

BELGISCHE KAMER VAN  
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

19 september 2008

**OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID  
VOOR HET OPTREDEN  
VAN DE WETGEVENDE MACHT**

**ADVIES**

van mr. Pierre Van Ommeslaghe  
en mr. Johan Verbist,  
advocaten bij het Hof van Cassatie

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS  
DE BELGIQUE

19 septembre 2008

**RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT  
POUR LES ACTES DU LÉGISLATEUR**

**AVIS**

de Me Pierre Van Ommeslaghe et  
Me Johan Verbist,  
avocats près la Cour de cassation

*Naar aanleiding van het arrest van 28 september 2006 van het Hof van Cassatie besliste de Conferentie van voorzitters op 11 oktober 2006 om het advies in te winnen van mr. Johan Verbist en mr. Pierre Van Ommeslaghe, beiden advocaat bij het Hof van Cassatie, over de houding die het Parlement zou moeten aannemen om zijn soevereiniteit als (tak van de) wetgevende macht te vrijwaren, over de mogelijkheid en de wenselijkheid hiertoe het Grondwettelijk Hof in te schakelen, alsook over de mogelijkheid en de wenselijkheid (grond)wetgevend of op een andere wijze op te treden.*

*De voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers stelde de deskundigen aan bij brief van 17 oktober 2006.*

*Het advies werd op 19 september 2008 aan de Kamervoorzitter meegedeeld.*

*À la suite de l'arrêt du 28 septembre 2006 de la Cour de cassation, la Conférence des présidents a décidé, le 11 octobre 2006, de consulter Me Johan Verbist et Me Pierre Van Ommeslaghe, avocats près la Cour de cassation, sur l'attitude que le Parlement devrait adopter à l'égard de cet arrêt afin de préserver sa souveraineté en tant que (branche du) pouvoir législatif, ainsi que sur la possibilité et l'opportunité de faire intervenir la Cour constitutionnelle à cette fin, ainsi que sur la possibilité et l'opportunité de prendre une initiative sur le plan constitutionnel ou législatif ou par tout autre biais.*

*Le président de la Chambre des représentants a désigné les experts par lettre du 17 octobre 2006.*

*L'avis a été communiqué au président de la Chambre le 19 septembre 2008.*

cdH	:	centre démocrate Humaniste		
CD&V	:	Christen-Democratisch en Vlaams		
Ecolo-Groen!	:	Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen		
FN	:	Front National		
LDD	:	Lijst Dedecker		
MR	:	Mouvement Réformateur		
N-VA	:	Nieuw-Vlaamse Alliantie		
Open Vld	:	Open Vlaamse liberalen en democraten		
PS	:	Parti Socialiste		
sp.a+VI.Pro	:	Socialistische partij anders + VlaamsProgressieven		
VB	:	Vlaams Belang		

  

<i>Afkortingen bij de nummering van de publicaties :</i>		<i>Abréviations dans la numérotation des publications :</i>	
DOC 52 0000/000 :	Parlementair document van de 52 <sup>e</sup> zittingsperiode + basisnummer en volgnummer	DOC 52 0000/000 :	Document parlementaire de la 52 <sup>ème</sup> législature, suivi du n° de base et du n° consécutif
QRVA :	Schriftelijke Vragen en Antwoorden	QRVA :	Questions et Réponses écrites
CRIV :	Voorlopige versie van het Integraal Verslag (groene kaft)	CRIV :	Version Provisoire du Compte Rendu intégral (couverture verte)
CRABV :	Beknopt Verslag (blauwe kaft)	CRABV :	Compte Rendu Analytique (couverture bleue)
CRIV :	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen) (PLEN: witte kaft; COM: zalmkleurige kaft)	CRIV :	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes) (PLEN: couverture blanche; COM: couverture saumon)
PLEN :	Plenum	PLEN :	Séance plénière
COM :	Commissievergadering	COM :	Réunion de commission
MOT :	moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)	MOT :	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)

  

<i>Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers</i>	<i>Publications officielles éditées par la Chambre des représentants</i>
Bestellingen :	Commandes :
Natieplein 2	Place de la Nation 2
1008 Brussel	1008 Bruxelles
Tel. : 02/ 549 81 60	Tél. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74	Fax : 02/549 82 74
www.deKamer.be	www.laChambre.be
e-mail : publicaties@deKamer.be	e-mail : publications@laChambre.be

## INHOUDSTAFEL

OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOOR HET OPTREDEN VAN DE WETGEVENDE MACHT.....	4
Inleiding .....	4
1 STATUS QUESTIONIS EN RECHTS-VERGELIJKENDE BESCHOUWINGEN.....	8
1.1 Uitgangspunt: onverantwoordelijkheid van wetgevende macht .....	8
1.2 Naar een erkenning van een overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving? .....	9
1.2.1 Belgische rechtsorde .....	9
(i) Interne factoren.....	9
(a) Cassatierechtspraak.....	9
(b) Grondwettigheidcontrole.....	14
(ii) Externe factoren.....	15
1.2.2 Rechtsvergelijkende beschouwingen.....	17
(i) Wilsvereiste.....	20
(ii) Bijzonder en zwaarwichtig nadeel .....	21
2 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOOR HET HANDELEN VAN DE WETGEVENDE MACHT IN DE UITVOERING VAN DE WETGEVENDE TAAK .....	23
2.1 Overheidsaansprakelijkheid gebaseerd op de schending van internationale of supranationale regelgeving, daarin mede begrepen de overheidsaansprakelijkheid voor inbreuken op communautaire rechtsregels.....	23
2.1.1 Gemeenschapsrechtspraak .....	23
2.1.2 Internrechtelijke regelgeving .....	25
2.2 Band met de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof .....	30
2.2.1 Fout van de wetgevende macht en arrest van het Grondwettelijk Hof.....	30
(i) Eenheid van ongrondwettigheid en fout.....	31
(ii) Overige gevallen? .....	32
2.2.2 Herstelvordering na een arrest van het Grondwettelijk Hof.....	34
(i) Vernietigingsprocedure .....	35
(a) Terugwerkende kracht .....	36
(b) Termijn.....	36
(ii) Prejudiciële procedure .....	38
(a) Terugwerkende kracht .....	39
(b) Termijn.....	40
2.3 Overheidsaansprakelijkheid gebaseerd op een buitencontractuele fout .....	41
3 SLOTBESCHOUWINGEN.....	45
3.1 Foutaansprakelijkheid van de wetgevende macht en grondwettigheidcontrole door het Grondwettelijk Hof .....	46
3.2 Foutaansprakelijkheid van de wetgever en de algemene zorgvuldigheidsverplichting.....	47

## SOMMAIRE

RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR LES ACTES DU LÉGISLATEUR .....	4
Introduction.....	4
1 ÉTAT DE LA QUESTION ET CONSIDÉRATIONS DE DROIT COMPARÉ.....	8
1.1 Point de départ: irresponsabilité du pouvoir législatif .....	8
1.2 Vers une reconnaissance de la responsabilité de l'État en cas de législation défectueuse? .....	9
1.2.1 Ordre juridique belge .....	9
(i) Facteurs internes.....	9
(a) Jurisprudence de la Cour de cassation... ..	9
(b) Contrôle de constitutionnalité.....	14
(ii) Facteurs externes.....	15
1.2.2 Considérations de droit comparé .....	17
(i) Condition de la volonté .....	20
(ii) Préjudice spécial et grave.....	21
2 RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR LES ACTES DU LÉGISLATEUR DANS L'EXÉCUTION DE SA MISSION LÉGISLATIVE.....	23
2.1 Responsabilité de l'État fondée sur la violation d'une réglementation internationale ou supranationale, y compris la responsabilité de l'État pour les infractions aux règles du droit communautaire.....	23
2.1.1 Jurisprudence communautaire.....	23
2.1.2 Réglementation de droit interne.....	25
2.2 Le lien avec la compétence de contrôle de la Cour constitutionnelle .....	30
2.2.1 Faute du pouvoir législatif et arrêt de la Cour constitutionnelle .....	30
(i) L'unité de l'inconstitutionnalité et de la faute.....	31
(ii) Autres cas?.....	32
2.2.2 Action en réparation après un arrêt de la Cour constitutionnelle .....	34
(i) Procédure en annulation.....	35
(a) Effet rétroactif .....	36
(b) Délai.....	36
(ii) Procédure préjudicielle .....	38
(a) Effet rétroactif .....	39
(b) Délai .....	40
2.3 Responsabilité publique fondée sur une faute extra-contractuelle .....	41
3 CONCLUSIONS.....	45
3.1 Responsabilité pour faute du pouvoir législatif et contrôle de la constitutionnalité par la Cour constitutionnelle.....	46
3.2 Responsabilité pour faute du législateur et obligation générale de précaution .....	47

## Inleiding

Op 28 september 2006 verwierp het Hof van Cassatie de voorziening van de Belgische Staat tegen een beslissing waarin de wetgever werd veroordeeld op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek («B.W.»)<sup>1</sup>. Volgens het Hof van Cassatie kan de gewone rechter, zonder zich te mengen in de wetgevende functie, het foutief karakter van een wetgevende gedraging nagaan en een overheidsaansprakelijkheid vaststellen voor fouten begaan door de wetgevende macht in de uitvoering van de wetgevende taak. Een dergelijke beoordeling behoort volgens het Hof van Cassatie tot de rechterlijke taak, die mede tot doel heeft de burgerlijke rechten te beschermen. In de tekst van het arrest leest men volgende overweging:

*«Een rechtbank van de rechterlijke orde die heeft kennisgenomen van een vordering tot herstel van schade veroorzaakt door een foutieve aantasting van een recht dat is vastgelegd door een hogere norm die de Staat een verplichting oplegt, is bevoegd om na te gaan of de wetgevende macht op passende of toereikende wijze zijn wetgevende opdracht heeft uitgevoerd zodat de Staat die verplichting kan nakomen, ook al verleent de norm die ze oplegt de wetgever de macht om te beoordelen welke middelen moeten worden aangewend om de naleving ervan te verzekeren»<sup>2</sup>.*

Door op dergelijke ondubbelzinnige wijze de mogelijkheid van een overheidsaansprakelijkheid voor het handelen van de wetgever in de uitoefening van de wetgevende activiteit te erkennen, schaarst het Hof van Cassatie zich achter de meerderheidsopvatting zoals die tot dan in de rechtsleer en de rechtspraak werd gehuldigd<sup>3</sup>. Een rechtzoekende die beweert een nadeel te hebben geleden door een wetgevend handelen, kan voortaan rechtsgeldig een aansprakelijkheidsvordering

<sup>1</sup> Het hoeft geen verder betoog dat de beslissing van het Hof van Cassatie in zijn arrest van 28 september 2006 naar analogie toepassing kan krijgen op de aansprakelijkheid van de gemeenschappen en gewesten voor fouten van de decreet- en de ordonnantiegever. In deze zin: A. Alen, «De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Over de cassatiearresten van 1 juni 2006 en 28 september 2006», in: W. Pintens [et al.] (eds.), *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, Die Keure, 2007, p. 1, voetnoot 2.

<sup>2</sup> Merk op dat het arrest van 28 september 2006 gewezen werd door een Franstalige kamer van het Hof van Cassatie en niet door het Hof in voltallige terechtzitting.

<sup>3</sup> Zie in het bijzonder de lijst van auteurs zoals aangehaald door A. Van Oevelen, «De aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van het Parlement: wel in de uitoefening van de wetgevende activiteit, maar niet voor de werkzaamheden van een parlementaire onderzoekscommissie», (noot onder Cass. 1 juni 2006), *R.W.* 2006-2007, nr. 6, p. 223 *in fine*.

## Introduction

Le 28 septembre 2006, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'État belge contre une décision dans laquelle le législateur a été condamné sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil («C. civ.»)<sup>1</sup>. Selon la Cour de cassation, le juge ordinaire peut, sans s'immiscer dans la fonction législative, apprécier le caractère fautif du comportement du pouvoir législatif et constater une responsabilité de l'État pour des fautes commises par le pouvoir législatif dans l'exécution de la mission législative. Selon la Cour de cassation, une telle appréciation relève de la mission judiciaire, qui a notamment pour but de protéger les droits civils. Dans le texte de l'arrêt, on peut ainsi lire la considération suivante:

*«Saisi d'une demande tendant à la réparation d'un dommage causé par une atteinte fautive à un droit consacré par une norme supérieure imposant une obligation à l'Etat, un tribunal de l'ordre judiciaire a le pouvoir de contrôler si le pouvoir législatif a légiféré de manière adéquate ou suffisante pour permettre à l'Etat de respecter cette obligation, lors même que la norme qui la prescrit laisse au législateur un pouvoir d'appréciation quant aux moyens à mettre en oeuvre pour en assurer le respect.»<sup>2</sup>.*

En reconnaissant de manière aussi claire la possibilité d'une responsabilité de l'État pour l'acte accompli par le législateur dans l'exercice de l'activité législative, la Cour de cassation se rallie au point de vue majoritairement exprimé jusque-là dans la doctrine et la jurisprudence<sup>3</sup>. Un justiciable qui prétend avoir subi un préjudice à la suite d'un acte législatif peut désormais introduire valablement une action en responsabilité contre l'État en vertu des règles de droit commun en matière de respon-

<sup>1</sup> Il va de soi que la décision de la Cour de cassation dans son arrêt du 28 septembre 2006 peut, par analogie, être appliquée à la responsabilité des communautés et des régions pour les fautes commises par le législateur décentralisé ou ordonnantiel. En ce sens: A. Alen, «De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever. Over de cassatiearresten van 1 juni 2006 en 28 september 2006», in: W. Pintens [et al.] (eds.), *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Bruges, Die Keure, 2007, p. 1, note 2.

<sup>2</sup> À noter que l'arrêt du 28 septembre 2006 a été rendu par une chambre francophone de la Cour de cassation et non par la Cour en audience plénière.

<sup>3</sup> Voir en particulier la liste d'auteurs citée par A. Van Oevelen, «De aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van het Parlement: wel in de uitoefening van de wetgevende activiteit, maar niet voor de werkzaamheden van een parlementaire onderzoekscommissie», (note sous Cass. 1<sup>er</sup> juin 2006), *R.W.* 2006-2007, n° 6, p. 223 *in fine*.

inleiden tegen de Belgische Staat op grond van de gemeenschappelijke aansprakelijkheidsregels voor onrechtmatige daadverbintenissen zoals die zijn opgenomen in de artikelen 1382 en volgende B.W.

Het cassatiearrest van 28 september 2006 volgt op een eerdere principebeslissing van het Hof van Cassatie waarin ook al een aanzet werd gegeven in de richting van een overheidsaansprakelijkheid voor fouten begaan door de wetgevende macht. In zijn arrest van 1 juni 2006 oordeelde het Hof van Cassatie, zetelend in voltallige terechtzitting, in een eerste overweging als volgt:

«*De beginselen van scheiding der machten en van de onafhankelijkheid van de wetgevende macht houden niet in dat de Staat in het algemeen zou ontheven zijn van zijn verplichting de schade te vergoeden die een fout van het Parlement aan een derde heeft veroorzaakt*».

Nadat eerder al de uitvoerende <sup>4</sup> en de rechterlijke <sup>5</sup> macht aan de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels waren onderworpen, bevestigen de beide arresten in klare taal dat ook de wetgevende macht in de uitoefening van zijn wetgevende taak een buitencontractuele aansprakelijkheid kan oplopen <sup>6</sup>. De tweede, derde en vierde overweging van het arrest van 1 juni 2006, die trouwens in vrijwel identieke bewoordingen gesteld zijn aan deze uit het eerste Anca-arrest van 19 december 1991 waarin het Hof van Cassatie voor de eerste maal een overheidsaansprakelijkheid heeft vastgesteld voor het handelen van de rechterlijke macht, brengen duidelijk tot uitdrukking dat het Hof de drie Staatsmachten op gelijke voet brengt <sup>7</sup>. De klassieke opvatting waarbij de overheidsaansprakelijkheid voor onzorgvuldige of ondeugdelijke wetgeving systematisch werd afgewezen <sup>8</sup>, lijkt derhalve definitief verlaten.

Het doorbreken van de immuniteit van de wetgevende macht geeft aanleiding tot een aantal rechtstheoretische vragen en praktische toepassingsproblemen <sup>9</sup>. Beide

sabailité applicables pour l'obligation de réparation des actes irréguliers tels que ceux visés aux articles 1382 et suivants du C. civ.

L'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 fait suite à une décision de principe antérieure de la Cour de cassation, qui constituait déjà un premier pas vers une responsabilité de l'État pour les fautes commises par le pouvoir législatif. Dans son arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2006, rendu en audience plénière, la Cour de cassation s'est prononcée comme suit dans une première considération:

«*Les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir législatif et des parlementaires n'impliquent pas que l'État serait, d'une manière générale, soustrait à son obligation d'indemniser le dommage causé à autrui par une faute du Parlement*».

Après que le pouvoir exécutif <sup>4</sup> et judiciaire <sup>5</sup> ont déjà été soumis précédemment aux règles de la responsabilité extra-contractuelle, les deux arrêts confirment clairement que le pouvoir législatif peut également se voir imputer une responsabilité extra-contractuelle dans l'exercice de sa tâche législative <sup>6</sup>. Les second, troisième et quatrième attendus de l'arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2006, qui sont d'ailleurs rédigés en des termes quasi identiques à ceux du premier arrêt Anca du 19 décembre 1991, dans lequel la Cour de Cassation a établi pour la première fois une responsabilité des pouvoirs publics pour les actes du pouvoir judiciaire, expriment clairement que la Cour met les trois pouvoirs de l'État sur un pied d'égalité <sup>7</sup>. La conception classique en vertu de laquelle la responsabilité des pouvoirs publics pour une législation défectueuse ou négligente était systématiquement rejetée <sup>8</sup>, semble dès lors définitivement abandonnée.

La remise en cause de l'immunité du pouvoir législatif soulève une série de questions juridiques d'ordre théorique et donne lieu à des problèmes d'application

<sup>4</sup> Cass. 5 novembre 1920, *Pas.* 1920, I, p. 193, met conclusie van Advocaat-generaal P. Leclercq (het zogeheten Flandria-arrest).

<sup>5</sup> Cass. 19 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, p. 364 (het eerste Anca-arrest).

<sup>6</sup> Zie voor een uitgebreide analyse van het cassatiearrest van 1 juni 2006, in het bijzonder, A. Van Oevelen, *op. cit.*, *R.W.* 2006-2007, nr. 6, p. 222 et seq.

<sup>7</sup> A. Van Oevelen, *op. cit.*, nr. 6, p. 223.

<sup>8</sup> Deze traditionele opvatting werd steevast verankerd op een arrest van het Hof van Cassatie van 27 juni 1845; cf. Cass. 27 juni 1845, *Pas.* 1845, I, p. 392 met conclusie van Procureur-generaal P. Leclercq.

<sup>9</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 10.

<sup>4</sup> Cass. 5 novembre 1920, *Pas.* 1920, I, p. 193, avec les conclusions de l'Avocat général P. Leclercq (l'arrêt Flandria).

<sup>5</sup> Cass. 19 décembre 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, p. 364 (le premier arrêt Anca).

<sup>6</sup> Voir en particulier, pour une analyse approfondie de l'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> juin 2006, A. Van Oevelen, *op. cit.*, *R.W.* 2006-2007, n° 6, p. 222 et seq.

<sup>7</sup> A. Van Oevelen, *op. cit.*, n° 6, p. 223.

<sup>8</sup> Cette conception traditionnelle se fondait toujours sur un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1845; cf. Cass. 27 juin 1845, *Pas.* 1845, I, p. 392, avec les conclusions du Procureur général P. Leclercq.

<sup>9</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 10.

cassatiearresten mogen het principe van een staatsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht dan al zonder omwegen erkennen, de cassatierichter heeft vooralsnog geen aanwijzingen gegeven over de voorwaarden waaronder de gewone rechter tot een buitencontractuele aansprakelijkheid van de Belgische Staat kan besluiten voor fouten begaan door de wetgever. Maar ook over de band met de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof dat met de beoordeling van het foutbegrip is vervlochten, houden de arresten van 1 juni en 28 september 2006 het stilzwijgen. In de conclusie van Procureur-generaal J.-F. Leclercq bij het arrest van 28 september 2006, komen deze beide «pijnpunten» zoals ze door A. Alen worden omschreven<sup>10</sup>, wel beknopt aan bod, alsook in sommige (recente) rechtsgeleerde bijdragen<sup>11</sup>.

Aan de immuniteit van de wetgevende macht waren eerder trouwens al een aantal beperkingen gesteld. A. Van Oevelen onderscheidt er een drietal<sup>12</sup>:

– De eerste beperking volgt volgens deze auteur uit de verplichting die het Hof van Cassatie aan de rechtscollages oplegt om formele wetten te toetsen op hun conformiteit met bepalingen van internationaal en supranationaal recht in zoverre deze rechtsnormen althans rechtstreekse werking hebben<sup>13</sup>.

– De tweede beperking – die met de eerste overigens nauw vervlochten is – volgt uit het Francovich-arrest van het Hof van Justitie van 19 november 1991, waarin het Hof de aansprakelijkheid van een lidstaat aanvaardt in geval deze zijn verplichtingen voortvloeiend uit communautaire regelgeving niet respecteert<sup>14</sup>. In de arresten Brasserie du Pêcheur en Factortame III van 5 maart 1996, heeft het Hof van Justitie hieraan nog toegevoegd dat de aansprakelijkheid van een lidstaat voor schendingen van het Gemeenschapsrecht aanvaard kan worden ongeacht het orgaan «waarvan de handeling of het verzuim de schending uitmaakt»<sup>15</sup>. Ook ondeugdelijke wetgeving kan derhalve tot een overheidsaansprakelijkheid aanleiding geven.

<sup>10</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 10.

<sup>11</sup> Zie in het bijzonder de bijdrage van A. Alen, *op. cit.*, p. 10 en volgende; tevens verschenen in een enigszins herwerkte versie in het Frans: A. Alen, «La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation de 1<sup>er</sup> juin 2006 et du 28 septembre 2006», *J.T.* 2008, nr. 6298, p. 97 en volgende.

<sup>12</sup> A. Van Oevelen, *op. cit.*, *R.W.* 2006-2007, nr. 6, p. 223.

<sup>13</sup> Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, p. 959 (het zogeheten Smeerkaas- of Le Ski-arrest).

<sup>14</sup> H.v.J. 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich en Bonifaci), *Jur. H.v.J.* 1991, I, p. 5357.

<sup>15</sup> H.v.J. 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame III*), *Jur. H.v.J.* 1996, I, p. 1029.

pratique<sup>9</sup>. Même si les deux arrêts de la Cour de cassation reconnaissent sans détours le principe d'une responsabilité de l'État pour les actes du pouvoir législatif, le juge en cassation n'a encore donné aucune précision quant aux conditions auxquelles le juge ordinaire peut conclure à une responsabilité extra-contractuelle de l'État belge pour des fautes commises par le législateur. Mais aussi sur le rapport avec la compétence de contrôle de la Cour constitutionnelle qui est intimement liée à l'appréciation de la notion de faute, les arrêts du 1<sup>er</sup> juin et du 28 septembre 2006 ne disent mot. Dans la conclusion du Procureur général J.-F. Leclercq à l'arrêt du 28 septembre 2006, ces deux «questions névralgiques», telles qu'elles sont désignées par A. Alen<sup>10</sup>, sont certes abordées succinctement, de même que dans certaines contributions (récentes) de juristes<sup>11</sup>.

L'immunité du pouvoir législatif était d'ailleurs déjà assortie d'une série de restrictions. A. Van Oevelen en dénombre trois<sup>12</sup>:

– La première restriction résulte, selon cet auteur, de l'obligation imposée par la Cour de cassation aux juridictions de contrôler la conformité des lois formelles aux dispositions du droit international et supranational, dans la mesure où ces normes juridiques ont du moins un effet direct<sup>13</sup>.

– La seconde restriction – qui est d'ailleurs étroitement liée à la première – résulte de l'arrêt Francovich de la Cour de justice du 19 novembre 1991, dans lequel la Cour accepte la responsabilité d'un État membre dans le cas où ce dernier ne respecte pas ses obligations découlant de la réglementation communautaire<sup>14</sup>. Dans les arrêts Brasserie du Pêcheur et Factortame III du 5 mars 1996, la Cour de justice y a encore ajouté que la responsabilité d'un État membre pour des violations du droit communautaire peut être acceptée quel que soit l'organe étatique «dont l'action ou l'omission en a été la cause»<sup>15</sup>. Une législation défectueuse peut dès lors également engager la responsabilité des pouvoirs publics.

<sup>10</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 10.

<sup>11</sup> Voir en particulier la contribution d'A. Alen, *op. cit.*, p. 10 et suivantes; également parue en français, dans une version quelque peu adaptée: A. Alen, «La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur. Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> juin 2006 et du 28 septembre 2006», *J.T.* 2008, n° 6298, p. 97 et suivantes.

<sup>12</sup> A. Van Oevelen, *op. cit.*, *R.W.* 2006-2007, n° 6, p. 223.

<sup>13</sup> Cass. 27 mai 1971, *Arr. Cass.* 1971, p. 959 (l'arrêt Fromagerie ou Le Ski).

<sup>14</sup> C.J.C.E. 19 novembre 1991, affaires jointes C-6/90 et C-9/90 (Francovich et Bonifaci), *Jur. C.J.C.E.* 1991, I, p. 5357.

<sup>15</sup> C.J.C.E. 5 mars 1996, affaires jointes C-46/93 et C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur et Factortame III*), *Jur. C.J.C.E.* 1996, I, p. 1029.

– De derde beperking ten slotte, vloeit volgens A. Van Oevelen voort uit de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof (tot voor kort het Arbitragehof) om wetgeving te toetsen aan hun conformiteit met welbepaalde grondwettelijke regels en beginselen. De grondwettelijke referentienormen die tot de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof behoren, omvatten meerbepaald (i) de regels die de onderscheiden bevoegdheden van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten vaststellen, (ii) de verschillende fundamentele rechten en vrijheden gewaarborgd in titel II van de Grondwet (artikelen 8 tot en met 32), alsook (iii) de artikelen 170 (legaliteitsbeginsel in belastingszaken), 172 (gelijkheid in fiscale zaken) en 191 (bescherming voor vreemdelingen).

Onze analyse brengt voormelde evolutie beknopt samen en onderzoekt op welke wijze de overheid het civielrechtelijk aansprakelijkheidsrisico voor het handelen van de wetgevende macht best kan controleren. De structuur van het verdere onderzoek valt uiteen in twee titels:

– Een eerste titel geeft een beknopte status questionis van de overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving. De analyse heeft in de eerste plaats de Belgische rechtsorde tot voorwerp. Op punctuele wijze worden er enkele rechtsvergelijkende uitweidingen gemaakt naar het Engelse, het Duitse en het Franse recht. Deze rechtsvergelijkende uitweidingen, die geenszins beogen uitputtend te zijn maar veeleer een eerste aanzet willen geven tot verder rechtsvergelijkend onderzoek, hebben in het bijzonder tot doel na te gaan – in zoverre uiteraard de drie onderzochte rechtstelsels al een overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht erkennen – op welke wijze de ons omringende landen het aansprakelijkheidsrisico voor het optreden van de wetgevende macht beperken.

– Een tweede titel onderzoekt vervolgens in meer detail:

– de overheidsaansprakelijkheid voor het handelen (of het verzuim) van de wetgevende macht voor schendingen van internationale of supranationale regels, met inbegrip van inbreuken op communautaire regelgeving;

– de band tussen de overheidsaansprakelijkheid voor het handelen van de wetgevende macht enerzijds, en de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof anderzijds, en

– de foutaansprakelijkheid van de overheid voor het handelen van de wetgevende macht bij toepassing van de gemeenrechtelijke onrechtmatige daadregels van de artikelen 1382 en volgende B.W.

– Enfin, la troisième restriction découle, selon A. Van Oevelen, de la compétence de la Cour constitutionnelle (dénommée jusqu'il y a peu Cour d'arbitrage) de contrôler la conformité de la législation à certaines règles et à certains principes constitutionnels. Les normes de référence constitutionnelles qui relèvent de la compétence de la Cour constitutionnelle comprennent en particulier (i) les règles qui déterminent les compétences respectives de l'État, des communautés et des régions (ii) les différents droits et libertés fondamentaux garantis par le titre II de la Constitution (articles 8 à 32) ainsi que (iii) par les articles 170 (principe de légalité en matière fiscale), 172 (égalité en matière fiscale) et 191 (protection des étrangers).

Notre analyse résume brièvement cette évolution et examine comment l'État peut contrôler au mieux le risque en matière de responsabilité civile. La suite de notre analyse s'articule en deux titres:

– Le titre premier résume brièvement l'état de la question de la responsabilité de l'État en cas de législation défectueuse. Cette analyse examine d'abord l'ordre juridique belge. Elle est complétée, sur quelques points, par quelques comparaisons avec le droit anglais, le droit allemand et le droit français. Ces considérations de droit comparé – qui ne tendent aucunement à l'exhaustivité mais visent plutôt à initier une étude comparative plus approfondie – visent à déterminer, en particulier, de quelle manière les pays qui nous entourent limitent le risque de la responsabilité pour les actes du pouvoir législatif, pour autant, du moins, que les trois systèmes juridiques examinés reconnaissent déjà la responsabilité de l'État pour les actes du pouvoir législatif.

– Le second titre examine ensuite, plus en détail:

– la responsabilité de l'État pour les actes (ou l'inaction) du pouvoir législatif en cas d'infraction aux règles internationales ou supranationales, y compris à la réglementation communautaire;

– le lien entre la responsabilité de l'État pour les actes du pouvoir législatif, d'une part, et la compétence de contrôle de la Cour constitutionnelle, d'autre part, et

– la responsabilité de l'État pour les fautes commises par le pouvoir législatif en application des règles de droit commun relatives aux actes illicites visées aux articles 1382 et suivants du Code civil.

Voor elke subtitel worden telkens een aantal beleidsvoorstellen geformuleerd met de bedoeling het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving op een meer coherente wijze uit te bouwen. Deze beleidsvoorstellen wijzen bovendien op een aantal pistes die de (bijzondere) wetgever kan benutten om het aansprakelijkheidsrisico voor ondeugdelijke wetgeving te beperken.

## 1. Status questionis en rechtsvergelijkende beschouwingen

### 1.1. Uitgangspunt: onverantwoordelijkheid van wetgevende macht

De klassieke opvatting sloot de mogelijkheid van een overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving boudweg uit. F. Laurent bijvoorbeeld volstond in 1876 met de stelling dat de wetgever zonder meer onverantwoordelijk is. Zijn commentaar, die gebaseerd was op een cassatiearrest van 27 juni 1845<sup>16</sup>, luidde als volgt:

«*le pouvoir législatif est irresponsable. Obéissance est due à la loi, alors même qu'elle léserait des droits individuels*»<sup>17</sup>.

Een zelfde immuniteit van de wetgever werd ook gehuldigd in de meeste andere rechtssystemen. Evenmin als in het Belgische recht, leverde in het Duitse, het Engelse en Franse recht ondeugdelijke wetgeving een voldoende rechtsgrond op voor een schadevergoedingsactie tegen de overheid<sup>18</sup>. De enige uitzondering in het Franse recht betrof het geval waarin de wetgever zelf in de mogelijkheid van een schaderegeling had voorzien, wat volgens de Franse rechtsliteratuur hoofdzakelijk een theoretische mogelijkheid lijkt. De Franse Raad van State vatte het voorgaande in zijn arrest Duchâtelier van 11 januari 1831<sup>19</sup>, op volgende wijze samen:

«*Du moment que le législateur n'a pas prévu d'indemnité, le Conseil d'Etat est absolument incompetent pour en accorder une. Le Parlement a pris une mesure dans l'intérêt général et le tribunal administratif n'est point juge de cette mesure, ni de son opportunité*»<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Cass. 27 juni 1845, *Pas.* 1845, I, p. 392.

<sup>17</sup> F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XX, Brussel, Bruylant, 1876, p. 438, nr. 418.

<sup>18</sup> Lafférière, in: *Traité de la juridiction administrative*, zoals aangehaald door P. Senkovic, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 190.

<sup>19</sup> C.E. 11 januari 1831 (Duchâtelier), *Rec. Leb.* 1831, p. 7.

<sup>20</sup> Ibid. zoals ook aangehaald door P. Senkovic, *op. cit.*, p. 190.

Chaque sous-titre est assorti de propositions d'action visant un développement plus cohérent de la théorie de la responsabilité de l'État en cas de législation défectueuse. Ces propositions suggèrent en outre plusieurs pistes que le législateur (spécial) pourrait explorer pour limiter le risque de la responsabilité en cas de législation défectueuse.

## 1. État de la question et considérations de droit comparé

### 1.1. Point de départ: irresponsabilité du pouvoir législatif

La conception classique excluait l'éventualité de la responsabilité de l'État en cas de législation défectueuse. En 1876, F. Laurent se bornait par exemple à affirmer que le législateur était tout bonnement irresponsable. Son commentaire de l'arrêt de cassation du 27 juin 1845<sup>16</sup> s'énonçait en effet comme suit:

«*le pouvoir législatif est irresponsable. Obéissance est due à la loi, alors même qu'elle léserait des droits individuels*»<sup>17</sup>.

La plupart des autres systèmes juridiques consacraient également l'immunité du législateur. Comme en droit belge, une législation défectueuse ne conférait ni en droit allemand, ni en droit anglais, ni en droit français un fondement légal suffisant pour une action en dédommagement contre l'État<sup>18</sup>. La seule exception en droit français concernait le cas où le législateur avait lui-même prévu une indemnité, cette hypothèse semblant essentiellement théorique selon la littérature juridique française. Le Conseil d'État français a résumé ce qui précède comme suit, dans son arrêt Duchâtelier van 11 janvier 1831<sup>19</sup>:

«*Du moment que le législateur n'a pas prévu d'indemnité, le Conseil d'Etat est absolument incompetent pour en accorder une. Le Parlement a pris une mesure dans l'intérêt général et le tribunal administratif n'est point juge de cette mesure, ni de son opportunité*»<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Cass. 27 juin 1845, *Pas.* 1845, I, p. 392.

<sup>17</sup> F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XX, Bruxelles, Bruylant, 1876, p. 438, n° 418.

<sup>18</sup> Lafférière, in: *Traité de la juridiction administrative*, cité par P. Senkovic, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 190.

<sup>19</sup> C.E. 11 janvier 1831 (Duchâtelier), *Rec. Leb.* 1831, p. 7.

<sup>20</sup> Ibid. également cité par P. Senkovic, *op. cit.*, p. 190.



## 1.2. Naar een erkenning van een overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving?

De idee van een onverantwoordelijke wetgever is sindsdien in een aantal Staten in een hoog tempo geërodeerd. Het Belgische en het Franse recht gelden van dit laatste als duidelijk voorbeeld. Een dergelijke erosie heeft zich veel minder voorgedaan in Engeland en – minstens wat de federale regelgeving betreft – Duitsland; in de beide rechtssystemen blijft het klassieke uitgangspunt van een onverantwoordelijke wetgever vooralsnog gelden.

### 1.2.1 Belgische rechtsorde

Voor wat betreft de Belgische rechtsorde, is de «cultus van de overheid»<sup>21</sup> waarop de overheidsimmunitet voor ondeugdelijke wetgeving mede was gebaseerd, in de eerste plaats van binnenuit ondergraven door een aantal arresten van het Hof van Cassatie. Maar ook de oprichting van het Arbitragehof (sinds kort het Grondwettelijk Hof) dat bevoegd verklaard werd om formele wetgeving te toetsen aan een aantal grondwettelijke regels en beginselen (een tweede «interne factor»), tezamen met een aantal externe factoren, hebben uiteindelijk bijgedragen tot de erkenning van een overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving.

#### (i) Interne factoren

De interne factoren die bijgedragen hebben tot de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke overheid voor ondeugdelijke wetgeving, zijn naar ons oordeel tweeërlei.

– In de eerste plaats is deze aansprakelijkheid een logische resultante van een reeks opeenvolgende cassatiearresten die de werkingssfeer van de artikelen 1382 en volgende B.W. stelselmatig toepassing hebben gegeven in allerhande aansprakelijkheidsgedingen tegen publiekrechtelijke overheden.

– Een tweede interne factor is de (beperkte) grondwettigheidcontrole die werd toegekend aan het (toenmalige) Arbitragehof.

<sup>21</sup> H. Vuye, «Overheidsaansprakelijkheid wegens doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?», in H. Vandenberghe (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2005, p. 126.

## 1.2. Vers une reconnaissance de la responsabilité de l'État en cas de législation défectueuse?

L'idée d'un législateur non responsable s'est depuis lors érodée à un rythme soutenu dans une série de pays. Le droit belge et le droit français sont clairement des exemples de ce phénomène. Cette érosion a été beaucoup moins marquée en Angleterre et – du moins, en ce qui concerne la réglementation fédérale – en Allemagne. Dans les deux systèmes juridiques, le principe classique de l'immunité du législateur reste d'application.

### 1.2.1 Ordre juridique belge

En ce qui concerne l'ordre juridique belge, le «culte de l'État»<sup>21</sup>, sur lequel était notamment fondée l'immunité de l'État en cas de législation défectueuse, a été sapé de l'intérieur par plusieurs arrêts de la Cour de cassation. La création de la Cour d'arbitrage (devenue depuis peu la Cour constitutionnelle), qui a été déclarée compétente pour vérifier la conformité de la législation formelle à une série de règles et de principes constitutionnels (un deuxième «facteur interne»), alliée à une série de facteurs externes, a cependant aussi contribué finalement à la reconnaissance d'une responsabilité de l'État en cas de législation défectueuse.

#### (i) Facteurs internes

Les facteurs internes qui ont contribué à la responsabilité civile des pouvoirs publics en cas de législation défectueuse sont, selon nous, au nombre de deux.

– Cette responsabilité est en premier lieu une résultante logique d'une série d'arrêts successifs de la Cour de cassation, qui ont systématiquement fait application des articles 1382 et suivants du Code civil dans diverses actions en responsabilité intentées contre des pouvoirs publics.

– Le second facteur interne est le contrôle de légalité (restreint) dont a été investie la Cour constitutionnelle (à l'époque dénommée Cour d'arbitrage).

<sup>21</sup> H. Vuye, «Overheidsaansprakelijkheid wegens doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht: een (te) grote stap?», in H. Vandenberghe (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Bruges, Die Keure, 2005, p. 126.

## (a) Cassatierechtspraak

De verschillende cassatiearresten die een impuls hebben gegeven tot de erkenning van een overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving, kunnen naar ons oordeel in twee groepen onderverdeeld worden.

## (I) Overheidsaansprakelijkheid voor de uitvoerende en de rechterlijke macht

De eerste arresten die het pad hebben geëffend voor een overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving, zijn de Flandria- en Anca I-arresten van het Hof van Cassatie<sup>22</sup>. De beide arresten doorbreken voor de eerste maal de aansprakelijkheidsimmunititeit van de publiekrechtelijke overheid en leggen aldus de fundamenten voor een overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving.

In de Flandria-zaak van 5 november 1920 is de immuniteit van de overheid voor het handelen van de uitvoerende macht in de uitvoering van de uitvoerende taak gesneuveld<sup>23</sup>. Het arrest breekt met de klassieke leer die een onderscheid maakt tussen de «overheid optredend als overheid en de overheid optredend als particulier»<sup>24</sup> en wijst de onschendbaarheid van de uitvoerende macht uitdrukkelijk af. In een arrest van 7 maart 1963<sup>25</sup>, heeft het Hof van Cassatie trouwens bevestigd dat «de machten welke de wet aan de administratie in het algemeen belang toekent, haar niet vrijstellen van de verplichting van voorzichtigheid, welke zich aan allen opdringt»<sup>26</sup>.

In het eerste Anca-arrest van 19 december 1991 brokkelt de aansprakelijkheidsimmunititeit van de publiekrechtelijke overheid verder af. Het Hof van Cassatie erkent in deze zaak immers dat de overheid ook aansprakelijk gesteld kan worden voor het doen en het laten van organen van de rechterlijke macht<sup>27</sup>. Uitvoerende macht en rechterlijke macht kunnen voortaan beide een civielrechtelijke aansprakelijkheid oplepen.

Zoals in het gemene buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, kan de fout die de aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke overheid in het gedrang brengt, trouwens voortvloeien uit de schending van een norm die de

<sup>22</sup> H. Vuye, *op. cit.*, 2005, p. 126.

<sup>23</sup> Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, p. 193, met conclusie van Procureur-generaal P. Leclercq (Flandria-arrest).

<sup>24</sup> C. Verbruggen, «Een nieuwe stap in de erkenning van overheidsaansprakelijkheid: de aansprakelijkheid van de Staat wegens de uitoefening (of niet-uitoefening) van de wetgevende macht», *R.A.B.G.* 2007, p. 325.

<sup>25</sup> Cass. 7 maart 1963, *Pas.* 1963, I, p. 744.

<sup>26</sup> C. Verbruggen, *op. cit.*, p. 325.

<sup>27</sup> Cass. 19 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, p. 364 (het eerste Anca-arrest).

## (a) Jurisprudence de la Cour de cassation

Les différents arrêts de la Cour de cassation qui ont induit la reconnaissance d'une responsabilité de l'État en cas de législation défectueuse peuvent, selon nous, être subdivisés en deux groupes.

## (I) Responsabilité de l'État pour le pouvoir exécutif et judiciaire

Les premiers arrêts qui ont ouvert la voie à la reconnaissance d'une responsabilité de l'État en cas de législation défectueuse sont les arrêts Flandria et Anca I de la Cour de cassation<sup>22</sup>. Les deux arrêts remettent pour la première fois en cause l'immunité des pouvoirs publics en termes de responsabilité et posent ainsi les jalons d'une responsabilité de l'État en cas de législation défectueuse.

L'affaire Flandria du 5 novembre 1920 a sonné le glas de l'immunité de l'État pour les actes du pouvoir exécutif dans l'exercice de ses missions exécutives<sup>23</sup>. L'arrêt rompt avec la doctrine classique qui faisait une distinction entre «l'État agissant en tant que pouvoir public et l'État agissant en tant que particulier» (traduction)<sup>24</sup> et rejette explicitement l'inviolabilité du pouvoir exécutif. Dans un arrêt du 7 mars 1963<sup>25</sup>, la Cour de cassation a d'ailleurs confirmé que «les pouvoirs que la loi attribue à l'administration dans l'intérêt général ne la libèrent pas de l'obligation de prudence qui s'impose à tous»<sup>26</sup>.

Le premier arrêt Anca du 19 décembre 1991 continue d'effriter l'immunité de la responsabilité de l'autorité publique. La Cour de cassation y reconnaît en effet que l'État peut également être tenu pour responsable des actes et omissions des organes du pouvoir judiciaire<sup>27</sup>. Les pouvoirs exécutif et judiciaire peuvent désormais chacun endosser une responsabilité civile.

Comme dans le droit ordinaire de la responsabilité extra-contractuelle, la faute qui met en cause la responsabilité de l'autorité publique peut d'ailleurs résulter de la violation d'une norme qui contraint l'autorité publique

<sup>22</sup> H. Vuye, *op. cit.*, 2005, p. 126.

<sup>23</sup> Cass. 5 novembre 1920, *Pas.* 1920, I, p. 193, avec les conclusions du procureur général P. Leclercq (arrêt Flandria).

<sup>24</sup> C. Verbruggen, «Een nieuwe stap in de erkenning van overheidsaansprakelijkheid: de aansprakelijkheid van de Staat wegens de uitoefening (of niet-uitoefening) van de wetgevende macht», *R.A.B.G.* 2007, p. 325.

<sup>25</sup> Cass. 7 mars 1963, *Pas.* 1963, I, p. 744.

<sup>26</sup> C. Verbruggen, *op. cit.*, p. 325.

<sup>27</sup> Cass. 19 décembre 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, p. 364 (le premier arrêt Anca).

publiekrechtelijke overheid verplicht een welomschreven handeling (of handelingen) wel of niet te stellen («eerste foutbegrip») dan wel, in het geval een dergelijke specifieke regel ontbreekt, uit een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidnorm («tweede foutbegrip»).

Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 13 mei 1982<sup>28</sup> de mogelijkheid om het eerste foutbegrip toepassing te geven op een publiekrechtelijke overheid, uitdrukkelijk erkend. Meer in het bijzonder volgt uit dit arrest dat elke overschrijding of afwending door een publiekrechtelijke overheid van de bevoegdheden die haar zijn toegekend en, meer algemeen, elke overtreding van de publiekrechtelijke overheid noodzakelijkerwijze een fout vormt, behoudens in geval van een onoverkomelijke dwaling of van een andere civielrechtelijke bevrijdingsgrond. Opdat een grondwettelijke of een wettelijke rechtsregel (of, naar analogie, een internationale of een supranationale rechtsnorm) een resultaatsverbintenis inhoudt, is nodig dat de inhoud van de rechtsregel voldoende precies is bepaald.

Het tweede foutbegrip vindt toepassing van zodra de fout die men de publiekrechtelijke overheid verwijt, niet voortvloeit uit de schending van een rechtstreeks werkende rechtsregel die de publiekrechtelijke overheid verplicht tot een welomschreven (niet-)handelen. Een duidelijk voorbeeld betreft het geval waarin de publiekrechtelijke overheid de tegenpartij verkeerdelijk inlicht<sup>29</sup>.

De beide foutcriteria krijgen op grond van het cassatiearrest van 26 juni 1998 in principe ook toepassing voor handelingen die gesteld worden door een rechtspreekende overheid<sup>30</sup>. Volgens het Hof van Cassatie beoordeelt de rechter in geval hij een rechterlijke beslissing neemt, immers de toepasselijkheid van een welbepaalde rechtsregel die hij op een welbepaalde feitenconstellatie toepassing wil geven. De rechter is in de uitvoering van zijn rechterlijke taak derhalve niet gebonden aan een rechtsregel die hem verplicht op een welomschreven en vooraf bepaalde wijze te handelen, hetgeen meer bepaald tot gevolg heeft dat een vergissing bij de interpretatie of de toepassing van een rechtsregel slechts foutief is indien zij bestaat in een gedraging die een normaal zorgvuldig en voorzichtig staatsorgaan, dat in dezelfde omstandigheden is geplaagd, niet zou hebben begaan.

Het is overigens op basis van een dergelijke redenering dat in de Anca-zaak de voorziening ingesteld tegen het tweede arrest van het Hof van Beroep waarnaar het

à accomplir ou non un acte donné («première notion de faute») ou, à défaut d'une telle règle spécifique, d'une infraction à l'obligation générale de prudence («deuxième notion de faute»).

Dans son arrêt du 13 mai 1982<sup>28</sup>, la Cour de cassation a expressément reconnu la possibilité d'appliquer la première notion de faute à une autorité publique. Il résulte en particulier de cet arrêt que tout dépassement ou tout méconnaissance, par une autorité publique, des compétences qui lui ont été attribuées et, plus généralement, toute infraction de l'autorité publique, constitue nécessairement une faute, sauf en cas d'erreur invincible ou d'autre motif d'exonération de droit civil. Pour qu'une règle de droit constitutionnelle ou légale (ou, par analogie, une norme de droit internationale ou supranationale) constitue une obligation de résultat, il est nécessaire que le contenu de la règle de droit soit défini avec suffisamment de précision.

La deuxième notion de faute s'applique dès lors que la faute reprochée à l'autorité publique ne découle pas de la violation d'une règle de droit directement applicable qui impose (ou interdit) à l'autorité publique d'accomplir un acte donné. Un exemple probant est celui dans lequel l'autorité publique fournit des informations erronées à la partie adverse<sup>29</sup>.

En vertu de l'arrêt du 26 juin 1998 de la Cour de cassation, ces deux critères sont en principe également applicables aux actes accomplis par une autorité juridictionnelle<sup>30</sup>. En effet, la Cour de cassation considère que lorsqu'il prend une décision judiciaire, le juge apprécie l'applicabilité d'une règle juridique déterminée à une constellation de faits déterminée. Dans l'exercice de sa tâche judiciaire, le juge n'est dès lors pas lié par une règle de droit lui imposant d'agir d'une façon bien définie et préalablement fixée. Il s'ensuit qu'une erreur dans l'interprétation ou l'application d'une telle règle n'est fautive que si elle consiste en un comportement que n'aurait pas adopté un organe de l'État normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions.

C'est du reste un raisonnement similaire qui a motivé, dans l'affaire Anca, le rejet du pourvoi introduit contre le deuxième arrêt de la Cour d'appel devant laquelle la

<sup>28</sup> Pas. 1982, I, p. 1056 met de omstandige conclusie van Procureur-generaal Velu, toen nog Advocaat-generaal; *R.C.J.B.* 1984, p. 10, noot R. Dalcq.

<sup>29</sup> Cass. 4 januari 1973, *Pas.*, I, p. 434 en de conclusie van Procureur-generaal Velu hoger reeds aangehaald, nr. 20.

<sup>30</sup> *Pas.* 1998, I, p. 832 (samenvatting). Het arrest is ook beschikbaar op de webstek van het Hof van Cassatie (nr. F.97.0112.F).

<sup>28</sup> *Pas.* 1982, I, p. 1056 avec les conclusions circonstanciées du procureur général Velu, à l'époque encore avocat général; *R.C.J.B.* 1984, p. 10, note R. Dalcq.

<sup>29</sup> Cass. 4 janvier 1973, *Pas.*, I, p. 434 et les conclusions du procureur général Velu citées précédemment, n° 20.

<sup>30</sup> *Pas.* 1998, I, p. 832 (sommaire). Cet arrêt est également disponible sur le site internet de la Cour de cassation (n° F.97.0112.F).

Hof van Cassatie in zijn arrest van 8 december 1994<sup>31</sup> de zaak verwezen had, wordt verworpen: het Hof van Beroep van Luik kon in voormelde zaak volgens het Hof van Cassatie immers rechtsgelding vaststellen dat de eerste rechter die ambtshalve het faillissement had uitgesproken hoewel dat dan door de partijen werd betwist, geen enkele fout had begaan, hetgeen het Hof van Beroep meteen ook de mogelijkheid liet de bestreden beslissing over te nemen. Op het ogenblik waarop de beide rechters hun beslissing namen, was de rechtspraak ter zake niet eensluidend, waardoor de appelrechters zich volgens het Hof van Cassatie rechtsgelding, en zonder daarbij enige fout te begaan, achter één welbepaalde opvatting in de rechtspraak konden scharen.

(II) Voorrang van internationale (of supranationale) regelgeving

Ook het cassatiearrest van 27 mei 1971 (het zogeheten Smeerkaas-arrest of nog, het arrest *Le Ski*) heeft ontegensprekelijk bijgedragen tot de erkenning van een overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving.

In deze zaak heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat in geval van een conflict tussen een internrechtelijke regel en een internationale (of, naar analogie, een supranationale) regel met rechtstreekse werking in de Belgische rechtsorde, de internationale (of supranationale) rechtsnorm voorrang heeft<sup>32</sup>. De rechter is met andere woorden verplicht om een internrechtelijke rechtsregel die strijdig is met een internationale (of supranationale) regel die rechtstreekse werking heeft in de interne rechtsorde, buiten toepassing te verklaren<sup>33</sup>.

Algemeen wordt aangenomen dat een internationale (of supranationale) rechtsnorm rechtstreekse werking heeft wanneer (i) de betrokken regel dit zelf uitdrukkelijk voorschrijft of nog, (ii) wanneer de inhoud, de strekking en het doel van de betrokken rechtsregel het mogelijk maken om de internationale (of supranationale) norm onmiddellijk uitwerking te geven in de interne rechtsorde, zonder dat de wetgever daarvoor eerst verdere maatregelen moet nemen. Een verdragsbepaling die de overheid een precies verwoord verbod of gebod oplegt, heeft naar alle waarschijnlijkheid rechtstreekse werking.

Het arrest *Le Ski* heeft volgens een vrijwel eensluidende rechtsleer ook gevolgen voor de aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke overheid: naast de mogelijkheid om een strijdige internrechtelijke regel buiten toepassing te verklaren, volgt uit het arrest *Le Ski* immers de mogelijkheid om in geval van een schending van een

<sup>31</sup> R.W. 1995-96, p. 180, noot A. Van Oevelen.

<sup>32</sup> Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, p. 959.

<sup>33</sup> C. Verbruggen, *op. cit.*, p. 326.

cause avait été renvoyée par décision du 8 décembre 1994 de la Cour de cassation<sup>31</sup>: d'après cette dernière, la Cour d'appel de Liège avait en effet pu constater valablement l'absence de toute faute dans le chef du premier juge, qui avait prononcé la faillite d'office malgré les contestations des parties – ce qui avait également permis à la Cour d'appel de reprendre la décision attaquée. À l'époque de ces deux décisions, la jurisprudence en la matière n'était pas unanime. La Cour de cassation estima dès lors que les juges d'appel pouvaient valablement, et sans commettre aucune faute, suivre un courant de jurisprudence déterminé.

(II) Primauté de la réglementation internationale (ou supranationale)

L'arrêt du 27 mai 1971 de la Cour de cassation (connu sous le nom d'arrêt Fromagerie franco-suisse *Le Ski* ou arrêt *Le Ski*) a incontestablement contribué à la reconnaissance d'une responsabilité des pouvoirs publics du chef de législation défectueuse.

En l'espèce, la Cour de cassation a considéré qu'en cas de conflit entre une norme de droit interne et une règle internationale (ou, par analogie, supranationale) ayant des effets directs dans l'ordre juridique belge, la norme de droit international (ou supranational) prime<sup>32</sup>. En d'autres termes, le juge est tenu de déclarer inapplicable une norme de droit interne contraire à une règle internationale (ou supranationale) ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne<sup>33</sup>.

On admet généralement que les normes juridiques internationales (ou supranationales) sont directement applicables (i) lorsqu'elles le prévoient expressément ou (ii) lorsque la teneur, l'esprit et la finalité des normes visées permettent de conférer aux normes juridiques internationales (ou supranationales) un effet immédiat dans l'ordre juridique interne sans que le législateur doive d'abord prendre d'autres mesures à cette fin. Selon toute vraisemblance, toute disposition d'un traité qui impose à l'État une interdiction ou une obligation formulée précisément est directement applicable.

Selon une doctrine quasiment uniforme, l'arrêt *Le Ski* a également des conséquences à l'égard de la responsabilité des autorités publiques: outre qu'il permet de déclarer une règle de droit interne non conforme non applicable, l'arrêt *Le Ski* permet en effet d'intenter une action en responsabilité extra-contractuelle contre l'État

<sup>31</sup> R.W. 1995-96, p. 180, note A. Van Oevelen.

<sup>32</sup> Cass. 27 mai 1971, *Arr. Cass.* 1971, p. 959.

<sup>33</sup> C. Verbruggen, *op. cit.*, p. 326.

rechtstreeks werkende internationale (of supranationale) rechtsnorm, een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de overheid<sup>34</sup>. In een dergelijk geval beoordeelt de rechterlijke macht zelf of de betwiste wetgevende norm al dan niet deugdelijk is<sup>35</sup>.

Voormelde hypothese wordt meestal bediscussieerd in het raam van de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens («EHRM») in de gevallen waarin het Hof tot een onverenigbaarheid van formele wetgeving met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens («EVRM») besluit. Rechtspraak waarin de overheid daadwerkelijk aansprakelijk wordt gesteld voor wetgeving die in strijd is met het EVRM blijkt niettemin zeldzaam<sup>36</sup>.

Volgens A. Van Oevelen en P. Popelier moet er in voormeld geval een onderscheid gemaakt worden naargelang de rechter waarvoor de schadevergoedingsvordering eerst wordt ingeleid. Indien de vordering eerst wordt ingeleid voor de Belgische rechtscollèges, moet het aansprakelijkheidsprobleem volgens deze auteurs opgelost worden aan de hand van de gemeenrechtelijke onrechtmatige daadregels. Indien echter de herstellvordering een eerste maal gebracht wordt voor het EHRM op grond van artikel 50 EVRM, kan de rechtzoekende enkel aanspraak maken op een billijke genoegdoening, die trouwens niet in alle gevallen overeenstemt met de integrale schadevergoeding waartoe kan worden bevolen op grond van artikel 1382 B.W.

Terwijl de rechtzoekende, wanneer hij eerst voor de gewone rechtscollèges een schadevergoeding heeft bekomen zich in principe een tweede maal zou kunnen richten tot het EHRM met het verzoek om hem een billijke genoegdoening toe te kennen – het EHRM beoordeelt immers onaantastbaar of de volgens het interne recht toegekende schadeloosstelling voor de benadeelde partij een volledig rechtsherstel inhoudt –, is de omgekeerde weg volgens A. Van Oevelen en P. Popelier slechts mogelijk wanneer aangetoond kan worden dat, bij toepassing van de gemeenrechtelijke buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, de benadeelde partij recht zou hebben op een grotere schadeloosstelling<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Een miskenning kan zowel de vorm aannemen van het uitvaardigen van wetgeving die strijdig is met rechtstreeks werkende internationale (of supranationale) regelgeving als van het handhaven van dergelijke wetgeving.

<sup>35</sup> H. Vuye, *op. cit.*, p. 194.

<sup>36</sup> H. Vuye volstaat met te verwijzen naar een niet gepubliceerd vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Brussel van 15 januari 1976; cf. H. Vuye, *op. cit.*, p. 194.

<sup>37</sup> A. Van Oevelen en P. Popelier, «De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke overheden voor ondeugdelijke wetgeving», in X. (ed.), *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys&Breesch, 1997, p. 81, nr. 104.

en cas de violation d'une norme juridique internationale (ou supranationale) directement applicable<sup>34</sup>. Dans ce cas, le pouvoir judiciaire décide lui-même si la norme législative contestée est bonne ou mauvaise<sup>35</sup>.

Cette hypothèse est généralement débattue dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme lorsque la Cour conclut à une incompatibilité entre la législation formelle et la Convention européenne des droits de l'homme («CEDH»). La jurisprudence dans laquelle l'État est effectivement jugé responsable de la législation contraire à la CEDH est toutefois rare<sup>36</sup>.

A. Van Oevelen et P. Popelier estiment qu'il faut, dans ce cas, distinguer les situations en fonction du juge saisi de la demande d'indemnisation en premier lieu. Si la demande est d'abord introduite devant une juridiction belge, la question de la responsabilité doit être réglée, selon ces auteurs, en appliquant les règles de droit commun relatives aux actes irréguliers. En revanche, si la demande de réparation a été introduite une première fois devant la Cour européenne des droits de l'Homme en vertu de l'article 50 de la CEDH, le justiciable ne peut prétendre qu'à une satisfaction équitable, qui ne correspond d'ailleurs pas toujours à l'indemnité intégrale pouvant être ordonnée en application de l'article 1382 du Code civil.

Alors que le justiciable, lorsqu'il a d'abord obtenu un dédommagement devant les juridictions ordinaires, pourrait en principe demander ensuite à la CEDH de lui accorder une satisfaction suffisante équitable – la CEDH apprécie en effet de manière imprescriptible si l'indemnisation accordée à la partie préjudiciée conformément au droit interne constitue une réparation complète –, l'inverse n'est possible, selon A. Van Oevelen et P. Popelier, que s'il peut être démontré qu'en cas d'application des règles de droit commun en matière de responsabilité extra-contractuelle, la partie préjudiciée aurait obtenu un dédommagement plus élevé<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> La méconnaissance peut se présenter sous la forme de l'adoption d'une législation en infraction avec une réglementation internationale (ou supranationale) directement applicable ou sous la forme du maintien d'une telle législation.

<sup>35</sup> H. Vuye, *op. cit.*, p. 194.

<sup>36</sup> H. Vuye se borne à renvoyer à un jugement non publié du Tribunal de première instance de Bruxelles du 15 janvier 1976; cf. H. Vuye, *op. cit.*, p. 194.

<sup>37</sup> A. Van Oevelen et P. Popelier, «De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke overheden voor ondeugdelijke wetgeving», in X. (ed.), *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gand, Mys&Breesch, 1997, p. 81, n° 104.

Wanneer echter het EHRM de vordering tot het bekomen van een billijke genoegdoening zonder meer heeft afgewezen, is volgens beide auteurs de rechtzoekende op grond van het rechterlijk gezag van gewijsde, verhinderd om zich op grond van de gemeenrechtelijke onrechtmatige daadregels een tweede maal te richten tot de Belgische rechtscollèges <sup>38</sup>.

#### (b) Grondwettigheidcontrole

Een tweede interne factor die volgens de rechtsliteratuur bijgedragen heeft tot de erkenning van een overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving, is de oprichting van het Arbitragehof (nu het Grondwettelijk Hof) <sup>39</sup>.

Aan dit bijzondere Hof komt de bevoegdheid toe om formele wetgeving te toetsen aan een aantal grondwettelijke referentienormen. Deze grondwettigheidcontrole onderstelt dat (i) formele wetgeving ook de eigen interne hogere normen respecteert en (ii) houdt bovendien een duidelijke erkenning in dat de rechterlijke macht via de techniek van een grondwettigheidcontrole om, het handelen van de wetgevende macht kan controleren.

Het instellen van een dergelijke grondwettigheidcontrole heeft in de eerste plaats ontegensprekelijk een publiekrechtelijke oogmerk: de grondwettigheidstoets wil in de eerste plaats immers ondeugdelijke wetgeving voorkomen. Door wetgevende normen af te toetsen aan hogere interne rechtsnormen wil de wetgever de rechtzoekenden met andere woorden een coherent wetgevend apparaat aanbieden.

Een grondwettigheidcontrole, ook al blijft de controle dan beperkt tot een aantal grondwettelijke referentienormen, heeft volgens de rechtsleer ook een privaatrechtelijk gevolg. Indien er bij de grondwettigheidstoets een ongrondwettigheid zou vastgesteld worden, moet er volgens de rechtsleer immers de mogelijkheid zijn om een civielrechtelijke aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de publiekrechtelijke overheid voor de gewone rechtscollèges.

Deze stelling wordt onder meer onderschreven door A. Van Oevelen en P. Popelier die betogen dat:

«de aan het Arbitragehof toegekende bevoegdheid om onder bepaalde voorwaarden wetten, decreten en ordonnances te schorsen, moet worden gezien als een

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Bijvoorbeeld A. Van Oevelen en P. Popelier, *op. cit.*, p. 117, nr. 139.

En revanche, lorsque la CEDH a purement et simplement rejeté l'action visant à obtenir une satisfaction suffisante équitable, le justiciable est, selon les deux auteurs, empêché, sur la base de l'autorité de la chose jugée, de s'adresser ensuite aux juridictions belges en invoquant les règles de droit commun en matière d'actes irréguliers <sup>38</sup>.

#### (b) Contrôle de constitutionnalité

Le deuxième facteur interne qui, selon la littérature juridique, a contribué à la reconnaissance de la responsabilité de l'État en cas de législation défectueuse est la création de la Cour d'arbitrage (devenue la Cour constitutionnelle) <sup>39</sup>.

Il appartient à cette Cour spéciale de contrôler la conformité de la législation formelle à une série de normes de référence constitutionnelles. Ce contrôle de constitutionnalité suppose que (i) la législation formelle respecte aussi les propres normes supérieures internes et (ii) implique en outre une reconnaissance claire du fait que le pouvoir judiciaire peut contrôler, par le contrôle de constitutionnalité, les actes du pouvoir législatif.

L'instauration de ce contrôle de constitutionnalité a tout d'abord indéniablement un objectif de droit public. Le contrôle de constitutionnalité vise en effet en premier lieu à prévenir une législation défectueuse. En contrôlant la conformité des normes législatives aux normes juridiques internes supérieures, le législateur entend, en d'autres termes, offrir au justiciable un appareil législatif cohérent.

Un contrôle de constitutionnalité, même si ce contrôle reste limité à une série de normes de référence constitutionnelles, a aussi une incidence en termes de droit privé selon la doctrine. Si une inconstitutionnalité est constatée à l'occasion du contrôle de constitutionnalité, il doit en effet être possible, selon la doctrine, d'intenter une action civile en responsabilité contre l'autorité publique devant les juridictions ordinaires.

Cette position est notamment défendue par A. Van Oevelen et P. Popelier, selon lesquels:

«la compétence attribuée à la Cour d'arbitrage de suspendre, sous certaines conditions, des lois, des décrets et des ordonnances, doit être considérée comme

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Par exemple, A. Van Oevelen et P. Popelier, *op. cit.*, p. 117, n° 139.

middel ter voorkoming van schade veroorzaakt door onrechtmatige wetgeving»<sup>40</sup>,

wat beide auteurs er vervolgens toe brengt te stellen dat het:

«op een ogenblik waarop het Arbitragehof bevoegd is om formele wetten te vernietigen wegens strijdigheid met de grondwettelijke en wettelijke bevoegdheidsverdelende regels of met de artikelen 10, 11 en 24 G.W., of om, in antwoord op een prejudiciële vraag, de strijdigheid met die bepalingen vast te stellen, is het (...) moeilijk aanneembaar dat de door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettigheid niet zou worden aangemerkt als een fout van de publiekrechtelijke rechtspersoon die deze ongrondwettelijke norm heeft uitgevaardigd, behoudens wanneer deze zich kan beroepen op een onoverkomelijke dwaling of op een andere rechtvaardigingsgrond»<sup>41</sup>.

Deze stelling wordt niet alleen in de rechtsleer bijgevallen. Ook sommige rechtscolleges hebben zich reeds vóór de cassatiearresten van 1 juni en 28 september 2006 achter deze stelling geschaard<sup>42</sup>.

#### (ii) Externe factoren

Naast deze verschillende interne factoren, heeft ook de rechtspraak van het Hof van Justitie – een externe factor – bijgedragen tot de erkenning van een overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving.

Volgens het Hof van Justitie kan de civielrechtelijke aansprakelijkheid van een lidstaat in het gedrang komen zowel bij de schending van een regel van Gemeenschapsrecht – in zoverre althans deze regel rechtstreekse werking geniet<sup>43</sup> –, dan wel wegens de

<sup>40</sup> A. Van Oevelen en P. Popelier, *op. cit.*, p. 117, nr. 118, met verwijzing naar R. Andersen, «La procédure devant la Cour d'Arbitrage», in X. (ed.), *La procédure devant la Cour d'Arbitrage. Actualité et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1988, p. 177, nr. 119.

<sup>41</sup> Ibid. met verwijzing naar A. Rombouts m.m.v. M. Moris, «Hoe de ongrondwettig bevonden belasting terugvorderen?», (noot onder Arbitragehof nr. 74/95, 9 november 1995), *T.R.V.* 1996, p. 51-53, nrs. 29-34.

<sup>42</sup> Bij wijze van voorbeeld: Brussel 7 december 2001, *J.T.* 2001, p. 387 («(...) que constituerait également une faute, la violation d'une norme établie par la Constitution, imposant au législateur de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée»); Rb. Luik 17 november 2000, *J.T.* 2001, p. 300 («qu'il est admis que la responsabilité de l'État-législateur peut être engagée pour violation d'une norme de droit communautaire, le tribunal n'aperçoit pas quelle justification objective conduirait à se prononcer en sens contraire lorsque la norme supérieure dont la violation est invoquée est la Constitution ou une autre disposition de droit international»). Voor verdere verwijzingen naar gepubliceerde rechtspraak: H. Vuye, *op. cit.*, p. 204.

<sup>43</sup> Ook regels die besloten liggen in een richtlijn kunnen in sommige gevallen trouwens rechtstreekse werking hebben.

un moyen de prévenir les dommages causés par une législation illégitime» (traduction)<sup>40</sup>,

ce qui amène les deux auteurs à affirmer que:

«à partir du moment où la Cour d'arbitrage est habilitée à annuler des lois formelles car jugées contraires aux règles constitutionnelles et légales de répartition de compétences, ou aux articles 10, 11, et 24 de la Constitution, ou, en réponse à une question préjudicielle, à constater la contradiction avec ces dispositions, il est difficilement concevable que l'inconstitutionnalité constatée par la Cour d'arbitrage ne soit pas considérée comme une faute de la personne morale de droit public qui a édicté cette norme inconstitutionnelle, à moins que cette dernière puisse invoquer une erreur invincible ou une autre cause de justification» (traduction)<sup>41</sup>.

Cette thèse n'est pas défendue seulement par la doctrine. Certaines juridictions y ont également souscrit avant même les arrêts de cassation des 1<sup>er</sup> juin et 28 septembre 2006<sup>42</sup>.

#### (ii) Facteurs externes

Outre ces différents facteurs internes, la jurisprudence de la Cour de justice – un facteur externe – a également contribué à la reconnaissance d'une responsabilité publique en cas de législation défectueuse.

Selon la Cour de justice, la responsabilité civile d'un État membre peut être engagée tant en cas de violation d'une règle de droit communautaire – pour autant que cette règle ait une application directe<sup>43</sup> –, qu'en cas de défaut de transposition ou de transposi-

<sup>40</sup> A. Van Oevelen en P. Popelier, *op. cit.*, p. 117, n° 118, en référence à R. Andersen, «La procédure devant la Cour d'Arbitrage», in X. (ed.), *La procédure devant la Cour d'Arbitrage. Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 177, n° 119.

<sup>41</sup> Ibid. en référence à A. Rombouts, avec la collaboration de M. Moris, «Hoe de ongrondwettig bevonden belasting terugvorderen?», (note sous Cour d'arbitrage n° 74/95, 9 novembre 1995), *T.R.V.* 1996, p. 51-53, nos 29-34.

<sup>42</sup> À titre d'exemple: Bruxelles 7 décembre 2001, *J.T.* 2001, p. 387 («(...) que constituerait également une faute, la violation d'une norme établie par la Constitution, imposant au législateur de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée»); Trib. Liège 17 novembre 2000, *J.T.* 2001, p. 300 («qu'il est admis que la responsabilité de l'État-législateur peut être engagée pour violation d'une norme de droit communautaire, le tribunal n'aperçoit pas quelle justification objective conduirait à se prononcer en sens contraire lorsque la norme supérieure dont la violation est invoquée est la Constitution ou une autre disposition de droit international»). Pour plus de références à la jurisprudence publiée, voir: H. Vuye, *op. cit.*, p. 204.

<sup>43</sup> Même les règles contenues dans une directive peuvent d'ailleurs avoir, dans certains cas, une application directe.

niet of de niet volledige omzetting van een richtlijn die geen directe werking heeft <sup>44</sup>.

De verschillende arresten van het Hof van Justitie die van belang zijn voor het thema van de overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving, kunnen volgens A. Van Oevelen en P. Popelier in drie groepen worden onderverdeeld, die elkaar in een chronologische orde opvolgen <sup>45</sup>.

– In een eerste reeks van arresten – die zich volgens A. Van Oevelen en P. Popelier uitstrekt over de periode vanaf 1960 tot het Francovich-arrest van 19 november 1991 –, volstond het Hof van Justitie met de stelling dat een veroordeling door de Communautaire rechter van een lidstaat wegens de miskennis van een Gemeenschapsrechtelijke regel, een voldoende rechtsgrondslag biedt voor een aansprakelijkheidsvordering die door een particulier wordt ingeleid voor een nationale rechter tegen een lidstaat. Bevindingen van het Hof van Justitie, zijn derhalve ook dienstig in nationale civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures.

– In het mijlpaalarrest Francovich van 19 november 1991 <sup>46</sup> gaat het Hof van Justitie een stap verder en betoogt dat een rechtzoekende, bij toepassing van internrechtelijke aansprakelijkheidsregels van een lidstaat, een aansprakelijkheidsvordering kan inleiden tegen een lidstaat op grond van de miskennis van een regel van Gemeenschapsrecht. De lidstaat kan derhalve aansprakelijk worden gesteld voor de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van Gemeenschapsrecht die deze lidstaat kunnen worden toegerekend. Bij ontstentenis van een communautaire regeling ter zake, behoort het volgens het Hof van Justitie trouwens aan iedere lidstaat afzonderlijk, bij toepassing van de eigen interne aansprakelijkheidsregels, te zorgen voor een afdoende herstel van de veroorzaakte schade.

– In een reeks volgende arresten, waaronder in de eerste plaats het arrest van 5 maart 1996 inzake Brasserie du Pêcheur en Factortame III, geeft het Hof een bijkomende reeks aanwijzingen over de voorwaarden waaronder een lidstaat een schadevergoeding kan oplopen. Het Hof van Justitie preciseert met name dat de aansprakelijkheid van een lidstaat voor schendingen van Gemeenschapsrechtelijke regels in het gedrang komt ongeacht het orgaan van de lidstaat waarvan de handeling of het verzuim de schending uitmaakt <sup>47</sup>. Ook

tion incomplète d'une directive n'ayant pas d'application directe <sup>44</sup>.

D'après A. Van Oevelen et P. Popelier, les différents arrêts de la Cour de justice présentant un intérêt dans le cadre de la responsabilité des pouvoirs publics du chef de législation défectueuse peuvent être subdivisés en trois catégories, que l'on peut classer par ordre chronologique <sup>45</sup>.

– Dans une première série d'arrêts – qui, selon A. Van Oevelen et P. Popelier, s'étend sur la période comprise entre 1960 et l'arrêt Francovich du 19 novembre 1991 –, la Cour de justice s'en tient à la thèse selon laquelle la condamnation d'un État membre par le juge communautaire du chef de méconnaissance d'une règle communautaire constitue un fondement juridique suffisant pour l'introduction par un particulier, devant un juge national, d'une action en responsabilité à l'encontre d'un État membre. Les constats de la Cour de justice peuvent donc également être utilisés dans des procédures nationales en responsabilité civile.

– Dans l'arrêt Francovich du 19 novembre 1991<sup>46</sup>, qui revêt une importance capitale, la Cour de justice va plus loin, en considérant qu'un justiciable peut introduire à l'encontre d'un État membre, en application des règles du droit interne d'un État membre en matière de responsabilité, une action en responsabilité du chef de méconnaissance d'une règle du droit communautaire. L'État membre peut dès lors voir sa responsabilité engagée pour le dommage occasionné à des particuliers à la suite de violations du droit communautaire qui lui sont imputables. En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient d'ailleurs, selon la Cour de justice, à chaque État membre distinct de veiller, en appliquant ses propres règles internes en matière de responsabilité, à ce que le préjudice subi soit réparé de manière efficace.

– Dans une série d'arrêts postérieurs, parmi lesquels on citera en premier lieu celui du 5 mars 1996 en cause de la Brasserie du Pêcheur et Factortame III, la Cour donne de nouvelles indications quant aux conditions à réunir pour qu'un État membre puisse être redevable de dommages et intérêts. La Cour de justice précise en particulier que la responsabilité d'un État membre du chef de violations des règles du droit communautaire peut être engagée, quel que soit l'organe de l'État membre dont l'action ou l'omission en a été la cause <sup>47</sup>.

<sup>44</sup> H. Vuye, *op. cit.*, p. 131.

<sup>45</sup> A. Van Oevelen en P. Popelier, *op. cit.*, p. 85 en volgende, nrs. 108 en volgende.

<sup>46</sup> H.v.J. 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich en Bonifaci, *Jur. H.v.J.* 1991, I, p. 5357.

<sup>47</sup> H.v.J. 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame III*), *Jur. H.v.J.* 1996, I, p. 1029.

<sup>44</sup> H. Vuye, *op. cit.*, p. 131.

<sup>45</sup> A. Van Oevelen et P. Popelier, *op. cit.*, p. 85 et suivants, nos 108 et suivants.

<sup>46</sup> C.J.C.E., 19 novembre 1991, affaires jointes C-6/90 et C-9/90, Francovich et Bonifaci, *Jur. C.d.j.* 1991, I, p. 5357.

<sup>47</sup> C.J.C.E., 5 mars 1996, affaires jointes C-46/93 et C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur et Factortame III*), *Jur. C.d.j.* 1996, I, p. 1029.



een overtreding of een laakbaar verzuim begaan door de wetgevende macht kan derhalve aan de lidstaat worden toegerekend.

### 1.2.2 Rechtsvergelijkende beschouwingen

De verschuiving van een onverantwoordelijke overheid voor ondeugdelijke wetgeving richting een verantwoordelijke overheid doet zich ook voor in sommige andere Staten. Uitgezonderd het geval van een inbreuk op een communautaire regel of een overtreding van een verdragsregel van het EVRM, blijken echter niet alle Staten mee te gaan in deze beweging.

Het Engelse recht bijvoorbeeld, hoewel het sinds een wet van 1947 («*Crown Proceedings Act 1947*») uitdrukkelijk de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de uitvoerende macht erkent<sup>48</sup>, houdt onverdeeld vast aan de idee van de «*Parliamentary Sovereignty*». Dit soevereiniteitsbeginsel leidt in principe tot de onschendbaarheid van de wetgevende macht en verhindert de Engelse rechtscollèges om, buiten de gevallen waarin een inbreuk op Gemeenschapsrechtelijke rechtsregels aan de orde is, te besluiten tot een aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke overheid voor ondeugdelijke wetgeving<sup>49</sup>.

Maar ook wat inbreuken op het EVRM betreft, kiezen de Engelse rechtscollèges veelal voor een eerder restrictieve aanpak. Niet elke inbreuk van een publiekrechtelijke overheid op een verdragsbepaling van het EVRM geeft volgens het House of Lords immers aanleiding tot een staatsaansprakelijkheid<sup>50</sup>. Ook de Court of Appeal verkoos trouwens in een eerder arrest om bij de schadevergoedingsregeling naar aanleiding van schendingen van de regels van het EVRM, het individuele belang van de schadelijder af te toetsen aan het algemeen belang<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Hierover, onder meer, A. Bradley en K. Edwing, *Constitutional and administrative law*, 14de uitgave, London, Pearson Longman, 2005, p. 785 et seq.

<sup>49</sup> Vergelijk ook met J. Jowell, «The Rule of Law and its underlying values», in J. Jowell en D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, 6de uitgave, Oxford, OUP, p. 12 («*Let us first note that our courts have not yet, outside the directly effective European Community law, felt themselves able to disapply primary legislation that offends the Rule of Law*»); A. Bradley en K. Edwing, *Constitutional and administrative law*, 14de uitgave, London, Pearson Longman, 2005, p. 799 («*In an era when the use of judicial review has expanded dramatically, as has liability for breaches of duties owed in European Community law, the United Kingdom courts have resisted an equivalent expansion in the liability of public bodies to be sued for damages*»).

<sup>50</sup> R (Greenfield) v. Home Secretary [2005] UKHL 14.

<sup>51</sup> Anufrijeva v. Southwark Council [2003] EWCA Civ. 1406.

Une violation commise par le pouvoir législatif ou une négligence répréhensible de la part de celui-ci peuvent donc également être imputées à l'État membre.

### 1.2.2 Considérations de droit comparé

L'évolution d'un État non responsable en cas de législation défectueuse vers un État responsable s'observe aussi dans certains autres pays. Sauf dans le cas d'une violation d'une règle communautaire ou d'une disposition de la CEDH, tous ne suivent cependant pas le mouvement.

C'est ainsi que le droit anglais, qui reconnaît pourtant expressément la responsabilité civile du pouvoir exécutif depuis une loi de 1947 («*Crown Proceedings Act 1947*»)<sup>48</sup>, reste unanimement fidèle à l'idée de la «*Parliamentary Sovereignty*». Ce principe de souveraineté entraîne en principe l'immunité du pouvoir législatif et empêche les juridictions anglaises, à l'exception des cas qui concernent une violation des règles du droit communautaire, de conclure à une responsabilité de l'autorité publique du chef de législation défectueuse<sup>49</sup>.

Même pour les violations de la CEDH, les juridictions anglaises optent souvent pour une approche plus restrictive. En effet, selon la House of Lords, toutes les violations d'une disposition de la convention commises par une autorité publique n'engagent pas la responsabilité de l'État<sup>50</sup>. Dans un arrêt antérieur, la Court of Appeal a d'ailleurs aussi choisi, dans le cadre du règlement des dommages-intérêts à la suite de violations des règles de la CEDH, de mettre en balance l'intérêt individuel de la partie préjudiciée et l'intérêt général<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Voir à ce propos, notamment, A. Bradley et K. Edwing, *Constitutional and administrative law*, 14e édition, London, Pearson Longman, 2005, p. 785 et seq.

<sup>49</sup> Cf. aussi J. Jowell, «The Rule of Law and its underlying values», in J. Jowell et D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, 6e édition, Oxford, OUP, p. 12 («*Let us first note that our courts have not yet, outside the directly effective European Community law, felt themselves able to disapply primary legislation that offends the Rule of Law*»); A. Bradley et K. Edwing, *Constitutional and administrative law*, 14e édition, London, Pearson Longman, 2005, p. 799 («*In an era when the use of judicial review has expanded dramatically, as has liability for breaches of duties owed in European Community law, the United Kingdom courts have resisted an equivalent expansion in the liability of public bodies to be sued for damages*»).

<sup>50</sup> R (Greenfield) v. Home Secretary [2005] UKHL 14.

<sup>51</sup> Anufrijeva v. Southwark Council [2003] EWCA Civ. 1406.

Een vergelijkbare terughoudende aanpak vindt men ook terug in het Duitse (federale) recht. De Duitse aanpak wordt door H. Bertelman beschreven als volgt:

*«Voraussetzung des Amtshaftungsanspruch ist, dass jemand eine drittgerichtete Amtspflicht verletzt. Die verletzte Amtspflicht muss zwar nicht notwendig allein, aber zumindest auch dem Geschädigten gegenüber bestehen und seinen Schutz vor dem erlittenen Schaden bezwecken. Nur wenn sich aus den die Amtspflicht begründenden Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts ergibt, dass der Geschädigte zu dem Personenkreis zählt, dessen Belangen ach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt und gefördert werden sollen, besteht ihm gegenüber bei schuldhafter Pflichtverletzung eine Schadensersatzpflicht. An diesem Kriterium der Drittbezogenheit scheitert nach ständiger Rechtsprechung des BGH grundsätzlich eine Staatshaftung für legislatives Unrecht, denn die Amtspflicht der Abgeordneten zum Erlass rechtmäßigen Rechtsnormen bestehe nicht im Interesse bestimmter Einzelpersonen oder Personengruppen, sondern nur im Interesse der Allgemeinheit der Rechtunterworfenen. Ausnahmefälle sind der Erlass von rechtswidrigen Maßnahmen- oder Einzelfallgesetzen und Kommunale Satzungen (insbesondere Bebauungsplänen), weil hier die Normadressaten konkretisiert oder zumindest individualisierbar seien»<sup>52</sup>.*

Ondeugdelijke wetgeving levert derhalve in het Duitse (federale) recht, behoudens in welomschreven uitzonderingsgevallen, geen grondslag op voor een civielrechtelijke aansprakelijkheidsvordering. Belangrijk is hier de verwijzing naar het algemene belang en de voorwaarde dat ondeugdelijke wetgeving enkel in gevallen waarin slechts één of een beperkte kring welomschreven schadelijders een nadeel ondervindt, tot een aansprakelijkheid van de Staat aanleiding kan geven.

Anders dan het Engelse en het Duitse recht, legt het Franse recht de aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke overheid voor ondeugdelijke wetgeving wel aan banden. De manier waarop dat gebeurt, verschilt op een aantal belangrijke punten van de koers die de Belgische rechtscollèges thans lijken te hebben uitgezet, wat ons ervan overtuigt om iets dieper op de Franse aanpak in te gaan.

In tegenstelling tot het Belgische recht waar de overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving gebaseerd wordt op een fout van de wetgever, aanvaar-

<sup>52</sup> H. Bertelmann, *Die Europäisierung des Staatshaftungsrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, p. 31.

On retrouve une réticence comparable dans le droit (fédéral) allemand. L'approche allemande est définie comme suit par H. Bertelman:

*«Voraussetzung des Amtshaftungsanspruch ist, dass jemand eine drittgerichtete Amtspflicht verletzt. Die verletzte Amtspflicht muss zwar nicht notwendig allein, aber zumindest auch dem Geschädigten gegenüber bestehen und seinen Schutz vor dem erlittenen Schaden bezwecken. Nur wenn sich aus den die Amtspflicht begründenden Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts ergibt, dass der Geschädigte zu dem Personenkreis zählt, dessen Belangen ach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt und gefördert werden sollen, besteht ihm gegenüber bei schuldhafter Pflichtverletzung eine Schadensersatzpflicht. An diesem Kriterium der Drittbezogenheit scheitert nach ständiger Rechtsprechung des BGH grundsätzlich eine Staatshaftung für legislatives Unrecht, denn die Amtspflicht der Abgeordneten zum Erlass rechtmäßigen Rechtsnormen bestehe nicht im Interesse bestimmter Einzelpersonen oder Personengruppen, sondern nur im Interesse der Allgemeinheit der Rechtunterworfenen. Ausnahmefälle sind der Erlass von rechtswidrigen Maßnahmen- oder Einzelfallgesetzen und Kommunale Satzungen (insbesondere Bebauungsplänen), weil hier die Normadressaten konkretisiert oder zumindest individualisierbar seien»<sup>52</sup>.*

En droit (fédéral) allemand, une législation défectueuse ne constitue par conséquent pas le fondement, sauf dans des cas exceptionnels bien déterminés, d'une action en responsabilité civile. Ce qui est important en l'occurrence, c'est la référence à l'intérêt général et la condition selon laquelle une législation défectueuse ne peut engager la responsabilité de l'État que dans les cas où une seule personne lésée ou un cercle restreint de personnes lésées bien déterminées subissent un préjudice.

Contrairement au droit anglais et allemand, le droit français limite la responsabilité des pouvoirs publics du chef de législation défectueuse. La façon de procéder présente un certain nombre de différences importantes par rapport à l'orientation que semblent à présent suivre les juridictions belges. Cette situation nous incite à approfondir quelque peu l'approche française.

Contrairement au droit belge, où la responsabilité des pouvoirs publics du chef de législation défectueuse se fonde sur une faute du législateur, les juridictions

<sup>52</sup> H. Bertelmann, *Die Europäisierung des Staatshaftungsrechts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, p. 31.

den de Franse administratiefrechtelijke rechtscolleges sinds het arrest «La Fleurette» van de Franse Raad van State van 14 januari 1983<sup>53</sup>, het bestaan van een foutloze aansprakelijkheid in hoofde van de wetgevende macht<sup>54</sup>.

In voormelde zaak vorderde een Franse vennootschap – de naamloze vennootschap Produits Laitiers «La Fleurette» – een schadevergoeding van de Franse staat omdat ze op grond van een wet van 29 juni 1934 die een aantal regelingen had ingevoerd ter bescherming van de melkproductie, genoodzaakt was om haar eigen commerciële activiteiten stop te zetten. De Raad van State oordeelt uiteindelijk op volgende wijze over de aansprakelijkheidsvordering van La Fleurette:

*«L'interdiction (...) [faite par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 29 juin 1934 qui a interdit la fabrication et le commerce de tous les produits destinés aux mêmes usages que la crème et ne provenant pas exclusivement du lait] édictée en faveur de l'industrie laitière a mis la société requérante dans l'obligation de cesser de fabriquer le produit qu'elle exploitait antérieurement (...), dont il n'est pas allégué qu'il présenterait un danger pour la santé publique; rien ni dans le texte même de la loi ou ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement; cette charge créée dans un intérêt général, doit être supporté par la collectivité (...). La Société 'La Fleurette' est donc fondée à demander que l'État soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice par elle subi»<sup>55</sup>.*

Opdat ondeugdelijke wetgeving een voldoende grondslag oplevert voor een schadevergoeding van een individuele rechtzoekende, moet volgens de Raad aan volgende dubbele voorwaarde zijn voldaan:

– In de eerste plaats mag de wetgever niet de wil hebben om een vordering tot schadevergoeding uit te sluiten<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> C.E. 14 januari 1983 (*Société anonyme des Produits Laitiers «La Fleurette»*), *Rec. Leb.* 1983, p. 25.

<sup>54</sup> Een aansprakelijkheid voor fout, gebaseerd op de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels, blijft in het Franse recht beperkt voor handelingen van de rechterlijke en de uitvoerende macht. Zie hierover, met verdere verwijzingen, P. Senkovic, *op. cit.*, p. 226 en volgende.

<sup>55</sup> C.E. 14 januari 1983 (*Société anonyme des Produits Laitiers «La Fleurette»*), *Rec. Leb.* 1983, p. 25 zoals aangehaald door P. Senkovic, *op. cit.*, p. 194.

<sup>56</sup> Hetgeen volgt uit volgende overweging «rien ni dans le texte même de la loi ou ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement».

administratives françaises acceptent, depuis l'arrêt «La Fleurette» rendu le 14 janvier 1983 par le Conseil d'État (français)<sup>53</sup>, l'existence d'une responsabilité sans faute dans le chef du pouvoir législatif<sup>54</sup>.

Dans l'affaire précitée, une société française – la société anonyme Produits Laitiers «La Fleurette» – réclamait un dédommagement de l'État français en raison d'une loi du 29 juin 1934 qui avait introduit un certain nombre de règles protégeant la production laitière qui l'avait mise dans l'obligation de cesser ses activités commerciales. Le Conseil d'État a finalement rendu la décision suivante en ce qui concerne l'action en responsabilité de La Fleurette:

*«L'interdiction (...) [faite par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 29 juin 1934 qui a interdit la fabrication et le commerce de tous les produits destinés aux mêmes usages que la crème et ne provenant pas exclusivement du lait] édictée en faveur de l'industrie laitière a mis la société requérante dans l'obligation de cesser de fabriquer le produit qu'elle exploitait antérieurement (...), dont il n'est pas allégué qu'il présenterait un danger pour la santé publique; rien ni dans le texte même de la loi ou ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement; cette charge créée dans un intérêt général, doit être supporté par la collectivité (...). La Société 'La Fleurette' est donc fondée à demander que l'État soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice par elle subi»<sup>55</sup>.*

Pour qu'une législation défectueuse constitue un fondement suffisant de dédommagement d'un justiciable individuel, il faut, selon le Conseil d'État, que deux conditions soient réunies:

– D'abord, le législateur ne doit pas avoir la volonté d'exclure une action en dédommagement<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> C.E. 14 janvier 1983 (*Société anonyme des Produits Laitiers «La Fleurette»*), *Rec. Leb.* 1983, p. 25.

<sup>54</sup> Une responsabilité pour faute fondée sur les règles du droit commun en matière de responsabilité reste, en droit français, limitée aux actes des pouvoirs judiciaire et exécutif. À ce sujet, voir (avec d'autres renvois) P. Senkovic, *op. cit.*, pp. 226 et suivantes.

<sup>55</sup> C.E. 14 janvier 1983 (*Société anonyme des Produits Laitiers «La Fleurette»*), *Rec. Leb.* 1983, p. 25, tel que cité par P. Senkovic, *op. cit.*, p. 194.

<sup>56</sup> Ainsi qu'il découle de la considération suivante: «rien ni dans le texte même de la loi ou ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement».

– Ten tweede moet het nadeel dat de individuele rechtzoekende beweert te hebben geleden, een bijzonder karakter hebben en bovendien voldoende zwaarwichtig zijn <sup>57</sup>.

Indien aan deze beide toepassingsvoorwaarden is voldaan, is volgens de administratieve rechter de Franse Staat foutloos aansprakelijk voor het handelen van de wetgever in de uitvoering van zijn wetgevende taak.

Deze foutloze aansprakelijkheid vindt volgens de rechtsleer een rechtsgrondslag in het gelijkheidsbeginsel: «La responsabilité sans faute du fait des lois est fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques (...)» <sup>58</sup>. De wetgevende activiteit mag er derhalve niet toe leiden dat het beginsel van de gelijkheid voor openbare lasten in het nadeel van één of meerdere rechtzoekenden wordt verbroken.

Bijkomend merkt de Raad van State in voormeld arrest ook op dat de commerciële activiteiten van La Fleurette en, meer in het bijzonder, het product dat de vennootschap wenst te commercialiseren, geen gevaar oplevert voor de collectiviteit en de openbare gezondheid in het bijzonder. De schadeaanspraak van de benadeelde rechtzoekende die gegrond wordt op een wetgevende handeling, mag derhalve niet zelf in strijd zijn met het algemeen belang <sup>59</sup>.

De beide toepassingsvoorwaarden van de foutloze aansprakelijkheid, luiden in meer detail als volgt:

(i) Wilsvereiste

Bij de beoordeling van de wil van de wetgever om de mogelijkheid van een schadevergoeding al dan niet uit te sluiten, moet er in de eerste plaats rekening worden gehouden met de tekst van de wet en haar voorbereidende werkzaamheden. Een wet die een exhaustieve opsomming geeft van de verschillende personen die aanspraak kunnen maken op een vergoeding, onderstelt bijvoorbeeld dat de personen die niet in voorvermelde opsomming worden genoemd, geen recht hebben op een schadevergoeding.

De wil van de wetgever kan in de tweede plaats ook volgen uit het doel en het voorwerp van de geviseerde wet <sup>60</sup>. De wil van de wetgever is dan impliciet. Wat

<sup>57</sup> Het nadeel moet volgens de Raad van State immers voldoen aan volgende vereiste: «une charge qui ne lui incombe pas normalement; cette charge créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité».

<sup>58</sup> O. Gohin, «La responsabilité de l'État en tant que législateur», *R.I.D.C.* 1998, p. 603.

<sup>59</sup> De tekst van het arrest op dit punt, luidt als volgt: «*le produit qu'elle exploitait antérieurement (...), dont il n'est pas allégué qu'il présenterait un danger pour la santé publique (...)*».

<sup>60</sup> P. Senkovic, *op. cit.*, p. 195.

– Ensuite, le préjudice que le justiciable individuel affirme avoir subi doit présenter un caractère particulier et, de surcroît, être suffisamment grave <sup>57</sup>.

Si ces deux conditions sont réunies, le juge administratif retient la responsabilité sans faute de l'État français pour les actes du législateur dans l'exercice de sa mission législative.

Selon la doctrine, la responsabilité sans faute trouve un fondement légal dans le principe d'égalité: «La responsabilité sans faute du fait des lois est fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques (...)» <sup>58</sup>. L'activité législative ne peut dès lors pas entraîner la rupture du principe d'égalité devant les charges publiques au préjudice d'un ou de plusieurs justiciables.

Le Conseil d'État observe en outre, dans l'arrêt précité, que les activités commerciales de La Fleurette et, en particulier, le produit que la société entend commercialiser, ne présentent aucun danger ni pour la collectivité, ni pour la santé publique en particulier. La demande d'indemnisation du justiciable préjudicié, fondée sur un acte législatif, ne peut dès lors pas être elle-même contraire à l'intérêt général <sup>59</sup>.

Les deux conditions d'application de la responsabilité sans faute s'énoncent plus précisément comme suit:

(i) Condition de la volonté

Pour apprécier la volonté du législateur d'exclure ou non l'éventualité d'une indemnisation, il convient d'abord de prendre en compte le texte de la loi et ses travaux préparatoires. Par exemple, une loi qui énumère de façon exhaustive les personnes pouvant prétendre à une indemnisation suppose que les personnes qu'elle ne mentionne pas n'ont pas droit à cette indemnisation.

La volonté du législateur peut également se déduire de l'objectif et de l'objet de la loi <sup>60</sup>. La volonté du législateur est alors implicite. En ce qui concerne cette

<sup>57</sup> En effet, selon le Conseil d'État, le préjudice doit satisfaire à la condition suivante: «une charge qui ne lui incombe pas normalement; cette charge créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité».

<sup>58</sup> O. Gohin, «La responsabilité de l'État en tant que législateur», *R.I.D.C.* 1998, p. 603.

<sup>59</sup> Sur ce point, l'arrêt s'énonce comme suit: «*le produit qu'elle exploitait antérieurement (...), dont il n'est pas allégué qu'il présenterait un danger pour la santé publique (...)*».

<sup>60</sup> P. Senkovic, *op. cit.*, p. 195.

deze impliciete wil betreft, is de rechtspraak vrijwel eensluidend van oordeel dat een wet die het algemeen belang nastreeft, de mogelijkheid van een individuele schadevergoeding automatisch uitsluit. Een wet die de bepaalde frauduleuze praktijken tracht in te perken bijvoorbeeld, heeft ontegensprekelijk het vrijwaren van het algemeen belang op het oog en verhindert derhalve dat de individuele rechtzoekende er een schadevergoedingsvordering op ent <sup>61</sup>.

Anders is het wanneer de geviseerde wet enkel het belang van een beperkte kring van rechtzoekenden vrijwaart. In een dergelijk geval kan veel moeilijker het bestaan van een impliciete wil in hoofde van de wetgever worden aanvaard om een eventuele schadevergoeding van een individuele rechtzoekende, uit te sluiten. P. Senkovic besluit op dit punt met volgende stelling:

«La probabilité que le législateur ait voulu accorder une indemnité diminue avec l'augmentation du nombre de personnes dans l'intérêt desquelles la loi a été adoptée.»

In een recente rechtspraak wordt ten slotte nog een bijkomende beperking gevonden: een foutloze aansprakelijkheid in hoofde van de wetgever kan niet worden aanvaard voor wetten die genomen worden in het raam van de economische politiek van de staat <sup>62</sup>. Op deze immuniteitsregel kunnen volgens de Franse rechtsleer geen uitzonderingen worden toegestaan.

#### (ii) Bijzonder en zwaarwichtig nadeel

Naast het wilsvereiste, onderstelt de foutloze aansprakelijkheid in hoofde van de wetgever voor een wetgevend handelen ook dat het nadeel dat de individuele rechtzoekende beweert te hebben geleden, een bijzonder karakter heeft en bovendien voldoende zwaarwichtig is. Met andere woorden: het nadeel dat de benadeelde partij beweert te hebben geleden, moet het eventuele nadeel dat de andere rechtzoekenden bij veronderstelling zouden hebben ondergaan door hetzelfde wetgevend handelen, ruimschoots overstijgen. Aan het vereiste van een bijzonder en abnormaal nadeel moet cumulatief voldaan zijn.

Een nadeel is in de eerste plaats bijzonder wanneer het hetzij één enkele rechtzoekende benadeelt, hetzij een beperkte en welomschreven kring van personen <sup>63</sup>.

<sup>61</sup> In deze zin ook, met verwijzing naar een arrest van de Franse Raad van State van 14 januari 1938 (*Compagnie Générale de la Grande Pêche*), *Recueil Sirey* 1938, III, p. 26, P. Senkovic, *op. cit.*, p. 195.

<sup>62</sup> C.E. 15 juli 1949 (Ville d'Elboeuf), *Rec. Leb.* 1949, p. 359, zoals aangehaald door P. Senkovic, *op. cit.*, p. 200.

<sup>63</sup> P. Senkovic, *op. cit.*, p. 203.

volonté implicite, la jurisprudence indique d'une manière quasi unanime qu'une loi qui vise l'intérêt général exclut automatiquement toute possibilité d'indemnisation individuelle. Par exemple, une loi qui tente de limiter certaines pratiques frauduleuses vise incontestablement la préservation de l'intérêt général et empêche dès lors que les justiciables individuels n'y greffent une demande d'indemnisation <sup>61</sup>.

Les choses sont différentes lorsque la loi visée préserve seulement les intérêts d'un groupe limité de justiciables. Dans ce cas, il est beaucoup plus difficile d'accepter l'existence de la volonté implicite du législateur d'exclure l'éventualité d'une action en dédommagement de la part d'un justiciable individuel. Sur ce point, P. Senkovic conclut comme suit:

«La probabilité que le législateur ait voulu accorder une indemnité diminue avec l'augmentation du nombre de personnes dans l'intérêt desquelles la loi a été adoptée.»

On trouve une restriction supplémentaire dans une décision récente: la responsabilité sans faute du législateur ne peut pas être admise pour les lois adoptées dans le cadre de la politique économique de l'État <sup>62</sup>. Selon la doctrine française, ce principe d'immunité ne peut souffrir aucune exception.

#### (ii) Préjudice spécial et grave

Outre la condition d'intention, la responsabilité sans faute suppose également, dans le chef du législateur, pour une activité législative, que le préjudice que le justiciable individuel prétend avoir subi ait un caractère spécial et soit par ailleurs suffisamment grave. En d'autres termes, le préjudice que la partie lésée affirme avoir encouru doit dépasser largement le préjudice éventuel que les autres justiciables auraient, par hypothèse, subi par le fait du même acte législatif. La condition d'un préjudice spécial et anormal est cumulative.

Un préjudice est avant tout spécial lorsqu'il lèse soit un seul justiciable, soit un groupe limité et bien défini de personnes <sup>63</sup>. Le préjudice doit aussi être suffisamment

<sup>61</sup> Dans ce sens également, il est renvoyé à un arrêt du Conseil d'État français du 14 janvier 1938 (*Compagnie Générale de la Grande Pêche*), *Recueil Sirey* 1938, III, p. 26, P. Senkovic, *op. cit.*, p. 195.

<sup>62</sup> C.E. 15 juli 1949 (Ville d'Elboeuf), *Rec. Leb.* 1949, p. 359, cité par P. Senkovic, *op. cit.*, p. 200.

<sup>63</sup> P. Senkovic, *op. cit.*, p. 203.

Het nadeel moet ook voldoende zwaarwichtig zijn. Een enkele daling van het zakencijfer van de benadeelde partij zal meestal niet als voldoende zwaarwichtig worden aanzien. Het is enkel wanneer het zakencijfer van de benadeelde partij buitensporig zou zijn gedaald, dat er tot het bestaan van een voldoende zwaarwichtig nadeel in hoofde van deze partij besloten kan worden.

Aan het vereiste dat het nadeel voldoende zwaarwichtig moet zijn, koppelt de rechtspraak ook de voorwaarde dat de benadeelde partij door de geïmagineerde wetgevende handeling geen winst of een ander voordeel mag bekomen<sup>64</sup>. Het bestaan van een foutloze aansprakelijkheid in hoofde van de wetgever voor een wetgevend handelen kan niet worden aangenomen indien de benadeelde partij op grond van de bestreden wet bepaalde voordelen heeft bekomen.

De principiële erkenning van een foutloze aansprakelijkheid in hoofde van de wetgever voor het wetgevend handelen ten spijt, heeft de Franse administratieve rechter tot op heden slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen tot een foutloze aansprakelijkheid van de Franse Staat voor het handelen van de wetgever in de uitoefening van de wetgevende taak besloten. P. Senkovic becijfert dat er haar tot 2000 slechts vier gevallen bekend zijn waarin de administratieve rechtscolleges uiteindelijk tot een aansprakelijkheid van de Republiek heeft besloten voor fouten begaan door de wetgever<sup>65</sup>. In een twintigtal andere arresten heeft de Raad van State de aansprakelijkheidsvordering voor fouten begaan door de wetgevende macht uiteindelijk verworpen. Sommige Franse auteurs besluiten dan ook dat de Raad van State, ondanks de principiële erkenning van een foutloze aansprakelijkheid van de wetgever voor wetgevend handelen in zijn arrest La Fleurette van 1938, deze erkenning in zijn latere rechtspraak systematisch heeft teruggeschroefd. Met de woorden van G. Morange:

*«le Conseil d'État n'a manqué aucune occasion, en effet, depuis 1938, de réduire la portée de l'assouplissement de sa jurisprudence antérieure, auquel il avait consenti dans l'arrêt «La Fleurette». La mise en jeu de la responsabilité du fait des lois s'est heurtée à des obstacles que le libellé, très libéral, de cette décision ne laissait point prévoir»*<sup>66</sup>.

Hierbij kan overigens nog worden opgemerkt dat ook het Belgische recht in een foutloze aansprakelijkheid van

<sup>64</sup> P. Senkovic, *op. cit.*, p. 208.

<sup>65</sup> Zie voor een beknopte bespreking van deze vier gevallen, P. Senkovic, *op. cit.*, p. 196. O. Gohin maakt in een bijdrage gepubliceerd in 1998 slechts melding van drie gevallen waarin uiteindelijk tot een foutloze aansprakelijkheid in hoofde van de wetgever werd besloten; cf. O. Gohin, *op. cit.*, p. 601.

<sup>66</sup> G. Morange, «Irresponsabilité de l'Etat législateur», *D.* 1962, *Chron.*, p. 163-165, zoals aangehaald door P. Senkovic, *op. cit.*, p. 196.

grave. Une simple diminution du chiffre d'affaires de la partie lésée ne sera généralement pas considérée comme un préjudice suffisamment grave. Il faut que le chiffre d'affaires de la partie lésée subisse une baisse exceptionnelle pour que l'on puisse conclure à un préjudice suffisamment grave dans le chef de cette partie.

La jurisprudence lie également le critère de la gravité suffisante du préjudice à la condition que la partie lésée ne puisse retirer de l'acte législatif visé aucun profit ni autre avantage<sup>64</sup>. L'existence d'une responsabilité sans faute dans le chef du législateur pour un acte législatif ne peut être acceptée lorsque la partie lésée a retiré certains avantages de la loi contestée.

En dépit de la reconnaissance de principe d'une responsabilité sans faute dans le chef du législateur pour les actes législatifs, le juge administratif français n'a, à ce jour, prononcé une responsabilité sans faute de l'État français pour l'activité du législateur dans l'exercice de sa mission législative que dans des cas très exceptionnels. P. Senkovic n'a dénombré, jusqu'à 2000, que quatre cas connus dans lesquels les juridictions administratives ont finalement conclu à une responsabilité de la République pour une faute commise par le législateur<sup>65</sup>. Dans une vingtaine d'autres arrêts, le Conseil d'État a finalement rejeté l'action en responsabilité pour des fautes commises par le pouvoir législatif. Certains auteurs français concluent dès lors que le Conseil d'État, malgré la reconnaissance de principe d'une responsabilité sans faute du législateur pour son activité législative dans son arrêt La Fleurette de 1938, a systématiquement affaibli cette reconnaissance dans sa jurisprudence ultérieure. Comme l'écrit M. Morange,

*«le Conseil d'État n'a manqué aucune occasion, en effet, depuis 1938, de réduire la portée de l'assouplissement de sa jurisprudence antérieure, auquel il avait consenti dans l'arrêt «La Fleurette». La mise en jeu de la responsabilité du fait des lois s'est heurtée à des obstacles que le libellé, très libéral, de cette décision ne laissait point prévoir»*<sup>66</sup>.

Au demeurant, on soulignera encore, à cet égard, que le droit belge prévoit lui aussi une responsabilité

<sup>64</sup> P. Senkovic, *op. cit.*, p. 208.

<sup>65</sup> Pour un commentaire concis de ces quatre cas, voir P. Senkovic, *op. cit.*, p. 196. O. Gohin ne mentionne, dans une contribution publiée en 1998, que trois cas ayant finalement conduit à une responsabilité sans faute dans le chef du législateur; cf. O. Gohin, *op. cit.*, p. 601.

<sup>66</sup> G. Morange, «Irresponsabilité de l'Etat législateur», *D.* 1962, *Chron.*, p. 163-165, cité par P. Senkovic, *op. cit.*, p. 196.

de publiekrechtelijke overheid voorziet voor inbreuken op het beginsel van de gelijkheid voor openbare lasten. Een dergelijke foutloze aansprakelijkheid wordt evenwel slechts uitzonderlijk toegestaan, gelet op de voorname rol die de Belgische rechtscollèges toekennen – in tegenstelling trouwens tot hun Franse collega's – aan het foutbegrip bij de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid <sup>67</sup>.

## 2. Overheidsaansprakelijkheid voor het handelen van de wetgevende macht in de uitvoering van de wetgevende taak

*2.1. Overheidsaansprakelijkheid gebaseerd op de schending van internationale of supranationale regelgeving, daarin mede begrepen de overheidsaansprakelijkheid voor inbreuken op communautaire rechtsregels.*

Het staat buiten kijf dat de aansprakelijkheid van de wetgevende macht in het gedrang komt wanneer de wetgever een rechtstreeks werkende communautaire rechtsregel miskent. Deze aansprakelijkheid vloeit voort uit een dubbele vaststelling:

– In de eerste plaats, zoals dit ook trouwens ook verder in meer detail zal worden toegelicht, legt de rechtspraak van het Hof van Justitie de lidstaten de verplichting op het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid zodanig te organiseren opdat inbreuken op (rechtstreeks werkende) communautaire regelgeving, ongeacht trouwens het publiekrechtelijke orgaan dat de overtreding zou begaan, op een afdoende en efficiënte wijze kunnen worden gesanctioneerd (*infra*, nr. 2.1.1).

– Ten tweede heeft het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid ook vorm gekregen op het internrechtelijke, Belgische niveau, deels in uitvoering van voormelde communautaire rechtspraak, hoewel de overheidsaansprakelijkheid internrechtelijk dan verankerd wordt op wetsbepalingen die ook al vóór de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie in dit verband werden gebruikt (*infra*, nr. 2.1.2).

### 2.1.1 Gemeenschapsrechtspraak

Zoals hierboven al werd aangegeven, heeft het Hof van Justitie in een aantal prejudiciële arresten geoor-

<sup>67</sup> Hierover: J.-L. Fagnart, «La garantie de l'égalité devant les charges publiques», in X. (ed.), *Liber Amicorum J. Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, p. 735. Zie trouwens de erkenning van dit algemeen beginsel in het jaarverslag opgesteld door het Hof van Cassatie in 2003, hoofdstuk IV, «De algemene rechtsbeginselen», p. 435, in het bijzonder p. 439.

sans faute de l'autorité publique pour les infractions au principe de l'égalité des charges publiques. Cette responsabilité sans faute n'est toutefois accordée que très exceptionnellement, compte tenu de l'importance éminente que les juridictions belges attribuent – contrairement à leurs homologues français – à la notion de faute dans l'appréciation de la responsabilité publique <sup>67</sup>.

## 2. Responsabilité de l'État pour les actes du législateur dans l'exécution de sa mission législative

*2.1. Responsabilité de l'État fondée sur la violation d'une réglementation internationale ou supranationale, y compris la responsabilité de l'État pour les infractions aux règles du droit communautaire*

La responsabilité du pouvoir législatif est incontestablement encourue lorsque le législateur méconnaît une règle du droit communautaire directement applicable. Cette responsabilité découle d'un double constat:

– Premièrement, ainsi qu'il sera expliqué de manière plus détaillée dans la suite du présent exposé, la jurisprudence de la Cour de justice impose aux États membres l'obligation d'organiser la doctrine de la responsabilité de l'État de manière que les infractions à la réglementation communautaire (assortie d'effet direct) puissent être sanctionnées efficacement, indépendamment d'ailleurs de l'organe de droit public qui commet l'infraction (*infra*, n° 2.1.1).

– Deuxièmement, la doctrine de la responsabilité de l'État a également pris forme au niveau du droit interne belge, en partie en exécution de la jurisprudence communautaire précitée, bien que la responsabilité de l'État soit alors ancrée, en droit interne, sur des dispositions légales déjà invoquées dans ce domaine avant l'existence de la jurisprudence précitée de la Cour de justice (*infra*, n° 2.1.2).

### 2.1.1 Jurisprudence communautaire

Ainsi qu'il a déjà été indiqué plus haut, la Cour a estimé, dans plusieurs arrêts préjudiciels, qu'il appar-

<sup>67</sup> Voir à ce sujet: J.-L. Fagnart, «La garantie de l'égalité devant les charges publiques», in X. (ed.), *Liber Amicorum J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 735. Voir également la reconnaissance de ce principe général dans le rapport annuel rédigé par la Cour de cassation en 2003, chapitre IV, «De algemene rechtsbeginselen», p. 435, en particulier p. 439.

deeld dat het aan de lidstaten toekomt om een afdoend en efficiënt leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid te organiseren dat toepassing kan krijgen telkens wanneer zij – of één van hun publiekrechtelijke organen – een communautaire rechtsregels miskennen.

Dit principe werd voor de eerste maal vastgelegd in het arrest Francovich van het Hof van Justitie van 19 november 1991<sup>68</sup>. In deze zaak had een lidstaat de verplichting waartoe ze op grond van artikel 189, par. 3 EG-verdrag gehouden was, miskend. Op grond van voormelde verdragsbepaling is een lidstaat verplicht om tijdig, binnen de voorgeschreven termijn, alle nodige maatregelen te nemen om een Richtlijn die aan de rechtzoekenden welbepaalde rechten toekent, om te zetten en deze rechten derhalve effectief te realiseren. Indien hiervoor een wetgevende tussenkomst is vereist, komt de aansprakelijkheid van de lidstaat in het gedrang in geval een ingrijpen van de wetgever binnen de vooropgestelde termijn, uiteindelijk uitblijft<sup>69</sup>. Het Hof verwijst hiervoor naar het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid van de betreffende lidstaat – een dergelijk leerstuk is op het Gemeenschapsrechtelijk niveau immers niet voorhanden –, maar omkadert dit leerstuk meteen aan de hand van een aantal minimale garanties waaraan de nationale regelgeving op het domein van de overheidsaansprakelijkheid moet voldoen<sup>70</sup>.

De Francovich-rechtspraak is achteraf door het Hof van Justitie hernomen en verder uitgediept in zijn arrest Brasserie du Pêcheur / Factortame van 5 maart 1996<sup>71</sup>. In deze zaak preciseert het Hof dat de overheidsaansprakelijkheid van een lidstaat voor de schade die een rechtzoekende zou lijden als gevolg van een miskening van communautaire regelgeving, ook in het gedrang kan komen wanneer de schadeveroorzakende handeling aan de nationale wetgever toegerekend kan worden, in zoverre althans een voldoende gekwalificeerde schending van een communautaire rechtsregel kan worden vastgesteld. In de concrete zaak was een inbreuk op artikel 30 EG-verdrag aan de orde als gevolg van een invoerverbod van bier dat niet aan de Duitse internrechtelijke vereisten voldeed en bovendien werd ingevoerd uit andere lidstaten.

<sup>68</sup> Gevoegde zaken nrs. C-6/90 en C-9/90 (Francovich e.a. c./ République van Italië), *Pub. H.v.J.* 1991, I, p. 5357. Deze rechtspraak werd bevestigd in het arrest Wagner Miret van het Hof van Justitie van 16 december 1993 dat eveneens betrekking had op Richtlijn C-334/92, *Pub. H.v.J.* 1993, I, p. 6911.

<sup>69</sup> Met betrekking tot deze problematiek, in het algemeen, H. Vuye, «Overheidsaansprakelijkheid wegens schending van het Europees Gemeenschapsrecht», *T.B.B.R.* 2003, p. 743.

<sup>70</sup> Over dit punt, naast de stelling van H. Vuye aangehaald in voormelde voetnoot, ook M. Mahieu en S. Van Drooghenbroeck, «La responsabilité de l'Etat législateur», *J.T.* 1998, 825, nr. 178 en de door deze auteurs aangehaalde referenties.

<sup>71</sup> Gevoegde zaken nrs. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur c./ Bundesrepublik Deutschland en The Queen c/ Secretary State for Transport, ex parte Factortame e.a.*), *Pub. H.v.J.* 1996, I, p. 1029.

tient aux États membres d'organiser souverainement et efficacement la doctrine de la responsabilité de l'État pouvant être appliquée chaque fois qu'ils – ou que l'un de leurs organes de droit public – méconnaissent une règle du droit communautaire.

Ce principe a été établi, pour la première fois, dans l'arrêt Francovich de la Cour de justice du 19 novembre 1991<sup>68</sup>. Dans cette affaire, un État membre avait méconnu l'obligation qui lui incombait en vertu de l'article 189, paragraphe 3, du Traité CE. En vertu de cette disposition, tout État membre est tenu de prendre, à temps et dans les délais prévus, toutes les mesures nécessaires à la transposition des directives accordant certains droits aux justiciables et, dès lors, de concrétiser ces droits de manière effective. Lorsqu'un acte législatif est nécessaire à cette fin, la responsabilité de l'État membre est mise en cause si, finalement, le législateur n'intervient pas dans le délai prévu<sup>69</sup>. La Cour renvoie à cet égard à la doctrine de la responsabilité de l'État en vigueur dans l'État membre visé – faute de doctrine de cette nature en droit communautaire – mais assortit cette doctrine de plusieurs garanties minimales auxquelles doit satisfaire la réglementation nationale en ce qui concerne la responsabilité de l'État<sup>70</sup>.

La jurisprudence Francovich a ensuite été confirmée et précisée par la Cour de justice dans l'arrêt Brasserie du pêcheur / Factortame du 5 mars 1996<sup>71</sup>. Cet arrêt précise que la responsabilité des États membres en raison des dommages subis par un justiciable pour violation de la réglementation communautaire peut également être engagée lorsque l'acte dommageable est imputable au législateur national, à condition toutefois qu'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit communautaire puisse être établie. Cette affaire avait trait à une violation de l'article 30 du Traité CE et concernait l'interdiction d'importer des bières non conformes aux dispositions de la législation interne allemande et importées d'autres États membres.

<sup>68</sup> Affaires jointes nos C-6/90 et C-9/90 (Francovich e.a. c./ République italienne), *Pub. C.d.j.* 1991, I, p. 5357. Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt Wagner Miret de la Cour de justice du 16 décembre 1993 se rapportant également à la directive C-334/92, *Pub. C.d.j.* 1993, I, p. 6911.

<sup>69</sup> Voir, concernant cette problématique en général: H. Vuye, «Overheidsaansprakelijkheid wegens schending van het Europees Gemeenschapsrecht», *T.B.B.R.* 2003, p. 743.

<sup>70</sup> Voir également sur ce point, outre la position de H. Vuye visée dans la note de bas de page précédente: M. Mahieu et S. Van Drooghenbroeck, «La responsabilité de l'Etat législateur», *J.T.* 1998, 825, n° 178 et les références citées par ces auteurs.

<sup>71</sup> Affaires jointes nos C-46/93 et C-48/93 (*Brasserie du pêcheur c./ République fédérale d'Allemagne et The Queen c/ Secretary State for Transport, ex parte Factortame e.a.*), *Pub. C.d.j.* 1996, I, p. 1029.



De voorwaarden waaraan het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid van een lidstaat minimaal moet voldoen, luiden volgens het Hof van Justitie als volgt:

– In de eerste plaats stelt het Hof van Justitie dat «(...) in die omstandigheden kent het gemeenschapsrecht een recht op schadevergoeding toe wanneer is voldaan aan drie voorwaarden, te weten dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, en ten slotte dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade» (overweging 51 van het arrest *Brasserie du Pêcheur / Factortame*).

– Bijkomend verplicht het Hof van Justitie de lidstaten om de rechtzoekende die beweerdelijk een nadeel heeft geleden als gevolg van de inbreuk op een communautaire rechtsregel, adequate en afdoende herstelmaatregelen aan te reiken.

Deze voorwaarden die het Hof van Justitie in zijn rechtspraak heeft opgesteld, zijn loutere minimumvereisten waaraan het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid in elke lidstaat minstens moet voldoen. Het staat een lidstaat derhalve vrij om strengere voorwaarden uit te werken en het toepassingsgebied van het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid ook buiten dit minimaal kader uitwerking te geven.

### 2.1.2 Internrechtelijke regelgeving

De evolutie die de Belgische rechtspraak heeft doorlopen met betrekking tot het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid, heeft de verschillende Staatsmachten die in de Grondwet zijn voorzien, stelselmatig binnen het bereik gebracht van voormelde fundamentele beginselen. Deze uitbreiding is ingevolge de cassatiearresten van 1 juni en 28 september 2006 die ook de wetgevende macht onder het toepassingsgebied van voormelde fundamentele beginselen hebben gebracht, voltooid. Behoudens hetgeen onder subtitel 2.3 *infra* nader gepreciseerd zal worden, krijgt de omschrijving van het foutbegrip van de publiekrechtelijke overheid waartoe het Hof van Cassatie in zijn arrest van 5 november 1920 voor de eerste maal is overgegaan en waarop het Hof sindsdien trouwens telkens heeft voortgebouwd, onverminderd toepassing op het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid voor handelingen gesteld door de wetgevende macht in de uitvoering van zijn wetgevende taak.

Het eerste luik van het foutbegrip zoals gedefinieerd door het Hof van Cassatie – te weten de miskenning door een publiekrechtelijke overheid van een welbepaalde rechtsnorm die deze overheid een resultaatsverbintenis

La Cour de justice a défini comme suit les conditions minimales applicables à un État membre en matière de responsabilité de ses pouvoirs publics:

– La Cour de justice indique tout d'abord que «(...) Dans de telles circonstances, un droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées.» (Considérant 51 de l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame*).

– D'autre part, la Cour de justice impose aux États membres de proposer des mesures de réparation efficaces et adéquates au justiciable qui soutient avoir subi un préjudice du fait de la violation d'une règle de droit communautaire.

Les conditions développées par la Cour de justice dans sa jurisprudence ne sont que les conditions minimales qui doivent être réunies dans chaque État membre en matière de responsabilité des pouvoirs publics. Les États membres ont donc la liberté d'élaborer des règles plus strictes et d'étendre le champ d'application de cette responsabilité au-delà des limites de ce cadre minimal.

### 2.1.2 Réglementation de droit interne

L'évolution de notre jurisprudence sur la responsabilité des pouvoirs publics a systématiquement fait entrer les différents pouvoirs de l'État, tels qu'ils sont prévus dans la Constitution, dans le champ d'application des principes fondamentaux précités. Cette extension a été parachevée par les arrêts des 1<sup>er</sup> juin et 28 septembre 2006 de la Cour de cassation, qui ont élargi l'application de ces principes au pouvoir législatif. Sous réserve de ce qui sera précisé *infra sub* 2.3., la notion de faute de l'autorité publique, telle qu'elle a été définie pour la première fois par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 novembre 1920 et que la Cour n'a du reste pas cessé de développer depuis lors, s'applique dès lors intégralement à la responsabilité de l'État du chef d'actes accomplis par le pouvoir législatif dans l'exécution de sa mission législative.

Le premier volet de la notion de faute définie par la Cour de cassation, à savoir la méconnaissance par l'autorité publique d'une norme juridique déterminée qui lui impose une obligation de résultat en lui prescrivant

oplegt in de vorm van de verplichting om een welbepaalde handeling te stellen of, omgekeerd, om deze handeling juist niet te stellen —, dringt zich onverminderd op aan de wetgever. Dit laatste vloeit zowel uit de algemene beginselen voort, als uit de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin het Hof de verhouding van rechtstreeks werkende communautaire rechtsregels tot het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid nader uitwerkt.

De voorwaarden waaronder de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels toepassing kunnen krijgen wanneer zij uitwerking geven aan deze communautaire rechtspraak, worden in de Belgische rechtsorde nochtans enger omschreven dan in de rechtspraak van het Hof te Luxemburg. Met dit laatste is als zodanig echter niets mis.

Het foutbegrip van artikel 1382 B.W. onderstelt immers niet het bestaan van een voldoende gekwalificeerde schending van de direct werkende communautaire rechtsregel. De Belgische onrechtmatige daadregels verplichten bovendien tot een volledig herstel; een louter billijke (of adequate) genoegdoening volstaat niet. Overigens kennen de arresten van het Hof van Justitie slechts een herstelmogelijkheid toe aan de personen die een rechtstreeks voordeel bekomen uit de direct werkende communautaire rechtsregel waarvan de overtreding wordt aangeklaagd. Het Belgische recht op zijn beurt, kent ook in geval de rechtsregel niet ten voordele komt van het slachtoffer, aan deze laatste het recht toe om herstel van zijn schade te vorderen.

De enkele bodemrechters die verwijzen naar het foutbegrip zoals dat door het Hof van Justitie in zijn rechtspraak werd gedefinieerd, kunnen derhalve niet worden bijgevalen. Het is trouwens ook om deze reden dat het Hof van Cassatie bij arrest van 14 januari 2000<sup>72</sup>, een arrest gewezen door het Hof van Beroep van Brussel van 5 juni 1998<sup>73</sup>, heeft gecasseerd wegens schending van de artikelen 1382 en 1383 B.W.<sup>74</sup>. Het Hof herinnerde in dit arrest uitdrukkelijk aan de voorwaarden van de overheidsaansprakelijkheid uit het interne recht, die ook toepassing krijgen wanneer ze uitvoering geven aan het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid in de gevallen waarin dat door het Hof van Justitie verplichtend wordt opgelegd.

<sup>72</sup> Pas. 2000, I, p. 102; R.W. 2000-2001, p. 1096 noot Van Oevelen.

<sup>73</sup> A.J.T. 1998-99, noot Ballon. Zie verder ook: Luik 12 februari 1998, J.L.M.B. 1998, p. 502.

<sup>74</sup> Dit arrest heeft betrekking op de aansprakelijkheid van een administratiefrechtelijke overheid in de uitvoering van zijn administratiefrechtelijke taak; het arrest ziet derhalve niet op de overheidsaansprakelijkheid voor het (niet-)handelen van de wetgever. De voorwaarden waaronder een overheidsaansprakelijkheid in geval van een inbreuk op een communautaire rechtsregel weerhouden kan worden, zijn echter in algemene bewoordingen gesteld zodat ze ook toepassing kunnen krijgen voor de gevallen waarbij een overheidsaansprakelijkheid vastgesteld wordt voor fouten begaan door de wetgever.

un comportement particulier ou, inversement, en le lui interdisant, s'applique même au législateur. Ceci résulte tant des principes généraux que de la jurisprudence de la Cour de justice dans laquelle la Cour élabore les rapports entre les règles de droit communautaire directement applicables et la doctrine de la responsabilité publique.

Mais les conditions dans lesquelles les règles de la responsabilité de droit commun peuvent être applicables lorsqu'elles mettent en œuvre cette jurisprudence communautaire, sont plus strictes dans notre droit interne que dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg — ce qui est parfaitement légitime.

En droit interne belge en effet, la notion de faute de l'article 1382 du Code civil ne doit pas consister dans une violation «suffisamment caractérisée» de la norme communautaire directement applicable. De plus, notre droit de la responsabilité impose une réparation intégrale et non simplement équitable (ou adéquate). Les arrêts de la Cour de justice n'accordent d'ailleurs un droit à la réparation qu'aux personnes qui tirent un avantage direct de la norme communautaire directement applicable dont elles dénoncent l'infraction. Le droit belge, en revanche, permet à la victime de demander une réparation même lorsque la norme n'est pas édictée spécialement en sa faveur.

C'est à tort, dès lors, que quelques juges du fond se réfèrent parfois à la notion de faute définie par la jurisprudence de la Cour de justice. Pour l'avoir fait, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 5 juin 1998<sup>72</sup> a été cassé par la Cour de cassation le 14 janvier 2000<sup>73</sup> pour violation des articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>74</sup>. La Cour rappelle explicitement, dans cet arrêt, les conditions de la responsabilité de l'État selon le droit interne, qui sont également applicables lorsqu'elles mettent en oeuvre la doctrine de la responsabilité de l'État dans les cas où la Cour de justice l'impose.

<sup>72</sup> Pas. 2000, I, p. 102; R.W. 2000-2001, p. 1096 note Van Oevelen.

<sup>73</sup> A.J.T. 1998-99, note Ballon. Voir aussi par exemple: Liège, 12 février 1998, J.L.M.B. 1998, p. 502.

<sup>74</sup> Cet arrêt ne concerne pas la responsabilité du législateur mais celle de l'autorité administrative dans sa fonction réglementaire; il définit cependant en termes généraux les conditions de la responsabilité de l'État en cas de violation d'une norme de droit communautaire, si bien que ces règles doivent aussi s'appliquer lorsque la responsabilité de l'État est constatée pour des fautes commises par le législateur.

Het geadieerde rechtscollege kan een inbreuk op een communautaire rechtsregel vaststellen zonder dat er eerst een tussenkomst van de communautaire rechter is vereist. Het is uiteraard mogelijk dat de beoordeling door de nationale rechter van de communautaire rechtsregel een interpretatieprobleem meebrengt waarvoor door middel van een prejudiciële vraag teruggekoppeld kan (of moet) worden naar het Hof van Justitie.

Voor enkele toepassingen in de rechtspraak waarbij een fout van de wetgever wordt aangenomen omdat hij niet tijdig de Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de Lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten<sup>75</sup> heeft omgezet, kan worden verwezen naar:

- Rb. Luik 19 maart 1997, *J.L.M.B.* 1997, p. 759.
- Rb. Brussel 13 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 126<sup>76</sup>.
- Luik 25 januari 1994, *Pas.* 1993, II, p. 50. Dit arrest is door het Hof van Cassatie gecasseerd, maar om redenen die vreemd zijn aan de onderzoeksproblematiek die ons hier interesseert.

Uiteraard moet het oorzakelijk verband tussen de fout en de beweerde schade genoegzaam worden vastgesteld; hierover Brussel 5 januari 2000, *R.W.* 2001-2002, p. 1103, waarvan de motieven overigens het principe van de aansprakelijkheid van de wetgevende macht in geval van een laattijdige omzetting van een richtlijn, herhalen.

Zoals ook al hoger werd aangestipt, brengt de wetgever zijn aansprakelijkheid ook in het gedrang in geval hij een rechtstreeks werkende verdragsregel miskent. Het staat de rechterlijke macht opnieuw vrij om in een dergelijk geval de foutaansprakelijkheid van de publiek-rechtelijke overheid vast te stellen en er bovendien de passende gevolgen aan te koppelen, zonder dat een andere rechter zich eerst over deze vraag moet uitspreken.

Het principe van de voorrang van internationale regelgeving werd bevestigd in het cassatiearrest *Le Ski* van 27 mei 1971<sup>77</sup>. De rechtsregels van een verdrag

<sup>75</sup> *Pub. EG* Nr. L 382 van 31 december 1986.

<sup>76</sup> Deze twee beslissingen weerhouden elk een fout in hoofde van de Staat wegens het laattijdig omzetten van Richtlijn. De eerste uitspraak wordt echter verkeerdelijk gebaseerd op het foutbegrip zoals dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie werd ontwikkeld.

<sup>77</sup> *Pas.* I., p. 886 en de conclusie van Procureur-generaal Ganshof van der Meersch, toen nog Advocaat-generaal.

La juridiction saisie peut constater la violation d'une règle de droit communautaire, sans intervention préalable du juge communautaire. Bien entendu, il se peut que l'appréciation de la norme communautaire par le juge national pose un problème d'interprétation, et qu'elle puisse (ou doive) être à nouveau soumise à la Cour de Justice par le biais d'une question préjudicielle.

Pour certaines applications dans la jurisprudence, lorsqu'il est retenu une faute du législateur parce que celui-ci n'a pas transposé dans les délais la Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants<sup>75</sup>, il est possible de se référer à:

- Trib. Liège 19 mars 1997, *J.L.M.B.* 1997, p. 759.
- Civ. Bruxelles 13 février 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 126<sup>76</sup>.
- Liège 25 janvier 1994, *Pas.* 1993, II, p. 50. Cet arrêt a été cassé par la Cour de Cassation, mais pour des raisons qui sont étrangères à la problématique de recherche qui nous intéresse ici.

Bien entendu, le lien de causalité entre la faute et le dommage allégué doit être suffisamment établi; à ce propos Bruxelles 5 janvier 2000, *R.W.* 2001-2002, p. 1103, dont les motifs réaffirment d'ailleurs le principe de la responsabilité du pouvoir législatif en cas de retard dans la transposition d'une directive.

Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, le législateur engage également sa responsabilité lorsqu'il méconnaît une norme conventionnelle directement applicable. Ici encore, le pouvoir judiciaire a toute latitude, dans un tel cas, d'établir la responsabilité pour faute des pouvoirs publics, mais également d'y associer les conséquences qu'il convient d'en tirer, sans qu'un autre juge ne doive d'abord se prononcer sur la question.

Le principe de la prééminence de la législation internationale a été confirmé dans l'arrêt de cassation *Le Ski* du 27 mai 1971<sup>77</sup>. Les règles de droit établies par un

<sup>75</sup> *JOCE* n° L 382 du 31 décembre 1986.

<sup>76</sup> Ces deux décisions retiennent chacune une faute dans le chef de l'État pour transposition tardive d'une Directive. Le premier jugement est toutefois basé (erronément) sur la notion de faute telle qu'elle a été développée dans la jurisprudence de la Cour de Justice.

<sup>77</sup> *Pas.* I., p. 886 et les conclusions du Procureur général Ganshof van der Meersch, qui était alors encore Avocat général.

hebben rechtstreekse werking indien het verdrag zulks uitdrukkelijk voorschrijft, dan wel wanneer de betreffende verdragsrechtelijke regel rechtsgevolgen kan krijgen in de interne rechtsorde zonder dat daarvoor eerst de nodige omzetting- of uitvoeringsmaatregelen moeten worden getroffen. Verdragsregels die de publiekrechtelijke overheden een welbepaald handelen of nalaten opleggen, hebben in de meeste gevallen rechtstreekse werking.

Dergelijke verdragsregels verplichten de wetgever (of eender andere staatsmacht) tot een welbepaald (niet-) handelen. Indien de wetgever een dergelijke verdragsregel miskent, begaat hij een fout die, in geval deze fout een rechtzoekende schade toebrengt, de aansprakelijkheid van de overheid in het gedrang brengt.

Deze hypothese is uitdrukkelijk voorzien in het hoger aangehaalde cassatiearrest van 25 oktober 2004 waarin het Hof de algemene beginselen van de overheidsaansprakelijkheid oplijst. Het arrest heeft betrekking op de aansprakelijkheid van een administratiefrechtelijke overheid, maar dezelfde rechtsregels dringen zich gelijkelijk ook op aan de wetgevende macht. Dit arrest verwijst met zoveel woorden immers naar de rechtsregels «van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, waarbij deze overheid verplicht is niet te doen of op een bepaalde manier wel iets te doen»<sup>78 79</sup>.

De wetgever brengt de overheidsaansprakelijkheid eveneens in het gedrang indien hij nalaat om bestaande wetgeving aan te passen teneinde deze in overeenstemming te brengen met rechtstreeks werkende internationale regelgeving.

Het is in dit verband trouwens dat in het cassatiearrest van 28 september 2006 een bijzonder probleem rijst, waarop we ook verder meer in detail zullen ingaan: deze hypothese houdt verband met de toepassing van internationale of supranationale rechtsregels die zich aan een staat opdringen – in het concrete geval, de artikelen 6 en 13 EVRM – en die meerbepaald voorschrijven dat een gerechtelijke procedure binnen een redelijke termijn afgehandeld moet worden, waarbij ook vereist is dat dit door de rechtzoekende ook nuttig afgedwongen kan worden. Dat deze verdragsnormen zich aan de overheid opdringen, wordt trouwens algemeen erkend.

<sup>78</sup> Pas. I, p. 1667 en de conclusie van Procureur-generaal Leclercq en de bijhorende annotaties; *J.L.M.B.* 2005, p. 106, noot De Roy. Zie verder de webstek van het Hof (nr. S.030072.F) voor de conclusie van het openbaar ministerie en annotaties. In dezelfde zin ook Cass. 14 januari 2000, *Pas. I*, p. 33 (motieven van de beslissing).

<sup>79</sup> Eigen markering.

traité sont directement applicables, si le traité le prévoit expressément, ou au moment où la règle conventionnelle concernée peut produire des effets juridiques dans l'ordre juridique interne sans qu'il soit nécessaire que des mesures de transposition ou d'exécution soient prises préalablement. Les règles conventionnelles qui imposent aux autorités publiques une obligation bien précise de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée sont, dans la majorité des cas, directement applicables.

De telles règles établies par des traités obligent le législateur (ou tout autre pouvoir de l'État) à (ne pas) accomplir un acte bien précis. Si le législateur méconnaît une telle règle établie par des traités, il commet une faute qui, au cas où elle porterait préjudice à un justiciable, engagerait la responsabilité des pouvoirs publics.

Cette hypothèse est expressément prévue dans l'arrêt de cassation susmentionné du 25 octobre 2004, dans lequel la Cour énumère les principes généraux de la responsabilité des pouvoirs publics. L'arrêt porte sur la responsabilité d'une autorité administrative, mais les mêmes règles de droit s'imposent aussi progressivement au pouvoir législatif. Cet arrêt renvoie en effet aux règles «établies par un traité international qui s'applique directement dans le droit interne, créant pour ce pouvoir public une obligation de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée»<sup>78 79</sup>.

La responsabilité du législateur serait également encourue s'il s'abstenait d'intervenir pour modifier des lois existantes afin de les mettre en concordance avec des normes internationales ayant effet direct.

C'est d'ailleurs à ce propos que l'arrêt du 28 septembre 2006 soulève une question spécifique que nous examinons plus en détail ci-après: cette hypothèse a trait à l'application de règles internationales ou supranationales qui s'imposent aux États, – à savoir, dans le cas d'espèce, les articles 6 et 13 de la CEDH – qui édictent notamment que le procès du justiciable soit traité dans un délai raisonnable et que ce justiciable dispose d'un recours effectif à cet effet. Il est, du reste, communément admis que ces normes résultant d'un traité s'imposent aux autorités publiques.

<sup>78</sup> Pas. I, p. 1667 et les conclusions du Procureur général Leclercq et les annotations qui s'y rapportent; *J.L.M.B.* 2005, p. 106, note De Roy. Voir également le site internet de la Cour (n° S.030072.F) pour les conclusions du ministère public et les annotations. Dans le même sens, voir également Cass. 14 janvier 2000, *Pas. I*, p. 33 (motifs de la décision).

<sup>79</sup> Souligné par nous.

Het EVRM laat de verdragsstaten evenwel een ruime appreciatiebevoegdheid met betrekking tot de wijze waarop (en de middelen waarmee) ze de verschillende verdragsbepalingen toepassing geven. Niettegenstaande deze ruim omschreven appreciatiebevoegdheid, is het Hof van Cassatie van oordeel dat de rechterlijke macht toezicht kan houden op de wijze (en de middelen) die de staat, en in het concrete geval de wetgever, heeft gekozen om de onderliggende doelstellingen van het verdrag te realiseren. Het Hof stelt meerbepaald dat:

«Een rechtbank van de rechterlijke orde die heeft kennisgenomen van een vordering tot herstel van schade veroorzaakt door een foutieve aantasting van een recht dat is vastgelegd door een hogere norm die de Staat een verplichting oplegt, is bevoegd om na te gaan of de wetgevende macht op passende of toereikende wijze zijn wetgevende opdracht heeft uitgevoerd zodat de Staat die verplichting kan nakomen, ook al verleent de norm die ze oplegt de wetgever de macht om te beoordelen welke middelen moeten worden aangewend om de naleving ervan te verzekeren»<sup>80</sup>.

De rechterlijke macht kan zich volgens het Hof van Cassatie derhalve beroepen op het tweede foutbegrip om het bestaan van een fout in hoofde van de staat te beoordelen, in zoverre zulks nodig was om de inbreuk op het legaliteitsbeginsel (dat deel uitmaakt van het eerste foutbegrip) te beoordelen.

Naar het oordeel van het Hof van Cassatie en binnen de hierboven nader omschreven grenzen, hebben de rechtscolleges derhalve de mogelijkheid om hun eigen beoordeling in de plaats te stellen van de wetgevende beoordelingsvrijheid.

De mogelijkheid die het Hof van Cassatie in zijn arrest van 28 september 2006 aan de gewone rechtscolleges laat, wordt onderschreven door een aantal auteurs<sup>81</sup>. De rechtsleer is nochtans niet eensluidend, en sommige auteurs hebben voormelde oplossing dan ook betwist, soms in categorieke termen<sup>82</sup>, soms eerder voorzichtig of zelfs in eerder aarzelende bewoordingen<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Eigen markering.

<sup>81</sup> Met goedkeurende noten van A. Van Oevelen, *op. cit.*, *R.W.* 2006-2007, p. 1124; J. Van Compernelle en P. Verdussen, «La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire», *J.T.* 2007, p. 439 en volgende; C. Verbruggen, *op. cit.*, p. 323.

<sup>82</sup> M. Uyttendaele, «Du réflexe salutaire à l'ivresse du pouvoir - Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation Église universelle du Royaume de Dieu et F.J.», *J.L.M.B.* 2006, p. 1554.

<sup>83</sup> R. Ergéc, «Quelques doutes sur la soumission du législateur au droit commun de la responsabilité civile», *J.T.* 2007, p. 440; A. Alen, «La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur», *J.T.* 2008, p. 97, nr. 19.

La CEDH laisse toutefois un large pouvoir d'appréciation aux États destinataires de ses règles quant aux modalités (et aux moyens) de mise en œuvre permettant de les appliquer. Malgré ce large pouvoir d'appréciation, la Cour de cassation a considéré que le pouvoir judiciaire pouvait exercer un contrôle sur la manière (et les moyens) choisis par l'État, en l'espèce le pouvoir législatif, pour atteindre les objectifs sous-jacents de la Convention. La Cour a notamment considéré que:

«Saisi d'une demande tendant à la réparation d'un dommage causé par une atteinte fautive à un droit consacré par une norme supérieure imposant une obligation à l'État, un tribunal de l'ordre judiciaire a le pouvoir de contrôler si le pouvoir législatif a légiféré de manière adéquate ou suffisante pour permettre à l'État de respecter cette obligation, lors même que la norme qui la prescrit laisse au législateur un pouvoir d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour en assurer le respect.»<sup>80</sup>.

Selon la Cour de cassation, le pouvoir judiciaire peut dès lors invoquer le second critère de la faute pour apprécier l'existence d'une faute dans le chef de l'État, afin d'apprécier, pour autant que de besoin, la violation du principe de légalité (correspondant au premier critère de la faute).

À l'estime de la Cour de cassation et dans les limites définies ci-dessus, les juridictions ont donc la possibilité de substituer leur appréciation à la liberté d'appréciation du législateur.

Certains auteurs approuvent la possibilité laissée par la Cour de cassation, dans son arrêt du 28 septembre 2006, aux juridictions ordinaires<sup>81</sup>. La doctrine n'est cependant pas unanime et d'aucuns ont donc contesté la solution précitée, en termes tantôt catégoriques<sup>82</sup>, tantôt prudents, voire interrogateurs<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Souligné par nous.

<sup>81</sup> Cf. dans le sens de l'approbation de la solution consacrée par l'arrêt: A. Van Oevelen, note citée sous l'arrêt in *R.W.* 2006-2007, p. 1124. - J. Van Compernelle et P. Verdussen, «La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire», *J.T.* 2007, p. 433, cité p. 439 et suiv. - C. Verbruggen, note sous l'arrêt du 28 septembre 2006, *R.A.B.G.* 2007, p. 323.

<sup>82</sup> M. Uyttendaele, «Du réflexe salutaire à l'ivresse du pouvoir - Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation Église universelle du Royaume de Dieu et F.J.», *J.L.M.B.* 2006, p. 1554.

<sup>83</sup> R. Ergéc, «Quelques doutes sur la soumission du législateur au droit commun de la responsabilité civile», *J.T.* 2007, p. 440; A. Alen, «La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur», *J.T.* 2008, p. 97, n° 19.

## 2.2 .Band met de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof

Op welke wijze de overheidsaansprakelijkheid voor het handelen van de wetgevende macht zich juist verhoudt tot de toetsingbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof, komt in de cassatiearresten van 1 juni en 28 september 2006 niet aan bod. In de conclusie van Procureur-generaal J.-F. Leclercq bij het cassatiearrest van 28 september 2006 komt deze verhouding wel kort ter sprake.

Twee punten worden verder beknopt toegelicht:

– In de eerste plaats wordt betoogd dat een veroordeling door het Grondwettelijk Hof, meteen een fout uitmaakt in hoofde van overheid voor het optreden van de wetgevende macht, die aanleiding kan geven tot een herstellvordering voor de gewone rechtscolleges.

– In de tweede plaats wordt voorgesteld om het aansprakelijkheidsrisico van de overheid voor ondeugdelijke wetgeving te beperken door aan het Grondwettelijk Hof in alle gevallen, zowel in het raam van een vernietigingsprocedure als naar aanleiding van een prejudiciële vraag, de bevoegdheid toe te kennen om de terugwerkende kracht van zijn beslissing te milderen en bovendien een termijn te stellen waarbinnen de wetgever de vastgestelde ongrondwettigheid moet herstellen.

### 2.2.1 Fout van de wetgevende macht en arrest van het Grondwettelijk Hof

Procureur-generaal J.-F. Leclercq stelt in zijn conclusie bij het cassatiearrest van 28 september 2006 (i) dat het Grondwettelijk Hof uitsluitend bevoegd is om over de grondwettigheid van wetgevende akten uitspraak te doen en (ii), wanneer het Grondwettelijk Hof oordeelt dat een wetsregel één van de referentienormen schendt die binnen zijn bevoegdheid vallen, deze ongrondwettigheid meteen een fout uitmaakt in hoofde van de wetgevende macht die tot een overheidsaansprakelijkheid aanleiding kan geven<sup>84</sup>. Een dergelijke stelling wordt ook bijgevallen door een meerderheid van auteurs en (lagere) rechtscol-

<sup>84</sup> De stelling als zou een door het Grondwettelijk Hof vastgestelde ongrondwettigheid een fout uitmaken, wordt door de rechtsleer onderbouwd met verwijzing naar M. Leroy, die in een bijdrage gepubliceerd in 1991 met verwijzing naar de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof waarin aan het Arbitragehof onder meer een schorsingsbevoegdheid werd toegekend, beargumenteerde dat in alle gevallen waarin de rechtzoekende een nadeel ondervond van een wetgevend handelen dat in strijd verklaard was met grondwettelijke regelgeving, hij aanspraak kon maken op een schadevergoeding. Hierover: M. Leroy, «Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif», in: X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, p. 320-331, nrs. 24-34 zoals aangehaald door A. Alen, *op. cit.*, p. 11.

## 2.2. Le lien avec la compétence de contrôle de la Cour constitutionnelle

Les arrêts du 1<sup>er</sup> juin et du 28 septembre 2006 rendus par la Cour de cassation ne précisent pas quel est exactement le rapport entre la responsabilité de l'État pour les actes du pouvoir législatif et la compétence de contrôle de la Cour constitutionnelle. En revanche, les conclusions du procureur général J.-F. Leclercq dans l'arrêt de Cassation du 28 septembre 2006 abordent brièvement ce rapport.

Deux points sont par ailleurs brièvement exposés:

– En premier lieu, il est soutenu qu'une condamnation par la Cour constitutionnelle implique automatiquement une faute dans le chef de l'État pour les actes du pouvoir législatif, pouvant donner lieu à une action en réparation devant les juridictions ordinaires.

– En second lieu, il est proposé de limiter le risque de la responsabilité publique pour législation défectueuse en permettant, dans tous les cas, tant dans le cadre d'une procédure en annulation qu'à la suite d'une question préjudicielle, à la Cour constitutionnelle de modérer l'effet rétroactif de sa décision et de fixer, en outre, un délai dans lequel le législateur est tenu de remédier à l'inconstitutionnalité constatée.

### 2.2.1 Faute du pouvoir législatif et arrêt de la Cour constitutionnelle

Le procureur général J.-F. Leclercq considère, dans ses conclusions avant l'arrêt de la Cour de Cassation du 28 septembre 2006, (i) que seule la Cour constitutionnelle est habilitée à se prononcer sur la constitutionnalité d'actes législatifs et (ii) que lorsque la Cour constitutionnelle juge qu'une règle législative viole une des normes de référence relevant de sa compétence, cette inconstitutionnalité constitue une faute dans le chef du pouvoir législatif pouvant entraîner une responsabilité de la puissance publique<sup>84</sup>. Cette thèse est également défendue par une majorité d'auteurs et de juridictions

<sup>84</sup> La thèse selon laquelle une inconstitutionnalité constatée par la Cour constitutionnelle constitue une faute est étayée par la doctrine, qui renvoie à M. Leroy, lequel, dans un article publié en 1991 concernant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage qui confère notamment à la Cour d'arbitrage un pouvoir de suspension, a avancé que, dans tous les cas où un justiciable était lésé en raison d'un acte législatif déclaré contraire à une règle constitutionnelle, il pouvait prétendre à des dommages-intérêts. À ce sujet: M. Leroy, «Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif», in: X. (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 320-331, nos 24-34, cité par A. Alen, *op. cit.*, p. 11.

leges: volgens de meerderheidsopvatting behoort het uitsluitend aan het Grondwettelijk Hof om over de grondwettigheid van wetgevende akten uitspraak te doen<sup>85</sup> en houdt een veroordelingbeslissing van het Grondwettelijk Hof meteen ook een voldoende bewijs in van een fout in hoofde van de overheid voor het optreden van de wetgevende macht die de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in het gedrang brengt.

(i) Eenheid van ongrondwettigheid en fout

Een fout van de wetgevende macht, ongeacht trouwens of deze fout vastgesteld wordt tijdens een vernietigingsprocedure of naar aanleiding van een prejudiciële vraag, kan zowel voortvloeien uit een wetgevende norm die strijdig verklaard wordt met een grondwettelijke regel, alsook in het geval van een leemte in de wetgeving<sup>86</sup>. Een wetgevend verzuim kan overigens uiteenlopende vormen aannemen, zoals ook duidelijk beschreven wordt door J. Van Compernelle en M. Verdussen<sup>87</sup>.

Deze hypothese krijgt ook toepassing in het geval de ongrondwettigheid voortvloeit uit een wetgevende leemte, wanneer de wetgever hiervoor door het Grondwettelijke Hof is veroordeeld<sup>88</sup>.

De beide gevallen – handelen en verzuim – brengen gelijkelijk de aansprakelijkheid van de overheid voor het (niet-)handelen van de wetgevende macht in de uitvoering van de wetgevende taak in het gedrang<sup>89</sup>. In zijn conclusie bevestigt Procureur-generaal J.-F. Leclercq uitdrukkelijk dat de onrechtmatige daadregels van de artikelen 1382 en volgende B.W., minstens wat de toepassingsvoorwaarden betreft waaronder een aanspra-

<sup>85</sup> Hierover, met verdere verwijzingen, A. Alen, *op. cit.*, p. 9.

<sup>86</sup> Het niet aannemen van wetgeving bijvoorbeeld, hoewel de wetgever daartoe op grond van grondwettelijke, internationale of supranationale regels verplicht zou zijn, kan volgens Procureur-generaal J.-F. Leclercq de aansprakelijkheid van de wetgever in het gedrang brengen. Uitgezonderd het geval van noodzaak (zoals in de gevallen van waarin een wetgevend optreden noodzakelijk is met het oog op het vrijwaren van de voedselveiligheid of het voorkomen van een milieuverontreiniging) of om de fundamentele rechten en vrijheden zoals opgenomen in het EVRM te vrijwaren, lijkt het, in geval er geen zo'n hogere norm de wetgever aanzet tot wetgevend optreden, veel moeilijker om de wetgever een fout tegen te stellen voor een nalaten.

<sup>87</sup> J. van Compernelle en M. Verdussen, *op. cit.*, p. 435 et seq.

<sup>88</sup> In deze zin, naast de hierboven al aangehaalde studie van J. Van Compernelle en M. Verdussen, ook H. Vuye, «Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever», in H. Vandenberghe (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2005, p. 125, nr. 37; R. Ergéc, *op. cit.*, p. 296, nr. 17.

<sup>89</sup> Procureur-generaal J.-F. Leclercq maakt in zijn conclusie bij het cassatiearrest een vergelijking met de rechtspraak van de Raad van State: ook daar houdt een vernietigingsarrest een voldoende bewijs in van het bestaan van een buitencontractuele fout in hoofde van de publiekrechtelijke overheid, die tot een onrechtmatige daad-aansprakelijkheid op grond van de gemeenrechtelijke onrechtmatige daadregels van de artikelen 1382 en volgende B.W. aanleiding kan geven.

(inférieures): selon la conception majoritaire, seule la Cour constitutionnelle a le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité d'actes législatifs<sup>85</sup> et une condamnation par la Cour constitutionnelle constitue également d'emblée une preuve suffisante d'une faute dans le chef du pouvoir législatif, qui peut engager la responsabilité civile de la puissance publique.

(i) L'unité de l'inconstitutionnalité et de la faute

Une faute du pouvoir législatif – qu'elle soit constatée au cours d'une procédure en annulation ou à la suite d'une question préjudicielle – peut tant découler d'une norme législative déclarée contraire à une règle constitutionnelle que d'une lacune dans la législation<sup>86</sup>. Une carence législative peut d'ailleurs prendre des formes diverses, ainsi que l'indiquent clairement J. Van Compernelle et M. Verdussen<sup>87</sup>.

Cette hypothèse s'applique également lorsque l'inconstitutionnalité découle d'un vide juridique qui a entraîné la condamnation du législateur par la Cour constitutionnelle<sup>88</sup>.

Ces deux cas – action et omission – sont chacun susceptibles d'engager la responsabilité des pouvoirs publics du chef de l'(in)action du pouvoir législatif dans l'exercice de sa mission législative<sup>89</sup>. Dans ses conclusions, le procureur général J.-F. Leclercq confirme expressément que les règles de la faute inscrites dans les articles 1382 et suivants du Code civil n'opèrent pas de distinction entre l'action et l'abstention du pouvoir

<sup>85</sup> À ce sujet, avec divers renvois, A. Alen, *op. cit.*, p. 9.

<sup>86</sup> Ainsi, d'après le procureur général J.-F. Leclercq, le législateur peut voir sa responsabilité engagée lorsqu'il reste en défaut de légiférer, en dépit de l'obligation qui lui en est faite par des normes constitutionnelles, internationales ou supranationales. En l'absence d'une telle norme supérieure engageant le législateur à légiférer, il semble beaucoup plus difficile d'imputer à ce dernier une faute du chef de négligence, sauf en cas de nécessité (par exemple, les cas dans lesquels une intervention législative est nécessaire en vue de garantir la sécurité alimentaire ou de prévenir la pollution de l'environnement) ou lorsqu'il s'agit de garantir le respect des droits et libertés fondamentaux inscrits dans la CEDH.

<sup>87</sup> J. van Compernelle et M. Verdussen, *op. cit.*, p. 435 et seq.

<sup>88</sup> En ce sens, outre l'étude précitée de J. Van Compernelle et M. Verdussen, voir H. Vuye, «Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever», in H. Vandenberghe (ed.), *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2005, p. 125, n° 37; R. Ergéc, *op. cit.*, p. 296, n° 17.

<sup>89</sup> Dans ses conclusions avant l'arrêt de la Cour de cassation, le procureur général J.-F. Leclercq opère une comparaison avec la jurisprudence du Conseil d'État: un arrêt d'annulation rendu par cette juridiction constitue également une preuve suffisante de l'existence, dans le chef de l'autorité de droit public, d'une faute extra-contractuelle susceptible d'entraîner sa responsabilité pour faute sur la base des règles du droit commun de la faute contenues dans les articles 1382 et suivants du Code civil.

kelijkheid van de publiekrechtelijke overheid kan worden bevolen, geen onderscheid maken tussen een handelen en een verzuim van de wetgevende macht <sup>90</sup>.

Omdat de grondwetstoetsing voorbehouden is aan het Grondwettelijk Hof, is de gewone rechter volgens de rechtsliteratuur verhinderd om een schadevergoeding toe te kennen wegens de beweerde strijdigheid van een wetgevende norm met een grondwettelijke regel die tot de referentieregels van het Grondwettelijk Hof behoort, in geval het Grondwettelijk Hof zich nog niet over deze beweerde schending heeft kunnen uitspreken <sup>91</sup>. In een dergelijk geval moet de gewone rechter eerst een prejudiciële vraag richten tot het Grondwettelijk Hof over de verenigbaarheid van de wetgevende regel met de Grondwet <sup>92</sup>. Het is enkel wanneer het Grondwettelijk Hof de betwiste norm ongrondwettig verklaart, dat een fout in hoofde van de wetgevende macht komt vast te staan.

Een ongrondwettigheid die vastgesteld wordt in een arrest van het Grondwettelijk Hof stelt een fout vast in hoofde van de publiekrechtelijke overheid, hetgeen volstaat om een vordering tot schadevergoeding in te leiden voor de gewone rechtscolleges. De rechtsliteratuur, daarin overigens bijgevallen door de lagere rechtspraak, stelt meestal niet als bijkomende voorwaarde dat de wetgever bij het overtreden van de Grondwet ook de algemene zorgvuldigheidsverplichting heeft miskend <sup>93</sup>.

#### (ii) Overige gevallen?

Veel minder eensluidend is de rechtsliteratuur over de vraag of de gewone rechter ook in andere gevallen, buiten de hypothese waarin het Grondwettelijk Hof de ongrondwettigheid van de betwiste rechtsnorm heeft vastgesteld, een schadevergoeding kan toekennen op grond van een fout voor ondeugdelijke wetgeving <sup>94</sup>. Deze vraag is bijvoorbeeld aan de orde in het geval de betwiste wetgevende norm (of nog, een wetgevend verzuim) beweerdelijk de algemene zorgvuldigheidsnorm schendt, die zich, althans volgens een deel van de rechtsleer, ook aan de wetgever opdringt. Een wetgever die zich niet

législatif, du moins en ce qui concerne les conditions d'application à respecter en matière de responsabilité des pouvoirs publics <sup>90</sup>.

Étant donné que le contrôle de constitutionnalité est réservé à la Cour constitutionnelle, la doctrine considère que le juge ordinaire ne peut pas accorder réparation pour la prétendue violation, par une norme législative, d'une disposition constitutionnelle faisant partie des normes de référence de la Cour constitutionnelle et sur laquelle cette Cour ne s'est pas encore prononcée <sup>91</sup>. Dans un tel cas, le juge ordinaire doit d'abord poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité de la norme législative avec la Constitution <sup>92</sup>. Une faute ne pourra être constatée dans le chef du pouvoir législatif que si la Cour constitutionnelle prononce l'inconstitutionnalité de la norme contestée.

Une inconstitutionnalité épinglée dans un arrêt de la Cour constitutionnelle constate une faute dans le chef de l'autorité publique, et suffit pour introduire une action en réparation devant les juridictions ordinaires. La littérature juridique, du reste suivie en cela par la jurisprudence des juridictions inférieures, n'impose généralement pas comme condition supplémentaire que le législateur ait également, en violant la Constitution, méconnu l'obligation générale de prudence à laquelle il est tenu <sup>93</sup>.

#### (ii) Autres cas?

La littérature juridique est beaucoup plus partagée quant à savoir si le juge ordinaire peut également accorder une réparation pour une faute en cas de législation défectueuse dans d'autres cas, hormis l'hypothèse dans laquelle la Cour constitutionnelle a établi l'inconstitutionnalité de la norme juridique contestée <sup>94</sup>. Cette question se pose par exemple lorsque la norme législative contestée (ou la carence législative) viole prétendument l'obligation de prudence qui s'impose également, selon une partie de la doctrine du moins, au législateur. Un législateur qui n'agit pas de la manière raisonnable et

<sup>90</sup> Conclusie advocaat-generaal J.-F. Leclercq, *J.T.* 2006, p. 599, tweede kolom. Voor een enigszins verschillende opvatting: R. Ergec, *op. cit.*, p. 293, nr. 10. Deze auteur betoogt dat een verzuim van de wetgever deels verschillend behandeld moet worden dan een nalaten van de uitvoerende macht. Hierover ook: A. Alen, *op. cit.*, p. 8.

<sup>91</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 9.

<sup>92</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 9.

<sup>93</sup> Zie hierover A. Alen, *op. cit.*, p. 13. Sommige auteurs lijken nochtans in de richting van een dergelijke dubbele standaard te gaan en vereisen bijkomend een «voldoende gekwalificeerde schending». Zie hierover ook de bijdrage van A. Alen, *op. cit.*, p. 13.

<sup>94</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 9.

<sup>90</sup> Conclusions de l'avocat général J.-F. Leclercq, *J.T.* 2006, p. 599, deuxième colonne. Pour une conception quelque peu différente: R. Ergec, *op. cit.*, p. 293, n° 10. Cet auteur estime qu'une carence du législateur doit être traitée un peu différemment d'une négligence du pouvoir exécutif. À cet égard, voir également: A. Alen, *op. cit.*, p. 8.

<sup>91</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 9.

<sup>92</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 9.

<sup>93</sup> Voir à ce sujet A. Alen, *op. cit.*, p. 13. Certains auteurs semblent néanmoins enclins à une telle double norme et requièrent pour le surplus une «violation suffisamment qualifiée». Voir également à ce sujet la contribution de A. Alen, *op. cit.*, p. 13.

<sup>94</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 9.



gedraagt zoals het een redelijk en zorgvuldig wetgever geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden betaamt, zou buitencontractueel aansprakelijk gesteld kunnen worden en voor vergoeding in rechte aangesproken kunnen worden.

Sommige auteurs beantwoorden voormelde vraag zonder meer negatief en stellen dat de overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving enkel in het gedrang kan komen wanneer het Grondwettelijk Hof de ongrondwettigheid van de wetgevende normen heeft vastgesteld, hetzij in het raam van een vernietigingsarrest, hetzij naar aanleiding van een prejudiciële vraag<sup>95</sup>. A. Alen bijvoorbeeld, stelt wat dit laatste betreft, dat het voor de gewone rechter immers onmogelijk is:

«om, mede gelet op het door de Grondwet aan het Grondwettelijk Hof voorbehouden monopolie van grondwettigheidstoetsing van wetgevende normen, in geval van ongrondwettigheid van een wetgevende norm, zelf de reden van de aansprakelijkheid vast te stellen zodat, enerzijds, eerst de grondwettigheid door het Grondwettelijk Hof moet worden vastgesteld, en, anderzijds, alleen de grondwetsbepalingen waarvoor dat Hof bevoegd is, aanleiding kunnen geven tot schadevergoeding»<sup>96</sup>.

Deze laatste discussie, die de contouren van de overheidsaansprakelijkheid voor ondeugdelijke wetgeving afbakt buiten het geval waarin het Grondwettelijk Hof de ongrondwettigheid van de litigieuze wetgevende norm (of het litigieuze wetgevende verzuim) heeft vastgesteld, wordt in meer detail uitgewerkt in titel 2.3 *infra*.

<sup>95</sup> Een dergelijke opvatting, waarbij de gewone rechter enkel een schadevergoeding kan toekennen in geval van een arrest van het Grondwettelijk Hof waarin de betwiste wetgevende norm ongrondwettig wordt verklaard, heeft ook tot gevolg dat de schadevergoedingsregeling voor wetgeving die strijdig is met de Grondwet enger is dan de sanctiëringsbevoegdheid van de gewone rechtscolleges voor schendingen van bepalingen van Europees Gemeenschapsrecht, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens («EVRM») of andere, rechtstreeks werkende regels van internationaal of supranationaal recht. Wat deze laatste rechtsnormen betreft, is immers geen voorafgaande veroordeling door het Hof van Justitie of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens («EHRM») vereist alvorens de gewone rechter een schadevergoeding aan de Belgische Staat kan doen opleggen voor fouten begaan door de wetgevende macht in de uitvoering van de wetgevende taak.

<sup>96</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 10, met verwijzing naar M. Mahieu en S. Van Droogenbroeck, «La responsabilité de l'Etat législateur», *J.T.* 1998, p. 836, nr. 112, p. 839, nr. 152 en p. 840, nr. 160, die dezelfde mening zijn toegeedaan.

prudente dont il devrait intervenir dans ces mêmes circonstances concrètes, pourrait voir sa responsabilité extra-contractuelle engagée et être redevable de réparation en justice.

Certains auteurs répondent clairement par la négative à cette question, en affirmant que la responsabilité publique pour une législation de piètre qualité peut exclusivement être engagée lorsque la Cour constitutionnelle a constaté l'inconstitutionnalité des normes législatives, que ce soit dans le cadre d'un arrêt d'annulation ou à la suite d'une question préjudicielle<sup>95</sup>. À cet égard, A. Alen affirme par exemple qu'il est en effet impossible pour le juge ordinaire,

«compte tenu du monopole de contrôle de la constitutionnalité des normes législatives que la Constitution réserve à la Cour constitutionnelle, de constater lui-même le fait générateur de la responsabilité en cas de méconnaissance de la Constitution par une norme législative, de sorte que, d'une part, l'inconstitutionnalité doit d'abord être constatée par la Cour constitutionnelle et que, d'autre part, seule la violation des dispositions constitutionnelles pour lesquelles la Cour constitutionnelle est compétente peut donner lieu à réparation»<sup>96</sup>.

Cette dernière discussion, qui dessine les contours de la responsabilité publique engagée par une faute du législateur en dehors des cas où la Cour constitutionnelle a constaté l'inconstitutionnalité de la norme législative litigieuse (ou de la carence législative litigieuse) sera développée plus en détail au titre 2.3 *infra*.

<sup>95</sup> Cette conception, selon laquelle le juge ordinaire ne peut accorder de réparation que lorsqu'un arrêt de la Cour constitutionnelle déclare la norme législative inconstitutionnelle, entraîne également que le régime d'indemnisation pour la législation contraire à la Constitution est plus étroit que la compétence de sanction des juridictions ordinaires en cas de violation des dispositions du droit communautaire européen, de la Convention européenne des droits de l'homme («CEDH») ou d'autres normes de droit international ou supranational directement applicables. En ce qui concerne ces dernières normes juridiques, aucune condamnation préalable par la Cour de justice ou par la Cour européenne des droits de l'homme («Cour eur. Dr. H.») n'est requise avant que le juge ordinaire puisse imposer à l'État belge une indemnisation pour les fautes commises par le pouvoir législatif dans l'exercice de sa mission législative.

<sup>96</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 10, en référence à M. Mahieu et S. Van Droogenbroeck, «La responsabilité de l'État législateur», *J.T.* 1998, p. 836, n° 112, p. 839, n° 152 et p. 840, n° 160, qui défendent la même conception.

### 2.2.2 Herstelvordering na een arrest van het Grondwettelijk Hof

Hoewel elke ongrondwettigheid een fout uitmaakt in hoofde van de overheid voor ondeugdelijke wetgeving, is het verkieslijk dat de individuele rechtzoekende niet in alle gevallen wanneer een dergelijke fout wordt vastgesteld, de mogelijkheid heeft om een herstelvordering in te leiden voor de gewone rechtscolleges. De vaststelling van een fout van de wetgever door het Grondwettelijk Hof en de mogelijkheid om een herstelvordering voor de gewone rechtscolleges in te leiden, moeten voor het geval van een overheidaansprakelijkheid op grond van ondeugdelijke wetgeving bij voorkeur van elkaar worden gescheiden.

Het omgekeerde betoog, dat stelt dat elk arrest van het Grondwettelijk Hof waarin een ongrondwettigheid wordt vastgesteld de rechtzoekende meteen de mogelijkheid geeft om een civielrechtelijke aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de Belgische Staat, zou er immers toe leiden dat het individuele belang systematisch de bovenhand neemt over het algemeen belang. Een dergelijke asymmetrische verhouding kan de wetgevende taak enkel maar ondergraven en staat bovendien ook haaks op de beleidsruimte waarover de wetgever in vele gevallen beschikt. Het is derhalve verkieslijk de vaststelling van de fout enerzijds, en de mogelijkheid om voor deze fout via gerechtelijke weg een herstel te vorderen anderzijds, van elkaar te splitsen.

Een dergelijke scheiding kan worden bekomen door het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid te laten om in zijn arrest, ongeacht het een vernietigingsarrest betreft of een arrest gewezen naar aanleiding van een prejudiciële vraag, een termijn te stellen waarin de wetgever de ongrondwettigheid moet herstellen.

Bijkomend kan men aan het Grondwettelijk Hof ook de bevoegdheid toekennen om in deze beide gevallen te verklaren dat de vastgestelde ongrondwettigheid geen retroactieve werking heeft: schadegevallen die zich hebben voorgedaan vóór het arrest van het Grondwettelijk Hof waarin de ongrondwettigheid wordt vastgesteld of, naargelang het geval, vóór afloop van de termijn die het Grondwettelijk Hof aan de wetgever zou hebben toegekend, komen niet in aanmerking voor vergoeding, ook niet wanneer de wetgever uiteindelijk nalaat om tijdig de ongrondwettigheid te herstellen.

Een ingrijpen van de bijzondere wetgever waarin deze aandachtspunten in bijzondere wetgeving worden geregeld, kan het aansprakelijkheidsrisico van de publiekrechtelijke overheid voor ondeugdelijke wetgeving aanzienlijk terugdringen.

### 2.2.2 Action en réparation après un arrêt de la Cour constitutionnelle

Même si toute inconstitutionnalité constitue une faute dans le chef des pouvoirs publics pour législation défectueuse, il est préférable que le justiciable individuel n'ait pas la possibilité d'introduire une action en réparation devant les juridictions ordinaires dans tous les cas où est établie une faute de ce type. Dans le cas d'une responsabilité des pouvoirs publics pour législation défectueuse, il est préférable de dissocier la constatation d'une faute dans le chef du législateur par la Cour constitutionnelle et la possibilité d'introduire une action en réparation devant les juridictions ordinaires.

Le raisonnement inverse, selon lequel tout arrêt de la Cour constitutionnelle établissant une inconstitutionnalité donne automatiquement au justiciable la possibilité d'introduire une action en responsabilité contre l'État belge, conduirait en effet à faire passer systématiquement les intérêts particuliers devant l'intérêt général. Un tel rapport asymétrique ne peut que miner le travail législatif; en outre, il entraverait la marge de manœuvre dont le législateur dispose dans de nombreux cas. Il est donc préférable de dissocier la constatation de la faute et la possibilité de demander réparation de cette faute en utilisant les voies de droit.

Pour ce faire, on peut laisser à la Cour constitutionnelle la possibilité de fixer, dans son arrêt, qu'il s'agisse d'un arrêt en annulation ou d'un arrêt rendu suite à la suite d'une question préjudicielle, un délai dans lequel le législateur est tenu de remédier à l'inconstitutionnalité.

En outre, on peut également habiliter la Cour constitutionnelle à déclarer, dans ces deux cas, que l'inconstitutionnalité établie n'a pas d'effet rétroactif: les préjudices subis avant l'arrêt de la Cour constitutionnelle qui établit l'inconstitutionnalité ou, selon le cas, avant expiration du délai accordé par la Cour au législateur, n'entrent pas en ligne de compte pour une indemnisation, même si le législateur ne remédie finalement pas à l'inconstitutionnalité dans les délais impartis.

Une initiative du législateur spécial réglant ces questions dans une législation spéciale peut réduire de manière significative le risque de responsabilité de l'autorité publique du fait d'une législation défectueuse.

Ter zijde stippen we nog aan dat ingevolge een arrest van het Hof van Cassatie gegeven op 12 augustus 2008, een leemte in de wet enkel door tussenkomst van de wetgever zelf kan worden verholpen <sup>97</sup>. Een arrest van 12 september 2008 <sup>98</sup> brengt op deze regel echter een uitzondering aan en laat de verwijzingsrechter toe om een ongrondwettigheid te remediëren welke door het Grondwettelijk Hof zou zijn vastgesteld, in zoverre «die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast» <sup>99</sup>.

Onverminderd de mogelijkheid van de rechterlijke macht om bij uitzondering zelf de wetgevende leemte te remediëren, behoudt een wetgevende leemte welke door het Grondwettelijk Hof als ongrondwettig werd aangemerkt, haar foutief karakter en kan zij bijgevolg de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke overheid meebrengen. Het cassatiearrest van 12 augustus 2008 verhindert de rechterlijke macht hoogstens tot een oneigenlijk wetgevend optreden en stelt bijgevolg impliciet maar zeker, dat het wetgevend optreden en, meer in het bijzonder, het opportuniteitsoordeel dat een dergelijk optreden onderstelt, buiten het takenpakket van de rechterlijke macht valt.

Een rechtsvordering die de aansprakelijkheid van de overheid beoogt vast te stellen in geval de wetgever uiteindelijk nalaat om tijdig, binnen de termijn die het Grondwettelijk Hof hem desgevallend heeft gesteld, de wetgevende leemte te verhelpen, kan door de rechtscolleges ontegensprekelijk worden ingewilligd. Een dergelijke rechtsvordering wil immers niet verhelpen aan de wetgevende leemte, maar hoogstens remediëren aan de schade die deze leemte heeft veroorzaakt in een concreet geval.

#### (i) Vernietigingsprocedure

De mogelijkheid voor het Grondwettelijk Hof om, bij wijze van algemene beschikking, de gevolgen van de vernietigde wetsbepalingen aan te wijzen welke als definitief gehandhaafd moeten worden beschouwd of voorlopig gehandhaafd worden voor de termijn die het

<sup>97</sup> Cass. 12 augustus 2008, (rolnummer P.08.1065.N), onuitg., [www.cass.be](http://www.cass.be), r.o. 12 en 13.

<sup>98</sup> Cass. 12 september 2008, (rolnummer P.08.1317N/1), onuitg., nog niet gepubliceerd op de website van het Hof van Cassatie (stand: 15 september 2008), r.o. 8.

<sup>99</sup> Grondwettelijk Hof, arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008, onuitg., <http://www.grondwettelijkhof.be>.

Signalons encore, au passage, qu'à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 août 2008, un vide législatif ne peut être comblé qu'à l'intervention du législateur lui-même <sup>97</sup>. Un arrêt du 12 septembre 2008 <sup>98</sup> prévoit toutefois une exception à cette règle et permet au juge de renvoi de remédier à une inconstitutionnalité qui aurait été établie par la Cour constitutionnelle dans la mesure où «ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permette que la disposition en cause soit appliquée» <sup>99</sup>.

Sans préjudice de la possibilité pour le pouvoir judiciaire de combler lui-même une lacune législative à titre exceptionnel, une telle lacune qui a été qualifiée d'inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle conserve son caractère fautif et peut, à ce titre, engager la responsabilité civile de l'autorité de droit public. L'arrêt de la Cour de cassation du 12 août 2008 empêche tout au plus le pouvoir judiciaire d'intervenir improprement comme législateur et considère, par conséquent, de manière implicite mais certaine, que l'intervention législative, et plus particulièrement l'appréciation d'opportunité que cette dernière suppose, échappe aux missions dévolues au pouvoir judiciaire.

Une action qui vise à établir la responsabilité de l'autorité publique lorsque le législateur néglige finalement de combler la lacune législative dans le délai que lui a éventuellement imparti la Cour constitutionnelle peut incontestablement être accueillie par les juridictions. En effet, semblable action vise non pas à remédier à la lacune législative, mais tout au plus à remédier au dommage qu'elle a causé dans un cas concret.

#### (i) Procédure en annulation

La possibilité laissée à la Cour constitutionnelle de désigner, par voie de disposition générale, les effets des dispositions légales annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai déterminé par la Cour, est déjà prévue dans le

<sup>97</sup> Cass. 12 août 2008, (numéro de rôle P.08.1065.N), non publié, [www.cass.be](http://www.cass.be), points 12 et 13.

<sup>98</sup> Cass. 12 septembre 2008, (numéro de rôle P.08.1317N/1), non publié, non encore disponible sur le site internet de la Cour de cassation (état: 15 septembre 2008), r.o. 8.

<sup>99</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 111/2008 du 31 juillet 2008, non publié, <http://www.courconstitutionnelle.be>.

Hof vaststelt, is reeds voorzien in het raam van een vernietigingsprocedure <sup>100</sup>. Deze mogelijkheid, die haar grondslag heeft in artikel 8, 2° van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof (verder: «Bijzondere Wet»), wil volgens de rechtsliteratuur juridische leemtes vermijden.

(a) Terugwerkende kracht

Artikel 8, 2° van de Bijzondere Wet laat het Grondwettelijk Hof in de eerste plaats de mogelijkheid om de terugwerkende kracht van zijn vernietigingsarresten te milderen. Het Hof kan op grond van deze bepaling, die een uitzondering inhoudt op de principiële retroactieve werking van een vernietigingsarrest, vrij bepalen welke gevolgen van de vernietigde wetsbepalingen als definitief gehandhaafd moeten worden beschouwd. De rechtsliteratuur geeft hierbij als voorbeeld het geval waarin na de vernietiging van een decreet betreffende de stedenbouw, de bouwvergunningen die afgeleverd werden op grond van dit decreet hun geldingskracht behouden <sup>101</sup>.

Het Grondwettelijk Hof kan deze mogelijkheid naar ons oordeel ook benutten om de rechtzoekende de mogelijkheid te ontzeggen om herstel te vorderen voor schade die het gevolg is van ondeugdelijke wetgeving en die zich heeft voorgedaan vóór de datum van het vernietigingsarrest. Schadegevallen die zich hebben voorgedaan vóór deze datum, komen door het verbod op terugwerkende kracht dat het Grondwettelijk Hof kan opleggen, niet in aanmerking voor een schadevergoeding.

(b) Termijn

Artikel 8, 2° van de Bijzondere Wet laat het Grondwettelijk Hof ook de mogelijkheid om – bij voorkeur trouwens in combinatie met een beperking van de terugwerkende kracht van zijn vernietigingsbeslissing – aan de wetgever een termijn toe te kennen waarbinnen de ongrondwettigheid moet worden hersteld. In een dergelijk geval oordeelt het Grondwettelijk Hof dat de gevolgen van een ongrondwettig verklaarde wetgevende regel voorlopig gehandhaafd blijven. Deze voorlopige werking neemt een aanvang op het ogenblik waarop het Grondwettelijk Hof de ongrondwettigheid vaststelt en loopt gedurende een door het Hof bepaalde termijn.

<sup>100</sup> De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om de gevolgen aan te wijzen die als gehandhaafd moeten worden beschouwd of voorlopig gehandhaafd worden voor de termijn die het Hof vaststelt, is volgens de rechtsliteratuur geïnspireerd op het Duitse recht. Zie J. Velaers, *Het Arbitragehof*, Antwerpen, Maarten Kluwer's internationale uitgeverij, 1985, p. 120, nr. 133.

<sup>101</sup> J. Velaers, *op. cit.*, p. 119, nr. 132.

cadre d'une procédure en annulation <sup>100</sup>. Cette possibilité qui trouve son fondement dans l'article 8, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (ci-après: «Loi spéciale»), vise, selon la littérature juridique, à éviter les lacunes juridiques.

(a) Effet rétroactif

L'article 8, 2°, de la Loi spéciale permet en premier lieu à la Cour constitutionnelle d'atténuer l'effet rétroactif de ses arrêts d'annulation. Sur la base de cette disposition, qui implique une exception à la rétroactivité de principe d'un arrêt d'annulation, la Cour peut déterminer librement quels effets des dispositions législatives annulées doivent être considérés comme définitifs. À titre d'exemple, la littérature juridique cite le cas de permis de bâtir délivrés en vertu d'un décret d'urbanisme qui ont conservé leur validité après l'annulation dudit décret <sup>101</sup>.

À notre estime, la Cour constitutionnelle peut également user de cette possibilité pour priver le justiciable de la possibilité de réclamer réparation du préjudice qui découle d'une législation défectueuse et qui est antérieur à la date de l'arrêt d'annulation. Les préjudices antérieurs à cette date n'entrent pas en ligne de compte pour une indemnisation en raison de l'interdiction de rétroactivité que la Cour constitutionnelle peut imposer.

(b) Délai

L'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale autorise également la Cour constitutionnelle à accorder un délai au législateur – de préférence en combinaison avec une limitation de l'effet rétroactif de la décision d'annulation – délai dans lequel il doit être remédié à l'inconstitutionnalité. En pareil cas, la Cour constitutionnelle estime que les effets d'une règle déclarée inconstitutionnelle sont maintenus provisoirement. Cet effet provisoire prend cours au moment où la Cour constitutionnelle constate l'inconstitutionnalité et est maintenu pour le délai que la Cour détermine.

<sup>100</sup> Selon la littérature juridique, le pouvoir de la Cour constitutionnelle de désigner les effets qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai fixé par la Cour s'inspire du droit allemand. Voir J. Velaers, *Het Arbitragehof*, Anvers, Maarten Kluwer's internationale uitgeverij, 1985, p. 120, n° 133.

<sup>101</sup> J. Velaers, *op. cit.*, p. 119, n° 132.

Het is verkieslijk om aan te nemen dat de rechtzoekende binnen deze sperperiode verhinderd is om een herstellvordering in te leiden tegen de publiekrechtelijke overheid op grond van de door de wetgevende macht begane fout. Een dergelijke interpretatie vindt steun in de tekst van artikel 8, 2° van de Bijzondere Wet en de parlementaire voorbereidingen: indien het Grondwettelijk Hof de wetgever een termijn toekent om de ongrondwettigheid te herstellen, gaat de vernietiging slechts in – of beter, kan de vernietiging slechts rechtsgevolgen hebben – op het ogenblik waarop de termijn verloopt. J. Velaers schrijft hierover het volgende:

«dat het niet de bedoeling was van de wetgever dat het Arbitragehof de beslissing om te vernietigen gedurende een bepaalde termijn zou opschorten. Het Hof dient eerst de wet of het decreet te vernietigen doch kan dan, zo verklaarde minister Gol in de Senaatscommissie, zelf het tijdstip vaststellen waarop de ‘vernietiging ingaat’. Minister Dehaene verklaarde ‘dat het ontwerp principieel de vernietiging beoogt te handhaven maar de rechtsgevolgen ervan wil temperen. Om te voorkomen dat het Hof een verkeerd gebruik zou maken van de bevoegdheid die het op dit punt toegewezen krijgt, wordt in het ontwerp bepaald dat het een termijn kan stellen binnen welke de wetgever de betrokken norm naar goeddunken kan wijzigen»<sup>102</sup>.

Met andere woorden: omdat de vernietiging slechts gevolgen heeft na afloop van de termijn, is de rechtzoekende verhinderd om tijdens de sperperiode een herstellvordering in te leiden op grond van een fout van de wetgever. Het is enkel wanneer de wetgever nalaat om tijdig de nodige maatregelen te nemen, dat de rechtzoekende een herstellvordering kan brengen voor de gewone rechtscolleges voor de schade die hij beweert te hebben geleden als gevolg van ondeugdelijke wetgeving.

Een discussiepunt hierbij betreft te weten of de rechtzoekende enkel schadegevallen die zich zouden hebben voorgedaan na het verloop van voormelde sperperiode kan brengen voor de gewone rechtscolleges of, omgekeerd, of ook schadegevallen die zich hebben voorgedaan na het vernietigingsarrest maar tijdens de sperperiode, tot een herstellvordering aanleiding kunnen geven<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> J. Velaers, *op. cit.*, p. 120, nr. 133.

<sup>103</sup> De rechtsliteratuur is op dit punt verdeeld. Zie H. Simonart, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Brussel, Story-Scientia, 1988, p. 215.

Il est préférable de considérer que, pendant cette période d'attente, le justiciable est empêché d'intenter une action en réparation contre l'autorité de droit public du fait de la faute du législateur. Une telle interprétation s'appuie sur le texte de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale et sur les travaux parlementaires préparatoires: si la Cour constitutionnelle accorde au législateur un délai pour remédier à l'inconstitutionnalité, l'annulation ne prend cours – ou, mieux encore, l'annulation ne peut avoir d'effets juridiques – qu'au moment où le délai expire. J. Velaers écrit ce qui suit à ce propos:

«que l'intention du législateur n'était pas de permettre à la Cour d'arbitrage de surseoir pendant un délai déterminé à la décision d'annulation. La Cour doit avant tout annuler la loi ou le décret, mais peut, selon les déclarations faites par le ministre Gol en commission du Sénat, fixer elle-même le moment où l'annulation prend cours. Le ministre Dehaene a déclaré que le projet vise par principe à maintenir l'annulation, mais tient à en modérer les effets juridiques. Afin d'éviter que la Cour ne fasse un mauvais usage du pouvoir qui lui a été attribué sur ce point, le projet précise qu'elle peut déterminer un délai dans lequel le législateur peut à sa guise modifier la norme concernée» (traduction)<sup>102</sup>.

En d'autres mots: dès lors que l'annulation n'a d'effets qu'à l'expiration du délai, le justiciable est empêché, pendant la période d'attente, d'intenter une action en réparation du fait d'une faute du législateur. Ce n'est que dans le cas où le législateur omet de prendre à temps les mesures nécessaires, que le justiciable peut saisir les juridictions ordinaires d'une action en réparation des dommages qu'il prétend avoir subis en raison d'une carence législative.

À cet égard, un point litigieux concerne la question de savoir si le justiciable peut uniquement saisir les juridictions ordinaires des dommages survenus à l'issue de la période d'attente précitée ou si, au contraire, les dommages qui se sont produits après l'arrêt d'annulation mais pendant la période d'attente peuvent également donner lieu à une action en réparation<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> J. Velaers, *op. cit.*, p. 120, n° 133.

<sup>103</sup> La littérature juridique est partagée sur ce point. Voir H. Simonart, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 215.

Deze tweede mogelijkheid, waarbij enkel schadegevallen die zich hebben voorgedaan na afloop van de sperperiode tot een herstellvordering op grond van ondeugdelijke wetgeving aanleiding kunnen geven, houdt ontegensprekelijk de beste bescherming in voor de publiekrechtelijke overheid <sup>104</sup>.

(ii) Prejudiciële procedure

Het Grondwettelijk Hof heeft vooralsnog niet de mogelijkheid om in het raam van een prejudiciële procedure, de terugwerkende werking van zijn beslissing te milderen of om een termijn te bepalen waarin de wetgever de ongrondwettigheid moet herstellen <sup>105</sup>. Een prejudicieel arrest waarin het Grondwettelijk Hof tot een ongrondwettigheid besluit, stelt meteen de fout vast in hoofde van de overheid voor het handelen van de wetgevende macht en kan bovendien, minstens in beginsel, ook onmiddellijk aanleiding geven tot het instellen van een herstellvordering voor de gewone rechtscolleges.

Hoewel een arrest gewezen naar aanleiding van een prejudiciële vraag, anders dan een vernietigingsarrest, geen *erga omnes* werking heeft, menen we trouwens dat een prejudicieel arrest waarin tot de ongrondwettigheid van een welbepaalde wetgevende norm wordt besloten, ook aangevoerd kan worden door partijen die geen partij zijn in de prejudiciële procedure <sup>106</sup>. Wanneer het Grondwettelijk Hof een schending met de Grondwet heeft vastgesteld, begint er immers een nieuwe termijn van zes maanden te lopen voor het instellen van een beroep tot vernietiging van de betrokken norm. Het zou derhalve kunstmatig zijn om derden enkel na het wijzen van een vernietigingsarrest dat volgt op een eerder prejudicieel arrest waarin dezelfde ongrondwettigheid reeds was vastgesteld, de mogelijkheid te bieden om vergoeding te vorderen voor de door hen geleden schade <sup>107</sup>.

<sup>104</sup> H. Simonart, *op. cit.*, p. 215, omschrijft deze tweede optie alvast als «la plus raisonnable».

<sup>105</sup> We laten de gevallen waarin het Hof deze beperking door een aantal praktische kunstgrepen komt te omzeilen, hier buiten beschouwing. Hierover: P. Popelier, «Rechterlijk overgangsrecht revisited. Over een juridisch vacuüm, een prejudicieel arrest en de werking van de rechterlijke uitspraken in de tijd», (noot onder Cass. 20 december 2007), *R.W.* 2007-2008, p. 1371-1372, nr. 6 met verdere verwijzingen.

<sup>106</sup> Dat aan prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof een ruime (hoewel dan enkel onrechtstreekse) draagwijdte toekomt, blijkt overigens genoegzaam uit artikel 26, § 2 van de Bijzondere Wet dat rechtscolleges waarvan de beslissing niet meer vatbaar is voor hoger beroep, ontslaat van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof over een punt waarover het Hof eerder reeds uitspraak heeft gedaan.

<sup>107</sup> Vergelijk op dit punt trouwens met H. Vuye, *op. cit.*, p. 197.

Il est incontestable que la deuxième possibilité, selon laquelle seuls les dommages qui se sont produits à l'issue de la période d'attente peuvent donner lieu à une action en réparation du fait d'une faute du législateur, offre la meilleure protection pour les pouvoirs publics <sup>104</sup>.

(ii) Procédure préjudicielle

La Cour constitutionnelle n'est pas encore en mesure, dans le cadre d'une procédure préjudicielle, de tempérer l'effet rétroactif de sa décision ou de fixer un délai dans lequel le législateur doit réparer l'inconstitutionnalité <sup>105</sup>. Un arrêt préjudiciel dans lequel la Cour constitutionnelle conclut une inconstitutionnalité, constate d'emblée la faute dans le chef de l'État pour un acte du pouvoir législatif et peut de surcroît, au moins en principe, aussi donner lieu à l'introduction immédiate d'une action en réparation devant les juridictions ordinaires.

Bien qu'un arrêt rendu à la suite d'une question préjudicielle, à la différence d'un arrêt d'annulation, soit dépourvu d'effet *erga omnes*, nous considérons cependant qu'un arrêt préjudiciel prononçant l'inconstitutionnalité d'une norme législative donnée peut également être invoqué par des parties extérieures à la procédure préjudicielle <sup>106</sup>. Lorsque la Cour constitutionnelle a constaté une violation de la Constitution, un nouveau délai de six mois commence en effet à courir pour l'introduction d'un recours en annulation contre la norme en question. Il serait dès lors artificiel de ne permettre à des tiers de demander réparation pour le dommage subi que lorsque la Cour a rendu un arrêt d'annulation qui fasse suite à un arrêt préjudiciel antérieur, dans lequel cette même inconstitutionnalité a déjà été établie <sup>107</sup>.

<sup>104</sup> H. Simonart, *op. cit.*, p. 215, considère que cette deuxième option est «la plus raisonnable».

<sup>105</sup> Nous faisons abstraction, en l'espèce, des cas dans lesquels la Cour parvient à contourner, par une série de manœuvres, cette restriction. Voir à ce sujet: P. Popelier, «Rechterlijk overgangsrecht revisited. Over een juridisch vacuüm, een prejudicieel arrest en de werking van de rechterlijke uitspraken in de tijd», (note sous Cass. 20 décembre 2007), *R.W.* 2007-2008, p. 1371-1372, n° 6 et les renvois ultérieurs.

<sup>106</sup> L'ampleur de la portée (fût-ce indirectement) des arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle apparaît au demeurant suffisamment dans l'article 26, § 2 de la loi spéciale qui libère les juridictions dont la décision n'est plus susceptible d'appel, de l'obligation de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur un point qui a déjà fait l'objet d'une décision antérieure de la Cour.

<sup>107</sup> Comparer d'ailleurs ce point avec H. Vuye, *op. cit.*, p. 197.

## (a) Terugwerkende kracht

In een belangrijk arrest gewezen op 20 december 2007, heeft het Hof van Cassatie aangegeven dat het aan de gewone rechtscolleges toekomt om, bij de uitlegging van de wet, de gevolgen van de schending van de Grondwet waartoe het Grondwettelijk Hof in een antwoord op een prejudiciële vraag heeft besloten, in de tijd te bepalen. Met andere woorden: de bevoegdheid om de werking in de tijd vast te leggen die in het raam van een vernietigingsprocedure toekomt aan het Grondwettelijk Hof, behoort in het raam van een prejudiciële procedure tot de bevoegdheid van de gewone rechtscolleges. Deze bevoegdheid vindt haar grondslag in de bevoegdheid van de gewone rechtscolleges om de wet te interpreteren.

In het cassatiearrest van 20 december 2007 leest men over dit laatste het volgende:

«Het komt aan de rechterlijke macht toe bij de uitlegging van de wet de gevolgen van de schending van de Grondwet waartoe het Grondwettelijk Hof in een antwoord op een prejudiciële vraag besluit, in de tijd te bepalen.

De rechter die aldus de werking in de tijd vaststelt van de door het Grondwettelijk Hof vastgestelde ongrondwettigheid, dient daarbij rekening te houden met het rechtmatig vertrouwen van de maatschappij in de wettelijke bepalingen en met de dwingende eisen van rechtszekerheid»<sup>108</sup>.

Bij zijn beoordeling moet de gewone rechter in het bijzonder rekening houden «met het rechtmatig vertrouwen van de maatschappij in de wettelijke bepalingen» en met «de dwingende eisen van rechtszekerheid». Deze beide vereisten kunnen er zich in sommige gevallen tegen verzetten dat de rechtzoekende een herstel vordert voor een schadegeval dat zich heeft voorgedaan vóór de bekendmaking van het prejudicieel arrest waarin de ongrondwettigheid wordt vastgesteld.

Een beslissing van de gewone rechter die aan een beslissing van het Grondwettelijk Hof gegeven in het raam van een prejudiciële procedure terugwerkende kracht ontnemt, houdt andermaal een beperking in van het aansprakelijkheidsrisico van de publiekrechtelijke overheid: de gedingvoerende partijen in de prejudiciële procedure, maar ook derden, kunnen enkel voor schadegevallen die zich hebben voorgedaan na de datum van het prejudicieel arrest een herstellvordering inleiden voor de gewone rechtscolleges op grond van ondeugdelijke wetgeving.

<sup>108</sup> Cass. 20 december 2007 (C.07.0227.N/8), niet gepubliceerd, beschikbaar via [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

## (a) Effet rétroactif

Dans un arrêt important rendu le 20 décembre 2007, la Cour de cassation a indiqué qu'il appartient aux juridictions ordinaires, dans le cadre de l'interprétation de la loi, de fixer dans le temps les effets de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle dans une réponse à une question préjudicielle. En d'autres termes, la compétence de fixer les effets dans le temps, qui, dans le cadre d'une procédure d'annulation, relève de la Cour constitutionnelle, ressortit, dans le cadre d'une procédure préjudicielle, à la compétence des juridictions ordinaires. Cette compétence trouve son fondement dans la faculté des juridictions ordinaires d'interpréter la loi.

Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2007, on peut lire à ce sujet:

«Il appartient au pouvoir judiciaire, lors de l'interprétation de la loi, de fixer dans le temps les effets de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle dans une réponse à une question préjudicielle.

Le juge qui constate ainsi l'effet dans le temps du défaut de conformité à la Constitution constatée par la Cour constitutionnelle, doit tenir compte de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de la sécurité juridique»<sup>108</sup>.

Dans son appréciation, le juge ordinaire doit en particulier tenir compte «de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales», ainsi que des «exigences impératives de la sécurité juridique». Dans certains cas, ces deux exigences peuvent s'opposer à ce que le justiciable réclame la réparation d'un dommage occasionné avant la publication de l'arrêt préjudiciel constatant l'inconstitutionnalité.

En rendant une décision qui ôte son effet rétroactif à une décision rendue par la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une procédure préjudicielle, le juge ordinaire limite de nouveau le risque de responsabilité de l'autorité publique: les parties à la procédure préjudicielle, mais aussi les tiers, ne pourront introduire devant les juridictions ordinaires une demande en réparation du chef de législation défectueuse que pour les dommages subis après la date de l'arrêt préjudiciel.

<sup>108</sup> Cass. 20 décembre 2007 (C.07.0227.N/8), non publié, disponible sur [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

Naar de toekomst toe lijkt het ons verkieslijk om de bevoegdheid die volgens het Hof van Cassatie aan de gewone rechtscolleges toekomt, bij het Grondwettelijk Hof zelf te leggen. Een dergelijke oplossing, waarbij het Grondwettelijk Hof vrij de werking in de tijd van zijn prejudiciële arresten bepaalt, bewerkstelligt in de eerste plaats een symmetrie tussen de vernietigingsprocedure enerzijds, en de prejudiciële procedure anderzijds. Belangrijker echter is dat na het wijzen van een prejudicieel arrest waarin de ongrondwettigheid van een wetgevende norm wordt vastgesteld, er een nieuwe termijn van zes maanden aanvangt voor het instellen van een vernietigingsberoep bij het Grondwettelijk Hof. In het raam van deze procedure heeft het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid om de werking in de tijd van zijn arresten vrij te bepalen. Om tegenstrijdigheden te vermijden tussen een prejudiciële procedure en een vernietigingsprocedure, is het wenselijk dat enkel het Grondwettelijk Hof, en niet de gewone rechtscolleges, kan oordelen over de werking in de tijd van de gevolgen van ongrondwettigheid.

Omdat een prejudicieel arrest waarin de ongrondwettigheid van een welbepaalde wetgevende norm wordt vastgesteld naar ons oordeel ook aangevoerd kan worden door derden, moet trouwens bepaald worden dat het Grondwettelijk Hof, opnieuw naar analogie met de vernietigingsprocedure, enkel bij wijze van algemene beschikking de gevolgen van de ongrondwettig verklaarde wetsbepaling kan aanwijzen welke als definitief gehandhaafd moeten worden beschouwd.

#### (b) Termijn

Of de gewone rechtscolleges de wetgever ook een sperperiode kunnen opleggen waarbinnen de ongrondwettigheid moet worden hersteld, blijft in het cassatiearrest van 20 december 2007 onbeantwoord.

De rechtsleer – en A. Alen in het bijzonder – betoogt dat ook op dit punt een symmetrische oplossing met de vernietigingsprocedure de voorkeur verdient: zowel voor wat betreft een vernietigingsprocedure als in het raam van een prejudiciële procedure, is het verkieslijk dat het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid heeft om de werking in de tijd van zijn arresten vrij te bepalen en de wetgever bovendien een sperperiode kan laten waarbinnen hij de ongrondwettigheid moet herstellen<sup>109</sup>. Het is enkel wanneer de wetgever nalaat om binnen de gestelde termijn de nodige maatregelen te nemen<sup>110</sup>, dat een

<sup>109</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 12.

<sup>110</sup> Het is overigens verkieslijk om het Grondwettelijk Hof de vrijheid te laten om, rekening houdende met alle concrete omstandigheden van het geval, de lengte van de termijn te bepalen waarin de wetgever de vastgestelde ongrondwettigheid moet herstellen.

Il nous semble préférable de confier, à l'avenir, à la Cour constitutionnelle elle-même la compétence qui revient, d'après la Cour de cassation, aux juridictions ordinaires. Une telle solution, qui autoriserait la Cour constitutionnelle à fixer librement l'effet dans le temps de ses arrêts préjudiciels, permettrait en premier lieu d'instaurer une symétrie entre la procédure en annulation et la procédure préjudicielle. Plus important encore: après le prononcé d'un arrêt préjudiciel constatant l'inconstitutionnalité d'une norme législative, un nouveau délai de six mois commence à courir pour l'introduction d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle. Dans le cadre de cette procédure, la Cour constitutionnelle a le pouvoir de déterminer librement l'effet dans le temps de ses arrêts. Pour éviter les contradictions entre une procédure préjudicielle et une procédure en annulation, il serait souhaitable de confier à la seule Cour constitutionnelle, et non aux juridictions ordinaires, le soin de fixer l'effet dans le temps des conséquences de l'inconstitutionnalité.

Étant donné qu'un arrêt préjudiciel constatant l'inconstitutionnalité d'une norme législative déterminée peut, selon nous, également être invoqué par des tiers, il conviendrait du reste de prévoir, à nouveau par analogie avec la procédure en annulation, que la Cour constitutionnelle ne peut désigner que par voie de disposition générale les effets de la disposition légale déclarée inconstitutionnelle qui doivent être considérés comme définitivement maintenus.

#### (b) Délai

L'arrêt du 20 décembre 2007 de la Cour de cassation ne répond pas à la question de savoir si les juridictions ordinaires peuvent également imposer au législateur une période d'attente au cours de laquelle il doit être remédié à l'inconstitutionnalité.

La doctrine – et A. Alen en particulier – indique que, sur ce point également, une solution symétrique à celle de la procédure d'annulation serait préférable: tant en ce qui concerne une procédure d'annulation que dans le cadre d'une procédure préjudicielle, il conviendrait que la Cour constitutionnelle ait la possibilité de déterminer librement la durée des effets de ses arrêts et d'accorder de surcroît au législateur un délai durant lequel il est tenu de réparer l'inconstitutionnalité<sup>109</sup>. C'est seulement lorsque le législateur a négligé de prendre les mesures nécessaires dans le délai fixé<sup>110</sup> qu'un justiciable peut,

<sup>109</sup> A. Alen, *op. cit.*, p. 12.

<sup>110</sup> Il est d'ailleurs préférable de laisser à la Cour constitutionnelle la liberté de déterminer, en tenant compte de toutes les circonstances concrètes, la longueur du délai dans lequel le législateur est tenu de réparer l'inconstitutionnalité.



rechtzoekende, vanaf het ogenblik waarop voormelde termijn verloopt, de buitencontractuele aansprakelijkheid van de overheid kan doen vaststellen.

De onderliggende idee om aan de wetgever een herstel­mogelijkheid te bieden, is volgens de rechtsliteratuur gesteund op een belangenafweging van het algemeen belang en het individuele belang van de benadeelde persoon en komt volgens A. Alen in het bijzonder te­moet aan de vaststelling dat in vele gevallen, de wetgever over een beleidsruimte beschikt, dewelke een rechterlijk ingrijpen uiteraard niet mag ondergraven.

### *2.3. Overheidsaansprakelijkheid gebaseerd op een buitencontractuele fout*

Ten slotte verdienen volgende punten nog een nadere toelichting. Sommige hebben voornamelijk niet tot rechterlijke uitspraken aanleiding gegeven, met name dan vanwege het Hof van Cassatie, maar zijn niettemin al door een aantal rechtsgeleerden aangestipt en werden ook al aangehaald in enkele conclusies van het Openbaar Ministerie bij het Hof van Cassatie.

- Kan de rechterlijke macht de wetgevende macht een sanctie doen opleggen wanneer deze een wet (of een decreet) in strijd met de Grondwet heeft aangenomen, hoewel deze wet (of decreet) een materie betreft die buiten de grondwettigheidcontrole valt?

Naar ons oordeel behoeft deze vraag een negatief antwoord. Om de redenen die ook al eerder werden aangehaald, onderstelt een schending van de Grondwet door de wetgevende macht dat het Grondwettelijk Hof eerst de ongrondwettigheid van de wetgevende norm vaststelt, hetzij middels een vernietigingsarrest, hetzij naar aanleiding van een prejudiciële vraag. Aan deze voorwaarde is in het voorliggende geval per definitie niet voldaan.

Wanneer men trouwens de rechterlijke macht in een dergelijk geval bevoegd zou verklaren om tot de aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke overheid te besluiten, zou men de grondwettelijke regel miskennen op grond waarvan het niet aan de rechterlijke macht toekomt om zich over de grondwettigheid van wetgevende akten uit te laten. De erkenning van een overheidsaansprakelijkheid in een dergelijk geval onderstelt immers dat de hoven en rechtscolleges de toepassing van een grondwettelijke regel beoordelen die zich aan de wetgever opdringt.

Het zou trouwens van weinig coherentie getuigen mocht men voor welbepaalde grondwettelijke regels wel een arrest van het Grondwettelijk Hof vereisen, terwijl

à compter de l'expiration dudit délai, faire constater la responsabilité extra-contractuelle de l'autorité.

L'idée sous-jacente d'offrir au législateur une possibilité de réparation s'appuie, selon la littérature juridique, sur une mise en balance de l'intérêt général et de l'intérêt individuel de la personne lésée, d'autant que, selon A. Alen, le législateur dispose souvent d'une marge d'appréciation, qu'une intervention judiciaire ne peut évidemment pas mettre à mal.

### *2.3. Responsabilité publique fondée sur une faute extra-contractuelle*

Les points suivants méritent enfin un examen complémentaire. Si certains n'ont pas encore donné lieu à des décisions judiciaires, de la part de la Cour de cassation notamment, ils ont néanmoins déjà été soulevés par un certain nombre de juristes, et cités dans des conclusions du ministère public près la Cour de cassation:

- Le pouvoir judiciaire peut-il infliger au pouvoir législatif une sanction lorsque ce dernier a adopté une loi (ou un décret) contraire à la Constitution, bien que cette loi (ou ce décret) concerne une matière qui échappe au contrôle de constitutionnalité?

À notre estime, cette question appelle une réponse négative. Pour les raisons qui ont déjà été citées précédemment, une violation de la Constitution par le pouvoir législatif suppose que la Cour constitutionnelle ait constaté au préalable l'inconstitutionnalité de la norme législative, que ce soit par un arrêt d'annulation ou à la suite d'une question préjudicielle. Dans le cas présent, cette condition n'est, par définition, pas remplie.

Du reste, si le pouvoir judiciaire était, en pareil cas, habilité à conclure à la responsabilité de la puissance publique, il méconnaîtrait la règle constitutionnelle en vertu de laquelle il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des actes législatifs. La reconnaissance d'une responsabilité publique dans une telle situation suppose en effet que les cours et les juridictions se prononcent sur l'application d'une norme constitutionnelle qui s'impose au législateur.

Il serait du reste assez incohérent de requérir un arrêt de la Cour constitutionnelle pour certaines règles édictées par la Constitution, alors qu'un tel arrêt n'est

een dergelijk arrest voor sommige andere grondwetsregels niet ondersteld wordt. De rechtsleer die deze stelling onderschrijft, verdient derhalve goedkeuring (zie ook *supra* nr. 2.1.2 en de noten aangehaald in de studies van A. Alen en van M. Mahieu en S. Droogenbroeck). De stelling die door sommigen wordt voorgestaan en op grond waarvan een rechter een fout kan vaststellen die voortvloeit uit een schending van de Grondwet zonder de grondwettigheid van de kwestieuze wettelijke rechtsregel te beoordelen, houdt naar ons oordeel een tegenstrijdigheid in.

- Procureur-generaal J.-F. Leclercq stelt in zijn conclusie bij het cassatiearrest van 28 september 2006 dat de overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht in het gedrang komt van zodra de wetgever een grondwettelijke verplichting miskent die hem verplicht om op een welbepaald punt wetgevend op te treden <sup>111</sup>. Deze stelling verdient ontegensprekelijk navolging in de gevallen waarin de Grondwet afdoende precies is in de verplichting die zij de wetgever oplegt en voor zover de rechterlijke macht zich alsdan niet hoeft uit te spreken over de uitleg die aan de Grondwet toekomt. Men kan deze situatie overigens vergelijken met de overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht wanneer de wetgever nalaat om wetgevend op te treden teneinde een wetgevende leemte aan te vullen die door het Grondwettelijk Hof zou zijn vastgesteld. Voor zover wij weten, zijn er hiervan voornamelijk geen rechterlijke toepassingen.

- Procureur-generaal J.-F. Leclercq stelt voorts dat de overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht ook vastgesteld kan worden in geval de wetgever nalaat een wet aan te nemen hoewel een andere wet het aannemen van zulke wet voorschrijft <sup>112</sup>. Deze stelling lijkt ons, in het licht van de scheiding der machten, hoogst betwistbaar; zij heeft immers tot gevolg dat de rechterlijke macht zich kan mengen in de uitoefening van de wetgevende taak zoals die door de wetgever zelf wordt (en moet worden) georganiseerd. Wij zijn derhalve geneigd deze tweede stelling, anders dan de eerste, niet te onderschrijven. In de rechtspraak zijn naar ons weten trouwens ook geen toepassingsgevallen voorhanden waarin deze stelling wordt bijgevalen.

- Ten slotte rest de vraag of de rechterlijke macht de wetgever in het algemeen een sanctie kan doen opleggen op grond van het tweede foutbegrip, waarbij de

pas requis pour d'autres règles constitutionnelles. Il faut donc approuver la doctrine qui défend cette solution (voir également *supra* n° 2.1.2. et les notes aux opinions de A. Alen et M. Mahieu et S. Droogenbroeck). La thèse soutenue par d'aucuns selon laquelle un juge peut reconnaître l'existence d'une faute déduite d'une méconnaissance de la Constitution sans se prononcer sur la constitutionnalité de cette norme comporte, à nos yeux, une contradiction.

- Selon le Procureur général J.-F. Leclercq dans ses conclusions avant l'arrêt du 28 septembre 2006, la responsabilité de l'Etat législateur pourrait être engagée s'il manquait à une obligation qui lui serait dictée par la Constitution de légiférer sur tel ou tel point précis <sup>111</sup>. Cette thèse peut sans aucun doute être suivie dans la mesure où la Constitution est suffisamment précise dans l'obligation qu'elle impose au législateur et pour autant que le pouvoir judiciaire n'ait alors pas à se prononcer sur ce qui relève de la Constitution. Cette situation peut par ailleurs être comparée à la responsabilité de l'État pour les actes du pouvoir législatif lorsque le législateur omet de légiférer pour combler une lacune reconnue par la Cour constitutionnelle. Il n'en existe cependant pas d'application en jurisprudence à notre connaissance.

- Le procureur général J.-F. Leclercq considère également que la responsabilité de l'Etat législateur pourrait être engagée s'il omettait d'édicter une loi alors qu'une autre loi le lui aurait prescrit <sup>112</sup>. Cette thèse nous paraît très discutable au regard de la séparation des pouvoirs; elle revient en effet à permettre au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans l'exercice de la fonction législative telle que le législateur lui-même l'organise (et doit l'organiser). Nous sommes dès lors enclins à ne pas souscrire à cette seconde thèse, à l'inverse de la première. À notre connaissance, la pratique juridique ne connaît au demeurant pas d'applications confirmant cette thèse.

- Reste à déterminer si le pouvoir judiciaire pourrait sanctionner le législateur de manière générale sur la base du second critère de la faute imputable à l'État en

<sup>111</sup> Conclusie Procureur-generaal J.-F. Leclercq, *J.T.* 2006, p. 594, in het bijzonder p. 599.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Conclusions du procureur général J.-F. Leclercq, *J.T.* 2006, p. 594, en particulier p. 599.

<sup>112</sup> *Ibid.*

rechter oordeelt dat de wetgever, los van elke schending van een specifieke en welomschreven verplichting die zich aan hem zou opdringen, desalniettemin tekort komt aan de vereisten waaraan een normale en zorgvuldige wetgever had moeten voldoen.

Deze laatste vraag behoeft naar ons oordeel opnieuw een negatief antwoord gelet op de bijzonderheden die eigen zijn aan de wetgevende taak en aan zijn praktische uitoefening. Deze bijzonderheden houden onder meer verband met het beginsel van de scheiding der machten, van de bijzondere rol die de wetgever in ons constitutioneel bestel vervult, van de wijze waarop hij is samengesteld en van de fundamentele taak van de rechterlijke macht die erin bestaat de wet toe te passen en deze niet te beoordelen op haar merites of rechtvaardiging.

Overigens is de rechterlijke macht ook verhinderd om de wetgever een sanctie te doen opleggen op grond van het tweede foutbegrip in geval de wetgever uiteindelijk zou besluiten om niet wetgevend op te treden, in zoverre hij althans niet verplicht wordt tot een wetgevend ingrijpen op grond van een hogere rechtsnorm dan wel, indien men de stelling van de Procureur-generaal zou bijvallen, op grond van een wet van eerdere datum die nog steeds van kracht is.

Elk wetgevend optreden vormt immers een compromis tussen allerhande politieke, economische en sociale overwegingen, opportuiniteitskeuzes, budgettaire beperkingen (of mogelijkheden) en de uitvoering van het regeringsprogramma of zelfs het programma van welbepaalde politieke partijen. Het bewerkstelligen van een dergelijk compromis behoort specifiek toe aan de wetgevende macht en dient niet aan het oordeel van de andere staatsmachten te worden toevertrouwd.

In zijn conclusie bij het cassatiearrest van 28 september 2006 onderschrijft Procureur-generaal J.-F. Leclercq voormelde stelling. Hij voorzag niettemin in een uitzondering: het behoort volgens hem immers tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht om de wetgever, wanneer deze in noodzakelijke gevallen – bijvoorbeeld op het domein van de openbare veiligheid en de openbare orde, gevallen die betrekking hebben op de volksgezondheid of nog, op een (dreigende) milieuverontreiniging – nalaat wetgevend op te treden en dit verzuim als een fout of een onzorgvuldigheid kan worden gekarakteriseerd <sup>113</sup>.

<sup>113</sup> Conclusie Procureur-generaal J.-F. Leclercq, *J.T.* 2006, p. 594, in het bijzonder p. 599.

considérant, indépendamment de toute violation d'une norme précise s'imposant à lui, qu'il aurait manqué aux exigences d'un législateur normalement prudent et diligent.

À notre avis, il faut une fois encore répondre à cette question par la négative en raison des particularités propres à la fonction législative et à son exercice pratique. Ces caractéristiques tiennent au principe de la séparation des pouvoirs, au rôle particulier du législateur dans notre système constitutionnel, à la manière dont il est composé et à la fonction fondamentale du pouvoir judiciaire qui consiste à appliquer la loi, et non à en juger la justification ou les mérites.

Du reste, le pouvoir judiciaire est également empêché de faire sanctionner le législateur en vertu de la deuxième notion de faute, dans le cas où le législateur déciderait finalement de ne pas légiférer, dans la mesure du moins où il n'a pas l'obligation de légiférer en vertu d'une norme de droit supérieure ou, dans le cas où l'on suit la position du Procureur général, en vertu d'une loi plus ancienne toujours en vigueur.

Tout acte législatif constitue en effet un compromis entre diverses considérations politiques, économiques et sociales, choix d'opportunité, contraintes (ou possibilités) budgétaires et l'exécution du programme gouvernemental, voire du programme de certains partis politiques. La réalisation d'un tel compromis est spécifiquement du ressort du pouvoir législatif et ne doit pas être laissée à l'appréciation des autres pouvoirs publics.

Dans sa conclusion de l'arrêt de cassation du 28 septembre 2006, le Procureur général J.-F. Leclercq souscrit à la position précitée. Il a néanmoins prévu une exception: en effet, selon lui, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de sanctionner le législateur, lorsque celui-ci omet de légiférer, dans des cas où cela est nécessaire – par exemple dans le domaine de la sécurité publique et de l'ordre public, dans des cas concernant la santé publique ou encore une (menace de) pollution – et que cette omission peut être qualifiée de faute ou de négligence <sup>113</sup>.

<sup>113</sup> Conclusions du Procureur général J.-F. Leclercq, *J.T.* 2006, p. 594, en particulier p. 599.

Deze uitzondering is naar ons oordeel echter moeilijk inpasbaar in het bestaande grondwettelijke bestel <sup>114</sup>.

Dat het niet aan de rechterlijke macht toekomt om de zorgvuldigheid van het wetgevend optreden te beoordelen, vindt trouwens een impliciete bevestiging in het cassatiearrest van 12 augustus 2008 <sup>115</sup>. In deze zaak erkende het Hof van Cassatie immers dat het uitsluitend aan de wetgevende macht toekomt om leemtes in de wetgeving te verhelpen, hetgeen onderkent dat de wetgever en de rechter elk een eigen, functioneel duidelijk gescheiden, takenpakket vervullen. Een arrest van 12 september 2008 <sup>116</sup> komt het voorgaande niettemin te nuanceren en laat de verwijzingsrechter bij uitzondering toe een wetgevende leemte aan te vullen; het komt de verwijzingsrechter immers toe om een einde te maken aan een door het Grondwettelijk Hof «vastgestelde ongrondwettigheid, wanneer die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast» <sup>117</sup>.

- In voormeld arrest van 1 juni 2006, heeft het Hof van Cassatie, na eerst te hebben aangegeven dat de algemene beginselen van de overheidsaansprakelijkheid ook toepassing vinden op de handelingen gesteld door de wetgevende macht, uiteindelijk de vernietiging uitgesproken van het bestreden arrest gewezen door het Hof van Beroep te Brussel. Dit arrest had met het uitoefenen van de wetgevende taak in de eigenlijke zin geen uitstaans, maar hield veeleer verband met de ongebonden werking van een parlementaire onderzoekscommissie. In zijn arrest bevestigde het Hof van Cassatie uitdrukkelijk de immuniteit van de meningen die volksvertegenwoordigers vertolken in de uitoefening van hun mandaat of in de uitoefening van eventuele andere taken. Het komt derhalve niet aan de rechterlijke macht toe om een welbepaalde mening en, zoals in het geval waarover het Hof moest oordelen, het vastleggen van deze mening in een verslag van een Parlementaire onderzoekscommissie, als foutief aan te merken zonder daarbij het beginsel van de scheiding der machten te miskennen <sup>118</sup>.

Cependant, à notre avis, cette exception s'inscrit difficilement dans l'ordre constitutionnel existant <sup>114</sup>.

Le fait qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de juger de la diligence de l'action législative est d'ailleurs implicitement confirmé dans l'arrêt de cassation du 12 août 2008 <sup>115</sup>. Dans cette affaire, la Cour de cassation a en effet reconnu qu'il appartient exclusivement au pouvoir législatif de remédier aux lacunes dans la législation, ce qui revient à reconnaître que le législateur et le juge ont chacun des attributions propres et fonctionnellement bien délimitées. Un arrêt du 12 septembre 2008 <sup>116</sup> vient cependant nuancer ce qui précède et permet, par exception, au juge *a quo* de combler une lacune juridique; c'est en effet au juge *a quo* qu'il appartient, si une lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à «l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée» <sup>117</sup>.

- Dans l'arrêt précité du 1<sup>er</sup> juin 2006, la Cour de cassation, après avoir d'abord indiqué que les principes généraux de la responsabilité des pouvoirs publics s'appliquent également aux actes du pouvoir législatif, a finalement prononcé l'annulation de l'arrêt contesté rendu par la Cour d'appel de Bruxelles. Cet arrêt n'avait rien à voir avec l'exercice de la mission législative proprement dite, mais était plutôt lié au fonctionnement indépendant d'une commission d'enquête parlementaire. Dans son arrêt, la Cour de cassation a expressément confirmé l'immunité des opinions exprimées par les députés dans l'exercice de leur mandat ou dans l'exercice d'éventuelles autres missions. Il n'appartient donc pas au pouvoir judiciaire de qualifier de faute une opinion bien définie et, comme dans le cas dont devait connaître la Cour, la transcription de cette opinion dans un rapport d'une commission d'enquête parlementaire, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs <sup>118</sup>.

<sup>114</sup> J. Van Compernelle en M. Verdussen, *op. cit.*, p. 433, in het bijzonder p. 436 en voetnoot 23, die het bestaan van een dergelijk voorbehoud erkennen maar tegelijkertijd het uitzonderlijk karakter ervan onderstrepen en derhalve aanvaarden dat het om een algemeen beginsel gaat. Vergelijk verder ook met G. Maes, «Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht», *NjW* 2004, 398., nrs. 15-16.

<sup>115</sup> Cass. 12 augustus 2008, (rolnummer P.08.1065.N), onuitg., [www.cass.be](http://www.cass.be), r.o. 12 en 13.

<sup>116</sup> Cass. 12 september 2008, (rolnummer P.08.1317N/1), onuitg., nog niet gepubliceerd op de website van het Hof van Cassatie (stand: 15 september 2008), r.o. 8.

<sup>117</sup> Grondwettelijk Hof, arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008, onuitg., <http://www.grondwettelijkhof.be>.

<sup>118</sup> Vergelijk met het gecasseerde arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 28 juni 2005, *J.T.* 2005, p. 594, noot M.F. Rigaux.

<sup>114</sup> J. Van Compernelle et M. Verdussen, *op. cit.*, p. 433, en particulier p. 436 et note 23, qui reconnaissent l'existence d'une telle réserve mais en soulignent en même temps le caractère exceptionnel et acceptent, par conséquent, qu'il s'agit d'un principe général. Cf. également G. Maes, «Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht», *NjW* 2004, 398., n° 15-16.

<sup>115</sup> Cass. 12 août 2008, (numéro de rôle P.08.1065.N), non publié, [www.cass.be](http://www.cass.be), r.o. 12 et 13.

<sup>116</sup> Cass. 12 septembre 2008, (numéro de rôle P.08.1317N/1), non publié, non encore disponible sur le site internet de la Cour de cassation (état: 15 septembre 2008), r.o. 8.

<sup>117</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 111/2008 du 31 juillet 2008, non publié, <http://www.courconstitutionnelle.be>.

<sup>118</sup> Cf. l'arrêt cassé de la Cour d'appel de Bruxelles du 28 juin 2005, *J.T.* 2005, p. 594, note M.F. Rigaux.

De vrijheid van meningsuiting heeft volgens het Hof trouwens niet enkel betrekking op de meningsuitingen die een volksvertegenwoordiger mondeling geeft, maar ook op de schriftelijke bijdragen en het geheel van de parlementaire voorbereidingen waaronder met name het verslag van de Onderzoekscommissie betreffende de sekten.

Op dit punt moet niettemin aangestipt worden dat, op basis van het cassatiearrest van 19 december 1991 met betrekking tot de overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht, de immuniteit van een welbepaald orgaan niet meteen de immuniteit van de staatsmacht in zijn geheel meebrengt. Het was met andere woorden mogelijk om de immuniteit van de individuele parlementsleden te verzekeren en te erkennen, zonder meteen de aansprakelijkheid van het Parlement als zodanig uit te sluiten. Het Hof heeft in zijn arrest van 1 juni 2006 de vrijheid van meningsuiting in de parlementaire werkzaamheden dan ook bijzonder extensief omschreven. De rechtsgrondslag voor een dergelijke extensieve invulling kan trouwens worden gevonden in artikel 58 van de Grondwet.

Deze oplossing verdient naar ons oordeel goedkeuring.

### 3. Slotbeschouwingen

Het cassatiearrest van 28 september 2006 bevestigt in de eerste plaats ondubbelzinnig de verantwoordelijkheid van de wetgevende macht en plaatst de wetgever principieel op gelijke voet met de uitvoerende en de rechterlijke macht, die eerder al hun immuniteit hadden verloren. Deze principiële erkenning sluit aan bij de verschillende beperkingen die daarvoor reeds aan de vrije uitoefening van de wetgevende taak waren gesteld en bevestigt dat de wetgever ook buiten de gevallen waarin hij rechtstreeks werkende internationale of supranationale rechtsregels miskent, een foutaansprakelijkheid kan oplopen. Deze foutaansprakelijkheid moet trouwens worden beoordeeld aan de hand van de gemeenrechtelijke onrechtmatige daadregels zoals die zijn opgenomen in de artikelen 1382 en volgende B.W..

Het Hof mag het principe van een foutaansprakelijkheid van de wetgevende macht voor de handelingen gesteld in de uitvoering van de wetgevende taak dan al uitdrukkelijk hebben erkend in zijn arrest van 28 september 2006, de precieze toepassingsvoorwaarden waaronder de gewone rechtscolleges een fout van de wetgever kunnen doen vaststellen, werden tot op heden slechts gedeeltelijk door het Hof van Cassatie afgebakend.

Uit de veelheid van punten en aanbevelingen die doorheen deze studie respectievelijk werden geïdentificeerd

La liberté d'expression porte, selon la Cour, non seulement sur les déclarations orales d'un député, mais aussi sur ses écrits et sur tous les travaux parlementaires, dont en l'espèce le rapport de la Commission d'enquête sur les sectes.

Il est à noter, à cet égard, que selon l'arrêt du 19 décembre 1991 rendu par la Cour de cassation au sujet de la responsabilité de l'État du fait du pouvoir judiciaire, l'immunité d'un organe déterminé n'implique pas nécessairement celle de la puissance publique dans son ensemble. En d'autres mots, il aurait été possible d'assurer et de reconnaître l'immunité des membres du Parlement sans pour autant écarter la responsabilité de celui-ci. Dans son arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2006, la Cour a dès lors tenu à définir la liberté d'expression dans le cadre du travail parlementaire de manière particulièrement extensive. Le fondement d'une interprétation aussi extensive se trouve dans l'article 58 de la Constitution.

Cette solution doit, selon nous, être approuvée.

### 3. Conclusions

L'arrêt rendu le 28 septembre 2006 par la Cour de cassation confirme tout d'abord de manière incontestable la responsabilité du pouvoir législatif et place, par principe, le législateur sur le même pied que les pouvoirs exécutif et judiciaire qui ont déjà perdu leur immunité précédemment. Cette reconnaissance de principe s'inscrit dans le droit fil des différentes limites déjà posées au libre exercice de la fonction législative et confirme qu'en dehors des cas où il méconnaît des normes de droit international ou supranational directement applicables, le législateur peut également voir sa responsabilité engagée en cas de faute. Il convient du reste d'évaluer cette responsabilité pour faute au regard des règles de droit commun applicables aux actes illicites telles qu'elles figurent aux articles 1382 et suivants du Code civil.

Même si, dans son arrêt du 28 septembre 2006, la Cour a explicitement reconnu le principe de la responsabilité pour faute du pouvoir législatif pour les actes accomplis dans l'exercice de la fonction législative, jusqu'à présent, les conditions d'application précises dans lesquelles les juridictions ordinaires peuvent faire constater une faute du législateur n'ont été que partiellement définies par la Cour de cassation.

Parmi la multitude de points et de recommandations définis et formulés tout au long de la présente étude,

en geformuleerd, selecteren we er voor de toepassing van dit eindbesluit twee, die de eigenlijke kern uitmaken van ons onderzoek.

– Een eerste punt betreft de wijze waarop de futaansprakelijkheid van de wetgevende macht zich verhoudt (of minstens, zou moeten verhouden) tot de grondwettigheidcontrole die toekomt aan het Grondwettelijk Hof.

– Het tweede punt heeft betrekking op het dubbele foutbegrip en de bevoegdheid die al dan niet aan de rechterlijke macht toekomt om het (niet-)handelen van de wetgever te toetsen aan de algemene zorgvuldigheidsverplichting.

Beide punten worden achtereenvolgens in meer detail hernoemen.

### *3.1. Futaansprakelijkheid van de wetgevende macht en grondwettigheidcontrole door het Grondwettelijk Hof*

Zoals ook al eerder werd aangegeven, kunnen de gewone rechtscolleges, zonder daarvoor eerst te moeten terug te koppelen naar een internationale rechter of het Hof van Justitie, zelf schendingen vaststellen van rechtstreeks werkende internationale of supranationale rechtsregels die toerekenbaar zijn aan de wetgever en ook onmiddellijk, bij toepassing van de gemeenrechtelijke onrechtmatige daadregels, de nodige herstelmaatregelen doen opleggen.

Dit schema is niet bruikbaar in geval de wetgever in de uitvoering van zijn wetgevende taak, de Grondwet schendt. Hoewel een ongrondwettigheid noodzakelijkerwijze een fout vaststelt in hoofde van de wetgever, is de grondwettigheidstoets voorbehouden voor het Grondwettelijk Hof. De fout van de wetgevende macht staat derhalve slechts vast van zodra het Grondwettelijk Hof een welbepaald handelen of verzuim als ongrondwettig heeft verklaard en, meer in het bijzonder, als strijdig met de grondwettelijke referentienormen waarover het Grondwettelijk Hof zijn controle kan uitoefenen. Slechts vanaf dit ogenblik kan de gewone rechter de publiekrechtelijke overheid een schadevergoeding doen opleggen voor de fout die begaan werd door de wetgever. Zonder een voorafgaande veroordelingbeslissing van het Grondwettelijk Hof, of in materies die buiten het referentiekader vallen waarover het Grondwettelijk Hof zijn toezicht kan uitoefenen, zijn de gewone rechtscolleges verhinderd om een herstelmaatregel te bevelen.

Teneinde de wetgevende taak (en derhalve, bij uitbreiding, het algemeen belang) zoveel als mogelijk te vrijwaren, is het bovendien verkieslijk dat het Grond-

nous en retenons deux qui, en conclusion, constituent l'essence de notre étude:

– Un premier point concerne le rapport existant (ou qui devrait, à tout le moins, exister) entre la responsabilité pour faute du pouvoir législatif et le contrôle de constitutionnalité appartenant à la Cour constitutionnelle.

– Le second point a trait à la double notion de faute et à la compétence appartenant ou non au pouvoir judiciaire d'apprécier la conformité d'une action (ou d'une omission) du législateur à l'obligation de diligence générale.

Ces deux points sont successivement repris en détail.

### *3.1. Responsabilité pour faute du pouvoir législatif et contrôle de la constitutionnalité par la Cour constitutionnelle*

Ainsi qu'il a déjà été indiqué plus haut, les juridictions ordinaires peuvent constater elles-mêmes, sans devoir d'abord recourir à un juge international ou à la Cour de justice, les violations des normes juridiques internationales ou supranationales directement applicables pouvant être imputées au législateur et également faire imposer immédiatement les mesures de réparation requises en application des règles de droit commun relatives aux actes irréguliers.

Les choses sont différentes lorsque le législateur viole la Constitution dans l'exercice de sa mission législative. Bien que toute inconstitutionnalité constate une faute dans le chef du législateur, le contrôle de la constitutionnalité est de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle. La faute du pouvoir législatif n'est dès lors établie qu'à partir du moment où la Cour constitutionnelle déclare que telle action ou omission est inconstitutionnelle et, en particulier, contraire aux normes de référence constitutionnelles sur lesquelles la Cour constitutionnelle peut exercer son contrôle. Ce n'est qu'à partir de ce moment-là que le juge ordinaire peut faire imposer à l'autorité publique la réparation du dommage causé par pour la faute commise par le législateur. Sans condamnation préalable de la Cour constitutionnelle ou dans les matières qui ne relèvent pas de la compétence de contrôle de la Cour constitutionnelle, les juridictions ordinaires sont empêchées d'ordonner une mesure de réparation.

Pour préserver au mieux la tâche législative (et dès lors, par extension, l'intérêt général), il est en outre souhaitable que la Cour constitutionnelle puisse toujours – et

wettelijk Hof in alle gevallen, dus zowel in het raam van een vernietigingsprocedure als naar aanleiding van een prejudiciële vraag, bij wijze van algemene beschikking de terugwerkende kracht van zijn beslissingen kan moduleren en de wetgever bovendien een termijn kan stellen binnen dewelke hij de ongrondwettigheid moet herstellen. Vóór afloop van deze sperperiode is de rechtzoekende bijgevolg verhinderd om een herstel te bekomen, ook al staat de fout van de wetgever dan vast.

Een dergelijke symmetrische oplossing tussen de vernietigingsprocedure en de prejudiciële procedure onderstelt een ingrijpen van de bijzondere wetgever onder de voorwaarden zoals hierboven reeds uiteengezet. In zijn tussenkomst kan de bijzondere wetgever meteen ook remediëren aan de cassatierechtspraak van 20 december 2007, waarin door het Hof werd geoordeeld dat het aan de gewone rechtscollages toekomt om, bij uitlegging van de wet, de gevolgen in de tijd te bepalen van een grondwetovertreiding waartoe door het Grondwettelijk Hof in een prejudicieel arrest werd besloten. Deze beoordeling komt naar ons oordeel bij voorkeur toe aan het Grondwettelijk Hof zelf.

### *3.2. Foutaansprakelijkheid van de wetgever en de algemene zorgvuldigheidsverplichting*

Een tweede punt dat we in dit eindbesluit willen aanstippen, heeft betrekking op de dubbele omschrijving van het foutbegrip van artikel 1382 B.W.. De fout die de aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke overheid, en meerbepaald de wetgever, in het gedrang brengt, kan hetzij voortvloeien uit een schending van een rechtsregel die de overheid tot een welomschreven handelen (of onthouden) verplicht (eerste foutbegrip), dan wel uit een overtreding van de algemene zorgvuldigheidsnorm (tweede foutbegrip).

In de studie werd verdedigd dat het niet aan de rechterlijke macht toekomt om het handelen van de wetgever (of het gebrek aan handelen van deze laatste) te toetsen aan de algemene zorgvuldigheidsverplichting en, dienvolgens, de concrete gedragingen van de wetgever te vergelijken met hetgeen betamelijk is voor een normale en gemiddelde wetgever, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden. Een dergelijke controle, die in de rechtsleer niet onomstreden is, druist onder meer in tegen het beginsel van de scheiding der machten en staat bovendien haaks op de bijzondere rol die in ons constitutioneel bestel aan de wetgever toekomt. Een mogelijke uitzondering hierop, hoewel er ons dan geen praktische toepassingsgevallen zijn bekend, betreft het geval waarbij de wetgever nalaat om passend uitvoering te geven aan een grondwettelijke rechtsnorm die hem een voldoende precieze verplichting oplegt (hierover ook *supra*, nr. 2.3).

donc tant dans le cadre d'une procédure d'annulation que dans celui d'une question préjudicielle – moduler la rétroactivité de ses décisions grâce à une décision générale, et qu'elle puisse en outre accorder au législateur un délai pour la réparation de l'inconstitutionnalité visée. Avant l'issue de cette période de blocage, le justiciable ne peut dès lors obtenir aucune réparation, même lorsque la faute du législateur est établie.

Cette symétrie entre la procédure d'annulation et la procédure préjudicielle suppose une intervention du législateur spécial dans les conditions déjà exposées plus haut. Le législateur peut également profiter de cette intervention pour remédier à la décision de cassation du 20 décembre 2007 par laquelle la Cour a indiqué qu'il appartenait aux juridictions ordinaires d'interpréter la loi afin de déterminer les conséquences dans le temps d'une violation de la Constitution établie par la Cour constitutionnelle dans un arrêt préjudiciel. Nous estimons qu'il serait préférable que cette appréciation relève de la compétence de la Cour constitutionnelle elle-même.

### *3.2. Responsabilité pour faute du législateur et obligation générale de précaution*

Un second point que nous souhaitons souligner dans ces conclusions concerne la double définition de la notion de faute prévue par l'article 1382 du Code civil. La faute qui met en cause la responsabilité de l'autorité publique et, en particulier, du législateur peut découler de la violation d'une règle de droit imposant à l'État une action (ou une abstention) bien définie (première conception de la faute) ou d'une violation de la règle générale de prudence (seconde conception de la faute).

L'étude arguait qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire d'évaluer les actes du législateur (ou l'absence de ceux-ci) à l'aune de l'obligation générale de précaution et, partant, de comparer les agissements concrets du législateur au comportement correct que devrait avoir un législateur normal et moyen dans les mêmes circonstances concrètes. Un tel contrôle, que la doctrine conteste, se heurte notamment au principe de la séparation des pouvoirs et est de surcroît en contradiction avec le rôle particulier que notre régime constitutionnel confie au législateur. Il existe toutefois une exception possible à cette règle, bien que nous n'ayons connaissance d'aucun cas d'application pratique, à savoir lorsque le législateur néglige d'appliquer de manière adéquate une norme constitutionnelle qui lui impose une obligation suffisamment précise (voir également à ce sujet le n° 2.3 *supra*).

De controle van de algemene zorgvuldigheidsverplichting door de gewone rechtscolleges krijgt in het cassatie-arrest van 28 september 2006 echter een bredere invulling. Het Hof van Cassatie laat de gewone rechtscolleges in één bijzonder geval immers de mogelijkheid om, bij de beoordeling van het eerste foutbegrip, terug te vallen op het tweede foutbegrip. De gewone rechtscolleges kunnen volgens het Hof immers rechtsgeldig beoordelen of de wetgever op een passende en toereikende wijze invulling heeft gegeven aan de doeltreffende organisatie van de openbare dienst van de Justitie en, meer in het bijzonder, of hij voldoende rekenschap heeft gegeven aan de vereisten van artikel 6, 1° EVRM<sup>119</sup>, ongeacht trouwens dat deze hogere rechtsnormen de wetgever een ruim omschreven appreciatievrijheid laten wat betreft de middelen die hij aanwendt om de naleving ervan te verzekeren.

Een dergelijke beoordelingsbevoegdheid heeft in de eerste plaats tot gevolg dat artikel 13 EVRM, welk artikel een rechtzoekende wiens fundamentele rechten en vrijheden van het EVRM zijn geschonden het recht op een effectieve (en efficiënte) rechtshulp garandeert, in de Belgische rechtsorde rechtstreekse werking krijgt, iets dat tot op vandaag in de rechtsleer uiteenlopend wordt beoordeeld<sup>120</sup>.

Belangrijker echter is de mogelijkheid die de gewone rechtscolleges thans verkrijgen, ook al is het dan enkel middellijk, via de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels om, en marginaal, om wetgevende handelingen (of een wetgevend verzuim) aan de fundamentele voorschriften van de artikelen 6, 1° en 13 EVRM – en, bij uitbreiding, van het EVRM als zodanig – te toetsen, hetgeen er uiteindelijk op neerkomt dat de grondwettigheidcontrole die strikt voorbehouden is voor het Grondwettelijk Hof, minstens gedeeltelijk wordt omzeild.

Een dergelijk rechterlijk toezicht op de beoordelingsvrijheid van de wetgever, ook al is dit toezicht dan enkel middellijk en marginaal, kan niet overtuigen. Het brengt immers het fragiele evenwicht in gevaar tussen

Dans son arrêt du 28 septembre 2006, la Cour de cassation a néanmoins conféré un contenu plus large au contrôle de l'obligation générale de précaution par les juridictions ordinaires. Dans un cas seul précis, en effet, la Cour permet aux juridictions ordinaires, lors de l'appréciation de la première notion de faute, d'avoir recours à la deuxième notion de faute. Les juridictions ordinaires sont en effet, selon la Cour, habilitées à juger si le législateur a mis en œuvre, de manière adéquate et suffisante, l'organisation efficace du service public de la Justice et, plus particulièrement, s'il a respecté à suffisance les dispositions de l'article 6, 1° de la CEDH<sup>119</sup>, peu importe d'ailleurs que ces normes juridiques supérieures confèrent au législateur une grande liberté d'appréciation en ce qui concerne les moyens à utiliser pour en assurer le respect.

Il résulte en premier lieu de cette compétence d'appréciation que l'article 13 de la CEDH, qui garantit au justiciable dont les droits et libertés reconnus dans la CEDH ont été violés le droit à l'octroi d'un recours effectif, devient directement applicable dans l'ordre judiciaire belge, alors qu'à ce jour, la doctrine a toujours été partagée à cet égard<sup>120</sup>.

Mais ce qui est plus important, c'est la possibilité qui est aujourd'hui offerte aux juridictions ordinaires d'évaluer, fût-ce indirectement, par le biais des règles de la responsabilité extra-contractuelle, et marginalement, des actes législatifs (ou une omission législative) au regard des prescrits fondamentaux des articles 6, 1° et 13 de la CEDH – et, par extension, de la CEDH en tant que telle –, ce qui, en définitive, équivaut à tourner, au moins partiellement, le contrôle de constitutionnalité strictement réservé à la Cour constitutionnelle.

Un tel contrôle judiciaire de la liberté d'appréciation du législateur, fût-il indirect et marginal, ne peut convaincre. Il met en effet en danger l'équilibre fragile entre l'intérêt individuel et l'intérêt général que le législateur entend

<sup>119</sup> Het Hof van Cassatie oordeelt in zijn arrest van 28 september 2006 dat de rechterlijke macht de Staat rechtsgeldig aansprakelijk kan stellen «wegens de fout die erin bestaat dat hij nagelaten heeft weten uit te vaardigen teneinde de rechterlijke macht in staat te stellen de openbare dienst van de Justitie op een doeltreffende wijze te verzekeren, met inachtneming, meer bepaald, van artikel 6.1 van het (...) Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden».

<sup>120</sup> Hierover, met verdere verwijzingen, M. Van Cromheecke en V. Staelens, «Artikel 13 EVRM», in J. Vande Lanotte en Y. Haecck (eds.), *Handboek EVRM*, deel II, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 125, nr. 58.

<sup>119</sup> Dans son arrêt du 28 octobre 2006, la Cour de cassation estime que le pouvoir judiciaire peut valablement tenir l'État responsable «d'avoir omis de légiférer (...) afin de donner au pouvoir judiciaire les moyens nécessaires pour lui permettre d'assurer efficacement le service public de la Justice, dans le respect notamment de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales».

<sup>120</sup> Voir à ce sujet, avec les renvois correspondants, M. Van Cromheecke et V. Staelens, «Artikel 13 EVRM», in J. Vande Lanotte et Y. Haecck (eds.), *Handboek EVRM*, tome II, Anvers, Intersentia, 2004, p. 125, n° 58.



het individuele en het algemene belang dat de wetgever wil bewerkstelligen en lijkt bovendien weinig aangepast aan situaties waarin de wetgever, op grond juist van de beoordelingsbevoegdheid die hem toekomt, een lange termijn strategie uitzet teneinde aan bestaande onvolkomenheden te remediëren.

Wat voormelde evenwichtsoefening betreft, kan trouwens nog worden aangestipt dat de ons omringende landen bij de beoordeling van het aansprakelijkheidsvraagstuk voor ondeugdelijke wetgeving, vrijwel systematisch de voorkeur geven aan het algemene belang boven het individuele belang van de schadelijder.

\*  
\* \*

réaliser, et il semble par ailleurs peu adapté à des situations dans lesquelles le législateur, précisément en vertu de la faculté d'appréciation dont il jouit, met en œuvre une stratégie à long terme afin de remédier aux imperfections existantes.

En ce qui concerne l'exercice d'équilibre mentionné, l'on peut ajouter du reste que les pays qui nous entourent, dans le cadre de l'appréciation de la question de la responsabilité en cas de législation défectueuse, privilégient presque systématiquement l'intérêt général, plutôt que l'intérêt individuel de la personne lésée.

\*  
\* \*