



EXONÉRATIONS LÉGALES DE RESPONSABILITÉ CIVILE ET DROIT FONDAMENTAL AU RESPECT DES BIENS

Deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H., Maurice c. France et Draon c. France, du 6 octobre 2005) ont condamné la France pour non-conformité à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention, de l'exonération de responsabilité des médecins commettant des erreurs de diagnostic anténatal par la loi du 4 mars 2002. La notion de bien protégé par la Convention est affinée et les jurisprudences Quarez et Perruche revitalisées.

1 CONTEXTE

1. — Deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (1) condamnent la France pour avoir privé des parents d'enfants handicapés d'une action en indemnisation de leur dommage personnel — causé par un mauvais diagnostic du handicap *in utero* (action dite en *wrongful birth*) (2). Cette action se recommandait de la jurisprudence *Quarez* (3) du

(1) C.E.D.H., arrêt *Maurice c. France* du 6 octobre 2005, arrêt *Draon c. France*, du 6 octobre 2005, *J.C.P.*, 2005, act., 550, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 743, obs. J.-P. Marguénaud. Décision sur la recevabilité : C.E.D.H., 6 juillet 2004, *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, 797, obs. J.-P. Marguénaud.

(2) Par *wrongful birth* (naissance préjudiciable), on désigne le dommage moral ou matériel des parents devant assumer des charges liées au handicap de l'enfant. Par *wrongful life* (vie préjudiciable), on désigne le dommage moral ou matériel de l'enfant, représenté par ses parents au procès s'il est mineur. Sur ces distinctions : S. De Meuter, « *Wrongful life - Wrongful birth - Wrongful conception or pregnancy claim* : inventarisatie van de begrippen - Theoretisch raamwerk - Proeve van probleemoplossing », in *Liberal amicorum Ernest Krings*, Gand, éd. Story-Scientia, 1991, p. 61; Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 118, n° 121; Y.-H. Leleu et G. Genicot, *Le droit médical*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 173, n° 212; C. Trouet, « *Wrongful birth en wrongful life* : nieuwe risico's bij preconceptioneel en prenataal onderzoek? », *Revue de droit de la santé*, 1998-1999, p. 284.

(3) Le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs sont compétents pour les litiges nés dans les hôpitaux

Conseil d'Etat français, complétée par la jurisprudence *Perruche* (4) de la Cour de cassation — quant au dommage personnel de l'enfant (action dite en *wrongful life*).

publics. Arrêt *Quarez* : C.E. fr., 14 février 1997, *Rec.*, p. 14, *J.C.P.*, 1997, II, 22828, note J. Moreau, *J.C.P.*, 1997, I, 4045, n° 7, obs. P. Murat, *Gaz. pal.*, 1997, 75, obs. M.-A. Hermitte, *D.*, 1998, 294, somm., obs. S. Henneron, *Rev. fr. dr. adm.*, 1997, 374, concl. V. Péresse, note B. Mathieu, *A.J.D.A.*, 1997, 430, *R.D.P.*, 1997, 1139, note J.-M. Aubry, p. 1147, note J. Waline, www.legifrance.gouv.fr.

(4) La Cour de cassation et les tribunaux judiciaires sont compétents pour les litiges survenus dans les hôpitaux privés. Arrêts *Perruche* : Cass. fr., ass. plén., 17 novembre 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10438, concl. J. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos, note F. Chabas, *Journ. proc.*, 2000, n° 404, 8, obs. R.O. Dalcq et J. Dalcq, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1258, note F. Rigaux, *D.*, 2001, 332, note D. Mazeaud, note P. Jourdain, *D.*, 2001, 2796, somm. comm., note F. Vasseur-Lambry, *Dr. fam.*, 2001, n° 11, obs. P. Murat, *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 103, obs. J. Hauser, 149, obs. P. Jourdain, 226, obs. R. Libchaber; Cass. fr., 1^{re} civ., 26 mars 1996, *D.*, 1997, 35, note J. Roche-Dahan, *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, 621, obs. P. Jourdain, 871, obs. J. Hauser, *J.C.P.*, 1996, I, 3946, obs. P. Murat, 3985, obs. G. Viney, *J.C.P.*, 1997, I, 4045, n° 7, obs. P. Murat, *Gaz. pal.*, 1997, 75, obs. M.-A. Hermitte. Dans le même sens : Cass., 24 janvier 2006, n° 136, n° 195 et n° 196 (motifs), *Gaz. Pal.*, 12-14 février 2006, 8, concl. (contraires) J. Sainte-Rose; dans le même sens, C.E. fr., 24 février 2006; Cass. fr., ass. plén., 28 novembre 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13471, *J.C.P.*, 2002, 10018, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas, *J.C.P.*, 2001, 2237; Cass. fr., ass. plén., 13 juillet 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13467, *D.*, 2001, 2325, note P. Jourdain, *J.C.P.*, 2001, 1482, *J.C.P.*, 2001, II, 10601, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas, *Gaz. pal.*, 7 septembre 2001, 26, note J. Guigue, *R.G.D.C.*, 2002, 208, note E. Dirix.

S O M M A I R E

- Exonérations légales de responsabilité civile et droit fondamental au respect des biens, par Y.-H. Leleu et M. Pâques 277
- I. Procès équitable - Accès au juge - Egalité des armes - Prise en charge des honoraires d'avocat par la partie succombante - Comparaison - Demandeur triomphant - Défendeur triomphant - Différence de traitement injustifiée - Source de la discrimination - Lacune législative - Compétences respectives de la Cour d'arbitrage et du législateur - II. Responsabilité - Réparation du dommage - Honoraires d'avocat de la partie triomphante - Comparaison - Demandeur et défendeur à l'action - Différence de traitement - Lacune législative. (Cour d'arbitrage, 19 avril 1996, observations de B. De Coninck) 285
- Sécurité sociale - Allocations aux personnes handicapées - Récupération d'allocations - Refus d'y renoncer, même pour un cas digne d'intérêt - Absence de recours - Violation des articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. (Cour d'arbitrage, 15 février 2006) 289
- Expertise - Honoraires de l'expert - Demande de taxation - Appréciation de la qualité du travail de l'expert - Surséance à statuer jusqu'au jugement du fond du litige. (Liège, 3^e ch., 13 février 2006) 290
- I. Assurances terrestres - Proposition d'assurance - Refus de l'assureur - Notification au courtier du preneur - Validité (non) - II. Assurances terrestres - Couverture - Prise d'effet - Expiration du délai de l'option de l'assureur destinataire de la proposition. (Liège, 20^e ch., 2 février 2006) 291
- Distribution électrique - Elagage des arbres - Obligation du propriétaire (non). (Liège, 20^e ch., 25 janvier 2006) 292
- Contribution alimentaire (art. 203, C. civ.) - Pension alimentaire après divorce (art. 301, C. civ.) - Hiérarchie. (J.P. Tournai, 2^e cant., 25 mai 2004) 293
- Chronique judiciaire :
Le droit et la littérature - Bibliographie - Dates retenues - Coups de règle.

Les époux Maurice (5), déjà parents d'un enfant handicapé, reprochaient au médecin d'avoir inversé des résultats d'analyses prénatales concernant leur famille avec ceux d'une autre famille, à la suite de quoi la mère n'envisagea plus d'interruption thérapeutique de grossesse et mit au monde un enfant affecté du même handicap que sa sœur aînée. Les tribunaux administratifs ont reconnu la faute médicale mais n'ont octroyé aux parents que la réparation de leurs dommages moral et matériel personnels et du dommage moral de leur fille aînée, et non leur dommage matériel causé par les charges liées au handicap de l'enfant.

C'est que, pendant leur procédure judiciaire, la loi française du 4 mars 2002 a exonéré le médecin vis-à-vis de l'enfant handicapé (volonté de contrarier la jurisprudence *Perruche*) du dommage causé par sa faute consistant à ne pas déceler *in utero* son handicap (article 1^{er}, I, alinéa 1^{er}), ainsi que vis-à-vis des parents (volonté de contrarier la jurisprudence *Quarez*) en cas de faute médicale « caractérisée » pour le dommage résultant des charges particulières lié au handicap (article 1^{er}, I, alinéa 3). Le dommage subi par l'enfant n'est indemnisé que si le handicap a été provoqué par la faute du médecin (article 1^{er}, I, alinéa 2) (6). La loi reporte l'indemnisation sur la « solidarité nationale » (article 1^{er}, II) et s'applique avec effet immédiat (7) (article 1^{er}, I, alinéa 4). Elle a inévitablement dû briser la jurisprudence *Quarez*, pourtant moins contestée que la jurisprudence *Perruche*, pour éviter que les parents ainsi privés de l'action en réparation du dommage de leur enfant (*wrongful life*) ne postulent une indemnité équivalente en réparation de leur propre dommage (*wrongful birth*) (8).

2. — La raison de la requête des époux Maurice et Draon devant la Cour européenne des droits

(5) Les époux Draon ont été alertés par une échographie ayant permis de déceler une anomalie dans le développement du fœtus. Ils ont fait pratiquer une amniocentèse qui fut mal exploitée par le laboratoire. L'enfant naquit atteint d'une cardiopathie due à une « anomalie chromosomique » causant des troubles graves, une infirmité majeure et une invalidité totale et définitive, le tout impliquant une organisation particulière de sa vie matérielle incluant des soins spécialisés et non spécialisés permanents. Là aussi, les juridictions administratives ont appliqué la loi exonératoire, et même souligné sa conformité à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention, pour limiter l'indemnisation au dommage propre des parents.

(6) On y ajoutera les fautes qui ont pour effet de ne pas permettre aux parents concernés d'éviter la conception d'un enfant handicapé (ex. : Trib. adm. Paris, 24 juin 2003, *D.*, 2004, 983, note A. Sériaux).

(7) En réalité, l'effet de la loi est rétroactif (arrêt *Maurice c. France*, §§ 89-90) en ce qu'elle modifie les conditions de fond de la demande et s'applique aux faits qui sont la matière du litige, antérieurs au procès et à l'entrée en vigueur de la loi. Voy. à ce sujet : J. Petit, « L'application de la loi anti-Perruche ». « 1. L'entrée en vigueur immédiate de la loi », *R.F.D.A.*, 2003, I, p. 343.

(8) Applications : Paris, 3 juillet 2003, *Gaz. pal.*, 14-16 décembre 2003, 19, obs. I. Terrier-Mareuil; Cour adm. d'appel, Paris, 13 juin 2002, *D.*, 2002, 2156, note M.-C. de Montecler.

de l'homme était que leurs demandes d'indemnisation, supérieures à 5.000.000 EUR, avaient toutes les chances de se voir accueillies favorablement par les juridictions administratives sous l'empire de la jurisprudence *Quarez*, et plus aucune dans cette mesure à la suite du changement de législation déclaré immédiatement applicable (9).

En effet, en 2001, le juge des référés du tribunal administratif a condamné l'assistance publique — hôpitaux de Paris (A.P.-H.P.) à d'importantes indemnités provisionnelles. L'administration a fait appel. Au moment où la cour administrative d'appel de Paris a statué, la loi du 4 mars 2002 était entrée en vigueur. La Cour a fait application de cette loi et a, par conséquent, refusé d'allouer une provision relative au dommage exclu du ressort de la responsabilité et désormais couvert par le régime de solidarité nationale; elle n'a pu maintenir, sur la base du droit de la responsabilité, qu'une condamnation de A.P.-H.P. pour dommage moral dont elle a fixé le montant à 15.245 EUR, soit le dixième de la provision obtenue en première instance. Le Conseil d'Etat a rejeté leur recours en cassation (10). Quant à M. et Mme Draon, les condamnations qu'ils avaient initialement obtenues ont été révisées en cours de procédure par application de la loi du 4 mars 2002. A Strasbourg, les parents se sont plaints sur le fondement de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel (droit au respect des biens) d'une privation d'un élément patrimonial — leur espérance d'indemnisation — sans compensation adéquate. Ils ont obtenu la condamnation de la France pour avoir rendu l'exonération de responsabilité immédiatement applicable, y compris aux instances pendantes, sans compensation alternative adéquate (11).

Au bout de ce long procès, les requérants recevront une indemnisation complète, du moins la Cour européenne y invite expressément le gouvernement français.

Il en sera de même pour tous les parents qui ont agi avant l'entrée en vigueur de la loi, comme l'a confirmé récemment la Cour de cassation française dans trois affaires de *wrongful life* et de *wrongful birth* en appliquant directement l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (12).

Par contre, ceux qui auraient subi leur dommage avant l'entrée en vigueur de la loi, sans

(9) Comp. : Paris, 5 novembre 2003, *Gaz. pal.*, 16-17 avril 2004, 20, note J. Bonneau, *Gaz. pal.*, 4-6 avril 2004, 31, note (inapplicabilité de la loi du 4 mars 2002 à une instance vidée par une décision définitive).

(10) C.E. fr., 19 février 2003, *Rev. fr. dr. adm.*, 2003, 349, note D. Chauvaux, *D.*, 2004, somm. comm., 530, note M. Douchy-Odot, se référant à son avis contentieux : C.E. fr. (avis), 6 décembre 2002, *Gaz. pal.*, 11-12 décembre 2002, 25, note J.-G. M., *D.*, 2003, 108, note, *J.C.P.*, 2002, Act., 554, *Rev. fr. dr. adm.*, 2003, 339, note J. Petit.

(11) Sur l'insuffisance de la « solidarité nationale » à cet égard : *infra*, n° 16.

(12) Cass., 24 janvier 2006, n° 136, n°s 195 et 196, précités, note 4. Dans ces arrêts, la Cour de cassation rappelle et confirme sa jurisprudence *Perruche* (*obi-*

avoir agi, n'auraient droit qu'à la réparation de leur propre dommage (13) à l'exclusion des charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant de son handicap (article 1^{er}, I, alinéa 3, loi du 4 mars 2002). Telle est du moins la volonté du législateur français. Sont-ils discriminés parce que rien ne les distinguerait, sur le plan de la déposition de leur créance en responsabilité, de ceux qui ont agi avant la nouvelle législation? Nous le pensons et tenterons de le justifier plus loin (*infra*, n° 7). La Cour de cassation française, dans ses derniers arrêts précités, le laisse également croire tant elle fustige l'absence de rapport raisonnable entre la créance de réparation intégrale sur la base de la jurisprudence antérieure à la loi et le mécanisme imparfait de réparation forfaitaire qui lui a été substitué (14).

3. — Après avoir situé les arrêts commentés dans le contexte des actions en *wrongful birth* et en *wrongful life*, douloureux pour tous leurs protagonistes et, à un autre égard, pour les tenants d'une certaine orthodoxie dans la création des normes (1), nous signalerons l'avancée marquée par la Cour européenne sur l'assimilation d'une créance en réparation d'un dommage à un bien au sens de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la C.E.D.H.(2).

ter dicta) (ex. : arrêt n° 136 : « dès lors que les fautes commises par le médecin dans l'exécution de son contrat avec Mme Y. avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier pouvait, avant l'entrée en vigueur de la loi susvisée, demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues »). L'arrêt n° 136 casse l'arrêt de la cour d'appel (Reims, 11 avril 2001) ayant rejeté l'indemnisation avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 pour prétendu non-respect des conditions de la responsabilité civile. La loi du 4 mars 2002 s'est appliquée aux pourvois entre-temps formés par les parents (article 1015 N.C.P.C. : « Le président (de la Cour de cassation) doit avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe ») et a été invoquée, sans succès, par le défendeur en cassation. Les arrêts n°s 195 et 196 rejettent le pourvoi formé par les défendeurs en appel contre des arrêts (Bordeaux, 11 avril 2001; Orléans, 22 octobre 2001) ayant correctement appliqué les principes des jurisprudences *Perruche* (*wrongful life* - n° 195) ou *Quarez* (*wrongful birth* - n°s 195 et 196). Les pourvois se prévalaient, sans succès, de l'application immédiate de la loi du 4 mars 2002.

(13) Pour autant que le médecin ait commis une « faute caractérisée » (article 1^{er}, I, alinéa 3)).

(14) « Que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que la loi susvisée, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap, sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand Mme Y. et M. X. pouvaient en l'état de la jurisprudence, applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap ».

L'IMMUNITÉ DU MÉDECIN POUR ERREUR DE DIAGNOSTIC ANTÉNATAL D'UN HANDICAP

A. — Un choix législatif inopportun

4. — Le débat autour de l'arrêt *Perruche* et de l'indemnisation des charges du handicap lorsque seule une interruption thérapeutique de grossesse permettait de les prévenir n'est pas clos (15). L'arrêt *Quarez* avait soulevé bien moins de protestations car le lien de causalité entre le dommage des parents et les charges liées au handicap était évident.

Pour n'évoquer que les aspects patrimoniaux de ce débat, rappelons que, pour une minorité d'auteurs (16), la Cour de cassation française avait considéré à juste titre que le médecin devait indemniser l'enfant du préjudice « résultant de son handicap » causé par une faute ayant empêché la femme de choisir librement de prolonger ou non sa grossesse.

Ce sont les médias, associés à une partie de la doctrine (17), qui ont aidé à se propager dans l'opinion et chez la majorité des parlementaires français une lecture erronée de l'arrêt, consistant à y trouver l'indemnisation d'un « préjudice de naissance » (18), une dévalorisa-

tion implicite de la vie handicapée, et une décision contraire à la fois au droit, à l'éthique (19) ou à la dignité humaine (20).

Or, une fois les esprits apaisés, il est apparu que ces glissements du droit vers l'éthique (21) avaient été mus autant par un souci de préserver des valeurs que par une préoccupation des professionnels du diagnostic anténatal d'éviter l'explosion annoncée des primes d'assurances en responsabilité civile (22). Il était toutefois trop tard pour sauver la jurisprudence *Perruche* : la désinformation sur sa portée et ses conditions de mise en œuvre — elle n'a par exemple nullement imposé une obligation de résultat au médecin — relayée par un lobbying parlementaire efficace (23), a permis l'immunisation légale de ces (seuls) médecins s'ils commettaient de telles fautes.

5. — A notre avis, la loi française du 4 mars 2002 a causé bien du tort dans ce pays.

Elle s'est tout d'abord retournée contre ceux dont le législateur a proclamé vouloir protéger la dignité. Les associations de parents d'enfants handicapés, envoyées au front d'un combat pour les valeurs, ont aperçu trop tard le différentiel d'indemnisation entre l'assurance privée et la solidarité nationale promise, et réclamé en vain l'abrogation d'une loi qu'ils ont dit souhaiter (24).

Les juristes, ensuite, accoutumés à l'évolution graduelle d'un droit de la responsabilité en

phase avec les besoins sociaux émergents, et façonné par des juges au contact de ceux-ci, ont été surpris par une exonération légale si corporatiste et hâtive, décrétée dans le feu d'un arrêt qui divise. Certains se sont consolés de voir qu'elle confirmait implicitement leur opinion quant à la justesse de la jurisprudence *Perruche*, mais ils ont craint un précédent et de nouvelles tentatives en ce sens. Comme nous le verrons ci-après en examinant la situation du droit belge, le droit français a manqué une occasion d'inciter un secteur professionnel à réfléchir sur les moyens d'agir sur les comportements générateurs de responsabilité (*infra*, n° 6).

En ce qui concerne, enfin, le processus de création des normes en droit des personnes — la jurisprudence *Perruche* rend hommage à la maîtrise de son corps par la personne (25) — cet épisode du droit français signale qu'à poursuivre le maintien de valeurs soutenues par certains comme fondamentales ou structurantes, le droit peut demeurer sourd aux plaintes des Job en souffrance (26). Dans cette problématique, l'opinion souffrante vaut à notre avis plus que l'opinion savante (27), et le juge de la responsabilité ne commet pas d'abus de pouvoir (28) à développer une ingénierie généreuse. L'art du droit de la responsabilité n'est-il pas précisément de laisser la jurisprudence déployer ses interprétations évolutives de dispositions légales si génialement lacunaires? La Cour de cassation n'a-t-elle pas pour mission de cautionner l'élargissement, si des besoins sociaux émergents le requièrent incontestablement, de l'interprétation des textes au-delà de ce que même les juristes croyaient être la limite du juridiquement correct? Symptomatiques sont les manœuvres de contournement de la loi du 4 mars 2002 déjà opérées par des parents d'enfants handicapés qui réclament l'indemnisation du dommage subi par ses frères et sœurs, cette stratégie procédurale étant pour eux le seul moyen de regagner une partie de l'indemnité qui aurait pu légitimer l'existence de la victime oubliée par la loi (29).

6. — Aux critiques qui précèdent répondent celles, divergentes, des professionnels du diagnostic anténatal. L'exemple de la jurisprudence belge, qui ne connaît pas d'explosion du contentieux en ces matières (30), pourrait

(15) Voy. récemment, en Belgique R. Marchetti, E. Montero et A. Pütz, note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *R.G.D.C.*, 2006, 117.

(16) En ce sens, notamment R.O. Dalcq et C. Dalcq, « Commentaires », *Journ. proc.*, 2000, n° 404, p. 11; M. Gobert, « La Cour de cassation méritait-elle le pilori? - A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000 », *Les Petites affiches*, 2000, n° 245, 4; P. Jourdain, note précitée, *Dalloz*, 2001, 337; Y.-H. Leleu, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence *Perruche* », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13466, *Bulletin d'information de l'Ordre des médecins*, 2001, n° 31, 83; B. Markesinis, « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt *Perruche* », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 77.

(17) C. Labrusse-Riou, B. Mathieu et vingt-huit professeurs et chercheurs des Facultés de droit, *Le Monde*, 24 novembre 2000, publiée une seconde fois in *Dalloz*, 2000, n° 44; comp. D. de Béchillon, O. Cayla et Y. Thomas, « L'arrêt *Perruche*, le droit et la part de l'arbitraire », *Le Monde*, 21 décembre 2000. Pour une réflexion à ce sujet à l'occasion de la parution du second article cité : Ph. Jestaz, « Une question d'épistémologie - A propos de l'affaire *Perruche* », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 547. Insérant le premier article dans la tradition du « manifeste », incluant une nécessaire dose d'exagération : Ph. Jestaz et Chr. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 241-243. *Adde* R. Libchaber, « Une transformation des missions de la doctrine? », *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, 608.

(18) Exemples : « Préjudice de vivre », *Le Monde*, 26 novembre 2000; « La justice indemnise un enfant parce qu'il est né », *La Libre Belgique*, 18 novembre 2000; « La justice invente la naissance comme préjudice », *La Croix*, 20 novembre 2000. Dans le même sens, récemment : R. Marchetti, E. Montero et A. Pütz, note précitée, p. 123, n° 11. Sur le « sophisme » qu'il y a à considérer le « préjudice d'être handicapé » comme différent du « préjudice d'être né », parce que l'un et l'autre n'auraient que l'I.V.G. pour remède : Y. Lambert-Faivre, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé - La soli-

darité envers les personnes handicapées », *D.*, 2002, 1218.

(19) « C'est bien d'eugénisme dont il faut ici parler! » (C. Labrusse-Riou, B. Mathieu et vingt-huit professeurs et chercheurs des facultés de droit, article de presse précité).

(20) En ce sens, notamment G. Genicot, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 92-93, n° 33-35; R. Marchetti, E. Montero et A. Pütz, note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *R.G.D.C.*, p. 126, n° 15; D. Mazeaud, « Naissance, handicap et lien de causalité », interview, *D.*, 2000, n° 44; G. Mémeteau, « La jurisprudence dite *Perruche* et ses suites : fallait-il légiférer? », *Gaz. pal.*, 16-17 octobre 2002, p. 1481; G. Mémeteau, « L'action de vie dommageable », *J.C.P.*, 2000, I, 279, p. 2280; A. Sériaux, « *Perruche* et autres - La Cour de cassation entre mystère et mystification », *D.*, 2002, 1996; F. Terré, « Le prix de la vie », *J.C.P.*, 2000, I, 226. Plus nuancé : B. Edelman, « L'arrêt *Perruche* : une liberté pour la mort? », *D.*, 2002, 2349, spécialement p. 2350, n° 3.

(21) Nous déplorions ces glissements avant même d'en connaître l'issue législative (Y.-H. Leleu, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence *Perruche* », n° 11). D'autres considèrent qu'il n'y a pas lieu de s'en offusquer : R. Marchetti, E. Montero et A. Pütz, note précitée, p. 126, n° 15.

(22) Voy. notamment P. Jourdain, « Loi anti-*Perruche* : une loi démagogique », *D.*, 2002, p. 892, n° 2.

(23) *Adde* P. Mistretta, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *J.C.P.*, 2002, I, 141; C. Charbonneau, « Etats généraux des échographes et loi anti-*Perruche* », *Petites affiches*, 2002, n° 243, pp. 45 et s.

(24) « Les associations exigent l'abrogation de la loi anti-*Perruche* », *Le Monde*, 26 juin 2002; rapp. A. Debet, « La solidarité envers les personnes handicapées et la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.*, 2003, n° 2.

(25) Y.-H. Leleu, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence *Perruche* », précité; sur le droit à la maîtrise du corps : Y.-H. Leleu et G. Genicot, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, 589.

(26) Pour plus de détails : Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 7, pp. 22-23.

(27) D'après B. Markesinis, « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt *Perruche* », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 77.

(28) Sur la crainte du gouvernement des juges, voy. notamment l'intervention de Mme Chr. Boutin (Assemblée nationale, séance du 10 janvier 2002).

(29) T.G.I. Reims, 19 juillet 2005 commenté et critiqué par P. Murat, « L'avènement de l'enfant-préjudice », *Dr. fam.*, 2005/11, n° 10, p. 3; voy. C. Legonge, « Le préjudice des frères et sœurs d'un enfant handicapé », *Responsabilité*, 2005/1, p. 32.

(30) Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716; *Rev. dr. santé*, 2004-2005, 380, *R.G.D.C.*, 2006, 108, note R. Marchetti, E. Montero et A. Pütz; Civ. Bruxelles, 7 juin 2002, *R.G.D.C.*, 2002, 483.

indiquer, selon nous, d'autres manières de réagir à l'aggravation de responsabilité, préférables à l'immunité, « détestable par nature et d'autant plus critiquable lorsqu'elle a pour effet d'amputer des droits fondamentaux » (31).

Il est en effet certain que l'essor des actions en *wrongful life* ou en *wrongful birth* complique l'exercice de ces professions et les rapports avec les patients (32), et que la pression financière des assureurs est intense. Cependant, cette épreuve n'est pas propre à ce secteur et a été partagée par de nombreux autres professionnels dans un mouvement général commun à nos sociétés (perfectionnement des techniques, juridicisation des relations économiques interindividuelles, émancipation socio-juridique du client/patient, etc.). Tous ont dû s'y adapter, en règle quasi générale sans solliciter d'immunité légale.

De nombreux auteurs ont critiqué l'exonération légale par la loi du 4 mai 2002 pour des motifs plus fondamentaux que son effet immédiat : elle crée une différence de traitement non justifiable entre médecins, tous concernés par l'expansion de la responsabilité médicale (33); elle frise l'indécence à substituer une solidarité nationale en germe à une responsabilité privée autorisant la réparation intégrale (34).

7. — Une réaction plus constructive du corps médical en France eût été, par exemple, d'entamer la réflexion en vue d'une restructuration du secteur du diagnostic anténatal (35). Pour une discipline requérant des compétences prédictives aussi poussées et un matériel toujours plus performant et onéreux, il pourrait s'indiquer d'opérer des regroupements conduisant à des partages de spécialités et des économies d'échelle. C'est le cas en Belgique où les échographies de morphologie, par exemple, sont prises en charge non par le gynécologue traitant de la patiente mais, en cen-

tre hospitalier, par une équipe pluridisciplinaire dotée (collectivement) d'un matériel adéquat. Profitant de la structure hospitalière, ces praticiens peuvent bénéficier de mesures de lissage ou de mutualisation d'une partie de leurs primes d'assurance, rendant celles-ci plus supportables, d'autant plus que l'assureur sera enclin à considérer l'équipe performante comme un « meilleur risque » que le praticien isolé. Voilà notamment pourquoi nous pensons qu'il est à la fois peu probable et serait contre-productif pour la qualité des soins que le législateur belge songe à immuniser les fautes visées par la loi française du 4 mars 2002 (36).

Et si l'amélioration spontanée des comportements sous l'influence de l'aggravation de la responsabilité ne se produit pas, la société dispose d'une deuxième manière de réagir : la mutualisation de l'indemnisation des fautes. A la différence de l'exonération légale avec renvoi à la « solidarité nationale », cette technique n'efface pas l'erreur individuelle, mais collectivise ses conséquences. Elle ne les gomme toutefois pas entièrement pour l'auteur de (trop nombreuses) fautes, car le financement mixte public - privé de l'indemnisation collective des erreurs médicales n'exclut pas la sélection des risques et les hausses ciblées de cotisations individuelles. Le risque subsiste donc que le secteur du diagnostic anténatal demeure découragé par l'évolution des conditions (juridiques) d'exercice de sa profession et, au pire, ne la déserte comme cela avait été suggéré — en termes de grève — avant l'entrée en vigueur de la loi française du 4 mars 2002.

Il sera alors peut-être temps de songer à une troisième voie : la reprise par la collectivité de l'organisation même du diagnostic prénatal, dans un service public dont nul ne contestera le caractère indispensable, et qui assumera sur fonds publics les conséquences préjudiciables des erreurs commises par ses agents.

8. — La réflexion politique et économique autour de cette dernière solution — le fonds commun d'indemnisation — progresse en Europe. Les arrêts *Maurice* et *Draon* aident à répondre à une question qui déterminera les éventuels futurs rapports entre une telle indemnisation et la classique responsabilité à base de faute si celle-ci subsiste comme voie procédurale alternative : la Cour européenne pourrait-elle critiquer une exonération légale de responsabilité indépendamment de son application immédiate aux procédures en cours?

Le sûr est qu'un Etat peut légitimement immuniser pour le futur, dans des conditions raisonnables, des professionnels qui commettent des erreurs. Dans l'arrêt *Maurice*, la Cour a en effet refusé de critiquer l'immunité sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit au res-

pect de la vie familiale (37). Le choix de faire porter les charges liées au handicap sur la solidarité nationale s'inscrirait dans la marge d'appréciation « importante » de l'Etat (§ 124). Bien plus, elle estime que les motifs de la loi — éthique, équité, organisation du système de santé (38) — sont d'intérêt général et, partant, de nature à légitimer le but de l'exonération. En conséquence, il semble audacieux de présager une condamnation de la France pour l'application de la loi du 4 mars 2002 aux actions fondées sur des naissances préjudiciables postérieures à son entrée en vigueur. Généralisons : semble échapper à tout reproche l'Etat qui exonère par voie législative pour des motifs analogues un professionnel, et qui remplace adéquatement la responsabilité à base de faute, par exemple par un mécanisme solidaire efficient. On méditera donc sur les arrêts *Maurice* et *Draon* à l'heure de décider, en Belgique ou ailleurs, que le recours au futur « fonds communs d'indemnisation » implique un renoncement à l'action en responsabilité civile (39).

Pour ce qui concerne les actions fondées sur une naissance préjudiciable antérieure à l'entrée en vigueur de la loi exonératoire, mais non intentées ni prescrites, les règles générales du droit transitoire induisent qu'une loi nouvelle ne peut modifier les conditions de réparation du dommage déjà survenu sauf à être (stipulée) rétroactive. Le principe de la réparation est en effet fixé au jour de l'acte causal selon la loi en vigueur à cette époque. Comme on le montrera ci-après (*infra*, n° 15), l'espérance patrimoniale protégée par la Convention européenne en matière de *wrongful birth* ou de *wrongful life* est née en France de l'article 1382 du Code civil tel qu'interprété par la jurisprudence (*Quarez et Perruche*), elle-même déclarative de droit (40). Puisque

(31) Opinion séparée du juge Bonello sous C.E.D.H., arrêt *Maurice c. France* du 6 octobre 2005, n° 7.

(32) On rappellera que la jurisprudence *Perruche* n'oblige pas le médecin à « tout voir », de sorte qu'il n'est nullement nécessaire pour lui d'émettre un doute systématique (C. Sureau, « Arrêt *Perruche* contre arrêt *Quarez*? », *Le Monde*, 12 décembre 2001).

(33) Opinion séparée du juge Bonello sous C.E.D.H., arrêt *Maurice c. France* du 6 octobre 2005, n°s 3 et s.

(34) J. Petit, « L'application de la loi anti-Perruche ». « 1. L'entrée en vigueur immédiate de la loi », p. 342. Dans l'arrêt *Maurice c. France* du 6 octobre 2005, la Cour européenne relève aussi qu'une loi française du 11 février 2005 a instauré au titre de cette solidarité nationale une « prestation de compensation » mais que celle-ci, qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2006, serait déjà limitée jusqu'au 12 février 2008 aux seuls frais d'aménagement du logement, du véhicule, ainsi qu'aux surcoûts de transport (§§ 54 et s., § 91).

(35) Rapp. A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique - Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, Pédone, 1975, I, p. 407.

(36) Comp. toutefois la proposition en ce sens des parlementaires D. Bacquelaine et A. Destexhe : proposition de loi insérant un article 1383bis dans le Code civil précisant qu'il n'y a pas de préjudice du seul fait de la naissance, *Doc. parl.*, Ch., s.o., 2001-2002, 17 janvier 2002, n° 50-1596/1; proposition de loi modifiant l'article 1382 du Code civil en vue d'y introduire l'irrecevabilité de la demande d'indemnisation du fait de sa naissance, *Doc. parl.*, Sénat, s.o., 2001-2002, 16 janvier 2002, n° 2-1013/1.

(37) Quant au troisième angle d'attaque possible — l'article 6 qui serait violé en ce que la privation du droit prive de l'accès effectif à un tribunal — que la Cour européenne n'estime pas nécessaire d'examiner séparément dans l'arrêt *Maurice* (§ 104), la majorité de la doctrine soutient la conformité de la loi du 4 mars 2002 à cette disposition (voy. notamment M.-L. Niboyet, « La distinction de la procédure et de la substance devant la Cour européenne des droits de l'homme (à la lumière de la loi dite anti-Perruche) », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris, Defrénois, 2005, p. 341).

(38) C.E.D.H., arrêt *Maurice c. France* du 6 octobre 2005, §§ 75, 85 et 93. Pour une critique de ce que la Cour semble admettre assez rapidement que l'utilité publique est servie par une autorité qui cède à la pression d'un lobby : J.-P. Marguénaud, obs. précitées, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 744.

(39) Voy. à ce sujet : J.-L. Fagnart, « L'assurance du risque médical », in *Droit médical*, Y.-H. Leleu (éd.), Bruxelles, Larcier, pp. 334-335.

(40) Cass. fr., 1^{re} civ., 9 octobre 2001, *J.T.*, 2002, 687, note F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, *J.C.P.*, 2002, II 10045, 551, note O. Cachard, *Gaz. pal.*, 25-27 novembre 2001, 53, note J. Guigou, *D.*, 2001, 3470, rapport P. Sargos, note D. Thouvenin : « L'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée »; *adde*, S. Becqué-Ickowicz, « Brèves remarques sur l'obligation d'information des professionnels et la portée des revirements de jurisprudence », *Rep. Defrénois*, 2003, n° 37710; P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux

l'article 1^{er} de la loi française du 4 mars 2002 interdisant l'indemnisation est une règle de fond (41), il véhicule l'espoir du législateur d'interdire aussi les actions en *wrongful life* introduites actuellement pour des faits antérieurs à la loi du 4 mars 2002. Or, une action ainsi brimée pourrait, à notre avis, bénéficier de la nouvelle jurisprudence européenne et échapper à l'exonération légale. La Cour de cassation française semble le confirmer dans ses trois arrêts du 26 janvier 2006 (*supra*, n° 2).

Ces contrats montrent à quel point les espoirs du législateur français seront déçus : tant que la « solidarité nationale » n'est qu'une vague promesse, l'exonération légale demeure contraire à la Convention européenne et les victimes de faits antérieurs à son entrée en vigueur pourront agir sur fond de jurisprudence *Quarez* ou *Perruche* s'ils ne sont pas prescrits (42). Le jour où la « solidarité nationale » compensera adéquatement les charges liées au handicap, la plupart de ces demandes cesseront, et pour celles qui persisteront, l'exonération légale retrouvera, avec son efficacité juridique, la dignité de sa raison éthique.

CRÉANCES DE RESPONSABILITÉ : BIENS PROTÉGÉS CONTRE LES INGÉRENCES DE L'ÉTAT

A. — Généralités

9. — En France, on vient de le voir, la responsabilité des pouvoirs publics relève de la juridiction administrative. Dans l'affaire *Quarez*, il était certain qu'une erreur de diagnostic prénatal avait été commise par les agents d'un hôpital public. Le Conseil d'Etat français y vit la cause d'une condamnation de l'administration à réparer mais procéda à une distinction entre différents préjudices subis à l'occasion de la naissance de l'enfant handicapé, les uns indemnisables, les autres non (43) « Le Conseil d'Etat n'admit pas le droit à réparation de l'enfant handicapé au seul motif que son handicap n'avait pas été décelé pendant la grossesse de sa mère. Il admit en revanche le droit à réparation des parents de l'enfant handicapé et indemnisa non seulement leur préjudice moral, mais aussi le préjudice découlant des

magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.*, 2005, chron., p. 247; Chr. Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.*, 2005, chron., p. 988; Th. Revet, « La jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris, Defrénois, 2005, pp. 385-387, n°s 12-13.

(41) Il est erroné de considérer que l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 porte un déni d'action : M. Bandrac, « Perruche et le père Ubu - Observations sur le déni d'action par la loi », in *Etudes offertes à Jacques Normand - Justice et droits fondamentaux*, Paris, Litec, 2003, p. 1.

(42) Rapp. les réflexions pertinentes de J.-P. Marguenaud sur l'incertitude peut-être volontairement laissée par la Cour quant à son jugement sur le caractère discriminatoire de l'exonération d'une seule catégorie de médecins (obs. précitées, *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 746).

(43) Précité.

troubles dans les conditions d'existence et le préjudice matériel, étant précisé que ce dernier englobe les charges particulières qui découleront pour les parents de l'infirmité de leur enfant (dépenses liées aux soins et à l'éducation spécialisée, mais aussi à l'assistance d'une tierce personne, au changement de domicile ou à l'adaptation de celui-ci, etc.) » (44).

La juridiction judiciaire connaît des actions en responsabilité dirigées contre les médecins libéraux. Quant au dommage indemnisable, la Cour de cassation avait en outre admis, contrairement au Conseil d'Etat, que l'enfant né handicapé pouvait lui-même demander réparation du préjudice résultant de son handicap. Tel était le point focal de son arrêt *Perruche*, confirmé par la suite (45)

10. — Comme on l'a montré ci-dessus, le nouveau régime mis en place par la loi du 4 mars 2002 cesse donc de faire relever « les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap » du régime de la responsabilité administrative ordinaire qui conduisait à la réparation de tout le dommage. Désormais, ce préjudice est pris en charge par un système de solidarité nationale qui se révèle nettement moins favorable à la victime.

La même loi décide que les nouvelles dispositions « sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ». C'est cette application immédiate qui fait l'objet de la contestation que les familles Maurice et Draon portent à Strasbourg.

11. — Ils font notamment valoir que cette intervention législative qu'ils désapprouvent réalise à leur détriment un nouveau préjudice constituant une violation de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1P1). La Cour européenne leur donne satisfaction. Nous limiterons notre commentaire à cet aspect du litige.

L'article 1P1 se lit de la façon suivante :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

» Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes » (46).

(44) Résumé donné par la Cour européenne des droits de l'homme, 6 octobre 2005, *Draon*, motif 41; C.E.D.H., 6 octobre 2005, *Maurice*, motifs 39 et s.

(45) Précité.

(46) Les commentaires doctrinaux sont nombreux, voy. notamment J. De Meyer, « Le droit de propriété dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale*, Bruxelles, Bruylant et Academia-Erasme, Louvain-la-Neuve, 1995, pp. 55 et s.; M. Verdussen et D. Renders, « Le droit de propriété face aux politiques d'aménagement du terri-

B. — La notion de bien protégé

12. — La première question posée est de savoir s'il y a dans l'affaire un « bien » protégé par l'article 1P1 car la présence d'un bien est la condition élémentaire d'application de cette disposition. Quant à la notion de bien protégé, objet de la propriété, la Cour de Strasbourg développe une conception très large : sont visés des biens meubles, immeubles, corporels et incorporels, des droits réels ou personnels. Ainsi la clientèle, de nombreux droits de créance, y compris des droits sociaux, une créance de prestation sociale, une allocation de chômage ont été visés. Seront visées, par exemple, une créance d'origine contractuelle, une créance d'origine délictuelle qui va retenir notre attention (47). Il est acquis en jurisprudence que l'article ne confère pas de droit à acquérir des biens (48), qu'il ne protège pas les revenus futurs (49). En synthèse, les biens se répartissent en deux catégories : la disposition vise les « biens actuels » mais aussi les « valeurs patrimoniales » dans lesquelles la Cour range « l'intérêt qui est de l'ordre de la créance » et, à certaines conditions, la créance de responsabilité.

Dans un arrêt bien connu prononcé contre la Belgique, la Cour européenne des droits de l'homme a admis qu'une créance de responsabilité contre l'Etat soit qualifiée de bien au sens de l'article 1P1 (50). La loi belge du 30 août 1988 avait modifié la loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer afin de contrarier les effets d'une décision de la Cour de cassation qui avait décidé qu'une action récursoire pourrait dorénavant être exercée, pour les fautes de pilote, contre le pilote et l'organisation du service de pilotage (51).

toire - Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour d'arbitrage », in *Am.-Env.*, n° spécial 1996, « Droits fondamentaux, urbanisme et environnement », pp. 195 et s., spécialement pp. 196 et s.; J.-P. Marguenaud, « Le droit de propriété », in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2003, pp. 518 à 550. Michel Pâques, « Propriété, privations et servitudes de droit public - Quels biens, quel équilibre, quelle compensation? - Morceaux choisis », in *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, Commission Université - Palais, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 115 à 172.

(47) J. Velu et R. Ergec, « Convention européenne des droits de l'homme », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1991, n° 85; R. Granjon, « L'effectivité de la protection : réflexion sur l'évolution jurisprudentielle », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 1104-1105. Cet auteur signale des applications de l'article, par le Conseil d'Etat français, à des allocations familiales, des primes perçues par des militaires, des pensions de retraite. Aussi, J.-P. Marguenaud, *op. cit.*, p. 522.

(48) C.E.D.H., 23 novembre 1983, *Van Der Mussel c. Belgique*, motif 48; 23 janvier 2002, *Silivenko et autres c. Lettonie (déc.)*, motif 121; 28 septembre 2004, *Kopecky*, motif 35.

(49) Le revenu futur ne peut être considéré comme un « bien » que s'il a déjà été gagné ou s'il fait l'objet d'une créance certaine (*Størksen c. Norvège*, n° 19819/92, décision de la Commission du 5 juillet 1994), reproduit in C.E.D.H., déc., 23 septembre 2003, *Mirailles*.

(50) C.E.D.H., 20 novembre 1995, affaire *Pressos Compania Naviera s.a. et autres c. Belgique*.

(51) Cass., 15 décembre 1983, *Pas.*, 1983, I, 418, concl. Mme Liekendaël. Sur cette affaire, notam-

Etait-ce un véritable revirement ou seulement une décision prononcée longtemps après la dernière prise de position de la Cour sur la question précise et, en quelque sorte, l'aboutissement prévisible d'une évolution générale de la responsabilité des pouvoirs publics? Pour sa part, le législateur y vit un revirement (52). Il décida de régler l'exonération de responsabilité en faveur des organisateurs d'un service de pilotage et de donner un effet rétroactif de trente ans au nouveau texte afin de maintenir le système de responsabilité qu'il n'avait pas voulu modifier en 1967 et que la jurisprudence antérieure à 1983 ainsi que la doctrine déduisaient de l'article 5 de la loi de 1967 sur le pilotage et d'autres dispositions légales. Ce nouveau texte devait donc s'appliquer aux affaires non définitivement jugées.

A la suite de l'arrêt de la Cour de cassation, confirmé deux ans plus tard par la même haute juridiction (53), plusieurs demandeurs avaient agi en responsabilité contre l'Etat et des juridictions de fond avaient prononcé des condamnations. Certains soutenaient que la loi du 30 août 1988 les privait d'un bien et violait l'article 1^{er} P1. Ils saisirent d'abord la Cour d'arbitrage d'un recours en annulation de la loi qui fut rejeté par un arrêt du 25 juillet 1990 (25/90) (54). L'Etat fit valoir divers arguments, notamment des éléments de droit comparé, pour justifier cette dérogation au droit commun de la responsabilité (55) (56). La

Cour d'arbitrage ne vit dans le système ni dans l'effet rétroactif aucune violation des règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination. Un moyen soutenait que la loi faisait une discrimination dans la jouissance du droit à la propriété, accordé par l'article [16] de la Constitution et l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. En rejetant le moyen, la Cour considéra que les prétentions des demandeurs en responsabilité *ne constituaient pas un bien* au sens de l'article 1^{er} P1 : « En modifiant un régime légal d'indemnisation de dommages sans remettre en cause les créances dont le titre est une décision judiciaire, le législateur n'introduit aucune distinction injustifiée, la protection assurée par les dispositions précitées ne couvrant que la propriété déjà acquise ».

La Cour européenne des droits de l'homme fut d'une autre opinion. Fort de l'arrêt de la Cour d'arbitrage, l'Etat belge soutenait que les prétendues créances des requérants ne peuvent passer pour des « biens » au sens de l'article 1^{er} P1. Aucune n'aurait été constatée et liquidée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée. Il ajoutait : « Compte tenu du caractère inattendu et manifestement contestable de la solution adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 décembre 1983 [...] les requérants ne pourraient pas non plus se prévaloir d'une " espérance légitime " d'obtenir une indemnisation à la charge de l'Etat (voy. l'arrêt *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande* du 29 novembre 1991, série A n° 222, p. 23, § 51). Ce serait confondre le droit de propriété avec un droit à la propriété » (57). Au contraire, la Cour européenne considéra que le droit belge faisait naître la créance de responsabilité aquilienne dès la naissance du dommage, qu'une créance de ce genre était une valeur patrimoniale, un bien. Elle ajouta « Compte tenu des arrêts de la Cour de cassation du 5 novembre 1920, du 15 décembre 1983 et du 17 mai 1985 (§ 17 ci-dessus), les requérants pouvaient prétendre avoir une « espérance légitime » de voir concrétiser leurs créances quant aux accidents en cause conformément au droit commun de la responsabilité (voy., *mutatis mutandis*, l'arrêt *Pine Valley Developments et autres* précité *loc. cit.*) ».

14. — Par la suite, dans d'intéressantes affaires de restitutions de biens décidées par les nouvelles démocraties de l'est de l'Europe à l'issue du communisme (58), la Cour eut l'occasion d'établir la portée exacte de sa jurisprudence, en particulier de l'arrêt *Pressos Compania Naviera*, sur le point de savoir quand une créance peut être considérée comme un bien et plus précisément encore le rôle

de « l'espérance légitime » dans la définition du bien. Les créances de responsabilité sont qualifiées de valeur patrimoniale quand la Cour constate que le droit interne fait naître la créance de responsabilité le jour du dommage et que la lecture du droit interne fonde la présomption selon laquelle la jurisprudence constante des cours et tribunaux continuera à s'appliquer à l'égard des dommages causés. En revanche, quand il y a controverse sur la manière dont le droit interne doit être interprété et appliqué, il n'y a pas de valeur patrimoniale. La Cour précise encore qu'elle n'envisage pas l'existence d'une contestation réelle ou d'une prétention défendable comme permettant de juger de l'existence d'une espérance légitime protégée par l'article. De telles « espérances légitimes » ne constituent donc pas une catégorie de biens dans le secteur des créances (59) alors que l'espérance légitime

(59) Dans quelques arrêts la Cour avait également utilisé des mots « espérance légitime ». La portée de l'espérance légitime a donné lieu à un important arrêt de grande chambre, *Kopecky*, du 28 septembre 2004 dans lequel la Cour a relu sa jurisprudence antérieure relative à la notion de bien pour en éclairer le sens. Quant à la portée de l'arrêt *Pressos Compania Naviera*, la Cour juge, dans l'arrêt *Kopecky* : « 48) Un autre aspect de la notion d'« espérance légitime » a été illustré dans l'affaire *Pressos Compania Naviera s.a. et autres c. Belgique* (arrêt du 20 novembre 1995, série A n° 332, p. 21, § 31). Celle-ci concernait des créances en réparation résultant d'accidents de navigation censés avoir été causés par la négligence de pilotes belges. En vertu du droit belge de la responsabilité, les créances prenaient naissance dès la survenance du dommage. La Cour qualifia ces créances de « valeurs patrimoniales » appelant la protection de l'article 1^{er} du protocole n° 1. Elle releva ensuite que, compte tenu d'une série de décisions de la Cour de cassation, les requérants pouvaient prétendre avoir une « espérance légitime » de voir concrétiser leurs créances quant aux accidents en cause conformément au droit commun de la responsabilité. Contrairement à ce qu'elle avait fait dans l'affaire *Pine Valley Developments Ltd et autres* et à ce qu'elle allait faire plus tard dans l'affaire *Stretch* (voy. les références figurant aux paragraphes 45 et 46 ci-dessus), la Cour ne déclara pas explicitement dans l'affaire *Pressos Compania Naviera s.a. et autres* que l'« espérance légitime » était un élément ou un corollaire du droit de propriété revendiqué. Il résultait toutefois implicitement de l'arrêt que pareille espérance ne pouvait entrer en jeu en l'absence d'une « valeur patrimoniale » relevant du domaine de l'article 1^{er} du protocole n° 1, dans le cas d'espèce une créance en réparation. L'« espérance légitime » identifiée dans l'affaire *Pressos Compania Naviera s.a. et autres* n'était pas en elle-même constitutive d'un intérêt patrimonial; elle se rapportait à la manière dont la créance qualifiée de « valeur patrimoniale » serait traitée en droit interne, et spécialement à la présomption selon laquelle la jurisprudence constante des juridictions nationales continuerait de s'appliquer à l'égard des dommages déjà causés ». Voy. également, auparavant, C.E.D.H., déc., 23 septembre 2003, *Mirailles*, à propos d'un contrat d'achat dont la condition suspensive ne s'est pas réalisée (absence d'espérance légitime) et encore « Finalement, la Cour estime qu'il y a une différence entre un simple espoir entretenu (à tort ou à raison) par l'attitude des autorités internes vis-à-vis d'un projet immobilier et une « espérance légitime », au sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1, qui doit être de nature plus concrète et se baser sur une disposition légale ou un acte juridique, telle une décision judiciaire définitive (voy. *Pressos Compania Naviera s.a. et autres c. Belgique*, arrêt du 20 novembre 1995, série A n° 332, p. 21, § 31, *Beye-*

ment I. Rorive, *Le revirement de jurisprudence - Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003, n° 171.

(52) La Cour européenne y vit plutôt l'aboutissement d'une évolution prévisible, arrêt affaire *Pressos Compania Naviera*, motif 42.

(53) Cass., 17 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, 1159.

(54) <http://www.arbitrage.be>; aussi l'arrêt du 22 novembre 1990, 36/90, en réponse à une question préjudicielle posée par la Cour de cassation. A. Van Oevelen, « De Wet van 30 augustus 1988 tot wijziging van de Wet van 3 november 1967 betreffende het loodsen van zeevaartuigen : te verregaande aansprakelijkheidsvrijstellingen en ongehooord verre retroactiviteit », *R.W.*, 1988-1989, 946-959; J. Van De Velde, « De ommekeer van de rechtspraak inzake de aansprakelijkheid voor de fouten van de loods, in het licht van enkele vergeten Verdragen », *T.P.R.*, 1992, 1133-1185; J. Van De Velde, « De aansprakelijkheid van de scheepsleiding : kapitein versus loods? », *J.P.A.*, 1994, 291-317.

(55) « 8.B.3. Pour justifier l'exonération de responsabilité de l'organisateur d'un service de pilotage au sens de la loi et, en connexité, la responsabilité du propriétaire de navire, le législateur a fait valoir les arguments suivants : a) la recherche d'une harmonisation avec la législation des pays qui nous entourent, où figurent des régimes de responsabilité analogues dans le domaine du pilotage. Le législateur exprime surtout le souci d'arriver — dans l'intérêt de la navigation sur l'Escaut — à une harmonisation aussi grande que possible avec la législation néerlandaise; b) la recherche d'une analogie avec le régime jurisprudentiel de responsabilité pour les travailleurs mis à la disposition d'un tiers; c) la spécificité du droit maritime, entre autres le fait que le risque du propriétaire de navire est couvert par des assurances maritimes et le fait que le propriétaire de navire peut lui-même invoquer une limitation de responsabilité en vertu de traités internationaux; d) l'évolution technique intervenue dans le domaine régi par la loi ».

(56) Devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'Etat fit aussi valoir des considérations budgétaires.

(57) Argument de l'Etat rapporté par la C.E.D.H., 20 novembre 1995, affaire *Pressos Compania Naviera*, motif 29; obs. sous l'arrêt de H. Simonart et D. Jans, « De la nécessité pour les institutions de Strasbourg de tenir compte des dispositions pertinentes de droit interne », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 165 et s.; de S. Depré et M. Verdussen, « Le dénouement européen de l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut », *R.T.D.H.*, 1996, pp. 587 et s.

(58) Michel Pâques, « Droit de l'homme au respect des biens - Redistributions foncières à l'Est », *Etudes foncières*, A.D.E.F. Paris, n° 113, janvier-février 2005, pp. 12 et s.



peut avoir un rôle dans la catégorie des biens actuels (60). Autrement dit : « lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une "valeur patrimoniale" que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux » (61) mais sans qu'il y ait besoin d'une décision de justice statuant sur la créance en question (62) (63).

15. — Les affaires *Draon* et *Maurice* confirment clairement cette jurisprudence (64). L'existence d'un bien-crédence ne fait pas de doute. Pour établir l'existence de ce bien la Cour se réfère au droit interne en vigueur lors de l'ingérence alléguée (65). La Cour constate la jurisprudence constante des tribunaux administratifs établie depuis l'arrêt *Quarez* (66), en particulier l'application que les juridictions saisies avaient commencé d'en faire aux requérants *Draon* et *Maurice* (67) par l'allocation de provisions. L'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 « a donc entraîné une ingérence dans l'exercice des droits de créance en

réparation qu'on pouvait faire valoir en vertu du droit interne en vigueur jusqu'alors et, partant, du droit des requérants au respect de leur biens » (68). On observera le tour impersonnel de la formule de l'arrêt *Draon* qui fait de la jurisprudence une source normative du droit. La jurisprudence en question était établie avant la découverte du handicap et surtout la saisine des juridictions. C'est d'une privation qu'il s'agit.

C. — L'ingérence et le juste équilibre

16. — Dans l'affaire *Pressos Compania Naviera*, l'ingérence de l'Etat fut considérée comme une privation de droit. On sait que la Cour laisse aux Etats un large pouvoir d'apprécier l'utilité publique des privations; elle concéda l'utilité publique de la loi de 1988. En revanche, l'ingérence doit résister au test de proportionnalité et, en cas de privation, le juste équilibre exige presque nécessairement qu'une compensation soit servie au propriétaire (69). Or la loi supprime purement et simplement la créance, elle est donc disproportionnée. Les arguments de l'Etat pris des conséquences budgétaires, de la sécurité juridique, du droit comparé ne suffirent pas à justifier l'effet rétroactif radical qui constituait une privation sans compensation (70).

Les options prises par le législateur français quant au mode d'indemnisation des enfants nés handicapés et de leur famille relèvent à leur tour de l'utilité publique. Ces questions d'éthique, d'équité doivent être appréciées par l'Etat. Sous l'angle de l'article 1P1, le vrai problème est celui de la proportionnalité de l'ingérence dans les affaires en cours. Ici, une compensation est prévue, les requérants ont droit aux prestations réglées dans le nouveau système de solidarité nationale. Est-elle suffisante? Il a déjà été jugé que, dans le régime de l'article 1P1, la privation n'appellait pas nécessairement une compensation intégrale (71) (72). Ce que percevront les requé-

rants dans l'application du nouveau système est « nettement inférieur » à ce que déterminait la jurisprudence *Quarez*. En outre, le nouveau régime est « clairement insuffisant », déjà complété par une nouvelle loi dont l'exécution n'est pas encore établie. Incertitude, caractère insuffisant du montant, montant très inférieur aux expectatives légitimes des requérants, charge spéciale et exorbitante, atteinte aussi radicale, tels sont les mots de la Cour pour juger que l'équilibre n'est pas atteint, malgré une allusion incidente aux valeurs d'éthique, d'équité, de bonne organisation qui sont à la base de l'intervention législative (73). On sait en effet que la valeur de l'intérêt protégé par l'intervention du législateur est de nature à infléchir l'appréciation des exigences du juste équilibre face à des ingérences plus ou moins importantes dans le droit de propriété; significatives à cet égard sont les différences d'appréciation de ce qui doit être supporté sans compensation par le propriétaire selon que l'intérêt protégé est le droit au logement, la protection de l'environnement ou l'organisation rationnelle de la chasse sportive (74). En l'espèce, l'intérêt en question, salué au passage, n'est pas de nature à assurer la proportionnalité de la privation malgré une certaine compensation.

17. — Ainsi, une créance peut naître d'une interprétation jurisprudentielle, ici une nouvelle application de l'article 1382 du Code civil. Il ne faut pas qu'une jurisprudence soit établie depuis longtemps pour qu'elle soit considérée comme bien établie ou constante dès lors qu'elle est stable (75), en tout cas

ler c. Italie [GC], n° 33202/96, § 105, C.E.D.H. 2000-I et *Stretch c. Royaume-Uni*, n° 44277/98, §§ 32 à 35, 24 juin 2003 ». Dans un récent arrêt (C.J.C.E., 12 juillet 2005, *Alliance for natural health*, C-154/04 et C-155/04) où elle interprète l'article 1P1 comme principe général de droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes a rappelé que « aucun opérateur économique ne peut revendiquer un droit de propriété sur une part de marché, même s'il la détenait à un moment antérieur à l'instauration d'une mesure affectant ledit marché, une telle part de marché ne constituant qu'une position économique momentanée exposée aux aléas d'un changement de circonstances (arrêts du 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil*, C-280/93, *Rec.*, p. I-4973, point 79, et *Swedish Match*, précité, point 73) » et surtout « Un opérateur économique ne saurait davantage faire valoir un droit acquis ou même une confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée par des actes pris par les institutions communautaires dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation (voy. arrêt du 28 octobre 1982, *Faust c. Commission*, 52/81, *Rec.*, p. 3745, point 27, et *Swedish Match*, précité, point 73) ».

(60) Notre étude, « Propriété, privations et servitudes... », préc., spécialement n° 8

(61) C.E.D.H., 28 septembre 2004, *Kopecky*, motif 53.

(62) Sur de telles décisions, C.E.D.H., 9 décembre 1997, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis*, motifs 59 et s.

(63) Notons, dans la jurisprudence récente, l'identification par la Cour d'un bien, valeur patrimoniale, consistant en l'espérance légitime d'obtenir le remboursement de sommes versées à l'Etat sur la base de réglementations irrégulières. Dans l'espèce, la décision du législateur de procurer rétroactivement une base régulière à ces prélèvements, nécessaires au financement de la politique en matière de maladies d'animaux ne rompt pas le juste équilibre, dans la mesure où il n'est pas fait obstacle à toute perspective de condamnation de l'Etat à remboursement, C.E.D.H., déc., 10 novembre 2005, *Eeg-Slachthuis Verbist*.

(64) C.E.D.H., *Draon*, motifs 65 et s.; C.E.D.H., *Maurice*, motifs 61 et s.

(65) C.E.D.H., *Maurice*, motif 67.

(66) La jurisprudence est n'est pas incertaine sur le point du lien causal, discussion in *Maurice*, motifs 67 et 68.

(67) C.E.D.H., *Draon*, motif 71; C.E.D.H., *Maurice*, motif 79.

(68) C.E.D.H., *Draon*, motif 71.

(69) Dans la période récente, l'arrêt de grande chambre *Jahn*, permet toutefois à la loi de corriger une autre loi en reprenant un bien, par privation, sans compensation, afin de corriger un « effet d'aubaine », à nouveau dans le contexte difficile de la transition entre le régime communiste est-allemand et la réunification, C.E.D.H., 30 juin 2005, *Jahn et a.*, motifs 115 à 117. La grande chambre s'est ainsi écartée de l'arrêt de la chambre commenté in « Droit de l'homme au respect des biens - Redistributions foncières à l'Est », précité, p. 16.

(70) Motifs 38 à 44; D. Rinders, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 20 et s., pp. 398 et s.

(71) En cas de privation, la Cour européenne des droits de l'homme estime, dans l'arrêt *James*, que le juste équilibre commande l'indemnisation mais en principe seulement (la Cour européenne estime qu'« en l'absence d'un principe [d'indemnisation], l'article 1^{er} (P1-1) n'assurerait qu'une protection largement illusoire et inefficace du droit de propriété » et que « sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constituerait d'ordinaire une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1^{er} (P1-1) » (C.E.D.H., *James*, précité, § 54). Dans cette interprétation, l'indemnisation ne doit pas nécessairement être intégrale, elle doit être raisonnablement en rapport avec la valeur

du bien (C.E.D.H., *James*, précité, motif 54; C.E.D.H., 9 décembre 1994, *Les saints monastères*, motifs n°s 70 et s.; C.E.D.H., 11 octobre 2005, *N.A. c. Turquie*, motif n° 41; l'absence totale d'indemnisation ne saurait se justifier que dans des circonstances exceptionnelles. J. De Meyer, « Le droit de propriété dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc., spécialement p. 75). Toutefois, malgré le rappel fréquent de ce principe établi dans l'arrêt *James*, le contrôle de la Cour sur les raisons de ne pas indemniser complètement se fait sévère. Notons par exemple, la condamnation de la Grèce pour l'établissement d'une présomption irréfragable que la partie restante d'un bien exproprié pour l'établissement d'une route tire profit de l'aménagement et qu'une réduction de l'indemnité s'impose, puis une nouvelle condamnation après que la présomption est devenue réfragable, pour la raison que la procédure qui permet de la renverser est trop compliquée (C.E.D.H., 9 mars 2003, *Biozokat*).

(72) L'article 16 de la Constitution belge commande une indemnité juste, c'est-à-dire une indemnité qui compense tout le dommage causé par la privation.

(73) *Draon*, motif 85; *Maurice*, motif 93.

(74) Sur ce point de la jurisprudence, notre étude, « Propriété, privations et servitudes... », préc., spécialement n°s 12 et 22.

(75) Voy. la relecture de *Pressos Compania Naviera*, in *Kopecki*, motif 48, préc., in *Draon*, motifs 67, 80 et in *Maurice*, motif 65.

quand les hautes juridictions se sont prononcées. L'autorité de leurs arrêts est en effet considérable même dans un système comme le nôtre qui ne connaît pas de *stare decisis* : la Cour d'arbitrage vient de le confirmer récemment (76). Ces jurisprudences créent des droits de créance à la manière de la loi. Elles deviennent des sources normatives. Tel est l'enseignement de la Cour d'arbitrage et la conséquence qu'en tire la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine des biens.

18. — L'effet rétroactif de la jurisprudence sur le droit et les autres affaires pendantes est précisément reconnu par la Cour d'arbitrage. Mais, pour revenir au premier protocole (1P1), cette manière d'établir le droit objectif par la jurisprudence n'est-elle pas problématique quand l'on observe qu'elle peut avoir des causes d'évolution qui tiennent à sa propre dynamique? Le revirement de jurisprudence n'est-il pas de nature à priver de biens-créances fondés jusque-là sur la jurisprudence antérieure? En d'autres mots, la modification de la jurisprudence établie de la Cour de cassation, par exemple, n'est-elle pas à considérer comme une ingérence de l'Etat à justifier au regard de l'article 1P1, puis à examiner au regard du juste équilibre et de la compensation? En outre, l'on ne peut perdre ici de vue l'exigence d'intervention de la loi prévue à l'article 1P1. Celle-ci n'a pas de portée aussi formelle que plusieurs dispositions comparables de la Constitution belge qui visent spécialement le pouvoir législatif mais elle impose quand même une garantie de prévisibilité (77). Dans la jurisprudence ré-

cente, la Cour d'arbitrage constate que la Cour de cassation n'a pas la compétence de limiter la portée de ses arrêts dans le temps, situation qui peut à son tour justifier des législations rétroactives prises dans le but de remédier aux conséquences d'un arrêt de la Cour de cassation en ce qu'il fixe une jurisprudence (78).

19. — Une distinction à établir entre la modification rétroactive du droit par la loi ou par le juge et la jurisprudence est-elle de nature à justifier une appréciation différente de l'ingérence ou de l'exigence de juste équilibre au regard de l'article 1P1? Est-il suffisant de constater que la puissance du juge d'aménager une compensation est moins grande que celle du législateur car le premier dit le droit à partir d'un cas, tandis que le second dispose de la compétence formelle de statuer par voie générale sans être limité par des faits ou des moyens concrets? Que l'aspiration souhaitable à la cohérence donne inévitablement cette portée à la jurisprudence (79)? *Quid* du juge qui s'écartere de la jurisprudence, ce que notre ordre juridique n'interdit pas (80)? N'est-ce

sion as to enable the applicant to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences of his actions. It follows that the interference with the applicant's property cannot be considered lawful within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention » (motif 46, souligné par nous). Dans cette perspective, le revirement de jurisprudence satisfera difficilement à l'exigence de prévisibilité.

(78) C.A., 1^{er} février 2006, 20/2006, préc., B.14.8. Le recours à une disposition rétroactive peut également s'expliquer en l'espèce par l'absence d'une disposition permettant de demander à la Cour de cassation de limiter dans le temps les effets des positions de principe adoptées par ses arrêts, alors que tant la Cour de justice des Communautés européennes (article 231, deuxième alinéa, du Traité CE), que la Cour d'arbitrage (article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage) et le Conseil d'Etat (article 14^{ter} des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973) peuvent maintenir les effets des actes qu'ils annulent»; également C.A., 7 décembre 2005, 177/2005. La révision de jurisprudence est toujours problématique en raison de la confiance créée. La Cour d'arbitrage elle-même, après avoir déclaré, dans un premier arrêt, l'inconstitutionnalité de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale (ancien) sans limiter dans le temps les effets de cette décision, décide dans un arrêt postérieur « A supposer que, comme le soutiennent certaines parties intervenantes en se référant à des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes qui se fondent sur des " considérations impérieuses de sécurité juridique ", la Cour d'arbitrage puisse, à titre exceptionnel, même quand elle statue sur renvoi préjudiciel, limiter dans le temps les effets de ses arrêts, une limitation qui interviendrait, comme en l'espèce, près de deux ans après l'arrêt n° 25/95, créerait elle-même une insécurité juridique puisqu'elle tromperait la légitime confiance de ceux qui se sont fiés à la solution consacrée par cet arrêt n° 25/95 » (C.A., 19 février 1997, 8/97, motif B4).

(79) Sur l'autorité de la jurisprudence : P. Delnoy, *Éléments de méthodologie juridique*, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 428; I. Rorive, *Les revirements de jurisprudence*, précité, n° 45. Sur les justifications des revirements de jurisprudence : *ibidem*, n°s 355 et s.

(80) P. Delnoy, *Éléments de méthodologie juridique*, précité, p. 134. Quand un magistrat ne suit pas la ju-

qu'au législateur qu'il faut ensuite reprocher de ne pas rétablir le bien détruit par le revirement? Autant de questions qu'appellent inévitablement ces arrêts qui installent la jurisprudence dans le domaine des biens (81) et dont nous n'apercevons pas immédiatement la réponse...

Yves-Henri LELEU
Michel PÂQUES

Professeurs ordinaires à la Faculté de droit
de l'Université de Liège.

risprudence, il n'engage pas non plus nécessairement la responsabilité de l'Etat sur la base du droit commun de la responsabilité selon la voie ouverte par un arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 (commenté notamment, par P. Lewalle, *Contentieux administratif*, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 254). Jugé « Le seul fait de s'écarter de la jurisprudence habituelle ne constitue pas dans le chef du juge une faute mais témoigne, au contraire, de l'esprit critique sans lequel la jurisprudence ne remplirait plus son office de source vivante du droit » (C.T. Liège, 8 septembre 1992, *Chroniques de droit social*, 1993, p. 131; *Revue régionale de droit*, 1992, p. 474).

(81) Comp. en matière de fiscalité, C.A., 7 décembre 2005, 180/2005 « B.16. Il apparaît de ce qui précède que le législateur décréto a incité les villes et communes à percevoir des centimes additionnels à la taxe régionale, le cas échéant en remplacement de la taxe communale existante sur les taudis ou sur l'inoccupation. De surcroît, le législateur décréto a également laissé entendre que le passage du système d'une taxe communale sur les taudis ou sur l'inoccupation au système des centimes additionnels à la taxe régionale aboutirait au même résultat financier et qu'il n'y aurait aucune perte de revenus. B.17.1. Dans ces circonstances, le législateur décréto ne pouvait porter atteinte à la confiance légitime des villes et communes qui prélevaient des centimes additionnels à la taxe régionale, sans prévoir un mécanisme de compensation pour les revenus financiers et les indemnités pour frais dont sont privées les villes et communes concernées du fait de la disposition entreprise.

» B.17.2. — Bien que le législateur décréto ait pu tenir compte de la circonstance qu'une partie des taxations avait été contestée avec succès, avec pour conséquence que la taxe régionale comme les centimes additionnels à cette taxe n'étaient pas dus, ce qui générerait moins de revenus pour les villes et communes qui prélevaient des centimes additionnels, il ne pouvait raisonnablement, en considérant rétroactivement comme inexistantes " les montants [...] qui ont un rapport avec les insertions dans l'inventaire [et] avec les anniversaires d'insertions antérieures dans l'inventaire à partir du 1^{er} janvier 2002 jusqu'au 31 décembre 2003 ", priver les villes et communes concernées de la totalité des revenus de cette source de financement, sans compenser d'une manière quelconque cette perte de revenus et l'indemnité pour frais qu'elles n'ont pas reçue » (souligné par nous); également un cas dans lequel il est jugé que la responsabilité de l'administration est engagée lorsque celle-ci met fin soudainement à une pratique non conforme à la réglementation communautaire en matière d'aides, Cour adm. d'appel, Paris, 8 novembre 2005, *A.J.D.A.*, 2006, p. 40, note P. Trouilly.

(76) C.A., 1^{er} février 2006, 20/2006, motif B.14.6. « Bien que les arrêts de la Cour de cassation des 10 octobre 2002 et 21 février 2003 n'aient, juridiquement, qu'une autorité de chose jugée relative, ils ont, en ce qu'ils ont tranché la question de droit qui concerne la nature et les effets d'un commandement, une autorité de fait qui s'impose à toutes les juridictions puisque les décisions qui s'écarteraient de la réponse donnée par la Cour de cassation risqueraient d'être cassées pour violation de la loi, telle qu'elle est interprétée par la Cour de cassation. Il ressort d'ailleurs de la jurisprudence que les juridictions de fond se sont ralliées à la solution adoptée par les deux arrêts de la Cour de cassation précités ». Dans l'affaire le législateur avait vu dans cet effet la justification d'une intervention législative à effet rétroactif que la Cour d'arbitrage a trouvée fondée « B.15. Il apparaît donc que la mesure est justifiée par des circonstances exceptionnelles, qu'elle est dictée par des motifs impérieux d'intérêt général et qu'elle ne viole dès lors pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec le principe de la sécurité juridique »; également C.A., 7 décembre 2005, 177/2005.

(77) Michel Pâques, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Bruylant, 2005, n° 447, *in fine*. Notamment C.E.D.H. 9 juin 2005, *Baklanov c. Russie*, motifs 38 et s., dont il ressort que ce critère de *lawfulness* et de prévisibilité peut être rempli par une loi formelle ou par une jurisprudence pour autant, quant à cette dernière hypothèse, que cette jurisprudence soit cohérente *or in casu* : « However, having regard to the national courts' lack of reference to any legal provision as a basis for the forfeiture of an important sum of money and to the apparent inconsistencies of case-law compared to the national legislation, the Court considers that the law in question was not formulated with such preci-