

## SOMMAIRE

- L'intérêt légitime à agir en réparation - Une exigence... illégitime?, par R. Jafferli . . . . . 253
- Procédure pénale - Détention préventive - Interdiction de communiquer avec d'autres inculpés (article 20, § 3, de la loi du 20 juillet 1990) - Notion - Durée de l'interdiction (article 20, § 4, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 1990) - Obligation pour le juge d'instruction de fixer un délai déterminé. (Cass., 2<sup>e</sup> ch., 15 février 2012, conclusions de D. Vandermeersch) . . . 265
- Procédure pénale - Saisie immobilière par équivalent - Article 35bis, 35ter et 89 C. instr. crim - Motivation - Forme substantielle - Indication des indices sérieux concrets de l'infraction et du montant de l'avantage patrimonial présumé - Absence de telles mentions - Illégitimité. (Cass., 2<sup>e</sup> ch., 11 janvier 2012, observations de O. Klees) . . . . . 267
- Chronique judiciaire : Bibliographie - Communiqué - Dates retenues - Coups de règle.

## DOCTRINE

### L'intérêt légitime à agir en réparation - Une exigence... illégitime?

« *ILLÉGITIME*, adj. Qui n'est pas légitime.

» A. - Qui ne remplit pas les conditions requises par la loi, le droit. (...)

» B. - P. ext. Qui n'est pas conforme au bon droit, à l'équité, sur le plan moral, intellectuel ou matériel. Synon. injuste, inique. (...) »<sup>1</sup>

**S**'IL EST AUJOURD'HUI ACQUIS que le dommage réparable ne peut consister en la privation d'un avantage illégitime, l'incertitude renaît dès que l'on cherche à déterminer, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la manière dont cette condition doit être appréciée concrètement. À cet égard, un récent arrêt du 4 novembre 2011 encore inédit, constitue un signe encourageant allant dans le sens d'une interprétation restrictive de l'exigence de légitimité de l'intérêt lésé.

### 1

#### Introduction

1. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1939, on considère que le dommage réparable ne requiert pas nécessairement la lésion d'un droit, mais peut consister en la lésion d'un simple intérêt, pourvu qu'il soit légitime. La Cour précisa à cet égard que « les articles 1382 et suivants du Code obligent l'auteur d'un fait illicite à réparer tout dommage certain, autre que la privation d'un avantage illégitime, qui a été causé par ce fait »<sup>2</sup>. Variant la formule, la Cour décide désormais que « la lésion d'un intérêt ne peut donner ouverture à une action

en réparation qu'à la condition qu'il s'agisse d'un intérêt légitime »<sup>3</sup>.

(3) Cass., 6 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 351; Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 387; Cass., 15 février 1990, *Pas.*, 1990, I, n° 364. Sur cette question, voy. I. CLAEYS, « Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming? », *R.D.C.*, 1999, pp. 840 et s., n°s 10 et s., pp. 844 et s.; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, doss. 10, *Le dommage*, Bruxelles, Kluwer, 2000, n° 26, p. 17; R.O. DALCQ, *Les Nouvelles - Droit civil*, t. V, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II, *Le lien de causalité - Le dommage et sa réparation*, Bruxelles, Larcier, 1962, n°s 2919 et s., pp. 287 et s.; D. DE CALLATAY et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 21 et s.; B. DE TEMMERMAN, « Recente cassatierechtpraak inzake schade en schadevergoeding (2001-2003) », *R.G.A.R.*, 2003, n° 13763, points 1 et s.; L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, Anvers, Kluwer, 1979, pp. 179 et s., n°s 22 et s., pp. 197 et s.; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Anvers et Apeldoorn, Kluwer et Bruxelles, Ced.Samsom, 1984, n°s 98 et s., pp. 68 et s.; I. DURANT, « Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité », *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, la Charte et Bruges, die Keure, 2010, pp. 53 et s., n°s 30 et s., pp. 76 et s.; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile - Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 10, pp. 22 et s.; J. KIRKPATRICK, « Lorsqu'un délit a causé une incapacité de travail, la victime peut-elle obtenir la réparation du dommage résultant de la privation de revenus professionnels non déclarés au fisc? », note sous Cass., 14 mai

**stradalex**

© De Boeck professionals

**L'accès le plus direct**  
à toute l'information juridique

Vous avez des questions ?  
Vous souhaitez une présentation  
personnalisée ou une formation  
gratuite ?

Contactez l'équipe Strada lex :  
info@stradalex.com - 0800 39 067

www.stradalex.com

(1) *Trésor de la langue française informatisé*, http://atilf.atilf.fr/.

(2) Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25; voy. déjà Cass., 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 298, et la note (2) signée L.C. exposant l'opinion contraire de M. le procureur général Cornil, alors avocat général, lequel arrêt, après avoir estimé que la victime d'un délit ou d'un quasi-délit « a droit à la réparation de tout le dommage que lui cause la violation de ses droits », décide toutefois que « la loi n'a pu sanctionner la privation de bénéfices qu'elle considère comme illégitimes ».

Cette définition du dommage réparable doit être rapprochée de la jurisprudence de la Cour de cassation décidant que l'intérêt requis par les articles 17 et 18 du Code judiciaire doit également être légitime<sup>4</sup>.

Dans ce contexte, il n'est pas aisé de déterminer si la condition de légitimité de l'intérêt lésé relève de la recevabilité ou du fond du droit, voire des deux. Si la plupart des décisions anciennes ont été rendues sur le visa de l'article 1382 du Code civil<sup>5</sup>, un arrêt du 2 avril 1998, qui a toutes les apparences d'une décision de principe, se fonde en revanche expressément sur l'article 17 du Code judiciaire<sup>6</sup>. Il est vrai que l'importance pratique de la question demeure à première vue circonscrite<sup>7</sup>; on

pense notamment à son incidence sur le plan du droit international privé<sup>8</sup> ainsi que de la technique de cassation, qui impose d'indiquer précisément les dispositions légales dont la violation est alléguée<sup>9</sup>.

Quoi qu'il en soit, nous sommes d'avis que, par souci de cohérence, ces deux courants de jurisprudence parallèles devraient être lus conjointement, de manière à donner à la condition de légitimité de l'intérêt une définition unique<sup>10</sup>.

2. Dans plusieurs décisions, la Cour de cassation a apprécié la légitimité de l'intérêt par référence à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>11</sup>. Ce critère ne suffit cependant pas à épuiser la question : il reste en effet à préciser la portée du lien devant exister entre la violation de la loi et l'intérêt de la victime.

À cette fin, nous commencerons par offrir un aperçu des décisions de la Cour de cassation sur la condition de légitimité de l'intérêt rendues depuis la fin des années 1980 (2)<sup>12</sup>. Une analyse de celle-ci nous conduira à dégager deux grandes tendances qui reposent, l'une sur une conception extensive, l'autre sur une approche restrictive de la condition de légitimité (3). Après avoir exposé les critiques auxquelles la conception extensive s'expose (4), nous trou-

verons une confirmation de notre position dans le récent arrêt du 4 novembre 2011 (5). En guise de conclusion, nous proposerons enfin d'opérer un retour sur la notion même d'intérêt à agir (6).

## 2

Aperçu de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation<sup>13</sup>

3. Arrêt « concubinage » du 1<sup>er</sup> février 1989 (P)<sup>14</sup>. — Pendant longtemps, la principale application de la condition de légitimité fut de dénier aux concubins — qu'ils soient ou non adultères — le droit de demander la réparation du dommage subi par l'un en raison d'une atteinte portée à l'intégrité de l'autre<sup>15</sup>. Un arrêt rendu en audience plénière mit un terme à cette jurisprudence en décidant que, dans le cadre d'un concubinage adultère, « si l'époux qui se prétend offensé peut se prévaloir du caractère illicite des relations entretenues par son conjoint, il n'appartient pas à l'auteur responsable du décès de celui-ci de faire valoir cet élément pour se soustraire aux conséquences civiles de sa faute ». Cette solution fut ultérieurement justifiée par l'idée que l'adultère constitue « un état de fait qui touche à la vie privée de la partie adverse, qui n'est plus aujourd'hui incriminé par la loi pénale et que, d'après les dispositions combinées des articles 213, 229 du Code civil et 1305 du Code judiciaire, seule l'épouse de la victime aurait légalement la fa-

2003, R.C.J.B., 2004, pp. 149 et s.; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 2<sup>e</sup> éd. par L. DE WILDE, A. CLAEYS et I. MALLEMS, Gand, Story-Scientia, 1984, n<sup>os</sup> 34 et s., pp. 39 et s.; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak - Onrechtmatige daad : schade en schadeloosstelling (1993-2006) », *T.P.R.*, 2007, pp. 933 et s., n<sup>o</sup> 4, pp. 955 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, n<sup>o</sup> 1065, pp. 1502 et s.; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Anvers et Oxford, Intersentia, 2009, n<sup>os</sup> 1015 et s., pp. 635 et s.

(4) Voy. notamment Cass., 2 mars 2006, *Pas.*, 2006, n<sup>o</sup> 120, R.D.C., 2007, p. 253, note H. DE WULF, « Ontbrekende of onregelmatige facturen en rechtmatig belang - en meteen ook vragen bij de rol van artikel 17 Ger.W. en de relevantie van *nemo auditur* »; Cass., 7 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n<sup>o</sup> 482, T.R.O.S., 2004, p. 273, note D. LINDEMANS, « Het rechtmatigheidsvereiste voor het belang bij een rechtsvordering of een rechtsmiddel : een paralegale wijze van rechtshandhaving »; Cass., 5 juin 2001, *Pas.*, 2001, n<sup>o</sup> 333, spécialement la note 1, p. 1047, exposant les conclusions partiellement contraires de M. l'avocat général Duinlaeager; Cass., 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, n<sup>o</sup> 188, A.C., 1998, I, n<sup>o</sup> 188, avec les conclusions de M. le procureur général De Swaef, alors avocat général, R.G.D.C., 1999, p. 251, note D. SIMOENS, « Een illegaal opgestelde caravan moogt u niet beschadigen »; voy. également les arrêts cités *infra* à la note n<sup>o</sup> 13 ainsi que M. CASTERMAN, *Ge-rechtelijk Privaatrecht - Algemene beginselen, bevoegdheid en burgerlijke rechtspleging*, Gand, Academia Press, 2004, n<sup>o</sup> 42; I. CLAYES, *op. cit.*, R.D.C., 1999, n<sup>os</sup> 10 et s., pp. 844 et s.; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n<sup>o</sup> 7, p. 16; I. DURANT, *op. cit.*, *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, n<sup>os</sup> 26 et s., pp. 74 et s.; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Liège, Faculté de droit de Liège, 1987, n<sup>o</sup> 27, p. 39; F. HAENTIENS, « (Geen) vergoeding voor de aan-nemer voor werken uitgevoerd zonder of in strijd met een stedenbouwkundige vergunning? », note sous Gand, 29 mai 2009, R.W., 2011-2012, pp. 744 et s.; T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes - Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n<sup>os</sup> 131 et s., pp. 204 et s.; P. VANLERSBERGHE, « Commentaar bij art. 18 Ger. W. », *Gerech-telijk recht - Artikelswijze commentaar van rechtspraak en rechtsleer*, Anvers, Kluwer, 2002, n<sup>os</sup> 2 et s., pp. 3 et s.; J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (art. 17 en 18 Ger-rechtelijk Wetboek) », *Jur. Falc.*, 1987-1988, pp. 19 et s., spécialement pp. 28 et s. *Contra* : S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », R.D.J.P., 2000, pp. 155 et s., n<sup>os</sup> 10 et s., pp. 159 et s.; G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2002, n<sup>os</sup> 62 et s., pp. 99 et s.

(5) Voy. notamment les décisions de principe rendues en matière de concubinage : Cass., 15 février 1990, *Pas.*, 1990, I, n<sup>o</sup> 364; Cass. (plén.), 1<sup>er</sup> février 1989, *Pas.*, 1989, n<sup>o</sup> 322, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général R. Declercq.

(6) Cass., 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, n<sup>o</sup> 188, A.C., 1998, I, n<sup>o</sup> 188, avec les conclusions de M. le procureur général De Swaef, alors avocat général, lequel estime quant à lui que l'exigence de légitimité de l'intérêt lésé « is noch door het schadebegrip zelf geboden, noch door de tekst van artikel 1382 B.W., maar wordt vereist, aldus J. Ronse, door de rechtsorde waarvan dit voorschrift slechts een onderdeel uitmaakt » (point 3).

(7) Le rattachement de la condition de légitimité à l'exigence procédurale de l'intérêt à agir constitue cependant à notre sens la clef permettant de justifier une interprétation stricte de cette condition : voy. *infra*, n<sup>os</sup> 24 et s.

(8) Voy. en ce sens le rapport Van Reepinghen, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1963-1964, n<sup>o</sup> 60, p. 22. En effet, alors que l'intérêt à agir relève en principe de la procédure et, dès lors, de la *lex fori* (voy. R. JAFFERALI, « L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger - Une esquisse des contours de la *lex societatis* », R.D.C., 2004, pp. 764 et s., n<sup>o</sup> 26, p. 777; F. RIGAUD et M. FALLON, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n<sup>o</sup> 11.8, p. 472; A. SUSSAROVA, « La portée du principe *forum regit processum* dans la pratique judiciaire belge », R.D.C., 2012, pp. 156 et s., spécialement pp. 160 et s.), une illégalité touchant au fond de la demande pourra relever d'une autre loi (voy. en ce sens G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 62, p. 107 et réf. citées).

(9) Article 1080 du Code judiciaire. À cet égard, la décision de la Cour de cassation de rattacher, en 1939, la condition de légitimité de l'intérêt lésé à l'article 1382 du Code civil s'explique sans doute par la circonstance qu'à l'époque, il n'existait pas d'autre disposition légale sur laquelle elle aurait pu se baser. Ce fondement légal s'est maintenu, par tradition, après l'adoption du Code judiciaire. Toutefois, avec le développement de la notion d'intérêt légitime à agir et son application à d'autres domaines que celui de la responsabilité extracontractuelle, il se trouve maintenant concurrencé par l'article 17 du Code judiciaire, applicable en toutes matières et notamment en matière contractuelle. La même hésitation existe d'ailleurs en France entre l'article 1382 du Code civil et l'article 31 du nouveau Code de procédure civile (voy. à cet égard les décisions citées par A. ENGEL, « Le préjudice illicite », *Ann. dr. lux.*, 2003, pp. 365 et s., n<sup>o</sup> 14, pp. 385 et s.).

(10) Voy. également *infra*, n<sup>o</sup> 18.

(11) Voy. ainsi Cass., 2 mars 2006, *Pas.*, 2006, n<sup>o</sup> 120, R.D.C., 2007, p. 253, note H. DE WULF; Cass., 7 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n<sup>o</sup> 482; Cass., 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, n<sup>o</sup> 188, A.C., 1998, I, n<sup>o</sup> 188, avec les conclusions de M. le procureur général De Swaef, alors avocat général, n<sup>o</sup> 5, p. 408. Voy. également E. DIRIX, *Het be-grip schade*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 98, p. 68.

(12) *Brevitatis causa*, la jurisprudence des juges du fond ne sera pas systématiquement passée en revue. Pour des applications récentes, voy. Gand, 29 mai 2009, R.W., 2011-2012, p. 743, note F. HAENTIENS; Mons, 21 février 2008, *Bull. ass.*, 2008, p. 428; Gand, 7 avril 2006, *NjW*, 2006, p. 660, note S. LUST; Anvers, 5 avril 2006, *Bull. ass.*, 2006, p. 440; Bruxelles, 19 mai 2003, R.W., 2006-2007, p. 478, T.R.O.S., 2004, p. 117, note M. DEGRAEVE; Gand, 14 février 2003 (deux espèces), T.R.O.S., 2004, p. 278, note W. RASSCHAERT; Civ. Antwerpen, 30 mars 2006, R.D.J.P., 2007, p. 123, note S. UHLIG.

(13) Afin de préparer l'analyse, nous indiquerons entre parenthèses le numéro de la chambre ayant traité l'affaire [première chambre civile (1), deuxième chambre pénale (2) ou audience plénière (P)] ainsi que le rôle linguistique de l'affaire (N ou F). Bien que la présente contribution ait pour objet principal la question de l'intérêt à agir dans les actions en responsabilité civile extracontractuelle, nous aborderons également quelques décisions qui, tout en dépassant ce cadre strict, apportent des précisions utiles sur la portée de la condition de légitimité (par exemple, l'arrêt du 18 juin 1998 en matière d'expropriation, l'arrêt du 8 novembre 2001 rendu dans le cadre de la loi du 17 janvier 1938 ou l'arrêt du 6 mars 2006 relatif à une action contractuelle en exécution forcée). Nous laisserons en revanche de côté les décisions qui rappellent l'exigence de légitimité de l'intérêt sans fournir d'indication sur la manière dont ce critère doit être apprécié : voy. ainsi Cass., 26 octobre 2011, R.G. n<sup>o</sup> P.11.199.F (au stade de la recevabilité, il suffit que la partie civile « ait un intérêt licite, au moins apparent, à se constituer »); Cass., 20 février 2009, *Pas.*, 2009, n<sup>o</sup> 142, décision qui rappelle que le principe suivant lequel « Celui qui ne poursuit que le maintien d'une situation contraire à l'ordre public ou d'un avantage illicite, n'a pas un intérêt légitime » trouve également à s'appliquer devant le juge des référés, lequel jouit dans son appréciation en la matière d'une « grande liberté » (pour une critique du caractère marginal du contrôle de légalité exercé par la Cour de cassation sur les décisions des juges des référés, cons. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge des référés, hors la loi? », *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis* », Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 113 et s.); Cass., 23 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n<sup>o</sup> 750; Cass., 25 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n<sup>o</sup> 515; Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, n<sup>o</sup> 445, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. Leclercq, alors premier avocat général; Cass., 11 février 2003, *Pas.*, 2003, n<sup>o</sup> 94.

(14) Cass. (plén.), 1<sup>er</sup> février 1989, *Pas.*, 1989, n<sup>o</sup> 322, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général R. Declercq.

(15) Voy. les réf. citées dans les conclusions du ministère public.

culté d'opposer en justice pour les besoins d'une action en divorce ou en séparation de corps »<sup>16</sup>.

**4. Arrêt « captation d'eau » du 3 octobre 1997 (1F)**<sup>17</sup>. — Dans cette affaire, une dame agissait en réparation du dommage résultant de la pollution causée à des bassins et étangs. Son action fut déclarée irrecevable par le juge du fond au motif que l'eau qui alimentait ceux-ci était captée dans des conditions illégales, en violation de la législation sur les cours d'eau non navigables. Après avoir rappelé que seule la lésion d'un intérêt légitime peut donner ouverture à une action en réparation en matière de responsabilité extracontractuelle, la Cour de cassation rejeta le pourvoi dirigé contre cette décision au motif que « l'arrêt décide légalement que s'il est établi que l'eau était captée dans des conditions illégales, la demanderesse serait effectivement sans titre ni droit pour exiger une indemnisation à charge de la première défenderesse ».

**5. Arrêt « caravane » du 2 avril 1998 (1N)**<sup>18</sup>. — Cette affaire portait sur le droit à réparation du dommage causé à une caravane construite sans le permis de bâtir requis. Alors que le juge du fond avait déclaré l'action irrecevable à défaut d'intérêt légitime, la Cour cassa cette décision par un arrêt, rendu pour la première fois sur le visa de l'article 17 du Code judiciaire, qui décide que « la violation d'un intérêt ne peut donner lieu à une demande tendant à des dommages-intérêts que si l'intérêt est licite », que « quiconque vise uniquement le maintien d'une situation contraire à l'ordre public, n'a pas un intérêt licite » et que « l'arrêt ne constate pas que la demande tendant à la réparation du dommage vise uniquement le maintien illicite d'une installation fixe ».

**6. Arrêt « expropriation » du 18 juin 1998 (1N)**<sup>19</sup>. — Cette affaire ne concernait pas directement un problème de responsabilité civile, mais de détermination du montant de la juste et préalable indemnité due en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. La décision demeure toutefois pertinente pour notre propos, puisque la Cour de cassation considère en ce cas que l'exproprié a, tout comme la victime d'une faute, droit à la réparation intégrale de son dommage<sup>20</sup>. En l'occurrence, la Cour décide « que la perte d'un avantage illégal ne constitue pas un dommage réparable; qu'il s'ensuit qu'aucune indemnité d'expropriation ne peut être allouée pour un avantage illégal acquis ensuite de travaux exécutés sans les permis requis ».

**7. Arrêt « escroquerie à l'assurance » du 15 mai 2001 (2N)**<sup>21</sup>. — Une compagnie d'as-

surance de droit néerlandais exerçait ses activités sur le marché belge sans avoir été agréée selon le vœu de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance. Cette compagnie fut victime d'une escroquerie aux indemnités d'assurance commise par une personne contre laquelle elle se constitua partie civile. Cette action ayant été accueillie par le juge du fond, le prévenu se pourvut en cassation en se prévalant du caractère illégitime de l'intérêt de la compagnie. La Cour de cassation rejeta cependant le pourvoi au motif « qu'il n'existe aucun lien causal direct entre un contrat nul et l'escroquerie à laquelle ce contrat a donné lieu par la suite, plus précisément entre un contrat d'assurance nul et l'escroquerie aux indemnités d'assurances sur la base de déclarations fausses ».

**8. Arrêt « remise en état I » du 5 juin 2001 (2N)**<sup>22</sup>. — À la requête du fonctionnaire délégué, un arrêt de la cour d'appel d'Anvers avait imposé au propriétaire d'un logement la démolition de celui-ci à titre de mesure de remise en état des lieux ordonnée en application du décret flamand du 22 octobre 1998 relatif à l'aménagement du territoire. Se prévalant de ce que cet immeuble constituait le logement familial, l'épouse du propriétaire avait formé tierce opposition contre cet arrêt, laquelle avait été déclarée irrecevable aux motifs qu'une tierce opposition ne peut être reçue devant le juge pénal que lorsque celui-ci statue sur des intérêts civils, ce qui n'aurait pas été le cas en l'espèce. Cette décision fut cassée par la Cour au motif que bien qu'elle relève de l'action publique, la demande de remise en état des lieux présente néanmoins un caractère civil. Dans ses conclusions contraires, M. l'avocat général Duinslaeger suggérait cependant à la Cour de rejeter le pourvoi en procédant à une substitution de motifs, dès lors que « la demanderesse, qui poursuivait par sa tierce opposition l'annulation de la décision de remise en état des lieux par la démolition des constructions érigées illégalement dont elle était copropriétaire, ne poursuivait que le maintien d'une situation illégale ou d'une situation contraire à l'ordre public, de sorte que la tierce opposition ne remplissait pas la condition de l'intérêt légitime ». En cassant néanmoins la décision, la Cour de cassation écarte implicitement cette fin de non-recevoir opposée au moyen<sup>23</sup>.

**9. Arrêt « canalisations » du 8 novembre 2001 (1N)**<sup>24</sup>. — La Région flamande avait été condamnée à indemniser la commune de Dilbeek sur la base de la loi du 17 janvier 1938 pour des travaux effectués sur des canalisations. La Région flamande faisait valoir dans son pourvoi en cassation que lesdits travaux avaient été effectués sans le permis de bâtir requis, en sorte que la commune aurait été sans intérêt légitime à en demander le remboursement. Le pourvoi fut rejeté par la Cour, qui décide « que la demande qui tend à obtenir le remboursement des frais de travaux requérant la délivrance d'un permis,

mais exécutés sans permis, ne vise pas à maintenir une situation illégale ».

**10. Arrêt « travail au noir I » du 14 mai 2003 (2F)**<sup>25</sup>. — Un ouvrier boulanger-pâtisier demandait réparation du dommage que lui avait causé un accident de la circulation. Sa demande fut rejetée partiellement par le juge du fond dans la mesure où il fondait le calcul de sa perte de revenus professionnels, non sur ses revenus déclarés, mais sur sa rémunération réelle qui était égale au double de ceux-ci. Statuant sur le visa des articles 1382 et 1383 du Code civil, la Cour rejeta le pourvoi dirigé contre cette décision au motif que « la perception de rémunérations provenant d'un travail au noir, constitue, en règle, un avantage illicite dont la perte ne peut donner lieu à réparation ». Cette décision fait écho à un arrêt de la Cour de cassation de France du 24 janvier 2002 décidant « qu'une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licites » et que des rémunérations non déclarées, « provenant d'un travail dissimulé, n'ouvrent pas droit à indemnisation »<sup>26</sup>.

**11. Arrêt « remise en état II » du 7 octobre 2003 (2N)**<sup>27</sup>. — Cet arrêt est rendu dans la même affaire que l'arrêt précité du 5 juin 2001. La cour de renvoi avait finalement déclaré irrecevable la tierce opposition formée par l'épouse du propriétaire de l'immeuble dont la démolition avait été précédemment ordonnée<sup>28</sup>. Le pourvoi formé contre cette décision fut cette fois rejeté par la Cour de cassation aux motifs « Que celui qui ne poursuit que le maintien d'une situation contraire à l'ordre public n'a pas un intérêt licite; qu'il n'est pas requis, à cette fin, que cette situation résulte d'une infraction commise par l'intéressé lui-même » et « que l'arrêt constate de manière souveraine en fait que l'action de la demanderesse ne poursuit que le maintien illicite de cette construction; que, dans la mesure où il critique cette constatation, le moyen, en cette branche, est irrecevable ».

**12. Arrêt « travail au noir II » du 2 mars 2006 (1N)**<sup>29</sup>. — En vertu d'un contrat d'entreprise, un entrepreneur avait adressé deux factures aux maîtres de l'ouvrage, qui les avaient acquittées. Après la faillite de l'entrepreneur, le curateur de celui-ci agissait contre les maîtres de l'ouvrage en paiement du solde de l'entreprise. La cour d'appel d'Anvers avait déclaré cette action irrecevable à défaut d'intérêt légitime en constatant qu'aucune facture n'avait jamais été émise

(24) Cass., 8 novembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 606.

(25) Cass., 14 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 295, avec les conclusions de M. le juge Spreutels, alors avocat général, *R.C.J.B.*, 2004, p. 135, avec lesdites conclusions et la note précitée de J. KIRKPATRICK.

(26) Cass. fr., 2<sup>e</sup> ch. civ., 24 janvier 2002, *D.*, 2002, jur., p. 2559, note D. MAZEAUD, « La résistance de la règle morale dans la responsabilité civile », *Defrénois*, 2002, p. 786, note R. LIBCHABER, « Réflexions sur le caractère réparable du préjudice », *J.C.P.*, 2002, II, 10.118, p. 1401, note C. BOILLLOT, « Une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si elles sont licites », *Rec. trim. dr. civ.*, 2002, p. 306, note P. JOURDAIN, « Préjudice des victimes en situation illicite : serait-ce la fin des hésitations? ». Cette décision est également commentée par M. Spreutels dans ses conclusions précitées, points 7 et s.

(27) Cass., 7 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n° 482.

(28) Gand, 14 février 2003, *T.R.O.S.*, 2004, p. 280, note W. RASSCHAERT.

(29) Cass., 2 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 120, *R.D.C.*, 2007, p. 253, avec la note précitée de H. DE WULF.

(16) Cass., 15 février 1990, *Pas.*, 1990, I, n° 364.

(17) Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 387.

(18) Cass., 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 188, *A.C.*, 1998, I, n° 188, avec les conclusions de M. le procureur général De Swaef, alors avocat général, *R.C.D.C.*, 1999, p. 251, avec la note précitée de D. SIMOENS. Sur renvoi, voy. Bruxelles, 19 mai 2003, *R.W.*, 2006-2007, p. 478, *T.R.O.S.*, 2004, p. 117, note M. DEGRAEVE.

(19) Cass., 18 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 323.

(20) Voy. Cass. (plén.), 5 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 257, avec les conclusions et conclusions additionnelles de M. l'avocat général Henkes, qui transpose à la matière de l'expropriation le principe de la répétibilité des frais de conseil technique posé par Cass., 2 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 375, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général Henkes.

(21) Cass., 15 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 283.

(22) Cass., 5 juin 2001, *Pas.*, 2001, n° 333, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général Duinslaeger synthétisées à la note 1, p. 1047.

(23) Sur la question de savoir si le recours à la substitution de motifs est une obligation ou seulement une faculté pour la Cour lorsqu'elle est possible, cons. H. BOULARBAH, P. GÉRARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Pourvoi en cassation en matière civile », *R.P.D.B.*, compl. t. XI, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 143 et s., n° 404 et s., pp. 218 et s.

pour ce solde et qu'on ne pouvait exiger de la cour qu'elle collabore à éluder la loi fiscale. Cette décision encourut toutefois la censure de la Cour de cassation qui considère qu'« en constatant que la demande du demandeur » tend à l'exécution des obligations contractuelles (des défendeurs) de payer le solde du prix de l'entreprise en contrepartie des travaux de rénovation exécutés entre-temps par la s.p.r.l. AA Renovatiewerken » et en ne constatant donc pas que cette demande tend uniquement au maintien d'une situation ou d'un avantage illicite, les juges d'appel n'ont pas justifié légalement leur décision et ont violé l'article 17 du Code judiciaire ».

**13. Arrêt « sapins » du 6 juin 2008 (1F)<sup>30</sup>.** — Dans cette affaire, le demandeur avait planté au printemps 1996 des sapins sans disposer du permis de bâtir requis par un arrêté du gouvernement wallon du 11 mai 1995. Cet arrêté avait cependant été abrogé le 19 mars 1998 avec effet au 1<sup>er</sup> mars 1998. Les sapins ayant été endommagés en 1999 par du gibier en provenance du terrain du défendeur, le demandeur agissait contre celui-ci en réparation. La demande avait été déclarée irrecevable au motif que la situation illicite s'était définitivement accomplie lors de la plantation des sapins en 1996, de sorte que l'intérêt à agir du demandeur était illégitime nonobstant l'abrogation ultérieure de l'obligation d'obtenir un permis. Après avoir considéré que « la légitimité de l'intérêt s'apprécie au moment de la survenance du fait dommageable » — soit en 1999 — la Cour de cassation décida que « ce jugement, qui considère que la situation illicite était définitivement accomplie au moment de sa concrétisation au printemps 1996 et est demeurée telle nonobstant l'entrée en vigueur de l'arrêté du gouvernement wallon du 19 mars 1998, et qui en déduit que le demandeur n'avait aucun intérêt légitime à agir, viole les dispositions légales invoquées au moyen, en cette branche ».

**14. Arrêt « remise en état III » du 18 juin 2010 (1F)<sup>31</sup>.** — Dans cette affaire, un permis de bâtir irrégulier avait été délivré à un particulier par une commune sur avis du fonctionnaire délégué de la Région wallonne. Le permis avait ensuite été annulé par le Conseil d'État et le particulier avait été condamné à la remise en état des lieux par le juge répressif. Le particulier assigna alors en responsabilité la Région wallonne et la commune en sollicitant leur condamnation à réparer tant le préjudice matériel que le préjudice moral subi. Cette demande fut rejetée par le juge du fond en raison de l'absence de lien causal entre les fautes et le dommage, celui-ci trouvant selon lui sa cause dans les faits constitutifs d'infraction déclarés établis à charge du particulier et dans la décision de remise en état des lieux. Le particulier se pourvut alors en cassation en reprochant au juge du fond d'avoir méconnu la théorie de l'équivalence des conditions. La Région wallonne opposa toutefois au moyen une fin de non-recevoir déduite du défaut d'intérêt, en invitant la Cour de cassation à constater que la demande du particulier ne pouvait en toute hypothèse être accueillie, dès lors que le dommage dont il se plaignait consistait en la perte d'un avantage illicite. La Cour de cassation écarta cependant la

fin de non-recevoir par les motifs suivants : « Le dommage consiste en la perte d'un avantage illicite, et ne peut, dès lors, donner lieu à réparation, si la situation dans laquelle se trouvait la victime avant l'acte fautif était contraire à une règle de droit. Il ne ressort pas des motifs de l'arrêt qu'avant les fautes alléguées, le demandeur se trouvait dans une situation illégale, en sorte que l'ensemble de son dommage, tel que l'analyse l'arrêt, consisterait en la perte d'un avantage illicite ».

**15. Arrêt « paiement indu » du 14 octobre 2010 (1F)<sup>32</sup>.** — Cette affaire se distingue des précédentes, dans la mesure où la question de la légitimité de l'intérêt lésé n'y apparaît qu'incidemment et où l'accent est plutôt mis par la Cour sur l'existence d'un droit lésé par un acte fautif. En raison d'une série d'erreurs commises par la Communauté française, un enseignant mis en disponibilité avait perçu un traitement supérieur à celui auquel il avait légalement droit. En réponse à une action en répétition de l'indu introduite contre lui, il demandait à titre subsidiaire que lui soient accordés des dommages-intérêts compensant l'obligation de restitution de ces sommes qu'il contestait en ordre principal. La cour d'appel de Bruxelles avait cependant refusé de faire droit à cette demande subsidiaire en considérant que les sommes indûment perçues l'avaient été en violation de la réglementation et que l'enseignant « n'a pu obtenir de la sorte qu'un avantage illégitime, dont la perte n'est pas réparable, alors même que la [Communauté française] aurait manqué à son obligation générale de prudence en enfreignant ces dispositions réglementaires et en versant indûment certains montants ». L'enseignant se pourvut en cassation en faisant valoir, dans son second moyen, d'une part, que le dommage dont il réclamait la réparation ne pouvait être illégitime à défaut de trouver sa source dans un fait ou une abstention qui lui était imputable<sup>33</sup>, d'autre part, que « la demande formée subsidiairement par le demandeur tendait (...) à la réparation du dommage constitué par l'obligation de restituer l'indu » et qu'« Il ne s'agissait donc pas pour le demandeur d'obtenir le maintien en nature ou par équivalent de l'avantage qu'il avait perçu de manière prétendument indu ». Dans ses conclusions, le ministère public estima que « pour qu'il y ait dommage, il faut un préjudice résultant de la lésion d'un droit »<sup>34</sup>; or, en l'occurrence, l'enseignant n'avait aucun droit à l'avantage faisant l'objet du paiement. La Cour de cassation adopta ce raisonnement et rejeta les deux branches du moyen en considérant que « par les motifs que le moyen reproduit et critique, l'arrêt ne décide pas que cette demande tendait au maintien d'un avantage prétendument indu perçu par lui, mais considère que l'obligation de restituer un payement indu ne constitue pas en soi un dommage réparable, dès lors que celui sur qui pèse cette obligation n'avait aucun droit à l'avantage faisant l'objet

(32) Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 600, avec les conclusions de M. l'avocat général T. Werquin.

(33) Le grief avait sans doute peu de chances d'aboutir dès lors que, dans son arrêt précité du 7 octobre 2003, la Cour avait déjà décidé que, pour que l'intérêt soit illégitime, il n'est pas requis que la situation illicite « résulte d'une infraction commise par l'intéressé lui-même ».

(34) Conclusions précitées, *Pas.*, 2010, p. 2595. La formule est sans doute trop restrictive puisqu'on sait qu'en réalité, le préjudice résultant de la simple lésion d'un intérêt (légitime) est déjà indemnisable (voy. *supra*, n° 1).

du paiement » et que « sans violer la foi due aux conclusions du demandeur, l'arrêt justifie ainsi légalement sa décision ».

## 3

## Tentatives d'analyse

**16.** À l'observateur sans idée préconçue, la jurisprudence de la Cour de cassation que nous venons de brosser à grands traits offre de prime abord une certaine impression de confusion. Ainsi, pourquoi le dommage causé à des eaux captées illégalement ne serait-il pas réparable (arrêt du 3 octobre 1997), alors que la destruction d'une caravane construite sans permis donnerait lieu à indemnisation (arrêt du 2 avril 1998)? Pourquoi l'entrepreneur travaillant sans facture serait-il recevable à exiger le paiement de son travail (arrêt du 2 mars 2006), tandis que le travailleur salarié victime d'un accident ne pourrait calculer son préjudice sur la base de ses revenus non déclarés (arrêt du 14 mai 2003)? Pourquoi le particulier auquel l'administration a délivré un permis de bâtir irrégulier pourrait-il obtenir réparation du préjudice que lui cause la démolition de l'immeuble (arrêt du 18 juin 2010), tandis que l'enseignant auquel l'administration a versé un traitement supérieur au montant prévu par la réglementation ne pourrait obtenir réparation du préjudice que lui cause le remboursement de l'excédent (arrêt du 14 octobre 2010)?

En réalité, sur les treize arrêts recensés, six d'entre eux paraissent préconiser une conception restrictive de la condition de légitimité de l'intérêt<sup>35</sup> tandis que six autres semblent plutôt s'inscrire dans une tendance extensive sans que les motifs de cette différence d'appréciation n'apparaissent au premier coup d'œil<sup>36 37</sup>. Plusieurs tentatives d'explication peuvent dès lors être avancées.

## A. Appréciation souveraine du juge du fond

**17.** Une première grille d'analyse repose sur l'idée que la Cour de cassation aurait décidé d'abandonner une large marge de manœuvre

(35) Arrêts « concubinage » du 1<sup>er</sup> février 1989, « caravane » du 2 avril 1998, « escroquerie à l'assurance » du 15 mai 2001, « remise en état I » du 5 juin 2001, « canalisations » du 8 novembre 2001 et « travail au noir II » du 2 mars 2006.

(36) Arrêts « captation d'eau » du 3 octobre 1997, « appropriation » du 18 juin 1998, « travail au noir I » du 14 mai 2003, « remise en état II » du 7 octobre 2003, « sapins » du 6 juin 2008 (qui nous paraît consacrer une conception extensive de la condition de légitimité dès lors que, si l'arrêt du gouvernement prescrivant l'obtention d'un permis n'avait pas été abrogé, le dommage aurait été considéré comme non réparable) et « paiement indu » du 14 octobre 2010.

(37) L'arrêt « remise en état III » du 18 juin 2010 et à cet égard difficile à classer. D'une part, il donne à la notion d'avantage illégitime une définition fort large, puisqu'il suffit que le demandeur se soit trouvé dans une situation illicite pour que l'action en réparation soit exclue. Mais, d'autre part, il restreint la portée de cette définition en précisant que la situation du demandeur doit être appréciée avant l'acte fautif, admettant ainsi la réparation d'un dommage dont l'illégalité n'est acquise qu'après l'acte fautif ou résulte de celui-ci.

(30) Cass., 6 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 351.

(31) Cass., 18 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 440.

aux juges du fond<sup>38</sup>. Pour peu que ceux-ci constatent que l'action a pour seul but le maintien d'une situation illicite, l'intérêt devrait être considéré comme illégitime sans que cette appréciation ne puisse être critiquée devant la Cour de cassation (voy. en ce sens l'arrêt « remise en état II » du 7 octobre 2003). À l'inverse, à défaut de constater expressément que l'action poursuit un tel but, la décision de déclarer l'action irrecevable à défaut d'intérêt légitime ne serait pas légalement justifiée (voy. en ce sens l'arrêt « caravane » du 2 avril 1998 et l'arrêt « travail au noir II » du 2 mars 2006).

Pareille analyse néglige cependant le fait que la Cour de cassation n'hésite pas, dans certains cas, à se prononcer elle-même sur la légitimité de l'intérêt sur la base des faits constatés par le juge du fond (voy. ainsi l'arrêt « captation d'eau » du 3 octobre 1997, l'arrêt « expropriation » du 18 juin 1998, l'arrêt « escroquerie à l'assurance » du 15 mai 2001, l'arrêt « canalisations » du 8 novembre 2001, l'arrêt « travail au noir I » du 14 mai 2003, l'arrêt « remise en état II » du 7 octobre 2003 et l'arrêt « remise en état III » du 18 juin 2010). Plus fondamentalement, elle méconnaît le principe selon lequel, s'il appartient au juge du fond de constater les faits sur lesquels il fonde sa décision, il incombe à la Cour de cassation de vérifier si ces faits justifient la conséquence que le juge en déduit en droit<sup>39</sup>.

## B. Distinction entre recevabilité et fondement

18. On pourrait également supposer que les divergences de solutions dans la jurisprudence de la Cour de cassation s'expliquent par une portée différente de la condition de légitimité de l'intérêt, selon qu'elle soit appréciée au stade de la recevabilité ou du fondement de la demande<sup>40</sup>. Ainsi, l'arrêt du 3 octobre 1997, qui exclut l'indemnisation du dommage causé à des eaux captées illicitement, a été rendu sur le visa de l'article 1382 du Code civil, tandis que l'arrêt du 2 avril 1998, qui admet au contraire l'action en réparation du dommage causé à une caravane construite sans permis, se fonde sur l'article 17 du Code judiciaire. La condition de légitimité devrait donc s'apprécier à un double stade. Ainsi, au niveau de l'intérêt à agir, il ne s'agirait que d'une exigence de portée limitée, visant à éviter que l'action ne tende exclusivement au maintien d'une situation illicite. En revanche, au niveau de la définition du dommage réparable, elle permettrait d'exercer un contrôle plus approfondi sur la légitimité de l'avantage perdu. Serait-ce là la clef de l'énigme?

Cette intuition ne semble toutefois pas corroborée par la jurisprudence de la Cour. Ainsi, dans ses conclusions précédant l'arrêt « caravane » du 2 avril 1998, le ministère public excluait

que la condition de légitimité soit (également) prescrite par l'article 1382<sup>41</sup>. Par ailleurs, dans ses conclusions précédant l'arrêt « travail au noir I », le ministère public relevait que « Dans la présente cause, la question se pose en termes de légitimité de l'avantage perdu et non d'intérêt à agir, même si les deux approches conduisent sans doute au même résultat »<sup>42</sup>. Dans son arrêt « travail au noir II » du 2 mars 2006, la Cour met d'ailleurs sur le même pied le maintien d'une situation illicite et celui d'un avantage illégitime. Enfin, l'enseignement de l'arrêt du 3 octobre 1997 fut repris textuellement par l'arrêt « sapins » du 6 juin 2008, mais cette fois sur le visa de l'article 17 du Code judiciaire<sup>43</sup>.

Il ne semble donc pas que la Cour de cassation interprète de manière différente la condition de légitimité de l'intérêt, selon qu'elle soit appréciée au stade de la recevabilité ou du fondement<sup>44</sup>.

## C. Distinction selon la nature du dommage

19. Une troisième tentative d'analyse prend pour point de départ les conclusions du ministère public avant l'arrêt « caravane » du 2 avril 1998. Dans celles-ci, M. le procureur général De Swaef suggérait de procéder à une appréciation nuancée de la condition de légitimité de l'intérêt en estimant que, si la perte de bénéfices procurés par une activité illicite ne pouvait donner lieu à un intérêt légitime à agir, au contraire, la perte d'autres avantages, fût-elle subie par une personne se trouvant dans une situation illicite, n'empêchait pas nécessairement l'introduction d'une action en justice. Tel serait ainsi le cas en présence d'un préjudice matériel (*zaakschade*), en l'occurrence le dommage causé à une caravane construite sans permis<sup>45</sup>.

La distinction proposée par le haut magistrat entre le caractère illicite de la situation dans laquelle se trouve la victime et le dommage dont elle demande réparation ne manque pas de fondement<sup>46</sup>. Certes, on a soutenu « qu'une situation contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne peut avoir d'effets juridiques » et que « dans la mesure de son caractère illicite, la sauvegarde de l'ordre public et la protection

des bonnes mœurs exigent qu'on ne puisse faire naître aucun effet juridique d'une telle situation, même par le biais de l'article 1382 du Code civil »<sup>47</sup>. Tout demandeur se trouvant dans pareille situation aurait donc un intérêt illégitime à agir. L'équation posée en des termes aussi absolus entre situation illicite et avantage illégitime n'est toutefois guère tenable. Ainsi, elle rendrait impossible tout partage de responsabilité à l'égard de la victime d'un acte fautif qui, fût-ce par simple négligence, se trouverait en infraction à une norme d'ordre public, dès lors que son action serait déclarée irrecevable à défaut d'intérêt légitime. Dira-t-on, par exemple, que le propriétaire d'un véhicule en stationnement irrégulier dont les carreaux sont brisés, qu'un militaire en permission irrégulière victime d'un accident de la circulation, ou encore que la personne arrêtée en flagrant délit et froidement abattue par la police n'ont pas accès au prétoire<sup>48</sup>?

Le raisonnement proposé par le haut magistrat invite dès lors à s'interroger sur la nature du dommage invoqué et, ce faisant, sur l'intensité du lien existant entre la situation illicite dans laquelle s'est trouvé le demandeur et l'intérêt lésé dont il demande réparation. C'est ainsi que, raisonnant sur la base du cas, emprunté à la jurisprudence<sup>49</sup>, du contrebandier victime d'un accident de la circulation, la doctrine estime généralement que celui-ci n'aurait pas droit à la réparation de la perte du bénéfice qu'il comptait réaliser par son activité illicite, mais qu'il aurait en revanche le droit de demander la réparation du dommage causé à son véhicule ainsi que du préjudice corporel et moral subi, dans la mesure où ceux-ci sont étrangers à son activité illicite<sup>50</sup>.

(47) R.O. DALCO, *Les Nouvelles - Droit civil*, t. V, vol. II, op. cit., n° 2919, pp. 287 et s. Voy. également les conclusions précitées de M. Spreutels avant Cass., 14 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 294, point 2, ainsi que la formule très large utilisée par l'arrêt « remise en état III » du 18 juin 2010 : « Le dommage consiste en la perte d'un avantage illicite, et ne peut, dès lors, donner lieu à réparation, si la situation dans laquelle se trouvait la victime avant l'acte fautif, était contraire à une règle de droit ».

(48) Ces exemples sont empruntés à D. SIMOENS, op. cit., R.G.D.C., 1999, n° 6, p. 255, et à F. RIGAUX, « L'ordre public et les bonnes mœurs en présence du ménage de fait », *Le ménage de fait*, Louvain-la-Neuve, Faculté de droit de l'U.C.L., 1985, n° 36, p. 29. Voy. également les conclusions de M. l'avocat général R. Declercq avant Cass. (plén.), 1<sup>er</sup> février 1989, *Pas.*, 1989, I, n° 322, p. 584 : « (...) dans tous ces cas, l'irrégularité du comportement de la victime est étrangère à son droit à réparation. Le militaire en situation irrégulière ou le délinquant arrêté ne perdent pas pour autant le droit à la vie et à l'intégrité de leur personne. Ils ne sont pas déclarés hors-la-loi. Ils ne peuvent être abattus par le premier venu ». *Adde* art. 18 de la Constitution.

(49) Bruxelles, 15 avril 1960, R.G.A.R., 1961, n° 6.687.

(50) Voy., sur ce point et pour d'autres exemples, les conclusions de M. le procureur général De Swaef, alors avocat général, avant Cass., 2 avril 1998, *Arr. Cass.*, 1998, I, n° 188, p. 408, point 7; conclusions de M. l'avocat général R. Declercq avant Cass. (plén.), 1<sup>er</sup> février 1989, *Pas.*, 1989, I, n° 322, p. 584; I. CLAEYS, op. cit., R.D.C., 1999, n° 11, p. 846; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, doss. 10, op. cit., n° 26, p. 17; B. DE TEMMERMAN, op. cit., R.G.A.R., 2003, n° 13763, point 2, p. 3; H. DE WULF, op. cit., R.D.C., 2007, n° 17 et s., pp. 267 et s.; E. DIRIX, *Het begrip schade*, op. cit., n° 102 et s., pp. 70 et s. En France, voy. A. ENGEL, op. cit., *Ann. dr. lux.*, 2003, n° 31 et s., pp. 411 et s.; R. LIBCHABER, op. cit., *Defrénois*, 2002, p. 789; D. MAZEAUD, op. cit., D., 2002, jur., n° 10, p. 2561. Voy. et comp. également J. KIRKPATRICK, op. cit., R.C.J.B., 2004, n° 17 et 18, p. 160, qui distingue selon que le travail au noir soit en soi illicite, parce que presté en violation de la législation sur la durée du travail, ou que seule l'absence de déclaration des rémunérations soit illicite.

(38) Voy. en ce sens H. DE WULF, op. cit., R.D.C., 2007, n° 19, p. 269.

(39) Cass., 13 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 23; Cass., 30 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 772; Cass., 16 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 578; Cass., 29 mai 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 845; voy. par exemple, sur la notion légale de faute, Cass., 6 juin 2011, R.G. n° C.10.0095.F; Cass., 19 juin 2007, *Pas.*, 2007, n° 337.

(40) En ce sens, voy. I. DURANT, op. cit., *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, n° 31, p. 78.

(41) Voy. *supra*, note n° 6.

(42) Conclusions de M. le juge Spreutels, alors avocat général, avant Cass., 14 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 295, point 2 et la note n° 7; dans le même sens, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, op. cit., n° 1065, p. 1502.

(43) Voy. également Cass., 20 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 142, point 2.

(44) Nous verrons toutefois que le rattachement de la légitimité de l'intérêt aux conditions de recevabilité de l'action justifie à notre sens de donner à cette exigence une portée limitée : voy. *infra*, n° 42 et s.

(45) Voy. les conclusions précitées dans *Arr. Cass.*, 1998, I, n° 188, points 7 et 8.

(46) Dans le même sens, voy. I. CLAEYS, op. cit., R.D.C., 1999, n° 11, pp. 845 et s.; B. DE TEMMERMAN, op. cit., R.G.A.R., 2003, n° 13.763, point 2, p. 3; L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, op. cit., n° 29, p. 200; H. DE WULF, op. cit., R.D.C., 2007, n° 1, p. 255; E. DIRIX, *Het begrip schade*, op. cit., n° 102, p. 70; P. JOURDAIN, op. cit., *Rec. trim. dr. civ.*, 2002, p. 308; T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op. cit., n° 165, p. 264; R. LIBCHABER, op. cit., *Defrénois*, 2002, p. 789; D. MAZEAUD, op. cit., D., 2002, jur., n° 7 et s., pp. 2560 et s.; D. SIMOENS, op. cit., R.G.D.C., 1999, n° 5, p. 254; P. VANLERSBERGHE, « Commentaar bij art. 18 Ger. W. », *Gerechtelijk recht*, op. cit., n° 5, p. 7; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., n° 1016, p. 636.

20. Reste à vérifier si cette analyse, *a priori* séduisante, constitue véritablement le fil conducteur permettant de déchiffrer la jurisprudence de la Cour. Or rien n'est moins sûr.

Si l'on envisage tout d'abord l'hypothèse du préjudice matériel, l'arrêt « caravane » du 2 avril 1998 peut, il est vrai, se lire comme ayant consacré la distinction avancée par le ministère public. De même, celle-ci expliquerait pourquoi la Cour a décidé, dans son arrêt du 8 novembre 2001, qu'une demande en remboursement des travaux effectués à une canalisation ne serait pas illégitime, quoique ces travaux eussent été accomplis sans permis. Mais on peine alors à comprendre pourquoi la réparation du dommage causée à de l'eau illicite captée (arrêt du 3 octobre 1997) ou l'indemnisation de l'expropriation d'un immeuble construit sans permis (arrêt du 18 juin 1998) serait illégitime. La même solution se déduit également de l'arrêt « sapins » du 6 juin 2008 : en effet, si la demande en réparation d'un dommage causé à une chose était toujours réparable, ce motif aurait dû suffire à entraîner la cassation, indépendamment de la date à laquelle le fait dommageable s'était produit.

Tout aussi problématique est la demande de réparation du dommage consistant en la privation des bénéfices procurés par une activité illicite. M. le procureur général De Swaef estimait qu'une telle demande poursuit toujours un but illégitime, et il est vrai que l'arrêt « travail au noir I » du 14 mai 2003 peut sans doute se lire en ce sens. Mais comment expliquer alors l'arrêt du 15 mai 2001, qui reconnaît à un assureur le droit d'agir après avoir constaté l'absence de « lien causal direct » entre la nullité d'un contrat d'assurance, due à l'absence d'agrément de l'assureur, et l'escroquerie aux indemnités d'assurances dont il a été victime<sup>51</sup> ? Comment, surtout, expliquer la solution de l'arrêt du 2 mars 2006, qui admet qu'un entrepreneur agisse en paiement d'une créance pour laquelle il n'a émis aucune facture régulière, donc en somme également d'un travail accompli au noir ?

Enfin, alors que le préjudice corporel paraît, par nature, être le plus éloigné de la situation illicite dans laquelle s'est trouvée la victime, et dès lors le plus susceptible d'être réparé, il nous semble que, dans l'arrêt du 14 mai 2003, le travailleur au noir, en se prévalant de son « préjudice matériel professionnel » temporaire et permanent, demandait en réalité principalement l'indemnisation d'un élément de son préjudice corporel<sup>52</sup>, qui par nature ne devrait pas se voir reconnaître une origine illicite.

La nature du dommage envisagé ne paraît donc pas constituer un critère pertinent pour expliquer la jurisprudence de la Cour de cassation.

(51) Compte tenu de la formulation du grief dont la Cour était saisie, il semble bien que cette décision ne doive pas se comprendre comme ayant statué sur l'existence du lien causal entre la faute et le dommage, mais bien sur la nature du lien ayant existé entre la situation illicite de la victime et l'avantage dont elle avait été privé, donc sur la condition de légitimité de son dommage.

(52) Voy. R. LIBCHABER, *op. cit.*, *Defrénois*, 2002, p. 790; D. MAZEAUD, *op. cit.*, *D.*, 2002, jur., n° 11, p. 2561; comp. également D. DE CALLATAY et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile*, c. 2, *op. cit.*, p. 24; B. DE TENNEMAN, *op. cit.*, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13763, point 3, p. 4bis; J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2004, n° 18, p. 161.

## D. Critère temporel

21. La jurisprudence de la Cour comporte également quelques précisions sur la date à laquelle le caractère légitime de l'intérêt lésé doit être apprécié. Ainsi, l'arrêt « sapins » du 6 juin 2008 décide que « La légitimité de l'intérêt s'apprécie au moment de la survenance du fait dommageable ». L'arrêt « remise en état III » du 18 juin 2010 raffine cet enseignement en invitant à rechercher si, avant l'acte fautif, le demandeur en réparation se trouvait ou non dans une situation illicite. Ainsi, cet arrêt paraît admettre que le bénéficiaire d'un permis irrégulièrement délivré par l'administration obtienne de celle-ci la réparation du dommage découlant de la démolition des constructions érigées sur la base de ce permis, dès lors que l'illégalité de la situation du demandeur n'est pas antérieure à la faute de l'administration, mais découle au contraire de cette faute elle-même.

Ce critère temporel permet par exemple d'expliquer les arrêts « captation d'eau » du 3 octobre 1997 et « travail au noir I » du 14 mai 2003, puisque, dans ces deux cas où l'indemnisation du dommage fut refusée, la situation illicite était née avant la commission de la faute. En revanche, il n'explique pas pourquoi l'indemnisation aurait été possible dans l'arrêt « caravane » du 2 avril 1998, alors qu'ici également, le caractère illicite de la situation préexistait à l'acte fautif. Surtout, ce critère temporel ne permet pas de justifier la solution de l'arrêt « paiement indu » du 14 octobre 2010 puisque, comme dans l'arrêt « remise en état III » du 18 juin 2010, la situation illicite dans laquelle se trouvait le demandeur résultait exclusivement de la faute de l'autorité; pourtant, l'enseignant ayant obtenu des traitements non prévus par la législation applicable ne fut pas admis à obtenir réparation du dommage que lui causait la restitution de ceux-ci.

## E. Clivage linguistique

22. N'étant pas parvenu à restituer à la jurisprudence de la Cour sa cohérence sur la base de critères matériels, nous nous tournons, à regret, vers une dernière grille de lecture, plus formelle et donc plus insatisfaisante.

On ne peut que constater, en effet, que quatre des décisions les plus sévères de la Cour — à savoir les arrêts « captation d'eau » du 3 octobre 1997, « travail au noir I » du 14 mai 2003, « sapins » du 6 juin 2008 et « paiement indu » du 14 octobre 2010 — ont toutes été rendues par une chambre d'expression française. En revanche, tous les arrêts rendus par une chambre d'expression néerlandaise penchaient en faveur de la réparation du dommage, à l'exception de l'arrêt « expropriation » du 18 juin 1998 et de l'arrêt « remise en état II » du 7 octobre 2003. Encore cette dernière affaire se distingue-t-elle des autres en ce qu'il s'agissait — avec l'arrêt du 5 juin 2001 dont il constitue la suite — du seul cas où le demandeur recherchait un avantage en nature (à savoir une opposition à une mesure de démolition) plutôt que par équivalent<sup>53</sup>.

Ainsi, il semble bien que, pour les chambres d'expression française de la Cour, l'action vi-

sant à obtenir par équivalent un avantage illicite, qu'il s'agisse de la réparation du dommage causé à une chose obtenue illicitement (arrêts « captation d'eau » du 3 octobre 1997 et « sapins » du 6 juin 2008<sup>54</sup>) ou d'une perte de revenus (arrêt « travail au noir I » du 14 mai 2003), ne puisse jamais être accueillie, parce que l'octroi par équivalent de cet avantage reviendrait à maintenir indirectement la situation illicite. Une autre manière d'aboutir au même résultat consiste à considérer que la demande ne vise pas en soi au maintien d'un avantage illégitime mais que néanmoins la victime n'avait aucun droit à l'avantage dont elle a été privée par la faute commise, en sorte qu'elle n'a subi aucun dommage (arrêt « paiement indu » du 14 octobre 2010).

À l'inverse, pour les chambres d'expression néerlandaise, et sauf le cas isolé de l'arrêt du 18 juin 1998 rendu en matière d'expropriation, il apparaît que l'action visant à obtenir une somme d'argent équivalente à la valeur d'un avantage ou d'une perte d'origine illicite, qu'il s'agisse d'un bien matériel (arrêt « caravane » du 2 avril 1998), de travaux (arrêt « canalisations » du 8 novembre 2001), de revenus d'une activité (arrêt « travail au noir II » du 2 mars 2006) ou d'une perte subie au cours de celle-ci (arrêt « escroquerie à l'assurance » du 15 mai 2001) ne tend pas, en soi, au maintien de la situation illicite. Ce n'est que dans le cas où le demandeur poursuit en nature le maintien de la situation illicite (arrêt « remise en état II » du 7 octobre 2003) que son action sera déclarée irrecevable.

## 4

### Critique de la conception élargie de la condition de légitimité

23. Face à cette jurisprudence divisée, quel parti prendre ? Il nous semble que la conception extensive de la notion d'intérêt illégitime, telle qu'elle s'exprime en particulier dans la jurisprudence des chambres françaises de la Cour de cassation, ne va pas sans susciter des interrogations sérieuses sur le plan du respect des droits fondamentaux (A), de la cohérence globale de l'ordre juridique (B) et enfin de l'opportunité (C).

#### A. Respect des droits fondamentaux

##### 1. Droit à un procès équitable

24. Le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, comprend tout d'abord le droit d'accès à un tribunal appelé à trancher toute contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil. Ce droit d'accès n'est toutefois pas absolu et se prête à des limitations

(54) On peut y ajouter l'arrêt « remise en état III » du 18 juin 2010, qui réserve cependant le cas où le caractère illicite de la situation dans laquelle se trouve le demandeur résulte de l'acte fautif lui-même.

(53) Sur l'importance de ce paramètre, voy. *infra*, n° 44.

implicite admises, pour autant qu'elles poursuivent un but légitime, n'engendrent pas des effets disproportionnés et ne portent pas atteinte à la substance même du droit<sup>55</sup>. Dès lors, le fait d'ériger la légitimité de l'intérêt à agir en condition de recevabilité de la demande ne constitue pas, en soi, une restriction injustifiée du droit d'accès à un tribunal<sup>56</sup>.

**25.** Plus délicate est en revanche la question du respect d'une autre composante du droit à un procès équitable, à savoir le principe de l'égalité des armes. On sait, en effet, que ce principe exige « un "juste équilibre" entre les parties : chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires »<sup>57</sup>.

Ce principe peut susciter des difficultés lorsqu'une décision de justice donne lieu à une appréciation portant sur le fond du droit et que le recours introduit par la partie succombante est ensuite d'emblée déclaré irrecevable au motif qu'il tend à maintenir une situation illicite, la privant ainsi de la possibilité de contester l'appréciation du premier juge sur le fond. Cette partie n'est-elle pas, dans ce cas, placée dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire?

Le problème se présente notamment dans l'hypothèse d'une demande de remise en état des lieux formée en matière d'urbanisme. On sait qu'en ce cas, le juge doit vérifier la légalité de la demande de l'autorité au regard de l'article 159 de la Constitution<sup>58</sup>. Supposons qu'une construction soit effectivement érigée sans permis, mais que la demande de remise en état des lieux soit elle-même entachée d'excès de pouvoir, étant disproportionnée. Le premier juge accueille cependant, à tort, la demande de remise en état. Dira-t-on que l'appel du condamné est irrecevable à défaut d'intérêt légitime, parce qu'il tend à maintenir une situation illicite? Ce serait à notre sens rompre le juste équilibre entre les parties, puisque l'administration disposerait alors de deux degrés de juridiction pour établir le fondement de ses prétentions, tandis que l'administré n'en bénéficierait de facto que d'un seul.

C'est un problème similaire qui s'est posé dans l'arrêt « remise en état II » du 7 octobre 2003. Il n'était toutefois plus question d'appel, mais de tierce opposition. En effet, la tierce opposition de l'épouse contre la décision condamnant son mari à remettre les lieux en l'état a été déclarée irrecevable au motif qu'elle tendait au maintien d'une situation illicite. Elle a, ce faisant, été privée de toute possibilité de faire valoir ses moyens au fond, alors qu'elle aurait pu les in-

voquer si elle avait été mise à la cause dès l'origine par l'administration<sup>59</sup>.

## 2. Droit au respect des biens

**26.** Examinons maintenant la compatibilité de la condition de légitimité de l'intérêt lésé avec la protection internationale conférée au droit de propriété.

La première question que l'on peut se poser est de savoir si, précisément, un avantage illicite peut être considéré comme un « bien » protégé par l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme confère à cette notion une portée autonome, indépendante des qualifications formelles du droit interne; il s'ensuit que « le fait pour les lois internes d'un État de ne pas reconnaître un intérêt particulier comme « droit », voire comme « droit de propriété », ne s'oppose pas à ce que l'intérêt en question puisse néanmoins, dans certaines circonstances, passer pour un « bien » au sens de l'article 1 du protocole n° 1 », et que tel peut notamment être le cas en raison de l'écoulement du temps<sup>60</sup>.

Le véritable problème est cependant de déterminer l'intensité de la protection dont un avantage illégitime, qualifié de « bien » au sens autonome du terme, peut jouir. Or la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point est loin de constituer un bloc monolithique.

**27.** L'une des questions que la Cour a eu à trancher de manière récurrente est celle de la protection accordée à un particulier occupant un bien du domaine public, par nature inaliénable et imprescriptible. Dans l'affaire dite du « littoral turc », alors que le titre de propriété des requérants était inscrit dans le registre foncier depuis de nombreuses années, qu'ils acquittaient les impôts sur le terrain en cause et avaient obtenu un permis de bâtir un hôtel, le Trésor public obtint soudain l'annulation de leur titre de propriété et la démolition de l'immeuble en faisant valoir que le terrain n'était pas susceptible d'appropriation privée. La Cour européenne y vit une privation de propriété et, prenant en compte la bonne foi des requérants, conclut à la violation de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole au motif que « sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive et une absence totale d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 que dans des circonstances exceptionnelles »<sup>61</sup>. Une jurisprudence simila-

re s'est développée à propos du domaine forestier turc<sup>62</sup>.

La Cour européenne s'est toutefois montrée plus sévère dans les cas où le requérant ne pouvait se fonder sur une inscription reprise dans le registre foncier<sup>63</sup>. Ainsi, dans l'arrêt *Depalle*, elle a considéré que le refus de l'administration de renouveler une simple autorisation d'occu-

que, n° 16858/05 e.a., § 24; C.E.D.H., 2 décembre 2008, *Ardıçoğlu c. Turquie*, n° 23249/04, § 35; C.E.D.H., 3 juin 2008, *Kutluk et autres c. Turquie*, n° 1318/04, § 24; C.E.D.H., 20 mai 2008, *Edip Uslu c. Turquie*, n° 43/02, § 20; C.E.D.H., 17 juillet 2007, *Katayıfci c. Turquie*, n° 16480/03 e.a., § 36; C.E.D.H., 17 juillet 2007, *Tozkoparan et autres c. Turquie*, n° 29128/03, § 25; C.E.D.H., 17 juillet 2007, *Yurtöven c. Turquie*, n° 21850/03, § 18; C.E.D.H., 10 mai 2007, *Mehmet Ali Miçoogullari c. Turquie*, n° 75606/01, § 25; C.E.D.H., 10 mai 2007, *Adil Özdemir c. Turquie*, n° 36531/02, § 29; C.E.D.H., 10 mai 2007, *Taci et Eroglu c. Turquie*, n° 18367/04, § 28; C.E.D.H., 27 mars 2007, *Asıroğlu et autres c. Turquie*, n° 36166/02 e.a., § 19; C.E.D.H., 30 janvier 2007, *Aslan and Özsoy c. Turquie*, n° 35973/02 e.a., § 21; C.E.D.H., 9 janvier 2007, *Mogul c. Turkey*, n° 40217/02 e.a., § 22; C.E.D.H., 12 décembre 2006, *Tuncay c. Turquie*, n° 1250/02, § 30; C.E.D.H., 30 mai 2006, *Dogrusöz et Aslan c. Turquie*, n° 1262/02, § 29.

**(62)** C.E.D.H., 8 juillet 2008, *Turgut et autres c. Turquie*, n° 1411/03, § 89; jurisprudence confirmée depuis lors par C.E.D.H., 4 octobre 2011, *Kayaci et autres c. Turquie*, n° 41485/05, § 20; C.E.D.H., 27 septembre 2011, *Tongün c. Turquie*, n° 8622/05, § 23; C.E.D.H., 13 septembre 2011, *Ali Kılıç et autres c. Turquie*, n° 13178/05, § 25; C.E.D.H., 13 septembre 2011, *Feryadi Sahin c. Turquie*, n° 33279/05, § 20; C.E.D.H., 13 septembre 2011, *Koper c. Turquie*, n° 18538/05, § 24; C.E.D.H., 13 septembre 2011, *Malhas et autres c. Turquie*, n° 35476/06 e.a., §§ 90 et 93; C.E.D.H., 13 septembre 2011, *Sarisoy c. Turquie*, n° 19641/05, § 17; C.E.D.H., 31 mai 2011, *Ahmet Nuri Tan et autres c. Turquie*, n° 18949/05, § 25; C.E.D.H., 29 mars 2011, *Kar c. Turquie*, n° 25257/05, § 21; C.E.D.H., 1<sup>er</sup> mars 2011, *Sever c. Turquie*, n° 29195/05, § 23; C.E.D.H., 15 février 2011, *Mustafa Kemal Özdemir et autres c. Turquie*, n° 3724/06 e.a., § 21; C.E.D.H., 15 février 2011, *Okul et Karaköse c. Turquie*, n° 37300/05, § 37; C.E.D.H., 15 février 2011, *Türkkan c. Turquie*, n° 8774/06, § 18; C.E.D.H., 15 février 2011, *Zeki Simsek c. Turquie*, n° 2409/06, § 22; C.E.D.H., 15 juin 2010, *Adem Yılmaz Dogan et autres c. Turquie*, n° 25700/05, § 25; C.E.D.H., 13 avril 2010, *Çağlar c. Turquie*, n° 11192/05, § 19; C.E.D.H., 23 mars 2010, *S. S. Göller Bölgesi Konut Yapı Koop. c. Turquie*, n° 35802/02, § 33; C.E.D.H., 23 mars 2010, *Arif Erden c. Turquie*, n° 33711/04, § 19; C.E.D.H., 16 mars 2010, *Erkmen et autres c. Turquie*, n° 6950/05, § 29; C.E.D.H., 9 février 2010, *Bölükbas et autres c. Turquie*, n° 29799/02, § 35; C.E.D.H., 26 janvier 2010, *Gümrükçüler et autres c. Turquie*, n° 9580/03, § 32; C.E.D.H., 26 janvier 2010, *Keçeli et Baspınar c. Turquie*, n° 21426/03, § 41; C.E.D.H., 26 janvier 2010, *Pak c. Turquie*, n° 21516/04, § 23; C.E.D.H., 19 janvier 2010, *Nazmi Apaydin c. Turquie*, n° 33742/05, § 21; C.E.D.H., 19 janvier 2010, *Ocak c. Turquie*, n° 33675/04, § 52; C.E.D.H., 12 janvier 2010, *Serpil Kaya et autres c. Turquie*, n° 21313/05, § 20; C.E.D.H., 8 décembre 2009, *Öztoğ c. Turquie*, n° 42082/02, § 32; C.E.D.H., 24 novembre 2009, *Kök et autres c. Turquie*, n° 20868/04, § 23; C.E.D.H., 10 novembre 2009, *Cin et autres c. Turquie*, n° 305/03, § 30; C.E.D.H., 20 octobre 2009, *Özerman et autres c. Turquie*, n° 3197/05, § 39; C.E.D.H., 20 octobre 2009, *Bozak c. Turquie*, n° 32697/02, § 22; C.E.D.H., 22 septembre 2009, *Ali Tas c. Turquie*, n° 10250/02, § 34; C.E.D.H., 22 septembre 2009, *Çetiner et Yüctürk c. Turquie*, n° 24620/04, § 26; C.E.D.H., 2 juin 2009, *Hacısalihoglu c. Turquie*, n° 343/04, § 34; C.E.D.H., 21 avril 2009, *Mustafa Koçer c. Turquie*, n° 9738/06, § 4; C.E.D.H., 14 avril 2009, *Karakus c. Turquie*, n° 19467/07, § 4; C.E.D.H., 10 mars 2009, *Temel Conta Sanayi Ve Ticaret A.s. c. Turquie*, n° 45651/04, § 43; C.E.D.H., 10 mars 2009, *Rimer et autres c. Turquie*, n° 18257/04, § 39; C.E.D.H., 10 mars 2009, *Nural Vural c. Turquie*, n° 16009/04, § 32; C.E.D.H., 10 mars 2009, *Satir c. Turquie*, n° 36192/03, § 34; C.E.D.H., 3 février 2009, *Kalyoncu c. Turquie*, n° 41220/07, § 4; C.E.D.H., 22 juillet 2008, *Köktepe c. Turquie*, n° 35785/03, § 92.

**(63)** Voy. C.E.D.H., 2 juin 2009, *Günaydin Turizm Ve Insaat Ticaret Anonim Sirketi c. Turquie*, n° 71831/01, § 94.

(55) C.E.D.H., gde ch., 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, n° 34869/05, § 47.

(56) Cass., 23 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 750, point 2.

(57) C.E.D.H., gde ch., 18 février 2009, *Andrejeva c. Lettonie*, n° 55707/00, § 96. Ce principe implique notamment que « l'autorité de la chose jugée au pénal ne fait pas obstacle à ce que, lors d'un procès civil ultérieur, une partie ait la possibilité de contester les éléments déduits du procès pénal, lorsqu'elle n'a pas été partie à l'instance pénale ou dans la mesure où elle n'a pu librement y faire valoir ses intérêts » (Cass., 7 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 158).

(58) Voy. notamment Cass., 27 septembre 2011, *R.G.* n° P.10.2020.N, point 10; Cass., 25 mars 2011, *Pas.*, 2011, n° 225, point 3.

(59) Voy. les commentaires très critiques de D. LINDEMANS, *op. cit.*, *T.R.O.S.*, 2004, pp. 276 et s.

(60) C.E.D.H., gde ch., 29 mars 2010, *Depalle c. France*, n° 34044/02, §§ 62 et 68; C.E.D.H., gde ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, n° 34078/02, §§ 65 et 71.

(61) C.E.D.H., 11 octobre 2005, *N.A. et autres c. Turquie*, n° 37451/97, § 41; jurisprudence confirmée depuis lors par C.E.D.H., 7 juin 2011, *Sürmeli et autres c. Turquie*, n° 16128/04 e.a., § 45; C.E.D.H., 8 mars 2011, *Emiroğlu c. Turquie*, n° 40795/05, § 18; C.E.D.H., 7 décembre 2010, *Hüseyin Ak et autres c. Turquie*, n° 15523/04 e.a., § 36; C.E.D.H., 28 avril 2009, *Fatihoglu et Ugutmen c. Turquie*, n° 43498/04, § 23; C.E.D.H., 13 janvier 2009, *Berber c. Turquie*, n° 20606/04, § 22; C.E.D.H., 16 décembre 2008, *Terzioğlu et autres c. Tur-*

pation d'un bien construit sur le domaine public depuis plus de 150 ans et acquis par le requérant il y a plus de 50 ans devait s'analyser, non comme une privation de propriété, mais comme une réglementation de l'usage des biens. Dès lors, l'absence de toute indemnisation ne pouvait, en soi, suffire à établir une violation de l'article 1<sup>er</sup>. À cet égard, bien que le requérant ait été de bonne foi lors de l'acquisition du bien, il semble que la Cour ait estimé déterminante la circonstance que le requérant savait depuis toujours que les autorisations données par l'administration étaient précaires et révocables<sup>64</sup>.

Au-delà des biens faisant partie du domaine public, la question du respect de la propriété s'est également posée à propos des constructions érigées en contravention aux règles urbanistiques. Dans un arrêt *Öneryildiz*, la Cour a ainsi considéré que, dans une affaire où les autorités publiques avaient toléré la présence des constructions illégales (un taudis) pendant cinq ans, elles étaient tenues d'indemniser les requérants pour la destruction de leur habitation due à une explosion de méthane imputable à la négligence des autorités<sup>65</sup>. Au contraire, dans l'affaire *Hamer c. Belgique*, la Cour a refusé de conclure à une violation du droit de propriété. En l'occurrence, la Région flamande avait fait procéder à la démolition de constructions érigées sans permis qui existaient depuis 27 ans. La Cour a cependant estimé que le souci de protection de l'environnement devait en l'occurrence l'emporter sur le respect de la propriété de la requérante<sup>66</sup>.

Les exemples pourraient être multipliés<sup>67</sup>.

(64) Voy. C.E.D.H., gde ch., 29 mars 2010, *Depalle c. France*, n° 34044/02, §§ 79, 86 et 91; C.E.D.H., gde ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, n° 34078/02, §§ 82, 89 et 94.

(65) C.E.D.H., gde ch., 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, n° 48939/99, §§ 105, 127, 128 et 137; voy également C.E.D.H., 26 avril 2011, *Anat et autres c. Turquie*, n° 37899/04, §§ 57 et s.

(66) C.E.D.H., 27 novembre 2007, *Hamer c. Belgique*, n° 21861/03, §§ 79 et s.; voy également C.E.D.H. (déc.), 12 janvier 2010, *Vagnola S.p.a. & Madat S.r.l. c. Italie*, n° 7653/04. L'arrêt *Hamer* comporte par ailleurs la justification suivante : « À titre subsidiaire, la Cour souligne la différence de la présente affaire avec les affaires dites du "littoral turc" (voy., parmi beaucoup d'autres, *N.A. et autres c. Turquie*, n° 37451/97, CEDH 2005-X). Dans ces affaires, le bien immobilier des requérants était inscrit au registre foncier, les requérants avaient obtenu du ministère de la Culture et du Tourisme un certificat d'investissement touristique en vue d'y construire un hôtel et l'Institut de la planification d'État leur avait accordé, en vue de la construction de l'hôtel, un certificat d'incitation à l'investissement. Il ne s'agissait donc pas là d'un simple consentement implicite des autorités, comme en l'espèce, où la maison litigieuse était érigée sans permis par les parents de la requérante » (§ 87). Le *distinguishing* proposé n'est toutefois pas entièrement convaincant, puisqu'il s'agissait également d'un consentement tacite des autorités dans l'affaire *Öneryildiz*.

(67) Voy. ainsi C.E.D.H., 21 juin 2011, *Bellizzi c. Malta*, n° 46575/09, § 73 (refus d'indemnisation pour un bien du domaine public occupé pendant vingt ans, mais sur lequel le requérant n'a jamais eu de titre même apparent); C.E.D.H., 30 novembre 2010, *Okleen and Pokopaliko Pogrebne Storitve Leopold Okleen S.P. c. Slovenie*, n° 35264/04, §§ 60-61 (refus d'indemnisation d'un entrepreneur de pompes funèbres dont l'activité exercée pendant sept ans relève désormais du monopole des autorités publiques locales, dès lors que celles-ci n'avaient nullement contribué à la croyance du requérant qu'il pourrait poursuivre son activité indéfiniment); C.E.D.H., 18 novembre 2010, *Consors et Richet et Le Ber c. France*, n° 18990/07 e.a., §§ 95-97 et 121-122 (manquement de l'État à ses obligations en supprimant sans indemnisation le droit de construire des requérants par un changement des règles d'urbanisme en violation des engagements contractuels préalablement pris).

28. De tout ceci, il semble que l'on puisse retenir qu'un particulier ne peut être privé sans indemnisation d'un avantage dont il bénéficiait depuis un certain temps, fût-il d'origine illicite, à la condition cependant qu'il ait ignoré cette illicéité et que sa bonne foi ait présenté une intensité particulière justifiée par le comportement des autorités publiques.

Ainsi comprise, cette jurisprudence n'est pas sans conséquence pour la détermination de la sanction attachée au caractère illégitime de l'intérêt à agir, du moins dans les rapports avec l'administration<sup>68</sup>. Certes, elle n'influencerait sans doute par la solution de l'arrêt « expropriation » du 18 juin 1998, dès lors qu'il ne paraît pas avoir été plaidé que les expropriés auraient été dans l'ignorance de la nécessité d'obtenir un permis<sup>69</sup>. En revanche, dans l'arrêt « paiement indu » du 14 octobre 2010, la bonne foi du défendeur était indiscutable, la situation étant entièrement imputable à la négligence de l'administration. Il est dès lors permis de se demander si le rejet pur et simple de la demande d'indemnisation de l'*accipiens*, qui aboutissait à le priver d'un avantage à l'existence duquel il avait légitimement pu croire pendant plusieurs années par le fait de l'autorité, était bien compatible avec les exigences de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel.

## B. Cohérence globale de l'ordre juridique

29. Un deuxième angle sous lequel la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la condition de légitimité de l'intérêt à agir peut être examiné est celui de la cohérence de cette jurisprudence avec le reste de l'ordre juridique. La question peut être abordée au regard du critère appliqué pour apprécier la licéité de l'objet du contrat (1), du principe de la libre disposition de l'indemnité (2) et de la possibilité de procéder à un partage de responsabilité (3).

### 1. Critère de la licéité de l'objet du contrat

30. Tout d'abord, cette jurisprudence doit être rapprochée de celle relative à la licéité de l'objet du contrat<sup>70</sup>. En effet, il résulte à notre sens

(68) Pour les litiges entre particuliers, l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole impose surtout aux États d'instaurer un mécanisme judiciaire de règlement des conflits mais cette obligation positive « does not in itself create any new property rights vis-à-vis the State and it arises independently of any claims which may exist against either the perpetrators of the interference or the State (where the authorities have allegedly failed to comply with a specific obligation, as in the present case) » (C.E.D.H., 14 octobre 2008, *Blumberga c. Latvia*, n° 70930/01, §§ 67 et 69; voy. également C.E.D.H., 20 septembre 2011, *Shesti Mai Engineering Ood and others c. Bulgarie*, n° 17854/04, § 79). Il est toutefois permis de se demander si, dans certaines circonstances, le refus d'une juridiction d'indemniser l'atteinte portée par un particulier à un intérêt illégitime, mais répondant à la définition autonome d'un « bien », ne serait pas constitutif du méconnaissance du droit de propriété. Sur les critères permettant de conclure à une violation des obligations de l'État dans les rapports entre particuliers, voy. et comp. N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten - Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Anvers et Oxford, Intersentia, 2009, n°s 287 et s., pp. 168 et s.

(69) Comp. l'arrêt *Hamer c. Belgique*, précité à la note n° 66.

(70) Voy. dans le même sens les conclusions précitées de M. Spreutels avant Cass., 14 mai 2003, *Pas.*, 2003,

de deux arrêts de la Cour de cassation qu'un contrat d'assurance incendie relatif à un immeuble construit sans permis n'est pas doté d'un objet illicite en sorte que l'assuré peut valablement réclamer le paiement d'une indemnité couvrant la valeur de l'immeuble en cas de sinistre<sup>71</sup>. Ces décisions, rendues par une chambre d'expression française, nous paraissent difficilement conciliables avec la jurisprudence de la même chambre qui décide au contraire que le dommage causé à un bien d'origine illicite ne serait pas réparable<sup>72</sup>. On arriverait en effet ainsi à la conclusion paradoxale que le propriétaire d'un immeuble construit sans permis et incendié par un tiers ne pourrait agir contre ce dernier en responsabilité, mais pourrait en revanche obtenir réparation de son assureur... lequel ne pourrait toutefois se retourner contre le tiers responsable<sup>73</sup>! Au contraire, la jurisprudence retrouve sa cohérence si on s'en tient plutôt à la solution de l'arrêt « caravane » du 2 avril 1998, et que l'on admet ainsi que l'action en réparation par équivalent d'un dommage causé à un immeuble construit sans permis ne poursuit pas, en soi, le maintien d'une situation illicite, pas plus que l'assurance incendie de ce bien n'est dotée d'un objet illicite.

### 2. Principe de libre disposition de l'indemnité

31. Ensuite, il est permis de se demander si la jurisprudence qui considère illégitime l'intérêt à agir en réparation par équivalent d'un dommage consistant en la privation d'un avantage illégal ne méconnaît pas le principe de la libre disposition de l'indemnité versée à la victime,

n° 294, point 4; I. CLAEYS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1999, n° 11, p. 845; H. DE WULF, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2007, n° 21, p. 271; I. DURANT, *op. cit.*, *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, n° 29, pp. 75 et s.

(71) Cass., 19 mai 2005, *Pas.*, 2005, n° 384; Cass., 8 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 199, *D.A.*, 2000/56, p. 356, note F. MOURLON BEERNAERT. Certes, la Cour prend le soin de relever, dans cette dernière décision, que « l'arrêt [attaqué] n'énonce pas qu'un tel objet crée ou maintient une situation illégale » et, dans la première, « Que, sur la base d'une appréciation qui git en fait, l'arrêt [attaqué] considère que le contrat d'assurance conclu par le partie n'a pas eu pour effet de créer ou de maintenir une situation illégale ». Il ne nous paraît cependant pas qu'on puisse en déduire que la Cour s'en remette entièrement sur ce point à l'appréciation du juge du fond (comp. la première grille de lecture envisagée *supra*, n° 17). En effet, ces arrêts posent en tout cas clairement la distinction entre l'objet du contrat d'assurance (à savoir, la couverture d'un risque) et l'objet mis en risque (en l'occurrence, un immeuble construit sans permis) (voy. les conclusions de M. l'avocat général A. Henkes avant Cass., 14 septembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 470). Certes, il reste au juge du fond à apprécier si l'objet du contrat d'assurance poursuit, en soi, la création ou le maintien d'une situation illicite — ce qui serait par exemple le cas d'une assurance couvrant spécifiquement le risque de démolition d'un immeuble construit sans permis (exemple emprunté au pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt du 8 avril 1999) ou, de manière plus générale, visant à exonérer l'auteur d'une infraction de la responsabilité pénale qu'il encourt (Cass., 6 septembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 392) — mais un tel but ne peut en tout cas se déduire du seul caractère illicite de l'objet mis en risque.

(72) Voy. en particulier l'arrêt « captation d'eau » du 3 octobre 1997 ainsi que, implicitement, l'arrêt « sapins » du 6 juin 2008.

(73) En effet, selon la précision apportée par l'arrêt « remise en état II » du 7 octobre 2003, la seule circonstance que la situation illicite résulte d'une infraction qui n'est pas imputable au demandeur en réparation n'est pas pertinente pour apprécier la légitimité de l'intérêt de celui-ci à agir.



qui implique « que la partie lésée dispose librement de l'indemnité qui lui est due et que le montant de l'indemnité ne peut varier en fonction de l'usage qu'en fera cette partie »<sup>74</sup>.

Il résulte à notre sens du principe de la libre disposition de l'indemnité qu'on ne peut se fonder sur la seule circonstance que celle-ci pourrait être utilisée par la victime afin de maintenir une situation illicite pour exclure tout droit à réparation. Ainsi, par exemple, en cas de destruction d'un immeuble construit sans permis, l'indemnité de remplacement de cet immeuble ne sera pas nécessairement affectée à la reconstruction du même immeuble; la victime peut parfaitement décider de l'affecter à l'achat d'un autre immeuble, quant à lui parfaitement licite, voire même de ne reconstruire l'immeuble détruit qu'après avoir obtenu les permis requis. Dans un ordre d'idées voisin, pour reprendre l'hypothèse de l'arrêt « travail au noir I » du 14 mai 2003, dénier à la victime le droit de calculer sa perte future de revenus sur la base de revenus antérieurs non déclarés revient à supposer que cette victime aurait continué pendant toute la durée de son incapacité de travail — voire jusqu'à l'âge de la retraite en cas d'incapacité permanente — à travailler au noir, ce que rien ne permet à notre sens de tenir pour acquis<sup>75</sup>.

### 3. Régime du partage de responsabilité

**32.** Enfin, on peut s'interroger sur la cohérence d'une conception extensive de la condition de légitimité de l'intérêt lésé avec les règles relatives au partage de responsabilité<sup>76</sup>. On sait, à cet égard, que, sauf en cas de faute intentionnelle<sup>77</sup>, la victime qui a contribué par

sa propre faute au dommage — même lorsque cette faute consiste en la violation d'une règle d'ordre public — ne peut se voir refuser tout droit à réparation, le juge du fond devant apprécier dans quelle mesure la faute de chacun a contribué à causer le dommage et déterminer, sur ce fondement, la part de dommages et intérêts due par l'auteur à la victime<sup>78</sup>.

Reprenons ainsi l'hypothèse du dommage causé à un immeuble par un tiers, en supposant qu'il y ait mis le feu par négligence. Supposons tout d'abord que la victime ait contribué au dommage par sa propre faute, en omettant par exemple de placer un détecteur de fumée dans les lieux alors qu'elle y était tenue<sup>79</sup>. En ce cas, les règles relatives au partage de responsabilité impliquent que la victime ne puisse être privée de tout droit à réparation, mais que l'indemnité qui lui est due soit seulement réduite dans la mesure où sa faute a contribué au dommage. Si, maintenant, elle avait, également par négligence, bâti cet immeuble sans obtenir les permis requis, alors, à suivre la jurisprudence ouverte par l'arrêt « captation d'eau » du 3 octobre 1997, la victime pourrait être totalement privée de son droit à réparation. Certes, il existe une différence objective entre ces deux situations, puisque dans le premier cas la faute de la victime constitue l'une des causes (directes) du dommage, tandis que dans le second, sa faute se trouve plutôt à l'origine de l'avantage dont la perte est invoquée comme dommage<sup>80</sup>. En d'autres termes, la faute de la victime a eu dans le premier cas un effet négatif (perte d'un avantage) et dans le second un effet positif (naissance d'un avantage considéré comme illicite). Ces deux situations sont-elles toutefois à ce point éloignées qu'il se justifie de les traiter de manière aussi différente, au regard notamment des exigences posées par les articles 10 et 11 de la Constitution<sup>81</sup>? Il est permis d'en douter.

tendre à un partage de responsabilité (voy. Cass., 18 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 196, point 4; Cass., 9 octobre 2007, *Pas.*, 2007, n° 465; Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 584, avec les conclusions de M. le juge Spreutels, alors avocat général, *R.C.I.B.*, 2004, pp. 267 et s., note F. GLANSDORFF; comp., en ce qui concerne la contribution à la dette entre coauteurs, Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 548).

**(78)** Voy. Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 548; Cass., 4 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 81; Cass., 5 septembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 416; comp. avec le critère de la gravité des fautes utilisé en cas de résolution aux torts réciproques des parties : Cass., 16 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 126, point 14; Cass., 16 avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 202; Cass., 15 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 606.

**(79)** Voy. notamment l'arrêt du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 15 avril 2004 déterminant les exigences complémentaires de prévention contre les incendies dans les logements mis en location.

**(80)** S'agit-il pour autant d'une cause (indirecte) du dommage? La question est délicate (*pro* : H. DE WULF, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2007, n° 21, p. 271; *contra* : D. MAZEAUD, *op. cit.*, *D.*, 2002, jur., n° 16, p. 2562). En effet, si le bâtiment n'avait pas été construit, il ferait également défaut dans le patrimoine de la victime, de sorte que celle-ci se serait trouvée apparemment dans la même situation qu'après la destruction de ce bâtiment par la faute du tiers : le lien de causalité ferait donc défaut. Toutefois, on objectera peut-être que le dommage ne se serait pas produit dans ce cas de la même manière (les ruines fumantes d'un bâtiment n'étant pas exactement la même chose que l'absence de ce bâtiment). Au surplus, la problématique est encore compliquée par l'éventuelle incidence de la théorie de l'alternative légitime.

**(81)** Sur les difficultés que suscite l'application du principe constitutionnel d'égalité dans le domaine du droit privé, voy. R. JAFFERALI, *Confirmation, ratification et condition suspensive - La rétroactivité des droits contractuels inachevés*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 27 et s., pp. 36 et s., et réf. citées.

**33.** En résumé, les décisions des chambres françaises de la Cour de cassation qui paraissent dénier à la victime le droit de demander, fût-ce par équivalent, la réparation du dommage consistant en la privation d'un avantage d'origine illicite, au motif qu'une telle indemnisation aurait pour effet de maintenir une situation illicite, nous paraissent peu cohérentes avec la jurisprudence qui permet dans le même cas à la victime d'obtenir gain de cause auprès de son assureur, considère que le droit à l'indemnité ne peut être influencé par l'usage que la victime en fera et ne sanctionne une faute de la victime ayant contribué au dommage que par une réduction du montant de l'indemnité plutôt que par sa suppression pure et simple.

### C. Opportunité de la condition de légitimité

**34.** Indépendamment même des difficultés à réconcilier une conception élargie de la condition de légitimité de l'intérêt à agir avec le reste de l'ordre juridique, on peut s'interroger, plus fondamentalement, sur l'opportunité et, partant, sur la légitimité d'une telle règle, à laquelle on a reproché d'être « fruit d'un moralisme discutabile et ferment d'un arbitraire insupportable »<sup>82</sup>. Celle-ci traduit en effet une politique jurisprudentielle qui n'est pas sans rappeler l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* qui repose, au moins pour partie, sur le souci de refuser la protection de la loi à ceux qui s'en sont écartés<sup>83</sup>. Il s'agit, en somme, de « laisse[r] les coquins se débrouiller entre eux »<sup>84</sup>. De la même manière, la personne qui s'est placée dans une situation illicite serait indigne d'accéder au prétoire pour demander la réparation du dommage qu'elle a par la suite subi. Cette manière de voir les choses nous conduit cependant à formuler deux observations.

**35.** Premièrement, le rejet de l'action de la victime, à supposer même qu'il soit légalement justifié, aboutit en pratique à libérer l'auteur de la faute de toute obligation de réparation, ce qui lui confère un avantage dont la légitimité pose question<sup>85</sup>. L'irrecevabilité de l'action est d'ailleurs d'autant plus interpellante lorsque la situation illicite n'est pas imputable au demandeur mais, comme dans l'arrêt « remise en état II » du 7 octobre 2003, à un tiers, voire, comme dans l'arrêt « paiement indu » du 14 octobre 2010, au défendeur lui-même.

On notera que la même difficulté se présente dans le cadre de l'adage *in pari causa*, où le re-

**(82)** D. MAZEAUD, *op. cit.*, *D.*, 2002, jur., n° 3, p. 2559.

**(83)** Voy. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, 1, *L'acte juridique*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2006, n° 369, p. 304; on peut également se référer à la fonction répressive de la règle, reconnue par Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101; conclusions de M. le procureur général R. Hayoit de Termicourt avant Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.I.B.*, 1967, pp. 5 et s., spécialement p. 23.

**(84)** Selon la formule de G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1935, n° 110, p. 207.

**(85)** Envisageant plus particulièrement le cas du travailleur au noir, D. Mazeaud relève que « le bon sens et des considérations sociologiques élémentaires répugnent à gratifier l'auteur du dommage d'une irresponsabilité à raison d'une situation qui était très probablement imposée à la victime » (*op. cit.*, *D.*, 2002, jur., n° 4, p. 2560; voy. dans le même sens R. LIBCHABER, *op. cit.*, *Defrénois*, 2002, p. 789).

**(74)** Cass., 9 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 23; Cass., 9 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 366. Sur ce principe, voy. également l'article 83 de la loi du 25 juin 1992 relative au contrat d'assurance terrestre ainsi que D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 57 et s. C'est ainsi que la victime non assujettie à la T.V.A. dont un bien a été détruit par une faute a droit à une indemnité égale à la valeur de remplacement de cette chose augmentée de la T.V.A., même si elle ne remplace pas effectivement le bien dans son patrimoine (Cass. (plén.), 13 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 936, avec les conclusions de Mme le procureur général E. Liekendaël, alors avocat général) ou préfère se contenter d'acquiescer un bien d'occasion soumis à une T.V.A. inférieure (Cass., 9 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 23; Cass., 9 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 366; on notera toutefois que « le juge ne peut allouer à titre de T.V.A., à un préjudicié qui n'est pas assujéti à cette taxe — sans porter atteinte au droit de celui-ci de disposer librement de l'indemnité qui lui est due — que la somme représentant la T.V.A. qu'il aura effectivement à payer lors de l'acquisition d'une chose semblable », précision qui peut avoir son importance lorsque le bien ne se trouvait plus à l'état neuf au moment de sa destruction et que l'acquisition d'une chose semblable implique donc l'achat d'un véhicule d'occasion : voy. Cass., 9 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 15). De même, lorsque la victime a le droit de faire appel à une aide payante professionnelle, ce dommage matériel peut être évalué par le juge au montant dû pour cette aide, même si la victime n'a pas effectivement fait appel à cette aide payante professionnelle ou n'y fera pas appel (Cass., 20 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 146, *Arr. Cass.*, 2009, n° 146, avec les conclusions de M. l'avocat général Dubrulle).

**(75)** Voy. dans sens similaire H. DE WULF, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2007, n° 17, p. 268; R. LIBCHABER, *op. cit.*, *Defrénois*, 2002, p. 789 (« il ne s'agit pas d'apprécier si [la travailleuse au noir] aurait continué à occuper ces postes de travail à l'avenir, mais d'apprécier le potentiel économique dont elle a été concrètement privée »).

**(76)** Voy. dans le même sens D. MAZEAUD, *op. cit.*, *D.*, 2002, jur., n° 16, p. 2562; comp. H. DE WULF, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2007, n° 21, p. 271.

**(77)** L'auteur d'une faute intentionnelle ne peut en effet invoquer la faute par imprudence de la victime pour pré-

fus des restitutions aboutit à consolider définitivement la situation illicite, ce qui a d'ailleurs conduit certains auteurs à considérer que l'adage a été conçu pour ne devoir jamais être appliqué<sup>86</sup>. Mais le problème est plus aigu encore sur le terrain de l'intérêt illégitime, car, à la différence de l'adage *in pari causa*, l'application de la règle est ici obligatoire et non facultative. Ainsi, l'irrecevabilité de l'action en réparation aboutit à conférer à quiconque un véritable blanc-seing pour détruire, à la limite même intentionnellement<sup>87</sup>, toute chose acquise ou construite illégalement sans devoir craindre les conséquences civiles de ses actes, ce qui n'est évidemment pas souhaitable socialement<sup>88</sup>.

**36.** Deuxièmement, la condition de légitimité de l'intérêt à agir pose la question de savoir si la sanction qui lui est attachée ne trouverait pas mieux sa place sur le terrain du droit pénal plutôt que du droit civil ou judiciaire.

Prenons ainsi l'exemple caricatural, mais néanmoins inspiré de la jurisprudence<sup>89</sup>, du trafiquant de drogue victime d'un accident de la circulation qui agirait en réparation du dommage constitué par la perte de sa cargaison. Dans un cas pareil, un premier mouvement conduirait sans doute à se défier de toute théorie qui conduirait à déclarer l'action recevable. Mais la recevabilité de l'action, qui heurte le sens de l'équité, doit immédiatement être tempérée par l'application des règles du droit pénal qui imposent la confiscation du stock de drogue ainsi que des avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction ou des biens et valeurs qui s'y sont substitués<sup>90</sup>. C'est donc sur le terrain du droit pénal qu'une réponse nous paraît devoir être recherchée à la prétention, moralement choquante, du trafiquant<sup>91</sup>.

Or, à cet égard, l'examen de l'arsenal législatif révèle que, dans la plupart des cas où la Cour de cassation a eu à se prononcer sur le caractère réparable de la privation d'un avantage illicite, des sanctions pénales ou administratives auraient déjà pu trouver à s'appliquer<sup>92</sup>. Il est dès lors permis de se demander si la sanction de l'irrecevabilité de l'action en réparation de la victime est vraiment indispensable.

(86) J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, 1, *L'acte juridique*, op. cit., n° 371, p. 308.

(87) Sauf à paralyser alors l'exigence de légitimité de l'intérêt lésé par l'application du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*; sur la question de savoir si la fraude fait vraiment exception à toutes les règles, cons. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 341, pp. 378 et s.

(88) Voy. les conclusions de M. le procureur général De Swaef avant l'arrêt « caravane » du 2 avril 1998, point 8, qui relève que les installations construites en violation des prescriptions urbanistiques sont légiées; I. CLAEYS, op. cit., R.D.C., 1999, n° 10, p. 845.

(89) Voy. *supra*, n° 19.

(90) Articles 42 et s. du Code pénal.

(91) Comp. F. HAENTIENS, op. cit., R.W., 2011-2012, n° 8, p. 746, pour qui la possibilité d'appliquer la peine de confiscation conforte au contraire la nécessité de déclarer l'action en réparation irrecevable. Par ailleurs, même si l'action du trafiquant est jugée recevable sur le plan civil, il est permis de se demander si elle ne devrait pas néanmoins être déclarée non fondée par application du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*.

(92) Outre le cas de la réglementation fiscale et sociale du travail au noir, voy., en matière de cours d'eau non navigables, l'article 20 de la loi du 28 décembre 1967; en matière d'urbanisme, les articles 300 et s. du Co.B.A.T. et les articles 153 et s. du C.W.A.T.U.P.E.; en matière de contrôle des entreprises d'assurance, les articles 81 et s. de la loi du 9 juillet 1975.

**37.** La question se pose avec d'autant plus d'acuité lorsque le comportement que l'on prétend condamner par cette sanction radicale a déjà été envisagé par le législateur répressif sans qu'il n'y ait attaché des conséquences aussi étendues.

Ainsi, le droit fiscal ne prévoit pas la confiscation des revenus non déclarés, mais notamment un accroissement d'impôt allant de 10% à 200% des impôts dus sur la portion des revenus non déclarés sans que le total des impôts dus sur la portion des revenus non déclarés et de l'accroissement d'impôt ne puisse dépasser le montant des revenus non déclarés<sup>93</sup>. En d'autres termes, si l'accroissement d'impôt peut aboutir en pratique à la confiscation des revenus non déclarés, il n'en va pas nécessairement ainsi. Pourquoi le droit civil devrait-il se montrer plus sévère en refusant catégoriquement d'indemniser la privation d'un revenu non déclaré<sup>94</sup>?

De même, en cas d'infraction urbanistique, la démolition ne constitue que l'une des sanctions susceptibles d'être demandées par l'autorité compétente<sup>95</sup>. En interdisant au propriétaire d'un immeuble construit sans permis d'agir en réparation du dommage causé à cet immeuble par la faute d'un tiers, on agit donc comme si cet immeuble était de toute façon voué à la démolition, alors que le législateur avait prévu une solution beaucoup plus nuancée<sup>96</sup>.

## 5

Apport de l'arrêt  
du 4 novembre 2011

**38.** En conclusion de ce qui précède, la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'exigence de légitimité de l'intérêt à agir laisse apparaître une division qui recoupe largement une divergence d'appréciation entre les chambres d'expression française ou néerlandaise. Ainsi, si les premières donnent une portée extensive à la condition de légitimité en se montrant hostiles à l'indemnisation de la perte d'un avantage d'origine illicite, les secondes, au contraire, s'avèrent nettement plus enclines à admettre une telle indemnisation. Nous avons vu, par ailleurs, que la première tendance ne va pas sans appeler de sérieuses réserves, compte tenu des garanties imposées par le respect des droits fondamentaux, des doutes qu'elle jette sur la cohérence globale de l'ordre juridique et enfin de considérations plus générales qui con-

(93) Article 444 du C.I.R. 1992 et articles 225 et s. de l'A.R./C.I.R. 1992.

(94) Pour plus de détails, ainsi que sur la portée de l'article 331 du C.I.R. 1992, voy. les développements de D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile*, c. 2, op. cit., pp. 23 et s.; J. KIRKPATRICK, op. cit., R.C.J.B., 2004, n° 6 et s., pp. 152 et s.

(95) En effet, à la place de la remise en état des lieux, l'autorité compétente pourrait demander l'exécution d'ouvrages ou de travaux d'aménagements ou le paiement d'une somme d'argent (voy. l'article 155, § 2, du C.W.A.T.U.P.E.; l'article 307 du CoB.A.T.; l'article 6.1.41 du Vlaamse codex ruimtelijke ordening).

(96) Voy. dans le même sens B. DE TEMMERMAN, op. cit., R.G.A.R., 2003, n° 13.763, point 2, p. 3bis.

duisent à s'interroger sur l'opportunité des résultats concrets de cette jurisprudence.

Dans ce contexte, un arrêt de la Cour du 4 novembre 2011<sup>97</sup> nous semble présenter un grand intérêt dès lors que, quoique rendu par une chambre d'expression française (en l'occurrence, la première chambre), il paraît toutefois apporter un frein à la conception extensive de la condition de légitimité, et s'inscrit par conséquent plutôt dans la tendance inaugurée par les chambres d'expression néerlandaise.

**39.** Dans cette affaire, le bourgmestre de la ville de Bastogne avait adopté, le 5 décembre 1990, une ordonnance de police interdisant à une carrière la détention d'explosifs ainsi que les tirs de masse. Cette ordonnance fut confirmée le 19 décembre 1990 par une délibération du conseil communal. Ces deux actes administratifs furent cependant annulés pour excès de pouvoir par un arrêt du Conseil d'État du 8 avril 1992. La carrière saisit alors le juge judiciaire pour demander la condamnation de la ville de Bastogne à réparer le préjudice financier résultant de l'interruption de son exploitation pour la période du 5 décembre 1990 au 11 février 1992. La commune se défendit en faisant valoir que, conformément au décret wallon du 27 octobre 1988 sur les carrières, la carrière aurait dû disposer aussi bien d'un permis d'exploiter que d'un permis de bâtir; dès lors qu'elle n'avait obtenu que le premier, l'activité de la carrière était illicite de sorte qu'elle n'avait pas d'intérêt légitime à agir en réparation.

Après une première cassation relative à l'interprétation du décret du 27 octobre 1988<sup>98</sup>, l'affaire fut portée devant la cour d'appel de Bruxelles, qui tint un raisonnement en deux temps. D'une part, elle estima que la licéité de l'intérêt à agir de la carrière n'était pas contestable, dès lors que celle-ci « ne réclame pas le maintien d'une exploitation éventuellement illicite, mais la réparation d'un préjudice matériel lié à une telle exploitation ». D'autre part, elle déclara cependant la demande de la carrière non fondée, à défaut de dommage réparable, dès lors que celui-ci ne peut consister en la privation d'un avantage illicite.

Ces décisions furent critiquées par le second moyen invoqué par la carrière à l'appui de son pourvoi. Dans une première branche, la carrière soutenait qu'après avoir déclaré l'action recevable, la cour d'appel ne pouvait plus exclure l'existence d'un dommage réparable. Dans une deuxième branche, elle soutenait que le fait de se trouver dans une situation illicite n'exclut pas nécessairement la lésion d'un intérêt légitime et que « le fait pour une entreprise commerciale et industrielle qui poursuit ouvertement et sans opposition ni réaction des autorités administratives compétentes une activité en soi légale — telle l'exploitation de carrières — de ne pas disposer de toutes les autorisations administratives nécessaires à cette activité n'implique pas que le produit de celle-ci soit illicite ». Enfin, dans une troisième branche, la carrière soutenait qu'un intérêt protégé par l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme

(97) R.G. n° C.08.0407.F, rendu sur les conclusions écrites contraires de M. l'avocat général J.-M. Genicot. Cette décision est à ce jour encore inédite.

(98) Cass., 19 septembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 463.

me constitue nécessairement un intérêt légitime au sens des articles 17 du Code judiciaire et 1382 du Code civil.

L'arrêt du 4 novembre 2011 casse l'arrêt attaqué sur la base de la seconde branche du second moyen, sans devoir dès lors examiner les autres griefs formulés. Après avoir rappelé que « Les articles 1382 et 1383 du Code civil obligent l'auteur d'un acte fautif à réparer le dommage causé par cet acte dès lors que ce dommage est certain et qu'il ne consiste pas en la privation d'un avantage illégitime », la Cour pose comme principe que « Le seul fait pour le demandeur à une action en responsabilité de se trouver dans une situation illicite n'implique pas nécessairement qu'il ne puisse se prévaloir de la lésion d'un intérêt ou la privation d'un avantage légitime ». Elle reproduit ensuite certaines énonciations de l'arrêt attaqué avant de conclure que « Par ces considérations, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision que le préjudice résultant pour la demanderesse d'une interruption de son exploitation à la suite des actes fautifs de la défenderesse ne constituait pas la lésion d'un intérêt légitime ou la privation d'un avantage de cette nature ».

**40.** Cette décision est intéressante à plus d'un titre.

Tout d'abord, bien que la cassation soit prononcée sur le visa des articles 1382 et 1383 du Code civil, la Cour place, à deux reprises, la privation d'un avantage légitime sur le même pied que la lésion d'un intérêt légitime, alors que l'arrêt attaqué réservait quant à lui l'exigence d'un intérêt légitime pour le stade de la recevabilité et n'examinait plus, au stade du fondement, que la question de savoir si le dommage consistait bien en la privation d'un avantage légitime. Même s'il est difficile d'en tirer des conclusions claires en l'absence de décision de la Cour sur la première branche du moyen, ce constat tend à nous conforter dans l'idée que, même appréciée au stade du fondement, l'exigence d'un intérêt légitime à agir en réparation ne devrait pas conduire à un résultat différent de lorsqu'elle est examinée au stade de la recevabilité<sup>99</sup>.

Ensuite, alors que la formulation de l'arrêt « remise en état III » du 18 juin 2010 avait pu donner l'impression que toute personne se trouvant dans une situation illicite aurait un intérêt illégitime à agir en réparation (pour autant du moins que cette illicéité ne résulte pas de l'acte fautif), l'arrêt « carrière » du 4 novembre 2011 énonce à notre sens à juste titre que le fait de se trouver dans une situation illicite n'exclut pas nécessairement la possibilité de se prévaloir de la lésion d'un intérêt légitime ou de la privation d'un avantage de même nature<sup>100</sup>.

Au-delà de cet enseignement fondamental, la Cour ne fournit cependant pas d'indications plus précises sur les critères qui doivent conduire à admettre ou, au contraire, à rejeter la légitimité de l'intérêt de celui qui se trouve dans une situation illicite. Or nous avons vu que les auteurs qui admettaient la nécessité de distinguer entre situation illicite et intérêt illégitime tendaient à considérer que les bénéfices procurés par une activité illicite ne pourraient jamais donner lieu à réparation<sup>101</sup>. Dans ses conclu-

sions contraires avant l'arrêt, le ministère public estimait d'ailleurs que « Si l'irrégularité de la situation dans laquelle se trouve la victime est étrangère à l'intérêt lésé dont elle réclame réparation, rien ne lui interdit d'en poursuivre l'indemnisation, dès lors que son caractère légitime n'est pas affecté par l'irrégularité de la situation. Tel n'est pas le cas de la demanderesse en l'espèce, qui poursuit précisément l'indemnisation des surcoûts et pertes de bénéfices d'une exploitation liée à son caractère illégal ». Comment dès lors comprendre la décision de la Cour?

**41.** À défaut d'indication expresse, on peut tenter de trouver un début d'explication dans les motifs de l'arrêt attaqué que la Cour a jugés utiles de reproduire. Ceux-ci relèvent de deux ordres d'idées distincts. D'une part, ces motifs rappellent que le décret du 27 octobre 1988 sur les carrières « plongeait le secteur dans la difficulté, [...] la plupart des exploitants n'[étant] par en règle de permis de bâtir », de sorte que les exploitants s'étaient vu reconnaître la possibilité de régulariser leur situation tout en poursuivant leur exploitation<sup>102</sup>. D'autres part, ces motifs relèvent que la ville de Bastogne « a perçu des taxes sur la carrière et accepté que l'exploitation se poursuive pendant des années sans permis de bâtir ». Ces motifs évoquent directement deux arguments que nous avons opposés à une interprétation trop extensive de la condition de légitimité.

Ainsi, le premier groupe de motifs souligne les conséquences sociales désastreuses qu'une application stricte de la condition de légitimité de l'intérêt lésé peut provoquer, particulièrement lorsque les prescriptions applicables sont méconnues par de nombreux acteurs du secteur. Compte tenu de l'inflation législative et réglementaire contemporaine, il y a en effet fort à parier que de nombreux particuliers et entreprises ne respectent pas scrupuleusement, et parfois à leur insu, la totalité des dispositions qui leur sont applicables relevant de la politique foncière (règles urbanistiques, environnementales, etc.) ou régissant l'exercice d'une activité économique. Il ne paraît pas souhaitable, pourtant, de les priver de tout droit d'agir en réparation lorsqu'ils sont victimes d'un acte fautif<sup>103</sup>.

Quant au second groupe de motifs, il souligne la tolérance des autorités dont la carrière avait bénéficié et renvoie dès lors à la problématique de la protection d'un intérêt protégé par l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>104</sup>.

Certes, la prise en compte de ces différents paramètres demeure implicite, la Cour n'ayant sans doute pas voulu, à ce stade, prendre le risque de formuler un critère rigide permettant de déterminer à quelles conditions une personne se trouvant dans une situation illicite est néanmoins autorisée à se prévaloir de la privation d'un avantage légitime. L'impression qui se dégage toutefois à la lecture de l'arrêt « carrière » du 4 novembre 2011 est que la Cour est bien

consciente des dangers que recèle une application extensive de la condition de légitimité de l'intérêt lésé. Il est permis de penser, à cet égard, que si la question lui était à nouveau soumise, la solution des arrêts « captation d'eau » du 3 octobre 1997 et « travail au noir I » du 14 mai 2003 ne serait peut-être pas confirmée.

## 6

### Conclusion : retour sur la notion d'intérêt à agir

**42.** Au cours des lignes qui précèdent, nous avons exposé les objections que suscitait à notre sens la conception extensive de la condition de légitimité de l'intérêt à agir, telle qu'elle s'exprime en particulier à travers la jurisprudence des chambres françaises de la Cour de cassation refusant à la victime d'une faute le droit d'agir en réparation par équivalent du dommage qu'elle lui a causé lorsque celui-ci consiste en la privation d'un avantage d'origine illicite. Nous avons par ailleurs salué l'ouverture représentée par l'arrêt « carrière » du 4 novembre 2011, rendu également par une chambre d'expression française, qui, en énonçant que le seul fait de se trouver dans une situation illicite n'exclut pas nécessairement la possibilité de se prévaloir de la perte d'un avantage légitime, semble augurer d'un infléchissement de cette jurisprudence.

La question se pose toutefois de savoir s'il est possible de formuler, de manière plus précise, des directives permettant d'apprécier l'existence d'un intérêt légitime à agir en réparation. Idéalement, le critère proposé devrait également être en mesure de justifier les solutions données par cet autre courant qui traverse la jurisprudence de la Cour, principalement des chambres d'expression néerlandaise, et tend à donner à la condition de légitimité une portée nettement plus restreinte<sup>105</sup>.

L'hypothèse que nous formulons est ici qu'une bonne compréhension de la portée de la condition de légitimité passe par un retour sur la notion même d'intérêt à agir.

**43.** À cet égard, plusieurs auteurs ont reproché à la condition de légitimité de l'intérêt à agir d'opérer une confusion entre la recevabilité et le fondement de la demande. En effet, si l'on exigeait que le demandeur démontre dès le stade de la recevabilité avoir un intérêt conforme au droit positif, c'est-à-dire un intérêt juridiquement protégé, alors cet exigence d'un intérêt légitime se confondrait avec l'existence d'un droit subjectif et la recevabilité avec le fondement de la demande<sup>106</sup>.

Cependant, la distinction entre recevabilité et fondement est bien vivace dans la jurisprudence de la Cour de cassation, pour qui « la partie

(99) Voy. *supra*, n° 18.

(100) Voy. *supra*, n° 19.

(101) Voy. *supra*, n° 20.

(102) Ainsi qu'il résulte des motifs de l'arrêt attaqué reproduits dans le moyen, cette régularisation n'avait toutefois été rendue possible que pour la période postérieure à celle pour laquelle une indemnisation était réclamée.

(103) Voy. *supra*, n° 35.

(104) Voy. *supra*, n° 28.

(105) Voy. *supra*, n° 22.

(106) Voy. S. BEERNAERT, *op. cit.*, R.D.J.P., 2000, n° 10 et s., pp. 159 et s.; G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, *op. cit.*, n° 62 et s., pp. 99 et s.; T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, *op. cit.*, n° 134, p. 210.

au procès qui se prétend titulaire d'un droit subjectif a, ce droit fût-il contesté, l'intérêt requis pour que sa demande puisse être reçue. L'examen de l'existence et de la portée du droit subjectif que cette partie invoque ne relève pas de la recevabilité mais du fondement de la demande ». C'est ainsi qu'encourt la cassation l'arrêt qui, ayant constaté que la demanderesse n'avait subi aucun dommage réparable, déclare l'action de celle-ci irrecevable à défaut d'intérêt (plutôt que non fondée)<sup>107</sup>.

L'intérêt à agir ne se confond donc pas avec le droit subjectif dont le demandeur poursuit la reconnaissance en justice. Mais alors, que recouvre l'intérêt? Selon la définition, devenue classique, proposée par le commissaire royal à la réforme du Code judiciaire, l'intérêt à agir désigne « tout avantage matériel ou moral — effectif mais non théorique — que le demandeur peut retirer de la demande qu'il intente au moment où il la forme, fussent la reconnaissance du droit, l'analyse ou la gravité du dommage n'être établis qu'à la prononciation du jugement »<sup>108</sup>. Ainsi, l'intérêt à agir se confond largement avec l'objet de la demande, entendu comme « ce qui est réclamé par le demandeur; c'est le résultat économique, social ou moral qui est recherché et que l'on demande au juge de consacrer dans sa décision », indépendamment de toute qualification juridique<sup>109</sup>. Il se distingue en revanche de la cause de la demande, soit, dans la conception moderne, « l'ensemble des faits invoqués par le demandeur à l'appui de sa prétention »<sup>110</sup>.

**44.** Nous avons vu que, pour plusieurs arrêts de la Cour de cassation, l'intérêt est illégitime lorsque l'action « vise », « poursuit » ou « tend » exclusivement au maintien d'une situation illicite<sup>111</sup>. Ces expressions sont ambiguës dans la mesure où elles pourraient tout aussi bien renvoyer à l'objet qu'à la « cause » de la demande (entendue cette fois dans le sens de mobiles déterminants). Toutefois, partant de la définition de l'intérêt évoquée ci-avant, il nous semble que la légitimité de celui-ci doit s'apprécier uniquement sur la base de l'objet (et non la cause) de la demande, c'est-à-dire de l'avantage concrètement réclamé par le demandeur<sup>112</sup>. Il s'agira donc de vérifier si l'ob-

jet de la demande tend exclusivement au maintien d'une situation illicite. Dans l'affirmative, le demandeur ne pourra se prévaloir d'un intérêt légitime à agir. Dans la négative, la demande sera recevable.

C'est ainsi que la réparation en nature de la privation d'un avantage illicite tendra au maintien d'une situation illicite et sera dès lors irrecevable sans même qu'il faille examiner le fondement de la demande<sup>113</sup>. En revanche, une demande tendant à la réparation par équivalent d'un tel dommage ne sera jamais, en soi, illégitime, car on ne peut considérer que l'objet de la demande — à savoir l'octroi d'une somme d'argent — vise en soi le maintien d'une situation illicite, compte tenu notamment du principe de libre disposition de l'indemnité<sup>114</sup>. C'est selon nous en ce sens que peuvent se lire les arrêts « caravane » du 2 avril 1998, « canalisations » du 5 juin 2001, « travail au noir II » du 2 mars 2006 et « carrière » du 4 novembre 2011<sup>115</sup>. Aller au-delà et s'interroger sur l'origine de l'avantage dont le demandeur sollicite l'octroi, c'est en réalité s'aventurer sur le terrain de la cause de la demande et de son fondement, c'est-à-dire sur celui de l'existence d'un droit subjectif, ce qui est incompatible avec la notion d'intérêt à agir.

À notre sens, un tel critère est de nature à assurer le respect des droits fondamentaux, à redonner à l'ordre juridique sa cohérence (compte tenu des solutions admises en ce qui concerne la licéité de l'objet du contrat, le principe de libre disposition de l'indemnité et le régime du partage de responsabilité) et ne s'expose pas aux critiques d'opportunité que nous avons formulées à l'encontre d'une conception extensive de la condition de légitimité.

Au surplus, ce raisonnement nous paraît offrir une explication technique satisfaisante à la jurisprudence de la Cour refusant au tiers responsable du décès d'un concubin adultère la possibilité de se prévaloir du caractère illicite de la relation entretenue par celui-ci avec le demandeur en réparation<sup>116</sup>. En effet, quoique cette jurisprudence soit parfaitement en adéquation avec l'évolution des mœurs et qu'elle nous paraisse devoir être entièrement approuvée, sa justification laissait toutefois songeur. Car comment peut-on concilier celle-ci avec un système de responsabilité civile où la théorie de l'illicéité relative — selon laquelle seules les personnes dans l'intérêt desquelles une norme est édictée peuvent se plaindre de la violation de celle-ci<sup>117</sup> — n'a pas sa place<sup>118</sup>? Si, toutefois,

l'on admet que l'action en réparation par équivalent d'un préjudice ne poursuit jamais en soi le maintien d'une situation illicite, alors la solution se justifie sans difficulté.

**45.** On reprochera peut-être aux considérations qui précèdent de prendre pour point de départ l'idée que la condition de légitimité de l'intérêt relève de la recevabilité de l'action<sup>119</sup>, alors qu'on pourrait conceptuellement tout aussi bien en faire une condition touchant au fond du droit<sup>120</sup>. L'objection ne nous paraît toutefois pas déterminante dès lors, d'une part, que plusieurs décisions de la Cour rattachent expressément la condition de légitimité à l'article 17 du Code judiciaire<sup>121</sup> et que, d'autre part, même lorsque cette condition est examinée sur le visa de l'article 1382 du Code civil, la Cour ne paraît pas donner à cette condition une portée différente<sup>122</sup>. L'appréciation de l'existence d'un intérêt légitime au stade de la recevabilité est d'ailleurs la seule solution permettant d'ériger cette condition en exigence transversale applicable également en dehors du champ de la responsabilité extracontractuelle, et notamment en matière contractuelle (arrêt « travail au noir II » du 2 mars 2006), d'expropriation (arrêt du 18 juin 1998) ou dans le cadre des législations particulières (arrêt « canalisations » du 8 novembre 2001)<sup>123</sup>. Enfin, il nous paraît douteux que l'article 17 du Code judiciaire puisse être lu comme imposant des conditions relevant, tantôt de la recevabilité (telle que l'exigence d'un intérêt né, actuel, personnel et direct), tantôt du fond du litige (s'agissant du caractère légitime de cet intérêt)<sup>124</sup>.

**46.** Pour le reste, la conception stricte de la condition de légitimité de l'intérêt à agir que nous défendons ne doit pas faire perdre de vue que, passé le stade de la recevabilité, le procès ne fait que commencer et laisse encore largement la place à l'application de diverses théories correctrices susceptibles d'influencer le sort de la victime se trouvant dans une situation illicite<sup>125</sup>.

considéré comme un contrat soumis à l'article 1165 du Code civil, encore les tiers seraient-ils admis à se prévaloir des effets externes de cette convention.

**(119)** Dans le même sens, L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, op. cit., n° 27, p. 199; H. DE WULF, op. cit., R.D.C., 2007, n° 8 et s., pp. 260 et s.; E. DIRIX, *Het begrip schade*, op. cit., n° 98, p. 68; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, op. cit., n° 36, p. 40; D. SIMOENS, op. cit., R.G.D.C., n° 2, p. 253.

**(120)** En ce sens, S. BEERNAERT, op. cit., R.D.J.P., 2000, n° 10 et s., pp. 159 et s.; G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, op. cit., n° 62 et s., pp. 99 et s.; B. DE TEMMERMAN, op. cit., R.G.A.R., n° 13.763, point 2, note n° 5, p. 2bis; comp. L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, doss. 10, op. cit., n° 26, p. 17.

**(121)** Voy. en particulier les arrêts « caravane » du 2 avril 1998 et « sapins » du 6 juin 2008.

**(122)** Voy. supra, n° 18.

**(123)** Dans le même sens, H. DE WULF, op. cit., R.D.C., 2007, n° 7, p. 259 et n° 12, p. 264.

**(124)** Comp. la critique de la conception dualiste de la cause qui aboutissait à donner au mot « cause » deux sens différents à l'article 1131 du Code civil (voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, op. cit., n° 193, p. 303), critique qui a fini par emporter la conviction de la Cour (Cass., 14 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 181).

**(125)** E. DIRIX, *Het begrip schade*, op. cit., n° 104, p. 71; D. SIMOENS, op. cit., R.G.D.C., 1999, n° 5, p. 254. On pense notamment aux conditions de validité des contrats (et notamment les exigences de licéité de l'objet et de la cause), à l'adage *in pari causa*, au régime de la *culpa in contrahendo*, au principe général du droit

**(107)** Cass., 28 septembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 441; voy. de même Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 103; Cass., 16 novembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 558; Cass., 26 février 2004, *Pas.*, 2004, n° 106.

**(108)** Rapport Van Reepinghen, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1963-1964, n° 60, p. 23.

**(109)** D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, t. XIII, I. 0, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 52 et s., pp. 118 et s.

**(110)** D. MOUGENOT, op. cit., *Rép. not.*, t. XIII, I. 0, n° 49, p. 117.

**(111)** Voy. les arrêts « caravane » du 2 avril 1998, « canalisations » du 8 novembre 2001, « remise en état II » du 7 octobre 2003 et « travail au noir II » du 2 mars 2006 ainsi que, dans le même sens, les arrêts relatifs à la licéité de l'objet du contrat d'assurance cités supra, n° 30; voy. également L. DE WILDE, « Begrip "Schade" », *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, op. cit., n° 30, p. 201; H. DE WULF, op. cit., R.D.C., 2007, n° 5, p. 259; P. VANLERSBERGHE, « Commentaar bij art. 18 Ger. W. », *Gerechtelijk recht*, op. cit., n° 4, p. 6.

**(112)** Voy. dans le même sens, en France, N. CAYROL, « Action en justice », *Rép. proc. civ.*, Paris, Dalloz, 2007, n° 251, p. 42 : « En matière de recevabilité, seul compte l'objet de la prétention ». Comp. L. DE WILDE, op. cit., *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, n° 26, p. 199, pour qui « Het processueel belang is hetgeen nagestreefd wordt door de eiser; het ligt in de toekomst en het moet in functie van de vordering

gewaardeerd worden; het ontleent zijn rechtmatigheid aan de oorzaak en het voorwerp van deze vordering ».

**(113)** Voy. en ce sens l'arrêt « remise en état II » du 7 octobre 2003 (avec cependant les réserves que nous avons émises au regard du respect des droits fondamentaux, supra, n° 25).

**(114)** Voy. a ce propos supra, n° 31. *Contra* : conclusions précitées de M. SPREUTELS avant Cass., 14 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 294, point 4.

**(115)** Bien qu'ils soient motivés par des considérations d'un autre ordre, le critère que nous proposons peut également justifier la solution des arrêts « escroquerie à l'assurance » du 15 mai 2001, « sapins » du 6 juin 2008 et « remise en état III » du 18 juin 2010.

**(116)** Voy. supra, n° 3.

**(117)** Voy. a ce sujet J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, op. cit., n° 19 et s., pp. 24 et s.

**(118)** Comp. avec les critiques formulées par la seconde branche du moyen dans l'arrêt du 15 février 1990 (*Pas.*, 1990, I, n° 364) ainsi que par J. KIRKPATRICK, op. cit., R.C.J.B., 2004, pp. 149 et s., n° 12, p. 157, selon lesquelles, à supposer même que le mariage puisse être

C'est ainsi, par exemple, que le résultat final atteint par l'arrêt « paiement indu » du 14 octobre 2010 pourrait se justifier même en adoptant une conception plus stricte de l'intérêt illégitime. Certes, l'enseignant ayant perçu des traitements d'un montant supérieurs à ceux auxquels il avait droit en vertu de la réglementation applicable et confronté à une demande de remboursement formée par l'administration jouit à notre sens d'un intérêt légitime à réclamer la réparation du dommage qui lui est ainsi causé. Mais, si l'on examine attentivement le lien de causalité, on doit alors à notre sens constater que, si l'administration n'avait pas commis de faute dans le calcul des traitements qui étaient dus à l'enseignant, ceux-ci ne lui auraient pas été versés, en sorte que la restitution de ceux-ci ne nous paraît pas constituer pour lui un dommage, même si d'autres préjudices auraient pu le cas échéant être indemnisés<sup>126</sup>. C'est donc sous l'angle du lien causal, plus que sous celui du dommage réparable, que le problème nous paraît devoir être abordé<sup>127</sup>. On réserve, toutefois, l'incidence des droits fondamentaux<sup>128</sup>.

47. En résumé, une demande en réparation ne pourra à notre sens être rejetée au motif qu'elle repose sur la lésion d'un intérêt illégitime ou qu'elle tend à indemniser la perte d'un avantage illégitime, que dans le cas où l'objet de la demande tend exclusivement au maintien d'une situation illicite. Tel ne sera normalement pas le cas lorsque la demande tend à l'allocation de dommages-intérêts, et ce même si le dommage invoqué par le demandeur trouve son origine dans une situation illicite. Pour le reste, la légitimité de l'intérêt lésé ne présume pas du fondement de la demande, étant entendu que la légitimité du dommage invoqué ne devrait plus être appréciée une seconde fois à ce stade.

Ce n'est qu'au prix d'une telle relecture que les articles 17 du Code judiciaire et 1382 du Code civil nous paraissent susceptibles de retrouver leur cohérence et — qui sait? — leur légitimité.

Rafaël JAFFERALI

Assistant à l'Université libre de Bruxelles  
Avocat au barreau de Bruxelles

*fraus omnia corrumpit*, à la théorie de l'abus de droit, aux règles du partage de responsabilité, etc. On rappellera également la possible incidence des sanctions pénales ou administratives, et notamment de la peine de confiscation (voy. *supra*, n° 36). En revanche, il nous semble qu'une fois reconnu au stade de la recevabilité, le caractère légitime de l'intérêt lésé ne peut plus être remis en cause au stade du fondement de la demande via la notion de dommage réparable.

(126) Par exemple, si, sur la foi des sommes qui lui avaient été versées, l'enseignant avait engagé des dépenses qu'il n'aurait pas effectuées s'il avait connu le montant véritable du traitement auquel il avait droit.

(127) L'appréciation du lien causal appelle au demeurant dans chaque cas un examen minutieux, compte tenu notamment des virtualités que recèle la théorie de l'alternative légitime.

(128) Voy. à ce propos *supra*, n° 28.

**PROCÉDURE PÉNALE. — Détention préventive. — Interdiction de communiquer avec d'autres inculpés (article 20, § 3, de la loi du 20 juillet 1990). — Notion. — Durée de l'interdiction (article 20, § 4, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 1990). — Obligation pour le juge d'instruction de fixer un délai déterminé.**

Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 15 février 2012

Siég. : J. de Codt (prés.), F. Close (prés.), B. Dejemepe (rapp.), P. Cornelis et F. Roggen.

Min. publ. : D. Vandermeersch (av. gén.).

Plaid. : MM<sup>es</sup> M. Orban, J. Orban et J.-M. Trésor.

(M.-H. M. c. min. publ.).

*Ayant pour but de pallier les risques de disparition de preuves ou de collusion, l'interdiction de communiquer avec d'autres inculpés ne vise que les autres inculpés concernés par les mêmes faits et non l'ensemble des détenus d'un établissement pénitentiaire.*

*Le juge d'instruction ne peut indiquer qu'une telle interdiction s'appliquera jusqu'à l'ordonnance de communication du dossier à toutes fins au procureur du Roi, mais doit préciser la durée strictement nécessaire de la mesure.*



**Conclusions de M. l'avocat général  
D. Vandermeersch**

**A. Les antécédents de la procédure.**

La demanderesse a été placée sous mandat d'arrêt le 26 novembre 2011 par le juge d'instruction d'Eupen du chef d'avoir offert ou proposé directement de commettre un crime punissable de la réclusion à perpétuité ou de la réclusion de dix à quinze ans ou d'un terme supérieur ainsi que d'association de malfaiteurs.

Le 9 décembre 2011, le juge d'instruction a pris une première ordonnance portant interdiction de toute communication entre la demanderesse et son fils, également inculpé et détenu dans la même affaire, ainsi qu'à l'égard des codétenus, interdiction valable jusqu'à la communication du dossier à toutes fins au procureur du Roi.

Le 22 décembre 2011 et le 2 janvier 2012, le juge d'instruction a rendu des ordonnances similaires d'interdiction de toute communication entre la demanderesse et, respectivement, G.S. et J.-M. S., ses belles-sœurs, non inculpées, ces interdictions étant également applicables jusqu'à la communication du dossier à toutes fins au procureur du Roi.

Par requête déposée le 20 janvier 2012, la demanderesse a sollicité la levée ou la modification des mesures d'interdiction de communi-

Par ordonnance du 24 janvier 2012, la chambre du conseil a dit la requête partiellement fondée.

Le ministère public a interjeté appel de cette ordonnance et l'arrêt attaqué réforme celle-ci en confirmant les mesures d'interdiction initialement ordonnées par le juge d'instruction.

**B. L'examen du pourvoi.**

**1. Le droit applicable**

En règle, l'inculpé placé sous mandat d'arrêt peut communiquer immédiatement avec son entourage. À titre exceptionnel, la loi prévoit deux possibilités d'interdire ou de réduire cette liberté de communication. En aucun cas, ces restrictions ne peuvent porter sur les contacts de l'inculpé avec son avocat.

D'abord, lorsque les nécessités de l'instruction le commandent, le juge d'instruction peut prononcer une interdiction de communiquer avec d'autres personnes que l'avocat (article 20, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 1990). Il s'agit de ce qu'on appelle communément la « mise au secret », qui peut être décidée, d'office ou sur réquisition du ministère public, au moment de la délivrance du mandat d'arrêt et qui doit être motivée.

Cette interdiction de communiquer est strictement limitée dans le temps et ne peut excéder septante-deux heures sans possibilité de renouvellement. En revanche, elle a une portée générale quant aux types de contacts et aux personnes visées qui ne doivent pas être individualisées<sup>1</sup>. Elle a pour effet d'interdire toute communication du détenu avec les personnes extérieures à l'établissement (famille, connaissances...) ainsi qu'avec les autres détenus (régime d'isolement complet), hormis son avocat. Durant le délai de mise au secret, toute correspondance adressée à l'inculpé ou écrite par lui est saisie et transmise au juge d'instruction.

L'article 20, §§ 3 et 4, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, tel que complété par l'article 179 de la loi du 12 janvier 2005 de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, prévoit une autre possibilité de restreindre la liberté de communication de l'inculpé détenu : en vertu de cette disposition, le juge d'instruction peut ordonner qu'un inculpé soit maintenu à l'écart d'autres inculpés et qu'il lui soit interdit d'avoir des contacts (par le biais des visites, de la correspondance ou du téléphone) avec certaines personnes extérieures à la prison individuellement citées dans l'ordonnance, lorsqu'il existe de sérieuses raisons de craindre que l'inculpé en question puisse tenter de faire disparaître des preuves ou d'entrer en collusion avec des tiers. Par rapport à la mise au secret, l'application de cette mesure peut être plus étendue dans le temps, mais elle est plus limitée quant aux personnes visées par l'interdiction de communication,

Cette ordonnance peut être prise à tout moment de l'instruction. La décision s'applique pour la durée strictement nécessaire fixée par le juge d'instruction, et au plus tard jusqu'au moment où celui-ci estime son instruction complète et

(1) *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2003-2004, Doc n° 51/0231/002, p. 114.