷, le Conseil d'Etat devait statuer sur la délivrance d'un certificat d'urbanisme n° 2 concernant un bien pour lequel le requérant, promoteur immobilier, n'est pas propriétaire. Il déclara la requête irrecevable dans le chef de celui-ci « à défaut d'établir qu'au moment de l'introduction du recours, elle disposait d'un intérêt direct à l'annulation de l'acte attaqué »⁹⁸ découlant de la vente du bien par le propriétaire, non sans préciser auparavant, pour ce qui nous concerne que :

⁹⁰ La section de législation s'en était émue en ces termes : « tel que le texte est rédigé, il ne permet pas d'allouer une indemnité à un requérant qui, en cours de procédure, perd son intérêt à agir en annulation, comme un agent irrégulièrement écarté d'une promotion qui est admis à la retraite en cours de procédure : son recours est rejeté pour défaut d'intérêt sans que l'arrêt établisse l'éventuelle illégalité de l'acte attaqué » (Doc., Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 7). Voy aussi sur ceci M. QUINTIN, *op. cit.*, pp. 167 et 168.

⁹¹ *Doc.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2232/5, pp. 358 et 359.

⁹² Voy. C.E. (9^e ch.), 26 mai 2015, *Stevens*, n° 231.330.

⁹³ L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 480 et réf. citées.

⁹⁴ C.E. (13^e ch.), 18 février 2010, *Verlee*, n° 201.077.

⁹⁵ « Considérant qu'il ressort de l'article 150bis, § 2, du CWATUP, précité que l'appréciation du collège des bourgmestre et échevins et celle du fonctionnaire délégué restent « valables » pendant deux ans à compter de la délivrance du certificat d'urbanisme n° 2 pour les éléments de la demande de permis qui ont fait l'objet du certificat n° 2 sous réserve de l'évaluation des incidences du projet sur l'environnement, des résultats des enquêtes et autres consultations, et du maintien des normes applicables au moment du certificat ;

Considérant qu'en l'espèce, l'acte attaqué porte que « les travaux ou actes que vous envisagez ne sont pas susceptibles d'être autorisés par permis d'urbanisme ou de lotir » et en donne les motifs, lesquels sont étrangers à la réserve contenue à l'article 150bis, § 2, précité ; que, dès lors, l'effet concret et immédiat dudit certificat d'urbanisme n° 2 est de porter un refus de permis de lotir pendant les deux ans de sa délivrance ; qu'à cet égard, en l'espèce, il fait grief au requérant ;

Considérant toutefois que, dès l'expiration du délai de deux ans, il n'emporte plus d'effet quant à l'examen ultérieur d'une demande de permis de lotir, le collège communal n'étant plus lié par l'appréciation contenue dans le certificat d'urbanisme n° 2 attaqué. »

⁹⁶ C.E. (13^e ch.), 22 mars 2017, *S.P.R.L. Monsera*, n° 237.743.

⁹⁷ C.E. (13^e ch.), 21 mars 2017, *S.P.R.L. Logement Philippe Colle*, n° 237.732.

⁹⁸ « En l'espèce, si l'acte attaqué refuse le projet pour des motifs qui sont également étrangers à la réserve susmentionnée, il présente cependant la particularité de porter sur un bien qui n'appartient pas à la société requérante. Ce bien est présenté comme appartenant à un tiers, tandis que la requérante apparaît comme un intermédiaire dans cette affaire, soit comme un promoteur immobilier.

Si le défaut de droit de propriété actuel n'est pas nécessairement un obstacle à l'introduction d'une demande de permis ou à la délivrance de celui-ci, l'intérêt au recours en annulation ne peut être admis que dans le chef d'un requérant qui montre qu'il retire un avantage effectif et actuel de l'annulation de l'acte qu'il entreprend. [...]]

« par ailleurs, la volonté du législateur qui a inséré l'article 11bis dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, a été de maintenir l'intérêt du requérant à un recours en annulation même s'il ne retire plus de bénéfice actuel et direct de l'annulation de l'acte attaqué ».

À noter que le Conseil d'Etat se prononcera incessamment sous peu précisément sur cette problématique, ce dernier ayant, par deux arrêts *Commune de Saint-Gilles*⁹⁹, chargé l'Auditorat de « rédiger un rapport complémentaire sur la question de la persistance de l'intérêt au recours dans la seule perspective d'une demande d'indemnité réparatrice ».

23. - L'incidence de l'article 14ter sur l'article 11bis n'a pas encore été tranchée par le Conseil d'Etat, à notre connaissance. L'hypothèse vise celle d'un maintien d'effet(s) de l'acte annulé lequel pourrait être de nature à empêcher l'octroi d'une indemnité réparatrice si l'on considère que l'illégalité concernée est de la sorte couverte.

La question a été longuement traitée ailleurs¹⁰⁰, raison pour laquelle nous nous limiterons à la résumer en des développements succincts.

L'article 14ter permet à la section du contentieux administratif, si elle l'estime nécessaire et pour des raisons exceptionnelles, d'indiquer ceux des effets des actes individuels annulés ou, par voie de disposition générale, ceux des effets des règlements annulés, qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine.

La portée du maintien d'effet(s) reste sujette à discussion en l'absence d'arrêt de la Cour de cassation sur ce point, mais il semble qu'il contrecarre non seulement l'annulation mais également le refus d'application visé à l'article 159 de la Constitution, provisoirement ou définitivement selon le cas. Ceci vaudrait en tout cas pour les règlements puisque le texte dit à leur propos que le Conseil se prononce « par voie de disposition générale ». Le texte ne dit rien en revanche pour les décisions individuelles, pas même que le Conseil d'Etat se prononcerait par voie de décision spéciale ou individuelle... Pas de

voie légale ou décisionnelle, pas de portée légale ou décisionnelle, pourrait-il être déduit *a contrario*. C'est que la portée du maintien d'effet(s) a précisément été fondée jusqu'ici sur les termes « par voie de disposition générale » ...

A ce stade, seule la doctrine semble s'être interrogée au sujet de l'effet du maintien d'effet(s) sur la demande d'une indemnité réparatrice. Comme souvent, trois courants s'opposent. Un premier considère que le maintien d'effet(s) n'empêche pas l'indemnité civile (certains auteurs excluant toutefois la réparation en nature...) car seule l'annulation est neutralisée et point l'illégalité : ce courant est favorable à l'indemnité réparatrice également. Un deuxième courant plaide en faveur de l'indemnité réparatrice mais exclut toute indemnité civile. Un troisième courant exclut toute forme de réparation¹⁰¹.

A titre personnel, nous plaidons dans deux directions convergentes.

La première consiste à globaliser les sanctions. L'annulation, le refus d'application, l'indemnisation civile ou réparatrice sont tous des sanctions destinées à réprimer l'illégalité commise. Or, seule l'annulation est visée par l'article 14ter des lois coordonnées et c'est la sécurité juridique qui justifie le procédé. Celle-ci n'est-elle pas mise à mal aussi par la mise en cause de la responsabilité ? Les autres sanctions nous paraissent devoir être traitées sur un pied d'égalité et en particulier l'indemnité civile et l'indemnité réparatrice conformément au principe *electa una via*, sous peine de concurrence déloyale. N'est-ce d'ailleurs pas généralement l'illégalité qui est à l'origine de la faute en matière de responsabilité civile administrative ?

La seconde consiste à concevoir la réparation comme un effet de l'acte illégal. Il reviendrait alors au Conseil d'Etat de trancher la question au moment de décider du maintien d'effet(s) en excluant éventuellement le droit à réparation (voire le refus d'application) lié à l'effet maintenu. Cela reviendrait certes à permettre au Conseil d'Etat de s'immiscer sur les terres de l'article 144 de la Constitution, mais aujourd'hui tout est possible au nom de la sécurité juridique et ce ne serait d'ailleurs plus la première fois...

Encore faut-il qu'au moment de l'introduction du recours, la partie requérante ait disposé d'un intérêt direct à l'annulation de l'acte attaqué, à savoir qu'elle en retire un avantage, en l'espèce, le maintien, selon elle, d'une chance de réaliser le marché immobilier relatif au bien couvert par le certificat d'urbanisme. » *Quod non* en l'espèce.

⁹⁹ C.E. (8^e ch.), 15 octobre 2015, *Commune de Saint-Gilles*, n° 232.573 ; C.E. (8^e ch.), 22 mai 2017, *Commune de Saint-Gilles*, n° 238.273.

¹⁰⁰ M. NIHOUL, « Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels : entre acharnement thérapeutique et soin palliatif », *A.P.T.*, 2016/3, pp. 274 à 303, spéc. 297 à 302 (exposé oral disponible sur <http://www.droit.fundp.ac.be/pdf/public/D1142.pdf>) ; L. DONNAY et P. LEWALLE, *Mannel ...*, *op. cit.*, pp. 158 à 174.

¹⁰¹ Voy. récemment M. PAQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 166, 167 et 497.

Dans tous les cas, il est évident que le maintien d'effet(s) provisoire permet aux indemnités de reprendre libre cours une fois les soins palliatifs expirés. En toute logique, les délais de prescription devraient être présumés avoir été suspendus entre-temps.

B. Le lien de causalité

24. - L'octroi d'une indemnité réparatrice est subordonné, en deuxième lieu, à l'existence d'un lien de causalité unissant le constat d'illégalité au préjudice subi. Diverses conceptions du lien causal existent en droit belge permettant d'accepter, plus ou moins largement, la réparation du préjudice né de l'illégalité¹⁰². En droit commun de la responsabilité civile, la Cour de cassation a jeté son dévolu sur la théorie de l'équivalence des conditions¹⁰³. Selon celle-ci, il y a lieu à responsabilité de l'auteur d'une faute à partir du moment où, sans cette faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*¹⁰⁴. L'indemnité réparatrice étant cependant une notion autonome, comme il l'a été rappelé tant au cours des travaux préparatoires¹⁰⁵ que dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat¹⁰⁶, celui-ci peut se départir des concepts et théories découlant notamment des articles 1382 et suivants du Code civil et de l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat¹⁰⁷.

Ainsi, dans un considérant que l'on croit pouvoir qualifier désormais de principe, le Conseil d'Etat considère « que le requérant doit [...] faire la démonstration d'un lien de causalité entre l'illégalité constatée et le préjudice dont il se plaint, cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par l'autorité »¹⁰⁸. Si la terminologie employée se rappro-

che de celle utilisée pour la théorie de l'équivalence des conditions par la Cour de cassation, elle n'en est pas moins différente, étant donné que la condition liée à la réalisation concrète du préjudice est omise¹⁰⁹.

25. - Dans certains arrêts où l'établissement du lien de causalité ne prête pas à discussion, le Conseil d'Etat se contente de préciser que « la partie adverse ne conteste pas que le dommage allégué soit une conséquence des décisions annulées par cet arrêt »¹¹⁰ ou encore que « l'illégalité [de la décision d'échec] est à l'origine d'un préjudice pour la requérante, à savoir celui de ne pas avoir pu être sélectionnée dans le cadre d'une promotion au grade de brigadier en raison d'un test informatisé qui n'a pas été correctement mis en œuvre »¹¹¹. Concernant le préjudice consistant en une perte d'ensoleillement découlant de la construction d'une maison sur la base d'un permis annulé¹¹², le Conseil d'Etat considérera laconiquement que « l'illégalité est la cause du dommage »¹¹³.

26. - Dans d'autres arrêts recensés, la question du lien de causalité est plus débattue. Ainsi, une première affaire concernait les frais encourus pour la consultation d'un architecte par une requérante afin d'établir le risque d'atteinte à la stabilité de son immeuble, craint en raison des travaux projetés sur la base du permis d'urbanisme annulé. Le Conseil d'Etat, relevant d'abord que le rapport de l'architecte ne contenait « aucun argument scientifique de nature à établir qu'il y aurait en l'espèce un risque particulier et concret d'atteinte à la stabilité de l'immeuble de la requérante par la construction de l'immeuble en projet », conclura en ces termes :

« s'il peut être admis que la requérante a subi un dommage moral et un dommage matériel résultant des démarches entreprises et des frais exposés à l'occasion de

¹⁰² Voy. D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, *op. cit.*, pp. 369 à 375.

¹⁰³ B. DUBUISSON e.a., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 1 : Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 322 à 335.

¹⁰⁴ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. Tome II. Les obligations*, Vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1607 à 1621.

¹⁰⁵ *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 7.

¹⁰⁶ Voy. C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2017, *Van Den Broeck VII*, n° 237.096 ; C.E. (13^e ch.), 24 janvier 2017, *A.S.B.L. L'Erablière*, n° 237.118 ; C.E. (15^e ch.), 14 juillet 2017, *S.A. Envemat*, n° 238.830 et les six autres du même jour portant les numéros 238.831 à 238.836.

¹⁰⁷ Voy. *infra* n° 38 et suivants.

¹⁰⁸ C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2016, *Van Den Broeck V*, n° 233.506 ; C.E. (13^e ch.), 23 juin 2016, *Kempgens*, n° 235.196 ; C.E. (8^e ch.), 27 septembre 2016, *Glaudot*, n° 235.884 ; C.E. (8^e ch.), 9 mai 2017, *Sturbaut*, n° 238.121 ; C.E. (8^e ch.), 22 mai 2017, *Dubuisson*, n° 238.274.

¹⁰⁹ D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 374. Voy. les développements de J. SOHIER, « L'indemnité réparatrice... », *op. cit.*, pp. 165 à 169.

¹¹⁰ C.E. (15^e ch.), 9 mai 2016, *Kaissoun*, n° 234.652.

¹¹¹ C.E. (13^e ch.), 19 janvier 2017, *Van Den Broeck VII*, n° 237.096.

¹¹² Par un arrêt C.E. (13^e ch.), 11 juin 2015, *Dubrecq*, n° 231.536.

¹¹³ C.E. (13^e ch.), 27 février 2017, *Dubrecq*, n° 237.495. Plus loin, tout aussi laconiquement, il précisera que « seuls les frais d'expertise qui ont permis de mettre en évidence l'illégalité sanctionnée par l'arrêt du 11 juin 2015 [d'annulation du permis] sont en lien causal avec celle-ci » ou encore que « les frais liés au premier recours ne sont pas en lien causal avec l'illégalité sanctionnée par l'arrêt du 11 juin 2015 ».

la consultation de l'architecte BADIALI, il convient de constater en revanche que ces dommages sont sans lien avec l'illégalité constatée par l'arrêt d'annulation.

En effet, la requérante n'établit pas que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité censurée par l'arrêt d'annulation »¹¹⁴.

Un dernier arrêt retiendra notre attention par l'importance de l'analyse du lien de causalité opéré par la quinzième chambre. En l'espèce, la ville de Limbourg adopta, sur la base de l'article 130bis de la Nouvelle Loi Communale, une ordonnance de police visant à interdire la circulation de véhicules de plus de 5 tonnes sur le Thier de Villers et ce « jusqu'à la réfection en profondeur de la voirie ». Le Conseil d'Etat annula l'ordonnance pour incompétence du collège communal après avoir considéré qu'il ne s'agissait pas d'une mesure ponctuelle ou occasionnelle¹¹⁵. En effet, seul le conseil communal peut adopter un règlement complémentaire à la police de roulage, lequel doit être au surplus approuvé par le gouvernement wallon¹¹⁶. La question de l'indemnisation du dommage causé par cette interdiction illégale de circuler à diverses entreprises de la région s'est posée dans la foulée, et particulièrement celle du lien de causalité unissant l'illégalité découlant d'une incompétence de l'auteur de l'acte aux divers dommages allégués tels que des pertes de chiffre d'affaire et de bénéfice et pertes dues aux détours. Reprenons les considérants éclairants de la quinzième chambre :

« considérant que pour déterminer l'incidence de l'illégalité constatée par l'arrêt n° 231.459 sur la situation de la requérante, il convient de déterminer si le préjudice vanté par celle-ci se serait produit sans l'illégalité commise par l'autorité, c'est-à-dire si le règlement avait été adopté par le conseil communal et non par le collège communal ; [...]

Considérant que, contrairement à l'ordonnance de police temporaire adoptée par le collège communal sur la base de l'article 130bis de la Nouvelle loi communale, le règlement complémentaire à la police du roulage adopté par le conseil communal doit être approuvé par le Gouvernement ; que, selon l'article 2, § 2, alinéa 4, du décret du 19 décembre 2007 relatif à la tutelle d'approbation de la

Région wallonne sur les règlements complémentaires relatifs aux voies publiques et à la circulation des transports en commun, dans sa version applicable au litige, si le Gouvernement ne s'est pas prononcé dans les 45 jours de la réception du règlement complémentaire, le règlement peut être mis en vigueur ;

Considérant que, si le 10 mars 2014 [date d'adoption du règlement annulé], le conseil communal – et non le collège communal – avait adopté le règlement concerné, celui-ci ne serait entré en vigueur qu'après son approbation par le Gouvernement ou après l'expiration du délai d'approbation fixé par la disposition précitée ;

Considérant que les conséquences, pour la requérante, de l'interdiction de circuler décidée par le collège communal ne sont en rapport avec l'illégalité constatée par l'arrêt n° 231.459 [annulant l'interdiction de circuler] que pour la période pendant laquelle ce règlement était déjà en vigueur alors qu'il ne l'aurait pas été s'il avait été adopté par le conseil communal ; que, pour déterminer cette période, il peut être relevé que le règlement similaire adopté par le conseil communal en date du 23 avril 2015 et publié le 24 avril, a été approuvé à une date inconnue, mais au plus tard le 11 juin 2015, date du courrier notifiant l'arrêté d'approbation à l'autorité communale ; qu'il n'est pas déraisonnable de considérer qu'un délai identique, soit 49 jours, venant donc à échéance le 28 avril 2014, aurait été nécessaire pour que le règlement annulé par l'arrêt n° 231.459 entre en vigueur s'il avait été adopté par le conseil communal et non par le collège communal ; que les montants demandés par la requérante sont calculés en prenant en considération toute la durée d'application du règlement, soit 451 jours ; que la présente demande sera examinée sur cette base ; que les montants éventuellement retenus, au terme de cet examen, à titre d'indemnité réparatrice devront ensuite être réduits pour tenir compte de la durée pendant laquelle le préjudice invoqué peut, le cas échéant, découler de l'illégalité »¹¹⁷.

C. Le préjudice

27. - L'octroi d'une indemnité réparatrice est subordonné, en troisième lieu, à l'existence d'un préjudice qui, comme le résumait D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY,

¹¹⁴ C.E. (13^e ch.), 20 avril 2017, *Paternostre*, n° 237.963.

¹¹⁵ Voy. C.E. (15^e ch.), 5 juin 2015, *S.A. Envemat*, n° 231.459.

¹¹⁶ Voy. les articles 2, 3 § 2 et 10 de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière, *M.B.*, 27 mars 1968.

¹¹⁷ C.E. (15^e ch.), 14 juillet 2017, *S.A. Envemat*, n° 238.830 (nous soulignons). Voy. aussi l'arrêt C.E. (13^e ch.), 18 juillet 2017, *S.A. Actionam*, n° 238.848 pour une analyse du lien de causalité.

n'est pas « encore autrement réparé au moment de statuer sur la demande d'indemnité réparatrice »¹¹⁸. Les autres formes de réparation visées sont principalement l'annulation, comme en témoigne un arrêt *Sturbaut* du 9 mai 2017¹¹⁹, mais aussi d'autres éléments procéduraux tels que la possibilité qu'a désormais le Conseil d'indiquer dans les motifs de son arrêt d'annulation, les mesures à prendre pour remédier à l'illégalité ayant conduit à l'annulation ou encore à la faculté de prononcer une injonction, voire même de substituer son arrêt à la décision illégale si elle résulte d'une compétence liée de l'autorité auteure de l'acte^{120/121}. Tous ces mécanismes doivent être pris en considération pour déterminer l'étendue du préjudice résiduel réparable.

Il paraît par ailleurs nécessaire de laisser à la partie adverse la possibilité de procéder à la réfection de l'acte annulé, lorsque celle-ci ne s'avère pas impossible, avant que le Conseil d'Etat ne statue sur la demande d'indemnité réparatrice¹²². En effet, dans le meilleur des cas, la partie adverse ne disposera que d'un délai de soixante jours après le constat d'illégalité pour remédier à la situation, ce qui, en pratique, pourra s'avérer particulièrement difficile, voire impossible¹²³. Or, il importe de tenir compte de l'exécution de l'arrêt par l'autorité administrative pour déterminer et évaluer correctement le préjudice subi.

C'est au vu de ces circonstances que la section du contentieux administratif a, par deux arrêts, sursis à statuer en laissant à la partie adverse un délai pour procéder à la réfection de l'acte et ainsi permettre aux parties requérantes de retrouver une chance tantôt d'être déclarée lauréate¹²⁴, tantôt d'être désignée membre du collège du service de Conciliation fiscale¹²⁵.

28. - Le préjudice, pour prétendre réparation, doit présenter certaines caractéristiques. Il doit être certain et personnel ; il devrait, selon certains arrêts, être né et actuel mais aussi direct¹²⁶.

29. - Tout d'abord, le dommage doit présenter un caractère certain, ce qui implique, *a contrario*, qu'il ne peut être hypothétique. En droit commun de la responsabilité, un dommage futur, à partir du moment où il est certain, peut faire l'objet d'une réparation¹²⁷. Se basant sur le prescrit de l'article 11*bis* qui évoque un préjudice « subi » et sur l'avis de la section de législation qui considère qu'il doit être « né, certain et actuel »¹²⁸, certains commentateurs ont considéré que le Conseil d'Etat ne pouvait pas tenir compte d'un préjudice futur¹²⁹. Néanmoins, il apparaît essentiel que tout le dommage, même futur, à partir du moment où il est certain, soit pris en considération dans le *quantum* de l'indemnité octroyée afin d'éviter,

¹¹⁸ D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 367.

¹¹⁹ C.E. (8^e ch.), 9 mai 2017, *Sturbaut*, n° 238.121 : « L'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne trouve ainsi à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement ab initio de l'ordre juridique, commis des dégâts que l'annulation ne peut réparer ». Voy. aussi *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6 ; *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 8.

¹²⁰ Voy. les articles 35/1 et 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et A. PATERNOSTRE et T. CAMBIER, « Le nouveau pouvoir de substitution du Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 2017/1, pp. 1 à 19.

¹²¹ F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, « Incidence de la réforme du Conseil d'Etat sur la responsabilité des pouvoirs publics », *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, F. Tulkens et J. Sautois (coord.), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 88 et 89.

¹²² Thèse défendue par L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice... », *op. cit.*, pp. 152 à 158 ; L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 485.

¹²³ Sur la base de l'article 25/3 de l'arrêté du Régent. Voy. L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice... », *op. cit.*, pp. 152 à 158.

¹²⁴ C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2016, *Van Den Broeck V*, n° 233.506 : « considérant que la partie adverse a expliqué, à l'audience du 15 janvier 2016, que son intention était, à la suite de la seconde annulation, d'organiser une nouvelle procédure de promotion pour le grade de brigadier, dans le courant du premier semestre de 2016 ; [...] Considérant qu'au vu de ces explications, il appert que la requérante va retrouver une chance de repasser les épreuves de cette sélection et ainsi, en cas de réussite, pouvoir être déclarée lauréate en une d'une promotion au grade de brigadier ; que le conseil de la requérante a confirmé que celle-ci avait bien l'intention d'y participer ; que ces circonstances justifient qu'il soit sursis à statuer sur le volet matériel de la demande d'indemnité réparatrice, ce préjudice professionnel n'étant pas encore totalement consolidé ; que les parties sont tenues d'informer le Conseil d'Etat au plus tard le 30 juin 2016 des résultats de cette nouvelle procédure, faute de quoi il sera statué définitivement sur le volet matériel de la présente demande d'indemnité réparatrice ». Néanmoins par un arrêt datant du 19 janvier 2017, le Conseil d'Etat ne peut que constater que la partie adverse n'a pas respecté le calendrier assigné et décide de trancher de manière définitive la question du préjudice matériel qu'il évalue *ex aequo et bono* à 5.000 euros (C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2017, *Van Den Broeck VI*, n° 237.095).

¹²⁵ C.E. (8^e ch.), 22 mai 2017, *Dubuisson*, n° 238.274 : « cependant, après l'annulation de l'acte attaqué, l'autorité doit, en principe, procéder à une nouvelle désignation des membres du collège du service de Conciliation fiscale, de sorte que le requérant peut retrouver une chance d'être désigné en cette qualité. Ce constat implique de surseoir à statuer sur le volet matériel du dommage vanté, ce dernier ne pouvant être considéré comme totalement consolidé. Dans ce contexte, la partie adverse est invitée à informer le Conseil d'Etat des suites réservées au présent arrêt d'annulation, au plus tard dans un délai de quatre mois qui commence à courir au lendemain de la notification du présent arrêt ».

¹²⁶ Voy. M. QUINTIN, *op. cit.*, pp. 161 à 163.

¹²⁷ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, pp. 1550 et suivantes.

¹²⁸ *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 6. Par un arrêt C.E. (13^e ch.), 18 juillet 2017, *S.A. Actionam*, n° 238.848, le Conseil d'Etat a repris *expressis verbis* cette locution en considérant que « le préjudice doit être né, certain et actuel ». Néanmoins, cette jurisprudence semble isolée.

¹²⁹ A. PIRSON et M. VRANCKEN, *op. cit.*, p. 66.

selon les termes de la section de législation¹³⁰, que les justiciables ne se détournent de l'indemnisation par le Conseil d'Etat, ce qui, au passage, accrédite la thèse d'une certaine concurrence entre les deux ordres de juridictions.

L'exigence du caractère certain du préjudice ne fait pas obstacle à la possibilité qu'a le Conseil d'Etat de réparer la perte d'une chance d'obtenir un avantage probable. Dans une affaire *Van Den Broeck*, la requérante, candidate malheureuse d'un appel par voie de promotion au poste de responsable du noyau de surveillance au service nettoyage, postulait, en raison de l'illégalité de la décision de la commission de sélection de ne pas la déclarer lauréate, la perte d'une chance d'être sélectionnée en vue d'une nomination au grade de brigadier. Le Conseil d'Etat considéra que « la perte d'une chance constitue un préjudice indemnisable résidant dans la circonstance que la requérante n'a pas pu obtenir l'issue favorable qu'elle escomptait »¹³¹.

30. - Selon les termes du Conseil d'Etat, « le préjudice doit, en outre, être personnel au demandeur d'indemnité, en ce sens qu'il ne peut être admis à réclamer la réparation d'un dommage causé à un tiers »¹³². Ainsi, une société anonyme ne pourrait demander la réparation d'un préjudice qu'aurait en réalité subi son administrateur-délégué à titre personnel¹³³. Cela n'empêche pas une association de protection de l'environnement de se prévaloir d'un préjudice collectif de nature écologique. En tenant compte de l'arrêt du 21 janvier 2016 de la Cour constitutionnelle¹³⁴, le Conseil d'Etat a, en effet, considéré :

« qu'ainsi, la Cour constitutionnelle admet qu'une association de défense de l'environnement puisse subir un dommage moral en cas d'atteinte à l'intérêt collectif pour lequel elle a été constituée et en obtenir réparation, sur la base de l'article 1382 du Code civil ;

Considérant que, par identité de motifs, cette évolution ne peut demeurer sans effet sur la manière d'apprécier le dommage éligible à l'indemnité réparatrice ; qu'il doit dès lors être admis que l'acte attaqué a pu engendrer un préjudice écologique qui méconnaît les valeurs que l'association requérante défend et lui causer un dommage moral »¹³⁵.

31. - Le même arrêt – à savoir celui concernant l'A.S.B.L. *L'Erablère* – précise que le préjudice doit être direct¹³⁶. La terminologie employée semble faire référence à la nomenclature des préjudices réparables¹³⁷ selon le droit commun de la responsabilité civile. Bernard Dubuisson et Pauline Colson en donnent la définition suivante : « le dommage direct est celui qui est subi par la victime de l'atteinte elle-même, tandis que le préjudice par répercussion (ou par ricochet) est celui qui est subi par une autre personne que la victime directe en raison d'une atteinte portée directement aux droits et intérêts de celle-ci »¹³⁸. On ne voit cependant pas ce qui ferait obstacle à la réparation, par le Conseil d'Etat, du préjudice par répercussion, d'autant qu'une nouvelle question de concurrence entre les deux ordres de juridiction peut se poser et que l'indemnisation du dommage peut déjà être diminuée par la prise en compte des intérêts publics ou d'autres intérêts privés.

32. - Par ailleurs, le préjudice allégué peut être, tantôt patrimonial, tantôt extrapatrimonial. Ainsi, concernant le préjudice occasionné par la construction d'une maison dont le permis a été annulé, le Conseil considère que « la perte est certaine, le dommage est établi puisque la maison litigieuse a été construite. Tel est d'ailleurs aussi le motif pour lequel la seule annulation, le 11 juin 2015, du permis du 11 janvier 2013 ne peut satisfaire les requérants ». Néanmoins, il précisera que « le préjudice causé par l'illégalité ne correspond pas à toute l'incidence sur le bien des requérants de la construction autorisée, car ceux-ci ne peuvent prétendre à ce qu'aucune construc-

¹³⁰ Doc., Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 8.

¹³¹ C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2016, *Van Den Broeck V*, n° 233.506. Voy. aussi C.E. (8^e ch.), 22 mai 2017, *Dubuisson*, n° 238.274 ; C.E. (8^e ch.), 27 octobre 2017, *Libert*, n° 239.690.

¹³² C.E. (13^e ch.), 18 juillet 2017, *S.A. Actionam*, n° 238.848.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ C. const., 21 janvier 2016, n° 7/2016. Voy. sur cet arrêt A. CARETTE, « De begroting van de vergoeding voor milieuschade geleden door milieuverenigingen : de laatste horde op de weg naar daadwerkelijk herstel ? », *T.M.R.*, 2016/3, pp. 331 à 335 ; J. LAFFINEUR, *For. ass.*, 2016/168, pp. 197 et 198 ; J.-F. PUTZ, « Quand le juge constitutionnel se prononce sur le dommage moral d'une association environnementale », *Amén.*, 2016/3, pp. 192 à 195 ; S. SOMERS, « Over de concrete begroting van morele schade », *R.W.*, 2016-17/35, pp. 1379 à 1383 ; P. GILLAERTS, « De vergoeding van morele schade bij een collectief belang : ieder vogeltje zingt zoals het gebekt is ? », *R.G.D.C.*, 2017/4, pp. 261 à 267 ; M. QUINTIN, *op. cit.*, pp. 162 et 163.

¹³⁵ C.E. (13^e ch.), 24 janvier 2017, *A.S.B.L. L'Erablère*, n° 237.118.

¹³⁶ « En ce qui concerne l'existence d'un dommage, celui-ci doit être certain, personnel et direct » (nous soulignons).

¹³⁷ Voy. B. DUBUISSON et P. COLSON, « Nomenclature des préjudices réparables. Rapport belge », *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etude de droit comparé*, B. Dubuisson et P. Jourdain (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 595 à 646.

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 618 à 620.

tion ne soit autorisée sur la parcelle voisine. Il y a, en effet, lieu de tenir compte [...] de ce que le terrain sur lequel le permis annulé a autorisé la réalisation d'une maison est un bien bâtissable et qu'une construction pourrait y être érigée de manière régulière qui causerait légalement certains inconvénients de voisinage aux requérants, notamment une certaine privation d'ensoleillement et de lumière »¹³⁹.

Le dommage moral, quant à lui, est en principe réparé par l'arrêt d'annulation¹⁴⁰, si celui-ci existe¹⁴¹. Néanmoins, des circonstances particulières peuvent justifier l'octroi d'une indemnité pour réparer ce chef de préjudice¹⁴². Ainsi, dans l'affaire *Van Den Broeck* précitée, le Conseil d'Etat considéra que :

« [le dommage moral] a pu être réparé en nature par l'arrêt d'annulation intervenu le 18 novembre 2014 mais seulement en partie, dès lors que la requérante n'a pas été en mesure de repasser l'épreuve informatisée eu égard aux anomalies dénoncées dans cet arrêt ; que tel n'a pas été, en effet, le choix de la partie adverse qui a maintenu l'échec de la requérante et qui a ainsi confirmé sa décision d'incapacité alors que celle-ci exerce les responsabilités liées à la fonction de brigadier depuis plusieurs années, à la satisfaction de la partie adverse et que même après son échec, elle a continué à assumer de telles fonctions, sans jamais avoir perçu la moindre allocation pour fonctions supérieures ; que cette situation est de nature à ternir la réputation professionnelle de la

requérante et est en lien direct avec la décision d'échec qui a été prise à son égard ; qu'au vu des éléments particuliers de la cause, ce dommage moral doit être considéré comme établi »¹⁴³.

33. - Il appartient, en toute hypothèse, au requérant de prouver tant la réalité du préjudice que son étendue¹⁴⁴.

D. Le montant de l'indemnité

34. - Comme nous le verrons¹⁴⁵, la réparation prévue à l'article 11bis des lois coordonnées diffère du régime de responsabilité civile de droit commun. En effet, aux principes de la réparation en nature et intégrale, se substitue celui de la réparation par équivalent en tenant compte des intérêts publics et privés en présence. Certes, et comme le rappelle le Conseil d'Etat dans un arrêt *S.A. TRBA*, « les intérêts publics ou privés en présence ne s'opposent pas à la réparation intégrale du dommage ainsi estimé »¹⁴⁶. Néanmoins, le risque sera toujours présent d'obtenir « une indemnité moins généreuse que le dédommagement octroyé par les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire »¹⁴⁷.

35. - Est-il possible d'intégrer dans l'indemnité réparatrice les frais et honoraires d'avocat ? Un arrêt *Kaïssoun* a statué en ce sens à un moment toutefois où il n'était pas encore possible d'obtenir une indemnité de procédure sur la base de l'article 30/1 des lois coordonnées

¹³⁹ C.E. (13^e ch.), 27 février 2017, *Dubrecaq*, n° 237.495.

¹⁴⁰ C.E. (13^e ch.), 2 mars 2017, *Fourman*, n° 237.537 (temps et énergie consacrés au recours) ; C.E. (13^e ch.), 18 juillet 2017, *S.A. Actionam*, n° 238.848 (heures perdues de détente et de vie de famille, blessure morale causée par la persistance de la Région wallonne dans l'illégalité, stress causé par le risque de faillite) ; C.E. (8^e ch.), 28 septembre 2017, *Van Geem*, n° 239.250 (sentiment d'injustice qui a engendré des séquelles morales).

¹⁴¹ Un arrêt de suspension, couplé à une décision de retrait, peut réparer à suffisance un préjudice moral. Voy. C.E. (15^e ch.), 2 octobre 2015, *Legrand*, n° 232.416 : « considérant que le dommage moral allégué par le requérant a été réparé par l'arrêt n° 225.305 du 31 octobre 2013 suspendant la décision de refus du 1^{er} juillet, combiné avec le retrait, le 26 novembre, de cette décision de refus, dont l'arrêt n° 228.108 du 24 juillet 2014 a pris acte, et avec la décision du 19 décembre suivant accordant la carte d'identification ; qu'il n'apparaît pas qu'en l'espèce la décision suspendue puis retirée aurait eu un retentissement tel que ses effets sur le plan moral n'auraient pas été neutralisés par sa suspension et son retrait, qui ont été suivis d'une décision favorable, et qu'il est loisible au requérant de faire connaître à qui il estime utile ; qu'il n'y a pas lieu d'accorder une indemnité en réparation d'un préjudice moral ».

¹⁴² C.E. (13^e ch.), 20 avril 2017, *Paternostre*, n° 237.963 : « un arrêt d'annulation répare en principe le préjudice moral causé par l'acte illégal. Cependant, s'il existe des circonstances particulières, l'octroi d'une indemnité réparatrice du préjudice moral subi est possible, outre l'annulation prononcée, lorsque le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation établit que l'illégalité retenue est à l'origine d'un préjudice qu'il subit et qui n'est pas entièrement réparé par l'annulation ». Voy. aussi C.E. (8^e ch.), 22 mai 2017, *Dubuisson*, n° 238.274.

¹⁴³ C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2016, *Van Den Broeck V*, n° 233.506. Voy. aussi C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2017, *Van Den Broeck VII*, n° 237.096 et C.E. (8^e ch.), 22 mai 2017, *Dubuisson*, n° 238.274 : « toutefois, en l'espèce, le fait que, à deux reprises (non seulement par l'arrêt royal du 16 avril 2015, mais également par l'acte attaqué), le requérant soit écarté de la possibilité d'exercer à nouveau les fonctions de membre du collège du service de Conciliation fiscale, sans que la partie adverse ne lui fournisse une explication sur les raisons pour lesquelles sa candidature n'a pas été retenue, permet de juger que cette situation est de nature à ternir sa réputation professionnelle et qu'elle est en lien direct avec la décision attaquée. Au vu des circonstances particulières de la cause, ce dommage moral doit être considéré comme établi ».

¹⁴⁴ Voy. C.E. (13^e ch.), 12 avril 2016, *A.S.B.L. AVALA*, n° 234.362 ; C.E. (13^e ch.), 23 juin 2016, *Kempgens*, n° 235.196 ; C.E. (13^e ch.), 24 janvier 2017, *A.S.B.L. L'Erablière*, n° 237.118 ; C.E. (13^e ch.), 27 février 2017, *Dubrecaq*, n° 237.495.

¹⁴⁵ Voy. n° 38 et suivants.

¹⁴⁶ C.E. (6^e ch.), 31 mars 2017, *S.A. TRBA*, n° 237.894.

¹⁴⁷ J. SOHIER, « L'action en responsabilité contre les pouvoirs publics : à porter devant les juridictions judiciaires ou, depuis 2014, devant le Conseil d'Etat ? », *R.G.A.R.*, 2015/1, n° 15138³ et suivants.

sur le Conseil d'Etat¹⁴⁸. Depuis lors, il n'est plus possible d'obtenir, sous le couvert d'une indemnité réparatrice, remboursement des frais couverts par l'indemnité de procédure¹⁴⁹ pour les recours introduits après son entrée en vigueur, soit le 2 avril 2014¹⁵⁰.

36. - La question de savoir si le Conseil d'Etat doit tenir compte de régimes spéciaux d'indemnisation prévoyant notamment un forfait au moment de la détermination du montant de l'indemnité demeure controversée¹⁵¹. Dans son arrêt S.A. *TRBA* précité, le Conseil d'Etat a considéré, en matière de marchés publics, que « *le préjudice [pouvait] être évalué à 10 pourcent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de l'offre de la requérante, en s'inspirant de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 précitée, qui fixe le taux de l'indemnité forfaitaire en matière d'adjudication publique* » (nous soulignons)¹⁵².

37. - Enfin, rappelons que l'indemnité réparatrice est toujours à charge de l'auteur de l'acte, par hypothèse partie adverse devant le Conseil d'Etat, qui ne pourra faire valoir aucune cause étrangère exonératoire pour échapper à sa responsabilité. Il pourra se retourner par la suite contre la personne à qui l'illégalité est en définitive imputable¹⁵³.

5. Les points communs et les différences par rapport aux autres mécanismes d'indemnisation

38. - Si l'indemnité réparatrice est « *une notion autonome dont il convient de laisser au Conseil d'Etat le soin de*

dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence »¹⁵⁴, elle entretient des similitudes avec d'autres régimes d'indemnisation prévus par le droit belge. Sont principalement visées la responsabilité civile découlant des articles 1382 et suivants du Code civil et l'indemnité pour cause de dommage exceptionnel prévue à l'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

39. - En vertu du principe *electa una via*¹⁵⁵, la partie requérante ou la partie intervenante venant à son appui aura le choix entre introduire une action en responsabilité civile devant les juridictions de l'ordre judiciaire ou bien demander l'octroi d'une indemnité réparatrice au Conseil d'Etat. Le choix du citoyen sera dicté par les avantages et les inconvénients de chaque régime.

Ainsi, l'indemnité réparatrice devrait être accordée de manière définitive plus rapidement en l'absence de dédoublement procédural¹⁵⁶ et de double degré de juridiction et recours en cassation classique et compte-tenu de la connaissance préalable du dossier par les magistrats saisis de la demande¹⁵⁷ – lesquels sont, par hypothèse, les mêmes que ceux ayant statué sur le recours en annulation, ce qui devrait accélérer l'instruction. La voie du Conseil d'Etat exonère, en outre, de la condition de la faute, souvent longuement discutée dans le contentieux administratif de la responsabilité civile, au bénéfice d'une « simple illégalité »¹⁵⁸.

L'intérêt pour les justiciables de l'indemnité réparatrice risque toutefois de diminuer par l'absence d'application des principes de la réparation intégrale et en nature¹⁵⁹.

¹⁴⁸ C.E. (15^e ch.), 9 mai 2016, *Kaisoun*, n° 234.652. Voy. aussi C.E. (13^e ch.), 27 février 2017, *Dubveq*, n° 237.495 ; C.E. (13^e ch.), 2 mars 2017, *Fourman*, n° 237.537.

¹⁴⁹ C.E. (13^e ch.), 20 avril 2017, *Paternostre*, n° 237.963. Voy. aussi C.E. (13^e ch.), 18 juillet 2017, *S.A. Actionam*, n° 238.848 dans lequel la requérante demande une indemnité de procédure, indemnité qui lui a été refusée par un arrêt antérieur (C.E. (13^e ch.), 24 mai 2016, *S.A. Actionam*, n° 234.847). Sous peine de violer l'autorité de la chose jugée prévue par l'article 23 du Code judiciaire, le Conseil d'Etat précise qu'« *il n'y a dès lors plus lieu de revenir sur ce qu'a décidé l'arrêt n° 234.847 du 24 mai 2016 qui a autorisé de chose jugée par le biais d'une procédure en indemnité réparatrice.* »

¹⁵⁰ Arrêté royal du 28 mars 2014 relatif à l'indemnité de procédure visée à l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, *M.B.*, 2 avril 2014, article 9.

¹⁵¹ F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *op. cit.*, pp. 61 et 62 ; S. BEN MESSAOUD et I. VAN KRUCHTEN, *op. cit.*, pp. 450 et 451 ; A. PIRSON et M. VRANCKEN, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵² Le Conseil d'Etat fait ainsi droit à l'allégation de messieurs BELLEFLAMME et SOHIER qui précisait que l'« *on peut aussi s'attendre à ce que ce forfait [celui prévu à l'article 24 de la loi du 15 juin 2006] oriente la jurisprudence du Conseil d'Etat comme il oriente déjà la jurisprudence des juridictions judiciaires en dehors conditions strictes de son application* » (F. BELLEFLAMME et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 62). Voy. aussi *supra* n° 10.

¹⁵³ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit des obligations s'invite... », *op. cit.*, p. 180 et *supra* n° 17.

¹⁵⁴ *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 7 et les arrêts cités n.b.p. 105. Voy. l'arrêt C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2016, *Van Den Broeck V*, n° 233.506 : « *cette réglementation n'impose pas [...] que la demande d'indemnité réparatrice développe les trois éléments propres au droit commun de la responsabilité civile [...]* ».

¹⁵⁵ Voy. *infra*, n° 41 et suivants.

¹⁵⁶ Voy. J. SOHIER, « L'action en responsabilité... », *op. cit.*, n° 15138¹ et suivants.

¹⁵⁷ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit des obligations s'invite... », *op. cit.*, pp. 185 et 186.

¹⁵⁸ Voy. *supra* n° 16 et suivants.

¹⁵⁹ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, pp. 1647 et suivantes.

L'article 11bis des lois coordonnées prévoit en effet expressément que l'indemnité réparatrice est allouée « *en tenant compte des intérêts publics et privés en présence* ». Il s'agit là vraisemblablement d'une obligation pour le Conseil d'Etat, comme en témoigne l'usage de l'indicatif par le législateur. Or, la balance des intérêts publics et privés en présence entrainera nécessairement une diminution de l'indemnité octroyée à la partie l'ayant demandée, alors que celle-ci ne constitue déjà qu'un palliatif d'ordre pécuniaire.

La différence des délais de prescription risque également de peser dans la balance. Il est de cinq ans dans le cadre d'une action en responsabilité civile à dater, généralement¹⁶⁰, du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable, selon le prescrit de l'article 2262bis du Code civil¹⁶¹. Il est seulement de soixante jours à dater de la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité dans le cadre de l'indemnité réparatrice, ce qui est susceptible de poser des difficultés quant à la détermination du préjudice, comme nous l'avons vu plus haut¹⁶².

40. - L'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, siège du contentieux de l'indemnité pour cause de dommage exceptionnel, a visiblement inspiré les rédacteurs de l'article 11bis, lesquels ont intégré dans le nouveau mécanisme la balance des intérêts. Si certains commentateurs¹⁶³ ont considéré que la prise en compte des intérêts publics et privés en présence pouvait agir sur n'importe laquelle des conditions d'octroi, que ce soit le fait générateur, le lien de causalité ou encore le préjudice, nous pensons, avec d'autres^{164/165}, qu'elle ne peut servir qu'à *corriger* le montant de la réparation allouée par la partie adverse au demandeur¹⁶⁶. Pareille lecture était déjà admise en ce qui concerne l'article 11 des lois

coordonnées¹⁶⁷ et elle semble pouvoir s'appuyer sur quelques arrêts récents du Conseil d'Etat¹⁶⁸. Ainsi, dans un arrêt déjà commenté S.A. TRBA, le Conseil d'Etat considère que « *les intérêts publics ou privés en présence ne s'opposent pas à la réparation intégrale du dommage ainsi estimé* »¹⁶⁹. De même et avec encore plus de précision, la quinzième chambre a avancé, dans une affaire concernant la société anonyme Envemmat, « *qu'aucune raison ne justif[ait] que ce montant soit modulé pour tenir compte de l'intérêt public* »¹⁷⁰. Si, dans ces deux arrêts, l'attention est portée sur la détermination du montant de l'indemnité, un arrêt du 27 février 2017¹⁷¹ semble semer le doute en utilisant l'adverbe notamment, ce qui suppose une application du mécanisme à d'autres éléments :

« *le Conseil d'Etat peut prendre en compte sur demande ou d'office les intérêts publics ou privés en présence. L'article 11bis lui permet ainsi notamment de tenir compte des incertitudes relatives au montant du dommage et d'en terminer d'une manière juste et rapide en évitant l'expertise longue et coûteuse qui aurait servi à établir le dommage exactement subi, tout spécialement, comme en l'espèce, quand l'établissement précis de ce dommage apparaît difficile* » (nous soulignons).

6. La procédure à suivre

A. Le principe *electa una via*

41. - Selon l'article 11bis, alinéas 4 et 5 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat :

« *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.*

¹⁶⁰ Sur la prescription des créances à charge de l'Etat, voy. M. KAISER, « La prescription des dettes et des créances des pouvoirs publics : un domaine en pleine mutation », *A.P.T.*, 2004/2, pp. 119 à 162.

¹⁶¹ Avec, comme nous le verrons *infra* n° 41, la cause d'interruption prévue à l'article 2244, § 1^{er}, alinéa 2 du Code civil.

¹⁶² Voy. *supra* n° 27.

¹⁶³ L. DONNAY et M. PAQUES, « L'indemnité réparatrice... », *op. cit.*, pp. 127 à 164, spéc. pp. 134 à 136 ; L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel...*, *op. cit.*, pp. 468 à 488.

¹⁶⁴ F. GLANSORFF, *op. cit.*, p. 478 ; A. PIRSON et M. VRANCKEN, *op. cit.*, pp. 30, 70 et 71 ; D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, *op. cit.*, pp. 367, 368, 373 et 374.

¹⁶⁵ Av. gén. Th WERQUIN, concl. préc. Cass. (ch. réun.), 15 septembre 2017, R.G. C.15.0465.F, p. 2.

¹⁶⁶ Bien qu'il faille noter la suppression du terme « en équité » par rapport au contentieux de l'article 11 des lois coordonnées. Voy. *Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 7. La phrase est cependant construite de telle manière qu'une autre interprétation ne serait pas littérale.

¹⁶⁷ M. LEROY, *op. cit.*, p. 890.

¹⁶⁸ La section de législation avait par ailleurs précisé que « *l'indemnité ne doit pas nécessairement réparer l'intégralité du préjudice mais peut être modérée en « tenant compte des intérêts publics et privés en présence* » » (*Doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/2, p. 8).

¹⁶⁹ C.E. (6^e ch.), 31 mars 2017, S.A. TRBA, n° 237.894.

¹⁷⁰ C.E. (15^e ch.), 14 juillet 2017, S.A. Envemmat, n° 238.830. Déjà dans son arrêt *Legrand* précité, le Conseil d'Etat précisait : « *qu'aucune raison d'intérêt public n'apparaît de moduler ce montant* ».

¹⁷¹ C.E. (13^e ch.), 27 février 2017, *Dubreccq*, n° 237.495.

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. »

Ainsi, la partie ayant subi un préjudice devra, à l'avenir, opérer un choix : demander réparation de celui-ci soit au Conseil d'Etat, accessoirement à l'introduction d'une requête en annulation devant lui et sous la forme d'une indemnité réparatrice, soit auprès des juridictions de l'ordre judiciaire.

Ce choix présente deux caractéristiques : d'une part, il est exclusif, et d'autre part, il est irrévocable. Il est exclusif en ce sens qu'il interdit tout cumul entre les deux types de recours¹⁷². Il est irrévocable¹⁷³ car comme l'a rappelé le secrétaire d'Etat aux réformes institutionnelles, répondant à une remarque formulée par la section de législation¹⁷⁴, l'élément déclencheur de l'application du principe est bien l'introduction de la demande d'indemnité réparatrice ou de l'action en responsabilité et ce, même si la partie se désiste de l'instance ou renonce à son droit¹⁷⁵. Néanmoins, les chambres néerlandophones du Conseil d'Etat ont privilégié « une lecture raisonnée de la règle *electa una via* »¹⁷⁶, en réservant l'application du principe uniquement en présence d'un constat d'illégalité formulé dans un arrêt prononcé par lui¹⁷⁷. Le diable est dans le détail.

De même, l'on peut observer que l'alinéa 4 de l'article 11bis consacre le principe *electa una via* en ce qui concerne « le même préjudice ». Il n'est pas exclu, dans ces conditions, que des demandes pour des préjudices distincts soient cumulées, même si l'on n'y voit que peu d'intérêt. En outre, certains auteurs ont également es-

timé qu'il était possible d'obtenir réparation d'un préjudice non encore allégué devant le Conseil d'Etat des juridictions de l'ordre judiciaire et réciproquement¹⁷⁸. Et c'est en ce sens que semble avoir tranché implicitement le Conseil d'Etat, dans un arrêt *Kaïssoun* du 9 mai 2016¹⁷⁹ concernant l'indemnisation potentielle des frais d'avocat non encore couverts par l'indemnité de procédure. La quinzième chambre précisa ceci :

« *considérant que les frais d'avocat exposés en vue de faire annuler les décisions illégales du collège des bourgmestre et échevins de Verviers apparaissent comme un préjudice subi du fait de l'illégalité de ces décisions, préjudice qui n'a pas été couvert par l'allocation d'une indemnité de procédure et qui, vu l'introduction de la présente demande d'indemnité réparatrice portant notamment sur cet aspect du dommage, ne pourrait plus être réparé par la voie d'une action en responsabilité civile, en application de l'article 11bis, alinéa 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, aux termes duquel « 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 »* » (nous soulignons).

42. - Ce choix sera limité, dans certaines hypothèses, par l'application des règles de prescription qui diffèrent pour les deux types de recours¹⁸⁰. En effet, si la partie requérante ou la partie intervenante venant à son appui laisse s'écouler le délai de soixante jours à partir de la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité¹⁸¹ sans introduire de demande d'indemnité, elle n'aura d'autre choix que de se tourner vers les juridictions de l'ordre judiciaire¹⁸² pour avoir des chances d'être indemnisée, la voie de l'indemnité réparatrice lui étant définitivement fer-

¹⁷² I. MATHY, *op. cit.*, pp. 227 à 229. Comme le précisent les travaux préparatoires, « *la partie concernée devra donc poser le choix d'opter pour une action en responsabilité civile ou pour une indemnité réparatrice allouée par le Conseil d'Etat, avec l'avantage dans ce cas d'une économie procédurale et d'un gain de temps. Cependant, une fois ce choix posé, le principe « electa una via » trouve à s'appliquer. Le même principe s'applique lorsque la partie a fait le choix de l'action en responsabilité civile : dans ce cas, il ne peut plus être demandé d'indemnité réparatrice au Conseil d'Etat* » (Doc., Sénat, 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6).

¹⁷³ L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 471.

¹⁷⁴ Libellée en ces termes : « *tel 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'Etat d'encore saisir les cours et tribunaux, et réciproquement. Si telle n'était pas l'intention, il conviendrait de le modifier* » (Doc., Sénat, 2012-2013, n° 5 2233/2, p. 9).

¹⁷⁵ Doc., Sénat, 2013-2014, n° 5-2232/5, p. 360.

¹⁷⁶ Selon les termes de D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 383.

¹⁷⁷ C.E. (9^e ch.), 26 mai 2015, *Stevens*, n° 231.330. L'Avocat général Thierry WERQUIN avait, pour sa part, précisé ceci : « *si une demande d'indemnité réparatrice devait être déclarée irrecevable par le Conseil d'Etat, notamment à la suite d'un arrêt rendu au contentieux de l'annulation, constatant la perte d'objet du recours ou d'intérêt, cela ne devrait pas avoir pour effet d'empêcher l'introduction d'une action en réparation devant le juge judiciaire. La règle electa una via ne trouve à s'appliquer que pour autant que le Conseil d'Etat constate une illégalité* » (Av. gén. Th WERQUIN, concl. préc. Cass. (ch. réun.), 15 septembre 2017, R.G. C.15.0465.F, p. 4).

¹⁷⁸ Voy. I. MATHY, *op. cit.*, pp. 227 à 229 ; A. PIRSON et M. VRANCKEN, *op. cit.*, pp. 54 et 55.

¹⁷⁹ C.E. (15^e ch.), 9 mai 2016, *Kaïssoun*, n° 234.652.

¹⁸⁰ Voy. aussi *supra* n° 39.

¹⁸¹ Article 25/1 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité.

¹⁸² Sous réserve que l'action ne soit pas, elle non plus, prescrite.

mée. A l'inverse, en présence d'un arrêt de rejet constatant néanmoins une illégalité¹⁸³, il semblerait que l'article 2244, § 1^{er}, alinéa 2 du Code civil¹⁸⁴ ne puisse pas être mobilisé pour prétendre à une interruption du délai de prescription durant le temps de la procédure devant le Conseil d'Etat car il requiert une annulation de la part du Conseil d'Etat¹⁸⁵. Ainsi, dans les cas où le délai de prescription quinquennale pour introduire une action en responsabilité civile devant les juridictions judiciaires serait écoulé, à défaut d'interruption survenue entretemps, la partie concernée n'aurait d'autre choix que d'introduire une demande d'indemnité réparatrice. Le temps où la procédure d'annulation devant le Conseil d'Etat prenait plus de cinq ans paraît cependant aujourd'hui révolu.

43. - Rappelons, par ailleurs, que le choix ne bénéficie qu'à la partie requérante et à la partie intervenante à son appui et non, par conséquent, à la partie adverse, sous réserve de ce qu'en dira la Cour constitutionnelle¹⁸⁶.

B. Le contenu et les formalités

44. - L'article 25/2 de l'arrêté du Régent¹⁸⁷ prévoit les mentions devant figurer dans la demande d'indemnité réparatrice qui diffèrent selon qu'elle est formée dans le

même acte que le recours en annulation ou par un acte distinct.

Dans tous les cas, la requête doit comporter, selon le prescrit de l'arrêté du Régent, la mention « demande d'indemnité réparatrice ». Ainsi, par deux arrêts, *Dubrulle* et *Klein*, le Conseil d'Etat a considéré, certes à titre surabondant mais néanmoins pour rejeter la demande d'indemnité formulée devant lui, « qu'au surplus, il y a lieu de constater que la requête ne comporte pas la mention « demande d'indemnité réparatrice » requise par l'article 25/2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du règlement général de procédure ». Il se montrera par la suite moins exigeant, estimant, comme exposé déjà plus haut¹⁸⁸, qu'un mémoire en réplique sans cette indication peut être considéré comme une demande d'indemnité réparatrice recevable¹⁸⁹. Néanmoins, il n'ira pas jusqu'à considérer qu'une requête visant à « réserver 1 € provisionnel pour le dommage sciemment causé au requérant » puisse être assimilée à une telle demande¹⁹⁰.

La requête doit, par ailleurs, contenir le montant de l'indemnité demandée et un exposé qui établit le préjudice subi du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet sous peine d'irrecevabilité.

¹⁸³ Voy. *supra* n° 16 et suivants.

¹⁸⁴ Qui dispose qu'« un recours en annulation d'un acte administratif devant le Conseil d'Etat a, à l'égard de l'action en réparation du dommage causé par l'acte administratif annulé, les mêmes effets qu'une citation en justice ».

¹⁸⁵ Voy. M. KAISER, « La prescription de l'action en responsabilité extracontractuelle contre un pouvoir public : la mutation permanente ? », *R.G.A.R.*, 2009/9, n° 14562⁷ et suivants.

¹⁸⁶ Voy. *supra* n° 11.

¹⁸⁷ Libellé en ces termes : « § 1^{er}. Lorsque la demande d'indemnité réparatrice est formée dans le même acte que le recours en annulation, l'intitulé de la requête porte, en outre, la mention " demande d'indemnité réparatrice ". La requête contient le montant de l'indemnité demandée et un exposé qui établit le préjudice subi du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet.

§ 2. Lorsque la demande d'indemnité réparatrice est formée par un acte distinct de la requête en annulation, cet acte est daté et signé par la partie ou par un avocat satisfaisant aux conditions que fixe l'article 19, alinéa 4, des lois coordonnées.

Dans ce cas, la requête en indemnité réparatrice contient en outre :

1° l'intitulé " demande d'indemnité réparatrice " ;

2° la référence du recours en annulation ou de l'arrêt auquel elle se rapporte ;

3° les nom, qualité et domicile ou siège de la partie demanderesse d'indemnité ainsi que le domicile élu visé à l'article 84, § 2, alinéa 1^{er} ;

4° le montant de l'indemnité demandée et un exposé qui établit le préjudice subi du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet.

§ 3. Les pièces étayant la demande sont jointes à la requête, accompagnées d'un inventaire. Elles sont toutes numérotées conformément à cet inventaire.

§ 4. Les articles 2, § 2, et 3, 4° sont applicables à la requête en indemnité réparatrice.

En outre, sans préjudice de l'article 3bis, cette requête n'est pas enrôlée lorsque les mentions visées aux paragraphes 1^{er} et 2 n'y sont pas reprises ou lorsque l'inventaire visé au paragraphe 3 n'y est pas joint.

En cas d'application de l'alinéa 2, le greffier en chef adresse un courrier à la partie requérante précisant la cause du non-enrôlement et l'invitant à régulariser sa requête dans les quinze jours.

La partie requérante qui régularise sa requête dans les quinze jours de la réception de l'invitation visée à l'alinéa 3 est censée l'avoir introduite à la date de son premier envoi.

Une requête non régularisée ou régularisée de manière incomplète ou tardive est réputée non introduite. »

¹⁸⁸ Voy. *supra* n° 13.

¹⁸⁹ C.E. (15^e ch.), 11 mai 2015, *Kaisoun*, n° 231.184 : « considérant 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. » Voy. aussi C.E. (8^e ch.), 21 juin 2016, *XXXX*, n° 235.162 ; C.E. (15^e ch.), 28 octobre 2016, *Liétard*, n° 236.316.

¹⁹⁰ C.E. (6^e ch.), 25 mars 2016, *XXXX*, n° 234.275.

Ainsi, dans un arrêt *Dubrecq*, le Conseil d'Etat n'a pas tenu compte de l'augmentation du montant de l'indemnité opérée dans le mémoire en réplique (passant de 800 à 2.420 euros) précisant que « la facture [datant] du 31 juillet 2013 [et] antérieure à la demande d'indemnité réparatrice, [aurait] pu être produite en même temps que celle-ci »¹⁹¹. Dans d'autres affaires, l'établissement du préjudice fait défaut. Ainsi, « le mémoire en réplique déposé dans le cadre du recours en annulation, qui vaut demande d'indemnité réparatrice, ne [faisant] aucune mention d'un préjudice moral, [la] demande d'indemnité réparatrice relative au préjudice moral formulée pour la première fois dans le mémoire en réplique relatif à la procédure en indemnité réparatrice n'est pas recevable »¹⁹² ou encore « la nature du préjudice devant être établie dans la requête introductive, les autres préjudices présentés pour la première fois dans le mémoire en réplique sont tardifs et donc irrecevables, puisque présentés en dehors du délai de soixante jours prévu à l'article 11bis, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour introduire une demande d'indemnité réparatrice »¹⁹³. Dans un arrêt *Persico*, la section du contentieux administratif conclut à l'irrecevabilité de la demande, étant donné que cette dernière « ne contient pas le montant total de l'indemnité demandée et le préjudice le cas échéant subi y est exposé de manière par trop hypothétique et imprécise »¹⁹⁴.

Un arrêt *Liétard* tranche néanmoins dans un sens contraire. La demande d'indemnité avait été formulée dans la requête en annulation. Dans le mémoire en réplique, cependant, la requérante fit porter la demande d'indemnité sur des préjudices qui n'avaient pas été invoqués dans la requête. La quinzième chambre n'y vit pas un motif d'irrecevabilité de la demande comme ce fut le cas dans les affaires précitées, mais bien de suspension de l'examen de celle-ci jusqu'à l'arrêt statuant définitivement sur le recours en annulation en application de l'arti-

cle 25/3, § 2 de l'arrêté du Régent¹⁹⁵.

Enfin, un arrêt *Van Den Broeck*¹⁹⁶ précise les différents éléments devant se retrouver dans la demande d'indemnité, en prenant le soin de les différencier de ceux requis sur la base de la responsabilité civile de droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil :

« que ces dispositions (à savoir l'article 11bis des lois coordonnées et l'article 25/2 de l'arrêté du Régent) n'imposent pas que la demande d'indemnité réparatrice contienne une référence formelle à l'article 11bis, précité ni n'exige, sous peine d'irrecevabilité, que toute demande soit d'office accompagnée de pièces de nature à l'étayer ; que cette réglementation n'impose pas davantage que la demande d'indemnité réparatrice développe les trois éléments propres au droit commun de la responsabilité civile mais seulement qu'elle comprenne un exposé du préjudice subi du fait de l'illégalité de l'acte annulé et indique le montant de l'indemnité demandée, ce qui est le cas en l'espèce ; que l'exercice des droits de la défense ne saurait être affecté par le caractère succinct d'une demande lorsque les développements de celle-ci sont, comme en l'espèce, parfaitement clairs ; qu'enfin, la demande a bien pour objet l'octroi d'une indemnité réparatrice du fait de l'illégalité affectant une décision qui a été annulée par le Conseil d'Etat de sorte que la compétence de ce dernier ne saurait être contestée ; que la requérante n'est ainsi pas tenue d'établir une faute dans le chef de la partie adverse ».

45. - Sous l'impulsion d'une remarque formulée par la section de législation¹⁹⁷, le législateur a modifié l'article 70 de l'arrêté du Régent afin de soumettre l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice au paiement d'un droit de rôle d'un montant de 200 euros¹⁹⁸, le non paiement entraînant une suspension de l'examen de la demande, comme il est rappelé dans l'arrêt *Kaïssoun*.

¹⁹¹ C.E. (13^e ch.), 27 février 2017, *Dubrecq*, n° 237.495. Dans un autre arrêt, le Conseil d'Etat considère que « les requérants ne précisent pas « le montant de l'indemnité demandée ». Par conséquent, la demande d'indemnité réparatrice est irrecevable » (C.E. (11^e ch.), 2 mai 2017, *El Atlassi*, n° 238.068).

¹⁹² C.E. (15^e ch.), 9 mai 2016, *Kaïssoun*, n° 234.652.

¹⁹³ C.E. (13^e ch.), 24 janvier 2017, *A.S.B.L. L'Erablère*, n° 237.118. L'originalité du considérant réside dans le fondement juridique pour justifier l'irrecevabilité : l'article 11bis, alinéa 2 des lois coordonnées au lieu de l'article 25/2 de l'arrêté du Régent. Voy. aussi C.E. (8^e ch.), 28 septembre 2017, *Van Geem*, n° 239.250 : « la demande d'indemnité réparatrice ne contient, en outre, aucune justification du dommage moral et celles apportées pour la première fois dans le dernier mémoire sont tardives. »

¹⁹⁴ C.E. (11^e ch.), 8 novembre 2016, *Persico*, n° 236.376.

¹⁹⁵ C.E. (15^e ch.), 28 octobre 2016, *Liétard*, n° 236.316.

¹⁹⁶ C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2016, *Van Den Broeck V*, n° 233.506.

¹⁹⁷ Avis du Conseil d'Etat rendu le 9 avril 2014, n° 55.729/2 portant sur un projet d'arrêté royal relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11bis des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, observations générales, pt. 3 : « plus fondamentalement, la section de législation se demande pour quelle raison l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice ne donne pas lieu au paiement des droits visés à l'article 70 du règlement général de procédure. L'auteur du projet doit pouvoir justifier la différence de traitement ainsi établie entre la partie demanderesse d'indemnité et la partie qui introduit l'un des actes de procédure visés à l'article 70 ».

¹⁹⁸ Et de 150 euros pour les requêtes en intervention selon le paragraphe 2 de la même disposition.

Une fois le montant acquitté, le Conseil d'Etat invite la partie adverse à déposer le mémoire en réponse prévu à l'article 25/3, § 4, alinéa 1^{er} de l'arrêté du Régent et poursuit la procédure à partir de ce moment¹⁹⁹. Il semblerait qu'en présence d'une demande d'indemnité réparatrice libellée dans la requête en annulation, le paiement d'un droit de rôle unique de 200 euros suffise selon l'enseignement tiré de l'arrêt *Liétard*²⁰⁰.

C. L'instruction, l'arrêt et les voies de recours²⁰¹

46. - L'instruction de la demande d'indemnité réparatrice est prévue à l'article 25/3 de l'arrêté du Régent lequel dispose²⁰² :

« § 1^{er}. Lorsque la demande d'indemnité réparatrice est formée concomitamment avec le recours en annulation, elle peut être instruite et jugée en même temps que ce recours si le membre de l'auditorat désigné s'estime en possession de toutes les données utiles à cette fin.

Si ce n'est pas le cas, l'examen de cette demande est tenu en suspens jusqu'à l'arrêt qui statue définitivement sur le recours en annulation. Si cet arrêt constate une illégalité, il est procédé conformément au paragraphe 4.

§ 2. Lorsque la demande d'indemnité réparatrice est formée au cours de la procédure en annulation, l'examen de cette demande est tenu en suspens jusqu'à l'arrêt qui statue définitivement sur le recours en annulation.

§ 3. Si aucune illégalité n'est constatée, l'arrêt qui clôt la procédure en annulation rejette aussi la demande d'indemnité réparatrice.

§ 4. Lorsque la demande d'indemnité réparatrice est formée dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité ou la correction de celle-ci par application de la boucle administrative, ou si cette demande a été tenue en suspens et n'a pas été rejetée conformément au paragraphe 3, le greffier en chef en-

voie une copie de la demande à la partie adverse. La partie adverse a soixante jours pour transmettre au greffe un mémoire en réponse. Le greffier en chef transmet une copie du mémoire en réponse à la partie demanderesse d'indemnité ou l'informe de l'absence de mémoire en réponse. La partie demanderesse d'indemnité a soixante jours pour faire parvenir au greffe un mémoire en réplique ou ampliatif. Une copie de celui-ci est transmise par le greffier en chef à la partie adverse.

Il est ensuite procédé conformément aux articles 11, 12 à 14bis, 14sexies, premier et deuxième tirets, 16, 17 et 19 à 25. Le rapport sur la demande d'indemnité réparatrice est transmis au greffe dans le mois du jour où le membre de l'auditorat désigné est en possession des mémoires et du dossier complet de l'affaire. La demande de poursuite de la procédure visée à l'article 14 n'est pas applicable à la procédure de demande d'indemnité réparatrice. Le dernier mémoire déposé après le délai de trente jours est écarté d'office des débats. »

Cet article prévoit des modalités différentes selon que la demande d'indemnité réparatrice est formulée en même temps que le recours en annulation ou par la suite. Toute la difficulté consistera, sous la responsabilité de l'auditeur en charge du dossier²⁰³, de concilier, d'une part, les exigences de célérité et de rapidité dans le traitement de la demande et, d'autre part, le respect du principe du contradictoire²⁰⁴.

47. - La nécessité de ne pas perdre de temps dans l'octroi éventuel d'une indemnité réparatrice se traduit aussi par le délai de 12 mois à partir de la notification de l'arrêt ayant constaté une illégalité laissé au Conseil d'Etat pour statuer sur la demande d'indemnité. Un tel délai n'est toutefois qu'un délai d'ordre.

48. - Par ailleurs, l'on peut considérer que le Conseil d'Etat statue à titre définitif, l'arrêt se prononçant sur l'indemnité réparatrice n'étant susceptible de faire l'objet que de recours extraordinaires, tels l'opposition, la tierce-

¹⁹⁹ C.E. (15^e ch.), 11 mai 2015, *Kaïssou*, n° 231.184 : « pour que la demande d'indemnité réparatrice soit examinée, il convient d'inviter le requérant à payer le droit de 200 € prévu à l'article 70, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, du règlement général de procédure, et, une fois le paiement reçu, d'inviter la partie adverse à déposer le mémoire en réponse prévu à l'article 25/3, § 4, alinéa 1^{er} précité, et de poursuivre la procédure à partir de ce stade ». Voy. aussi C.E. (8^e ch.), 21 juin 2016, *XXXX*, n° 235.162 ; C.E. (11^e ch.), 13 octobre 2016, *Van Der Elst*, n° 236.095.

²⁰⁰ C.E. (15^e ch.), 28 octobre 2016, *Liétard*, n° 236.316 : « considérant que la requérante a acquitté, au moment de l'introduction de sa requête, un montant de 400 euros alors que seuls 200 euros étaient dus ; que la somme de 200 euros, indûment payée, lui sera remboursée par le Service public fédéral Finances ».

²⁰¹ Voy. L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel...*, op. cit., pp. 475 à 477.

²⁰² Pour une analyse de la disposition, voy. D. RENDERS, B. GORS et A. PERCY, op. cit., pp. 385 et 386.

²⁰³ En effet, selon le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 avril 2014 précité, sous l'examen de l'article 4, « dans tous les cas, l'auditeur demeure le responsable du dossier jusqu'au dépôt de son rapport sur la demande d'indemnité ».

²⁰⁴ Sur le respect du contradictoire, voy. les arrêts C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2016, *Van Den Broeck V.*, n° 233.506 ; C.E. (15^e ch.), 28 octobre 2016, *Liétard*, n° 236.316 ; C.E. (8^e ch.), 15 juin 2017, *Matheys*, n° 238.542.

opposition, le recours en révision ou en cassation dont l'exercice est néanmoins extrêmement rare²⁰⁵.

Conclusion

49. - Il est encore trop tôt pour évaluer en profondeur le contentieux relatif à l'indemnité réparatrice. Sur nonante-cinq arrêts rendus par les chambres francophones de la section du contentieux administratif et comprenant la mention « indemnité réparatrice », seule une soixantaine statue réellement sur une telle demande. Parmi ceux-ci, vingt requérants ont obtenu satisfaction. On dénombre trente-sept arrêts rejetant la demande d'indemnité réparatrice pour des motifs divers : irrecevabilité (tantôt du recours en annulation, tantôt de la demande d'indemnité réparatrice elle-même), absence de constat d'illégalité, de lien de causalité ou encore de préjudice, constat de perte d'objet (le requérant ayant obtenu satisfaction), désistement d'instance, etc. Six arrêts font application de la procédure prévue à l'article 25/3, § 4 de l'arrêté du Régent et invitent donc la partie adverse à déposer un mémoire en réponse²⁰⁶ ; cinq arrêts ordonnent la réouverture des débats : deux après avoir suspendu l'acte attaqué, deux afin de permettre au membre de l'Auditorat de déposer un rapport complémentaire sur la question de la persistance de l'intérêt au recours en annulation et de ses conséquences sur la demande d'indemnité réparatrice et le dernier afin de permettre au requérant d'établir, au regard de la perte d'une chance, les conditions de l'indemnité réparatrice. Enfin, un arrêt pose une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle concernant la position défavorable de la partie adverse qui subit le choix de la partie requérante entre l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice devant le Conseil d'Etat ou la mise en cause de la responsabilité civile de l'auteur de l'acte devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

Concernant le moment privilégié par les parties pour introduire une telle demande, vingt-et-un d'entre eux ont choisi de la formuler en même temps que la requête d'annulation ; sept au sein du mémoire en réplique²⁰⁷ ; trois dans le dernier mémoire ; cinq en cours de procédure mais par une requête distincte et enfin vingt-cinq

dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité²⁰⁸.

Quant aux montants alloués par le Conseil, ceux-ci ne permettent pas de tirer des enseignements : de un euro symbolique à titre de dommage moral pour la réparation d'un préjudice collectif de nature écologique²⁰⁹ à 47.713,97 euros qui correspondent à dix pour cent du montant total d'un marché public irrégulièrement attribué à une autre société mais dont le contrat a déjà été conclu²¹⁰.

50. - On le voit : la jurisprudence n'en est qu'à ses premières applications et nombreuses sont encore les questions qui n'ont pas reçu de réponse. Certaines l'ont été mais il n'est pas acquis qu'elles feront jurisprudence. L'on pense par exemple à l'articulation entre les régimes spécifiques d'indemnisation et l'octroi potentiel d'une indemnité réparatrice. L'on pense aussi aux décisions implicites d'acceptation, ouvrant la voie, elles aussi, au contentieux de l'indemnité réparatrice, mais néanmoins dans les limites tracées par le Conseil d'Etat au contentieux de l'excès de pouvoir. L'on pense encore à l'(im)possibilité de déduire un véritable constat d'illégalité d'un arrêt prononçant un constat de perte d'objet à la suite d'un retrait opéré par la partie adverse ; à la persistance de l'intérêt au recours en annulation et de ses conséquences sur la demande d'indemnité réparatrice ; à l'incidence de l'article 14ter sur l'article 11bis ; à la théorie privilégiée par le Conseil d'Etat pour donner corps au concept de lien de causalité ; à la notion de préjudice réparable et celle, importante au contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics, de la perte d'une chance ; au montant de l'indemnité octroyée en tenant compte des différents intérêts en présence et bien d'autres encore.

Inutile de préciser que la réforme n'a en rien facilité le contentieux indemnitaire de la responsabilité des pouvoirs publics. Entre le monisme et le dualisme juridictionnel²¹¹, le cœur du législateur balance... Au détriment de la sécurité juridique et de la simplicité administrative, et donc du justiciable.

²⁰⁵ Voy. M. LEROY, *op. cit.*, pp. 961 et s.

²⁰⁶ Après avoir, le cas échéant, invité la partie requérante et/ou intervenante à s'acquitter du droit de rôle prévu à l'article 70, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o de l'arrêté du Régent.

²⁰⁷ L'arrêt C.E. (15^e ch.), 28 octobre 2016, *Liétard*, n° 236.316 non compris. Voy. *supra* n° 44.

²⁰⁸ A cela s'ajoute deux demandes jugées irrecevables : l'une introduite avant le recours en annulation, l'autre au contentieux de la cassation administrative.

²⁰⁹ C.E. (13^e ch.), 24 janvier 2017, *A.S.B.L. L'Erablière*, n° 237.118.

²¹⁰ C.E. (6^e ch.), 31 mars 2017, *S.A. TRBA*, n° 237.894

²¹¹ Voy. B. CUVELIER, M. JOASSART et R. BORN, « La genèse de la réforme du Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 2016/3, pp. 215 à 217.