

Marc Thewes,
rédacteur en chef

Journal des tribunaux Luxembourg

Doctrine

L'unité de la faute et d'illégalité -
L'excès auquel son application peut
conduire et ses conséquences
A. Elvinger 101

Jurisprudence

Principe de l'État de droit -
Corollaires. Sécurité juridique
et confiance légitime
Cour constitutionnelle,
22 janvier 2021,
obs. de P. Kinsch 105

Droit pénal - Transgression
matérielle
Cour de cassation,
11 juin 2020 108

I. Tierce opposition - II. Tierce
opposition
Cour de cassation,
28 janvier 2021 108

Élection de domicile - Effets
sur les délais de distances
Cour de cassation,
4 février 2021, note
de T. Hoscheit 110

Faillite - Jugement déclaratif
Cour d'appel, 4^e ch.,
23 février 2021 111

Contrat de travail - Avocat
collaborateur
Cour d'appel, 8^e ch.,
18 mars 2021 113

I. Justice - II. Séparation
des pouvoirs
Cour administrative,
29 juillet 2020 114

Compétence du juge administratif -
Litige né du refus du gouvernement
de communiquer à un député une
convention entre l'État et une
société privée en raison de
l'existence dans cette convention
d'une clause de confidentialité
Cour administrative,
26 janvier 2021 116

Contrat de garantie financière
(gage) - Loi du 5 août 2005
Tribunal d'arrondissement
Luxembourg, 6^e ch.,
13 février 2020, note
de A. Schmitt et A. Waisse 124

Bail commercial - Crise sanitaire
Trib. arr. Luxembourg,
28 juin 2021 126

L'unité de la faute et d'illégalité L'excès auquel son application peut conduire et ses conséquences

1 Qu'entend-on par cette unité ?

1. Les termes « unité de la faute et d'illégalité » expriment la conception que l'illégalité d'un acte administratif, une fois constatée par la juridiction administrative, prouve à elle seule que les services de l'État ou des collectivités publiques ont fonctionné de manière défectueuse, et qu'il y a donc responsabilité et lieu à indemnité, sans que la victime de l'illégalité ait encore à prouver que cette illégalité constitue une faute au sens des articles 1382 et suivants du Code civil.

C'est ce que vient de consacrer l'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2020¹.

2 Le rejet de l'unité en 1977

2. À première vue, un tel principe d'unité pourrait paraître hérétique. C'est dans ce sens que s'était prononcée, il y a plus de quarante ans, la Cour de cassation par un arrêt du 24 novembre 1977². La Cour de cassation était alors saisie du pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel qui avait refusé de considérer comme fautive une décision communale de refus d'une autorisation de construire annulée par le Comité du contentieux du Conseil d'État, la juridiction administrative de l'époque. Dans l'arrêt soumis au pourvoi, la Cour d'appel avait considéré qu'« une illégalité censurée par le Conseil d'État au moyen de l'annulation pour excès de pouvoir ne constitue pas nécessairement une faute mettant en jeu la responsabilité de l'administration »³.

En 1977, la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi contre la Cour d'appel, avait donc jugé que l'administré devait prouver que l'illégalité constatée sur le plan administratif se doublait (d'où le terme de « dualité » opposé à l'« unité ») de l'exigence de la preuve d'une faute au sens des articles 1382 et suivants du Code civil, en d'autres termes, de prouver qu'une administration prudente et diligente aurait interprété la loi d'une manière différente (et légalement correcte).

Ces décisions des années 1970 n'ont pas empêché que les tribunaux et cours d'appel, dans la suite, admettent de façon constante le principe d'unité.

3 Les origines et les raisons de ce changement

A. La jurisprudence française

3. L'explication de ce changement réside surtout dans le souci de suivre la jurisprudence française, orientée dans cette direction depuis 1973, suivie par la jurisprudence en Belgique depuis 1982.

Il ne s'imposait pourtant pas d'évidence de suivre la France sur ce terrain. Il faut rappeler⁴, en effet, qu'en France, contrairement aux droits belge et luxembourgeois, la responsabilité de la puissance publique ne peut pas être engagée devant les juridictions judiciaires, dès lors que celle-ci relève en France du droit administratif et de la compétence des juridictions administratives.

Dans sa contribution au volume 39 de la *Pasicrisie*⁵, Patrick Kinsch note qu'alors qu'il est normal de suivre les développements jurisprudentiels français qui se rattachent au Code civil originaire, une autre méthode se justifie suivant une dichotomie selon laquelle « une méthode vaut pour l'interprétation de l'apport du législateur français, une autre pour l'apport propre du législateur luxembourgeois ».

Tel étant le cas, il y avait intérêt à regarder du côté de la jurisprudence belge, le droit belge étant, à cet égard, dans le même sens que le droit luxembourgeois.

B. La jurisprudence belge

4. Il est renvoyé, quant aux nuances de la jurisprudence belge sur ce sujet, aux conclusions exhaustives et savantes du procureur général adjoint M. John Petry⁶.

Le principe de l'unité a été admis depuis un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 13 mai 1982⁷, mais il

⁴ Comme le relèvent les conclusions de l'avocat général sous une note de bas de page n° 7 concernant le pourvoi.

⁵ Pp. 763-774.

⁶ Pp. 800 et s. de ce tome de la *Pasicrisie*.

⁷ Conclusions du Parquet général, p. 802.

¹ J.T.L., 2021, p. 14 ; Pas. 39, p. 794.

² Pas. 24, p. 3.

³ Cour d'appel, 24 mars 1976, Pas. 23, p. 360.

s'avère, à l'examen de cet arrêt et des décisions ultérieures, que ce principe n'était admis que d'une manière relative. Certes, cet arrêt admet que la constatation par l'État d'un excès de pouvoir s'impose à lui, mais ce sous certaines réserves, telles que le cas d'« existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité ». Ainsi, la jurisprudence belge semblait retourner dans une certaine mesure au critère de « l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions ».

Ainsi⁸, la faute à prendre en considération était non une illégalité, mais une erreur de conduite. Aussi, dans un arrêt du 25 octobre 2004, la Cour de cassation de Belgique, sans mettre en cause le principe de l'unité de l'illégalité de la faute, semblait se limiter à appliquer le principe aux cas de figure où l'illégalité est relative à une norme qui impose à l'administration de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée.

Mais cet arrêt de 2004 a été suivi par d'autres plus radicaux quant à l'application du principe d'unité. En particulier la Cour de cassation de Belgique semble avoir admis que, contrairement aux décisions du Conseil d'État français, « l'illégalité constitutive de la faute reste la cause du dommage, même si elle ne constitue qu'un vice de forme et que le même dommage aurait pu être causé si l'administration avait respecté les formes. La causalité n'est rompue que s'il est établi que « sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est réalisé » ». Ainsi, « l'ignorance et à plus forte raison la bonne foi ne sont pas exonératoires, en l'absence des circonstances spécifiques d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification ».

La jurisprudence belge ajoute que « la qualification d'une illégalité de l'administration comme faute génératrice de responsabilité est d'autant plus manifeste que l'illégalité a été constatée par une décision des juridictions administratives passée en force de chose jugée » auquel cas « elle se fonde, en outre, sur l'autorité absolue de la chose jugée qui s'attache à une telle décision »⁹.

Il n'est donc pas étonnant que la doctrine en Belgique ait été très divisée au sujet de la portée du principe de l'unité avec plusieurs courants qui s'affrontent¹⁰.

4 La loi du 1^{er} septembre 1988

5. Dans quelle mesure le revirement au niveau de notre Cour de cassation est-il également dû à l'avènement de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité de l'État et des collectivités publiques ?

L'arrêt de la Cour d'appel du 2 mai 2019 qui a fait l'objet du pourvoi rejeté par l'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2020 reconnaît « que le principe d'unité de faute et d'illégalité n'est pas consacré formellement dans la loi du 1^{er} septembre 1988 », mais qu'il n'en reste pas moins « qu'en édictant l'article 1^{er} de la loi de 1988 dans sa version préconisée par le ministère de la Justice et la Commission juridique, le législateur a entendu consacrer la théorie de l'unité des notions d'illégalité et de faute » et ce « afin de garantir une meilleure protection des administrés victimes d'un fonctionnement défectueux des services publics ». Les termes « s'il est vrai ... » et « il n'en reste pas moins » pourraient-ils marquer un certain embarras de la Cour d'appel pour se départir de ce qu'elle a jugé en 1977 ?

Ce n'est donc pas que les articles 1382 et suivants du Code civil aient été modifiés par la loi du 1^{er} septembre 1988. La Cour de cassation, comme la Cour d'appel, n'invoque pas, pour sa décision, la théorie de « l'acte clair »¹¹.

Ce qu'a fait la loi du 1^{er} septembre 1988, c'est rejeter un principe général d'irresponsabilité de l'État et des collectivités publiques pour leurs actes à caractère administratif. Une telle irresponsabilité avait effectivement pu prévaloir dans un passé plus lointain, mais elle n'était déjà plus admise par l'arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 1977. En effet, cet arrêt consistait à rejeter le pourvoi contre l'arrêt d'appel qui avait considéré que l'annulation d'une décision administra-

tive « n'exprime pas nécessairement un caractère fautif à cette décision... » et qu'il serait « excessif de rendre responsable l'administration de toutes les erreurs de droit qu'elle commet ».

Pour autant, l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1988 admet le principe général de la responsabilité de l'État et des communes, sans cependant se prononcer entre les thèses d'unité ou de dualité. C'est pourquoi, le Conseil d'État, dans l'avis complémentaire émis sur ce projet de loi, avait jugé inutile l'article 1^{er} de la loi.

5 La volonté du législateur et les travaux préparatoires

Plutôt que de se prévaloir du texte de la loi du 1^{er} septembre 1988, l'arrêt de la Cour d'appel qui n'a pas été cassé par la Cour de cassation invoque « la volonté du législateur » de changer la loi dans le sens de l'unité de faute et d'illégalité.

Il se fait que le même tome n° 39 de la *Pasicrisie* débute par la remarquable contribution de doctrine sur « les usages des travaux préparatoires des lois au Luxembourg » (« Le bon, le mauvais et l'indicible ») par Patrick Kirsch. L'auteur admet que bon usage des travaux préparatoires est fait lorsque la finalité du recours à ces travaux est d'y découvrir le but de la norme par la recherche de la volonté du législateur¹².

6. Le recours aux travaux préparatoires est en effet éloquent dans la loi du 1^{er} septembre 1988. Dans le premier avis du Conseil d'État sur le projet de loi qui a conduit à cette loi, le Conseil d'État s'était prononcé contre l'adoption de l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi qui dit, rappelons-le, que « l'État et les autres personnes de droit public répondent, chacun dans le cadre de ses missions de service public, de tout dommage causé par le fonctionnement défectueux de leurs services tant administratifs que judiciaires sous réserve de l'autorité de la chose jugée ». Selon cet avis du Conseil d'État¹³, il « serait excessif de sanctionner la moindre faute et, par exemple, de déclarer l'État ou la commune responsable chaque fois qu'une réformation ou annulation traduit l'erreur qu'a pu commettre l'autorité administrative ».

Mais dans son avis complémentaire, donc au cours même des travaux parlementaires¹⁴, le Conseil d'État abandonnait la thèse dite de la dualité de l'illégalité et de la faute, et ce au regard de l'évolution de la jurisprudence en France, en Belgique et au Luxembourg, qui, comme le reconnaissait le Conseil d'État, avait entretemps consacré le principe de l'unité. Mais cela à tel point qu'il était devenu inutile de légiférer, le but recherché par le législateur à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la future loi étant déjà réalisé en présence de l'évolution constante de cette jurisprudence.

Il y avait donc désormais un accord général sur le principe de l'unité, sauf que le ministère de la Justice et la Commission juridique de la Chambre estimaient que cet accord justifiait une reconnaissance législative pour éviter toute possibilité de revirement de la jurisprudence. Cette opinion a prévalu dans le texte définitif de la loi.

6 Que reste-t-il, pour l'État et les autres collectivités, comme défenses possibles ?

Il reste, pour la défense des autorités publiques, que, outre la faute — qui, elle, est censée établie par l'illégalité confirmée par la juridiction administrative —, il faut prouver l'existence d'un dommage et la relation causale entre ce dommage et la faute. Il faut noter que l'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2020, dans sa réponse sur le troisième moyen de cassation, s'est exprimé à ce sujet avec une certaine

⁸ Conclusions précitées du Parquet général, p. 803.

⁹ Cour de cassation de Belgique, arrêt du 14 décembre 2015 cité en note n° 50, p. 805.

¹⁰ Conclusions de l'avocat général, p. 806.

¹¹ P. HURT, « Attendu que la loi est claire... », *J.T.L.*, 2010, p. 193.

¹² *Pas.* 39, p. 770, sub A 2.

¹³ *Doc. parl.*, n° 2665, pp. 10 et s.

¹⁴ *Doc. parl.*, n° 2665¹, p. 3.

prudence en disant¹⁵ que « les juges d'appel ont statué sur une des conditions de la responsabilité civile délictuelle ». Mais, selon les cas, cette relation ne sera pas difficile à prouver.

7 L'erreur invincible

8. Dans ses conclusions précitées, l'avis du Parquet général¹⁶ relève encore une autre manière de « s'en sortir », à savoir « l'erreur invincible ou tout autre cause de justification ».

On doit se demander si cette deuxième voie, reconnue par la Cour de cassation de Belgique, résiste réellement au principe de l'unité de l'illicéité et de la faute, tel qu'il a fini par être consacré par la Cour de cassation luxembourgeoise.

La jurisprudence belge, du moins dans l'état de l'arrêt du 13 mai 1982, considère qu'il y a erreur invincible lorsque « l'irrégularité qui entache l'acte dont l'administration est l'auteur trouve son fondement dans un fait postérieur à l'adoption de cet acte, dont l'administration n'aurait en aucun cas pu tenir compte ».

Les cas de figures ainsi visés seraient notamment ceux d'une loi rétroactive ou interprétative qui modifie le sens de la disposition sur le fondement de laquelle l'acte administratif a été adopté¹⁷ mais encore le cas d'un revirement de jurisprudence qui interviendrait postérieurement à l'adoption de l'acte administratif et qui modifie les exigences de leur régularité dont l'administration pensait devoir tenir compte.

Par contre, la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique estime que, même en cas de « controverse jurisprudentielle au sujet de la disposition qui a conduit à l'erreur de droit, le caractère invincible de celle-ci (l'erreur) ne peut être reconnu ».

Ces voies pour « s'en sortir » sont donc à la fois rares et discutables.

8 La protection des administrés victimes et l'égalité de traitement

9. L'arrêt d'appel dont l'avis de la Cour de cassation du 29 octobre 2020 a rejeté le pourvoi se fonde aussi sur un argument à caractère téléologique, à savoir la volonté de « garantir une meilleure protection des administrés victimes d'un fonctionnement défectueux des services publics ».

Les conclusions de l'avocat général¹⁸ estiment qu'il est « difficilement justifiable, du point de vue du respect du principe d'égalité de traitement, de subordonner la responsabilité civile des particuliers, qui ont, en règle générale, plus de difficulté que l'État et les collectivités publiques de connaître et d'appliquer correctement le droit, à des conditions plus restrictives que ces derniers ».

On peut ne pas être totalement convaincu de cet appel à un principe d'égalité de traitement.

En fait, il se peut que, notamment dans les petites communes, le particulier soit aussi bien sinon mieux conseillé que la commune.

En droit, l'application d'un tel principe d'égalité n'aboutit-il pas à une inégalité entre les administrés qualifiés comme « particuliers », qui sont à « protéger », et les administrés de droit public.

9 L'article 10bis de la Constitution et son application par la Cour constitutionnelle

10. Il n'est pas inutile de rappeler que, à l'occasion du projet de loi qui a conduit à la loi du 10 juillet 2020 relative aux garanties professionnelles de paiement, le Conseil d'État avait assorti son avis d'une réserve quant à la dispense du second vote¹⁹. Au stade du projet de loi, il avait été prévu d'exclure les personnes physiques de l'application de cette loi. Le Conseil d'État avait invoqué l'article 10bis de la Constitution et l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 mars 2007 selon lequel le législateur « n'est à l'abri d'une violation du principe de constitutionnalité de l'égalité, lorsqu'il soumet certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, qu'à condition que la différence instituée procède d'une disparité objective et qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ».

11. En l'occurrence, il y aurait une inégalité, voulue par le législateur, entre, d'une part, les administrés publics, l'État, les communes et autres administrés, et, d'autre part, les « particuliers ». La question se poserait dès lors si cette inégalité, censée rétablir une égalité, répond aux conditions de l'article 10bis de la Constitution telle qu'interprétée et explicitée par la Cour constitutionnelle.

La disparité était certes objective, mais son seul critère était le caractère public de l'auteur, et le seul critère de la victime était précisément qu'elle n'a pas, dans sa personnalité, un caractère public. Le « particulier » peut donc être non pas une personne physique, mais une collectivité, telle qu'une société ou encore association. On devait donc se demander si cette disparité, fût-elle objective, est justifiée rationnellement et si elle est adéquate par rapport à son critère et, enfin, si elle est proportionnée au but du législateur.

La condition d'un tel « but » est certes donnée dans le chef du législateur, qui, en 1988, comme l'ont déclaré l'arrêt d'appel soumis à la Cour de cassation et non sanctionné par la Cour de cassation, a bien « entendu », en consacrant la théorie de l'unité des notions d'illicéité et de faute, « garantir une meilleure protection des administrés victimes d'un fonctionnement défectueux des services publics », ce passage étant renforcé encore par l'utilisation du terme de « garantir », voire d'assurer ainsi « une meilleure protection des administrés victimes... », s'agissant donc d'une protection voulue encore « meilleure ».

L'exposé des motifs du projet de loi qui a conduit à la loi de 1988²⁰, a dit regretter que « la victime d'un acte de l'administration se voie obligée dans tous les cas à rapporter la preuve d'une faute commise par l'agent de l'État » à tel point que, « dans beaucoup de cas, la victime innocente n'est pas indemnisée, soit qu'aucune faute précise ne peut être reprochée à l'administration, soit qu'elle n'arrive pas à en rapporter la preuve ».

Et la Commission juridique de la Chambre des députés²¹ a constaté que « la jurisprudence ne cesse d'évoluer dans un sens favorable à la victime ». La Commission constatait aussi que le Conseil d'État avait, pour proposer de biffer l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, dans le projet de loi, jugé inutile ce texte au motif que « la jurisprudence actuelle garantit mieux que le texte proposé les intérêts légitimes du particulier ». La Commission juridique ajoutait que « seuls les professionnels en la matière connaissent les dernières précisions de la jurisprudence » et que « le particulier (lui-même) connaît tout au plus le texte de la loi », de sorte que « ... beaucoup de citoyens hésitent à saisir les juridictions de litiges les opposant à l'État, aussi justifiées que soient leurs causes ».

Voilà qui est certes, comme souvent, « pavé de bonnes intentions ». Il n'en reste pas moins que l'inégalité ainsi instituée est manifeste ; mais est-elle, dans sa généralité, adéquate par rapport à son critère et, enfin, proportionnée au but que le législateur a voulu ?

¹⁵ Cité en p. 799.

¹⁶ P. 811.

¹⁷ Conclusions du Parquet général citées en p. 804, *Pas.* 39.

¹⁸ *Ibidem*, p. 811.

¹⁹ *Doc. parl.*, n° 7567², p. 4.

²⁰ *Doc. parl.*, n° 2665.

²¹ *Doc. parl.*, n° 2665⁷.

La Cour constitutionnelle, le jour où elle en sera saisie, dira si l'unité, et le principe d'égalité sur lequel elle se fonde, ne se trouvent pas en infraction à ce principe et à la Constitution.

10 L'intervention du juge pénal

12. Cette inégalité se trouverait gravement aggravée si notre jurisprudence s'alignait définitivement sur un jugement rendu en appel le 16 décembre 2020²² par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle, en composition de juge unique, jugement qui n'a pas, à notre connaissance, fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

Ce jugement condamne le bourgmestre d'une ville du sud à une amende de deux mille euros pour avoir enfreint l'article 107 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain et l'article 62 du règlement sur les bâtisses de cette commune. Ces dispositions prévoient en effet que, sont punis d'un emprisonnement de huit jours à deux mois et d'une amende de 251 à 120.000 EUR « tous ceux qui enfreignent de quelque manière que ce soit les prescriptions des plans ou projets d'aménagements généraux ou particuliers du règlement sur les bâtisses ».

Ce jugement est intervenu sur citation directe des demandeurs. À la suite d'une autorisation de construire accordée à l'un de leurs voisins, ceux-ci n'avaient pas saisi d'un recours la juridiction administrative pour la raison « qu'ils ont fait confiance au service technique de la commune qui affirmait avoir fait les vérifications nécessaires », et le tribunal a admis qu'il est « tout à fait compréhensible qu'ils aient seulement pu se rendre compte, au moment de la construction, du gabarit de la résidence et de la violation de la disposition sur le recul latéral ».

13. Le bourgmestre défendeur avait cependant fait valoir que cette action au civil et sur le pénal se heurterait aux règles impératives de répartition des compétences entre les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif et, d'autre part, que l'article 84 de la Constitution dispose que les contestations, qui ont pour objet des droits civils, sont exclusivement du ressort des tribunaux judiciaires, et que l'article 95bis de la Constitution dispose que le contentieux administratif est du ressort du tribunal administratif et de la Cour administrative²³.

Le jugement, pour asseoir la compétence du tribunal de police pour toiser la citation directe²⁴, se fonde sur « l'autonomie de la loi pénale », constatant que le juge pénal n'est pas un auxiliaire du juge civil, mais est muni d'une discipline autonome. Le jugement invoque à cet égard la doctrine belge et M. Roger Thiry, cité pour son *Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois*, n° 391²⁵.

Le jugement passe sur le principe de séparation des pouvoirs et ce bien qu'en l'occurrence cette séparation aurait eu lieu à s'appliquer ; en effet, le bourgmestre agit en tant que pouvoir exécutif de la commune et la loi concernant l'aménagement communal et le développement urbain du 19 juillet 2004 prévoit les recours sur le plan administratif.

14. D'une certaine manière, ce jugement s'insère dans la tendance favorable à la « victime », consacrée que la Commission juridique de la Chambre des députés et l'exposé des motifs qui a conduit à la loi de 1988. Comme constaté plus haut²⁶, seuls les « professionnels » connaîtraient « les dernières précisions de la jurisprudence » et que les particuliers nécessitent « protection » contre « le fonctionnement défectueux des services publics ».

Au-delà des principes du droit, et notamment de la séparation des pouvoirs, et sur le plan purement pénal et de fait, la question se pose si le législateur, en édictant ledit article 107, lorsqu'il punit « tous ceux qui enfreignent de quelque manière que ce soit les prescriptions des plans du projet d'aménagement général ou particulier », visait véritablement, l'autorité communale et son bourgmestre lorsque celui-ci est

amené à faire application de ces dispositions quand il vient à être saisi d'une demande d'autorisation de construire. L'extrême rigueur de cette jurisprudence résulte en définitive du fait que sans que le tribunal ne se prononce expressément sur la question — qui, de façon curieuse, ne semble pas avoir été débattue devant lui — il range l'infraction instituée par l'article 107 de la loi communale 19 juillet 2004 dans la catégorie des « infractions dites purement matérielles n'exigeant pas, pour leur existence, la preuve formelle d'un dol ou d'une imprudence »^{27 28}.

On assiste ainsi à une remarquable convergence entre le principe d'unité illégalité-faute en matière civile et un principe d'unité illégalité-infraction en matière pénale. Tout cela peut sembler présenter l'avantage de la simplicité en faisant faire l'économie de considérations subjectives — comportement fautif en matière civile ; intention dolosive en matière pénale — mais il est improbable que cela serve les exigences d'équité et d'efficacité !

Il s'y ajoute que cette solution comporte une double inégalité entre le pouvoir de la commune et les particuliers : la solution retenue par le jugement qui vient d'être commenté n'exclut l'élément moral qu'à l'égard du bourgmestre alors que par contre l'élément moral est retenu par le jugement en faveur du particulier qui a utilisé l'autorisation jugée illégale. Le tribunal retient en effet en faveur du particulier un élément moral en ce sens qu'il considère comme tout à fait excusable la construction qui a été érigée, du fait que les services de la commune lui auraient fait croire que l'autorisation était légale alors qu'elle ne l'était pas. La thèse de la « matérialité » ne joue donc que contre le bourgmestre mais non contre le particulier. L'inégalité est manifeste et elle ne saurait se justifier par la protection que la jurisprudence veut accorder à l'usager.

11 Le risque d'engorgement administratif

15. Sur le plan du fonctionnement des communes, l'examen rigoureux et souvent délicat qui s'imposera ainsi sous peine de sanctions pénales aux bourgmestres de communes modestes moins équipées, sera une épreuve difficile.

Pour les bourgmestres de communes importantes, le grand nombre de demandes qui leur sont présentées risque de les amener à y « réfléchir deux fois » ou plus. Des retards importants dans les décisions d'autorisation à bâtir, en présence de la pénurie du logement, sont à prévoir, s'ajoutant aux nombreuses conditions administratives, écologiques et autres.

Bâtir plus vite sera encore plus difficile.

André ELVINGER

²² Jugement n° 2855/2020.

²³ P. 14 du jugement.

²⁴ P. 19.

²⁵ P. 20 du jugement.

²⁶ P. 10 ci-avant.

²⁷ Cour de cassation, 27 mars 1954, arrêt inédit cité dans D. SPIELMANN, « Les infractions matérielles et l'imputabilité des infractions », *Pasicrisis*, 1993, pp. 13 et s., spéc. p. 14. Il est vrai que le tribunal constate dans son jugement que le bourgmestre, qui déclarait s'être fié à l'avis de sa commission des bâtisses, « ne conteste pas ne pas avoir examiné en détail la demande d'autorisation de construire », mais il ne juge pas nécessaire de qualifier ce comportement comme étant constitutif d'une négligence coupable de nature à constituer un dol pénal.

²⁸ *Cfr* aussi à ce propos, KRIEGER, « Les autorisations du bourgmestre », Édition Portalis, 2014, n°s 105 et 333. L'auteur semble indécis sur la question puisqu'au n° 105 il envisage l'exigence d'un élément moral pour que la responsabilité pénale du bourgmestre puisse être retenue sur base de l'article 107 de la loi de 2014 tandis qu'au n° 333 il semble admettre que la jurisprudence est dans le sens des infractions purement matérielles.