



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

UNIVERSITE DE METZ
U.F.R. DROIT, ECONOMIE, ADMINISTRATION

LE DROIT COMMUNAUTAIRE

ET

LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DES ETATS MEMBRES :

PRINCIPES ET MISE EN OEUVRE

Claudie WEISSE-MARCHAL

Thèse présentée et soutenue publiquement
le 19 décembre 1996
en vue de l'obtention du grade de
Docteur de l'Université de Metz

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE DROIT-SCIENCES ECO - METZ -	
N° Inv	1996006 D
Cote	D/173 96/2
Loc.	Magasin
Cat	OCLC

Directeur de thèse :

- M. Michel De Guillenchmidt, Professeur à l'Université René Descartes Paris V.

Membres du jury :

- M. Patrick Benoit, Professeur à l'Université de Metz.

- M. Jean-Claude Bonichot, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Professeur associé à l'Université de Metz.

- M. André Potocki, Juge au Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes.

- M. Joël Rideau, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis.

L'Université de Metz n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A ma famille et à mes amis.

Principales abréviations :

A.F.D.I. : Annuaire français de droit international.

A.J.D.A. : Actualité juridique, Droit administratif.

Ass. : Assemblée du contentieux (Conseil d'Etat).

C.A.A. : Cour administrative d'appel.

C.D.E. : Cahiers du droit européen.

CE : Conseil d'Etat.

C.J.E.G. : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.

C.M.L. Rev : Common Market Law Review.

C.J.C.E. : Cour de justice des Communautés européennes.

D. : Recueil Dalloz Sirey.

Dr Fisc. : Droit fiscal.

E.D.C.E. : Etudes et documents du Conseil d'Etat.

J.C.P. : Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique).

J.D.I. : Journal du droit international.

J.O.C.E. : Journal officiel des Communautés européennes.

J.T. : Journal des tribunaux.

J.T.D.E. : Journal des tribunaux, Droit européen.

L.P.A. : Les Petites affiches.

R.D.I.D.C. : Revue de droit international et de droit comparé.

R.D.P. : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.

Rec. : Recueil des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes.

Rec. leb. : Recueil lebon.

R.F.D.A. : Revue française de droit administratif.

R.M.C. : Revue du marché commun et de l'Union européenne.

R.M.U. : Revue du marché unique.

R.D.I.C. : Revue internationale de droit comparé.

R.J.F. : Revue de jurisprudence fiscal.

R.T.D.E. : Revue trimestrielle de droit européen.

S. : Section du contentieux (Conseil d'Etat).

T.A. : Tribunal administratif.

T.P.I. : Tribunal de première instance des Communautés européennes.

Traité C.E. : Traité de la Communauté européennes.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	p. 1
PREMIERE PARTIE : LA RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DES ETATS MEMBRES	p. 9
TITRE I : Le principe de la responsabilité des Etats membre	p. 12
CHAPITRE PREMIER : L'affirmation du principe	p. 13
SECTION I : L'émergence du principe	p. 16
§1 Le fondement de l'obligation de réparation des Etats membres	p. 16
A- L'obligation de réparation des Etats membres, conséquence d'un manquement constaté	p. 17
B- L'obligation de réparation des Etats membres, conséquence de l'effet direct du droit communautaire	p. 19
§2 L'adhésion mitigée des ordres nationaux à la jurisprudence de la Cour	p. 22
A- La position "communautariste"	p. 23
B- La position "autonomiste"	p. 28
1. L'affaire	p. 28
2. L'affaire Bourgoïn	p. 36
SECTION II : La consécration du principe	p. 41
§1 Un principe général	p. 41
A- Les faits	p. 41
B- Vers un principe général de responsabilité	p. 43
§2 Un principe "imposé" par le droit communautaire	p. 45
A- La protection des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire	p. 46
1. Un principe visant à protéger les droits "communautaires" des particuliers	p. 46
2. Un principe s'adressant uniquement aux particuliers	p. 49
B- Une obligation prescrite par l'article 5 du Traité C.E.E.	p. 51
CHAPITRE SECOND : La généralité du principe	p. 55
SECTION I : La violation du droit communautaire	p. 56

§1 La forme de la violation	p. 56
A- La violation par omission	p. 56
1. La non transposition des directive.....	p. 57
2. Le cas des règlements.....	p. 58
B- La violation par action	p. 59
1. La mauvaise application du droit communautaire.....	p. 59
2. L'application de normes internes contraires au droit communautaire	p. 60
§2 L'objet de la violation	p. 61
A- L'action en réparation, corollaire de l'effet direct	p. 61
B- L'action en réparation, palliatif à l'absence d'effet direct	p. 64
SECTION II : L'auteur de la violation	p. 68
§1 La conception unitaire de l'Etat	p. 68
A- Les autorités centrales ou décentralisées	p. 69
1. Les autorités centrales	p. 69
2. Les autorités décentralisées	p. 70
B- Les organismes ou personnes, publics ou privés, dotés de compétences "délégées" par les autorités centrales ou décentralisées	p. 72
1. Des organismes ou personnes chargés d'une mission d'intérêt public	p. 72
2. La qualité en laquelle agit l'autorité de l'Etat	p. 77
§2 Les conséquences de la conception unitaire de l'Etat sur la portée du principe de la responsabilité des Etats membres.	p. 80
A- Le juge national se conforme à la conception unitaire de l'Etat	p. 80
B- Le juge national reste fidèle à sa conception nationale de l'Etat	p. 82
TITRE II :Le critère de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres: l'imputabilité du dommage	p. 87
CHAPITRE PREMIER : La mise en oeuvre du critère de l'imputabilité	p. 90
SECTION I: L'existence d'une pouvoir d'appréciation des Etats membres	p. 93
§1 Le règlement communautaire	p. 93
A- Les Etats membres ont uniquement un pouvoir d'appréciation des conditions	p. 95
1. L'application incorrecte de la réglementation communautaire.....	p. 96
2. L'exécution d'une réglementation communautaire illégale.....	p. 98

B- Les Etats membres disposent d'un pouvoir d'appréciation quant au contenu de la décision à prendre	p. 103
§2 Le cas particulier de la directive et de la décision communautaires	p. 105
A- L'existence d'un pouvoir d'appréciation des Etats membres dans l'exécution des directives et de décisions.	p. 106
B- Les incidences de l'effet direct des directives sur la question de l'imputabilité	p. 109
SECTION II : Les pouvoirs d'intervention de la Commission dans la mise en oeuvre du droit communautaire par les Etats membres	p. 114
§1 Le caractère contraignant de l'intervention de la Commission	p. 114
A- La nature décisionnelle de l'acte d'intervention de la Commission.....	p. 115
1- il n'existe aucun pouvoir d'intervention de la Commission	p. 116
2- il existe un pouvoir d'intervention de la Commission.....	p. 120
a- La Commission doit avoir un pouvoir d'intervention contraignant	p. 121
b- La Commission doit avoir utilisé son pouvoir d'intervention	p. 122
B- L'acte d'intervention de la Commission doit être à la base de la décision nationale	p. 126
§2 L'imputabilité du dommage	p. 128
A- Le transfert de responsabilité de l'Etat vers la Commission.....	p. 129
B- L'affaire Kampffmeyer, contre-exemple aux règles de l'imputabilité dégagées ?	p. 133
CHAPITRE SECOND : La mise en cause du critère de l'imputabilité	p. 140
SECTION I : La règle de l'épuisement des voies de recours internes	p. 143
§1 L'application de la règle de l'épuisement préalable	p. 144
A- L'action en restitution ou en paiement déguisée	p. 144
1- Action en paiement ou en restitution déguisée	p. 145
2- L'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes	p. 148
a- La transposition de la règle aux actions en restitution ou en paiement déguisées.....	p. 149
i) La jurisprudence Kampffmeyer.....	p. 149
ii) Les éclaircissements apportés par la jurisprudence postérieure.....	p. 150
b- Les voies de recours nationales visées	p. 157
i) Les actions en répétition de l'indu.....	p. 157
ii) Le recours à l'action en responsabilité.....	p. 161
B- Les autres recours en responsabilité.....	p. 163
1- La co-responsabilité de la Communauté et d'un Etat membre.....	p. 163
2-La responsabilité exclusive de la Communauté	p. 166
a- La référence au recours en annulation dans la jurisprudence de la Cour de justice	p. 167
b- Le recours en annulation interne, substitut à l'action en responsabilité communautaire .p.	170

§2 Les conditions d'application de la règle de l'épuisement préalable	p. 178
A- L'existence de voies de recours nationales	p. 178
B- La nécessaire efficacité des voies de recours nationales	p. 181
1- La condition efficacité.....	p. 181
a- La notion efficacité.....	p. 181
b- L'instrument de l'efficacité : le renvoi préjudiciel.....	p. 182
2- L'application de la condition efficacité.....	p. 190
a- Les causes d'inefficacité des voies de droit nationales.....	p. 190
b- L'appréciation de l'inefficacité des voies de droit nationales	p. 194
SECTION II : La recherche d'une solution simplificatrice	p. 198
§1 La nécessaire simplification du système	p. 198
§2 La recherche d'une solution	p. 203
A- Les solutions envisageables	p. 203
1- La responsabilité in solidum	p. 203
2- L'élargissement de compétence des juridictions communautaires ou des juridictions nationales.....	p. 206
a- L'élargissement de la compétence des juridictions communautaires	p. 206
b- L'élargissement de la compétence des juridictions nationales.....	p. 208
B- L'évaluation de ces solutions	p. 210
1- La responsabilité in solidum	p. 211
2. L'élargissement de compétence des juridictions communautaires ou des juridictions nationale	p. 214
Conclusion de la Première Partie	p. 218
 PARTIE II : LA DEFINITION COMMUNAUTAIRE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DES ETATS MEMBRES	p. 219
TITRE I :Les sources de la communautarisation du régime de la responsabilité	p. 221
CHAPITRE PREMIER : Une autonomie institutionnelle et procédurale encadrée	p.222
SECTION I : Le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale commande le régime de la responsabilité des Etats membres	p. 223
§1. Un principe étendu à la responsabilité des Etats membres	p. 223
A - Origine et contenu du principe	p. 223

B - L'extension du principe au régime de la responsabilité "communautaire" des Etats membres	p. 226
1. La solution proposée par l'Avocat général Mischo.....	p. 227
2. La solution adoptée par le juge communautaire.....	p. 229
§2. Le risque d'une absence d'uniformité dans l'application du droit communautaire	p. 230
A - L'absence d'homogénéité des droits nationaux	p. 230
B- Un risque mesuré par le juge communautaire	p. 231
SECTION II : L'encadrement du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres	p. 233
§1. Les principes d'encadrement jurisprudentiels	p. 233
A- Une autonomie subsidiaire et provisoire	p. 233
1. Une autonomie subsidiaire.....	p. 234
2. Une autonomie provisoire.....	p. 235
B - Une autonomie conditionnelle	p. 237
1. Le principe de non discrimination.....	p. 237
a. Contenu du principe.....	p. 237
b. un principe à sens unique.....	p. 239
2. Le principe de l'effet utile.....	p. 240
a. le contenu du principe.....	p. 240
b. l'application du principe.....	p. 241
§2. L'encadrement du législateur communautaire	p. 243
A - L'intervention du législateur communautaire	p. 243
B - Un exemple : les directives - recours en matière de marchés publics	p. 246
1. Le contenu des directives-recours en matière de marchés publics.....	p. 246
a. Les recours.....	p. 247
i) Le justiciable.....	p. 247
ii) Les modalités des recours.....	p. 248
iii) Les instances de recours compétentes.....	p. 250
b. L'intervention de la Commission.....	p. 250
2. Une application concrète : le cas de la France.....	p. 251
a. Le référé pré contractuel de l'article L22 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.....	p. 252
b. Le référé pré contractuel de l'article L23 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.....	p. 256
CHAPITRE SECOND : Le rôle unificateur du juge communautaire	p. 258
SECTION I : L'interprétation constructive du juge communautaire	p. 259
§1. L'insuffisance des Traités et du droit dérivé	p. 259

A- L'obscurité et les lacunes des Traités et du droit dérivé	p. 259
B-Le pouvoir d'interprétation du juge communautaire, pouvoir normatif	p. 262
1 l'influence du droit international et des droits nationaux	p. 262
2. une intégration sélective	p. 263
§2. Le rôle imparti au juge communautaire	p. 265
SECTION II : La portée de l'interprétation du juge communautaire	p. 268
§1. L'étroite frontière entre interprétation et application	p. 268
A - La distinction interprétation-application	p. 268
B - L'atténuation de la distinction	p. 269
§2 L'autorité de l'interprétation du juge	p. 271
A - L'autorité de l'interprétation des décisions préjudicielles.....	p. 272
B - L'autorité de l'interprétation des arrêts en constatation de manquement	p. 275
TITRE II :Les effets de la communautarisation du régime de la responsabilité des Etats membres.....	p. 278
CHAPITRE I : Le renforcement ou l'approfondissement de la protection juridictionnelle	p. 279
SECTION I : L'extension des prérogatives du juge national	p. 280
§1. Une extension nécessaire et incontournable	p. 281
A - L'obligation du juge national d'assurer une protection effective des droits "communautaire"	p. 281
1. Une obligation fondée sur l'article 5 du Traité C.E.E.....	p. 281
2. Le principe général du droit à un recours juridictionnel effectif	p. 282
B- Le juge national, un juge à double visage ?	p. 285
1. La théorie du dédoublement fonctionnel du juge national	p. 285
2. La dualité de sanction des droits des justiciables	p. 286
§2. Les nouvelle prérogatives du juge national	p. 288
A - Le pouvoir d'injonction du juge national	p. 290
1. L'influence de la jurisprudence communautaire en matière de mesures provisoires.....	p. 290
2. L'exercice du pouvoir d'injonction dans le cadre des actions en responsabilité	p. 292
B - Le pouvoir de soulever d'office l'existence d'une règle de droit communautaire	p. 294
1. Les implications du principe de non-discrimination sur l'existence du pouvoir du juge.....	p. 296
2. L'utilisation de son pouvoir par le juge et l'effet utile du droit communautaire	p. 298

SECTION II : Le renforcement des règles de procédure	p. 301
§1. La qualité pour agir	p. 302
A - la notion de "particulier lésé" dans la jurisprudence communautaire	p. 303
1. Les notions de droits subjectifs et d'intérêts légitimes	p. 303
2. La notion de "droit" dans la jurisprudence communautaire	p. 304
B - La notion de "personne lésée" dans les droits nationaux	p. 306
1. Les systèmes juridiques exigeant la violation d'un droit subjectif	p. 306
a. Les droits italien et portugais	p. 306
b. Les droits allemand, anglais et espagnol	p. 309
2. Les systèmes juridiques réparant l'atteinte à un intérêt	p. 311
a. L'atteinte à un intérêt simple	p. 311
b. L'atteinte à un intérêt protégé	p. 312
§2. Le délai de recours et la charge de la preuve	p. 314
A - Le délai de recours	p. 314
1. Le délai doit être raisonnable	p. 315
2. Le point de départ du délai	p. 315
B - La charge de la preuve	p. 318
1. La possibilité d'invoquer un arrêt en manquement	p. 319
2. L'utilisation de la voie préjudicielle	p. 320
CHAPITRE II : la mutation des droits nationaux de la responsabilité	p. 323
SECTION I : Le fait générateur de la responsabilité : la violation du droit communautaire	p. 325
Sous-Section I : Toute violation du droit communautaire n'engage pas la responsabilité de l'Etat	p. 327
§1. L'exigence d'une violation suffisamment caractérisée	p. 329
A - Le critère de la marge d'appréciation	p. 331
1. L'application du critère	p. 331
2. Une approche contestable	p. 332
B - La notion de "violation suffisamment caractérisée"	p. 336
1. Les limites imposées au pouvoir d'appréciation des Etats	p. 336
2. La méconnaissance grave et manifeste par un Etat des limites s'imposant à son pouvoir d'appréciation	p. 338
a. La notion de méconnaissance grave et manifeste	p. 339
i) Le degré de clarté et de précision de la règle violée	p. 341
ii) Le caractère excusable ou inexcusable de l'éventuelle erreur de droit	p. 342
iii) Le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé	p. 343

§2. Une règle communautaire protégeant les particuliers	p. 346
A- Une règle protégeant les particuliers	p. 346
B- Une règle de droit communautaire	p. 349
Sous-Section II : La responsabilité des Etats membres du fait d'une violation du droit communautaire : une responsabilité pour faute ?	p. 352
§1. La définition du comportement dommageable	p. 352
A - Le concept de faute	p. 352
1. La conception subjective de la faute	p. 353
2. La conception objective de la faute	p. 353
B- Un comportement "objectivement" fautif	p. 354
1. Une conception objective de la faute	p. 355
2. La prise en considération d'éléments subjectifs de la conduite de l'Etat	p. 356
§2. Les incidences de la définition du comportement dommageable sur les régimes nationaux de la responsabilité	p. 357
A - Les incidences de la définition du comportement dommageable sur les régimes nationaux de la responsabilité de l'Administration	p. 358
1. Le fait générateur dans les systèmes nationaux de la responsabilité	p. 358
a. Un acte fautif	p. 359
b. Un acte illégal et fautif	p. 361
c. Un acte illégal	p. 363
d. Un tort	p. 363
2. Les effets de la jurisprudence communautaire sur les droits nationaux	p. 365
B - Les incidences de la définition du comportement dommageable sur les droits nationaux de la responsabilité du législateur	p. 371
1. Les systèmes juridiques nationaux	p. 371
2. Les effets de la jurisprudence communautaire sur les droits nationaux	p. 374
a. La "révision" des principes traditionnels des systèmes juridiques nationaux	p. 374
b. Les difficultés de la révision	p. 375
i) Les arrêts Rothmans et Arizona Tabacco du 28 février 1992	p. 376
ii) L'arrêt Dangeville du 1er juillet 1992	p. 379
SECTION II : Le dommage et le lien de causalité	p. 383
§1. Le lien de causalité	p. 383
A- L'exigence d'un lien de causalité direct	p. 384
1. La théorie de la causalité directe dans la jurisprudence communautaire	p. 384
2. La conception de la causalité dans les Etats membres	p. 385
a. La théorie de l'équivalence des conditions	p. 385
b. La théorie de la causalité adéquate	p. 386

B- L'altération ou la rupture du lien de causalité : les causes étrangères	p. 389
1. Les causes étrangères dans les droits nationaux de la responsabilité	p. 389
a. La faute de la victime.....	p. 389
b. La force majeure	p. 390
c. Le fait d'un tiers.....	p. 391
2. L'attitude de la victime, cause exonératoire de la responsabilité de l'Etat	p. 391
§2. Le dommage et sa réparation	p. 393
A - Le dommage réparable	p. 393
1. Les conditions du dommage réparable	p. 393
2. La nature du dommage.....	p. 396
a. La réparation du dommage purement financier ou économique dans les Etats membres.....	p. 396
b. La position du juge communautaire	p. 398
B- La réparation du dommage.....	p. 400
1. L'étendue matérielle de la réparation.....	p. 400
2. L'étendue dans le temps de l'obligation de réparer des Etats membres	p. 403
a. Le moment où naît l'obligation de réparation.....	p. 404
b. La limitation dans le temps de l'obligation de réparation.....	p. 407
Conclusion de la Seconde Partie.....	p. 409
CONCLUSION GENERALE.....	p. 411
BIBLIOGRAPHIE.....	p. 414
TABLE JURISPRUDENTIELLE.....	p. 425

INTRODUCTION GENERALE

En 1902, le Professeur Wilson décrivait le Gouvernement des Etats-Unis *"non comme deux gouvernements juxtaposés, mais comme un gouvernement double, tellement est ... complète la fusion des gouvernements de l'Union et ceux des Etats. Le Gouvernement a cessé d'être plural pour devenir unique. Les deux parties sont distinctes mais non pas séparées. Le système des Etats et le système fédéral sont si enchevêtrés dans le droit public américain qu'ils ne peuvent fonctionner facilement et effectivement chacun dans la sphère qui est exclusivement la sienne, mais seulement s'adapter exactement l'un à l'autre avec une harmonie parfaite, toutes les fois que leurs attributions se croisent ou sont parallèles; ils sont comme les parties d'un seul et même gouvernement; leurs rouages sont subordonnés les uns aux autres, et le but poursuivi est commun"*¹.

Ces propos pourraient tout aussi bien décrire les relations des Etats membres et de l'Union européenne. En effet, *"les auteurs des traités et ceux qui les inspiraient ont imaginé un nouveau type de pouvoir international qualifié de supranational, éloigné de l'inter-étatisme traditionnel et faisant appel à des organes, dont certains ne représentaient pas les Etats, dotés de pouvoirs leur permettant d'adopter des textes contraignants s'imposant aux Etats membres et dans les Etats membres"*². Le droit communautaire présente la particularité d'être intégré aux systèmes juridiques des Etats membres. Ces derniers mettent à la disposition de la Communauté leur appareil administratif pour l'exécution de ses décisions, leur organisation judiciaire pour assurer le respect de ses normes et leurs organes législatifs pour *"leur apporter d'indispensables compléments"*³. Les systèmes nationaux et communautaire sont donc étroitement imbriqués. Dès lors s'est posé le problème de leur articulation.

Dans un premier temps, les rapports entre les droit nationaux et le droit communautaire ont été essentiellement présentés en termes de conflit avec l'affirmation du principe de la primauté des normes communautaires. Néanmoins, il ne suffisait pas de reconnaître la prééminence du droit

¹ W. Wilson, "L'Etat", éd. Giard et Brière, 1902, Tome II, p. 195, n° 1084.

² J. Rideau, "Communauté de droit et Etats de droits" in "Humanité et droit international", Mélanges R-J Dupuy, Pédone, 1991, p. 249.

³ Voir R. Kovar, "L'effectivité interne du droit communautaire", rapport au colloque de Liège sur "La communauté et ses Etats membres", janvier 1973, p. 4.

communautaire, encore fallait-il veiller à ce qu'il soit effectivement appliqué dans les Etats membres, notamment en sanctionnant la violation de ses règles.

Il est vrai que " *quand on parle de sanction il s'agit en réalité du mode d'exister et de "fonctionner" d'un système juridique. Déjà en droit romain, la sanction était, en effet, le moyen permettant de rendre sanctus -c'est à dire respecté - le droit, donc le moyen, n'importe quel moyen pour assurer le respect précis des règles, pour les rendre effectives ainsi que pour remédier à un éventuel manquement à ces règles. Par rapport au droit communautaire ... le thème de la sanction suscite non seulement un intérêt plus vif mais également une préoccupation pour ce que beaucoup considèrent et définissent comme une carence du système*". Si "l'intérêt et la préoccupation pour le problème de la sanction et, de façon plus générale, de l'effectivité des règles communautaires, de même que les moyens destinés à les faire reconnaître, sont assurément plus soutenus", c'est parce qu' "ils reflètent l'intérêt pour une consolidation plus précise et harmonieuse du processus d'intégration dans l'ensemble de la Communauté ..."⁴.

Dans le système communautaire, le problème de la sanction des violations du droit communautaire se pose plus particulièrement en ce qui concerne les comportements des Etats membres.

En effet, le Traité CE ne prévoit que la constatation juridictionnelle des manquements commis par les Etats (article 169 T. CE) assortie de l'obligation d'adopter toutes les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice (article 171 T. CE). Contrairement au traité C.E.C.A, il n'envisage aucune sanction spécifique et directe en cas d'inexécution par les autorités nationales de l'arrêt.

Par ailleurs, les traités sont très discrets sur la question de la responsabilité des Etats membres. Il semble, comme le remarque M. Pescatore, que la seule préoccupation des auteurs des traités ait été "de soumettre à un régime de responsabilité juridique l'entité nouvelle qu'ils s'apprêtaient à créer, c'est à dire la Communauté"⁵.

Néanmoins récemment, deux réponses ont été apportées au problème de la sanction communautaire des infractions étatiques au droit communautaire dans le cadre du Traité de Maastricht et dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Le Traité de Maastricht a modifié l'article 171 du Traité CE. en prévoyant l'application d'une sanction pécuniaire à l'encontre des Etats défaillants qui n'ont pas exécuté l'arrêt en constatation de manquement du juge communautaire et la Cour de justice a élaboré

⁴ G. Tesauro, "Rapport général" pour le XV Congrès de la F.I.D.E (Fédération Internationale de Droit Européen) sur "La sanction des infractions au droit communautaire", Lisbonne 1992, Vol. II, p. 425.

⁵ P. Pescatore, " Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communautaires", Il Foro Padano, oct. 1972, N° 10.

un véritable droit de la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire.

Si le droit de la responsabilité des Etats membres constitue incontestablement une nouvelle étape de la construction jurisprudentielle de la Cour de justice, il n'est, en réalité, qu'une "conséquence mécanique" des principes de base de l'ordre juridique communautaire : la primauté et l'effet direct. Il s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel de "*seconde génération*" qui vise "*à garantir la protection effective des droits issus du droit communautaire*" en définissant "*les implications concrètes de la primauté du droit communautaire sur le terrain des garanties juridictionnelles*"⁶.

La primauté et l'effet direct du droit communautaire ont, en effet, abouti à l'affirmation d'un troisième principe : celui de la protection juridictionnelle des droits conférés par le droit communautaire. Il ne saurait y avoir de primauté et d'effet direct du droit communautaire sans que celui-ci soit effectif et, notamment, sans une protection effective des droits qu'il confère aux particuliers. Un des aspects de cette protection est la possibilité, pour les particuliers, de mettre en jeu la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres.

C'est aux juridictions nationales qu'il appartient de sauvegarder les "droits communautaires des particuliers" dès lors que "*tout juge a, en tant qu'organe d'un Etat membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire*"⁷.

En cas de conflit entre le droit communautaire et le droit national, le juge national "*a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire*"⁸.

Il peut ainsi permettre aux requérants de bénéficier des droits qu'ils tirent du droit communautaire en écartant toute règle nationale qui s'y oppose.

Néanmoins, laisser inappliquée une loi portant atteinte aux droits communautaires des particuliers ou annuler l'acte national illégal, ne suffit pas toujours à rétablir la situation lorsque la violation par l'Etat du droit communautaire a causé un préjudice aux justiciables. La condamnation de l'Etat à réparer les conséquences dommageables de son comportement permet aux personnes lésées de rentrer dans leurs droits. Mais, si l'existence d'une action en responsabilité à l'encontre des Etats membres défaillants a un effet curatif, elle a également un

⁶ D. Simon, "Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?", A.J.D.A. 1993, p. 235.

⁷ C.J.C.E, 9 mars 1978, Simmenthal, (Aff. 106/77, Rec. p. 629).

⁸ Arrêt Simmenthal précité.

effet préventif : l'obligation de réparation qui pèse sur eux incite les Etats à limiter les infractions au droit communautaire.

La responsabilité des Etats membres est donc *"un instrument visant à garantir la protection des particuliers et, par voie de conséquence, également une mise en oeuvre correcte du droit communautaire dans l'ensemble des Etats membres"*⁹. Dès lors, elle est un principe nécessaire.

Comme le remarque le Professeur Simon, *"l'idée selon laquelle la violation du droit communautaire par les autorités nationales est de nature à engager la responsabilité de la puissance publique n'est pas en elle-même une idée neuve"*¹⁰.

La Cour de justice a très tôt reconnu un droit à réparation aux particuliers lésés en se fondant tout d'abord sur l'autorité des arrêts en constatation de manquement, puis sur l'effet direct du droit communautaire.

Le droit à réparation des particuliers devait s'exercer dans le cadre des règles nationales de la responsabilité, conformément au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres dans la mise en oeuvre et l'application du droit communautaire¹¹.

Si donc le droit communautaire définissait le principe du *"droit à dommages et intérêts"*¹², il laissait aux droits procéduraux nationaux le soin de déterminer les modalités de son exercice.

Dès lors, l'exercice du droit à réparation était *"profondément conditionné par les voies de droit ouvertes aux individus et par les pouvoirs reconnus aux juridictions nationales"*¹³. Or, comme l'a observé le Professeur J. Rideau, *"les contentieux nationaux n'ayant pas été conçus pour la solution de différends nés de l'application du droit communautaire, les moyens dont disposent les juges nationaux ne sont pas toujours adaptés à l'exercice de leurs missions communautaires"*¹⁴ et certaines juridictions nationales ont eu quelques difficultés à reconnaître aux particuliers, victimes d'une violation du droit communautaire, un droit à réparation.

⁹ P. Léger, conclusions sur l'affaire C-5/94. Hedley Lomas, point 104, non encore publiées.

¹⁰ D. Simon, article précité, p. 236.

¹¹ En vertu de ce principe, les juridictions nationales doivent, en principe, *"recourir, parmi les divers procédés de l'arsenal juridique interne, à ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire"* (C.J.C.E. 4 avr. 1968, Lück, Aff. 34/67, Rec. p. 360; C.J.C.E. 11 déc. 1973, Lorenz, Aff. 120/73, Rec. p. 1484).

Selon la Cour de justice, *"tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national"* (C.J.C.E, Rewe - Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe - Markt Steffen / Hauptzollamt Kiel, Aff. 158/80, Rec. p. 1805).

Voir J. Rideau, "Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire", A.F.D.I. 1972, p. 864.

¹² Selon les termes de D. Simon et A. Barav, "La responsabilité de l'Administration nationale en cas de violation du droit communautaire", R.M.C. 1987, p. 165, spé. p. 173.

¹³ R. Kovar, "Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et des décisions du droit communautaire" in "Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen", Université libre de Bruxelles, Larcier, 1978, p. 245.

¹⁴ "Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux", D. 1974, chron. XIX, p. 147, spé. p. 156.

Ces difficultés sont accentuées par la très grande "dispersion" des droits des Etats en matière de responsabilité et, en particulier, en matière de responsabilité de la puissance publique.

Par ailleurs, l'affaire Francovitch a montré les limites d'un principe de responsabilité des Etats membres fondé uniquement sur l'autorité des arrêts en constatation de manquement et l'effet direct du droit communautaire. Une norme communautaire, qui n'était pas revêtue de l'effet direct, ne pouvait pas, lorsque sa violation n'avait pas été préalablement condamnée par la Cour de justice, engendrer un droit à réparation au profit des personnes lésées.

Le juge communautaire a considéré que, du seul fait de la primauté du droit communautaire, l'absence d'invocabilité de la norme communautaire ne faisait pas obstacle à la reconnaissance, à charge de l'Etat, d'une obligation de réparation et a consacré, par là même, un principe général de la responsabilité des Etats membres en cas de méconnaissance des droits conférés aux particuliers par une règle communautaire.

La mise en oeuvre de ce principe pose un double problème d'appréciation, tout d'abord quant à l'existence d'une violation du droit communautaire imputable à l'Etat (1), ensuite quant aux conditions de l'action en réparation (2) :

1) Lorsque le dommage résulte de l'application de dispositions nationales contraire au droit communautaire ou d'une non-application du droit communautaire, la responsabilité de l'Etat ne fait aucun doute. Par contre, lorsqu'une mesure d'exécution nationale est en cause, la détermination de l'auteur de la violation du droit communautaire est plus délicate. En effet, les autorités communautaires interfèrent souvent dans la mise en oeuvre et l'application du droit communautaire. Elles jouent en quelque sorte le rôle d'autorités de tutelle. Aussi lorsqu'un dommage est causé par une mesure nationale d'exécution, est-il souvent difficile de déterminer qui, de l'Etat membre ou des institutions communautaires, est réellement responsable de l'infraction au droit communautaire. Les justiciables doivent donc départager les responsabilités de chacun avant d'exercer leur droit à réparation devant le juge national ou devant le juge communautaire¹⁵. Cet exercice a paru relever un moment de la divination.

Toutefois, si la violation du droit communautaire est imputable à l'Etat, le droit à réparation des particuliers lésés n'est pas pour autant automatique. Le principe de la responsabilité des Etats membres leur reconnaît seulement un droit à exercer une action en responsabilité. La condamnation de l'Etat dépend des conditions de fond et de forme de cette action.

¹⁵ Le contentieux de la responsabilité extra contractuelle des institutions communautaires relève exclusivement de la compétence des juges communautaires, le Tribunal de première instance et la Cour de justice.

2) Dans l'arrêt Francovitch, la Cour de justice ne se réfère plus de manière absolue et inconditionnelle au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale en ce qui concerne les modalités de l'action en responsabilité.

Le "*coefficient d'incertitude*"¹⁶ de la définition des modalités de la protection juridictionnelle dans les ordres juridiques nationaux et l'exigence d'une application uniforme du droit communautaire ont conduit la Cour de justice à encadrer la fonction communautaire du juge national et le droit procédural national.

Elle s'est attachée à préciser le contenu de la protection due aux particuliers : les juges nationaux doivent assurer en toutes circonstances une protection directe, immédiate et effective des droits issus du droit communautaire, en s'affranchissant, le cas échéant, des règles nationales qui les empêcherait de mener à bien leur mission.

Afin de garantir l'effectivité de la protection juridictionnelle de leurs droits, le juge communautaire a reconnu, au profit des particuliers, un droit à un recours juridictionnel ou "droit au juge" en vertu duquel "*tout particulier dont les droits sont lésés par des mesures d'un Etat membres contraire au droit communautaire doit pouvoir rechercher la protection d'un juge compétent*"¹⁷. Le droit procédural des Etats membres doit donc donner à leurs ressortissants la possibilité de faire valoir leurs droits communautaires devant les juridictions nationales¹⁸.

Mais si "*le principe du droit au recours constitue un facteur incontestable de progrès pour une meilleure application du droit communautaire*", il "*n'est cependant pas une réponse absolue à l'ensemble des besoins liés à la protection que les particuliers tirent de l'ordre juridique communautaire, dans la mesure où ce recours doit être effectif et efficace, ce que peut compromettre l'absence d'harmonisation des voies de droit*"¹⁹.

La Cour de justice a, dès lors, limité l'autonomie des Etats en matière de procédures juridictionnelles. Les modalités des recours en justice ne doivent pas être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire²⁰. Il appartient donc aux juges nationaux "*d'apprécier, à l'occasion des actions portées devant lui, si les modalités prescrites par le droit interne sont susceptibles de produire un tel effet et, dans l'affirmative, d'en écarter l'application*"²¹.

Pour déterminer si les modalités des recours ouverts devant lui satisfont aux exigences d'une protection juridictionnelle effective, ils peuvent demander, par voie préjudicielle, à la Cour de

¹⁶ Selon les termes de D. Simon, article précité, p. 484.

¹⁷ C.J.C.E. 16 déc. 1981, Foglia / Novello, (Aff. 244/80, Rec. p. 3045).

¹⁸ Voir notamment C.J.C.E. 15 mai 1986, Johnston / Chief Constable of the royal Ulster Constabulary (Aff. 222/84, Rec. p. 1651).

¹⁹ J. Rideau, "Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes", L.G.D.J. 1994, spé. p. 673.

²⁰ Voir par exemple C.J.C.E., Rewe (Aff. 33/76, Rec. p. 1989) et C.J.C.E. Theresa Emmott / Minister of Social Welfare Attorney General (Aff. C- 208/90, Rec. p I- 4269).

²¹ A. Barav, "La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire" in "L'Europe et le Droit", Mélanges en hommage à J. Boulouis, D. 1991, p. 1, spé. p. 18.

justice de préciser le contenu des règles qu'elle a posé au regard de la situation particulière dont ils sont saisis. En indiquant les conditions de leur effectivité, la Cour de justice "communautarise" progressivement les voies de droit nationales.

L'affirmation d'un droit au recours a ainsi abouti à un "droit des recours" auquel n'échappe par le droit de la responsabilité et l'autonomie procédurale des Etats dépend de la politique jurisprudentielle suivie par la Cour de justice.

Parfois, la jurisprudence communautaire a pour conséquence d'uniformiser les droits nationaux. Elle impose purement et simplement les conditions auxquelles est soumise la protection juridictionnelle des particuliers. Dans le cas du recours en responsabilité, la Cour de justice vise essentiellement à garantir aux justiciables une protection équivalente et donc homogène dans tous les ordres juridiques nationaux. Elle a progressivement fixé le seuil minimum de protection auquel ils peuvent prétendre.

Par souci de cohérence, la Cour de justice s'est largement inspirée du régime applicable à la responsabilité extra-contractuelle des institutions communautaires pour déterminer les conditions minimales de la responsabilité des Etats membres. Elle a estimé que la protection des droits issus du droit communautaire ne devait pas différer en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage.

Toutefois, c'est uniquement lorsque la protection juridictionnelle offerte dans les Etats membres est insuffisante, que les conditions définies par la Cour de justice doivent se substituer à celles applicables aux litiges similaires de droit interne. Les incidences de la définition communautaire du régime de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres sur les droits nationaux sont donc variables d'un Etat à l'autre.

Elles peuvent l'être également, au sein même des ordres juridiques nationaux selon que l'infraction commise est imputable au législateur ou aux autorités administratives. Alors que dans la plupart des ordres juridiques nationaux, la responsabilité du législateur est difficilement admise, les exigences du droit communautaire relatives à l'action en réparation contre l'Etat pour violation du droit communautaire ne varient pas selon l'organe de l'Etat auquel le dommage est imputable. Les droits nationaux de la responsabilité sont donc contraints de s'adapter.

La jurisprudence communautaire dans le domaine de la responsabilité des Etats membres a connu depuis 1991, une évolution remarquable et remarquée. Elle est sans doute l'évolution la plus significative qu'ait connu le droit communautaire depuis l'arrêt Simmenthal, tant en raison de la reconnaissance de la responsabilité extra contractuelle des Etats membres (Première Partie) que de l'incidence de la communautarisation du régime de cette responsabilité sur la protection juridictionnelle des particuliers et les droits nationaux. (Seconde Partie).

Présentation du plan

Première Partie: La reconnaissance de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres.

Seconde Partie: La définition communautaire du régime de la responsabilité des Etats membres.

PREMIERE PARTIE : LA RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITE EXTRA- CONTRACTUELLE DES ETATS MEMBRES

Le droit communautaire confère des droits aux particuliers. Dès 1963, dans l'arrêt Van Gen en Loos, la Cour de justice a déclaré que :

*"la droit communautaire indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique, que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligation que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers, qu'aux Etats membres et aux Institutions communautaires"*¹.

Le problème de la protection et de la sanction de ces droits s'est posé. Comment assurer le respect de ces droits pour les rendre effectifs ainsi que pour remédier à leur violation ?

Il est un fait que, jusqu'à l'arrêt Francovitch, aucun mécanisme de sanction direct des violations du droit communautaire n'était prévu par le traité C.E.E. Sans doute est-ce parce que les Etats membres y apparaissaient comme les seuls destinataires du droit communautaires. La seule voie ouverte pour contraindre les Etats membres à se soumettre à leurs obligations communautaires était la constatation juridictionnelle de leurs manquement par un arrêt de la Cour de justice.

Si le traité de l'Union politique a renforcé l'effet contraignant des arrêts en constatation de manquement, en permettant à la Cour de justice de condamner l'Etat membre qui ne s'y est pas conformé, au paiement d'une amende ou d'une astreinte, *"il n'en reste pas moins que ce mécanisme n'est pas de nature à assurer la pleine et immédiate jouissance des droits qu'ils (les particuliers) tirent du droit communautaires"*².

¹ C.J.C.E., 5 fév. 1963, Van Gen en Loos c. Administration fiscale néerlandaise. (Aff. 26/62, Rec.p. 3).

² M. Schockweiler, "La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire", R.T.D.E. 1992, p. 27, spé. p. 28.

La procédure est longue et elle ne permet pas de "*neutraliser les conséquences négatives de la transgression sur le plan des situations juridiques, en particulier individuelle, auxquelles il a été porté atteinte, en influant au moins sur le contenu patrimoniale de ces situations*"³.

Affirmer pour autant que les particuliers ne disposaient d'aucun moyen pour faire valoir leurs droits serait exagéré.

Si la primauté "*inconditionnelle*"⁴ droit communautaire permet aux juges nationaux d'écarter toute règles nationale contraires au traité et au droit communautaire dérivé, elle ne pouvait se concevoir uniquement "*en termes de conflits de normes*" pour "*satisfaire les exigences d'application d'un droit qui, par sa nature même, affecte les intérêts concrets*" des particuliers⁵.

Il fallait également garantir la protection des droits des justiciables et notamment leur reconnaître un droit à réparation.

Comment concevoir, en effet, une Communauté de droit, sans responsabilité des entités la composant en cas de méconnaissance de ses règles ? La responsabilité en est incontestablement le corollaire.

Le principe de la responsabilité extra-contractuelles des Etats membres du fait de la violation du droit communautaire est donc inhérent au système du traité. Il répond à "*l'impératif d'une protection effective et efficace de la victime d'une infraction communautaire*"⁶

C'est ce que la Cour de justice s'est efforcée de démontrer en lui donnant un fondement communautaire.

Désormais la primauté du droit communautaire n'implique plus seulement pour les Etats l'obligation d'écarter toute règle nationale incompatible, mais aussi, l'obligation de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations qui leur sont imputables. (TITRE I).

En raison de la portée générale du principe, les particuliers peuvent réclamer directement à l'Etat la réparation du préjudice que leur a occasionné tout manquement au droit communautaire.

Encore faut-il cependant que les justiciables établissent que le comportement de l'Etat est bien à l'origine du dommage. Il ressort des termes mêmes du principe de l'arrêt Francovitch, que la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée si le dommage ne lui est pas imputable. Le critère de la responsabilité extra contractuelle des Etats membres est donc l'imputabilité du dommage.(TITRE II)

³ G. Tesaurò. "La sanction des infractions au droit communautaires", *Rivista di diritto europeo*, 1992, p. 477, spé. p. 482.

⁴ Selon les termes de D. Simon, "Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?", *A.J.D.A.* 1993, p. 235.

⁵ D. Simon. *op. cit.*, p. 235.

⁶ M. Schockweiler, *op. cit.*, p. 28.

La mise en oeuvre de ce critère n'est pas simple. Dans le système communautaire où les compétences des autorités nationales et des Institutions communautaires sont étroitement liées, il est, en effet, parfois difficile de départager les responsabilités de chacun. Il n'est pas rare qu'un acte des autorités nationales dissimule une illégalité commise par une institution communautaire. Dans ce cas, l'action en réparation doit être dirigée contre elle devant le juge communautaire et non pas, contre l'Etat devant le juge national.

Dès lors, la consécration du principe de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres soulève le problème de la répartition des responsabilités entre la Communauté et les Etats membres.

TITRE PREMIER : Le principe de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire

TITRE II : Le critère de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : l'imputabilité du dommage

TITRE I :

LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DES ETATS MEMBRES EN CAS DE VIOLATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Le principe de la responsabilité des Etats membres est un principe jurisprudentiel. Si les Traités ont, dès l'origine, envisagé la responsabilité non contractuelle de la Communauté⁷, ils sont restés muets sur celle des Etats.

C'est à l'épreuve du système communautaire qu'a émergé ce principe, commandé par la nécessaire application uniforme du droit européen. Il vient donc compléter les rouages de la machine communautaire afin de permettre son bon fonctionnement (CHAPITRE PREMIER). Enoncé en des termes très généraux, il vise à sanctionner toutes les infractions au droit communautaire dont se rendent coupables les Etats et qui causent un dommage aux particuliers (CHAPITRE II).

Chapitre Premier : L'affirmation du principe de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres.

Chapitre Second : La généralité du principe de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres

⁷ Art.34 et 40 T.C.E.C.A, 178 et 215 T.C.E.E , 151 et 188 C.E.E.A.

CHAPITRE PREMIER : L’AFFIRMATION DU PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE EXTRA- CONTRACTUELLE DES ETATS MEMBRES

Si c'est effectivement dans l'arrêt Francovitch que la Cour de justice a consacré le principe d'une responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire, l'affirmation de ce principe s'est faite très progressivement dans le jurisprudence communautaire.

Dans l'édifice jurisprudentiel du juge européen visant à garantir la protection effective des droits "communautaires", la consécration d'un tel principe constituait incontestablement la pierre manquante, indispensable à la réussite de cette construction⁸.

Du fait de la reconnaissance de ce principe, *"les Etats membres devront comprendre désormais qu'ils sont soumis, eux aussi, au principe de l' "Etat de droit" dans le cadre de leurs rapports intra-communautaires"*⁹

Il est vrai que *"La reconnaissance de la primauté du droit communautaire dans tous les Etats membres, que ce soit en vertu de la jurisprudence des juridictions suprêmes ou du fait des règles constitutionnelles, aurait déjà dû suffire pour admettre l'existence d'une responsabilité de l'Etat du fait d'une violation du droit communautaire dans les mêmes conditions que celles valant pour un acte illégal dans l'ordre interne, la violation du droit communautaire devant être considérée dans l'ordre interne de tous les Etats membres comme une violation d'une norme de droit supérieure.*

*Toutefois, une telle assimilation suppose qu'il existe dans tous les Etats membres une voie de droit permettant l'indemnisation des dommages causés dans ces circonstances"*¹⁰

Cela ne signifie pas que l'éventualité d'une responsabilité de l'Etat du fait du droit communautaire soit exclue dans les ordres juridiques nationaux. Bien au contraire, du fait de l'intégration du droit communautaire dans le droit interne, le principe en lui même ne pose pas de problème¹¹. Cependant, il peut être battu en brèche par les droits nationaux de la responsabilité.

⁸ C'est d'autant plus vrai que le Traité CE prévoit la responsabilité de la Communauté elle-même.

⁹ P.Pescatore, "jusqu'où le juge peut-il aller trop loin?" in Liber Amicorum Olé Due, GAD, 1994, p.311

¹⁰ F.Schockweiler, "la responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire", RTDE, 1992, p.47.

¹¹ " ... la violation du droit communautaire devant être considérée dans l'ordre interne de tous les Etats membres comme une violation d'une norme de droit supérieure."

Son champ d'application risque ainsi d'être limité à l'action administrative des autorités nationales en raison de l'irresponsabilité reconnue dans certains Etats membres au législateur. De même, les conditions nationales d'engagement de la responsabilité de l'Etat peuvent conduire à son irresponsabilité en ne permettant pas la réparation de préjudice qu'il a occasionné en violant le droit communautaire.

Bien plus que le principe de la responsabilité de l'Etat de fait du droit communautaire, c'est l'objectif même de la protection des droits des particuliers issus du droit communautaire qui est bafoué.

Par contre, la consécration du principe au niveau communautaire oblige les Etats membres à réparer les dommages que leurs manquements au droit communautaire ont causé aux particuliers.

Cette obligation impose aux ordres juridiques nationaux de garantir aux particuliers, victimes d'un préjudice dans ces circonstances, l'obtention d'une indemnisation. Cette garantie passe avant tout par l'existence d'une voie de droit leur permettant d'engager la responsabilité de l'Etat en cas de violation du droit communautaire, quelle que soit l'autorité qui en est l'auteur.

On a ainsi fait valoir que:

*"L'arrêt Francovitch garantit l'existence ou requiert la création d'une voie de droit permettant d'engager la responsabilité de l'Etat en cas de violation du droit communautaire"*¹².

Toutefois, que la victime d'un préjudice puisse engager une action contre son auteur n'est pas suffisant en soi. Encore faut-il qu'elle soit en mesure d'obtenir effectivement réparation sans se voir opposer des conditions rendant toute indemnisation, en fait, impossible.

La consécration du principe de la responsabilité des Etats membres du fait du droit communautaire par la CJCE peut, dans une certaine mesure, induire une modification des régimes nationaux de la responsabilité de la Puissance publique afin qu'ils "*ne rendent pas, en pratique, excessivement difficile ou impossible l'exercice des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder*"¹³.

Là est tout l'intérêt et la portée de l'affirmation du principe par le juge communautaire.

A cet égard, il est intéressant de remarquer que c'est la Cour de justice, elle-même, la première, dans l'arrêt Humblet du 16 décembre 1960¹⁴, qui a évoqué l'obligation de réparation des Etats membres "*des effets illicites*" d'un acte législatif ou administratif contraire au droit communautaire.

¹² F. Shockweiler, *op. cit.*, p.47

¹³ Voir, par exemple, C.J.C.E., 16 déc. 1976, Rewe, (Aff. 33/76. Rec. p. 1989).

¹⁴ Aff. 6/60, Rec.p. 1128.

En fait, le juge communautaire voulait essentiellement rappeler aux requérants quelles étaient les conséquences d'un arrêt constatant le manquement d'un Etat membre.

Ce n'est qu'en 1976, dans le cadre de l'arrêt Russo, que le juge national a donné à la Cour de justice la première occasion de se prononcer sur l'existence d'un principe communautaire obligeant les Etats à réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire. Une fois encore, tout en reconnaissant l'obligation de réparation des Etats membres, la Cour en limite la portée en se fondant sur l'effet direct des normes communautaires violées.

En fait, les arrêts Humblet et Russo sont des étapes (Section I) dans le processus de reconnaissance du principe général de la responsabilité des Etats membres, consacré dans l'arrêt Francovitch.(Section II)

Section I : L'émergence du principe

Section II : La consécration du principe

SECTION I : L'EMERGENCE DU PRINCIPE

L'arrêt Francovitch n'est pas la première affaire où il est question du problème de la responsabilité d'un Etat membre pour violation du droit communautaire.

Dans un premier temps, la Cour de justice fonde le droit à réparation des justiciables sur l'autorité des arrêts en constatation de manquement : elle "*voit dans l'obligation de réparation qui incombe à l'Etat une conséquence que ce dernier doit tirer de l'arrêt constatant le manquement*"¹⁵. Ensuite, le juge communautaire a étendu ce droit à toute violation de normes communautaires d'effet direct. Ainsi, indépendamment de tout arrêt en constatation de manquement, il a estimé que l'effet direct des normes violées par les autorités nationales devait permettre à lui seul l'ouverture d'un recours en indemnité¹⁶ (§1).

L'accueil de cette jurisprudence dans les Etats membres a été mitigé. (§2)

§1 Le fondement de l'obligation de réparation des Etats membres

Comme le souligne M. le juge Schockweiler, "*l'analyse des arrêts rendus par la Cour en matière de manquement d'Etat met en évidence que la Cour a, très tôt consacré le principe d'une responsabilité de l'Etat membre dont le manquement avait été constaté et a fondé ce principe sur le droit communautaire*"¹⁷ (1). Il s'agit en quelque sorte de la première étape de la longue marche du juge européen vers la reconnaissance d'un principe général de responsabilité dont l'arrêt Francovitch sera l'aboutissement, en passant, auparavant, par le rattachement de l'obligation de réparation des Etats à l'effet direct du droit communautaire (2).

¹⁵ M. Schockweiler, article précité, p. 37.

¹⁶ Selon les propres termes de D.Simon et A.Barav, "la responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire". RMC. 1987. p.169.

¹⁷ Article précité, p.36.

A - Manquement et obligation de réparer des Etats membres.

C'est dans l'arrêt Humblet du 16 décembre 1960¹⁸, rendu dans le cadre du traité C.E.C.A, que cette jurisprudence trouve son origine. La CJCE, précisant l'autorité des arrêts en manquement, a expressément dit pour droit que la constatation de l'infraction étatique aux droit communautaire impliquait pour l'Etat l'obligation "*aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire*".

Alors que le requérant soutenait qu'elle disposait d'un pouvoir d'injonction à l'égard des autorités nationales¹⁹, la Cour répond, que dans le cadre d'un arrêt en manquement, elle ne peut que statuer sur les contestations portant sur l'interprétation ou l'application de normes communautaires "*mais ne peut cependant, de sa propre autorité, annuler ou abroger des lois nationales d'un Etat membre ou des actes administratifs de ses autorités*".

Elle étaye son argumentation en se référant aux articles 171 du Traité C.E.E et 143 du traité C.E.E.A "*qui n'attribuent qu'un effet déclaratoire aux décisions de la Cour en cas de manquement aux traités, tout en obligeant les Etats à prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt*". Elle en vient alors à spécifier la portée de cette obligation qui peut consister en une obligation de réparation.

Ainsi le raisonnement du juge européen nous conduit à la conclusion que l'obligation de réparer des Etats membres se déduit de l'autorité même des arrêts en manquement. Dès lors, "*l'indemnisation du préjudice causé par le manquement constitue, dans cette conception, une mesure requise en vue de l'exécution de l'arrêt ayant constaté ledit manquement*"²⁰.

Il faut que le juge communautaire ait préalablement constaté l'infraction de l'Etat pour que la personne lésée puisse agir en réparation contre lui.

C'est la raison pour laquelle la Cour de justice a admis que :

*"Même au cas où le manquement, allégué par la Commission, d'un Etat membre à ses obligations communautaires aurait été éliminé postérieurement au délai déterminé par la Commission en vertu de l'alinéa 2 de l'article 169, la poursuite de l'action conserve un intérêt, lequel peut consister à établir la base d'une responsabilité que l'Etat membre peut encourir, en conséquence de son manquement, à l'égard notamment, de particuliers"*²¹

¹⁸ J.Humblet c. Etat Belge (aff.6/60, Rec.p.1125).

¹⁹ En l'espèce, le pouvoir de prononcer la décharge ou la réduction de l'imposition contestée en prescrivant les dégrèvements correspondants.

²⁰ M.Schockweiler, article précité, p.37.

²¹ Voir notamment arrêt du 7 fév. 1973, Commission des CE / République italienne (aff. 39/72, Rec. p. 101), arrêt du 20 février 1986, Commission des CE / République Italienne, (Aff.309/84, Rec.p.599); arrêt du 24 mars 1988, Commission des CE/République Hellénique, (Aff.240/86, Rec.p.1835).

Cette jurisprudence, on ne peut plus claire quant au principe qu'elle énonce, se situe dans la continuité de l'arrêt Humblet. Elle le complète et renforce son intérêt. Certes, un certain nombre d'années les séparent. Néanmoins, elle avait déjà été amorcée dans un arrêt de 1961²² consacrant la persistance de l'intérêt à agir de la Commission même après régularisation du manquement.

Cette solution n'est guère surprenante et surtout elle est réaliste. Ce n'est pas, en effet, parce que l'Etat a fini par faire face à ses obligations que toutes les conséquences de son manquement sont pour autant rétroactivement effacées. Au contraire, pour que sa situation soit complètement régularisée, cet Etat devra veiller à prendre toutes les mesures nécessaires en ce sens et notamment dédommager les victimes de son infraction. On se retrouve alors sur le terrain de la jurisprudence Humblet.

Aujourd'hui, néanmoins, une interprétation quelque peu différente s'impose. Ce n'est plus l'autorité de ces arrêts en elle-même qui engendre l'obligation de réparation des Etats. Cette obligation existe préalablement²³. La constatation juridictionnelle du manquement de l'Etat facilite la tâche des juges nationaux. Désormais, *"l'existence d'un arrêt de manquement ne fait que souligner l'obligation pour le juge national d'accorder la réparation du dommage causé, alors qu'en l'absence d'un arrêt en manquement, il appartiendra à la juridiction nationale d'établir préalablement cette violation, en utilisant éventuellement la voie préjudicielle"*²⁴ Ainsi, même en cas de disparition de l'infraction, un arrêt de manquement conserve tout son intérêt car il *"peut consister à établir la base d'une responsabilité que l'Etat membre peut encourir, en conséquence de son manquement"*.

Cette interprétation s'impose avec l'arrêt Russo dans lequel l'obligation pour les Etats de réparer les dommages causés par des violations du droit communautaire ne trouve plus son fondement dans l'autorité d'un arrêt de manquement, mais est une conséquence de l'effet direct des normes violées.

²² Arrêt du 19 février 1961, Commission des CE/République Italienne (Aff.7/61, Rec.p.653).

²³ voir nos développements infra.

²⁴ J.Rideau. "Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes", L.G.D.J, 1994, p.742.

B- L'obligation de réparation, conséquence de l'effet direct du droit communautaire

Régulièrement, depuis l'arrêt Van Gend en Loos²⁵, *"lorsque la Cour de justice déclare qu'une disposition communautaire produit des effets directs, elle précise qu'une telle disposition engendre des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder"*²⁶.

La question de l'obligation de réparation des Etats membres se pose dès lors en ces termes : si le dédommagement est le seul moyen d'assurer la protection des droits que le justiciable tire du droit communautaire, il doit pouvoir obtenir réparation de toute violation dont il sera victime de la part de l'Etat. Cette protection passe donc nécessairement par la reconnaissance du principe même d'une obligation de réparer des Etats membres en pareilles circonstances. Autrement dit, l'obligation de réparation des Etats est la conséquence de l'effet direct du droit communautaire.

La Cour s'est exprimée très fermement en ce sens dans l'arrêt Russo du 22 janvier 1976²⁷ :

M.Russo, producteur de blé dur, avait assigné l'organisme d'intervention italien, l'AIMA, devant le pretore de Bovino sur la base de l'article 2043 du Code civil italien en vue d'obtenir réparation du préjudice que lui aurait causé une intervention de cette autorité, qui avait fait baissé les prix du marché intérieur en dessous du seuil garanti par le système de l'organisation commune du marché dans le secteur des céréales.

Le juge national a alors saisi la Cour tant pour s'assurer qu'il avait bien eu violation du droit communautaire que pour déterminer les conséquences d'une telle violation. Il s'agissait de savoir d'une part, si les mesures nationales en cause étaient incompatibles avec la réglementation communautaire, et d'autre part, s'il existait un principe communautaire permettant aux particuliers de se prévaloir de l'effet direct des règlements communautaires, afin de pouvoir obtenir, en cas de leur violation par un Etat membre, un dédommagement total pour les pertes financières subies.

Bien que l'intervention des autorités nationales ne soit pas conforme au droit communautaire, la Cour considère qu'elle n'est pas, par elle-même, obligatoirement source de préjudice. *"L'agriculteur particulier ne saurait prétendre avoir subi un préjudice au regard du droit communautaire si le prix qu'il a effectivement obtenu sur le marché est supérieur au prix indicatif ... Il appartient au juge national de constater, en considération des circonstances de chaque espèce, si un tel préjudice a été causé au producteur individuel"*²⁸.

²⁵ Arrêt du 5 février 1963 (Aff.26/62, Rec.p.3). Voir nos développements infra.

²⁶ MM.Simon et Barav, *op. cit.*, p.169.

²⁷ Carmine Antonio Russo/AIMA, (Aff.60/75, Rec.p.45).

²⁸ Att. 7 et 8 de l'arrêt, p.56.

Dans cas où un préjudice aurait été causé au producteur individuel *"par le fait d'une violation du droit communautaire, il incomberait à l'Etat d'en assumer, à l'égard de la personne lésée, les conséquences dans le cadre des dispositions du droit national relatives à la responsabilité de l'Etat"*²⁹.

Ainsi énoncé, la généralité des termes employés par le juge communautaire laisse à penser qu'on est en présence d'un véritable principe. La Cour parle de violation du droit communautaire sans distinction quant à la nature des règles violées. Aussi pourrait-on facilement voir dans l'arrêt Russo, la consécration du principe de la responsabilité des Etats membres du fait du droit communautaire.

Mais, il n'en est rien. Sans être pour autant une solution d'espèce, cette solution a une portée limitée. Elle ne s'applique qu'aux violations du droit communautaire d'effet direct car c'est dans l'effet direct qu'elle trouve son fondement.

Tout d'abord l'acte communautaire transgressé n'est autre qu'un règlement communautaire dont l'effet direct est incontestable. Par ailleurs, tant l'argumentation des parties que les conclusions de l'Avocat Général Reischl reposent sur l'applicabilité directe du droit communautaire et ses conséquences :

En vertu d'une jurisprudence communautaire bien établie³⁰, il est fait obligation au juge national en vue d'assurer *"l'effet utile de l'effet direct"*³¹, de sauvegarder les droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire. La mise en jeu de la responsabilité n'est ni plus ni moins qu'une des modalités de cette protection juridique. Il en résulte que l'obligation de réparation des Etats membres n'est donc qu'une conséquence de l'effet direct du droit communautaire³².

Néanmoins, tout le droit communautaire n'est pas d'effet direct.

Dans ce cas, le droit à réparation du particulier ne trouve son fondement que dans l'autorité d'un arrêt en constatation de manquement. La jurisprudence Humblet retrouve ses droits.

Pour autant, en ce qui concerne les normes communautaires d'effet direct, l'existence d'un arrêt en constatation de manquement conserve un intérêt certain. Les justiciables peuvent, en effet, l'invoquer à l'appui de leur recours en responsabilité devant le juge national. Compte

²⁹ Att.9 de l'arrêt, p.56.

³⁰ Voir notamment l'arrêt Van Gend et Loos, précité; arrêt du 3 avril 1968, Molkerei Zentrale, (Aff.28/67, Rec.p.212); arrêt du 4 avril 1968, Firma Gebrüder Lück, (Aff.34/67, Rec.p.360); arrêt du 19 décembre 1968, Salgoil, (Aff.13/68, Rec.p.661); arrêts du 16 décembre 1976, Rewe Zentralfinanz, (Aff.33/76, Rec.p.1989) et Comet, (Aff 45/76, Rec.p.2043); arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, (Aff.106/77, Rec.p.629); arrêt du 9 juillet 1985, Bozetti, (Aff.179/84, Rec.p. 2301) ...

³¹ Selon la formule de M. Mertens de Wilmars, "L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers", CDE 1981, p.379 (spé.p. 381).

³² Voir C.J.C.E 12 juillet 1990, A.Foster / British Gas plc, (Aff.C-188/89, Rec.p.I-3313) pour les directives : les dispositions des directives si elles sont inconditionnelles et suffisamment précises peuvent être invoquées par les justiciables devant le juge en vue d'obtenir des dommages-intérêts. Il s'agit là d'une application de la jurisprudence Russo aux directives d'effet direct.

tenu des obligations que leur impose l'article 171 du traité CEE, les juridictions nationales sont tenues de tirer toutes les conséquences d'un tel arrêt. Ainsi le juge interne devra-t-il constater qu'il y a eu effectivement violation du droit communautaire de la part de l'Etat. Aussi, en vertu du droit à réparation que confère aux requérants l'effet direct des règles violées et à condition que les autres conditions de la responsabilité soient remplies, devra-t-il faire droit à la requête et condamner l'Etat fautif à faire face à son obligation de réparer.

Cette interprétation de la jurisprudence de la Cour trouve sa confirmation dans l'arrêt *Waterkeyn* du 14 décembre 1982³³. Dans cette affaire, le tribunal de Grande Instance de Paris interrogeait la Cour sur les effets d'un arrêt en constatation de manquement³⁴ qui avait déclaré incompatible avec l'article 30 du Traité CEE le régime français de publicité des boissons alcoolisées. La réponse de la Cour est dans la continuité de sa jurisprudence en matière d'effet direct :

*"... en cas de constatation par la Cour, dans le cadre de la procédure des articles 169 à 171 du traité, de l'incompatibilité de la législation d'un Etat membre avec les obligations découlant du traité, les juridictions de cet Etat sont tenues, en vertu de l'article 171, de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour étant entendu cependant que les droits appartenant aux particuliers découlent non de cet arrêt mais des dispositions mêmes du droit communautaire ayant effet direct dans l'ordre juridique interne"*³⁵

On ne peut que partager l'avis de MM.Simon et Barav qui voient dans ce dispositif une confirmation que les droits des particuliers et notamment, le droit à réparation, découlent non pas de l'arrêt en manquement mais de l'effet direct des normes communautaires violées.

Par cet arrêt, la Cour a voulu non seulement réaffirmer que *"leurs droits naissent directement des dispositions communautaires sans qu'une constatation du manquement de l'Etat constitue un préalable nécessaire à la sauvegarde de ces droits"* mais également rappeler que la constatation juridictionnelle du manquement doit avoir pour conséquence *"qu'une disposition déclarée contraire au traité devrait être jugée illégale en droit interne"*³⁶.

On comprend ainsi l'intérêt d'une action en constatation de manquement alors même que l'Etat concerné a régularisé sa situation :

Si les normes communautaires violées ne sont pas d'effet direct, l'arrêt en constatation de manquement est nécessaire à la reconnaissance d'un droit à réparation du justiciable. Par contre, si les normes européennes sont d'effet direct, un tel arrêt est un moyen dont le

³³ Arrêt du 14 décembre 1982. Procureur de la République / *Waterkeyn*, (Aff.jtes 314, 316/81 et 38/82. Rec.p.4337).

³⁴ Commission / République française, (Aff.152/78, Rec.p.2299).

³⁵ Point 16 de l'arrêt, p.4361.

³⁶ Article précité, p.167.

justiciable peut se prévaloir pour appuyer son droit à réparation, né directement du droit communautaire.

On se doit donc d'interpréter différemment la jurisprudence de la Cour³⁷ selon la nature des règles communautaires en cause. Il faudra attendre une nouvelle évolution pour qu'une telle distinction entre normes avec ou sans effet direct soit abandonnée.

L'arrêt Foster du 12 juillet 1990³⁸ apparaît comme une application de la jurisprudence Russo à la violation de dispositions "inconditionnelles et suffisamment précises" d'une directive³⁹. Après avoir constaté l'effet direct de l'article 5, paragraphe 1, de la directive, la Cour conclut que "*dés lors, ... l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207 du Conseil ... peut être invoqué en vue d'obtenir des dommages-intérêts ...*"⁴⁰. "Dés lors" marque incontestablement le lien qu'établit le juge communautaire entre l'effet direct de la directive et le droit à réparation.

Ces solutions n'ont pas toujours été uniformément suivies dans les ordres nationaux alors qu'en toute logique, elle aurait dû s'imposer aux juges internes en tant que règles de droit supérieur.

§2 L'adhésion mitigée des juges nationaux à la jurisprudence de la Cour.

Certaines juridictions nationales ont éprouvé quelques difficultés à reconnaître aux particuliers, victimes de violations de normes communautaires, un droit à réparation. La difficulté provenait plus de la mauvaise volonté des juges internes à se soumettre à l'autorité des décisions de la Cour qu'à de réels problèmes d'intégration de cette jurisprudence dans les ordres étatiques. Jaloux de leur autonomie en matière de protection des justiciables, concédée soit par la CJCE, ils en donnaient une interprétation extensive, bien souvent incompatible avec leurs obligations communautaires. Le compromis n'était pas de mise.(B)

D'autres juridictions, au contraire, se sont montrées très respectueuses des principes dégagés par la Haute juridiction communautaire. Elles n'ont pas hésité à en faire une stricte application.

(A)

³⁷ Celle selon laquelle, en cas de disparition de l'infraction étatique, un arrêt en constatation de manquement conserve tout son intérêt car il "*peut consister à établir la base d'une responsabilité que l'Etat membre peut encourir, en conséquence de son manquement*".(voir supra)

³⁸ Aff.C-188/89, Rec.p.I-3313.

³⁹ Il s'agissait de la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail.

⁴⁰ Point 22 de l'arrêt.

Etrangement, juges "autonomistes" et juges "communautaristes" n'appartiennent pas forcément à des ordres nationaux différents. La différence se joue parfois uniquement au niveau interne : juridictions de premier degré et juridictions supérieures adoptent des positions divergentes. Souvent, ce sont les secondes qui se montrent les plus réticentes à voir leur autonomie bridée par les décisions de la Cour de justice.

A- La position "communautariste" de certaines juridictions nationales

Certaines juridictions nationales ont accueilli favorablement la jurisprudence de la Cour de justice. Elles n'ont pas hésité à reconnaître un droit à réparation aux victimes d'une violation de règles communautaires d'effet direct. Néanmoins, ces solutions ne sont pas toujours représentatives de la ligne jurisprudentielle suivie par l'ensemble des juridictions de l'Etat membre dont elles relèvent, comme nous aurons l'occasion de le constater en examinant la position "autonomiste" d'autres juges nationaux.

En Belgique, *"de même que l'ordre juridique est un, la protection juridique des normes qui composent cet ordre est une. Il n'existe ... ni procédure ni institutions administratives ou juridictionnelles dont l'objet propre serait uniquement la protection juridique des normes communautaires. Dès lors que la norme est obligatoire au plan interne, elle jouit de la même protection que toute autre norme, selon les mêmes procédures et devant les mêmes institutions administratives ou juridictionnelles"*⁴¹. Ainsi le juge belge a-t-il assimilé la protection des droits d'origine communautaire à celle des droits d'origine nationale. Aussi n'a-t-il pas hésité à sanctionner l'Etat pour la violation de normes communautaires d'effet direct. On pourrait même dire qu'il a "tout naturellement" reconnu la responsabilité de l'Etat comme la conséquence évidente de l'effet direct des dispositions violées. Il a parfaitement conscience la mission de "protection" dont il est investi par l'ordre communautaire :

Dans l'affaire *Boccia et autres*⁴², les demandeurs, ressortissants espagnols, se plaignaient d'avoir été écartés discrétionnairement d'un concours organisé par la Régie des postes au motif qu'ils ne possédaient pas la nationalité belge, condition imposée par un arrêté royal⁴³.

⁴¹ L.Goffin, J.Masquelin, Y.Verougstraete. J.Van Compernelle, F.I.D.E., "Remedies for Breach of Community Law, Londres, 1980.

⁴² Tribunal de première instance de Bruxelles, 4e ch, 9 fév.1990, *Boccia et autres c/ Etat Belge*, J.L.M.B.(jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles) 1990, p.766.

⁴³ En vertu d'un arrêté royal du 21 décembre 1983, *"Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 48 du Traité du 25 mars 1957 instituant la C.E.E., les stagiaires en service dans une administration doivent avoir la nationalité belge"*.

Considérant qu'ils avaient perdu une chance d'être nommés comme stagiaires à la Régie des postes, ils réclamaient une indemnisation à titre de dommage moral et matériel.

Il s'agissait de déterminer en l'espèce, si l'exclusion des requérants en raison de leur nationalité était compatible avec le principe de libre circulation des travailleurs inscrit dans l'article 48 du traité C.E.E directement applicable dans l'ordre interne.

L'article 48 interdit toute discrimination fondée sur la nationalité entre travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne notamment l'emploi, sauf en cas d'emplois dans l'administration publique. Cependant conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, cette exception doit être entendue de manière restrictive, au sens où seuls sont exclus les emplois publics qui comportent une participation à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques.

Par ailleurs, dans une communication de 1988, publiée au journal officiel des Communautés européennes., la Commission avait écartée du champs d'application de l'exception de l'article 48 du Traité les emplois relevant des institutions postales des Etats membres, sauf si les autorités étatiques prouvaient que ces postes impliquaient une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique.

Il revenait donc au juge de vérifier si tel était le cas des postes en cause.

Dans un arrêt du 9 février 1990, le juge belge a estimé qu'il semblait *"très invraisemblable que l'Etat belge ait songé à confier des responsabilités particulières à des agents stagiaires ou auxiliaires"*. Qu'en effet, à la lecture du programme de stage, on cherchait *"vainement une trace de l'exercice, même indirect, de la puissance publique ou d'une responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat..."*. Que dès lors, *"s'il fallait exclure tout non belge de l'exercice des modestes tâches susdites, l'on ne voit pas à quel autre emploi ce non Belge pourrait avoir accès à la Régie des postes, alors qu'elle doit être ouverte, sauf cas d'exception, à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur des pays de la C.E.E."*

Il en conclut qu'il y a eu violation du droit communautaire et condamne l'Etat Belge à réparer le préjudice subi par les ressortissants communautaires, auxquels avait été refusé l'accès à un emploi dans l'administration des postes.

Il est intéressant de noter que le juge belge fonde directement sa décision sur la jurisprudence de la Cour de justice. Dès le début, il rappelle *"la prééminence sur le droit interne des Etats membres du droit communautaire européen dont les effets sont directement applicables"*. Ensuite, il examine la situation des requérants au regard du contenu de l'article 48 du traité tel que défini par la Cour de justice. Il tire donc toutes les conséquences de la non-conformité de la réglementation nationale aux dispositions d'effet direct de l'article 48 du Traité au niveau de la responsabilité de l'Etat.

Ce jugement est une parfaite application du principe énoncé par l'arrêt Russo, tant parce que le juge a reconnu aux requérants, sans aucune hésitation, un droit à réparation du fait de la

violation d'une norme communautaire d'effet direct, que par le fait qu'il condamne effectivement l'Etat à réparation.

Une autre application parfaite de la jurisprudence Russo est le jugement rendu le même jour par le même tribunal dans une affaire Michel⁴⁴. D'anciens fonctionnaires belges au service des Communautés européennes avaient saisi le juge national à la suite du refus persistant de l'Etat d'adopter les mesures nécessaires pour assurer le transfert de leurs droits à pension. Ils demandaient réparation à l'office des pensions et à l'Etat pour cette abstention. Ce manquement avait d'ailleurs été constaté par la Cour de justice dans un arrêt de 1981⁴⁵.

Le juge déclare l'action fondée à l'encontre de l'Etat belge qui, en tardant "indéfiniment" et "impunément" à prendre les mesures en cause, a causé un préjudice aux demandeurs.

Après avoir pris soin de rappeler expressément la jurisprudence communautaire, le Tribunal conclut à la négligence flagrante de l'Etat Belge, excluant qu'il puisse invoquer pour se disculper des raisons d'ordre interne telle la souveraineté du pouvoir législatif⁴⁶. La législation belge n'étant pas conforme au droit communautaire directement applicable, il tire les conséquences juridiques qui s'imposent, au profit des personnes lésées par cette situation. Il est même allé plus loin que la simple indemnisation du préjudice puisqu'il condamne l'Etat à adopter les mesures nécessaires pour assurer le transfert des droits de pension, sous peine d'une astreinte de 500 francs à payer à chacun des demandeurs, par jour de retard, à compter de l'expiration d'un délai de six mois commençant à courir le jour de la notification du jugement⁴⁷.

Ces deux jugements montrent que le juge belge a fait siens les préceptes jurisprudentiels communautaires. Le juge néerlandais n'a, semble-t-il, pas éprouvé davantage de difficulté, dans une affaire Roussel, à les intégrer.

Aux Pays Bas, les personnes publiques sont soumises, en principe, au même régime de responsabilité que les particuliers. Selon l'article 1401 du Code Civil néerlandais (*Burgerlijk Wetboek*), "*tout acte illicite qui porte préjudice à autrui exige que celui qui l'a provoqué par sa faute le répare*". L'Etat est donc tenu de réparer tout acte illégal portant préjudice à autrui. En vertu de la jurisprudence de la Cour de Cassation (*Hoge Raad*), l'Administration est responsable pour faute si elle transgresse une disposition légale destinée à sauvegarder l'intérêt

⁴⁴ Tribunal de première instance de Bruxelles, 4e ch., 9 fév.1990, Michel et autres c/ Office des Pensions et l'Etat belge.

⁴⁵ CJCE 20 oct.1981, Commission c/ Belgique, (Aff.137/80, Rec.p.2393).

⁴⁶ Le juge se conforme à la jurisprudence constante de la Cour de justice en matière de manquement qui refuse que les Etats membres puissent exciper de dispositions pratiques ou situations de leur ordre interne pour justifier le non respect de leur obligation d'application du droit communautaire.

⁴⁷ Le juge belge peut, en effet, adresser à une autorité publique des injonctions positives et négatives pour assurer le respect de droits subjectifs.

individuel, à condition qu'elle ait manqué à l'obligation d'agir avec diligence et de manière raisonnable.

Par ailleurs, l'article 94 de la Loi fondamentale prévoit que "*les dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun*".

Ce sont ces dispositions nationales associées à la jurisprudence de la Cour de justice qui ont donné au juge néerlandais les moyens de mettre en cause la responsabilité de l'Etat dans une affaire Roussel :

Des entreprises pharmaceutiques avaient saisi le Président du Tribunal d'arrondissement (l'Arrondissementsrechtbank) de la Haye d'une demande de référé visant à interdire à l'Etat l'application d'un arrêté ministériel réglementant le prix des produits pharmaceutiques. Elles avançaient que cette réglementation, en opérant une différenciation entre produits nationaux et produits importés, était contraire au droit communautaire. Suite à un recours préjudiciel du juge néerlandais, la Cour de justice avait constaté que les mesures nationales constituaient des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives interdites par l'article 30 du Traité C.E.E⁴⁸.

Saisi ultérieurement d'une demande d'indemnisation, le tribunal, dans une décision du 18 juillet 1984, a immédiatement tiré toutes les conséquences de l'arrêt préjudiciel sur le terrain de la responsabilité étatique. Il a condamné l'Etat à indemniser les requérantes du préjudice que leur avait occasionné l'application du régime de prix illégal. Il a écarté l'argumentation de l'administration qui soutenait qu'elle n'avait pas agi de manière déraisonnable en adoptant la réglementation en cause, dans la mesure où elle avait fait une simple erreur d'appréciation et non une erreur manifeste ou erreur grossière d'appréciation. Selon elle, elle n'avait donc pas commis de faute. Pour le juge néerlandais, les autorités nationales auraient du connaître la portée de l'article 30 du traité, c'est à dire la jurisprudence de la Cour de justice. Sans doute était-ce là qu'il fallait rechercher la faute de l'administration.

Conformément au principe de primauté du droit communautaire énoncé par l'article 94 de la Loi fondamentale, l'Arrondissementsrechtbank voit dans la violation de l'article 30 du Traité C.E.E. une illégalité. Cette disposition communautaire étant d'effet direct, elle peut facilement être assimilée à une disposition légale visant à protéger l'intérêt individuel et donc conférant aux particuliers un droit à réparation. Quant au problème de la faute, comme nous avons pu le constater, le juge national semble lui avoir trouvé une solution définitive en posant la présomption de connaissance du droit communautaire des autorités étatiques. Ainsi, il semblerait qu'à l'avenir, en cas de violation du droit communautaire, l'élément fautif soit acquis sauf si les autorités étatiques apportent la preuve qu'elles n'étaient pas en mesure d'acquiescer une

⁴⁸ CJCE, 29 novembre 1983, Roussel Laboratoria BV, (Aff.181/82, Rec.p.3849).

telle connaissance. Preuve qui nous paraît très difficile lorsque l'on sait que dans l'affaire Roussel, le juge avait lui-même sollicité l'interprétation de la Cour de justice pour déterminer s'il était en présence de mesures d'effet équivalent. Ce qui ne l'a pas empêché d'estimer que les autorités nationales étaient supposées connaître la portée de l'article 30 du Traité C.E.E.

L'établissement d'une telle présomption démontre la parfaite intégration du droit communautaire dans l'ordre juridique néerlandais ou du moins, la volonté du juge interne qu'il en soit ainsi, cette intégration passant avant tout par sa connaissance, son application et sa sanction.

En France et en Grande Bretagne, deux décisions méritent de retenir l'attention : le jugement du Tribunal administratif de Pau dans l'affaire Steinhauser contre Ville de Biarritz et la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire Garden Cottage Foods Ltd.

M.Steinhauser, un artiste peintre de nationalité allemande, avait vu sa candidature à un procédure d'adjudication de locaux appartenant à la ville de Biarritz écartée sur la base d'un cahier des charges qui exigeait la nationalité française. Il avait dès lors saisi le Tribunal administratif de Pau d'un recours en annulation contre la décision du maire et d'un recours en réparation pour violation de l'article 52 du Traité C.E.E. A la suite d'un renvoi préjudiciel du juge français, la Cour de justice⁴⁹ avait déclaré que la réglementation municipale, en subordonnant l'admission des candidatures à une condition de nationalité, avait méconnu les dispositions d'effet direct de l'article 52 du traité C.E.E. Le Tribunal administratif de Pau⁵⁰, se référant expressément à cet arrêt, a fait droit à la requête. Non seulement il a annulé la procédure d'adjudication mais il a également condamné la ville à indemniser le requérant, considérant qu'elle avait commis une faute en violant le droit communautaire.

La Société Garden Cottage Foods Ltd achetait 90% du beurre en gros qu'elle revendait à un organisme public, le Milk Marketing Board (M.M.B.). Dans le cadre d'une nouvelle stratégie de vente, le M.M.B. avait choisi quatre distributeurs indépendants pour les ventes de beurre à l'exportation et cessé d'approvisionner la requérante. Estimant son "droit de ne pas subir les conséquences d'un comportement constitutif d'un abus de position dominante"⁵¹ avoir été bafoué, la Société Garden Cottage Foods Ltd avait demandé au juge d'adresser une injonction à M.M.B. l'obligeant à l'approvisionner en beurre. Saisie de l'affaire, la Chambre des Lords a jugé que la violation de l'article 86 du Traité C.E.E. donnait droit à une action en dommages-intérêts et que la voie de l'injonction était dès lors inutile. En effet, en vertu des engagements pris par le Royaume-Uni dans l'article 2 paragraphe 1 du European Communities Act de 1972 lors de son adhésion aux Communautés et de l'effet direct reconnu par la Cour de justice à

⁴⁹ CJCE, 18 juin 1985, Steinhauser, (Aff.197/84, p. 1819).

⁵⁰ Tribunal administratif de Pau, 12 novembre 1985, Steinhauser c/ Ville de Biarritz, Rec. Leb. p. 473.

⁵¹ Terminologie empruntée à M.M Simon et Barav pour qualifier le contenu de l'article 86 du Traité C.E.E., article précité, p. 171.

l'article 86 du Traité C.E.E., le juge anglais a vu dans l'interdiction d'abus de position dominante édictée par l'article 86, une obligation créée par la loi conférant un droit aux particuliers qu'il était tenu de protéger. Or, en droit anglais, la violation d'une obligation légale est un cas d'ouverture de l'action en responsabilité. En assimilant la violation de la norme communautaire à la violation d'une obligation légale, la Chambre des lords a donc tiré toutes les conséquences de la violation du droit communautaire par les autorités nationales au plan de la responsabilité, conformément à l'arrêt Russo.

Cependant, ces décisions juridictionnelles, aussi exemplaires étaient-elles, pouvaient seulement être qualifiées de "ponctuelles" dans la mesure où, comme nous pourrions le constater, elles ne s'inscrivaient pas dans une ligne jurisprudentielle définie et constante. D'autres décisions, intervenues notamment en France ou en Grande Bretagne, se sont détachées de ces solutions pour se montrer plus "autonomistes".

B-. La position "autonomiste"

Comme l'attestent les affaires Alivar en France et Bourgoïn en Grande Bretagne, ce sont les juridictions supérieures qui se sont montrées les plus réticentes à tirer toutes les conséquences de la jurisprudence européenne. Elles sont même allées jusqu'à s'affranchir délibérément des principes dégagés par la Cour, se voulant ainsi indéniablement "autonomistes".

Cette position "autonomiste" s'est affirmée tant par rapport à l'autorité des arrêts en constatation de manquement de la Cour (l'affaire Alivar) (a) qu'à l'égard de la reconnaissance même d'un droit à réparation du fait de la violation de normes communautaires d'effet direct (l'affaire Bourgoïn) (b).

1. L'affaire Alivar⁵²

N'ayant pu avoir un visa d'exportation auprès du FORMA, la Société coopérative Santarco, qui s'était engagée à livrer à la Société Alivar, 2400 tonnes de pommes de terre, n'avait pas honoré ses engagements. Obligée de s'approvisionner auprès de producteurs d'autres Etats membres, à un prix plus élevé pour des produits de qualité moindre, la Société Alivar avait saisi le juge administratif français afin que l'Etat français répare le préjudice qu'elle

⁵² C.E.Ass. 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ Société Alivar*, Rec. Leb. p. 128. Voir note.B.Genevois, AJDA 1984, p.396 et Concl. du Commissaire du Gouvernement, M.Denoix de Saint Marc, R.T.D.E, 1984, p.341.

avait subi⁵³. A l'appui de sa demande, elle invoquait un arrêt de la Cour de justice qui mettait en cause, au regard de l'article 34 du Traité de Rome, le régime de visa à l'exportation des pommes de terre institué par la législation française⁵⁴.

Qu'il s'agisse du tribunal administratif de Paris en première instance ou du Conseil d'Etat en cassation, la requérante a obtenu gain de cause. Un droit à réparation lui a été reconnu. Néanmoins, d'une décision à l'autre, le fondement de la responsabilité de l'Etat a changé: On est passé d'une responsabilité pour faute à une responsabilité sans faute. Cette différence trouve sa justification dans l'autorité qu'ont accordé ces juridictions à l'arrêt en constatation de manquement rendu par la Cour de justice :

Le Tribunal administratif a considéré, à la lecture de cet arrêt, que l'Etat, en violant l'article 34 du Traité C.E.E, avait commis une faute, directement à l'origine du préjudice de la requérante et a condamné l'Etat à dédommager la Société Alivar. Au contraire, le Conseil d'Etat a fait totalement abstraction de cet arrêt. S'il a également condamné l'Etat à verser des dommages-intérêts à la requérante, ce n'est pas par ce qu'il a jugé que l'intervention des autorités nationales était illégale, mais uniquement en raison du préjudice anormal et spécial subi par la Société Alivar. Le Conseil d'Etat s'est donc placé sur le terrain de la responsabilité sans faute pour faire droit à la demande. Il n'a pas pris en considération, comme l'avait fait le Tribunal administratif, l'arrêt en manquement de la Cour de justice. Sinon, il aurait vu dans l'illégalité constatée par la Cour de justice, conformément à sa jurisprudence Driancourt⁵⁵, une faute.

Tel n'a pas été le cas. Selon lui, en effet, les actes litigieux étaient justifiés par des motifs d'intérêt général. A ce titre, ils ne pouvaient pas être entachés d'illégalité ou du moins, fautifs⁵⁶. Ainsi le Conseil d'Etat, s'affranchissant de l'autorité de l'arrêt en manquement, a-t-il porté sa propre appréciation sur la légalité de l'avis aux exportateurs au regard du droit communautaire. Il ne s'est donc pas estimé lié par l'arrêt de la Cour de justice qui avait jugé que l'Etat français avait manqué aux obligations qui lui incombait en vertu de l'article 34 du traité de Rome en

⁵³ Auparavant cependant, elle avait tenté de se retourner contre la Société Santerco en engageant une action contractuelle devant une instance arbitrale. Mais la sentence rendue avait estimé que la Société coopérative n'était pas responsable de l'inexécution du contrat, s'étant trouvée devant un cas de force majeure.

⁵⁴ Selon la Cour, *"la république française, en subordonnant depuis le 25/10/1975 l'exportation vers les autres Etats membres de pommes de terre ... à la présentation d'une déclaration d'exportation préalablement visée par le F.O.R.M.A. a manqué à l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 34 du Traité C.E.E."*

⁵⁵ C.E 26 janv.1973, Ville de Paris c. Driancourt, Rec. Leb. p.78. Voir également C.E. 22 mai 1974, Charrois, Rec.p.298. Depuis ces jurisprudences, toute illégalité en droit administratif français est constitutive d'une faute.

⁵⁶ *"Considérant qu'il appartient à la juridiction administrative française de déterminer si l'avis aux exportateurs et le refus de visa de la déclaration d'exportation, incriminés par la Société Alivar, sont de nature à engager la responsabilité de l'Etat à l'égard de cette société; qu'il résulte de l'instruction que ces actes ont été pris pour des motifs d'intérêt général tirés de l'état de pénurie du marché de la pomme de terre en France à la fin de 1975 et au début de 1976 et qui s'opposaient à l'octroi du visa de la déclaration d'exportation sollicitée par la Société Alivar; que, dès lors, l'Etat français ne saurait être tenu à réparation envers cette société que sur le fondement de la responsabilité sans faute au cas où il serait justifié d'un préjudice anormal et spécial imputable à l'intervention de l'Administration française."*

subordonnant l'exportation des pommes de terre à la présentation d'une déclaration d'exportation visée par le F.O.R.M.A.

Pourtant le Commissaire du gouvernement, M. Denoix de Saint Marc, avait adopté une position "communautariste". Selon lui, le Conseil d'Etat était lié par l'arrêt en constatation de manquement de la Cour de justice. Ce qui devait le conduire à conclure à l'illégalité de la législation française et ,dés lors, à l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat⁵⁷.

On peut remarquer que le Conseil d'Etat ne remet nullement en cause le fait que la requérante puisse tirer, conformément à l'arrêt Russo, un droit à réparation de l'effet direct des dispositions de l'article 34 du Traité C.E.E.

C'est uniquement au niveau du fondement et des modalités de la responsabilité de l'Etat qu'il s'écarte du jugement du Tribunal administratif de Paris. Et pour cause, l'application du régime de la responsabilité pour faute est la conséquence de l'application de l'arrêt en manquement par le juge interne.

Parfaitement conscient du droit à réparation dont pouvait se prévaloir la requérante ,en vertu de l'article 34, du fait du préjudice qui lui avait été occasionné, mais refusant de voir une faute dans l'intervention des autorités administratives françaises, il ne restait plus au Conseil d'Etat qu'à se placer sur le terrain de la responsabilité sans faute. Ce qu'il a fait⁵⁸.

L'arrêt Alivar n'est pas la première affaire où le Conseil d'Etat se fonde sur l'ordre public pour justifier des mesures nationales restrictives faisant obstacle au principe communautaire de libre circulation. Dès 1979⁵⁹, il déclare que n'est pas illégale et par suite, ne saurait présenter le caractère d'une faute du service public, la décision prise par un préfet d'interdire l'accès d'un port aux navires citernes de toutes nationalités et de toutes provenances alors que régnait chez les viticulteurs un ample mouvement de protestation provoqué par la mévente des récoltes. Une telle mesure, en effet, est justifiée par " *les nécessités de l'ordre public* ". Dès lors, bien

⁵⁷ "A notre avis, vous êtes lié par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes.... Il s'ensuit ... que c'est en vous fondant sur l'arrêt de la Cour de justice que vous devez reconnaître qu'il y a eu "manquement" de la part de l'Etat français aux obligations que lui impose l'article 34 du Traité de Rome...". Puis soulignant qu'il est de la compétence exclusive du Conseil d'Etat de tirer les conséquences d'un tel arrêt, il estime qu'en l'espèce, il appartenait à la Haute juridiction administrative "de relever que l'avis aux exportateurs du 24/10/75 qui méconnaît l'article 34 du Traité de Rome est illégal au regard (du) droit interne (français) ..." et " de dire que cette illégalité est, en droit français, constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat"(R.T.D.E. 1984, p.347-348).

⁵⁸ Il est à noter que jusqu'alors le Conseil d'Etat avait tendance à exclure l'application de cette théorie au domaine économique, considérant que le risque était inhérent à la vie économique. Dès lors, comme le souligne Bruno Genevois, "l'intérêt de la décision du 23 mars 1984 est de reconnaître de façon très explicite qu'il y a place en matière de réglementation économique pour un régime de responsabilité sans faute de la puissance publique" (A.J.D.A. 1984, p.399).

⁵⁹ CE. 7 déc.1979, Société " Les fils de Henri Ramel ", Rec. Leb. p. 456. Voir note B.Pacteau, JCP 1981, n°19500.

que ces restrictions aient eu *"pour effet de faire obstacle à des livraisons de vins qui, pour certaines d'entre elles provenaient d'Etats membres de la Communauté économique européenne, (elles) sont au nombre de celles qui, en raison de leur objet, sont, expressément autorisées par les stipulations claires de l'article 36 du traité instituant les Communautés"*.

Ainsi le Conseil d'Etat a "fait" du droit européen⁶⁰ en opposant, comme l'y autorise l'article 36 du Traité C.E.E, l'exception d'ordre public. La requérante a donc été indemnisée sur la base de la responsabilité sans faute, en raison du préjudice spécial qui lui avait été occasionné⁶¹.

Néanmoins, dans l'affaire Ramel, aucun arrêt en constatation de manquement de la Cour de justice n'était intervenu. Là est toute la différence avec l'affaire Alivar. Dans le premier cas, le Conseil d'Etat était libre quant à l'appréciation de la légalité des mesures litigieuses; dans le second cas, il s'est jugé libre de porter une telle appréciation alors que, conformément à l'arrêt en manquement de la Cour de justice, il aurait du logiquement conclure à l'illégalité de ces mesures et donc à la faute des autorités administratives.

Dans le cas particulier où c'est une loi qui était visée dans l'arrêt en constatation de manquement, le Conseil d'Etat a utilisé la théorie dite de l'écran législatif pour contourner l'autorité de l'arrêt et donner sa propre appréciation de la légalité des actes d'application.

C'est ce qui ressort notamment de sa jurisprudence *International Sales and Import Corporation BV* .⁶² Dans cette affaire, la Cour de justice avait condamné, dans un arrêt en constatation de manquement, le mécanisme de fixation du prix au détail des tabacs qui était défini par la législation française. La requérante avait dès lors demandé au Ministre de l'Economie et des Finances la revalorisation du prix de vente des produits tabagiques. A la suite de son refus, elle avait saisi le Conseil d'Etat afin d'obtenir l'annulation de la décision ministérielle ainsi qu'une indemnisation, contestant le pouvoir du ministre en matière de fixation des prix du tabac manufacturé. En fait, c'était la légalité du décret fixant les modalités de ce pouvoir qui était en cause.

La Société demanderesse fondait essentiellement son argumentation sur l'arrêt de la Cour de justice. Selon elle, la Cour de justice avait voulu censurer le principe même de l'attribution à l'autorité réglementaire d'un pouvoir de fixation des prix de vente du tabac.

Le Conseil d'Etat a estimé que *"le moyen articulé à l'encontre de la légalité de ce décret ... ne saurait être accueilli"*. Selon lui, il tendait *"en réalité, à faire apprécier la conformité de la loi*

⁶⁰ Selon l'expression de M.Pacteau, note précitée.

⁶¹ Dans le même ordre d'esprit, voir CE 7 oct.1987, *Ministre de la Culture c/ Consorts Genty* ; RFDA, 1988, p.854. Cette affaire ne portait pas sur l'exception d'ordre public de l'article 36 mais sur celle de "la protection des trésors nationaux". Il est intéressant de noter que dans cette affaire, les requérants n'ont pas pu obtenir réparation sur la base du régime de la responsabilité sans faute, les actes ou décisions de l'administration en matière d'interdiction d'exportation des oeuvres présentant un intérêt national d'histoire ou d'art ne pouvant ouvrir droit à indemnisation que s'ils sont entachés d'illégalité.

⁶² CE., S., 13 déc.1985 *Société International Sales and Import Corporation BV*; Rec. Leb. p.386. Voir Concl. Martine Laroque, AJDA 1986, p.174; note de P. Soler-Couteaux, RTDE 1988, chronique de jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire, p.100.

... au Traité de la Communauté économique européenne et à la directive du Conseil des Communautés de 1972 ...", dans la mesure où *"le pouvoir de réglementation (du ministre), dont les modalités ont été fixées par le décret ..., trouve son fondement dans les principes posés par le législateur ..."*.

C'est bien la théorie de la loi-écran qu'a fait valoir la Haute juridiction administrative française en l'espèce. Elle lui a permis d'écarter l'arrêt en manquement de la Cour de justice. Respecter la décision du juge communautaire aurait conduit, au contraire, à constater l'illégalité du décret complétant les dispositions législatives jugées elles-mêmes incompatibles avec les exigences communautaires et par voie de conséquence, l'illégalité de la décision ministérielle de refus.

Dés lors, considérant que le principe même de l'attribution à l'autorité réglementaire d'un pouvoir de fixation des prix ne va pas à l'encontre des dispositions communautaires, le Conseil d'Etat s'est attaché à démontrer que le refus du Ministre d'augmenter les prix des produits tabagiques n'était pas entaché de détournement de pouvoir. Ce refus reposant *"exclusivement sur des motifs d'intérêts général afférents à la lutte contre l'inflation et la hausse des prix"*, il considère que *"le ministre n'a ni fait un usage des pouvoirs qu'il tient des dispositions législatives et réglementaires sus-rappelées qui soit contraire aux dispositions des articles 30 et 37 du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne, ni méconnu les objectifs énoncés par la directives du Conseil des Communautés européenne ..."*. Il en déduit que *"la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la décision ... est entachée d'excès de pouvoir"*.

Il semblerait que le raisonnement du juge dans cette affaire soit le même que dans l'arrêt Alivar, avec cette différence que le Conseil d'Etat persiste à exiger *"une faute engageant la responsabilité de l'Etat"* pour indemniser. En fait, cette différence tient essentiellement au domaine d'intervention de l'Etat et non à un revirement de jurisprudence. En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat⁶³ exclut qu'en matière de prix, la réparation d'un préjudice puisse être obtenu sur la base de la responsabilité sans faute. Il ne s'agissait donc pour la Haute juridiction française que de le rappeler et non d'établir un principe : *"des mesures de blocage des prix, établies dans un but d'intérêt général, sur le fondement des dispositions législatives et réglementaires sus-rappelées, ne sauraient ouvrir droit à réparation en l'absence d'une faute imputable à l'Etat"*.

Depuis son arrêt d'Assemblée Nicolo⁶⁴, le Conseil d'Etat a abandonné la théorie de la loi-écran. Il accepte désormais d'examiner la conformité de la loi nationale à la norme communautaire. Il n'en reste pas moins vrai que, lors de cet examen, il peut considérer, conformément à la

⁶³ C.E. S., 8 janv.1960, Laiterie Saint-Cyprien, Rec.p.10.

⁶⁴ C.E., A, 20 oct.1989, Nicolo, Rec Leb. p. 190, concl. Frydman. Voir également A.J.D.A 1989, Chron. MM. Honorat et Baptiste, p.756 et note de M.Simon, p.788; R.F.D.A. 1989, les commentaires de MM.Genevois (p.824), Favoreu (p.993) et Dubouis (p.1000); M.Isaac, R.T.D.E 1989, p.787; M.Kovar, D.1990, p.57; M.Lachaume, R.M.E 1990, p.384 ...

jurisprudence Alivar, qu'en raison de motifs d'intérêt général et contrairement à un arrêt en manquement condamnant les dispositions législatives en cause, qu'il n'y a pas d'illégalité.

La jurisprudence Alivar a connu d'autres applications. On peut citer à titre d'exemple, le jugement du Tribunal administratif de Rennes dans l'affaire Druault, celui du Tribunal administratif de Strasbourg dans l'affaire Tresch-Alsacaves⁶⁵ et le jugement du Tribunal administratif de Dijon dans l'affaire Berard⁶⁶ :

En raison des contrôles systématiques opérés par les services de douanes sur les importations en vrac de vins italiens, la Société Druault avait saisi le Tribunal administratif de Rennes d'une action en responsabilité contre l'Etat pour les dommages qu'elle avait subis du fait d'importants retards de livraison. Le tribunal avait engagé la responsabilité de l'Etat sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques alors, qu'une fois encore, la requérante fondait son action sur la faute des autorités administratives en s'appuyant sur un arrêt de manquement de la Cour de justice condamnant les contrôles douaniers français en ce qu'ils constituaient des mesures équivalant à des restrictions quantitatives.

Néanmoins, la Cour administrative d'appel de Nantes⁶⁷ a quelque peu "réajusté" cette jurisprudence. Elle a admis la responsabilité pour faute de l'Etat, car les mesures de contrôles n'étaient pas justifiées par des motifs d'intérêt général. C'est donc seulement dans l'hypothèse où les mesures litigieuses ont été prises dans un but d'intérêt général que le régime de responsabilité sans faute s'applique.

L'affaire Tresch-Alsacaves est, en tout point, analogue à l'affaire Druault, une autre application de la jurisprudence Alivar :

La Société Tresch-Alsacaves se plaignait également de l'immobilisation par le service des douanes françaises de ses lots de vins importés d'Italie. La Cour de justice, informée par la Commission, avait dans un premier temps ordonné aux autorités françaises de ne pas dépasser un délai de vingt et un jours pour mettre les produits concernés sur le marché et de ne pas procéder à des contrôles systématiques de la marchandise. Dans un second temps, elle avait déclaré que les mesures de dédouanement constituaient des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives contraires à l'article 30 du Traité C.E.E⁶⁸. Pourtant le juge national a, une fois encore, fait peu de cas de l'autorité de l'arrêt en manquement. Se basant sur la réglementation communautaire en matière vinicole et faisant une appréciation subjective la situation, il a rejeté l'argument tiré de la violation de l'article 30 soutenant que

⁶⁵ T.A. Strasbourg, 5 juin 1984, Société Tresch-Alsacaves, C.M.L.R. 1986, p.625.

⁶⁶ T.A. Dijon, 15 avril 1986, Société vinicole Berard. Rec. Leb. p.311. Voir note de M.P. Soler-Couteaux, R.T.D.E 1988, p.109.

⁶⁷ CAA de Nantes, 20 juin 1991, SA Druault c/ Ministre de l'Economie des Finances et du Budget. AJDA, 1992. p.172.

⁶⁸ C.J.C.E., 22 mars 1983, Commission c/ France, (Aff.42/82, Rec.p.1013).

"L'Administration était en droit de procéder à l'analyse des vins litigieux sans que les contrôles effectués constituent- du seul fait de leur existence- une entrave au principe de libre circulation des produits énoncé par les articles 30 et suivants du Traité de Rome". Il a, toutefois, reconnu que de telles mesures ne devaient pas être instituées dans le seul but de restreindre les importations de vins en provenance d'Italie, mais qu'elles ne pouvaient intervenir que dans les formes et conditions prévues à l'article 36 du Traité de Rome. A cet égard, il a jugé qu' "il ne résulte pas de l'instruction que l'Administration ait utilisé à d'autres fins les pouvoirs dont elle disposait en vue de contrôler la conformité des produits vinicoles avec les normes réglementaires". Si l'Etat français a été condamné à verser des dommages-intérêts à la Société requérante, ce n'est donc pas tant parce que le juge a vu dans les mesures de contrôles douaniers des restrictions quantitatives, que parce que les opérations de dédouanement contestées n'avaient pas été effectuées dans le délai raisonnable de trois semaines défini par l'ordonnance préalable de la Cour de justice. Ainsi, "En dépassant notablement ce délai, sans apporter de justifications précises d'un tel retard, l'Etat a commis une faute de nature à engager sa responsabilité".

Si le délai de trois vingt et un jours avait été respecté, le juge national se serait très certainement placé, comme dans l'affaire Alivar, sur le terrain de la responsabilité sans faute.

La Société vinicole Berard avait également saisi le juge d'une action en responsabilité contre l'Etat français pour obtenir réparation du préjudice qu'elle avait subi du fait de la durée des formalités et contrôles douaniers relatifs aux lots de vins importés d'Italie. Le Tribunal administratif de Dijon, appréciant les circonstances de l'espèce, a estimé *"qu'il résulte de l'ensemble de ces circonstances que les contrôles effectués avaient pour objet, non d'assurer le respect des dispositions communautaires dans le secteur viti-vinicoles, mais de faire obstacle, pour une période déterminée, à l'importation de vins en provenance d'Italie; que ces agissements contraires à l'article 30 du traité instituant la Communauté économique européenne, sont révélateurs d'une faute de nature à engager la responsabilité envers la société vinicole Berard à raison du préjudice qu'elle a subi du fait des retards nés des opérations irrégulièrement effectuées par le service des douanes dont la durée ne pouvait excéder un délai raisonnable qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de fixer à trois semaines"*.

Deux remarques s'imposent. D'une part, si la responsabilité des autorités nationales a été engagée sur le terrain de la faute, c'est parce qu'aucun motif tiré de l'intérêt général n'avait été invoqué pour justifier les mesures douanières. Dans le cas contraire, le juge aurait plutôt cherché à appliquer la solution Alivar. C'est ce qui ressort expressément du jugement.

D'autre part, si pour le Tribunal, dans les circonstances de l'espèce, un délai raisonnable est un délai n'excédant pas trois semaines, c'est en raison de la décision de la Cour de justice qui, dans

l'affaire Tresch-Alsacaves, avait retenu ce délai comme celui permettant d'effectuer raisonnablement des contrôles douaniers utiles en matière vinicole. Ainsi, sur ce point, sans pour autant faire référence à l'arrêt du juge communautaire, le juge national a respecté la décision de la Cour de justice.

Quelle que soit la solution retenue, responsabilité pour faute ou responsabilité sans faute, leur choix impliquait qu'au préalable, le juge administratif ait porté sa propre appréciation sur la légalité des mesures en cause, alors même qu'un arrêt en constatation de manquement avait été rendu par la Cour de justice. Comme dans l'affaire Alivar et contrairement à l'attitude adoptée par le Tribunal administratif de Paris, les Tribunaux administratifs de Rennes, Strasbourg et Dijon et la Cour administrative d'appel de Nantes ne se sont pas sentis liés par l'arrêt de la Cour européenne. En reconnaissant le caractère fautif des mesures de contrôle, le juge d'appel n'a pas pour autant exécuté la décision de manquement. Il s'agissait purement et simplement du résultat de sa propre appréciation au regard des exigences de l'intérêt général. Même si la Cour d'appel s'est référée à l'arrêt de la Cour de justice et en a, en quelque sorte tenu compte, les termes mêmes de la décision sont très éloquents quant au raisonnement juridique suivi par la juridiction administrative⁶⁹. Ainsi, si l'Etat avait invoqué un motif d'intérêt général, le juge d'appel n'aurait pas jugé fautives les mesures nationales en cause et aurait appliqué le régime de la responsabilité sans faute, comme le juge de premier ressort.

De même, c'est parce qu'aucun motif d'intérêt général n'avait été soulevé que le juge administratif de Strasbourg a appliqué le régime de la responsabilité pour faute. Le raisonnement juridique n'est pas différent de celui observé dans l'affaire Duault. Il est vrai que le Tribunal administratif a considéré les mesures douanières illégales uniquement dans la mesure où leur application dépassait le délai raisonnable de trois semaines fixé par la Cour de justice. Cependant le jugement indique que c'est en dépassant ce délai, *sans apporter de justifications précises d'un tel retard*, que l'Etat a commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité. En d'autres termes, si ce retard avait pu être justifié par l'intérêt général, il ne fait aucun doute que le juge aurait conclu à la légalité des opérations douanières et c'est seulement en présence d'un préjudice anormal et spécial qu'il aurait condamné l'Etat à indemniser la requérante. La seule différence avec l'affaire Duault est que le juge est parti du principe que les mesures de contrôle douanier n'étaient pas illégales par elles-mêmes mais

⁶⁹ "... il résulte de l'instruction et, notamment des termes de l'arrêt précité de la Cour de justice des Communautés européennes, qu'au cours de la période précitée où la société Duault a effectué les importations litigieuses, les vins de tables en provenance d'Italie ont été soumis à des opérations de dédouanement excédant nettement le délai maximal de trois semaines devant suffire à la réalisation de ces opérations; que ces pratiques ont entraîné des retards sensibles dans la mise à la consommation des vins de table en vrac importés, équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation interdites par l'article 30 du traité de la Communauté économique européenne...; qu'ainsi, en l'absence d'un fait social expressément invoqué par l'Etat français pouvant permettre de les regarder comme procédant de motifs d'intérêt général, ces pratiques caractérisent une faute dans l'organisation du service des douanes qui engage la responsabilité de l'Etat envers la société Duault; ...".

seulement si elles dépassaient le délai de vingt et un jours. Néanmoins, ce n'est pas parce que le juge interne est arrivé à un résultat similaire à celui de la Cour de justice dans son arrêt en manquement en retenant le critère de légalité dégagé par lui⁷⁰ (le délai raisonnable), qu'il l'a pour autant appliqué. Tel aurait été le cas s'il s'y était référé sans porter d'appréciation personnelle sur la situation de la requérante. Or, à aucun moment, l'arrêt en manquement n'a été cité dans le jugement. De plus, le juge a fait sa propre instruction de l'affaire et a recherché notamment si la durée des contrôles était fondée. C'est uniquement à partir de son analyse, qu'il en est venu à la conclusion du comportement fautif de l'Administration. En cela, il s'est détaché de l'arrêt en constatation de manquement.

Le jugement du Tribunal de Dijon a suivi la même démarche. Il a bien précisé qu'aucun motif d'intérêt général n'avait été invoqué. Ce qui a ôté toute justification à l'allongement des mesures de vérification au-delà du délai de trois semaines.

Contrairement au jugement du Tribunal administratif de Strasbourg, la décision du juge administratif de Dijon a bien mis en évidence le lien étroit qui existait entre la condition de légalité des mesures (c'est à dire le délai raisonnable) et l'existence d'un motif d'intérêt général. En présence d'un motif d'intérêt général, les pratiques des services douaniers dépassant le délai raisonnable auraient été jugées légales. La seule responsabilité qui aurait pu, dès lors, être imputée à l'Etat, conformément à l'arrêt *Alivar*, aurait été une responsabilité sans faute.

Si le Conseil d'Etat français a pris quelque distance par rapport à l'autorité de la constatation juridictionnelle de la violation du droit communautaire par le juge européen, c'est la reconnaissance même d'un droit à réparation qui a posé problème devant les juridictions britanniques dans l'affaire *Bourgoin*.

2. L'affaire *Bourgoin*⁷¹

Si la question de la reconnaissance d'un droit à réparation a fait l'objet d'une controverse devant les juridictions britanniques, c'est parce que le droit anglais de la responsabilité, répondant à la logique des torts, ne connaît aucun principe général de responsabilité et ne répare, de ce fait, que certains dommages. Le droit des torts permettait-il de prendre en compte les dommages causés par les violations de normes communautaires d'effet direct, imputables aux autorités nationales ? Répondre par la négative revenait à nier aux justiciables tout droit à réparation et donc, à enfreindre le principe énoncé par l'arrêt *Russo*.

⁷⁰ En effet, la condition de délai apparaît comme l'élément déterminant pour qualifier les mesures de vérification : s'il est supérieur à vingt et un jours, ces mesures sont des restrictions quantitatives contraires à l'article 30 du traité; s'il est inférieur ou égal à trois semaines, elles restent légales.

⁷¹ Voir Mme J. Dutheil de la Rochère, l'application du droit communautaire par les juridictions britannique, R.T.D.E 1986, p.440; MM. Barav et Simon, article précité; J. Biancarelli, R.M.C. 1986, p.150.

Le litige opposait la Société Bourgoin au Ministre britannique de l'agriculture, de la pêche et de l'alimentation. Sur la base de textes législatifs relatifs à la protection de la santé des animaux, le Ministère britannique de l'agriculture avait décidé le 1er septembre 1981 un embargo sur les importations de dindes en provenance de France qui avaient connu un développement rapide. Il justifiait cette mesure par le souci de protéger le cheptel britannique contre la maladie dite de "Newcastle". Saisie par la Commission, la Cour de justice avait jugé que cet embargo constituait une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative et constaté le manquement du gouvernement anglais aux obligations découlant de l'article 30 du Traité C.E.E⁷². C'est sur la base de cet arrêt en constatation de manquement de la Cour de justice que la Société française Bourgoin, contrainte d'interrompre ses exportations vers le Royaume-Uni, avait saisi la High Court d'une action en responsabilité. Le juge de première instance devait au préalable se demander si un recours en responsabilité extra contractuelle était possible en droit anglais contre des mesures contraires au droit communautaire.

Le juge de la High Court⁷³ a tiré toutes les conséquences de l'arrêt en constatation de manquement de la Cour de justice. Il a considéré que la décision du Ministre de l'agriculture en violant les dispositions directement applicables de l'article 30 du Traité C.E.E, violait les droits de la requérante.

Restait donc à déterminer quelle voie de droit national était susceptible d'apporter la meilleure protection juridique à la requérante. Car, *"pour le juge britannique, le type d'action utilisable pour obtenir une telle protection relève de l'autonomie procédurale du droit national. C'est dire que la juridiction britannique ne paraît pas estimer que le droit communautaire lui impose l'ouverture, au profit du particulier, d'une voie de droit déterminée, mais qu'il lui incombe de choisir en tout état de cause celle qui lui permettra de remplir sa fonction au regard des exigences du traité"*⁷⁴.

Le Ministre faisait valoir qu'un recours de légalité, le moyen normal de contrôle de l'administration au Royaume-Uni, était suffisant pour sauvegarder les droits de la requérante. Le juge ne s'est pas montré convaincu par cet argument. En raison de l'impossibilité d'ordonner une mesure conservatoire à l'encontre de la Couronne, ce recours se montrait inadapté à la protection de la victime. Sans mesure conservatoire, en effet, la déclaration d'illégalité, rendue bien après que le dommage ait commencé à se produire, se serait révélé inutile, n'ayant pu éviter la réalisation du préjudice. D'autre part, le but poursuivi par la requérante était d'obtenir une compensation à la violation de ses droits. De toute évidence, seul le recours en réparation pouvait lui donner satisfaction.

⁷² C.J.C.E. 15 juil.1982, Commission c/ Royaume-Uni (Aff.40/82, Rec.p.2793).

⁷³ English High Court, 1er oct.1984, Bourgoin S.A v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, C.M.L.R. 1985, p.528.

⁷⁴ M.M. Barav et Simon, *op. cit.*, p.171.

La High Court a accueilli deux "cas d'ouverture" de l'action en responsabilité dirigée à l'encontre du Ministre : la violation d'une obligation légale ou statutaire (*the breach of statutory duty*) et la volonté de nuire de la part d'une autorité publique que l'on peut rapprocher du détournement de pouvoir (*the misfeasance in public office*).

Dans le cadre du *breach of statutory duty*, le juge Mann a étendu à l'article 30 du Traité C.E.E. la solution que la Chambre des Lords avait retenue pour l'article 86 du même traité dans une autre affaire, l'affaire *Garden Cottage*. Ces deux articles ayant l'un et l'autre un effet direct reconnu par la Cour de justice, rien ne justifiait qu'ils soient traités différemment.

Le juge a également estimé qu'il y avait eu volonté de nuire de la part d'une autorité publique car le Ministre britannique avait conscience qu'il accomplissait un acte illégal et qu'un tel acte pouvait avoir des conséquences préjudiciables pour les exportateurs français.

La requérante était donc fondée à demander réparation du préjudice subi. Toutefois, "*on peut regretter ... que le juge britannique n'ait pas pris explicitement en compte la solution Russo c/ Aima, qui n'a d'ailleurs pas été invoquée devant lui et qu'il n'ait pas fondé le droit à réparation sur le même raisonnement que celui qui avait été développé par le juge communautaire dans cet arrêt*"⁷⁵

Si tel avait été le cas, le droit à réparation de la requérante aurait été directement fondé sur la violation des dispositions de l'article 34 du Traité C.E.E. Dès lors, la question de savoir quelle était la voie de recours nationale susceptible de protéger les droits issus du Traité ne se serait pas posée. Le recours en responsabilité se serait imposé de lui même, conformément aux termes de l'arrêt Russo. Dans la logique des torts, la violation des droits conférés par le droit communautaire aurait été soit tout simplement assimilée à la violation d'une obligation légale soit intégrée au droit interne en tant que nouveau cas d'ouverture de l'action en responsabilité. Une telle évolution du droit anglais aurait été naturelle au regard des engagements européens du Royaume-Uni. Elle aurait été conforme aux obligations lui incombant du fait de ces engagements.

La démarche du juge britannique a été toute autre. Il s'est voulu autonome quant au choix de la voie de droit interne adéquate pour assurer la sauvegarde des droits de la Société requérante alors que cette autonomie ne devait concerner que les modalités du recours en responsabilité⁷⁶. C'est seulement lorsqu'il s'est prononcé en faveur de l'action en responsabilité, qu'il s'est interrogé sur les cas d'ouverture possibles d'une telle action. Là encore, il n'a pas cherché à adapter le droit national au principe énoncé par la Cour de justice. Il a cherché si la violation d'une norme communautaire pouvait être assimilée à un des torts existant dans le droit anglais

⁷⁵ MM.Barav et Simon, article précité, p.171.

⁷⁶ L'arrêt Russo dit bien, en effet, qu'il incombe à l'Etat d'assumer, à l'égard de la personne lésée, les conséquences d'un préjudice subi du fait d'une intervention incompatible avec le droit communautaire, "*dans le cadre des dispositions nationales relatives à la responsabilité de l'Etat*". Le principe de l'autonomie procédurale porte donc uniquement sur les modalités de l'action en responsabilité. Il ne concerne pas le choix de la voie de recours nationale. Celle-ci est déjà définie par la jurisprudence communautaire : c'est le recours en responsabilité.

de la responsabilité. Dans le cas contraire, l'action de la requérante n'aurait pas été recevable devant lui.

Les juges de la High Court se sont donc montrés "autonomistes" dans la mesure où il a entendu très largement le principe de l'autonomie procédurale.

La décision de la High Court a été partiellement infirmée en appel. En premier lieu, la majorité de la Court of Appeal⁷⁷ et notamment le juge Parker, avançait que les droits conférés par les articles 30 et 86 du Traité C.E.E. étaient de nature différente et devaient être, par conséquent, traités différemment. Selon elle, les justiciables tiraient de l'article 30 du Traité un droit à ne pas être soumis à une mesure interdite par cette disposition et donc entachée d'illégalité. Dès lors, seul le recours pour excès de pouvoir pouvait sanctionner ce droit. Au contraire, elle voyait dans le "droit de ne pas subir les conséquences d'un comportement constitutif d'un abus de position dominante"⁷⁸ de l'article 86 du Traité un droit privé pouvant faire l'objet d'un recours en réparation.

En second lieu, la majorité de la Cour d'appel britannique estimait qu'une simple violation du droit communautaire ne suffisait pas à fonder la responsabilité de l'Etat. Elle s'appuyait sur la jurisprudence de la Cour de justice en matière de responsabilité extra contractuelle, jugeant qu'il était inconcevable que le droit communautaire impose au juge national de reconnaître la responsabilité de l'Etat alors que la responsabilité de la Communauté ne pouvait être engagée qu'en cas de violation suffisamment caractérisée d'une norme supérieure de droit protégeant les particuliers. Aussi, de son avis, seule une illégalité aggravée par un détournement de pouvoir (*misfeasance in public office*) pouvait donner lieu à un recours en responsabilité. Sinon un recours pour excès de pouvoir était satisfaisant. Par ailleurs, la Court of Appeal a suivi la High Court, en considérant que le fait qu'une autorité nationale ait conscience d'agir illégalement, au moment de prendre sa décision, pouvait être constitutif d'un détournement de pouvoir.

La Court of Appeal a donc refusé d'assimiler toute violation du droit communautaire d'effet direct à la violation d'une obligation légale. Elle a rejeté la thèse selon laquelle une action en dommages-intérêts, comme conséquence de la violation de droits garantis par la loi, était ouverte chaque fois qu'il y aurait violation de dispositions directement applicables du Traité C.E.E. L'adoption de cette thèse aurait garanti aux justiciables un droit à réparation systématique devant les juridictions britanniques.

Il reste l'hypothèse, semble-t-il, où la violation du droit communautaire résulterait d'un détournement de pouvoir. Cette solution est néanmoins, très restrictive. Elle enferme la responsabilité de l'Etat dans des limites trop étroites.

⁷⁷ English Court of Appeal, 29 juil. 1985, *Bourgoin S.A. v. The Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, C.M.L.R. 1986, p.267.

⁷⁸ Expression empruntée à M.M. Barav et Simon, *op. cit.*

Le juge d'appel britannique s'est donc donné le droit de reconnaître ou non l'existence d'un droit à réparation. Pourtant la jurisprudence de la Cour de justice n'entendait pas lui laisser de choix à ce niveau. L'existence du droit à réparation devait être, au contraire, reconnu, dès l'instant où il y avait violation du droit communautaire. Le principe de l'autonomie procédurale concernait uniquement la mise en oeuvre de ce droit.

A la suite de cette décision d'appel, l'administration britannique a conclu une transaction avec la Société Bourgoin à qui a été versée une indemnité substantielle en compensation du préjudice qu'elle avait subi du fait de l'embargo. La Chambre des lords, en sa qualité de juridiction de dernier ressort, n'a donc pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'existence du droit à réparation devant le juge anglais du fait de la violation du droit communautaire. Ce qui fait dire à MM. Barav et Simon que *"cette affaire ne permet pas de tirer des conclusions parfaitement univoques quant à l'existence d'un droit à réparation devant les juridictions britanniques, compte tenu des difficultés liées au contexte particulier du droit anglais et aux problèmes que pose son adaptation aux exigences du droit communautaire"*⁷⁹.

La reconnaissance d'un droit à réparation, fondée sur l'effet direct du droit communautaire et l'autorité des arrêts en constatation de manquement, s'est avérée insuffisante dans la mesure où la violation d'une norme communautaire dépourvue d'effet direct ne pouvait pas engager la responsabilité de l'Etat si elle n'avait pas été préalablement condamnée par la Cour de justice. L'affaire Francovitch a donné l'occasion au juge communautaire de remédier à cette situation en consacrant un principe général de responsabilité.

⁷⁹ Article précité, p.172.

SECTION II : LA CONSECRATION DU PRINCIPE

De prime abord, l'arrêt Francovitch⁸⁰ peut être seulement perçu comme la confirmation de la jurisprudence antérieurement. Toutefois, s'il est vrai que cet arrêt est dans la continuité des arrêts Humblet et Russo, il est une étape décisive en la matière : le principe de la responsabilité des Etats membres a en quelque sorte atteint sa maturité. C'est un véritable principe général du droit communautaire qui est dégagé par la Cour de justice (§1). D'ailleurs le juge communautaire le définit comme un principe "imposé" par l'ordre juridique communautaire (§2).

§1 Un principe général

Les affaires Francovitch et Bonifaci ont été l'occasion pour la Cour de justice de consacrer un principe général de responsabilité des Etats membres.

A- Les faits de l'affaire Francovitch

Les demandeurs, M. Francovitch et Mme Bonifaci, avaient attaqué l'Etat italien en justice en demandant qu'il soit condamné à leur verser des arriérés de salaires restés impayés à la suite de l'insolvabilité de leurs employeurs ou à défaut, à leur verser un dédommagement.

⁸⁰ CJCE 19 novembre 1991, Francovitch et Bonifaci c/ République italienne (Aff.jtes C-6/90 et C-9/90, Rec.p.I-5357). Voir L. Dubouis, "la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire", R.F.D.A., 1992, p.1; M. Schockweiler, "la responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire", article précité; H. Labayle, "l'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers", R.T.D.E., 1992, p.619; D. Simon, "une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires: la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives", Europe. 1991, n°2, p.1; V. Constantinesco, "chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communauté européennes. Institutions et ordre juridique communautaire", J.D.I., 1992, p.426; A.Carnelutti, "l'arrêt Francovitch Bonifaci". L'obligation des Etats membres de réparer les dommages causés par les violations du droit communautaire", R.M.U.E., 1992, n°1, p.187; B. Mongin, "la responsabilité de l'Etat pour défaut de transposition d'une directive", Droit et Patrimoine, avril 1993, p.60; X.Prétot, "non-transposition d'une directive et responsabilité de l'Etat", R.J.S., 1992, p.21; J-B. Auby, "observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires", D.A., 1992, p.1.

Selon eux, c'est parce que l'Etat n'avait pas transposé en droit interne les dispositions de la directive 89/987/CEE qu'ils se trouvaient dans l'impossibilité de récupérer leurs créances.

En effet, cette directive du Conseil⁸¹ concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, prévoyait des mécanismes assurant le paiement de rémunérations restées impayées et notamment, l'institution d'un organisme de garantie.

Les requérants soutenaient qu'en ne transposant pas la directive, l'Etat italien les avait privés d'une garantie contre l'insolvabilité de leur employeur et qu'il lui appartenait, dès lors, d'en prendre à sa charge les conséquences dans le cadre de la responsabilité de droit commun de la Puissance publique.

Par ailleurs, la Cour de justice avait constaté dans un arrêt du 2 février 1989⁸² que l'Italie avait manqué aux obligations lui incombant en vertu du Traité pour n'avoir pas transposé la directive à la date fixée, le 23 octobre 1983.

La pretura circondariale di Vicenza, dans l'affaire Francovitch, et la pretura circondariale di bassano del grappa, dans l'affaire Bonifaci, avaient saisi le juge communautaire de trois questions préjudicielles rédigées en des termes identiques. Seule la première nous intéresse ici.

Le juge italien voulait savoir si *"en vertu du droit communautaire en vigueur, (un) particulier qui a été lésé par l'inexécution par l'Etat de la directive 80/987, (pouvait) réclamer l'accomplissement par cet Etat des dispositions qu'elle contient, qui sont suffisamment précises et inconditionnelles, en invoquant directement à l'égard de l'Etat membre défaillant, la réglementation communautaire afin d'obtenir les garanties que cet Etat devait assurer et, de toute manière, réclamer la réparation des dommages subis en ce qui concerne les dispositions qui ne jouissent pas de cette prérogative ?"*

Comme le fait remarquer M.l'Avocat Général Mischo⁸³, cette question soulève deux problèmes distincts :

- la directive peut-elle engendrer des effets directs au profit des particuliers ?
- sinon, les particuliers peuvent-ils réclamer un dédommagement à l'Etat qui a négligé de transposer correctement la directive dans le délai prescrit ?

En ce qui concerne l'effet direct de la directive, la Cour de justice a jugé que tel était le cas pour les dispositions concernant les bénéficiaires de la protection mise en place par la directive et celles touchant le contenu de la garantie. En revanche, elle a estimé que celles qui portaient sur l'identité du débiteur de la garantie étaient trop floues dans la mesure où *"ces dispositions ne précisent pas l'identité du débiteur de la garantie"* et où *"l'Etat ne saurait être*

⁸¹ Directive du 20 octobre 1980, J.O.C.E. L283, p.23.

⁸² C.J.C.E, 2 février 1989, Commission / Italie (Aff.22/87, Rec.p.143).

⁸³ Conclusions, Rec.p.I-5370.

considéré comme débiteur au seul motif qu'il n'a pas pris dans les délais les mesures de transposition".

Elle en a donc déduit que les intéressés ne pouvaient pas faire valoir les droits qu'ils tiraient de la directive à l'encontre de l'Etat devant les juridictions nationales sans mesures d'applications prises dans les délais.

Il fallait, dès lors, s'interroger sur l'éventualité d'une responsabilité de l'Etat. L'Etat était-il obligé de réparer les dommages découlant pour les particuliers de la non transposition de la directive ?

B- Vers un principe général de responsabilité

Dans l'arrêt Francovitch, la Cour de justice dit pour droit que *"les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables"*.

Ce principe, en raison de la généralité de ses termes, se révèle être un véritable principe général de responsabilité des Etats membres. Pourtant, la question posée par le juge national se limitait à l'hypothèse de la non-transposition d'une directive. Le juge communautaire, quant à lui, généralise. Pour lui, *"la juridiction nationale pose ainsi le problème de l'existence et de l'étendue d'une responsabilité de l'Etat pour des dommages découlant de la violation des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire"*⁸⁴. Ainsi dépasse-t-il les faits de l'affaire pour se prononcer sur une question d'ensemble dont le cas présent n'est qu'une application. Ce qui fait dire à C. Bertrand que *"la solution rendue dans l'affaire Francovitch, même si les faits avaient trait à la non transposition d'une directive, n'est pas destinée à rester limiter à ce type de litige"*⁸⁵

Sur ce point, l'intitulé même de la partie de l'arrêt de rapportant à la responsabilité de l'Etat est très significatif⁸⁶. Il annonce déjà les intentions du juge européen. Tout comme *"le style et la structure de la motivation révèlent également la conscience qu'a eue la Cour de la portée de son jugement"*⁸⁷

Il est vrai que dans l'arrêt Russo, la Cour de justice s'était déjà prononcée dans des termes très généraux. Cependant à la différence de l'affaire Francovitch, était en cause un

⁸⁴ point 29 de l'arrêt.

⁸⁵ C. Bertrand, "la responsabilité des Etats membres en cas de non transposition des directives communautaires", RDP, 1994, p.1513.

⁸⁶ "Sur la responsabilité de l'Etat pour des dommages découlant de la violation des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire".

⁸⁷ D. Simon, " une étape décisive dans la protection des droits des justiciables...", article précité, p.2.

règlement communautaire. Aussi, par violation du droit communautaire, fallait-il entendre violation d'une norme communautaire d'effet direct. Au contraire, dans l'affaire Francovitch, l'acte visé était une directive dépourvue d'effet direct. Dès lors, cet arrêt se situant dans la continuité de l'arrêt Russo, par violation du droit communautaire, il faut comprendre violation d'une norme communautaire sans effet direct ou violation d'une norme d'effet direct.

Cette interprétation se confirme au regard de la jurisprudence Humblet. Dans l'affaire Francovitch, la Cour de justice avait rendu un arrêt en constatation de manquement contre l'Italie. S'agissant de la violation de dispositions communautaires sans effet direct, elle aurait pu aussi fonder le droit à réparation des requérants sur l'arrêt en manquement, par application du principe énoncé dans l'arrêt Humblet. Elle ne l'a pas fait. L'arrêt Francovitch rompt dès lors avec la solution de l'arrêt Humblet. Il franchit le dernier pas en mettant à égalité normes d'effet direct et normes sans effet direct. Il uniformise, en quelque sorte, la jurisprudence applicable en matière de responsabilité étatique.

C'est ce qu'affirme expressément la Cour dans un arrêt très récent, Brasserie du Pêcheur et Factortame⁸⁸. Dans ces affaires, les gouvernements allemand, irlandais et néerlandais, soutenaient que le principe ne se justifiait qu'en l'absence d'effet direct du droit communautaire dans la mesure où, en pareille hypothèse, aucun droit d'action n'était reconnu aux particuliers, dans les droits nationaux, pour faire valoir les droits qu'ils tiraient des dispositions violées. Selon eux, dans l'arrêt Francovitch, le juge communautaire aurait seulement voulu combler une lacune du système de protection des droits des particuliers⁸⁹. Pour la Cour, cet argumentation ne peut être retenue car :

"la faculté offerte aux justiciables d'invoquer devant les juridictions nationales les dispositions directement applicables du traité ne constitue qu'une garantie minimale et ne suffit pas à assurer à elle seule l'application pleine et complète du traité⁹⁰. Destinée à faire prévaloir l'application de dispositions de droit communautaires à l'encontre de dispositions nationales, cette faculté n'est pas de nature, dans tous les cas, à assurer au particulier, le bénéfice des droits que lui confère le droit communautaire et notamment d'éviter qu'il ne subisse un préjudice du fait d'une violation de ce droit imputable à un Etat membre "⁹¹.

Il reste à déterminer le fondement du droit à réparation des particuliers. Dans la mesure où, désormais, le principe englobe le droit communautaire sans effet direct, ce fondement ne saurait être trouvé dans l'effet direct des normes violées. Il ne saurait davantage l'être dans

⁸⁸ C.J.C.E., 5 mars 1996, (Aff. jtes C - 46/93 et C - 48/93, non encore publié).

⁸⁹ Point 18 de l'arrêt.

⁹⁰ Voir notamment C.J.C.E., 15 oct. 1986, Commission c/ République italienne, (Aff. 168/85, Rec.p. 2945, point 11); C.J.C.E., 26 fév. 1991, Commission c/ République italienne, (Aff. C-120/88, Rec. p. I-621, point 10); C.J.C.E., 26 fév. 1991, Commission c/ Royaume d'Espagne, (Aff. C-119/89, Rec. p. I-641, point 9).

⁹¹ Point 20 de l'arrêt.

l'autorité des arrêts en constatation de manquement, la solution Humblet ayant été délibérément écartée. Pourtant, le juge communautaire dit bien que le principe est "imposé" par le droit communautaire. C'est donc toujours dans le droit communautaire qu'il trouve son point d'ancrage.

§2 Un principe imposé par le droit communautaire

Il est dit expressément dans l'arrêt Francovitch que *"le droit communautaire impose que le principe selon le quel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables"*⁹².

Il est intéressant de noter que l'Avocat général Mischo reprend dans ses conclusions la distinction faite par la jurisprudence communautaire antérieure entre norme d'effet direct et norme sans effet direct. Après avoir examiné la jurisprudence relative aux normes de droit communautaire directement applicables, il souligne qu'elle ne peut pas *"être transposée telle quelle à des situations où les justiciables ne peuvent pas se prévaloir devant les juridictions nationales, de droits qu'ils tirent directement d'un acte de droit communautaire"*. S'il s'y réfère c'est uniquement parce que *"les gouvernements ayant présenté des observations devant la Cour se sont fondés sur cette jurisprudence pour soutenir - à tort selon lui - que le droit communautaire ne saurait servir de fondement à une éventuelle action intentée par un particulier devant une juridiction nationale en vue de la réparation des dommages que lui a causés la violation par un Etat membre, de ses obligations communautaires"*. Il vise donc à démontrer le contraire. Toutefois, l'effet direct étant à la base de cette jurisprudence, il s'interroge sur l'existence dans le droit communautaire *"d'autres raisons fondamentales qui puissent exiger que les juridictions nationales soient investies de la compétence de faire droit, en ce qui concerne les dispositions n'ayant pas cet effet, à une demande en réparation"*⁹³. Ces raisons, il les trouve essentiellement dans l'autorité et les effets des arrêts en constatation de manquement et donc dans l'arrêt Humblet. Il en vient dès lors à la conclusion *"qu'au cas où la Cour a constaté qu'un Etat membre a manqué à ses obligations en ayant omis de transposer en droit interne des dispositions, mêmes dépourvues d'effet direct, d'une directive, cet Etat membre est tenu de mettre à la disposition des justiciables, auxquels cette directive était destinée à procurer des droits, les moyens juridictionnels adéquats pour faire valoir ces droits, au besoin par la voie d'une action en responsabilité intentée à l'encontre de l'Etat"*⁹⁴.

⁹² Point 37 de l'arrêt.

⁹³ Point 56 des Conclusions, p.I-5389.

⁹⁴ Point 66 des Conclusions, p.I-5394.

La Cour de justice s'est écartée, quant à elle, des sentiers battus. C. Bertrand remarque que *"les différents arguments utilisés par le Cour pour dégager ce principe ne sont pas liés, eux non plus, au problème spécifique posé par la non transposition des directives"*⁹⁵. A principe général, fondements généraux. Elle ne distingue plus les solutions en fonction de la nature des normes communautaires en cause. C'est, de manière plus générale, au regard de la protection des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire (A) et des obligations des Etats membres découlant de l'article 5 du traité C.E.E (B) qu'elle justifie la reconnaissance du principe de la responsabilité des Etats pour des dommages causés par la violation de dispositions communautaires. Ainsi, comme elle l'annonce expressément, elle examine le problème *"à la lumière du système général du traité et de ses principes fondamentaux"*⁹⁶.

Comment expliquer des approches si divergentes ? La réponse est sans aucun doute dans la délimitation de la problématique soulevée par le juge national. Pour M.Mischo, la question est de savoir si un particulier lésé par l'inexécution d'une directive dépourvue d'effet direct peut réclamer la réparation des dommages qu'il a éventuellement subis de ce fait. Pour la Cour de justice, il s'agit de se prononcer sur l'existence et l'étendue d'une responsabilité de l'Etat en cas de violation des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire. Le premier se donne un angle de réflexion beaucoup plus réduit que le second. Il s'en tient aux faits de l'affaire et fait en quelque sorte une étude de cas, contrairement à la démarche suivie par le juge communautaire. L'un et l'autre abordent donc la question posée sous des plans différents qui appellent des raisonnements différents.

A- La protection des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire

Le principe de la responsabilité s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel visant à garantir la protection effective des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire (1). Ce qui n'est pas sans incidences sur sa portée (2).

1. Un principe visant à protéger les droits "communautaires" des particuliers

La Cour commence par rappeler le principe de primauté du droit communautaire puis en tire toutes les conséquences par rapport à la protection des droits conférés aux particuliers.

⁹⁵ Voir Christine Bertrand, article précité, p.1512.

⁹⁶ Point 40 de l'arrêt.

Elle indique qu'il ne saurait y avoir de primauté du droit communautaire sans que celui-ci soit effectif dans les ordres juridiques nationaux et notamment, sans une protection effective des droits qu'ils confère aux particuliers.

En vertu d'un principe bien connu, c'est aux juridictions nationales qu'il appartient "*d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers*"⁹⁷

Un des moyens essentiels de cette protection est la possibilité pour les justiciables d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un Etat membre⁹⁸. Tout comme peut l'être la possibilité d'obtenir le sursis à exécution d'un acte national contraire au droit communautaire⁹⁹ ou encore, l'inapplication, de sa propre autorité, par le juge interne, de toute disposition de la législation nationale contraire au droit communautaire¹⁰⁰.

Ce moyen de protection est "*particulièrement indispensable lorsque ... le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'Etat et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire*"¹⁰¹.

En effet, les normes d'effet direct s'insèrent automatiquement dans l'ordre interne des Etats membres et les particuliers peuvent s'en prévaloir devant les juges nationaux afin d'en obtenir l'application. Le juge peut alors faire droit à la demande en laissant par exemple inappliquée la règle interne s'opposant à l'exercice des droits "communautaires" en cause. Tel n'est pas le cas pour les normes sans d'effet direct qui, en l'absence de mesures nationales de transposition, ne peuvent être invoquées devant les juridictions nationales. Dés lors, généralement, la protection des droits des particuliers ne peut être assurée que par l'obtention d'une compensation et donc par le biais d'une action en réparation dirigée contre l'Etat devant le juge interne. En effet, "*les droits qu'un particulier serait amené à revendiquer par le voie d'un recours en responsabilité ne sont pas les droits mêmes prévues dans le dispositions de droit communautaire violées, mais tout au plus des droits tenant lieu de compensation pour ceux dont il a été privé illégalement*"¹⁰². C'est pourquoi, "*la possibilité de réparation à la charge de l'Etat est particulièrement indispensable*". A défaut, l'effectivité des normes communautaires ne serait pas totalement assurée et il serait porté atteinte au principe de primauté. C'est la raison pour

⁹⁷ voir notamment les arrêts du 9 mars 1978, Simmenthal, (Aff.106/77, Rec.p.629, att. 16) et du 19 juin 1990, Factortame, (Aff.C-213/89, Rec.p.I-2433, point 19).

⁹⁸ "... *la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un Etat membre.*" (point 33 de l'arrêt).

⁹⁹ Voir Arrêts du 19 juin 1990, Factortame, précité, et du 21 février 1991, Zuckerfabrik, (Aff.C-143/88 et C-92/89, Rec.p.I-415).

¹⁰⁰ Voir notamment Arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, précité, et du 4 février 1988, Murphy, (Aff.157/86, Rec.p.673)

¹⁰¹ point 34 de l'arrêt.

¹⁰² Voir Conclusions de M.Mischo, p.I-5393.

laquelle "le principe de la responsabilité de l'Etat pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité"¹⁰³.

Néanmoins, le fondement exprès des jurisprudences sur lesquelles la Cour de justice a basé son raisonnement tenait au caractère direct des règles communautaires en cause. De prime abord, elle n'aurait pas dû être utilisées pour une norme dépourvue d'un tel effet. Pourtant le juge communautaire ne s'est pas montré gêné par ces considérations. Il n'a pas hésité à étendre les principes ainsi dégagés au droit communautaire privé d'applicabilité directe. Son attitude est commandée par les nécessités de la protection juridictionnelle des particuliers. Après, notamment, les arrêts *Factortame* et *Zuckerfabrick*, il confirme sa "*volonté de sanctionner efficacement les comportements illicites des Etats membres et de protéger effectivement les droits que les particuliers tirent du droit communautaire*"¹⁰⁴. L'arrêt *Francovitch* vient donc s'ajouter à l'édifice jurisprudentiel que la Cour de justice met progressivement en place pour garantir au justiciable la protection juridictionnelle de ses droits "communautaires". Car "*l'affirmation de la primauté inconditionnelle du droit communautaire, posée exclusivement en termes de conflits de normes, ne suffit pas à satisfaire les exigences d'application d'un droit, qui, par sa nature même, affecte les intérêts concrets des opérateurs économiques. Par conséquent, s'il était indispensable de forger les instruments juridictionnels permettant aux juges nationaux de donner priorité à la norme communautaire, il convenait également, afin d'en préserver le plein effet et de garantir réellement la protection des droits des justiciables, de préserver les solutions de nature à assurer effectivement la réparation des conséquences dommageables d'une éventuelle violation*"¹⁰⁵. Ainsi après le contentieux de l'autorité du droit communautaire sur le droit national apparaît "un contentieux de la seconde génération"¹⁰⁶, concernant l'articulation des ordres juridiques communautaires et nationaux.

Cette égalité de traitement entre normes communautaires sans effet direct et normes communautaires d'effet direct n'est pas aléatoire. Elle était une évolution nécessaire. Désormais, "*la conception tendant à lier l'effet direct à la création de droits subjectifs a eu tendance à s'effacer devant une approche nouvelle plus objective faisant de l'effet direct une condition de l'applicabilité de dispositions communautaires par le juge national*"¹⁰⁷.

¹⁰³ Point 35 de l'arrêt. C'est pourquoi M. Simon parle du droit à réparation comme d'"une garantie indirecte des droits individuels" (Europe, décembre 1991, *op. cit.*, p.2)

¹⁰⁴ Voir D. Simon, Europe 1991, *op. cit.*, p.3.

¹⁰⁵ Voir D. Simon, "Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?", AJDA, 1993, p.235.

¹⁰⁶ Expression empruntée à D. Simon dans "les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphose", in "L'Europe et le Droit", Mélanges en hommage à J. Boulouis, Dalloz 1991, p.485.

¹⁰⁷ Voir J. Rideau, "Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes", L.G.D.J, 1994, p.680.

En effet, comme le souligne, à propos des directives, M.Mischo dans ses conclusions, *"l'absence d'effet direct ne signifie pas que l'effet recherché par la directive n'est pas de conférer des droits aux particuliers, mais uniquement que ces droits ne sont pas suffisamment précis et inconditionnels pour pouvoir être invoqués et appliqués tels quels sans intervention de l'Etat membre destinataire"*¹⁰⁸.

Les normes communautaire sans effet direct pouvant au même titre que les normes d'effet direct donner des droits aux particuliers, rien ne justifie qu'elles ne puissent pas bénéficier de la même protection.

De même, le principe de primauté ne saurait valoir uniquement pour les dispositions communautaires directement applicables, même si il a été consacré dans ce contexte. Ce principe vaut pour toutes les normes communautaires. Il n'y a donc pas lieu de traiter différemment les droits issus de dispositions d'effet direct et de dispositions sans effet direct.

2. Un principe s'adressant uniquement aux particuliers

Le principe énoncé par le juge communautaire a une portée limitée. Il vise seulement la protection des particuliers¹⁰⁹ et ne concerne pas les rapports de l'Etat avec les autres Etats membres ou la Communauté. Pourtant la jurisprudence de la Cour de justice sur l'autorité des arrêts en constatation de manquement semblait concerner également ces hypothèses :

*"En présence tant d'un retard à exécuter une obligation que d'un refus définitif, un arrêt rendu par la Cour au titre des articles 169 et 171 du traité peut comporter un intérêt matériel en vue d'établir la base d'une responsabilité qu'un Etat membre peut être dans le cas d'encourir, en conséquence de son manquement, à l'égard d'autres Etats membres, de la Communauté ou de particuliers"*¹¹⁰

ou encore,

*"Même au cas où un manquement aurait été éliminé postérieurement au délai déterminé par la Commission..., la poursuite de l'action conserve un intérêt à établir la base d'une responsabilité qu'un Etat membre peut encourir, en conséquence de son manquement, à l'égard, notamment, de particuliers"*¹¹¹.

¹⁰⁸ Conclusions p.I-5391.

¹⁰⁹ Par "particuliers", il faut entendre les personnes morales et physiques, ressortissantes des Etats membres. Ils peuvent être encore appelés "les requérants privés" par opposition aux Etats et aux institutions communautaires.

¹¹⁰ Voir notamment CJCE, 7 février 1973, Commission / Italie (Aff.39/72, Rec.p.101, précité).

¹¹¹ Voir notamment, CJCE, 20 février 1986, Commission / Italie (Aff.309/84, Rec.p.599, précité).

C'est sans doute le contexte dans lequel la Cour a été appelée à se prononcer clairement sur la responsabilité des Etats membres qui justifie la limitation du principe aux particuliers, puisque ce sont leurs droits qui avaient été violés du fait de la non transposition de la directive.

Etendre le principe aux autres Etats membres et à la Communauté aurait soulevé d'autres problèmes.

S'agissant de la Communauté, la question de la juridiction compétente se serait inévitablement posée. De prime abord, celle du juge européen est à exclure car il ne peut être saisi que dans le cadre des actions prévues par les Traités. Or, celle-là n'y figure pas¹¹². Reste donc celle des juridictions nationales. Cependant, une telle compétence suppose que les institutions communautaires, et notamment la Commission, soient au préalable habilitées à les saisir.

S'agissant des Etats membres, rien ne s'oppose à priori à ce qu'ils puissent se porter devant les juridictions de l'Etat fautif. Preuve en est le recours en annulation fait par le gouvernement suisse devant le Conseil d'Etat français contre le refus du gouvernement français d'extrader deux ressortissants iraniens¹¹³.

Cependant, on peut s'interroger sur la réelle utilité d'un tel recours en droit communautaire. Ne ferait-il pas double emploi avec celui ouvert aux particuliers ?

En effet, ce sont essentiellement sur les ressortissants des Etats membres que se répercutent les violations du droit communautaire. Ce sont les entreprises qui auront à souffrir du non respect des règles de la concurrence, ou les travailleurs du non respect des différents droits économiques ou sociaux que leur donne le droit communautaire. Aussi l'intérêt à agir de l'Etat auquel ils sont rattachés risque de se confondre avec celui de ses ressortissants. Compte tenu du particularisme des situations, il va de soi que les particuliers lésés obtiendront une meilleure protection en agissant directement devant le juge compétent.

Toutefois, un préjudice propre d'un autre Etat ou de la Communauté n'est pas à exclure de manière absolue. Dans ce dernier cas, on peut imaginer, par exemple, qu'un gouvernement refuse de mettre en oeuvre, pour des motifs de politique intérieure, un règlement ou une directive ayant une incidence sur le budget communautaire.

De même, depuis la modification par le Traité sur l'Union européenne de l'article 171 du traité C.E.E. (Art. 143 du traité Euratom), le recours en manquement apparaît, tant pour les Etats membres que pour la Communauté, comme un moyen satisfaisant de sanctionner les violations des normes communautaires.

¹¹² Voir nos développements Titre II.

¹¹³ CE. 14 décembre 1994, Gouvernement suisse. Concl. de M. Vigouroux, AJDA, 1995, p.56.

Il est à noter que dans cette affaire, le gouvernement suisse a obtenu gain de cause. On peut très bien imaginer que cet arrêt puisse servir de base à une action en responsabilité de la Suisse contre l'Etat français dans le cas où elle estimerait avoir subi un préjudice du fait de la décision de refus d'extradition.

Selon le nouveau texte de l'article 171, la Commission peut saisir la Cour de justice lorsqu'un Etat membre n'a pas pris, dans un délai raisonnable, les mesures que comportait l'exécution d'un arrêt en constatation de manquement. La Haute juridiction communautaire peut alors infliger à l'Etat, qui ne s'est pas conformé à son arrêt, le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une amende.¹¹⁴

Désormais les Etats, condamnés en manquement, devront prendre toutes les mesures nécessaires à l'exécution de la décision juridictionnelle sous peine de se voir astreints au paiement d'amendes fixées par la Cour de justice, après saisine de la Commission.

Dans la mesure où il revient à la Commission de déterminer le montant "*adapté aux circonstances*" de ces amendes, ne peut-on pas y voir une forme d'indemnisation au comportement étatique ?¹¹⁵

Les autres Etats membres y trouveront sans aucun doute également satisfaction, d'autant que la plainte à l'origine de la procédure en manquement peut émaner d'eux.

La protection des droits conférés par le droit communautaire aux particuliers n'est pas le seul fondement du principe d'une responsabilité des Etats membres . La Cour invoque également à titre complémentaire l'article 5 du traité C.E.E.

B- Une obligation prescrite par l'article 5 du traité C.E.E.

En vertu de l'article 5 du traité C.E.E, "*les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Il s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité*".

Selon la Cour de justice, parmi les obligations qui incombent aux Etats membres du fait du droit communautaire, "*se trouve celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire*". Elle renvoie à l'arrêt Humblet où il est dit expressément que c'est en vertu de l'article 86 (l'équivalent de l'article 5 du traité C.E.E dans le traité C.E.C.A) qu'un Etat ,dont le manquement a été constaté dans un arrêt, doit "*réparer les effets illicites qu'il a pu produire*".

¹¹⁴ Voir notamment, D. Ritleng. "Traité sur l'Union Européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article." sous la direction de MM. V. Constantinesco, R. Kovar, D. Simon, Economica, 1995, p. 571.

¹¹⁵ Voir en ce sens, D. Vignes. "Note sur le contenu et la portée du traité sur l'Union Européenne signé à Maastricht le 7 février 1992", A.F.D.I, 1991, p. 774, spé. 800.

On pourrait croire que l'obligation de réparer des Etats membres découle directement de l'article 5 du traité C.E.E. Pourtant la référence de la Cour à la jurisprudence Humblet met en cause cette approche. Dans cet arrêt, le droit à réparation trouve son fondement dans l'autorité des arrêts en constatation de manquement qui commande aux Etats membres "*de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt*"¹¹⁶. Or, comme nous l'avons vu la réparation du préjudice causé par le manquement peut être une des mesures requise en vue de l'exécution de l'arrêt ayant constaté ce manquement. Ainsi l'obligation "*de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt en manquement*" peut consister en une obligation de réparation.

Si on rapproche les articles 86 du traité C.E.C.A et 5 du traité C.E.E. de l'article 171 du traité C.E.E. relatif à l'autorité des arrêts en constatation de manquement, on se rend compte que l'obligation d'exécution de l'arrêt en manquement, et donc l'obligation de réparation prescrite par cet article, s'analyse comme une "*des obligations découlant du traité*". C'est ce que veut dire la Cour lorsqu'elle déclare que parmi les obligations qui incombent aux Etats membres en vertu du droit communautaire, "*se trouve celle d'effacer les conséquences illicites d'une violations du droit communautaire*". A ce titre, le considérant de l'arrêt Humblet et le point 36 de l'arrêt Francovitch doivent être, selon nous, interprétés de la manière suivante :

Il existe, dans le traité, lorsque le juge communautaire a constaté dans un arrêt le manquement d'un Etat membre, une obligation pour cet Etat d'exécuter cet arrêt en prenant toutes les mesures nécessaires à cet fin. L'exécution de l'arrêt en manquement peut comporter la réparation des dommages occasionnés par le comportement étatique. En pareille hypothèse, l'obligation de réparer découle donc l'obligation d'exécuter l'arrêt en manquement. Comme en vertu de l'article 86 du traité C.E.C.A et 5 du traité C.E.E., l'Etat doit prendre toutes mesures propres à assurer l'exécution de l'obligation contenue dans l'article 171 du traité C.E.E., il sera dès lors contraint de réparer les dommages qu'a occasionné son manquement.

Ce n'est donc pas dans les articles 86 du traité C.E.C.A et 5 du traité C.E.E. que l'obligation de réparer trouve directement ses bases. Cependant les articles 5 et 86 fondent indirectement l'obligation de réparer des Etats membres dans la mesure où, au regard de ces articles, elle est une des obligation du traité que l'Etat doit respecter. Ils la fondent donc à travers l'article 171 du traité C.E.E car l'existence d'une telle obligation est liée à celle d'un arrêt en constatation de manquement.. Ne pas respecter, en effet, l'autorité d'un arrêt en manquement en ne réparant pas le préjudice qu'il a crée revient à violer non seulement l'article 171 du traité C.E.E. mais également les articles 86 et 5.

Il appartient toutefois, aux particuliers, victimes d'un dommage du fait du manquement de l'Etat au droit communautaire, de se manifester en saisissant le juge national de demande de réparation. Il ne s'agit donc pas d'une obligation "spontanée" de réparation de l'Etat fautif. A

¹¹⁶ Voir article 171 du T.CE

moins que l'obligation de réparer les conséquences illicites de son attitude aille jusqu'à obliger l'Etat membre à mettre en place, par exemple, un système de réparation.

Cette démarche du juge communautaire consiste à revenir, en fait, sur la distinction entre norme d'effet direct et norme sans effet direct, en vigueur depuis l'arrêt Russo. La Cour de justice donne les mêmes bases au droit à réparation des justiciables quelque soit la nature des normes qui leur confèrent des droits. Elle vise donc à assurer à tous les droits issus du droit communautaire un traitement identique.

Elle aurait pu le faire en considérant que l'obligation de réparer des Etats membres découlait du devoir fait aux juridictions nationales, dans le cadre de l'article 5, d'assurer aux particuliers une protection effective des droits tirés du droit communautaire d'effet direct¹¹⁷. Cette protection passe par la réparation des dommages engendrés par la violation de ces droits.

Or, comme nous l'avons souligné précédemment, les normes sans effet direct peuvent tout autant que celles directement applicables être source de droits. Rien ne justifie dès lors qu'elles soient traitées différemment. L'effectivité des premières doit être garantie au même titre que celle des secondes. Il suffisait à la Cour d'étendre sa jurisprudence établie à propos de l'effectivité du droit communautaire directement applicable. On rejoint donc nos développements sur la protection des droits "communautaires" des particuliers.

Avant l'affaire Francovitch, l'affaire Enichem aurait pu se présenter comme l'occasion pour la Cour de justice de consacrer le principe de la responsabilité. En l'espèce, quatre questions préjudicielles avaient été posées à la Cour, dont celles notamment de savoir si les directives en cause conféraient aux particuliers un droit subjectif communautaire et si en cas de violation de ce droit, l'administration était tenu de réparer le préjudice occasionné. Le juge communautaire n'a pas eu à se prononcer sur le droit à réparation. Jugeant, en effet, que les dispositions des directives ne concernaient que les relations entre les Etats membres et la Commission et ne donnaient donc, de ce fait, aucun droit aux particuliers dont ils pouvaient se prévaloir devant les juridictions nationales. Il n'y avait pas lieu de statuer sur la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts.

Il est intéressant de relever la relation établie entre l'existence d'un droit à protéger et l'obligation de réparer de l'Etat, en dehors de toute considération tenant à l'effet direct ou non des dispositions en cause. Cette démarche montre déjà, avant l'intervention de l'arrêt Francovitch, que le juge communautaire liait étroitement le droit à réparation à la protection des droits "communautaires".

¹¹⁷ Voir notamment CJCE, 16 déc.1976, Rewe, (Aff.33/76, Rec.p.1989); 27 fév.1980, Just / Ministères des impôts et accises, (Aff.68/79, Rec.p.501); 9 juill.1985, Bozetti, (Aff.179/84, Rec.p.2301).

L'arrêt Francovitch a été confirmé à plusieurs reprises par les arrêts Miret du 16 décembre 1993¹¹⁸, Faccini Dori du 14 juillet 1994¹¹⁹, Brasserie du Pêcheur et Factortame du 5 mars 1996¹²⁰, British Telecom du 26 mars 1996¹²¹, Hedley Lomas du 23 mai 1996¹²², Dillenkofer du 8 octobre 1996¹²³ et Denkavit du 17 octobre 1996¹²⁴ qui s'y réfèrent expressément et reprennent le principe tel qu'il l'a énoncé.

Si l'arrêt Francovitch est considéré comme l'arrêt de principe en matière de responsabilité extra contractuelle des Etats membres du fait de la violation du droit communautaire, c'est avant tout en raison de la généralité du principe qu'il énonce.

La généralité du principe est due essentiellement au fondement de l'obligation de réparation des Etats membres :

Le droit à indemnité au profit des victimes d'une infraction au droit communautaire ne dépend plus de la constatation préalable d'un manquement ou de l'effet direct de la norme communautaire violée. L'obligation des Etats membres de réparer les dommages résultant d'une violation du droit communautaire *"est une conséquence directe du principe de primauté du droit communautaire sur le droit national"*¹²⁵. La primauté du droit communautaire ne s'analyse plus exclusivement en termes de conflit de normes mais exige également, pour que l'application du droit communautaire soit effective, que les conséquences dommageables de toute violation soient réparées : *"le respect de la primauté ne commande pas seulement qu'une loi contraire au droit communautaire soit laissée inappliquée"* mais *"il commande également que les dommages, que son application passée a provoqués, soit réparés"*¹²⁶. La responsabilité des Etats à l'égard des personnes victimes d'un préjudice provoqué par une violation du droit communautaire est donc *"un instrument visant à garantir la protection des particuliers et, par voie de conséquence, également une mise en oeuvre correcte du droit communautaire dans l'ensemble des Etats membres"*¹²⁷. Ainsi, *"la hiérarchie des normes, fondée par la Cour de justice, sur les exigences "existentielles" du droit communautaire, se traduit en termes de protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droits communautaires"*¹²⁸.

¹¹⁸ C.J.C.E., 16 déc. 1993, Teodoro Wagner Miret / Fondo de grantia salarial, (Aff.C-334/92, Rec.p.I-6911)

¹¹⁹ C.J.C.E., 14 juil. 1994, Paola Faccini Dori / Recreb Srl, (Aff.C-91/92, Rec.p.I-3325)

¹²⁰ Précité.

¹²¹ C.J.C.E., 26 mars 1996, The Queen / H.M Treasury, ex parte British Telecommunications plc, (Aff. C-392/93, non encore publié).

¹²² C.J.C.E., 23 mai 1996, The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : Hedley Lomas Ltd (Aff. C-5/94, non encore publié).

¹²³ C.J.C.E., 8 oct. 1996, Erich Dillenkofer e.a / République fédérale d'Allemagne. (Aff. jtes C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, non encore publié).

¹²⁴ C.J.C.E., 17 oct. 1996, Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV et Voormeer BV / Bundesamt für Finanzen, (Aff. jtes C-283/94, C-291/94 et C-292/94, non encore publié).

¹²⁵ D. Simon, "Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique ...", *op. cit.*, p. 237.

¹²⁶ P. Léger, point 104 des conclusions sur l'affaire Hedley Lomas.

¹²⁷ G. Tesauro, point 27 des conclusions sur l'affaire Brasserie du pêcheur / Factortame.

¹²⁸ *Idem*.

CHAPITRE SECOND : LA GENERALITE DU PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE EXTRA- CONTRACTUELLE DES ETATS MEMBRES

La Cour de justice a consacré en des termes très généraux le principe de la responsabilité des États membres. Celle-ci peut être engagée du fait de "violations du droit communautaire" sans autre précision (Section I). De même, s'agissant de l'auteur de l'infraction, elle désigne simplement les "États membres". Or si on regarde de plus près cette notion, on se rend compte qu'elle est interprétée très largement par la Cour (Section II).

Section I : La violation du droit communautaire

Section II : L'auteur de la violation du droit communautaire

SECTION I : LA VIOLATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

En ne précisant pas quelle violation du droit communautaire est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, le juge communautaire marque sa volonté de voir toute violation du droit communautaire sanctionnée quels que soit sa forme (§1) et son objet (§2).

§1 La forme de la violation

Que faut-il entendre par violation du droit communautaire ? La violation du droit communautaire par un Etat membre peut se présenter sous deux formes différentes : la non-application du droit communautaire et la mauvaise application du droit communautaire

Les Etats membres doivent collaborer à la mise en oeuvre du droit communautaire. Cette collaboration passe avant tout par l'application du droit communautaire. Ne pas respecter une telle obligation revient, en fait, pour un Etat à commettre un manquement au droit communautaire et plus particulièrement à l'article 5 du traité C.E.E.

La non-application du droit communautaire par un Etat membre peut résulter soit de l'application par les autorités nationales de normes internes contraires au droit communautaire (A), soit de leur omission de prendre les mesures d'exécution nationales nécessaires (B).

A - La violation par omission

Dans ce cas, les Etats manquent à leur devoir de mise en oeuvre des actions de la Communauté soit en ne transposant pas une directive communautaire dans les délais impartis (1) ou encore de l'omission des autorités nationales, soit n'adoptant pas les mesures d'exécution nécessaires à l'application d'un règlement communautaire (2).

1. La non- transposition des directives

En ce qui concerne la non-transposition des directives, les exemples sont nombreux. Les affaires Francovitch et Miret, déjà examinées, en sont la parfaite illustration. On peut en citer d'autres. Ainsi, parmi les plus récentes, l'affaire Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas ¹²⁹ où le gouvernement néerlandais tentait de justifier son manquement par la complexité des modifications législatives requises et les retards enregistrés, dès lors, dans les procédures parlementaires. Néanmoins et pour souligner la rigueur de l'obligation d'application à laquelle sont soumis les Etats, la Cour de justice n'accepte pas de telles excuses, estimant selon une formule désormais rituelle

*" qu'un Etat membre ne saurait exciper de dispositions pratiques ou situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant des directives communautaires "*¹³⁰.

Une autre affaire de responsabilité, l'affaire Dillenkofer peut être rapprochée des affaires Francovitch et Miret. Les requérants reprochaient à la République Fédérale d'Allemagne de ne pas avoir respecté le délai imposé par la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait¹³¹. Ils faisaient valoir que, si la directive avait été transposée dans le délai prévu, ils auraient été protégés contre l'insolvabilité des opérateurs auprès desquels ils avaient acheté leur voyage à forfait. En effet, si l'Etat avait transposé cette directive dans le délai imparti, les sociétés Mp Travel Line International GmbH et Florida Travel Service GmbH, auraient du, du fait de leur faillite, leur rembourser le prix payé pour les voyages non effectués ainsi que, pour certains d'entre eux, les frais exposés pour pouvoir rentrer du lieu de vacances choisi¹³². Les requérants ont donc intenté une action en responsabilité contre la République Fédérale d'Allemagne afin d'être dédommagé du préjudice, qu'ils n'auraient, sans doute, pas eu à supporter si la directive avait été transposée en temps voulu. Les faits de l'affaire Dillenkofer sont donc, en tout point, similaires à ceux ayant donné lieu à l'arrêt Francovitch. L'Avocat général Tesauro remarque d'ailleurs, à son sujet, qu' *"il s'agit d'une hypothèse correspondant à celle déjà tranchée dans le célèbre arrêt Francovitch e.a."*¹³³.

¹²⁹ Arrêt de la Cour du 2 août 1993 (Aff. C-303/92, Rec. p. I-4739).

¹³⁰ il s'agit d'une jurisprudence constante. Voir notamment, les arrêts du 11 mai 1991, Commission / République italienne (Aff. C-246/88, Rec.p.I-2049) ; 11 juin 1991, Commission / Belgique (Aff. C-290/89, Rec.p. I-2851) ; 27 février 1992 (Aff. C-377/90, Rec.p.1233).

¹³¹ JOCE n° L 158/59.

¹³² Si certains requérants, comme MM Dillenkofer, Erdmann, Schulte et Heuer, ne sont jamais partis, M. Knor, déjà sur le lieu de vacances, a du, du fait de la faillite de la société auprès de laquelle il avait acheté son voyage, rentrer à ses frais, bien qu'étant en possession d'un billet de retour régulier.

¹³³ Point 1 des conclusions rendues sur cette affaire, non encore publiées.

2. Le cas des règlements

Un bon exemple d'omission de prendre les mesures nationales d'exécution nécessaires à l'application d'un règlement est l'affaire Commission des Communautés européennes contre République italienne¹³⁴ concernant les primes à l'arrachage d'arbres fruitiers. C'est le règlement n°2517/69¹³⁵ " définissant certaines mesures en vue de l'assainissement de la production fruitière de la Communauté ", adopté le 9 décembre 1969 par le Conseil et modifié par le règlement n°2476/70 du 7 décembre 1970¹³⁶, qui avait mis en place ce système de primes afin d'adapter à la fois quantitativement et qualitativement l'offre à la demande sur ce marché. Dans cette affaire, il était reproché à la République italienne la carence de ne pas avoir arrêté, dans les délais convenables, certaines mesures qui auraient permis d'appliquer effectivement le régime des primes à l'arrachage des arbres fruitiers et commandées par les règlements n°2517/69 et 2476/70. Il découlait, en effet, de ces règlements deux sortes d'obligations : celle d'instituer une procédure administrative en vue de vérifier la recevabilité de la demande de prime et celle d'assurer le paiement des primes. La première obligation avait été respectée par le gouvernement italien. Cependant la Cour de justice a estimé qu'il y avait tout de même manquement à cette obligation de la part des autorités nationales dans la mesure où elles avaient tardé à prendre les dispositions nécessaires et avaient, dès lors, nui à l'efficacité de la réglementation communautaire. En ce qui concerne la seconde obligation, c'est l'omission même du législateur italien d'adopter une loi permettant le versement des primes qui est à l'origine du manquement. Le gouvernement italien a bien essayé de justifier ce manquement par les exigences de sa législation¹³⁷ ainsi que par la crise politique que traversait son pays, mais la Cour, conformément à sa jurisprudence constante, a rejeté ces arguments¹³⁸ :

" ... La République italienne ne saurait se réclamer de sa législation ou pratique budgétaire pour justifier le retard apporté au versement des primes dont il s'agit (et) ...il résulte de toutes ces considérations que la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des règlements n°2517/69 et 2637/69, en n'ayant pas arrêté l'ensemble des dispositions permettant l'application effective sur son

¹³⁴ Arrêt du 8 février 1973 (aff.30/72, Rec.p.161)

¹³⁵ JOCE n° L 318/5

¹³⁶ JOCE n° L 266/2

¹³⁷ exigences en vertu desquelles toute dépense effectuée par l'Etat doit être auparavant autorisée par une loi

¹³⁸ " *Attendu qu'un Etat ne saurait exciper de dispositions ou pratiques de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant des règlements communautaires;*

qu'il appartient en effet, conformément aux obligations générales imposées aux Etats membres par l'article 5 du traité, de tirer, dans son ordre interne, les conséquences de son appartenance à la Communauté et d'adapter, si besoin est, ses procédures de prévision budgétaire de manière à ce qu'elles ne constituent pas un obstacle à l'exécution, dans les délais, des obligations qui lui incombent dans le cadre du traité. " (Att. .11 de l'arrêt)

territoire du régime des primes à l'arrachage d'arbres fruitiers instauré par ces règlements. ¹³⁹

B - La violation par action

Deux hypothèses sont à distinguer : la mauvaise application du droit communautaire (1) et l'application de normes internes contraires au droit communautaire (2).

1. La mauvaise application du droit communautaire.

C'est notamment le cas lorsque, comme dans les affaires *British Telecom* et *Denkavit*, un Etat membre transpose incorrectement une directive dans son droit national. Dans l'affaire *British Telecom*, le gouvernement anglais, en interprétant mal les dispositions de la directive 90/351/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunication¹⁴⁰, avait causé un préjudice à la requérante qui demandait à être indemnisée par l'Etat. Dans l'affaire *Denkavit*, trois sociétés de droit néerlandais détenant chacune une participation dans le capital d'une société allemande contestaient la compatibilité de l'article 44d, paragraphe 2, de la loi allemande relative à l'impôt sur le revenu ("l'Einkommensteuergesetz") avec les dispositions de la directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents¹⁴¹. Selon cet article, les sociétés mère ne peuvent bénéficier de la réduction de la retenue d'impôt sur les bénéfices distribués par une société filiale prévue par la directive seulement si elles détiennent depuis au moins douze mois sans interruption une participation directe supérieure à 25 % dans le capital de la filiale.

L'Administration fiscale allemande avait refusé d'accorder cette réduction aux sociétés *Denkavit*, *VITIC* et *Voormeer* au motif qu'elles ne remplissaient pas cette condition. Ces sociétés, estimant que la directive n'exigeait pas qu'une société mère ait conservé sa participation dans le capital de sa filiale pendant douze mois pour pouvoir obtenir la réduction de la retenue d'impôt sur les bénéfices, ont attaqué ces décisions devant le juge fiscal.

Saisie par le juge national, la Cour de justice a jugé que, si la directive laisse aux Etats membres la faculté de soumettre le bénéfice de l'avantage fiscal à une période de participation

¹³⁹ Att. 13 de l'arrêt.

¹⁴⁰ JOCE L 297/1.

¹⁴¹ JOCE L 225/6.

minimale, cet avantage doit être accordé dès l'acquisition de la participation. Ils leur appartient ensuite de s'assurer que les sociétés bénéficiaires ont bien conservé leur participation dans le capital de la filiale pendant le délai imparti. Le législateur allemand n'a donc pas transposé correctement la directive.

2. l'application de normes internes contraires au droit communautaire

C'est l'hypothèse où, comme dans les affaires Russo, Brasserie du Pêcheur, Factortame et Hedley Lomas, une autorité nationale méconnaît une disposition de droit communautaire en continuant d'appliquer une disposition nationale contraire ou en prenant une mesure nationale contraire :

Dans l'affaire Russo¹⁴², il était question, comme nous l'avons vu précédemment, de la compatibilité des mesures prises en matière agricole par l'Etat italien avec le règlement n° 120/67 portant organisation commune du marché du blé dur. La Cour de justice, suivant les conclusions de son Avocat Général, Monsieur Reischl¹⁴³, a vu dans ces mesures nationales une méconnaissance des dispositions du règlement et les a jugé incompatibles avec l'organisation commune des marchés dans le secteur des céréales.

Dans l'affaire Brasserie du Pêcheur, il a ainsi été reproché au législateur allemand d'avoir méconnu l'article 30 du traité en interdisant la commercialisation des bières, en provenance d'autres Etats membres, non conformes aux règles de fabrication allemandes.

Dans l'affaire Factortame, la Cour de justice a estimé que les conditions de nationalité, de résidence et de domicile, prévues par la législation anglaise, auxquelles était soumise l'immatriculation des bateaux de pêche étaient contraires à l'article 52 du traité. De même, elle a jugé, dans l'affaire Hedley Lomas, que le refus du ministère anglais de l'Agriculture, de la pêche et de l'alimentation de délivrer à la requérante une licence d'exportation d'ovins vivants vers l'Espagne, au motif que cet Etat membre ne respecterait pas les règles de la directive du Conseil relative à l'étourdissement des animaux avant leur abattage¹⁴⁴, était contraire à l'article 36 du traité.

¹⁴² Aff. 60/75, précitée.

¹⁴³ Conclusions sur l'affaire Russo, précitées.

¹⁴⁴ Directive 74/577/CEE du Conseil, du 18 novembre 1974 (JOCE L 316/10).

§2 L'objet de la violation

Le principe de la responsabilité des Etats membres vise à sanctionner tant les violations de normes communautaires d'effet direct que les violations de normes communautaires dépourvues d'un tel effet. Il est une composante indispensable à la protection juridictionnelle des particuliers, dès l'instant où une norme communautaire leur conférant des droits a été violée.

Pourtant, le principe présente un intérêt différent selon la norme en cause. En cas de dispositions directement applicables, il n'est que le corollaire de l'effet direct (A), tandis que dans l'hypothèse de dispositions qui ne le sont pas, il tend à pallier l'absence d'effet direct du droit communautaire (B).

A- L'action en réparation, corollaire de l'effet direct

La Cour de justice a précisé que *"la faculté offerte aux justiciables d'invoquer devant les juridictions nationales les dispositions directement applicables du traité ne constitue qu'une garantie minimale et ne suffit pas à assurer à elle seule l'application pleine et complète du traité"*¹⁴⁵.

En effet, il est facile de concevoir qu'écarter la règle interne contraire au droit communautaire pour appliquer directement les dispositions communautaires permet au particulier de bénéficier du droit dont il se prévalait sans pour autant réparer les conséquences illicites de l'application de l'acte national dans le passé. En exerçant contre l'Etat une action en responsabilité en se fondant sur la violation de la norme communautaire d'effet direct, le justiciable peut obtenir réparation du préjudice que lui a causé le non-respect de ses droits et voir, ainsi, annulés les effets de l'infraction nationale. L'action en réparation permet donc de rétablir un certain statu quo ante et donc d'assurer la pleine effectivité des droits communautaires directement applicables des particuliers. En ce sens, elle apparaît comme le corollaire de l'effet direct.

¹⁴⁵ Arrêt du 26 février 1991, Commission / Italie. (Aff.C-120/88, Rec.p.I-621, point 10). Voir également les arrêts du 15 octobre 1986, Commission / Italie, (Aff.168/85, Rec.p.2945, point 11); du 26 février 1991, Commission / Espagne, (Aff.C-119/89, Rec.p.I-641, point 9) et Commission / Grèce, (Aff.C-159/89, Rec.p.I-691, point 10). Voir aussi le point 44 des conclusions de l'Avocat général Van Gerven dans l'affaire Banks du 13 avril 1994 (Aff.C-128/92, Rec.p.I-1209).

Dans les affaires Brasserie du pêcheur et Factortame, les gouvernements allemand, irlandais et néerlandais soutenaient que l'obligation des Etats membres de réparer les dommages causés aux particuliers ne s'imposait qu'en cas de violation de dispositions non directement applicables. Selon eux, dans la mesure où un droit d'action serait déjà reconnu aux particuliers en droit national afin de faire valoir les droits qu'ils tirent des dispositions de droit communautaire directement applicables, il ne serait pas nécessaire de leur accorder en outre un droit à réparation directement fondé sur le droit communautaire en cas de violation de telles dispositions.

Raisonnement ainsi, revient, en fait, à considérer que le principe énoncé dans l'arrêt Francovitch est seulement un "*moyen permettant de combler une lacune dans la protection des droits*"¹⁴⁶ et non un principe général. Dans ce cas, le droit à réparation reconnu par la Cour de justice n'aurait qu'"*un rôle de protection subsidiaire, c'est à dire qu'il ne serait ouvert qu'en cas de dispositions ne pouvant pas être autrement invoquées devant les juridictions nationales*"¹⁴⁷. L'Avocat général en déduit que, si les particuliers dispose déjà d'un droit d'action leur permettant de faire valoir directement leurs droits communautaires, "*il ne serait nullement nécessaire, ni justifié, que le système communautaire impose l'octroi d'une réparation*" et "*le droit à réparation ne pourra dès lors être reconnu au(x) particulier(s) que si et dans la mesure où le droit national le permet*"¹⁴⁸.

Toutefois, pour M. Tesauro, il n'est pas possible de souscrire à une telle thèse car annuler l'acte illégal ou laisser inappliquée une loi portant atteinte aux droits communautaires des particuliers n'est pas toujours suffisant pour rétablir la situation juridique affectée.

C'est également l'avis de l'Avocat général Léger qui rappelle, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, que "*l'effet direct n'est qu'une garantie minimale qui n'assure pas nécessairement une complète protection du particulier qui se prévaut du droit communautaire*"¹⁴⁹.

La Cour de justice considère également que l'argumentation des gouvernements précités ne peut être retenue :

"La faculté offerte aux justiciables d'invoquer devant les juridictions nationales les dispositions directement applicables ..., destinée à faire prévaloir l'application de dispositions de droit communautaire à l'encontre de dispositions nationales, ... n'est pas de nature, dans tous les cas, à assurer au particulier le bénéfice des droits que lui confère le droit communautaire et notamment à éviter qu'il ne subisse un préjudice du

¹⁴⁶ Selon les termes de G. Tesauro, point 23 des conclusions précitées sur l'affaire Brasserie du pêcheur / Factortame.

¹⁴⁷ G. Tesauro, conclusions précitées, point 24. Voir également, *infra* nos développements sur l'action en réparation, palliatif à l'absence d'effet direct des dispositions communautaires violées.

¹⁴⁸ Conclusions précitées, point 24.

¹⁴⁹ Point 85 des conclusions précitées sur l'affaire Hedley Lomas. P. Léger répond au gouvernement allemand qui, dans cette affaire, soutenait également que l'action en responsabilité était superflue lorsque la norme communautaire violée était d'effet direct.

fait d'une violation de ce droit imputable à un Etat membre. Or, ainsi qu'il découle de l'arrêt Francovitch e.a., la pleine efficacité du droit communautaire serait mise en cause si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits ont été lésés par une violation du droit communautaire.

... Il en est ainsi en cas de lésion d'un droit directement conféré par une norme communautaire que les particuliers sont précisément en droit d'invoquer devant les juridictions nationales. Dans cette hypothèse, le droit à réparation constitue le corollaire nécessaire de l'effet direct reconnu aux dispositions communautaires dont la violation est à l'origine du dommage causé"¹⁵⁰

Il est vrai toutefois que, parfois, l'action en responsabilité peut s'avérer inutile. Tel est le cas notamment lorsque le droit violé est un droit à l'obtention d'une somme d'argent (aides, restitutions, montants compensatoires ...). La violation d'un tel droit est constituée par le refus des autorités nationales de payer les sommes dues. Aussi, si ce droit est conféré par une norme communautaire directement applicable, il suffit au justiciable de le faire valoir devant le juge interne, dans le cadre d'une action en paiement, pour obtenir l'annulation du refus et le versement des montants réclamés. C'est seulement si le justiciable démontre qu'il a subi un préjudice distinct du non-paiement qu'il pourra engager une action en réparation¹⁵¹.

Ainsi, dans l'affaire Francovitch, si les dispositions de la directive avaient été d'effet direct, les requérants auraient pu bénéficier normalement d'une action en paiement en tant que créanciers de l'Etat italien, devenu leur débiteur du fait de l'avoir pas transposé.

Lorsque la norme violée est dépourvue d'effet direct, la possibilité d'une action en réparation ne vient plus en complément de l'effet direct pour permettre l'application totale du droit communautaire mais vient pallier l'absence d'un tel effet : "*la réparation vise à effacer les conséquences dommageables, pour les bénéficiaires d'une directive, du défaut de transposition de celle-ci par un Etat membre*"¹⁵². C'est pourquoi, dans cette hypothèse, elle est "*particulièrement indispensable*"¹⁵³.

¹⁵⁰ Points 20 et 22 de l'arrêt Brasserie du pêcheur / Factortame.

¹⁵¹ Voir nos développements sur les actions en restitution et en paiement déguisées, Titre II, Chapitre II.

¹⁵² Point 21 de l'arrêt Brasserie du pêcheur / Factortame.

¹⁵³ Selon les termes de la Cour de justice dans l'arrêt Francovitch.

B- L'action en réparation, palliatif à l'absence d'effet direct

L'action en réparation est un remède au défaut d'effet direct et de mesures d'application de certaines normes communautaires et notamment, des directives..

En l'absence de mesures d'application et d'effet direct de la règle communautaire, seule la constatation juridictionnelle du manquement des autorités nationales peut obliger l'Etat à reconnaître aux particuliers le droit que la directive leur donne en la transposant dans son droit. Les justiciables ne peuvent pas, en effet, invoquer directement une norme communautaire dépourvue d'effet direct devant le juge national pour faire valoir leurs droits.

Par contre, lorsque la non-transposition des dispositions communautaires leur cause un préjudice, ils ont un droit à réparation et peuvent engager directement la responsabilité de l'Etat. L'action en responsabilité supplée ainsi à l'absence d'effet direct et à l'absence de mesures d'application¹⁵⁴. Au lieu d'une "exécution en nature" des droits que leur conférait l'ordre juridique communautaire, les justiciables obtiennent une "exécution par équivalent"¹⁵⁵. Cette équivalence est particulièrement nette lorsque, comme dans l'affaire Francovitch, le droit reconnu par la directive est un droit pécuniaire car le montant de l'indemnisation fixée peut coïncider exactement avec la somme d'argent que le particulier aurait eu si la directive avait été transposée.

Toutefois, l'"exécution par équivalent" est uniquement envisageable si une "exécution en nature" est totalement impossible. En effet, en l'absence de mesure d'application et en l'absence d'effet direct des dispositions litigieuses, il reste aux requérants le recours à une interprétation conforme du droit national par rapport au texte et aux objectifs de la directive. Ce n'est que dans l'hypothèse où le droit national n'est pas susceptible d'être interprété dans un sens conforme à la directive, que la solution de la réparation s'impose. Dans le cas contraire, en se fondant sur cette interprétation, le juge interne reconnaît au justiciable le droit dont il se prévaut en vertu de la directive¹⁵⁶.

C'est ce qui ressort des jurisprudences Miret et Faccini Dori.

L'affaire Miret porte sur la même directive que l'affaire Francovitch. L'Espagne n'avait pas jugé utile, au moment de son adhésion, compte tenu de l'état de son droit national en la

¹⁵⁴ Voir en ce sens les conclusions précitées de P. Léger dans l'affaire Hedley Lomas, points 76 à 82.

¹⁵⁵ En effet, comme le souligne M. Wivenes, *"en érigeant le défaut pour l'Etat d'adopter les mesures nationales de transposition de la directive en acte à l'origine du préjudice subi par le destinataire des droits que l'ordre juridique communautaire entendait voir conférer, la Cour substitue l'Etat, en sa qualité de débiteur d'une "exécution par équivalent", au particulier qui, en cas de transposition de la directive en droit national, aurait été le débiteur d'une "exécution en nature"* (Rapport luxembourgeois pour le XVe Congrès de la FIDE, Lisbonne 1992, "la sanction des infractions au droit communautaire", p.277, notamment p.296).

¹⁵⁶ Voir C.J.C.E., 10 avril 1984, Von Colson et Kamann (Aff. 14/83, Rec. p. 1891) ; C.J.C.E., 4 fév. 1988, Murphy (aff. 157/86, Rec. p. 673).

matière, d'adopter des mesures spécifiques pour transposer la directive. Toutefois, le statut des travailleurs, s'il prévoyait un fonds de garantie destiné à indemniser les salariés en cas d'insolvabilité de leur employeur, ne s'appliquait pas aux personnels de direction. A la suite de son licenciement, M.Miret, cadre dirigeant d'une entreprise déclarée insolvable, s'était vu refusé par un juge des affaires sociales (Juzgado de lo Social) de Barcelone le recouvrement de ses arriérés de salaires. Il avait, dès lors, introduit un recours contre ce jugement devant le Tribunal Superior de Justicia de Catalogne qui, avait, lui-même, saisi la Cour de justice de questions préjudicielles. Il demandait au juge communautaire d'une part, si les cadres et dirigeants d'entreprise pouvaient être exclus de l'application des garanties prévues dans la directive et, d'autre part, en cas d'applicabilité des garanties de la directive, si leur mise en oeuvre concrète devait être assurée par le truchement de l'organe de droit commun prévu pour le reste des travailleurs salariés ou bien par la voie d'une indemnisation directement à la charge de l'Etat. Après avoir estimé que la directive s'appliquait au personnel dirigeant des entreprises, la Cour de justice ne leur reconnaît pas le droit de demander le paiement des créances de salaires à l'institution de garantie mise en place par le droit national pour les autres catégories de travailleurs salariés, en raison de l'absence d'effet direct des dispositions concernées de la directive. Elle rappelle alors l'obligation qui est faite aux juges nationaux, en partant de la considération que "*l'Etat a eu l'intention d'exécuter pleinement les obligations découlant de la directive*", d'interpréter le droit national "*dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité*"¹⁵⁷.

En l'espèce, une telle interprétation n'était pas possible. La Cour conclut donc que

*"si tel est le cas, il découle de l'arrêt Francovitch e.a ... que l'Etat membre concerné est obligé de réparer les dommages subis par le personnel de direction du fait de l'inexécution de la directive en ce qui le concerne"*¹⁵⁸.

Dans le raisonnement suivi par le juge communautaire apparaît clairement un véritable "*modus operandi de la démarche juridictionnelle à adopter dans les hypothèses de contestation contentieuse de l'application nationale des directives*"¹⁵⁹. Avant de rechercher une "exécution par équivalent" des droits issus de la directive par un recours à l'action en responsabilité, il faut s'assurer que leur "exécution en nature" ne peut pas être obtenue tout d'abord par l'application directe des dispositions communautaires en cause ou, à défaut, par une interprétation conforme du droit national dans le cadre d'une jurisprudence désormais classique de la Cour.

¹⁵⁷ Point 20 de l'arrêt.

¹⁵⁸ Point 22 de l'arrêt.

¹⁵⁹ M.D.Simon, Europe, Ed.technique, février 1994, n°52, p.9-10.

Cette approche est confirmée et précisée par le juge communautaire dans l'arrêt Faccini Dori¹⁶⁰. Il découle de cette affaire que, par absence d'effet direct, il faut entendre absence d'effet direct vertical et absence d'effet direct horizontal. Ainsi lorsqu'une directive régissant des rapports entre particuliers a un effet direct, elle ne peut pas être invoquée par l'un des intéressés à l'encontre de l'autre dans la mesure où la jurisprudence communautaire refuse tout effet direct horizontal aux directives. Admettre un tel effet, reviendrait à créer des obligations dans le chef des particuliers alors qu'en vertu de l'article 189 du traité, le caractère contraignant des directives n'existe qu'à l'égard des Etats membres qui en sont les seuls destinataires¹⁶¹. Une directive ne peut donc pas créer par elle-même des obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc pas être invoquée, en tant que telle, à son encontre. C'est en ce sens qu'on peut parler d'absence d'effet horizontal des directives¹⁶².

Si le droit national peut être interprété conformément aux dispositions de la directive, le justiciable peut exercer son droit. A défaut, sans mesures de transpositions ou en cas de mauvaise transposition, le particuliers ne peut pas bénéficier du droit qu'il tire de la directive en faisant valoir, devant le juge national, les dispositions de cette directive à l'encontre d'un autre particulier. Le seul recours qui lui reste est le recours en responsabilité contre l'Etat qui n'a pas pris les mesures d'exécution nécessaires ou qui a mal transposé la directive. Le recours en responsabilité pallie donc également l'absence d'effet direct horizontal des directives.

En l'espèce, la requérante, Melle Paola Facini Dori, après avoir conclu avec une société un contrat de cours d'anglais par correspondance, voulait annuler sa commande et invoquait, à ce titre, la faculté de renonciation prévue par une directive concernant la protection des consommateurs. Cependant, a défaut de mesures de transpositions de la directive dans les délais, elle s'est vu condamnée par ordonnance du Giudice conciliatore de Florence à payer la somme convenue dans le contrat, majorée des intérêts et des dépens. Elle s'est opposée à cette décision devant le même juge en faisant valoir à nouveau la directive. Le Giudice conciliatore de Florence s'est alors demandé si, nonobstant le défaut de transposition de la directive par l'Italie, il pouvait en appliquer les dispositions. Il a alors interrogé la Cour de justice sur la question de savoir si la directive devait être considérée comme suffisamment précise et détaillée et dans l'affirmative, si elle était susceptible de produire des effets dans les rapports entre les particuliers et l'Etat et dans les rapport des particuliers entre eux (dans le cas présent entre un consommateur et un commerçant)

La Cour de justice estime que les dispositions de la directive étaient inconditionnelles et suffisamment précises. Cependant, admettre que la requérante puisse directement se fonder

¹⁶⁰ Arrêt du 14 juillet 1994, précité.

¹⁶¹ Etendre l'invocabilité des directives au domaine des rapport entre particuliers "reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements" (point 24 de l'arrêt). Voir également l'arrêt du 26 février 1986, Marshall, (Aff. 152/84, Rec.p.723).

¹⁶² Voir notamment C.J.C.E., 2 août 1993, Marshall / Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, (Aff. C - 271/91, Rec. p. I- 4367).

devant le juge national sur les disposition de la directive pour contraindre la Société à renoncer au contrat, revenait à admettre que les directives puissent avoir un effet direct horizontal. La Cour de justice s'y refuse et réaffirme, conformément à sa jurisprudence constante, que :

*"à défaut de mesures de transpositions de la directive dans les délais prescrits, les consommateurs ne peuvent pas fonder sur la directive elle-même un droit à renonciation à l'encontre des commerçants avec lesquels ils ont conclu un contrat et le faire valoir devant une juridiction nationale"*¹⁶³.

Elle rappelle ensuite, en se référant à l'arrêt Miret, que :

*"Pour le cas où le résultat prescrit pas la directive ne pourrait être atteint par voie d'interprétation, il convient de rappeler, par ailleurs, que selon l'arrêt du 19 novembre 1991, Francovitch e.a, le droit communautaire impose aux Etats membres de réparer les dommages qu'ils ont causés aux particuliers en raison de l'absence de transposition d'une directive..."*¹⁶⁴.

Le recours en responsabilité de l'Etat apparaît donc bien comme un palliatif à l'absence de mesures de transposition et à l'absence d'effet direct horizontal des directives.

Néanmoins, l'action en responsabilité contre un Etat membre n'est pas seulement un remède à l'absence de mesures d'application et d'effet direct du droit communautaire. Contrairement à ce que soutenaient certains gouvernements, *"elle n'est pas limitée à l'hypothèse visée dans l'arrêt Francovitch"* mais *"elle est une composante indispensable de la protection juridictionnelle du particulier qui se prévaut du droit communautaire dès l'instant où la norme ou la décision qui a provoqué le dommage est susceptible de créer des droits dans le chef des particuliers"*¹⁶⁵. C'est la raison pour laquelle, comme le souligne P. Léger, l'arrêt Francovitch *"a fait du principe de la responsabilité un principe général de droit communautaire"*¹⁶⁶. Il l'est d'autant plus que le principe est valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un Etat membre, quel que soit l'organe de l'Etat membre qui en est l'auteur. La généralité du principe exclut donc que la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé et détermine les conditions auxquelles est ouvert le droit à réparation¹⁶⁷, puisse dépendre de l'auteur de l'infraction.

¹⁶³ Point 25 de l'arrêt.

¹⁶⁴ Point 27 de l'arrêt.

¹⁶⁵ P. Léger, point 94 des conclusions précitées sur l'affaire Hedley Lomas.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ Dans l'arrêt Francovitch, la Cour de justice dit, en effet, que les conditions dans lesquelles un droit à réparation est reconnu aux particuliers *"dépendent de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé"*(point 38 de l'arrêt).

SECTION II : L'AUTEUR DE LA VIOLATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Les Etats membres, sous prétexte des particularités de leur organisation interne, ne doivent pas pouvoir échapper à leurs obligations communautaires. C'est pourquoi, il doit être "*considéré dans son unité*"¹⁶⁸. Ainsi, "*l'arrêt francovitch pose le principe d'un droit à une action en responsabilité pris globalement sans préciser l'auteur du dommage. Ce n'est pas un organe de l'Etat déterminé mais l'Etat membre en tant que tel qui doit indemniser*"¹⁶⁹. (§1). Cette conception unitaire de l'Etat n'est pas sans incidence sur la portée du principe de la responsabilité des Etats membres dans les ordres juridiques nationaux où le concept d'Etat est entendu beaucoup plus strictement (§2).

§1 La conception unitaire de l'Etat

L'Etat "*considéré dans son unité*" est, selon la jurisprudence communautaire, l'ensemble des autorités publiques nationales. Il ressort de cette jurisprudence que le concept d'autorité publique nationale doit être interprété très largement. Par autorités publiques nationales, la Cour de justice entend non seulement autorités centrales et décentralisées de l'Etat (A) mais également autorités dotées de compétences "*déléguées*" par une autorité centrale ou décentralisée (B). Ainsi, "*La jurisprudence de la Cour laisse ... apparaître, au fil de ses décisions, un concept communautaire d'Etat, dont la caractéristique essentielle est d'échapper aux contingences institutionnelles propres à chaque Etat membre tout en respectant partiellement l'idée d'Etat concrétisée par chaque ordre interne*"¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Point 34 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

¹⁶⁹ P. Léger, conclusions précitées sur l'affaire Hedley Lomas, point 112.

¹⁷⁰ Maryvonne Hecquard-Theron, "la notion d'Etat en droit communautaire", RTDE, 1990, p.693.

A - Les autorités centrales et décentralisées

Si par autorités publiques, la Cour de justice entend les autorités centrales de l'Etat (gouvernement, organe législatif et juridictions nationales)¹⁷¹ (1), elle y intègre également les autorités décentralisées (2).

1. Les autorités centrales de l'Etat

La Cour de justice indique dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame* que l'Etat, dont la responsabilité est engagée, doit être considéré dans son unité, *"que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif"* dans la mesure où, dans l'ordre juridique, communautaire *"toutes les instances de l'Etat, y compris le pouvoir législatif, sont tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, au respect des normes imposées par le droit communautaire et susceptibles de régir directement la situation des particuliers"*¹⁷². En effet, parmi les obligations que le droit communautaire impose aux Etats membres, et que les autorités nationales doivent respecter en vertu de l'article 5 du traité C.E., figure celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation de droit communautaire, en réparant, si c'est nécessaire, les préjudices causés aux particuliers.

Elle répond donc aux juridictions nationales qui doutaient que le principe de la responsabilité des Etats membres¹⁷³ vise également les agissements du législateur national que *"la circonstance que le manquement reproché est, au regard des règles internes, imputable au législateur national n'est pas de nature à remettre en cause les exigences inhérentes à la protection des droits des particuliers qui se prévalent du droit communautaire et, en l'occurrence, le droit d'obtenir réparation du préjudice causé par ledit manquement devant les juridictions nationales"*¹⁷⁴. Dès lors, *"le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leurs sont imputables est applicable lorsque le manquement reproché est attribué au législateur national"*¹⁷⁵.

¹⁷¹ Ainsi il y a manquement d'Etat lorsque les autorités législatives n'ont pas modifié, à la suite d'un arrêt en constatation d'incompatibilité de dispositions législatives nationales avec le droit communautaire, les dispositions en cause afin de les rendre conformes aux normes européennes ou encore, si les juridictions internes ne se sont pas abstenues d'appliquer des dispositions nationales contraire au droit communautaire.

¹⁷² Point 34 de l'arrêt.

¹⁷³ Ce qui peut paraître étonnant dans la mesure où dans l'affaire *Francovitch* était en cause l'omission du législateur national de transposer une directive.

¹⁷⁴ Point 35 de l'arrêt.

¹⁷⁵ Point 36 de l'arrêt.

Le juge communautaire refuse donc, comme dans le cadre de l'article 169 du Traité C.E., de traiter différemment les manquements du législateur national et ceux des autres autorités étatiques. Adopter une attitude différente, en excluant notamment que l'Etat législateur puisse encourir une quelconque responsabilité pour violation du droit communautaire, irait à l'encontre de l'application pleine et uniforme du droit communautaire, non seulement parce qu'elle rendrait inattaquable une loi qui n'y est pas conforme, mais aussi parce qu'il suffirait *"qu'un Etat fasse adopter un acte par le parlement pour échapper à une action en responsabilité"*¹⁷⁶.

Les gouvernements nationaux invoquaient la souveraineté de la loi, expression de la volonté générale : le législateur agissant dans l'intérêt général, son action ne saurait être limitée par des actions en responsabilité *"au seul motif que la prise en compte de l'intérêt général lèse des intérêts privés"*¹⁷⁷.

Ces arguments ne sont pas valables dans le cadre du droit communautaire car *"les Etats membres ont accepté que des limites soient imposées à la souveraineté législative de leurs parlements par le principe de primauté du droit communautaire"*¹⁷⁸. Les Etats se sont engagés conventionnellement à respecter le droit communautaire et ils ne peuvent donc plus se retrancher derrière le caractère souverain de la loi. Tout acte ou carence du législateur peut donc donner lieu à une action en responsabilité s'il occasionne un dommage à un particulier. Il ne saurait y avoir d'exception, le principe de la primauté du droit communautaire s'imposant à toutes les autorités de l'Etat, y compris les autorités décentralisées.

2. Les autorités décentralisées de l'Etat.

Les collectivités "décentralisées"¹⁷⁹ sont considérées par la Cour de justice comme partie intégrante de l'Etat. Les Etats membres sont donc responsables du comportement des ces autorités publiques qui ne sont, en fait, que des aménagements de l'Etat.

En effet, le juge européen définit les collectivités décentralisées comme des autorités publiques compétentes de l'Etat auxquelles s'imposent, à ce titre, les obligations découlant du droit communautaire. C'est ce qui ressort notamment de l'arrêt Steinhauser contre Ville de Biarritz¹⁸⁰. Dans cette affaire où était en cause une violation du droit d'établissement prévu à

¹⁷⁶ P. Léger, point 115 des conclusions précitées sur l'affaire Hedley Lomas.

¹⁷⁷ P. Léger, point 96 des conclusions sur l'affaire Hedley Lomas, non encore publiées. Voir également les conclusions de G. Tesauro sur les affaires Brasserie du pêcheur et Factortame, point 35, non encore publiées.

¹⁷⁸ P. Léger, conclusions précitées, point 107.

¹⁷⁹ Le terme "décentralisée" doit être pris en son sens générique. Il englobe toutes les aménagements territoriaux des Etats, quelle que soit la dénomination qui leur est donnée dans chaque Etats et leurs caractéristiques : provinces, régions, landers, communes, départements.

¹⁸⁰ CJCE, 18 juin 1985, P. Steinhauser c/ Ville de Biarritz, (Aff.197/84, Rec.p.1819).

l'article 52 du Traité C.E.E¹⁸¹, le tribunal administratif de Pau avait interrogé la Cour de justice sur la question de savoir si les dispositions de l'article 52 s'imposaient à la Commune de Biarritz. La Cour a répondu que :

"l'obligation de respecter cette règle concerne ... toutes les autorités publiques compétentes ..."

Et qu'il en résultait que :

"toute pratique ou règlement discriminatoire à l'égard des ressortissants des autres Etats membres, édictée par des collectivités décentralisées des Etats membres, tombe sous l'interdiction de l'article 52 du traité".¹⁸²

Un Etat peut ainsi se voir imputer le manquement d'une de ses collectivités territoriales. Si tel est le cas, c'est parce que le juge communautaire englobe dans le concept d'Etat les autorités décentralisées. A titre d'exemple, on peut citer un arrêt de la Cour du 10 mars 1987¹⁸³ dans lequel l'Etat italien s'est vu condamné à la suite du manquement constaté de la Commune de Milan. Il était question en l'espèce, d'une violation des règles d'adjudication des marchés publics de travaux prévues par une directive. Après avoir accueilli le recours de la Commission, la Cour de justice estime qu' *"il y a ... lieu de constater que, la commune de Milan ayant décidé d'adjuger de gré à gré un marché portant sur la construction d'une installation de recyclage des déchets solides urbains, en omettant ainsi la publication d'un avis de marché au journal officiel des Communautés européennes, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 71/305 du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux"*¹⁸⁴.

Cependant, en parlant d'"autorités publiques compétentes", le juge communautaire se réfère également aux autorités dotées de compétences "déléguées" par des autorités centrales ou décentralisées.

¹⁸¹ Voir pour de plus amples détails, nos développements sur cette affaire dans le Chapitre I, Section I.

¹⁸² Points 14 et 16 de l'arrêt.

¹⁸³ CJCE. 10 mars 1987, Commission c/ République italienne, (Aff.199/85, Rec.p.1039)

¹⁸⁴ Point 16 de l'arrêt.

B - Les organismes ou personnes, publics ou privés, dotés de compétences "délégées" par des autorités centrales ou décentralisées.

Tous les organes investis, dans un Etat, d'une quelconque autorité sur les particuliers en vue de l'exécution d'une mission d'intérêt public font partie de l'Etat au sens communautaire du terme. Ces organismes ou personnes sont souvent considérées par le juge communautaire (ou ses Avocats généraux) comme des émanations, des institutions ou encore des agents de l'Etat. La Cour de justice considère "*que figure en tout cas au nombre des entités qui peuvent se voir opposer les dispositions d'une directive susceptible d'avoir des effets directs (c'est à dire au nombre des autorités publiques), un organisme qui quelque soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique, d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers*"¹⁸⁵. C'est donc le critère fonctionnel qui prévaut : la Cour de justice recherche s'ils sont investis d'une mission de service public ou d'autorité publique. Ainsi, il arrive que la Cour de justice reconnaisse la qualité d'autorité publique à des organismes, indépendamment de leur nature juridique souvent incertaine. Toutefois, en général, ces autorités apparaissent à un double titre comme des émanations ou agents de l'Etat : en raison de leur nature juridique et de la mission de service public ou d'autorité publique qui leur était dévolue (1). Peu importe l'activité dans laquelle ils agissent ou la qualité en laquelle ils agissent, autorité publique ou employeur (2).

1. Des organismes ou personnes chargés d'une mission d'intérêt public

Dans l'affaire Marshall¹⁸⁶, le juge communautaire estime que l'administration du service de la santé n'est pas distincte de l'administration centrale du gouvernement. Au contraire, la Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, institution sanitaire, est, en vertu du droit constitutionnel britannique, un organisme étatique auquel a été confié le service public de la santé. Elle apparaît donc comme une "émanation de l'Etat"¹⁸⁷ et à ce titre, elle est une autorité publique.

Dans cette affaire, l'autorité en cause est l'émanation ou l'agent de l'Etat tant, en raison de sa nature juridique que de la mission de service public ou d'autorité public dont elle est investies.

¹⁸⁵ Arrêt Foster, précité, point 20.

¹⁸⁶ CJCE, 26 fév.1986, M.H Marshall / Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, (Aff.152/84, Rec.p.723).

¹⁸⁷ Selon l'expression de la Court of Appeal, reprise par l'Avocat général Sir Gordon Slynn dans ses conclusions.

Cependant, le critère organique n'est pas toujours nécessaire, c'est le critère fonctionnel qui est déterminant pour la Cour de justice. Il arrive qu'elle reconnaisse la qualité d'autorité publique à des organismes dont la nature juridique est incertaine. Ainsi, c'est dans la mesure où elles sont les délégataires d'une fonction publique que les institutions corporatives sont assimilées par le juge communautaire à des autorités publiques.

C'est dans l'arrêt Thieffry de 1977¹⁸⁸ que la Cour de justice fait expressément figurer les institutions corporatives au nombre des autorités publiques de l'Etat et notamment les corporations professionnelles.

Dans cette affaire, M. Thieffry, ressortissant de nationalité belge, s'était vu refuser son inscription au barreau de la Cour de Paris par le Conseil de l'ordre des avocats alors même qu'il avait obtenu au préalable l'équivalence de son diplôme de doctorat belge ainsi que le certificat d'aptitude à la profession (CAPA). Le motif invoqué était que le requérant ne possédait pas le diplôme de licence ou doctorat en droit français requis par la loi. Cette décision revenait à exiger qu'un ressortissant d'un Etat membre, désireux d'exercer la profession d'avocat dans un autre Etat membre, ait le diplôme national prévu par la loi alors que le diplôme qu'il avait obtenu dans son pays d'origine avait fait l'objet d'une reconnaissance d'équivalence par l'autorité universitaire du pays d'établissement, et lui avait permis de passer dans ce pays les épreuves de l'examen d'aptitude à la profession d'avocat. Saisi d'une réclamation de l'intéressé contre cette décision, la Cour d'appel de Paris avait interrogé la Cour de justice sur le fait de savoir si une telle exigence constituait une restriction à la liberté d'établissement, interdite par l'article 52 du traité. Le juge communautaire a répondu positivement à la question qui lui était posée. Sans entrer dans le détail de son argumentation, il a rappelé que la liberté d'établissement était un des objectifs du traité qui pouvait être assuré dans un Etat membre soit par des dispositions législatives et réglementaires soit des pratiques de l'administration publique ou de corporations professionnelles et qu'il incombait "*aux autorités publiques compétentes- et parmi elles aux corporations professionnelles légalement reconnues- d'assurer de ces législations ou pratiques, une application conforme à l'objectif défini par les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement*"¹⁸⁹.

La jurisprudence Steinhauser confirme d'autant plus cette solution qu'elle s'appuie expressément sur l'arrêt Thieffry pour démontrer que l'obligation de respecter la liberté d'établissement s'impose aux collectivités décentralisées, en tant qu'elles sont, comme les corporations professionnelles, des autorités publiques compétentes de l'Etat.¹⁹⁰

¹⁸⁸ CJCE, 28 avril 1977, Jean Thieffry / Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de Paris, (Aff. 71/76, Rec.p.765)

¹⁸⁹ Point 17 et 18 de l'arrêt.

¹⁹⁰ "*L'obligation de respecter cette règle concerne, ainsi que la Cour l'a dit dans l'arrêt du 28 avril 1977 (Thieffry, 71/76, p.765), toutes les autorités publiques compétentes, comme les corporations professionnelles légalement reconnues*"(point 14).

Cependant, c'est seulement "*en tant qu'organismes chargés d'une fonction publique*" que les corporations professionnelles sont intégrées à la notion d'Etat. Cette fonction publique conférée par l'Etat consiste essentiellement pour ces institutions à édicter et appliquer des règles déontologiques régissant la profession concernée. Ce n'est donc que dans l'exercice de ces attributions que les corporations professionnelles peuvent être assimilées à des autorités publiques par le juge communautaire et qu'elles sont, dans cette mesure, considérées comme faisant partie de l'Etat. Ainsi "*cette intégration*" demeure conditionnée par un élément fonctionnel"¹⁹¹.

Les arrêts Auer¹⁹² et Rienks¹⁹³, toujours rendus en matière de liberté d'établissement, sont très explicites sur ce point. Les requérants, MM Auer et Rienks, ressortissants autrichien et néerlandais, s'étaient vu refuser leur inscription au tableau de l'ordre professionnel des vétérinaires en France et en Italie pour des raisons similaires à celles qui avaient été opposées à M. Thieffry. Questionnée par les juridictions internes saisies de réclamations contre ces décisions de refus, la Cour de justice a tranché en leur faveur, estimant "*qu'on ne saurait refuser l'inscription au tableau de l'ordre professionnel pour des motifs qui méconnaissent la validité d'un titre professionnel obtenu dans un autre Etat membre, alors que ce titre figure parmi ceux que tous les Etats membres, ainsi que leurs ordres professionnels, en tant qu'organismes chargés d'une fonction publique, sont tenus de reconnaître*".

Ainsi que le faisait remarquer dans ses conclusions M.Mancini¹⁹⁴, une directive peut être invoquée contre des institutions qui, sans être à proprement parler des organes de l'Etat, appliquent en quelque sorte la politique de ce dernier. Concrètement, en l'espèce, la fonction publique dont étaient chargées les organisations professionnelles de vétérinaire visait à reconnaître des qualifications professionnelles acquises dans d'autres Etats membres.

Certaines entreprises publiques qui sont, notamment, en situation de monopole, sont également considérées comme faisant partie de l'Etat au sens communautaire du terme. Tel était le cas dans l'affaire Foster où le juge national interrogeait la Cour de justice sur la possibilité d'invoquer une directive d'effet direct à l'encontre d'un organisme du type de la British Gas Corporation (BGC). Le rapport d'audience et les conclusions de l'Avocat général Van Gerven, tendaient à démontrer que l'organisme en cause remplissait les critères requis. A l'époque des faits, sous le régime du Gas Act de 1972, la BGC était une personne morale instituée par le loi, chargée de développer et de maintenir, dans un régime de" monopole, un système efficace, cohérent et économique de distribution du gaz en Grande Bretagne et de

¹⁹¹ Maryvonne Hecquard-Théron, article précité, p.697.

¹⁹² CJCE, 22 sept. 1983, Auer / Ministère public, (Aff.271/82, Rec. p.2727).

¹⁹³ CJCE, 15 déc. 1983, Rienks, (Aff.5/83, Rec.p.4233).

¹⁹⁴ Conclusions rendues dans l'affaire Auer, Rec.p.2751.

satisfaire toutes les demandes raisonnables de gaz. Elle accomplissait ce "*service d'intérêt public*" sous le contrôle de l'Etat qui non seulement nommait les membres de l'organe de direction de l'entreprise mais disposait également de pouvoirs d'instruction et de vérification concernant sa gestion et la politique de fonctionnement choisie et pouvait lui ordonner d'affecter certains fonds à des fins spécifiques ou de les verser au Trésor public. Sa situation même de monopole la mettait dans une position différente et beaucoup plus favorable que les autres entreprises soumises aux lois de la concurrence. Sans doute disposait-elle pour mener à bien sa tâche, de prérogatives particulières, exorbitantes de celles régissant les rapports entre particuliers, tel un pouvoir d'expropriation en vue de l'installation de réseau de distribution de gaz ou encore, la possibilité de rompre unilatéralement les contrats passés avec les usagers.

Il est intéressant de noter que l'avocat général Van Gerven préconisait, dans cette affaire, une solution plus large que celle retenue par la Cour de justice¹⁹⁵. Il proposait de répondre au juge national que les particuliers pouvaient invoquer une disposition d'effet direct d'une directive "*à l'encontre d'une personne ou d'un organisme, à l'égard de laquelle l'Etat assume une responsabilité qui le met en mesure d'influencer de façon déterminante et de quelque manière que ce soit, le comportement de cette personne ou de cet organisme et cela en rapport avec la manière dans laquelle la disposition concernée de la directive impose une obligation que l'Etat membre a omis de transposer dans son droit national*"¹⁹⁶. L'élément déterminant, selon M. Van Gerven, est l'existence d'un contrôle ou d'une influence de l'Etat. Le juge communautaire semble avoir une conception beaucoup plus restrictive en exigeant que ce contrôle s'exerce dans le cadre de l'accomplissement d'un service d'intérêt public dont a été chargé l'organisme en cause par l'Etat.

Ainsi, selon la jurisprudence communautaire relative aux aides publiques, est imputable aux Etats, toutes aides "*accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où l'aide est accordée directement ou par des organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne en vue de gérer l'aide*"¹⁹⁷. La Cour de justice interprète largement la notion d'aide étatique. En assimilant ces aides à des aides d'Etat, elle étend le concept d'Etat à tout organisme, quelque soit sa forme, institué ou désigné pour gérer des aides. L'article 92, paragraphe 1, du traité, en interdisant les aides "*accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit*" invitait, il est vrai, le juge communautaire à adopter une telle interprétation.

¹⁹⁵ C'est dans l'arrêt Foster que la Cour de justice définit ce qu'il faut entendre par organismes ou personnes, publics ou privés, dotés de compétences "délégées" par les autorités centrales ou décentralisées de l'Etat. Il s'agit de tout organisme "*qui quelle que soit sa forme juridique, a été chargé, en vertu d'un acte de l'autorité publique, d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers*" (précité).

¹⁹⁶ Point 22 des conclusions, p.I-3340.

¹⁹⁷ Voir par exemple, CJCE 22 mars 1977, Steinike et Weinling / République fédérale d'Allemagne (Aff.78/76, Rec.p.595) ; 2 fév.1988, Van der Kooy / Commission, (Aff.jtes 67/85, 68/85 et 70/85, Rec.p.219).

On peut se demander quelle définition est la plus appropriée en la matière : celle de la Cour de justice ou celle de M. Van Gerven. Si l'existence d'un contrôle ou d'une influence de l'Etat ne fait pas de doute¹⁹⁸, reste à savoir si la gestion des aides publique peut être considérée comme un service d'intérêt public¹⁹⁹. La question reste ouverte. Dans l'affirmative, il s'agirait d'un service d'intérêt économique général, visant, par exemple, au développement de l'économie nationale

Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse de l'une ou l'autre de ces solutions, le résultat est identique. L'essentiel, en fait, est qu'il y ait à la base un élément de pouvoir public, c'est à dire une autorité centrale ou décentralisée, qui communique, par le biais d'une délégation ou du contrôle ou de l'influence qu'il exerce, son "caractère d'autorité publique" à d'autres organismes, même s'ils relèvent du droit privé²⁰⁰. S'il y a délégation et contrôle, cela ne fait que renforcer le caractère d'autorité publique de l'organisme. Mais que l'une ou l'autre de ces conditions soit remplie est suffisant. Contrairement à ce qu'affirme la Cour dans sa définition, l'existence d'un contrôle n'est pas nécessaire s'il y a délégation de compétence. Ainsi, dans l'affaire Johnson²⁰¹, la Cour de justice a jugé que le Chief Constable, chef d'un service de police local, était "*une autorité publique chargée par l'Etat du maintien de l'ordre et de la sécurité publique*"²⁰². Elle se basait sur la décision de renvoi du juge national en vertu de laquelle cette autorité est "*un fonctionnaire responsable de la direction des services de police*". A ce titre, il est donc une institution de l'Etat. Et ce, bien qu'il soit, comme le soulignait le gouvernement britannique,

¹⁹⁸ Dans l'affaire Steinike et Weinling, était en cause l'aide fournie à l'industrie alimentaire allemande par un fonds, constitué sous forme d'établissement public et alimenté par des subventions fédérales et des contributions des entreprises agricoles, sylvicoles et du secteur de l'alimentation. La nature d'établissement public de cet organisme laisse supposer qu'il entretient des liens étroits avec les autorités publiques (par exemple : ses dirigeants ou les membres de son Conseil d'administration sont nommés par le gouvernement; sa gestion fait l'objet d'un contrôle public ...). D'autant que ses ressources proviennent de subventions de l'Etat et de prélèvements de caractère fiscal (les contributions des entreprises étant des redevances qui leur sont réclamées). C'est dans cette affaire que la Cour de justice a donné une interprétation très large de l'article 92, paragraphe 1, du traité en disant que l'interdiction qu'il contient "*englobe l'ensemble des aides accordées par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où l'aide est accordée directement par l'Etat ou par des organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne en vue de gérer l'aide*".

L'affaire Van Der Kooy soulevait le problème de savoir si la tarification préférentielle d'une source d'énergie (le gaz en l'espèce) en faveur de certaines entreprises constituait une aide d'Etat. Le juge communautaire s'est demandé si le tarif litigieux résultait d'un comportement de l'Etat. Un certain nombre d'éléments démontrant que la Gasunie, la société de droit privé distributrice, ne disposait pas d'une pleine autonomie pour fixer ses tarifs, mais qu'elle agissait sous le contrôle et les directives de l'Etat, la Cour de justice a jugé que le tarif préférentiel était imposé par l'Etat. Elle a ainsi relevé que l'Etat membre détenait directement ou indirectement 50% des actions de la Société, qu'il nommait directement ou indirectement la moitié des membres du Conseil des commissaires, l'organe chargé de la tarification, et qu'il devait approuver les tarifs pratiqués. Le tarif préférentiel apparaissait donc comme une aide octroyée à travers un organisme contrôlé par l'Etat.

¹⁹⁹ Dans l'affaire Steinike & Weinling, la nature d'établissement public de l'organisme laisse également à penser que son activité est une activité exercée dans un but d'intérêt général

²⁰⁰ Voir les conclusions de l'Avocat Général Van Gerven dans l'affaire Foster, précitées.

²⁰¹ CJCE, 15 mai 1986, Marguerite Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, (Aff.222/84, Rec.p.1651).

²⁰² Point 56 de l'arrêt.

constitutionnellement indépendant de l'Etat. Ce qui démontre, comme le fait remarquer l'Avocat général Van Gerven²⁰³, "*à quel point les rapports entre le chef d'un service de police local et "les autres organes de l'Etat" sont considérés comme peu importants ... des autorités publiques autonomes, qui sont indépendantes d'autres organes de l'Etat, quel que soit le niveau central ou local, auquel elles se situent, relèvent effectivement de l'"Etat" au sens large*". Peu importe donc que cette autorité ait agi sans aucun contrôle ou aucune influence de l'Etat. Le seul fait qu'elle ait été investie d'une compétence par les autorités centrales ou décentralisées de l'Etat suffit à lui donner le caractère d'autorité publique et à la rattacher à l'Etat.

Néanmoins, la Cour de justice est parfaitement consciente des limites de la définition qu'elle donne dans l'arrêt Foster. Elle reste ouverte à d'autres possibilités puisqu'elle dit que les organismes ou personnes en cause figurent seulement "*au nombre des entités*" qui peuvent être rattachées à l'Etat. L'étude des arrêts en manquement et des décisions préjudicielles de la Cour montre sa volonté de ne pas s'enfermer dans une jurisprudence trop restrictive. Au contraire, elle veut se réserver la liberté de déterminer, en quelque sorte, au coup par coup, quels sont les organes ou institutions qui peuvent engager la responsabilité de l'Etat. La raison en est très simple: elle veut absolument éviter que l'Etat puisse profiter de quelque manière que ce soit de sa carence, notamment en matière de directives. En se réservant la liberté d'intégrer un certain nombre d'entités au concept d'Etat, elle peut parer à toutes les violations dont peut faire l'objet le droit communautaire, directement ou indirectement, par des autorités publiques. Et ce, même si ces entités agissent en qualité d'employeur.

2. La qualité en laquelle agit l'autorité de l'Etat.

Dans l'affaire Marshall, la requérante, ancienne employée de la Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, institution sanitaire, soutenait qu'elle avait fait l'objet d'une mesure discriminatoire, interdite par le droit communautaire²⁰⁴, en étant licenciée. Elle demandait, dès lors, au juge national de condamner la Health Authority à l'indemniser du préjudice dont elle avait été victime. Sa demande ayant été rejeté devant un Industrial Tribunal puis devant l'Employment Appeal Tribunal, la requérante avait saisi la Court of Appeal. Un des problèmes soulevé, en l'espèce, était de déterminer si les dispositions de la directive concernée,

²⁰³ Conclusions sur l'affaire Foster (CJCE, 12 juil. 1990. Aff. C-188/89, Rec.p.I-3313, spé. p.I-3331).

²⁰⁴ la réglementation communautaire visée, en l'espèce, était la directive 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JOCE, L 39, p.40).

inconditionnelles et suffisamment précises, pouvaient être invoquées par les particuliers devant les juridictions nationales contre l'organisme en cause.

La Health Authority étant une autorité publique de l'Etat, rien ne s'opposait, à priori, à ce que la demanderesse puisse se prévaloir des droits que lui conférait la directive. Pourtant, le gouvernement britannique avait avancé un argument fort judicieux, visant à établir une distinction entre l'Etat agissant en tant qu'autorité publique et l'Etat agissant en tant qu'employeur. Selon lui, *"en cette dernière qualité, l'Etat ne se distinguerait nullement d'un employeur privé. Il ne serait donc pas justifié de privilégier les employés de l'Etat par rapport aux employés d'une personne privée"*²⁰⁵.

La Cour de justice n'a pas retenu cette distinction. Elle répond au gouvernement britannique que *"lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre de l'Etat, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique"*. Car, *"dans l'un ou dans l'autre cas, il convient, en effet, d'éviter que l'Etat ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit communautaire"*²⁰⁶.

De son avis, l'argumentation développée par le gouvernement anglais *"ne peut justifier une appréciation différente"* dans la mesure où la *"distinction arbitraire et injuste entre les droits des employés de l'Etat et ceux des employés privés"* peut être *"aisément évitée"* par la transposition des directives dans les droits nationaux²⁰⁷.

Elle suit donc les conclusions de l'Avocat général Sir Gordon Slynn²⁰⁸ qui affirmait que l'Etat devait être considéré comme *"une entité indivisible, quelle que soit celle de ses activités qui est examinée"*²⁰⁹. Ainsi, l'Etat reste l'Etat, quelle que soit l'activité ou le titre auquel il agit. Dès lors, bien que la Health Authority ait agi en sa qualité d'employeur, elle peut se voir opposer la directive.

Le même raisonnement a été repris par la Cour, peu de temps après, dans l'affaire Johnston :

La requérante se plaignait, comme Melle Marshall, et sur la base de la même directive communautaire, d'avoir fait l'objet d'une discrimination illégale, en s'étant vu refuser par le Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary le renouvellement de son contrat dans un service de police local, la RUC Full-time Reserve. Le problème de l'invocabilité de la directive

²⁰⁵ Point 43 de l'arrêt.

²⁰⁶ Point 49 de l'arrêt.

²⁰⁷ Point 51 de l'arrêt.

²⁰⁸ Conclusions, Rec.p.725, spé. p.735.

²⁰⁹ Selon Sir Gordon Slynn, assimiler l'Etat-employeur à un employeur privé est un argument inacceptable car *"l'Etat peut légiférer, ce qui n'est pas le cas d'un employeur privé. C'est précisément parce que l'Etat peut légiférer, qu'il peut prendre des mesures correctives, qu'il a manqué à son obligation d'exécuter la directive en cause. A cet égard, il est placé d'emblée dans une situation différente de celle d'un employeur privé, ce qui justifie qu'il ne soit pas considéré de la même manière en ce qui concerne le droit d'une personne d'invoquer les dispositions d'une directive"*.

à son encontre se posait dans des termes similaires à ceux de l'arrêt Marshall. La Cour de justice rappelle que les particuliers pouvaient se prévaloir d'une directive à l'encontre d'une *institution de l'Etat* sans qu'il y ait de distinction selon qu'elle a agi en tant qu'employeur ou en tant qu'autorité publique²¹⁰. Par conséquent, les particuliers pouvaient invoquer "*à l'encontre d'une autorité de l'Etat chargée du maintien de l'ordre et de la sécurité publique, agissant en sa qualité d'employeur*"²¹¹, les dispositions d'une directive.

L'affaire Foster se situait dans le même contexte que les affaires Marshall et Johnson : il était question, une fois encore, d'un problème de licenciement discriminatoire. D'anciennes employées de la BGC se fondaient sur la directive du Conseil relative à la mise en oeuvre de principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail²¹² pour obtenir réparation du préjudice qu'elle estimaient avoir subi. L'Industrial Tribunal les avait déboutées de leur demande au motif que la BGC n'était pas une autorité de l'Etat et que, dès lors, la directive ne pouvait pas être invoquée à son encontre. A la suite à la confirmation de cette décision par l'Employment Appeal Tribunal puis par la Court of Appeal, les requérantes s'étaient portées devant la House of Lords qui avait accepté leur recours. C'est la Haute juridiction nationale qui a invité la Cour de justice à se prononcer sur le caractère d'"autorité de l'Etat" d'un organisme tel que la BGC, condition l'invocabilité de la directive.

C'était donc en sa qualité d'employeur qu'était attaqué la BGC. Aussi avant de définir les entités susceptibles d'être regardées comme des autorités de l'Etat, le juge communautaire a-t-il rappelé que, conformément à ce qui avait été jugé dans l'arrêt Marshall et réaffirmé maintes fois, les justiciables pouvaient se prévaloir d'une directive à l'encontre d'une autorité de l'Etat, quelle que soit la qualité en laquelle elle a agi, employeur ou autorité publique.

L'arrêt Foster confirme donc les arrêts Marshall et Johnston.

L'Etat entendu strictement n'est donc pas, vis à vis des particuliers, le seul responsable des violations du droit communautaire. Le concept d'Etat est entendu très largement dans la jurisprudence de la Cour de justice. En fait, il eut été plus clair de dire que toute autorité publique d'un Etat est responsable des dommages causés aux particuliers par une violation du droit communautaire qui lui est imputable.

Cette conception unitaire de l'Etat n'est pas sans conséquence sur la portée du principe de la responsabilité des Etats membres dans les ordres juridiques nationaux.

²¹⁰ Point 56 de l'arrêt.

²¹¹ Point 57 de l'arrêt.

²¹² Précitée.

§2 Les conséquences de la conception unitaire de l'Etat sur la portée du principe de la responsabilité des Etats membres

En désignant les autorités qui relèvent de l'Etat, la Cour de justice désigne les autorités responsables de la bonne application du droit communautaire car, au niveau communautaire, l'Etat est seul responsable vis à vis de la Communauté. En cas d'infraction, c'est lui qui doit répondre du comportement de ces entités sans pouvoir se prévaloir de l'autonomie ou l'indépendance plus ou moins grande qui les caractérise²¹³.

Sur le plan interne, au contraire, la conception unitaire de l'Etat doit permettre d'étendre le principe de la responsabilité des Etats membres à toutes les entités rattachées à l'Etat. Toutefois, une telle extension suppose, au préalable, que le juge national se conforme à cette interprétation du concept d'Etat (A). Le juge interne peut très bien, en effet, rester fidèle à la conception nationale de l'Etat. Si tel est le cas, l'Etat risque d'être le seul responsable reconnu de toute méconnaissance du droit communautaire (B).

A - Le juge national se conforme à la conception communautaire de l'Etat

Dans cette hypothèse, le juge national définit le concept d'Etat conformément à la jurisprudence communautaire. Dans ces conditions, si un arrêt en constatation de manquement de la Cour a été rendu à l'encontre de l'Etat du fait du comportement illégal d'une collectivité décentralisée, les justiciables pourront s'appuyer sur cet arrêt pour obtenir la condamnation de cette collectivité à réparer le préjudice qu'elle a occasionné. En effet, si le juge interne retient la conception unitaire de l'Etat, il comprendra qu'en déclarant que l'Etat a manqué à ses

²¹³ Voir nos développements *supra* sur la violation du droit communautaire. On peut ajouter aux exemples déjà cités, l'arrêt du 13 déc.1991, Commission / Italie (Aff.C-33/90, Rec.p.I-5987) qui reprend la jurisprudence constante de la Cour : *"La circonstance qu'un Etat a confié à ses régions, le soin de mettre en oeuvre des directives ne saurait avoir aucune incidence sur l'application de l'article 169. En effet... un Etat membre ne saurait exciper de situations de son ordre interne pour justifier le non respect des obligations et des délais résultant des directives communautaires. Si chaque Etat membre est libre de répartir, comme il l'entend, les compétences normatives sur le plan interne, il n'en demeure pas moins qu'en vertu de l'article 169, il reste seul responsable vis à vis de la Communauté, du respect des obligations qui résultent du droit communautaire"*.

Voir notamment G.Isaac, "la reconnaissance communautaire de l'entité régionale" in "les régions de l'espace communautaire", P.U de Nancy, 1992, p.29.; M.Hecquard-Theron, "la notion d'Etat en droit communautaire", article précité; Y.Galmot et J-C Bonichot, "la C.J.C.E. et la transposition des directives en droit national", R.F.D.A. 1988, p. 1 ; "Les collectivités territoriales, sujets du droit communautaire", E.D.C.E, Rapport public du Conseil d'Etat, 1992, n°44, p.245.

obligations, le juge européen visait, en réalité, la collectivité décentralisée. Et ce, d'autant plus, que, dans ce cas, le comportement de l'entité responsable est expressément mis en cause²¹⁴.

De même, si un arrêt préjudiciel reconnaît l'invocabilité d'une directive à l'égard d'un organisme, les particuliers pourront invoquer la directive à l'encontre de cet organisme devant le juge national pour faire valoir leurs droits sur la base de ses dispositions et être indemnisés s'ils ont subi un dommage du fait de leur violation.

Enfin, si aucun arrêt de la Cour de justice n'est intervenu, les plaignants pourront toujours mettre en cause la responsabilité d'une autorité pouvant être rattachée à l'Etat sur la base du principe de la responsabilité des Etat membres. A charge pour eux cependant; de prouver que cette autorité a bien violé le droit communautaire.

Si toutes les entités englobées dans le concept d'Etat sont susceptibles d'être condamnées en réparation pour tout manquement au droit communautaire, cela suppose que le législateur national, lui même, puisse faire l'objet d'une telle sanction. Ce qui implique, dans certains ordres nationaux, la remise en cause de l'immunité dont il bénéficiait jusqu'à présent²¹⁵.

Parallèlement, certains organismes pourront se voir imputer le dommage né de la non application ou de la mauvaise application d'une norme européenne alors même, qu'ils ne leur appartenaient pas de prendre les mesures d'exécution nationale nécessaires²¹⁶ car ils doivent, en principe, au même titre que les juridictions nationales, écarter toute loi ou toute réglementation nationales contraire au droit communautaire.

Dès lors, en tant qu'autorités de l'Etat, ils risquent d'être condamnés pour avoir appliqué une règle de droit national incompatible avec le droit communautaire. Il est vrai que, du point de vue de l'équité, il est difficilement concevable que quelqu'un puisse être responsable alors qu'il n'était pas compétent pour prendre les mesures que commandaient la mise en oeuvre du droit communautaire. Toutefois, s'il n'avait pas appliqué la réglementation nationale incompatible avec le droit communautaire, il aurait pu empêcher la réalisation du préjudice. Il a donc contribué au dommage en ne respectant pas l'obligation d'écarter le droit national incompatible que lui impose la primauté du droit communautaire.

En ce qui concerne l'Etat-employeur, comme le faisait remarquer très justement le gouvernement britannique dans l'affaire Marshall, l'acceptation du juge interne de le traiter différemment d'un employeur privé, revient, dans les faits, à privilégier les employés de l'Etat

²¹⁴ Ainsi, pour reprendre l'arrêt du 10 mars 1987, Commission / République italienne, précité, la Cour dit expressément, qu'"il y a lieu de constater, que la Commune de Milan ayant décidé de gré à gré un marché portant sur la construction d'une installation de recyclage des déchets solides urbains, en omettant ainsi la publication d'un avis de marché au journal officiel des Communautés européennes, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 71/305 du Conseil ..."

²¹⁵ Voir *infra*, en deuxième partie.

²¹⁶ Cette obligation incombe au législateur national, aux autorités gouvernementales ou aux autorités décentralisées.

par rapport aux employés d'une personne privée. Les premiers pourront, en effet, contrairement aux seconds, faire valoir les droits qu'ils tirent d'une directive contre leur employeur, la Cour de justice ne reconnaissant pas l'invocabilité "horizontale" des directives. Ils pourront, dès lors, sur la base des dispositions de la directive, obtenir directement réparation de la violation de leurs droits par leur employeur : l'Etat.

Cependant, en matière d'indemnisation, une "parade" existe face à cette inégalité. Il suffit de se reporter notamment aux faits des arrêts Francovitch et Miret pour en comprendre le mécanisme : au cas où un employé privé voit ses droits bafoués en raison d'une non application ou d'une mauvaise application du droit communautaire, il a la possibilité de se retourner contre l'autorité compétente de l'Etat afin d'être indemnisé car c'est par sa faute si son employeur lui a refusé ce à quoi il pouvait prétendre du fait du droit communautaire.

Le problème est tout autre s'il s'agit, non pas d'obtenir réparation du dommage né du refus d'un droit mais d'obtenir le bénéfice de ce droit. Dans cette hypothèse, les employés de l'Etat sont véritablement privilégiés par rapport aux autres car ils peuvent se prévaloir de la directive pour contraindre l'Etat à le leur accorder.

Mais les choses se compliquent singulièrement si le juge national refuse d'interpréter le concept d'Etat aussi largement que le juge communautaire et reste fidèle à la conception nationale de l'Etat.

B - Le juge national reste fidèle à sa conception nationale de l'Etat

Il se peut très bien que le juge national entende plus strictement la notion d'Etat, conformément au droit interne. L'interprétation qu'il donnera à un arrêt en manquement rendu à l'encontre d'un Etat à la suite du comportement d'une collectivité décentralisée sera dès lors différente. Il estimera qu'en déclarant que l'Etat a manqué à ses obligations, la Cour de justice le désigne comme seul responsable de la violation du droit communautaire imputable à la collectivité décentralisée, quelle que soit l'autonomie qui la caractérise. Ainsi, bien que le manquement incombe à une collectivité décentralisée, il reviendra à l'Etat d'en répondre. L'Etat seul responsable vis à vis de la Communauté, devient seul responsable devant le juge interne. Dans ces conditions, dans l'hypothèse où un justiciable appuiera une demande d'indemnisation sur un arrêt en constatation de manquement condamnant l'Etat, le juge national, lié par cet arrêt, sera sans doute amené à retenir la responsabilité de l'Etat et non celle de la collectivité décentralisée. Reste à se demander si l'Etat, dans la mesure où son droit interne le lui permet, pourra se retourner contre la collectivité décentralisée.

Cette interprétation conduit, comme nous pouvons aisément le constater, à faire totalement abstraction des compétences et des responsabilités de chacun. L'Etat risque d'être injustement condamné. Au contraire, la conception communautaire de l'Etat permet le rétablissement au niveau interne de ces responsabilités et la sanction des véritables auteurs de la violation en rattachant à la notion d'Etat toutes les autorités susceptibles de commettre de telles infractions. Le principe de la responsabilité s'applique donc à toutes ces autorités. Ce qui permet une juste répartition des responsabilités dans les ordres nationaux.

D'ailleurs, en l'absence d'un arrêt en manquement déclarant l'Etat responsable de la violation commise par une de ses collectivités décentralisées, il est presque certain que les juridictions nationales se conformeront implicitement à la définition communautaire de l'Etat en condamnant non pas l'Etat mais la collectivité locale. Et ce d'autant plus que, comme nous le verrons²¹⁷, l'action en responsabilité de l'Etat membre pour violation du droit communautaire est exercée devant le juge national selon les règles propres au droit interne, en vertu de l'application du principe de l'autonomie procédurale. Aussi est-il peu concevable qu'un juge national condamne l'Etat à réparation alors que l'auteur de la violation se révèle être une collectivité décentralisée. Surtout que dans le passé, certaines juridictions nationales n'ont pas hésité à le faire²¹⁸.

Pour éviter que l'Etat puisse être condamné injustement en raison de manquements imputables à l'une ou l'autre de ses Régions ou Communautés, le législateur constitutionnel belge a mis en place en 1993 un mécanisme de substitution temporaire de l'Etat à ses collectivités fédérées. *"la solution retenue consiste à donner à l'autorité fédérale la possibilité de se substituer aux autorités fédérées dont l'inaction ou la maladresse a entraîné la condamnation de la Belgique²¹⁹. Il est même prévu que l'Etat fédéral puisse répercuter à l'échelon communautaire²²⁰ ou régional les sanctions financières résultant pour la Belgique de cette violation d'une obligation internationale"²²¹*. Ainsi, si la Région ou la Communauté défailtantes ne prennent pas les mesures adéquates, commandées par l'arrêt en manquement rendu à l'encontre de l'Etat, pour régulariser la situation, l'Etat peut les prendre à leur place. De même, si, du fait d'un manquement des collectivités fédérées, la responsabilité de l'Etat est engagée, l'Etat belge a le droit d'opérer une retenue sur les moyens financiers qu'il doit allouer aux Régions et aux Communautés, afin de se rembourser. En cas d'inaction combinée de plusieurs collectivités fédérées, voire de celles-ci et de l'Etat fédéral, ces retenues se font à hauteur de leur responsabilité dans la violation du droit communautaire.

²¹⁷ Voir Partie II

²¹⁸ Voir TA de Pau, Steinhauser c/ Ville de Biarritz, précité et analysé.

²¹⁹ Une condamnation en manquement, en droit communautaire.

²²⁰ Lorsque l'auteur parle d'échelon communautaire, il vise les Communautés qui, en Belgique, constituent une des collectivités fédérées de l'Etat.

²²¹ Y. Lejeune, "Le droit fédéral belge des relations internationales", RDIP, 1994, p.577(spé.p.617 et s).

Ce système permet de sanctionner les vrais auteurs de l'infraction et incite les collectivités décentralisées à respecter le droit communautaire. Le plus simple reste, cependant, il faut bien le reconnaître, que le juge interne retienne la conception communautaire de l'Etat avec toutes les implications qu'elle a quant à l'application du principe de la responsabilité des Etats membres.

Un système similaire a été mis en place en Espagne tendant essentiellement à prévenir les infractions au droit communautaire des Communautés autonomes lorsque le domaine dans lequel intervient la norme communautaire relève de leur compétence. La loi organique du Conseil d'Etat oblige, tout d'abord, les Communautés autonomes à communiquer pour avis au Conseil d'Etat tous les projets de lois ou des règlements qui exécutent des traités, conventions ou accords internationaux. Ces avis permettent non seulement d'informer les Communautés des insuffisances ou infractions de ces projets mais aussi d'avertir les organes centraux de l'Etat des éventuels "*manquements autonomiques*"²²² au droit communautaire. Ces derniers peuvent alors demander aux Communautés autonomes de réviser leurs projets normatifs ou réglementaires.

En cas de carence ou d'insuffisance normative ou réglementaire d'une Communauté autonome, l'Etat peut intervenir pour subvenir à cette carence ou insuffisance en vertu des articles 93-3 et 149-1-3° qui lui imposent de garantir l'accomplissement des obligations internationales et qui prévoient que le caractère supplétif du droit étatique par rapport au droit des Communautés autonomes. Le droit étatique ne peut intervenir, en raison de son caractère supplétif, qu'à l'expiration du délai de transposition lorsqu'est en cause une directive communautaire et uniquement si la Communauté autonome a omis d'adopter les dispositions nécessaires pour appliquer la norme communautaire. Il cesse d'être appliqué dès que la Communauté autonome a pris les mesures que commandait la mise en oeuvre du droit communautaire.

Si, malgré ces mécanismes, des normes législatives ou réglementaires "autonomiques" contraires au droit communautaires sont édictées, l'Etat peut recourir au juge pour sanctionner les violations commises. Le contrôle juridictionnel permet d'éliminer la norme "autonomique" qui viole le droit communautaire. Toutefois, les procédures sont longues et en attendant que le juge se prononce, la norme communautaire reste inappliquée. Une action en constatation de manquement risque donc d'être ouverte contre l'Etat. Aussi la doctrine espagnole a-t-elle proposé l'utilisation de la procédure d'harmonisation prévue par l'article 150-3 de la Constitution en vertu duquel l'Etat peut "*édicter des lois établissant les principes nécessaires pour harmoniser les dispositions normatives des Communautés autonomes*". Cette harmonisation étatique de l'activité législative et réglementaires peut intervenir après l'édition

²²² Selon l'expression de L. Burgogue-Larsen, "L'Espagne et la Communauté européenne. L'Etat des autonomes et le processus d'intégration européenne.", Université de Bruxelles, coll. Etudes Européennes, 1995, spé. p. 351 et s.

des normes "autonomiques". Elle peut donc permettre aux organes centraux de l'Etat de corriger les lois ou les règlements des Communautés autonomes ou encore, de pallier leur carence. Par ailleurs, l'article 155 de la Constitution autorise l'Etat à prendre les mesures nécessaires pour contraindre une Communauté autonome à respecter les obligations que lui impose la Constitution ou pour protéger l'intérêt général de l'Espagne. On peut parfaitement concevoir que l'Etat prenne de telles mesures de coercition, en dernier ressort, si les autres moyens à sa disposition n'ont pas permis d'éviter le "manquement autonome".

L'ordre juridique espagnol vise donc avant tout à établir un dialogue et une collaboration entre l'Etat et les Communautés autonomes. Les autorités centrales et autonomiques ont ainsi conclu un accord réglementant l'intervention des Communautés autonomes dans le cadre de la procédure de l'article 169 du Traité C.E. lorsqu'elles sont à l'origine d'une procédure de constatation de manquement introduite à l'encontre de l'Etat espagnol. Au stade précontentieux de la procédure, les Communautés autonomes sont en droit d'être informées de toutes les communications faites par la Commission des Communautés européennes et peuvent y répondre. L'Etat joue le rôle d'intermédiaire. Au stade juridictionnel, lorsqu'un acte ou une omission d'une Communauté autonome est à l'origine du recours en manquement, celle-ci détermine avec l'Etat la position à adopter devant la Cour de justice. Par ailleurs, les Communautés autonomes ont le droit d'être informées de toutes questions préjudicielles posées par les juridictions nationales à la Cour de justice qui concernent un acte ou une omission de leurs organes.

L'accord ne prévoit pas, par contre, les conséquences de la condamnation de l'Etat par le juge communautaire à la suite du manquement d'une Communauté autonome car, selon L. Burgorgue-Larsen²²³, l'ordre juridique espagnol considère, conformément à l'article 5 du traité C.E.E, que l'Etat est seul responsable au plan communautaire. Faut-il en déduire que l'Etat espagnol, contrairement à l'Etat belge, n'a aucun moyen, dans ce cas, de sanctionner la Communauté autonome, véritable auteur de l'infraction au droit communautaire ?

Il faut néanmoins que les justiciables établissent que l'Etat est bien l'auteur de l'acte ou de l'omission qui leur a causé un dommage.

Dans le système communautaire où les compétences des Etats membres et des institutions communautaires sont étroitement liées, il est souvent très délicat de départager les responsabilités de chacun.. Souvent l'illégalité des actes des autorités nationales résulte d'une illégalité commise par une institution communautaire. Dans ce cas, l'action en réparation doit être dirigée contre la Communauté devant le juge communautaire et non pas, contre l'Etat devant le juge national.

²²³ *Op. cit.*, p. 363.

Les particuliers doivent donc déterminer, avant de saisir le juge compétent, qui, de l'Etat ou de la Communauté, est réellement responsable du dommage qui leur a été occasionné.

TITRE II :

LE CRITERE DE LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DES ETATS MEMBRES : L'IMPUTABILITE DU DOMMAGE

En vertu du principe énoncé dans l'arrêt Francovitch, les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables.

La Cour de justice rappelle également dans son arrêt Société des grands Moulins des Antilles du 26 novembre 1975, que pour qu'une action en responsabilité extra contractuelle contre la Communauté puisse être engagée, en vertu des articles 215, alinéa 2 du Traité C.E.E., 188 du Traité C.E.E.A. et 40 du C.E.C.A., "*il faut alléguer d'un préjudice découlant d'un acte ou d'une omission de la Communauté*"¹.

L'imputabilité du dommage est donc le critère de répartition des responsabilités entre la Communauté et les Etats. En effet, "*la notion d'imputabilité répond à la question de savoir quel est l'auteur du fait dommageable*"². Elle permet "*de déterminer qui devra supporter la charge de la réparation*"³. et par conséquent, qui est responsable de l'infraction au droit communautaire à l'origine du dommage. Il s'agit dès lors de résoudre un problème de causalité : montrer que le fait dommageable est imputable à l'Etat ou à la Communauté ou bien, dans quelle mesure il est imputable à chacun d'eux.

La Communauté est seulement tenue de réparer les dommages causés par ses institutions ou ses agents. Elle n'est pas responsable, en principe, du comportement et des agissements des autorités nationales. Dans ce dernier cas, ce sont les Etats membres qui sont responsables.

Ce critère est utilisé dans tous les systèmes de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique : pour que soit fondée la responsabilité d'une personne morale de droit public, il faut que le comportement dommageable lui soit imputé c'est à dire qu'il ait été accompli par elle.

Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, en droit administratif français, un principe d'ordre public commande qu' une personne ne soit jamais condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas ⁴ ; en droit administratif hellénique, le critère de l'imputabilité est défini aux articles

¹ Aff.99/74, Rec.p.1531

² P. Vialle, "Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative", R.D.P. 1974, p.1243, spé. p. 1248.

³ *Idem*.

⁴ En droit français, le juge administratif ne connaît, en principe, que la réparation dite " par équivalent " qui consiste à évaluer le préjudice subi en argent afin d'indemniser la victime par le versement de dommages-intérêts. Demander réparation d'un préjudice consiste donc à demander la condamnation du responsable au paiement d'une certaine somme d'argent.

105 et 106 de la Loi d'introduction au Code Civil ⁵ ; le droit luxembourgeois dispose dans l'article 1er de la loi du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques " *l'Etat et les autres personnes morales de droit public répondent, chacun dans le cadre de ses missions de service public, de tout dommage causé par le fonctionnement défectueux de leurs services, tant administratifs que judiciaires, sous réserve de l'autorité de la chose jugée.* " et pose ainsi clairement la règle de l'imputabilité ; en vertu de l'article 839 du Code civil allemand, complété par la loi du 22 mars 1910 sur la responsabilité de l'Etat, la condition de l'imputabilité du dommage à l'Etat est que ce dommage découle de la violation par un agent public d'un " *devoir que la loi lui impose* " envers une personne privée.

Simple à énoncer, ces règles s'avèrent délicates à mettre en oeuvre, dans le système communautaire, " *en raison de l'imbrication fréquente, dans la survenance de certains dommages, d'actes des autorités communautaires et d'actes des autorités nationales*"⁶⁷ (Chapitre premier).

Par ailleurs, elles ont été quelque peu assombries par la complexité des règles relatives à la compétence respective des juridictions nationales et juridictions communautaires définies par la Cour de justice.

En principe, les compétences respectives du juge communautaire et du juge national dépendent de l'auteur du fait dommageable et dès lors, de l'imputabilité du dommage : si le dommage est imputable à la Communauté, c'est le juge communautaire qui est compétent pour connaître des actions en réparation engagées par les personnes lésées ; à l'inverse, s'il est imputable à un Etat membre, la réparation du dommage doit être demandée devant les juridictions nationales de cet Etat.

Toutefois, dans certains cas, alors que les autorités nationales n'ont fait que se conformer à une réglementation communautaire illégale, " *la circonstance que le dommage soit regardé comme imputable à la Communauté ne permet pas, à elle-seule, de justifier la recevabilité du recours devant la juridiction communautaire*" car " *de façon prétorienne, la Cour a, en effet, ajouté une condition supplémentaire connue en doctrine sous les termes "d'épuisement des voies de recours internes"*"⁸.

Cette règle vise essentiellement à limiter le nombre de recours en responsabilité devant le juge communautaire dès lors que les dommages causés aux ressortissants d'un Etat membre, par un

Voir CE. S. 19 mars 1971, Mergui, p. 235, concl. M. Rougevin-Baville: chron. D. Labetoulle et P. Cabanes, A.J.D.A. 1971, p. 274.; note M. Waline, R.D.P 1972, p. 234.

⁵ Epaminondas Spiliotopoulos, " Droit administratif hellénique ", éd. LGDJ, 1991, p.160

⁶ F. Grévisse, J-D Combrexelle et E. Honorat, "Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des Etats membres dans l'élaboration et dans la mise en oeuvre du droit communautaire : compétences de la Cour de justice des Communautés européennes et des juridictions nationales" *in* "Hacia un nuevo orden internacional y europeo", Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Diez de Velasco, 1993, p. 933.

⁷ Voir G. Isaac, "Droit Communautaire Général", éd. Masson, Coll. Droit Science économique, 1989, p. 183.

⁸ F. Grévisse, J-D Combrexelle et E. Honorat, article précité, p. 939-940.

acte ou une omission des institutions européennes, peuvent être réparés devant le juge national. Les juridictions nationales, incompétentes pour juger de la responsabilité de la Communauté, peuvent seulement condamner les Etats, sur la base des mesures d'exécution qu'ils ont pris conformément au droit communautaire, à réparer le dommage causé, en réalité, par les institutions communautaires.

La condition de l'épuisement des voies de recours internes a donc des incidences sur la répartition des responsabilités. Elle va à l'encontre des règles d'imputabilité et certains auteurs estiment qu'elle met en cause ce critère de l'imputabilité (Chapitre II).

Chapitre premier : la mise en oeuvre du critère de l'imputabilité

Chapitre second : la mise en cause du critère de l'imputabilité

CHAPITRE PREMIER : LA MISE EN OEUVRE DU CRITERE DE L'IMPUTABILITE

La violation du droit communautaire par un Etat membre peut se présenter sous deux formes différentes : la non-application du droit communautaire et la mauvaise application du droit communautaire

Selon que la violation revêt l'une ou l'autre de ces formes, l'application du critère de l'imputabilité se révèle plus ou moins délicate.

Dans l'hypothèse d'une non-application du droit communautaire comme dans l'affaire Francovitch, la question de l'imputabilité ne soulève pas de grandes difficultés. En pareil cas, il ne fait aucun doute que tout dommage trouvant sa cause dans la violation par l'Etat de son obligation d'appliquer le droit communautaire, lui est exclusivement imputable. L'application du critère se révèle donc aisée en raison de l'unicité de la cause et de l'auteur du dommage. Bien entendu l'auteur de la violation du droit communautaire au sein de l'Etat peut être aussi bien un organe central qu'un organe décentralisé. Il n'en reste pas moins que c'est l'Etat et non pas les entités ou collectivités qui le composent qui sera responsable en cas de dommage, en vertu du principe de la responsabilité des Etats membres .

Cependant apprécier l'imputabilité du dommage est loin d'être toujours aussi aisé dans l'hypothèse d'une mauvaise application du droit communautaire par un Etat membre. En effet, l'unicité de la cause et de l'auteur ne sont pas des données constantes. Bien au contraire, il arrive souvent, dans cette hypothèse, que le dommage mette en cause non seulement les autorités nationales mais également les autorités communautaires. Il paraît opportun, pour bien le comprendre, de rappeler certaines règles de fonctionnement du système juridique communautaire afin de mesurer le rôle de chacun, Etats membre et Union Européenne, dans la mise en oeuvre du droit communautaire et dès lors, de mesurer leur part de responsabilité. Il s'agit ainsi de mieux cerner, par ce rappel, l'appréciation qui est faite par la CJCE du critère de l'imputabilité.

Le système communautaire a mis en place une répartition fonctionnelle et non matérielle des compétences : si l'édiction de la norme communautaire appartient aux autorités communautaires, une telle centralisation du pouvoir n'existe pas en ce qui concerne son exécution. Cette compétence est confiée en majeure partie aux autorités nationales . A ce titre, il existe une exécution normative du droit communautaire qui exige que des mesures nationales

de transposition pour les directives ou complémentaires pour les règlements soient prises par les autorités nationales compétentes, parlement ou gouvernement. Parallèlement, il y a exécution administrative du droit communautaire dans le cadre de laquelle les administrations nationales sont chargées de faire respecter, par les particuliers, les réglementations communautaires et leur mesures nationales d'application ainsi que de prendre envers eux les mesures individuelles nécessaires.⁹ Ainsi, comme on peut le constater, la mise en oeuvre du droit communautaire, contrairement à son édicton, est décentralisée.

Mais, comme toute activité décentralisée, la mise en oeuvre du droit communautaire est une activité contrôlée et encadrée. En effet, les autorités nationales agissent sous le contrôle des autorités communautaires et dans le cadre du droit communautaire, c'est à dire conformément aux conditions fixées par lui.

Les autorités communautaires interfèrent donc souvent dans la mise en oeuvre du droit communautaire par les autorités nationales tant en la contrôlant qu'en en définissant les conditions. Cette intervention des autorités communautaires a pour conséquence, dans le domaine de la responsabilité, que " *même si le dommage allégué peut être rattaché à une mesure nationale d'exécution, ce rattachement ne permet pas, à lui seul, d'imputer le dommage à l'Etat membre.* " ¹⁰

D'où la difficulté de déterminer qui, de l'Etat membre ou des institutions communautaires, est responsable du dommage né de la mauvaise application du droit communautaire, en raison de la difficulté à apprécier son imputabilité. Dès lors, la Cour de Justice des Communautés Européennes a dû définir un critère au critère de l'imputabilité afin de pouvoir porter une telle appréciation : c'est l'existence ou non d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation des autorités nationales dans l'exécution du droit communautaire qui est déterminant. Le juge communautaire a donc retenu un critère très juridique qui permet d'imputer le dommage aux Etats membres quand ceux-ci disposent d' "une marge de manoeuvre" vis à vis de la Communauté européenne.

Si l'existence d'un tel pouvoir est définie dans la réglementation communautaire à appliquer, elle se mesure également par rapport aux pouvoirs d'intervention dont disposent les institutions communautaires, et notamment la Commission, dans la mise en oeuvre de cette réglementation.

C'est le législateur communautaire qui, à travers les réglementations communautaires, confère un tel pouvoir aux autorités nationales (Section I).

⁹ Il existe néanmoins des cas d'administration directe : les institutions communautaires elles mêmes, et notamment la Commission, qui sont en relation directe avec les entreprises. Cette pratique est surtout développée dans le cadre de la C.E.C.A et C.E.E.A mais dans le cadre de la C.E.E, elle est exceptionnelle.

¹⁰ F.Grévisse, J.D Combrexelle et E.Honorat, "Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des Etats membres dans l'élaboration et dans la mise en oeuvre du droit communautaire : compétences respectives de la Cour de justice des Communautés Européennes et des juridictions nationales " in "Hacia un nuevo orden internacional y europeo ", Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Diez de Velasco, 1993, p.933

Cependant, il peut arriver que bien qu'elles aient effectivement un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, les instances nationales voient malgré tout leur pouvoir lié par une intervention de la Commission (Section II).

Il est vrai que, de prime abord, la situation semble contradictoire dans la mesure où on peut se demander comment un pouvoir discrétionnaire peut se trouver lié.

Résoudre le problème de l'imputabilité du dommage en cas de mauvaise application du droit communautaire revient, ainsi, à savoir si les autorités nationales sont ou non liées quant à l'exécution du droit communautaire¹¹.

Section I : L'existence d'un pouvoir d'appréciation des Etats membres

Section II : Les pouvoirs d'intervention de la Commission dans la mise en oeuvre du droit communautaire par les Etats membres

¹¹ Voir notamment sur cette question, L. Di Qual, "La compétence liée", Thèse, Lille. L.G.D.J., 1964.

SECTION I : L'EXISTENCE D'UN POUVOIR D'APPRECIATION DES ETATS MEMBRES

Les instruments privilégiés du législateur communautaire pour établir les réglementations communautaires sont sans aucun doute les règlements et les directives tandis que la décision permet à la Commission d'intervenir dans le cadre de ses interventions dans la mise en oeuvre du droit communautaire par les Etats membres.

Néanmoins, il arrive également que le législateur communautaire prescrive, par une décision, à un Etat ou à un ensemble d'Etats membres, "*un objectif dont la réalisation passe par l'édition de mesures nationales à portée générale*"¹². En pareil cas, il est vrai, selon les propres termes du professeur Isaac, que la décision se présente comme un instrument de législation indirecte comparable à la directive¹³.

C'est pourquoi nous envisagerons successivement l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation des Etats membres dans l'hypothèse du règlement communautaire (§1) et dans celle des directive et décision (§2).

§ 1. le règlement communautaire

L'exécution des règlements peut être aussi bien normative qu'administrative: C'est l'arrêt l'arrêt Eridania¹⁴ de la Cour de justice qui a affirmé en 1979 la compétence normative des Etats membres en matière de règlement communautaire :

*" l'applicabilité directe d'un règlement ne fait pas obstacle à ce que le texte même du règlement habilite une institution communautaire ou un Etat membre à prendre des mesures d'application "*¹⁵

Ainsi les règlements peuvent-ils habiliter les Etats membres à prendre des mesures d'application complémentaires.

¹² voir G. Isaac, *op. cit.*, p.119

¹³ "*elle* (la décision) *se présente alors comme un instrument de législation indirecte qui n'est pas sans rappeler la directive*" (ouvrage précité, p.119).

¹⁴ Arrêt du 29 septembre 1979 (aff.239/78, Rec.p.2749).

¹⁵ Point 34 de l'arrêt.

La question qui se pose, au regard de l'imputabilité, en cas de dommage causé par la mauvaise application d'un règlement communautaire est de savoir si le règlement en cause donnait ou non aux autorités nationales un pouvoir d'appréciation pour sa mise en oeuvre. Tout dépend, en effet, de la réponse donnée à cette question

Deux réponses semblent seulement concevables: soit les Etats membres étaient liés dans leur compétence d'application ; soit, au contraire, ils ne l'étaient pas.

Dans le premier cas, c'est la Communauté qui est responsable ; dans le second, le dommage est imputable aux Etats membres.

Présenté ainsi le principe paraît simple et clair. Cependant sa mise en oeuvre s'avère délicate dans l'hypothèse d'une exécution administrative du règlement dans la mesure où elle appelle une distinction concernant le pouvoir d'appréciation des Etats membres. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de justice amène à distinguer selon que le pouvoir d'appréciation des Etats membres existe au niveau des conditions d'octroi du droit, posées par le règlement communautaire ou au niveau de la décision d'octroi de ce droit.

Le pouvoir d'appréciation des conditions revient pour les Etats à apprécier, pour chaque cas d'espèce, si les conditions, fixées par le règlement pour que les particuliers puissent bénéficier d'un droit, sont remplies. Le pouvoir d'appréciation de la décision elle-même existe lorsque les Etats membres restent libres d'accorder ou non le droit demandé lorsque les conditions d'octroi de ce droit sont remplies. Il s'agit ni plus ni moins d'un pouvoir discrétionnaire de décision.

L. Di Qual parle de compétence liée au premier ou au second degré ou encore de compétence "ligotée" lorsque le pouvoir d'appréciation porte seulement sur les conditions d'octroi du droit.

En fait, concrètement, deux situations sont possibles : soit les conditions d'octroi d'un droit, posées par la réglementation communautaire, sont remplies et ce droit doit être accordé au demandeur (A); soit les conditions d'octroi d'un droit sont remplies et ce droit peut être accordé au demandeur(B).

Quelque soit l'hypothèse, les Etats ont un pouvoir d'appréciation des conditions car comme le dit le législateur communautaire lui-même, ¹⁶, les Etats " *sont plus facilement à même de juger des circonstances et de vérifier la matérialité des faits* " et donc de juger si les conditions d'octroi du droit sont remplies. Aussi peut-on en déduire que l'existence d'un pouvoir d'appréciation des conditions des Etats membres est une constante propre à la compétence d'exécution donnée aux Etats membres.

Par contre, en ce qui concerne le pouvoir d'appréciation de la décision ou pouvoir discrétionnaire de décision, il doit être expressément attribué aux autorités nationales par le législateur communautaire. Dans une telle éventualité, l'existence d'un tel pouvoir sera révélée par l'utilisation de termes significatifs tel que " les Etats peuvent ... " ou encore " les Etats ont la faculté ... ". " Peuvent " ou " ont la faculté " laissent entendre que les autorités nationales

¹⁶ Voir, par exemple, le règlement C.E.E n°1608/74 de la Commission du 26 juin 1974 relatif à des dispositions particulières en matière de montants compensatoires monétaires (JOCE n° L 170/38).

sont libres dans leur décision et ne sont donc pas astreintes à prendre telle décision si telle condition est remplie.

A - Les Etats membres ont uniquement un pouvoir d'appréciation des conditions

On peut citer comme exemple l'affaire Sucrimex¹⁷ où il était question de l'application de l'article 17, paragraphe 7, du règlement n°193/75 du 31 janvier 1975, portant modalités communes d'application du régime de certificats d'importation, d'exportation et de préfixation pour les produits agricoles¹⁸. En vertu de cet article, suite à la perte de certificats ou d'extraits de certificats, les organismes émetteurs peuvent exceptionnellement délivrer des duplicatas des documents perdus mais ces duplicatas " *ne peuvent pas être produits aux fins de la réalisation d'opérations d'importation ou d'exportation* ". En l'espèce, la société allemande Westzucker GmbH avait cédé à la société française Sucrimex SA, conformément à l'article 3 du règlement n°193/75, les droits d'exportation découlant des certificats pour l'exportation de sucre avec préfixation de la restitution, valables jusqu'au 31 mai 1979, que lui avait accordé l'organisme d'intervention allemand, le BALM afin que cette société puisse exporter les quantités de sucre indiquées pour son compte. En fait, il s'est trouvé que ces certificats ne sont jamais parvenus à la société Sucrimex SA. Ils ont été égarés pendant leur transport. La société Sucrimex SA en a averti l'entreprise Westzucker GmbH qui a demandé et obtenu du BALM la délivrance de nouveaux certificats identiques qui ne portaient pas la mention " duplicata ". C'est posé alors le problème de l'application de l'article 17, paragraphe 7, du règlement n°193/75 : les certificats à l'identique délivrés par le BALM suite à la perte des certificats originaux devaient-ils être considérés comme des duplicatas ou non ? De la réponse à cette question dépendait pour la société Sucrimex SA l'obtention des restitutions préfixées dans les certificats originaux. Si les certificats à l'identique n'étaient pas considérés comme des duplicatas des certificats originaux mais comme de nouveaux certificats identiques aux premiers, la société française pouvait prétendre à ce que les opérations d'exportations prévues se réalisent aux conditions fixées. Dans le cas contraire, s'ils étaient considérés comme des duplicatas des premiers, ces documents ne pouvaient pas être utilisés pour l'exportation et il n'était donc pas possible de payer la restitution préfixée qu'ils contenaient mais uniquement la restitution normale. La société Sucrimex a effectué les exportations et a présenté au FIRS, l'organisme d'intervention français, des demandes de restitution conformément aux certificats d'exportation selon le montant préfixé. Le FIRS a rejeté ces demandes en déclarant que Sucrimex SA pouvait

¹⁷ Arrêt du 27 mars 1980, Sucrimex SA et Westzucker GmbH / Commission des Communautés européennes, (aff.133/79, Rec.p.1299).

¹⁸ JOCE n°L 25/10.

seulement prétendre à la restitution normale. Le FIRS, pour parvenir à cette décision, a du porter une appréciation sur la réalisation de la condition fixée (l'existence de duplicatas) par l'article 17, paragraphe 7, du règlement n°193/75 par rapport au cas d'espèce qui lui était soumis. C'est la réponse à la question de savoir s'il était ou non en présence de duplicatas qui commandait sa réponse. En l'occurrence, suite à l'examen des faits et circonstances de l'espèce, il a jugé que la condition était remplie. Dès lors, il n'avait pas le choix, ne disposant en la matière d'aucun pouvoir de décision mais devant se conformer à celle que lui imposait la réglementation communautaire : il devait refuser la requête. Par la suite, les sociétés requérantes ont attaqué en justice cette décision, mettant en cause l'appréciation de la situation faite par le FIRS.

Dans cette première hypothèse, l'imputabilité du dommage dépend des motifs pour lesquels la décision est illégale . Elle peut l'être pour deux raisons : en raison d'une mauvaise appréciation des faits et circonstances de l'espèce par les autorités nationales qui débouche dès lors sur une mauvaise application de la réglementation au cas des requérants ou en raison de son contenu .

S'il s'avère que c'est le contenu de la décision qui est illégal, le dommage ne peut pas, en principe, être imputé à l'Etat. Il est imputable au législateur communautaire qui a adopté la réglementation en cause. En effet, dans ce cas, c'est la réglementation communautaire elle-même qui commande la décision qui est contestée. La responsabilité de l'Etat ne peut être retenue puisqu'il n'a fait qu'appliquer cette réglementation, ne disposant d'aucun pouvoir d'appréciation. Le dommage est, dès lors, le résultat de l'exécution d'une réglementation illégale (2).

Par contre, si la décision est illégale en raison d'une mauvaise appréciation des faits et circonstances de l'espèce, le dommage est causé par la mauvaise application de la réglementation communautaire et est imputable à l'Etat (1).

1. L'application incorrecte de la réglementation communautaire.

Une mauvaise appréciation des faits et des circonstances de l'espèce par les autorités nationales peut être la conséquence d'une mauvaise interprétation de leur part du contenu des dispositions concernant les conditions requises pour l'obtention du droit demandé. En effet, bien apprécier l'application des conditions requises à une situation donnée suppose avant tout pour les autorités nationales de savoir exactement quel est le contenu de ces conditions, ce qu'elles recouvrent. Une interprétation erronée du contenu des conditions aura pour conséquence directe de fausser le jugement des instances nationales et de déboucher, dès lors, sur une mauvaise application du règlement au cas d'espèce. Aussi peut-il arriver qu'en fait, si

les conditions avaient bien été interprétées par les autorités nationales, le cas d'espèce les aurait rempli et le droit demandé aurait dû être accordé.

La question s'est posée de savoir si les Etats étaient responsables de leur interprétation erronée du contenu des conditions fixées par le droit communautaire pour la jouissance d'un droit. La réponse rendue par la Cour de justice s'est révélée positive. Les exemples sont nombreux. Le problème s'est posé notamment à propos de l'interprétation des conditions de prise en charge des dépenses par le FEOGA. La Cour de justice a affirmé clairement sa position : lors de l'apurement des comptes présentés par les Etats membres au titre des dépenses financées par le FEOGA, la Commission n'est tenue de prendre en charge les dépenses effectuées sur la base d'une application erronée du droit communautaire que si celle-ci peut être imputée à une institution communautaire. Ainsi si les instances nationales donnent une interprétation trop large à la condition de preuve exigée en vue de favoriser les opérateurs de cet Etat en font une application erronée et c'est l'Etat qui supporte la charge des dépenses effectuées¹⁹.

Un autre exemple est l'affaire Etoile commerciale et Comptoir national technique agricole (CNTA) contre Commission des Communautés européennes²⁰. Les faits peuvent être simplifiés ainsi dans le cas qui nous intéresse : le législateur communautaire a prévu dans le secteur des matières grasses l'octroi d'une aide pour les graines oléagineuses récoltées et transformées dans la Communauté. Les conditions d'octroi de l'aide voulaient que les graines soient mises sous contrôle dès leur entrée dans l'huilerie jusqu'à leur transformation. Afin de permettre le contrôle, un certificat communautaire d'aides devait être demandé avant la transformation des graines. Les autorités françaises et la SIDO (la société interprofessionnelle des oléagineux), organisme français chargé de l'application du régime d'aide, considéraient toutefois que demander le certificat après la transformation des graines ne faisait pas obstacle à l'octroi des aides lorsque la tardivité de la demande était due à des erreurs administratives. Selon eux, le refus de l'aide, dans ce cas, pénalisait trop sévèrement les sociétés concernées. La SIDO accordait les aides, tout en sachant que la Commission et donc le FEOGA ne partageaient pas cette interprétation. C'est ainsi que la CNTA en invoquant, pour justifier le retard de sa demande, la désorganisation des services de l'usine à la suite d'un incendie, avait pu bénéficier des aides communautaires. La SIDO avait toutefois accepté de payer les aides en cause moyennant la constitution d'une caution de la part du CNTA garantissant le remboursement, sur simple demande au cas où la Commission refuserait de les reconnaître à la charge du FEOGA. Si la SIDO a exigé la constitution d'une caution, c'est parce qu'elle savait qu'au cas où la Commission jugerait ces aides irrégulièrement payées et refuserait de les mettre à la charge

¹⁹ C.J.C.E 25 novembre 1980, Royaume de Belgique/Commission (Aff.820/79, Rec.p. 3537); voir également C.J.C.E 27 janvier 1981, République italienne/Commission (Aff.1251/79, Rec.p. 205) ; C.J.C.E du 7 février 1979, Gouvernement du Royaume des Pays-Bas/Commission (Aff.11/76, Rec.p. 245) .

²⁰ Arrêt du 7 juillet 1987 (Aff. jtes 89 et 91/86, Rec.p. 3005) .

du FEOGA, elle serait obligée de les récupérer²¹. C'est ce qui s'est passé et la SIDO a donc demandé le paiement de la caution au CNTA. La société l'Etoile commerciale, qui s'était portée garante pour remboursement, a du payer, le CNTA étant en règlement judiciaire. Ces sociétés se sont retournées contre le refus de la Commission de reconnaître à la charge du FEOGA l'octroi des aides et ont demandé réparation du préjudice subi devant la Cour de justice. La Cour de justice, suivant l'Avocat Général Da Cruz Vilaça, a jugé que le préjudice né du remboursement des aides versées découlait de l'application erronée que la SIDO avait fait de son pouvoir d'appréciation. En effet, c'est cette appréciation qui a rendu le versement des aides illégal et a obligé la SIDO, en raison de l'obligation qui lui est faite par le droit communautaire de récupérer ces aides, d'exiger leur restitution par le paiement de la caution constituée à cet effet. Par conséquent le dommage était imputable à la mauvaise interprétation que la SIDO et les autorités nationales françaises avaient fait du contenu des conditions d'octroi des aides. Seul l'Etat pouvait, dès lors, être déclaré responsable.

On en vient ainsi à la conclusion suivante : si c'est l'utilisation faite par les Etats membres de leur pouvoir d'appréciation des conditions qui est mise en cause, ils sont responsables du dommage causé par l'application erronée du règlement.

Au contraire, si ce n'est pas l'appréciation des conditions faites par les instances nationales qui est contestée mais le contenu même de la décision qui a du être prise au regard de cette appréciation, le dommage est, en principe, imputable au législateur communautaire et non à l'Etat qui n'a fait qu'appliquer la réglementation communautaire. Dans ce cas, le dommage n'est plus le résultat d'une application incorrecte du droit communautaire par les autorités nationales mais de l'exécution d'une réglementation communautaire illégale. Toutefois, le principe connaît des exceptions et il peut arriver que la responsabilité de l'Etat soit engagée.

2. L'exécution d'une réglementation communautaire illégale.

Lorsque la compétence d'application des Etats est liée, les mesures nationales d'exécution sont purement formelles. Dans ce cas, si le contenu de la décision prise par les autorités nationales est illégal, le dommage est, en réalité, la conséquence directe des dispositions communautaires appliquées. C'est le législateur communautaire qui, en adoptant ces dispositions, a violé le droit communautaire (Traités, principes généraux).

On s'est néanmoins demandé si l'Etat n'était pas responsable du dommage du fait d'avoir appliqué un règlement invalide. La Cour de justice s'est prononcée implicitement sur cette

²¹ En effet, en vertu de l'article 8 du règlement n°729/70 du 21 avril 1970 (JOCE L94/13), les administrations nationales doivent, dans l'intérêt de l'application uniforme du droit communautaire, récupérer les sommes indûment ou irrégulièrement payées.

question dans un arrêt du 13 février 1979²² en définissant l'obligation d'appliquer le droit communautaire incombant aux Etats au regard du principe de la légalité communautaire :

*" ... Tout règlement mis en vigueur conformément au traité doit être présumé valide tant qu'une juridiction compétente n'a pas constaté son invalidité ; ...
... il résulte ainsi du système législatif et juridictionnel institué par le traité que, si le respect du principe de la légalité communautaire comporte, pour les justiciables, le droit de contester judiciairement la validité des règlements, ce principe implique également, pour tous les sujets du droit communautaire, l'obligation de reconnaître la pleine efficacité des règlements tant que leur non validité n'a pas été établie par une juridiction compétente ... "*²³

Ainsi les Etats sont tenus d'appliquer un règlement non valide tant que son invalidité n'a pas été établie par le moyen d'une procédure engagée devant la Cour (procédures des articles 173 et 177 du Traité CEE). Ils ne disposent en la matière d'aucune marge d'appréciation et à ce titre ne peuvent se voir imputer le dommage découlant d'une telle invalidité.

L'Avocat Général Capotorti a très clairement exprimé ce point de vue, adopté par la suite par la Cour, dans ses conclusions rendues sur cette affaire le 23 janvier 1979 :

*" ... si les organismes nationaux chargés de l'application des règlements communautaires sont obligés de les respecter jusqu'à ce qu'ils aient été déclarés non valides. Il nous paraît évident que la réponse doit être affirmative. Il ne suffirait certes pas d'éprouver des doutes au sujet de la validité d'un acte liant une institution communautaire pour justifier le comportement de l'organe administratif d'un Etat membre, chargé d'appliquer la législation communautaire, qui voudrait se soustraire unilatéralement aux obligations découlant de l'acte en question. La même remarque est applicable à tout destinataire d'actes communautaire. Ce serait, en effet, aller à l'encontre du principe de la sécurité juridique ... "*²⁴

Puis il poursuit, après avoir souligné qu'un Etat ne peut être responsable que pour une inobservation des normes communautaires qui lui soit imputable :

" ... il n'y a aucune violation du droit communautaire par un Etat membre en l'espèce; et, de ce fait, il n'y a pas lieu de supposer qu'il y a responsabilité de la part de l'Etat membre. Nous avons déjà dit qu'au regard du droit communautaire, l'acte obligatoire de portée générale, affecté d'un vice pouvant entraîner son annulation, produit ses effets à l'égard de ses destinataires jusqu'à ce qu'il ait été déclaré non valide par la Cour. Ce qui revient à dire qu'un règlement illicite reste obligatoire en dépit de son

²² Aff. 101/78, Granaria, Rec. p. 623.

²³ Att. 4 et 5 de l'arrêt.

²⁴ Point 2 des conclusions, Rec. p. 642.

illégalité jusqu'au moment que nous avons indiqué. Il ne saurait donc y avoir illégalité commise par l'Etat membre - ou par l'organisme qui en dépend - dans l'hypothèse de mesures d'application de règles communautaires en vigueur.

*... il faut exclure toute responsabilité de la part de l'Etat du fait d'avoir appliqué une réglementation communautaire non valide, en raison du caractère licite et même obligatoire de ce comportement ."*²⁵

L'Etat est responsable seulement s'il maintient, après que le règlement ait été déclaré invalide et cessé dès lors de produire des effets, les mesures qu'il avait prises pour son exécution.

Néanmoins, comme le fait remarquer M. Capotorti, il ne faut pas perdre de vue que les Etats membres peuvent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire pour appliquer un règlement. Ils disposent d'un pouvoir d'appréciation des conditions et peuvent également se voir conférer un pouvoir discrétionnaire de décision. Ils peuvent donc prendre des mesures non conformes au droit communautaire et ainsi le violer en en faisant une application incorrecte. Dans ces conditions, et même si le règlement est, en fait, invalide, il ne suffit plus " d'affirmer que ces mesures ont donné exécution à un règlement communautaire pour considérer que l'Etat est dégagé de toute responsabilité ". C'est une illégalité qui vient s'ajouter à une autre.

En effet, dans la mesure où l'Etat disposait d'un pouvoir d'appréciation dans l'application de ce règlement, il a disposé par la même d'une certaine marge de manoeuvre et a pu opérer certains choix . Dès lors, ce sont ces choix qui ont pu être à la base du dommage et non pas l'invalidité du règlement en tant que telle. Par conséquent, l'Etat, responsable de ses choix, pourra être amené à y répondre. Ainsi, là encore, peut se poser une question d'imputabilité.

Il est tout à fait concevable que l'existence d'un tel pouvoir ajoutée à l'existence d'une invalidité de la réglementation communautaire puisse déboucher sur un cumul de responsabilité de l'Etat et de la Communauté si l'une et l'autre sont source de dommages distincts ou à une co-responsabilité si elles concourent toutes les deux au même dommage. On peut également concevoir que seule la responsabilité de l'Etat soit engagée si l'illégalité dont est affecté le règlement communautaire n'a joué aucun rôle dans la réalisation du dommage.

A titre d'illustration, on peut citer l'affaire Mulder e.a.²⁶, où était en cause la réglementation concernant le prélèvement supplémentaire sur le lait.

Les requérants, des producteurs laitiers néerlandais et allemands, avaient pris, moyennant une prime, un engagement de non-commercialisation au titre du règlement n°1078/77. Pendant cinq ans, ils n'avaient pas livré de lait ni de produits laitiers en provenance de leurs exploitations. A la fin de cette période, ils avaient respectivement demandé aux autorités néerlandaises et aux

²⁵ Point 3 des conclusions, Rec. p. 644.

²⁶ C.J.C.E, 19 mai 1992. Mulder e.a / Commission et Conseil (Aff. jointes C-104/89 et C-37/90, Rec.p.I-3061).

autorités allemandes que leur soit attribuée une quantité de référence afin de reprendre la production .

Leur demande avait été rejetée car le règlement n°857/84 du Conseil, complété par le règlement 1371/84 de la Commission, ne prévoyait pas l'attribution d'une quantité de référence aux producteurs de lait et produits laitiers qui s'étaient engagés, conformément au règlement n°1078/77, à arrêter leur activité pendant un certain temps.

La Cour de justice avait déclaré cette réglementation invalide car elle violait le principe de la confiance légitime en ne prévoyant pas l'attribution d'une telle quantité ²⁷..

Les requérants ont donc demandé à la Cour de justice la condamnation de la Communauté à réparer les préjudices subis du fait de l'application de cette réglementation. Selon elles, les autorités nationales étaient dans l'impossibilité de leur attribuer la quantité de référence demandée, le règlement communautaire ne prévoyant pas une telle attribution. La décision nationale avait donc été adoptée dans les limites fixées par la législation communautaire.

Dès lors, comme le soutenait dans ses conclusions l'Avocat général Van Gerven²⁸, le refus était imputable au législateur communautaire et non aux instances nationales qui avaient purement et simplement appliqué la réglementation communautaire.

La Commission et le Conseil estimaient, au contraire, que ce recours était irrecevable et que la responsabilité du préjudice causé n'incombait pas à la Communauté mais aux Etats membres. En effet, de leur point de vue, les autorités nationales auraient pu attribuer une quantité de référence en se basant sur les articles 3, 4 et 4 bis du règlement n°857/84 en vertu desquels, sous certaines conditions, l'attribution de quantités de référence spécifiques ou supplémentaires à des producteurs tels que les requérants était possible. Dès lors, leur refus était illégal.

La Cour de justice, suivant les conclusions de son Avocat Général, a jugé que le dommage était imputable aux institutions communautaires du fait de l'invalidité du règlement communautaire. Elle a considéré que les dispositions des articles 3, 4 et 4 bis ne donnaient pas aux Etats le pouvoir d'attribuer des quantités de référence aux exploitants qui avaient pris un engagement de non-commercialisation. Dans ces conditions, l'illégalité alléguée à l'appui de la demande en indemnité devait être regardée comme n'émanant pas d'un organisme national mais du législateur communautaire et que les préjudices résultant de l'exécution de la réglementation communautaire par les autorités nationales devaient être imputés à la Communauté.

Néanmoins, il peut arriver qu'un Etat membre qui ne disposait d'aucun pouvoir de décision pour appliquer un règlement soit jugé responsable du dommage, bien que ce règlement soit illégal. Une telle situation est tout à fait concevable lorsqu'une faute ou le comportement des autorités nationales est à l'origine du dommage.

²⁷ C.J.C.E., 28 avr. 1988, Mulder (aff.120/86, Rec.p.2321) et C.J.C.E. 28 avr. 1988, Von Deetzen (Aff.170/86, Rec.p.2355).

²⁸ Conclusions de l'Avocat général Van Gerven, Rec.p.I-3094.



Tel était le cas dans l'affaire Asteris AE²⁹ où les requérantes, des sociétés grecques productrices de concentrés de tomates, avaient introduit devant le Polymeles Protodikeio d'Athènes un recours visant à faire constater que la République hellénique était tenue de leur verser certains montants équivalant à des aides qu'elles n'avaient pas perçues suite à une erreur technique dont était entachée la réglementation communautaire (erreur qui, d'ailleurs, avait été sanctionnée par la Cour dans un arrêt du 19 septembre 1985³⁰).

Ces sociétés reprochaient au gouvernement grec d'avoir manqué "*à son obligation de contester en temps voulu le règlement entaché d'illégalité alors qu'elles mêmes ne pouvaient pas le faire*" et de les avoir ainsi "*privées des montants qu'elles auraient dû recevoir au titre d'un règlement valide*"³¹.

La juridiction nationale a posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice. Elle demandait, notamment, à la Cour si une telle action à l'encontre de l'Etat était recevable alors qu'elle-même, dans un arrêt du 19 septembre 1985 avait exclu la responsabilité de la Commission dans le cadre de la même affaire. La Cour a répondu positivement, en précisant cependant les conditions d'une telle recevabilité :

"Cet arrêt de la Cour s'oppose à ce que la responsabilité d'une autorité nationale, n'ayant fait qu'exécuter la réglementation communautaire et à laquelle l'illégalité dont cette dernière est entachée n'est pas imputable, puisse être engagée pour la même cause.

L'arrêt de la Cour ne s'oppose toutefois pas à une action en responsabilité introduite sur un fondement autre que l'illégalité de la réglementation communautaire en cause dans cet arrêt contre les autorités nationales compétentes en réparation des dommages causés aux personnes privées par les autorités nationales, même agissant dans le cadre du droit communautaire.

Dans ces circonstances, il y a lieu de répondre ... que l'arrêt de la Cour du 19 septembre 1985, qui a rejeté la demande de dommages-intérêts introduite par les entreprises productrices de concentrés de tomates contre la Commission, en application des articles 178 et 215 alinéa 2, du traité C.E.E, ne fait pas obstacle à une action en réparation du préjudice introduite par les mêmes entreprises contre l'Etat hellénique, fondée sur une cause autre consistant dans une faute ou un comportement propre imputable aux autorités helléniques, même agissant sans le cadre du droit communautaire."³²

²⁹ C.J.C.E, 27 sept. 1988, Asteris AE (Aff.jointes 106 à 120/87, Rec.p.5515).

³⁰ C.J.C.E ,19 sept. 1985,République hellénique contre Commission (Aff.192/83, Rec.p.2791).

³¹ Conclusions de l'Avocat général Sir Gordon Slynn, Rec.p.5527.

³² points 18, 19 et 20 de l'arrêt.

Ainsi l'Etat ne peut pas voir sa responsabilité mise en jeu s'il n'a fait qu'exécuter le règlement même illégal. Par contre, s'il peut lui être reproché une faute ou un comportement propre dans la réalisation du dommage, celui-ci pourra lui être imputé.

Dès lors, lorsque la Cour a rejeté un recours en indemnité introduit à l'encontre des autorités communautaires en raison d'une législation communautaire, les juridictions nationales ne sauraient accueillir un recours dirigé contre les autorités nationales pour avoir mis en oeuvre cette législation pour toutes les raisons énoncées et analysées plus haut. Une telle action n'est possible que si l'action trouve son fondement dans une cause distincte.

B- Les Etats membres disposent d'un pouvoir d'appréciation quant au contenu de la décision à prendre.

Dans cette hypothèse, si les conditions d'octroi d'un droit sont remplies, les autorités nationales peuvent ou encore, "ont la faculté" d'accorder ce droit aux particuliers qui en demandent le bénéfice. Ainsi les instances nationales, parallèlement à leur pouvoir d'appréciation de la réalisation des conditions, ont une marge d'appréciation au niveau de la décision elle-même. Elles ont un pouvoir discrétionnaire de décision. La réalisation des conditions fixées par la réglementation communautaire pour l'octroi du droit ne les lie pas. Elles sont libres d'accorder ou non le droit demandé. Les décisions qu'elles prennent ne sont plus formelles mais sont la traduction des choix opérés par les Etats dans l'application du règlement communautaire. De ces choix peut naître un dommage dont l'Etat doit répondre s'il lui est imputable.

On peut citer à titre d'exemple le règlement n°1608/74 de la Commission du 26 juin 1974 relatif à des dispositions particulières en matière de montants compensatoires monétaires³³ qui avait donné lieu, notamment, à l'affaire Debayser SA³⁴.

Dans cette affaire, les requérantes, trois sociétés négociantes en sucre, contestaient le refus des autorités nationales de leur appliquer une clause d'équité et mettaient en cause la Commission. Dans son arrêt rendu le 2 mars 1978, la Cour de Justice a rejeté la demande de réparation en invoquant expressément le pouvoir d'appréciation des Etats membres dans l'application de cette clause :

" ... il ressort ... de l'ensemble de cette réglementation que celle-ci a attribué aux Etats membres une marge d'appréciation qui leur permet de juger de l'application à chaque

³³ JOCE 1974, n°170/38.

³⁴ C.J.C.E, 2 mars 1978, Debayser SA (Aff. jtes 12, 18 et 21/77, Rec.p.553).

cas d'espèce de la clause d'équité, y compris des circonstances de nature à justifier l'octroi ou le refus de l'exonération visée à l'article 1 du règlement."³⁵

Ce règlement a donné lieu à un autre contentieux : l'affaire Société pour l'exportation des sucres SA³⁶.

Les faits de cette affaire sont similaires à ceux de l'affaire Debayser. Cette fois encore, la requérante imputait le refus des autorités nationales de lui accorder la clause d'équité à la Commission.

La Cour de justice, dans un arrêt du 10 mai 1978, a réfuté à nouveau cet argument en raison du pouvoir d'appréciation dont disposaient les Etats membres :

*" ... le règlement a confié en principe aux Etats membres la gestion de cette clause, en leur attribuant une marge d'appréciation qui leur laisse la responsabilité quant à la décision de faire ou de ne pas faire usage, dans chaque cas d'espèce, d'une telle clause... "*³⁷

Le pouvoir de décision des Etats membres par le droit communautaire est néanmoins encadré. Il n'existe qu'à partir du moment où les conditions d'octroi des droits conférés sont remplies. Une telle constatation peut être faite également à propos du règlement n°857/84 du Conseil du 31 mars 1984 concernant l'application de prélèvements dans le secteur du lait et des produit laitiers³⁸ et qui avait donné lieu à l'affaire Mulder sus-analysée.

Dans ses articles 3, 4 et 4 bis visant à l'attribution de quantités de référence spécifiques ou supplémentaires sous certaines conditions, le règlement distingue selon que ces conditions sont ou non remplies pour conférer aux Etats membres un pouvoir discrétionnaire de décision. En effet, lorsque les conditions prévues par ces dispositions sont remplies, les Etats ont la possibilité et non l'obligation d'accorder des quantités de référence. Ils disposent donc d'un pouvoir d'appréciation. Au contraire, lorsque ces conditions ne sont pas remplies, les Etats ne doivent pas accorder les quantités de référence. Leur compétence est donc liée.

Cette interprétation est également celle de l'Avocat Général Van Gerven ³⁹:

*" ... ces dispositions (les articles 3, 4 et 4 bis du règlement n°857/84) offrent aux Etats membres une simple possibilité d'attribuer des quantités de référence supplémentaires à certaines catégories de producteurs. En outre, ils ne le peuvent que dans la mesure où les conditions prévues dans ces dispositions sont remplies ... "*⁴⁰

³⁵ Att. 20 de l'arrêt.

³⁶ C.J.C.E., 10 mai 1978, Société pour l'exportation des sucres SA. (Aff. 132/77, Rec. p. 1061).

³⁷ Att. 13 de l'arrêt.

³⁸ JOCE 1984 L 90/13.

³⁹ Conclusions précitées sur l'affaire Mulder.

⁴⁰ Point 12 des conclusions, Rec. p. I- 3102.

En fait, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire des Etats est liée à l'existence du droit demandé lui même, puisque cette existence est matérialisée par la réalisation des conditions d'octroi définies par la réglementation communautaire. Le législateur communautaire vise ainsi à protéger le droit qu'il confère aux particuliers en évitant qu'il soit accordé ou refusé arbitrairement et qu'il soit, par là même, discriminatoire. Si ces conditions ne sont pas réalisées, un tel pouvoir ne peut exister et les autorités nationales sont liées dans leur décision : elles doivent refuser le bénéfice du droit au particulier qui en a fait la demande.

Comme nous pouvons nous en rendre compte les questions d'imputabilité peuvent s'avérer très délicates. Le problème des pouvoirs d'intervention de la Commission dans la mise en oeuvre du droit communautaire ne les simplifie pas mais au contraire, tend à les compliquer davantage. Cependant, avant d'aborder ces difficultés supplémentaires, il nous reste à examiner comment s'applique le critère de l'imputabilité au cas particulier de la directive.

§2. le cas particulier de la directive et de la décision communautaires

Comme on le sait, l'article 189 du traité C.E.E définit la directive comme un acte qui *"lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens."*

Par contre, selon cet article, la décision est un acte *"obligatoire en tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne"*. Les décisions paraissent donc, à priori, plus proches des règlements que des directives, seulement obligatoires quant au résultat à atteindre. La seule différence avec le règlement tiendrait à sa portée qui n'est pas générale.

Cependant, le contenu des décisions n'est pas uniforme. Certaines apparaissent plutôt comme des actes d'application du droit communautaire⁴¹. En ce sens, comme on pourra le constater, elles sont l'instrument privilégié de l'intervention de la Commission dans la mise en oeuvre du droit communautaire par les Etats membres. D'autres, au contraire, visent à fixer à un Etat ou à un ensemble d'Etats membres, un objectif tout en les laissant libres, en principe, comme s'il s'agissait d'une directive, quant aux choix des moyens. Dès lors, hormis l'absence de portée générale de leurs dispositions, les décisions ressemblent aux directives. Seules ces décisions nous intéressent dans le cas présent car elles peuvent être assimilées à des directives.

De par leur nature, les directives et les décisions confèrent donc aux Etats membres un large pouvoir d'appréciation et, en principe, leur transposition incorrecte dans les ordres

⁴¹ Elles peuvent être adressées aussi bien aux particuliers qu'aux Etats.

juridiques nationaux engage leur responsabilité si elle cause un dommage aux particuliers (A). Toutefois, du fait de l'effet direct qui leur est reconnu, sous certaines conditions, le contenu des directives et des décisions tend à ressembler de plus en plus à celui des règlements. La marge d'appréciation laissée aux autorités nationales pour transposer leurs dispositions dans les ordres juridiques nationaux est dès lors moins étendue sinon, parfois, inexistente. Cette évolution n'est pas sans incidence sur la question de l'imputabilité (B).

A- l'existence d'un large pouvoir d'appréciation des Etats membres dans l'exécution des directives et de décisions.

En principe, la compétence des Etats membres est uniquement liée quant aux objectifs à atteindre et discrétionnaire quant aux moyens et à la forme pour y parvenir. En conséquence, les mesures d'application prises par les instances nationales sont révélatrices des choix qu'elles ont faits pour transposer les objectifs de la directive ou de la décision dans leur droit interne. Aussi, les Etats peuvent-ils avoir une approche erronée de la directive ou de la décision et prendre des mesures non conformes ou mal adaptées au résultat recherché. Dans ces conditions, et si on applique les règles de l'imputabilité telles que développées à propos des règlements communautaires, en cas de dommage, c'est l'Etat qui est responsable. Au contraire, si le dommage est la conséquence directe des dispositions de la directive ou de la décision alors que l'Etat l'a bien transposé, il est imputable au législateur communautaire et non pas aux autorités nationales qui étaient liées par ces dispositions. Ainsi en matière de directive et de décision, faudrait-il distinguer entre les dommages causés par les objectifs déterminés par la directive ou la décision, imputables à la Communauté, et ceux causés par la mise en oeuvre de ces objectifs imputables aux Etats membres.

L'affaire Cato⁴² en est une parfaite illustration. Il y était question de la transposition faite par les autorités britanniques de la directive 83/515/CEE du Conseil du 4 octobre 1983 concernant certaines actions d'adaptation des capacités dans le secteur de la pêche⁴³. Cette directive vise notamment à la réduction définitive des capacités de pêche de certains bateaux ne répondant pas à certaines conditions par leur démolition, leur transfert définitif à un pays tiers ou leur affectation, dans les eaux de la Communauté, à des fins autres que la pêche. A cette fin, elle prévoit le versement d'une prime d'arrêt définitif au propriétaire du navire à la suite de la délivrance du certificat de radiation de son bateau des registres d'immatriculation des navires de pêche. Les Etats membres sont libres d'instituer un tel régime mais s'ils le font

⁴² C.J.C.E, 8 avril 1992, Cato, (aff.C-55/90, Rec.p.I-2533)

⁴³ JOCE 83 L 290/15

leurs projets de dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vue de l'application de la directive sont soumises à l'approbation préalable de la Commission avant d'entrer en vigueur.

Le Royaume-Uni avait mis en place, en 1983, le régime prescrit par la directive par le Fishing Vessels Scheme, approuvé par une décision 84/17/CEE de la Commission du 22 décembre 1983⁴⁴. M. Joseph Cato ayant décidé, en 1984, de cesser toute activité de pêche, avait demandé la prime d'arrêt définitif et vendu son bateau l'Excelsior aux époux Hann qui voulaient l'acquérir à titre d'habitation. Le bateau fut donc radié du registre des bateaux de pêche de Fleetwood le 9 août 1984. Il fut cependant revendu, pour son moteur, à deux irlandais mais, en fait, les nouveaux acquéreurs demandèrent, en Irlande, l'immatriculation du bateau comme bateau de pêche.

Après s'être assurées qu'aucune prime d'arrêt définitif n'avait pas été versée à Mr Cato, les autorités irlandaises accordèrent la licence de pêche. Informées de cette reprise d'activité, les autorités britanniques refusèrent à Mr Cato le versement de la prime. Mr Cato contesta la légalité de cette décision devant les juridictions britanniques. Selon lui, la directive communautaire n'avait pas été transposée correctement par le Royaume Uni. Le régime adopté ajoutait une condition supplémentaire au versement de la prime d'arrêt définitif à celles prévues par la directive : l'obligation, pour le propriétaire du navire, d'établir, vis à vis du ministre, que le bateau avait été effectivement et définitivement retiré de toute activité de pêche. Le requérant soutenait, qu'en vertu des dispositions de la directive, c'était à l'Etat de garantir le caractère définitif du retrait après le versement de la prime. Par conséquent, il estimait qu'il aurait du recevoir la prime puisqu'il avait satisfait aux conditions posées par la directive.

L'Etat aurait du être condamné à réparer le dommage causé à M. Cato par la décision du ministre britannique. Cette décision était, en effet, illégale non pas en raison de l'invalidité du contenu de la directive communautaire, mais en raison de la non conformité aux dispositions de cette directive des mesures de transposition prises par les autorités nationales. Pourtant, le juge anglais a rejeté la demande au motif que le régime national avait été approuvé par une décision de la Commission.

L'affaire fut donc portée devant la Cour de justice. Le juge communautaire a considéré que la Commission était bien responsable de l'entrée en vigueur des dispositions nationales en cause et, dès lors, que le dommage allégué était "*la conséquence directe*"⁴⁵ de sa décision d'approbation.

Il ne faut pas pour autant en déduire que l'affaire Cato est un contre-exemple aux règles de l'imputabilité que nous avons définies précédemment. En l'espèce, un élément supplémentaire devait être pris en considération : le pouvoir de contrôle de l'adéquation du régime national aux objectifs poursuivis dont disposaient la Commission. L'intervention de la Commission dans la

⁴⁴ JOCE 83 L 18/39

⁴⁵ point 17 de l'arrêt.

mise en oeuvre des dispositions de la directive, comme nous aurons l'occasion de le démontrer ultérieurement, a opéré un transfert de responsabilité de l'Etat à la Communauté. Dès lors, le dommage n'était plus imputable au législateur national mais à l'institution communautaire.

Lorsque les autorités nationales ont correctement transposé la directive ou la décision et que le contenu de ces actes est invalide, le législateur communautaire est responsable du dommage. En effet, c'est l'illégalité de la norme qu'il a adoptée qui est à l'origine du dommage par le biais de la décision nationale. L'autorité nationale, quant à elle, ne peut se voir reprocher d'avoir appliqué une réglementation communautaire invalide compte tenu de l'obligation qui lui incombe d'appliquer le droit communautaire tant que l'invalidité des dispositions en cause n'a pas été établie par la Cour de justice.

Le schéma ainsi dégagé serait somme toute assez simple si le contenu des directives ou des décisions ne faisait que définir des objectifs. Malheureusement la réalité est beaucoup plus complexe. Cette complexité apparaît dans le point de vue défendu par MM. Grévisse, Combexelle et Honorat⁴⁶ qui parlent de pouvoir d'appréciation des Etats "reconnu par la directive" : *"Une distinction devrait, en effet, être opérée entre les dommages directement rattachables au contenu des dispositions de la directive et les dommages imputables aux conditions dans lesquelles l'Etat membre concerné a exercé le pouvoir d'appréciation qui lui avait été reconnu par la directive"*.

Ainsi, sur le fond du principe, ces auteurs ont la même approche de la question de l'imputabilité que celle que nous suggérons : ils proposent la même distinction. Néanmoins, à la lecture de ces propos, on peut s'interroger sur l'existence d'un pouvoir d'appréciation constant des Etats membres en raison de la nature même des directives. Ces auteurs font référence, en effet, à un pouvoir d'appréciation "reconnu" par la directive. Or si l'existence d'un pouvoir d'appréciation des Etats est de l'essence même des directives, pourquoi nécessiterait-il d'être "reconnu" par la directive ?

L'explication se trouve dans l'évolution qu'ont connues les directives et les décisions⁴⁷ : non seulement elles se sont vues reconnaître sous certaines conditions un effet direct mais elles se sont mises également à ressembler dans leur contenu à des règlements, l'un n'étant pas sans conséquence sur l'autre. Cette évolution a marqué le passage d'une application normative des directives vers une application administrative.

⁴⁶ " Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des Etats membres dans l'élaboration et la mise en oeuvre du droit communautaire... ", article précité, p. 939.

⁴⁷ voir notamment à ce sujet : Yves Galmot, " directives et règlements en droit communautaire ", C.J.E.G, 1990, p.73 ; Guy Isaac, "Droit Communautaire Général", précité ; Philippe Manin, " De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales ", AJDA, 1994, p.259

B - les incidences de l'effet direct des directives et des décisions sur la question de l'imputabilité.

Le principe de l'effet direct permet aux particuliers d'invoquer devant les autorités et les juridictions nationales les dispositions de la directive ou de la décision leur conférant des droits, à défaut de mesures d'application prises dans les délais ou bien en cas de mauvaise application. On parle respectivement d'invocabilité de " substitution " et d'invocabilité d' "exclusion " ⁴⁸. La première vise à obtenir du juge le bénéfice du droit prévu par la directive ou la décision tandis que la seconde vise à écarter voire annuler les dispositions nationales incompatibles avec la directive ou la décision.

Mais, le principe de l'effet direct des directives ou des décisions est un principe conditionnel. Comme le déclarait l'Avocat Général Mayras dans ses conclusions dans l'affaire Van Duyn⁴⁹, une disposition de la directive, pour pouvoir être directement invoquable, doit être suffisamment "claire et précise", "complète et juridiquement parfaite" et "inconditionnelle". Le même régime est applicable aux décisions⁵⁰.

La première condition s'explique aisément : sans clarté ni précision, le juge risque d'avoir quelque difficulté à appliquer la disposition communautaire en cause en dehors de toute mesure d'application.

La règle doit également être parfaite. Elle remplit une telle condition lorsqu'elle ne nécessite aucune mesure complémentaire pour son application ou dans le cas contraire, lorsque l'Etat n' a aucun pouvoir d'appréciation pour prendre la mesure d'exécution. Ainsi la règle doit-elle, ^α conformément à la terminologie du Professeur Isaac⁵¹, se suffire à elle-même.

Enfin, la règle doit être inconditionnelle. En fait, cette dernière condition énoncée par l'Avocat général Mayras englobe l'exigence d'une règle parfaite. La Cour de justice définit, en effet, la disposition " inconditionnelle " comme " *une obligation qui n'est assortie d'aucune condition ni subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte soit des institutions de la Communauté, soit des Etats membres* " ⁵².

⁴⁸ Selon les termes de Y. Galmot et J-C Bonichot, "La C.J.C.E et la transposition des directives en droit national ", R.F.D.A. 1988, p.1.

⁴⁹ C.J.C.E, 4 déc. 1974, Van Duyn, (Aff.41/74, Rec.p.1354).

⁵⁰ "... à l'inverse du règlement, directive et décision sont donc, en principe, dépourvues d'effet direct, à moins que, la précision de leurs termes, la clarté et l'inconditionnalité de l'obligation qu'elles contiennent ne permettent d'en décider autrement." (G.Isaac, ouvrage précité, p.164).

⁵¹ *Op. cit.*, p.159.

⁵² voir notamment C.J.C.E., 3 avril 1968, Molkerei-Zentrale (Aff.28/67, Rec.p.211).

L'ensemble de ces conditions doit, cependant, être relativisé dans la mesure où la Cour de justice dit qu'une disposition doit être "suffisamment " précise et inconditionnelle pour être d'effet direct et comme le souligne le Professeur Manin⁵³,

*" l'élément fondamental qui permet d'apprécier qu'une disposition est suffisamment précise et inconditionnelle est l'étendue de la marge d'application que la directive consent aux Etats membres. "*⁵⁴

En effet, l'existence d'un tel effet dépend pour l'essentiel de la marge d'appréciation laissée aux instances nationales pour l'application normative de la directive ou de la décision. Seule une marge d'appréciation réduite voire inexistante des Etats membres permet une invocabilité directe des directives ou des décisions par les particuliers devant le juge national car un pouvoir d'appréciation réduit ou inexistant témoigne d'une autosuffisance de la règle.

De cette exigence d'une autosuffisance des dispositions de la directive ou de la décision découle sans aucun doute la tendance des directives ou des décisions assimilables à ressembler à des règlements dans le sens où leur contenu ne se borne plus à indiquer aux Etats membres les résultats qu'ils doivent atteindre mais précise également les moyens qui doivent être mis en oeuvre pour y parvenir. Ainsi assiste-t-on à une multiplication des dispositions de directives ou de décisions remplissant les conditions de l'effet direct et ne laissant plus, par là même, qu'une infime sinon aucune marge d'appréciation aux Etats pour l'adoption des mesures d'application. Par là même, les Etats membres voient leur compétence normative d'application en matière de directive ou de décision se réduire. Parfois, ils passent d'une application normative de la directive à une application administrative, la directive ne leur laissant aucune marge d'appréciation au niveau de la définition des moyens et de la forme mais régissant tout elle-même. C'est pourquoi, à l'exemple de Messieurs Grévisse, Combrexelle et Honorat, on peut parler de pouvoir d'appréciation "reconnu" par la directive ou encore, comme le Professeur Manin, parler de marge d'application "consentie" par la directive aux Etats membres. L'existence d'un pouvoir d'appréciation normatif des Etats membres n'est donc plus une constante dans le cas des directives ou des décisions.

La conséquence directe de cet état de fait est qu'il faut rechercher, pour chaque directive ou décision, si un tel pouvoir normatif existe et quel est son étendue afin de déterminer la ligne de partage entre la responsabilité de l'Etat et celle de la Communauté. Il faut alors regarder si le législateur communautaire a entendu laisser une marge de manoeuvre aux autorités nationales quant aux moyens qui leur sont prescrits pour réaliser les objectifs de la directive. En cas de réponse positive, cette marge d'appréciation doit être mesurée afin d'établir si les

⁵³ Article précité.

⁵⁴ Cette remarque s'applique aussi aux décisions. L'étude de l'auteur portant uniquement sur les directives, c'est la raison pour laquelle il n'inclut pas les décisions.

autorités nationales disposaient d'un pouvoir d'appréciation pour prendre la mesure d'exécution nationale, dont la conformité au droit communautaire est contestée. C'est la raison pour laquelle, les auteurs précités faisaient référence de manière générale au contenu de la directive et non pas, comme nous, seulement à ses objectifs. Ils tenaient compte de l'évolution des directives .

Par ailleurs, le contenu des directives et décisions étant de plus en plus précis, transposer une directive ou une décision revient le plus souvent pour les Etats à le reprendre purement et simplement dans une norme interne. Il s'agit, dès lors, d'une simple formalité qui n'est, en aucun cas, la traduction de l'utilisation, par l'Etat membre, d'un pouvoir d'appréciation normatif.

En réalité, on peut affirmer sans grand risque, que le seul pouvoir d'appréciation qui reste à l'Etat se situe au niveau de l'exécution administrative du contenu de la directive ou de la décision. On retrouve alors la distinction faite à propos des règlements communautaires entre pouvoir d'appréciation de la réalisation des conditions fixées par le texte communautaire pour l'octroi du droit qu'il confère et pouvoir d'appréciation de la décision.

Cette nouvelle approche des directives et décisions⁵⁵, très différente de celle donnée par la définition de l'article 189 du traité CEE, complique de beaucoup la question de l'imputabilité. Elle nécessite une évaluation de l'étendue des marges d'appréciation laissées aux Etats membres.

Cette évaluation s'avère souvent très délicate car elle nécessite une interprétation du texte de la directive ou de la décision. C'est d'autant plus compliqué que le contenu d'une directive ou d'une décision peut être très hétérogène. Si certaines dispositions de la directive ou de la décision laissent aux Etats une compétence d'application normative, d'autres ne confèrent aux autorités nationales qu'une compétence d'application administrative. Parfois l'Etat dispose des deux. Déterminer la marge d'application " consentie " ou encore, le pouvoir d'appréciation " reconnu " par le contenu de la directive ou de la décision est donc une tâche très délicate : elle consiste non seulement à mesurer le pouvoir d'appréciation laissé aux instances nationales mais également à en définir la nature normative ou administrative.

La Cour de justice des Communautés ne s'est pas prononcée sur la question de l'imputabilité concernant les directives ou décisions. L'occasion, à notre sens, ne lui en a pas vraiment été donnée.

Peut être l'aurait-elle pu dans l'affaire Les Assurances du crédit et Compagnie belge d'assurance crédit SA⁵⁶, mais elle a rejeté le recours au motif que la directive litigieuse, contrairement aux

⁵⁵ Cette approche est très différente de celle donnée par la définition des directives de l'article 189 du traité. Pour ce qui est de celle des décisions, en vertu de laquelle cet acte est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne, cette approche tend, au contraire, à la consacrer.

⁵⁶ C.J.C.E. 18 avril 1991. les Assurances du crédit et Compagnie belge d'assurance crédit SA, (aff.C-63/89, Rec.p.I-1799).

affirmations des requérantes, n'était pas illégale et n'a donc pas pris la peine d'examiner les autres conditions de la responsabilité. Cependant deux remarques peuvent être faites à partir de cette affaire. La première consiste à dire que la Cour, en acceptant d'examiner le fond de l'affaire, répond implicitement à la question de l'imputabilité. En effet, comme nous le verrons, l'imputabilité du dommage aux institutions communautaire conditionne la compétence de la Cour. Dès lors, on peut en déduire que si la Cour traite le fond de l'espèce, c'est parce qu'elle a estimé le recours recevable devant elle et qu'elle s'est jugée compétente. Par voie de conséquence, on peut penser qu'elle a considéré que le dommage pouvait être imputable à la Communauté. Ce qui pourrait paraître tout à fait fondé dans la mesure où l'illégalité dénoncée par les sociétés visait les dispositions mêmes de la directive et non pas les mesures nationales d'applications. Néanmoins, et c'est notre deuxième remarque, la Cour, après avoir rejeté au fond la requête, déclare :

*" dès lors, il est également inutile de rechercher si ces conclusions (les conclusions à fin d'indemnité des requérantes) sont recevables et, en particuliers, si les fins de non recevoir opposées par le Conseil et la Commission peuvent être retenues. "*⁵⁷

Ainsi peut-on affirmer que la première supposition que nous avons faite ne se vérifie pas : la Cour a examiné l'affaire au fond alors qu'elle ne s'était pas prononcée sur sa compétence, fin de non recevoir d'un recours pas excellence. Cette démarche, selon MM. Grévisse, Combexelle et Honorat, *"est très inhabituelle dans les arrêts de la Cour"*⁵⁸.

Peut-on en conclure pour autant qu'elle aurait pu violer les règles de compétence en jugeant au fond une affaire où le dommage pouvait ne pas être imputable à la Communauté ? Nous ne le pensons pas. En l'espèce, de notre avis, la question de l'imputabilité ne posait pas de grandes difficultés dans la mesure où c'est le contenu même de la directive et non son application qui était mis en cause. Or, il ne fait aucun doute que ce sont les institutions communautaires qui en sont à l'origine. Par conséquent, si un dommage est né de ce contenu, il pèse sur la Communauté une forte présomption d'imputabilité. D'ailleurs, la compétence de la Cour n'était pas contestée par rapport à la question de l'imputabilité qui, dès lors, ne paraît faire aucun doute, mais par rapport à l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes sur laquelle nous porterons toute notre attention dans des développements ultérieurs.

L'imputabilité du dommage en cas de mauvaise application du droit communautaire ne dépend pas seulement de l'existence ou non d'un pouvoir d'appréciation des Etats membres. Un

Dans cette affaire, les requérantes, des sociétés privées d'assurance crédit à l'exportation, estimaient que les dispositions d'une directive étaient discriminatoires en ce qu'elles imposaient aux sociétés du secteur privé des contraintes dont étaient exclues les sociétés et organismes du secteur public. Elles demandaient donc réparation aux institutions communautaires des dommages causés par ces dispositions dont l'illégalité était invoquée.

⁵⁷ Point.29 de l'arrêt

⁵⁸ Article précité, p. 934.

autre facteur peut être déterminant en raison de l'incidence qu'il peut avoir sur l'exercice de ce pouvoir : l'intervention de la Commission.

SECTION II :

LES POUVOIRS D'INTERVENTION DE LA COMMISSION DANS LA MISE EN OEUVRE DU DROIT COMMUNAUTAIRE PAR LES ETATS MEMBRES

La Commission apparaît souvent dans la mise en oeuvre du droit communautaire comme une véritable autorité de tutelle dans la mesure où elle dispose de véritables pouvoirs de contrôle et de surveillance lui permettant de veiller à l'exercice correct, par les autorités nationales, de leurs compétences d'exécution du droit communautaire. L'existence et l'utilisation de tels pouvoirs n'est pas sans incidence sur l'imputabilité des conséquences dommageables de l'application du droit communautaire. Le caractère contraignant de l'intervention de la Commission opère, en effet, un transfert de la responsabilité des autorités nationales vers la Communauté.

Néanmoins, l'intervention de la Commission ne revêt pas toujours un caractère contraignant. Elle ne vise pas toujours à contrôler mais relève souvent d'un souci d'information des instances nationales afin de les aider dans leur tâche d'exécution du droit communautaire. Il ne s'agit plus alors de tutelle mais de coopération. Se pose alors le problème de savoir si l'intervention de la Commission est un acte de tutelle ou un acte d'intervention c'est à dire si elle est contraignante ou non (§1). Cette distinction est importante dans la mesure où c'est elle qui détermine l'imputabilité du dommage (§2).

§1. Le caractère contraignant de l'intervention de la Commission

Coopération ou tutelle, la distinction est loin d'être simple. Elle revient à rechercher, d'une part, si l'acte par lequel est intervenu la Commission est une véritable décision c'est à dire un acte qui lie les autorités nationales⁵⁹ (A) et, d'autre part, à regarder si cet acte est effectivement à la base de la décision prise par les autorités nationales (B).

En effet, c'est la nature décisionnelle de l'acte qui lui confère son caractère contraignant dans la mesure où la décision est obligatoire dans tous ses éléments. Mais une décision de la

⁵⁹ En effet, selon la Cour, ont un caractère de décision, "*les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci*" (arrêt du 11 novembre 1981, IBM / Commission, aff.60/81, Rec.p.2651).

Commission ne saurait être source d'imputabilité pour la Communauté si elle n'a pas été déterminante dans la prise de décision des instances nationales.

Ces conditions ne sont pas expressément énoncées par la Cour de justice. Elles se devinent à travers les conclusions de ses Avocats généraux ainsi qu'à travers ses arrêts qui reprennent, en règle générale, le raisonnement développé par ces derniers.

A - La nature décisionnelle de l'acte d'intervention de la Commission

La nature décisionnelle de l'acte d'intervention dépend de son contenu mais également de l'octroi à la Commission, par le législateur communautaire, d'un pouvoir d'intervention contraignant. Ces deux critères sont cumulatifs et, comme nous pourrions le constater, le critère déterminant, en principe, est le second.

En effet, bien souvent, le contenu des actes d'intervention de la Commission laisse à penser que nous sommes en présence d'une décision. Ainsi, non seulement, il peut, par exemple, répondre à la question d'interprétation posée à propos d'une réglementation communautaire mais il peut également se prononcer sur l'application de cette réglementation au cas d'espèce, au regard de l'interprétation donnée.

Cependant, si le droit communautaire ne donne pas à la Commission le pouvoir de porter une telle appréciation, cette appréciation ne peut être imposée aux autorités nationales et ne lie pas leur décision. L'acte de la Commission n'est pas une décision mais seulement "une information sur l'interprétation et l'application d'une réglementation communautaire"⁶⁰.

En fait, ces critères du caractère décisionnel d'un acte ont été dégagés très tôt par la jurisprudence communautaire. La Cour les a mis en évidence en interprétant le traité CECA, interprétation qu'elle a ensuite étendue aux traités de Rome. Selon la définition donnée, "*une décision doit apparaître comme un acte émanant de l'organe compétent, destiné à produire des effets juridiques, constituant le terme ultime de la procédure interne au dit organe et par lequel celui-ci statue définitivement, dans une forme permettant d'en identifier la nature*"⁶¹.

Il est aisé de retrouver dans cette définition les deux critères du caractère décisionnel d'un acte que nous avons mis en évidence. Tout d'abord, la Commission doit avoir un pouvoir d'intervention contraignant. C'est l'existence de ce pouvoir qui confère à l'acte son effet

⁶⁰ Conclusions de Monsieur l'Avocat Général Gerhard Reischl du 6 Mars 1980 sous l'arrêt su 27 Mars 1980, Sucrimex (aff.133/79, Rec.p.1299).

⁶¹ C.J.C.E, 5 déc 1963, Usines Emile Henricot (Aff.jtes 23,24 et 52/63, Rec.p.431) et C.J.C.E, 16 juin 1966, Cie des Forges de Châtillon / Haute Autorité (aff.54/65, Rec.p.280).

obligatoire. A cette première condition, la Cour ajoute celle du contenu de l'acte qui doit statuer définitivement sur la situation.

L'application effective de ces critères se vérifie dans les arrêts de la Cour de justice ainsi que dans les conclusions des Avocats généraux. S'agissant du critère de la compétence, on va s'assurer dans un premier temps qu'il existe un pouvoir d'intervention de la Commission. Si la réponse est négative, on ne va pas plus loin et on ne reconnaît pas à l'acte un caractère décisionnel (1). Au contraire, si la réponse est positive, on recherche alors, d'une part, si ce pouvoir est contraignant et, d'autre part, si la Commission l'a effectivement utilisé (2).

1. Il n'existe aucun pouvoir d'intervention de la Commission

Dans l'affaire Sucrimex précitée se posait le problème de savoir si les certificats à l'identique délivrés par le BALM, suite à la perte des certificats originaux, pouvaient être considérés ou non comme des duplicatas. En cas de réponse positive et en vertu de l'article 17, paragraphe 7, du règlement n°193/75, les certificats à l'identiques ne pouvaient pas être utilisés aux fins de la réalisation des opérations d'exportation prévues. La Commission avait informé par téléx l'organisme d'intervention français, le FIRS, que les certificats à l'identique délivrés par le BALM étaient bien des duplicatas. et qu'il n'était donc pas possible de payer la restitution préfixée qu'ils contenaient mais seulement la restitution normale. En conséquence, le FIRS avait rejeté les demandes de restitution de Sucrimex dans une lettre à laquelle il avait joint en annexe le téléx de la Commission.

L'entreprise Westzucker GmbH, qui avait cédé à la société Sucrimex les droits d'exportation, et la société Sucrimex ont alors saisi la Cour de justice, en faisant valoir qu'une décision de la Commission était à la base du préjudice subi.

La Cour de justice devait donc apprécier le caractère contraignant de l'intervention de la Commission sur la décision de l'organisme d'intervention français. Elle s'est dès lors penchée sur la question de savoir si le téléx du 3 juillet 1979 constituait une décision. Tant dans les conclusions de l'Avocat général Gerhard Reischl⁶² que dans l'arrêt rendu par la Cour de justice le 27 mars 1980⁶³, ce sont les critères du contenu de l'acte et de l'existence d'un pouvoir d'intervention qui sont utilisés plus ou moins explicitement.

L'Avocat général déclare ainsi qu' "*il importe ... de constater si, par son contenu, la déclaration qui nous intéresse ici peut être une décision ... et si l'organisme dont elle émanait possédait la compétence nécessaire à cette fin*"⁶⁴.

⁶² Rec.p.1312.

⁶³ précité.

⁶⁴ Conclusions, Rec. p. 1315.

En examinant le contenu du télex, il en déduit que celui-ci ne se contente pas d'interpréter la réglementation mais apprécie également l'application cette réglementation au cas des requérantes en déclarant que les certificats à l'identique délivrés par le BALM devaient être considérés comme des duplicatas conformément au règlement n°193/75 et que, par conséquent, ils ne pouvaient pas être utilisés pour l'exportation et donner lieu au paiement des restitution préfixées à la société Sucrimex.

A priori, on pourrait donc se trouver en présence d'une décision si on s'en tenait au contenu. Néanmoins, pour qu'un acte soit une décision, il faut que son auteur ait eu la compétence de prendre un tel acte, c'est à dire qu'il ait eu le pouvoir d'intervenir. Or en l'espèce, il n'en était rien comme le constate M. Reischl en ces termes :

"Puisque, notamment, la législation relative aux restitutions ne prévoit pas de procédure particulière permettant à la Commission d'apprécier et de résoudre des cas particuliers, il ne s'agit en réalité que d'une information sur l'interprétation et l'application de la réglementation existante..."⁶⁵

Ainsi bien que le télex ait pu avoir un contenu qui s'apparente à celui d'une décision, le fait que la législation communautaire ne donne pas à la Commission le pouvoir d'intervenir a pour conséquence de priver l'acte de tout caractère décisionnel. On peut relever également, comme nous l'avons fait précédemment, que si les deux critères sont cumulatifs, le critère déterminant est celui de l'octroi d'un pouvoir d'intervention à la Commission par le droit communautaire.

La Cour de justice refuse aussi de reconnaître tout caractère décisionnel au télex de la Commission au motif qu'il n'était pas susceptible de produire des effets de droit car :

" Il est constant que l'application des dispositions communautaires en matière de restitutions à l'exportation relève des organismes nationaux désignés à cet effet et que la Commission n'a aucune compétence pour prendre des décisions quant à leur interprétation, mais seulement la possibilité d'exprimer son opinion, qui ne lie pas les autorités nationales"⁶⁶.

En outre, il ne résulte ni du libellé ni du contenu du télex incriminé qu'il visait à produire des effets de droit quelconques"⁶⁷

On retrouve les deux critères, compétence et contenu, mais, contrairement à son Avocat Général, la Cour examine la compétence avant le contenu. Ne peut-on pas y voir le signe du caractère déterminant du critère de la compétence sur celui du contenu ?

En effet, il ne fait aucun doute que si la Commission n'avait pas compétence pour prendre des décisions quant à l'interprétation des dispositions communautaires en matière de restitutions à

⁶⁵ Conclusions, Rec. p. 1315.

⁶⁶ Point 16 de l'arrêt

⁶⁷ Point 17 de l'arrêt

l'exportation, le contenu du télex ne pouvait pas viser à produire des effets de droit. Dès lors que la Commission ne dispose par d'un tel pouvoir, la Cour ne s'attarde donc pas sur la question du contenu comme le fait son Avocat général car cette question n'a plus vraiment d'importance. Il se trouve cependant, qu'en l'espèce, elle estime que le contenu ne pouvait pas s'apparenter à celui d'une décision. Toutefois, il est presque certain que, dans le cas contraire, le résultat aurait été le même, la Commission n'ayant pas le pouvoir de lui conférer des effets de droit.

Il n'est dès lors pas étonnant que, dans d'autres arrêts, la Cour aille plus loin en se référant uniquement au critère de la compétence pour ne pas reconnaître le caractère décisionnel de l'acte.

Dans l'affaire *Integrada*, la Cour déclare que " *les télex incriminés s'inscrivent dans le cadre de la coopération interne entre la Commission et les organismes nationaux chargés d'appliquer la réglementation communautaire* " ⁶⁸ et par conséquent, n'ont pas, comme dans l'affaire *Sucrimex*, de caractère décisionnel.

Dans cette affaire, il était question de restitutions à l'exportation dans le secteur du lait et des produits laitiers. La Commission avait fixé à l'avance, par son règlement n°2943/80 du 13 novembre 1980⁶⁹ les restitutions pour les exportations de beurre à destination de l'URSS devant être effectuées après le 1er janvier 1981. Sur la base de ce montant, la société *Interagra* avait répondu à un appel d'offre de l'organisme soviétique VO Prodintorg le 17 novembre 1980. L'offre faite par la société était inconditionnelle, elle ne contenait aucune condition suspensive ou résolutoire pour le cas où la Commission modifierait la réglementation des restitutions avant la conclusion définitive du contrat ou avant l'expiration du délai de soumission. En même temps que la soumission de l'offre, *Interagra* avait demandé à l'organisme d'intervention français, le FORMA, des certificats de préfixation des restitutions à l'exportation conformes au règlement n°2943/80.

Le 19 novembre 1980, la Commission avait suspendu les restitutions à l'exportation pour le beurre et le " butter oil " par le règlement n°2993/80 et avait adressé aux organismes nationaux d'intervention un télégramme dans lequel elle les informait que les demandes de certificats d'exportation introduites à partir du 17 novembre 1980 étaient devenues sans objet et devaient être rejetées. Le FORMA avait dès lors demandé à la Commission si son télégramme s'appliquait aux demandes de la requérante. La Commission avait confirmé son interprétation dans un télex du 27 novembre, à la suite duquel le FORMA avait averti la requérante que les certificats demandés n'étaient pas accordés. La société *Interagra* s'était donc trouvée dans l'impossibilité de bénéficier d'une quelconque restitution dans le cadre de l'offre qu'elle avait faite à Prodintorg. L'offre ayant été acceptée, l'organisme soviétique avait refusé de voir dans

⁶⁸ C.J.C.E. 10 juin 1982, *Compagnie Interagra SA / Commission* (Aff.217/81, Rec.p.2233 , point 8).

⁶⁹ JOCE L 305/27

l'impossibilité pour la société de bénéficier de restitutions à l'exportation un cas de force majeure susceptible de la dégager de ses obligations. Il l'avait mise en demeure de s'exécuter, ce qu'elle ne fit pas. L'organisme soviétique avait donc réclamé, par lettre, la réparation du préjudice qu'il avait subi du fait d'avoir du se procurer la quantité de beurre prévue à un prix plus élevé. Etant liée par son offre aussi bien au regard du droit français que du droit soviétique, la société Integrada avait du indemniser son cocontractant du préjudice qu'il avait subi du fait de l'inexécution. Elle avait alors, parallèlement à un recours introduit devant le juge national visant à l'annulation de la décision de rejet du FORMA, intenté, devant la Cour de justice, un recours en responsabilité à l'encontre la Commission fondé sur la décision du FORMA.

Selon elle, en effet, au regard des télex échangés entre le FORMA et la Commission, le FORMA avait agi sur instruction de la Commission. Elle estimait ne pas être concernée par l'interprétation donnée par la Commission, la suspension ne pouvant pas s'appliquer à des appels d'offre publics. Le FORMA n'aurait donc pas du lui refuser les certificats. Dans ces conditions, le dommage qu'elle avait subi était imputable à la Commission, l'organisme national n'ayant été qu'un "agent de transmission de la Commission" ⁷⁰.

En fait, en l'espèce, comme dans l'affaire Sucrimex, la question qui se posait était de savoir si les télex adressés par la Commission au FORMA constituaient des décisions liant ce dernier. Leur contenu pouvait le laisser supposer, mais encore fallait-il vérifier si la Commission avait un tel pouvoir d'intervention.

La Cour de justice a suivi les conclusions de son Avocat général, M. Verloren Van Themaat, qui considérait que la Commission s'était, "à juste titre référée à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Sucrimex et aux conclusions présentées dans ladite affaire par l'Avocat général Reichl pour démontrer que ses services administratifs n'(avaient) pas le pouvoir de donner des instructions contraignantes" ⁷¹.

Il renvoie ainsi à l'argumentation développée ci-dessus dans l'affaire Sucrimex.

Comme nous pouvons le constater à travers ces deux affaires, dès lors que la Commission ne dispose pas d'un pouvoir d'intervention, le caractère décisionnel de l'acte qu'elle a pris n'est pas reconnu. C'est de jurisprudence constante⁷².

⁷⁰ Conformément à l'expression de l'Avocat général Verloren Van Themaat dans ses conclusions sur cette affaire, Rec.p.2249, spé. p.2256.

⁷¹ précitées.

⁷² Ainsi dans une ordonnance récente de la Cour du 31 juin 1991 (Aff.C.50/90, Sunzest (Europe) BV et Sunzest (Netherlands) BV / Commission des CE) la Cour a-t-elle pas admis la recevabilité d'un recours en indemnité dirigé contre la Commission au motif que l'acte qui lui était reproché ne pouvait être une décision, " la Commission n'ayant pu, compte tenu des compétences dont elle disposait, émettre qu'un simple avis à l'adresse des autorités nationales et non pas un actes produisant des effets juridique".

Toutefois, il ne suffit pas qu'un tel pouvoir existe pour que l'acte de la Commission soit considéré comme une décision. Ce pouvoir d'intervention doit également remplir certaines conditions : il doit être contraignant et il doit avoir effectivement été utilisé par la Commission.

2. Il existe un pouvoir d'intervention de la Commission

L'affaire Krohn⁷³ est riche en enseignements sur la question. Pour bien les percevoir, une analyse approfondie et détaillée des faits s'avère indispensable :

Cette affaire concernait l'application du règlement n°2029/82 de la Commission du 22 juillet 1982⁷⁴ prévoyant les modalités d'application de l'accord de coopération entre la Thaïlande et la Communauté en matière de production, de commercialisation et d'échanges de manioc, approuvé par la décision 82/495 du Conseil du 19 juillet 1982⁷⁵.

En vertu de ce règlement, les certificats d'importation peuvent être délivrés par les autorités nationales compétentes uniquement si les conditions prévues par l'accord de coopération sont respectées. La Commission dispose d'un pouvoir de contrôle et à ce titre, les Etats membres doivent lui communiquer chaque jour, par télex et pour toute demande, la quantité pour laquelle chaque certificat d'importation est demandé, le numéro et la date de délivrance du certificat d'exportation ainsi que la quantité pour laquelle le certificat d'exportation a été délivré et le nom de l'exportateur. Si la Commission estime que la demande ne remplit pas les conditions requises, elle doit en informer, par télex, l'organisme d'intervention national. Ce dernier doit alors rejeter la demande. En cas de non respect des conditions auxquelles est subordonnée la délivrance du certificat, la Commission peut, après consultation des autorités thaïlandaises, prendre les mesures appropriées.

La Société Krohn, qui importe et commercialise des céréales et des aliments pour animaux, avait fait au BALM, l'organisme d'intervention allemand, en novembre 1982, une demande d'octroi de cinq certificats d'importation d'une certaine quantité de racines ou tubercules de manioc provenant de Thaïlande à laquelle elle avait joint plusieurs certificats d'exportations délivrés par les autorités thaïlandaises entre août et septembre 1982. La Commission, intriguée par la tardiveté de la demande, avait décidé de vérifier si les conditions de l'accord CEE-Thaïlande étaient respectées. Elle avait demandé au BALM de lui communiquer la date du chargement en Thaïlande, le nom des navires employés pour le transport, le lieu et la date du dédouanement du manioc dans la Communauté. La société Krohn n'avait pu donner ces informations que pour un seul certificat. Après vérification, la Commission avait constaté que

⁷³ C.J.C.E., 26 février 1986, Krohn and Co. Import-Export (GmbH & Co.KG) / Commission des CE (Aff.175/84, Rec.p.753).

⁷⁴ JOCE L 218/8.

⁷⁵ JOCE L 219/52.

le nom du navire donné par la requérante ne correspondait pas à celui qui figurait sur le certificat thaïlandais fourni. Elle avait dès lors estimé que les conditions de délivrance du certificat d'importation n'étaient pas remplies et en avait informé le BALM, par télex, qui avait refusé de délivrer à la société l'ensemble des certificats d'importation demandés.

Après avoir contesté en vain cette décision auprès du BALM, la requérante avait porté l'affaire devant la Cour de justice. Elle demandait réparation du dommage que lui avait occasionné la non-délivrance des certificats d'importation. Selon elle, les informations qui lui avaient été demandées n'étaient pas exigées par la réglementation communautaire. Dès lors, la décision de la Commission n'était pas justifiée et le BALM aurait dû lui accorder les certificats d'importation. La Commission, pour sa part, soutenait que l'organisme d'intervention allemand avait refusé d'accorder les certificats d'importation de sa propre initiative et que, contrairement à ce qu'affirmait la société Krohn, elle ne lui avait pas imposé cette décision. Les télex qu'elle avait adressés au BALM et auxquels il se référait expressément, n'étaient que des avis qui n'avaient aucun caractère décisoire. Ce dernier avait librement choisi de s'y conformer. Il était donc le seul responsable du préjudice subi par la requérante.

Il fallait donc déterminer en l'espèce si les télex de la Commission constituaient des décisions ou au contraire de simples avis.

Le critère du contenu ne posait pas de grandes difficultés. Compte tenu des faits, le contenu des télex pouvait aisément s'apparenter à celui d'une décision. Il restait donc à regarder si le critère de la compétence se vérifiait également. C'est ce qu'a fait la Cour de justice dans son arrêt. A cette fin, elle a dû répondre à plusieurs questions :

La première consistait à se demander si la Commission disposait, dans le cadre de l'accord CEE-Thaïlande et du règlement d'exécution, contrairement aux hypothèses sus-analysées, d'un pouvoir d'intervention.

Toutefois, il ne suffit pas que la Commission dispose d'un tel pouvoir, encore faut-il que ce pouvoir lui permette de prendre des décisions. Ainsi la deuxième question qui se posait à la Cour était de savoir s'il s'agissait d'un pouvoir d'intervention contraignant.

Enfin, il fallait se demander si ce pouvoir avait été utilisé. En d'autres termes, la Commission avait-elle fait effectivement usage de son pouvoir d'intervention contraignant pour prendre l'acte en cause ? Telle était la troisième question.

a. La Commission doit avoir un pouvoir d'intervention contraignant

Dans l'affaire Krohn, la Cour de justice a donné raison à la requérante. Elle a considéré que la réglementation communautaire en cause donnait à la Commission un pouvoir d'intervention contraignant :

*" ... il résulte des termes mêmes de l'article 7, paragraphe 1, précité, du règlement n°2029/82, que ces dispositions ont attribué à la Commission non pas la simple faculté d'exprimer son avis sur la décision à intervenir dans le cadre d'une coopération interne avec les organismes nationaux chargés d'appliquer la réglementation communautaire, mais bien le pouvoir d'imposer à ces mêmes organismes le refus des certificats d'importation demandés lorsque les conditions prévues par l'accord de coopération ne sont pas respectées. "*⁷⁶

Le juge communautaire précise bien que le pouvoir d'intervention de la Commission n'est pas, comme celle-ci le soutenait, une faculté d'exprimer un avis mais bien un pouvoir d'imposer. Ainsi, par là même, la Cour démontre que le fait qu'il existe un pouvoir d'intervention de la Commission est nécessaire mais pas suffisant car il faut que ce pouvoir soit contraignant.

Tel n'était pas le cas dans les affaires Sucrimex et Integrada où la législation communautaire ne conférait aucun pouvoir de décision à la Commission. Elle pouvait seulement donner son opinion si les Etats le lui demandaient. Son intervention ne visait donc qu'à renseigner les autorités nationales sur la portée de la réglementation communautaire et non à leur imposer une solution. Les organismes nationaux concernés étaient libres de pas tenir compte de son avis, la décision finale leur appartenant.

A l'inverse, dans l'affaire Cato sus-examinée, la directive en cause⁷⁷ donnait incontestablement à la Commission des pouvoirs de contrôle sur son exécution. Elle voulait , en effet, que les dispositions nationales d'exécution n'entrent en vigueur que si elles avaient été auparavant approuvées par la Commission. La Commission disposait donc d'un pouvoir d'approbation préalable, véritable pouvoir d'intervention contraignant dans la mesure où de cette approbation dépendait l'entrée en vigueur des dispositions nationales. D'ailleurs, cette question n'avait même pas été discutée par les parties.

b. La Commission doit avoir utilisé son pouvoir d'intervention contraignant

Dans l'affaire Krohn, La Cour de justice a également consacré l'argumentation de la requérante sur ce point. elle estime que la Commission à bien utilisé le pouvoir contraignant dont elle disposait :

"Il ressort ... des pièces du dossier et des débats menés devant la Cour que, par ses télex ..., la Commission a entendu utiliser effectivement le pouvoir qui lui était ainsi conféré

⁷⁶ Point 21 de l'arrêt.

⁷⁷ Pour rappel, la directive 83/515/CEE du 4 octobre 1983 concernant certaines actions d'adaptation des capacités dans le secteur de la pêche.

*et a donné pour instruction au BALM de refuser les certificats d'importation litigieux en l'absence de réponse satisfaisante aux demandes d'information présentées à Krohn*⁷⁸

Dans l'affaire Cato, il ne faisait non plus aucun doute que la Commission se soit servie de son pouvoir d'intervention non seulement parce qu'elle était obligée d'approuver ou non les mesures nationales mais aussi, parce que le régime mis en place par les autorités nationales était entré en vigueur (ce qui supposait qu'il avait été approuvé).

Toutefois, cette condition est à double tranchant. La Commission peut se voir, en effet, reprocher de n'avoir pas utilisé un pouvoir d'intervention qui lui aurait permis d'obliger les autorités nationales à agir autrement.

C'est ce qui ressort notamment de la jurisprudence Lütticke⁷⁹ où la requérante estimait avoir subi un dommage du fait que la Commission n'avait pas utilisé son pouvoir d'intervention en matière de taxe compensatoire sur le chiffre d'affaire pour contraindre la République d'Allemagne à supprimer ou du moins, corriger, à compter du 1er janvier 1962, le taux trop élevé qui frappait les importations de lait et produits laitiers en poudre.

Dans son arrêt, la Cour de justice a constaté que la Commission était effectivement tenue, du fait de sa mission de surveillance, de s'assurer de la conformité des systèmes fiscaux nationaux aux exigences de libre circulation et de non discrimination des articles 95 et 97 du traité. A ce titre, elle pouvait éventuellement adopter une décision à l'encontre d'un Etat membre pour le contraindre à réajuster ses taux d'imposition. Pourtant, dans les circonstances de l'espèce, la Haute juridiction communautaire a estimé que, même si l'institution n'avait pas pris une telle décision, elle n'avait pas manqué à sa mission dans la mesure où l'adoption d'une telle mesure n'était pas justifiée. En effet, le gouvernement allemand avait déjà accepté, à la demande de la Commission, de baisser son taux moyen d'imposition. Or, si pour la Firme Lütticke, cette baisse était insuffisante, tel n'était pas l'avis de la Commission et de la Cour.

Deux enseignements sont à tirer de cette jurisprudence. La Commission peut se voir condamner non seulement en raison de l'utilisation de son pouvoir d'intervention mais également parce qu'elle n'en a pas fait usage. Néanmoins, la non-utilisation de son pouvoir d'intervention n'entraîne pas par elle-même, nécessairement, la responsabilité de la Commission. Tout dépend de la latitude d'action dont dispose la Commission dans l'utilisation de ce pouvoir.

Une comparaison peut être faite avec la latitude d'action des Etats membres dans l'application du droit communautaire. Ainsi la marge d'appréciation laissée à la Commission peut porter uniquement sur les conditions de l'intervention et non sur la décision d'intervention elle-même.

⁷⁸ Point 22 de l'arrêt.

⁷⁹ C.J.C.E., 28 avril 1971, Alfons Lütticke GmbH / Commission (Aff.4/69, Rec.p.325).

En pareille hypothèse, la non-intervention de l'institution communautaire est seulement justifiée si les conditions qui la commandent ne sont pas réunies, comme dans l'affaire Lütticke.

Cependant, il se peut également qu'en dehors même de la réunion de conditions particulières, la Commission soit libre d'apprécier si elle doit ou non intervenir. Elle a donc un pouvoir d'appréciation au niveau de la décision d'intervention elle-même. Dans ce cas, la Commission n'est pas obligée d'intervenir, disposant d'un pouvoir d'appréciation en la matière. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où la décision qu'elle prend repose sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation ou est entachée de détournement de pouvoir que la responsabilité de la Commission pourra être mise en jeu. Ainsi, concernant les pouvoirs d'intervention de la Commission en cas de manquement d'un Etat membre à ses obligations, " *il résulte de l'économie de l'article 169 du traité que la Commission n'est pas tenue d'engager une procédure au sens de cette disposition, mais qu'à cet égard elle dispose au contraire d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire excluant le droit pour les particuliers d'exiger de cette institution qu'elle prenne position dans un sens déterminé. En effet, c'est seulement si elle estime qu'un Etat membre en cause a manqué à une de ses obligations que la Commission émet un avis motivé. En outre, dans le cas où l'Etat ne se conforme pas à cet avis, dans le délai imparti, l'institution a en tout état de cause, la faculté, mais non l'obligation, de saisir la Cour en vue de faire constater le manquement présumé* "80

L'affaire Sonito⁸¹ est, à cet égard, doublement intéressante. Dans cette affaire, la Sonito, groupement d'entreprises françaises du secteur de la tomate, estimait avoir été victime d'une distorsion de concurrence dans la mesure où les transformateurs italiens et grecs avaient reçu des aides injustifiées suite à une surévaluation des données de transformation fournies par leurs Etats membres. A l'appui de son recours, elle soutenait que la Commission aurait du, après enquête, engager une procédure de manquement contre ces Etats.

La Cour confirme, dans son arrêt, sa position sur l'intervention de la Commission dans le cadre de la procédure de manquement. En ce qui concerne le second point soulevé, elle rejette également toute responsabilité de la Commission.

L'intervention de la Commission dans le sens souhaitée⁸² n'était pas justifiée au regard des contrôles menés par ses services qui n'avaient nullement mis en évidence l'existence des fraudes invoquées par la requérante. Dans ces conditions, aucun comportement illégal ne pouvait être reproché à la Commission car " *dans ces conditions, la Commission ne pouvait légalement*

⁸⁰ Voir C.J.C.E. 14 fév. 1989, Star Fruit Compagnie SA/Commission (Aff.247/87, Rec.p.291).

⁸¹ C.J.C.E. 17 mai 1990, Société nationale interprofessionnelle de la tomate e.a /Commission (Aff.C-87/89, Rec.p.I-1981)

⁸² C'est à dire procéder à une correction des données fournies et adapter en conséquence les aides.

procéder à la correction des données fournies et, en conséquence, à une adaptation rétroactive du montant des aides "83 .

- Au contraire, on peut aisément supposer qu'au cas où les contrôles effectués par les services de la Commission auraient révélé des fraudes, celle-ci aurait dû y pallier par son intervention. En agissant autrement, elle aurait eu un comportement illégal.

Une dernière remarque s'impose au sujet de la nature décisionnelle de l'acte d'intervention de la Commission :

Il peut arriver que la Cour se réfère uniquement au contenu de l'acte pour rejeter son caractère décisionnel. Il s'agit des hypothèses où le contenu de l'acte n'est manifestement pas celui d'une décision. A tel point que même si la Commission avait effectivement le pouvoir de prendre des décisions, il ressort du contenu même de l'acte qu'elle a pris qu'elle n'a pas utilisé ce pouvoir.

On peut citer en ce sens l'arrêt Moxsel du 25 mars 1982 où la Cour ne reconnaît pas de caractère décisionnel au contenu d'un télex de la Commission au motif que ce texte ne visait " *manifestement qu'à donner un résumé des effets juridiques découlant directement de l'application du règlement n°3318/80* "84, conformément à l'usage qui veut qu'à l'entrée en vigueur d'un règlement, le jour même de sa publication au journal officiel, la Commission explique la situation juridique qu'il en découle aux autorités nationales sous forme de télex . Ainsi le contenu du télex témoigne des intentions de la Commission qui voulait seulement informer et non pas donner des instructions aux autorités nationales.

Tel est bien le sens de l'arrêt puisque la Commission soutenait ne disposer d'aucun pouvoir dans ce cas de figure alors que la Cour s'est seulement fondée sur le contenu même de l'acte pour estimer qu'il n'avait pas le caractère d'une décision. Ce qui paraît d'ailleurs montrer que ce second critère est, en quelque sorte, prioritaire. En effet, le fait que la réglementation communautaire ait donné ou non à la Commission un pouvoir d'instruction n'aurait rien changé à la nature du télex dans la mesure où il était manifeste, de par le seul contenu de cet acte, que la Commission n'avait pas fait usage de ce pouvoir en l'espèce.

On peut donc conclure que l'utilisation, par la Commission, du pouvoir d'intervention dont elle disposait peut se vérifier tout simplement à partir du contenu de l'acte incriminé : s'il apparaît que celui-ci n'est manifestement pas celui d'une décision mais celui d'une information, il en découlera que la Commission ne s'est pas servie de ce pouvoir.

⁸³ Point 17 de l'arrêt

⁸⁴ Aff.45/81, Rec.p.1129, point 23

Un autre exemple plus récent est celui de l'ordonnance du 3 mars 1991 rendue par la Cour à propos de l'affaire Emerald Meats Limited⁸⁵. La Cour refuse également de voir une décision dans le télex adressé par la Commission aux autorités nationales au motif que son contenu " *se limite à inviter les Etats membres à fournir certaines données permettant à la Commission d'assurer une gestion, conforme au droit, du contingent communautaire GATT*" et qu' "*une telle communication qui indique seulement la façon de procéder pour assurer une gestion correcte du régime et annonce, pour le surplus, l'intention des services de la Commission de prendre certaines mesures, ne saurait être considérée comme une décision susceptible de sortir des effets juridiques à l'encontre de la partie requérantes...*"⁸⁶ Elle en déduit donc que "*ce télex... se situe dans le cadre de la coopération interne entre les services de la Commission et les organismes nationaux chargés d'appliquer la réglementation communautaire dans le domaine en cause, coopération qui ... ne saurait engager la responsabilité de la Communauté envers les particuliers.*"⁸⁷

Cependant, il ne suffit pas que la Commission ait un pouvoir d'intervention contraignant et l'ait utilisé pour que le dommage causé par les mesures d'exécutions nationales. soit imputable à la Communauté. Il faut également que la décision de la Commission soit à l'origine de l'acte adopté par les autorités nationales.

B - L'acte d'intervention de la Commission doit être à la base de la décision des autorités nationales

Il doit exister une relation entre la décision de la Commission et celle des autorités nationales : un lien de cause à effet doit être établi entre elles.

Souvent, un tel lien est établi par les références expresses qui sont faites, par la décision des instances nationales, à l'acte de la Commission ou encore par le fait de joindre, en annexe de la décision nationale, cet acte. Cependant, il peut aussi arriver que les faits démentent l'existence de ce lien dont l'établissement n'est alors que "*le fait d'une appréciation propre des autorités*" nationales⁸⁸. Dans ce cas, la Commission ne peut avoir agi comme autorité de tutelle en imposant aux autorités nationales l'orientation de leur décision.

⁸⁵ Aff.jtes C -66/91 et C -66/91 R, Rec.p I- 1143 ; voir également, ord /10/91, Jean Marc Bosman/Commission des CE (Aff-C -117/91, Rec.p.I- 3353) où la Cour dénie tout effet juridique à un communiqué de presse de la Commission car "*la Commission s'est bornée à prendre acte des modifications d'une réglementation et à faire état des projets envisagés concernant le transfert des joueurs.*" et elle en conclut que, dès lors, la Commission n'a pas adopté de décision unilatérale produisant des effets juridiques.

⁸⁶ Point 27 de l'arrêt.

⁸⁷ Point 30 de l'arrêt.

⁸⁸ C.J.C.E, 10 mai 1978, Société pour l'exportation des sucres SA contre Commission des CE, précité, att.24

La question de l'existence d'un lien de cause à effet s'est posée dans l'affaire Société pour l'exportation des sucres SA⁸⁹.

La requérante s'était vu refuser par le FIRS (fond d'intervention et de régularisation du marché du sucre) le bénéfice de la clause d'équité du règlement n°1608/74⁹⁰ et elle soutenait que l'intervention de la Commission était à l'origine de ce refus. Il est vrai, qu'en l'espèce, la Commission avait utilisé le pouvoir d'opposition contraignant que lui donnait l'article 4 du règlement :⁹¹ et que cet article s'appliquait à certains contrats conclus par la Société pour l'exportation des sucres. Toutefois, il s'est avéré que la Commission s'était seulement opposée à ce que des contrats de céréales soit exonérés, par le gouvernement français, du paiement des montants compensatoires. Sa décision ne concernait donc pas les contrats de la Société requérante. Pourtant, le FIRS s'est expressément référé au téléx de la Commission pour rejeter la demande de cette société. Il a considéré, en effet, de sa propre initiative, que la décision de la Commission pouvait être appliquée aux contrats en cause. La Cour a donc jugé que le refus des autorités nationales d'accorder le bénéfice de l'exonération des montants compensatoires monétaires pour les contrats litigieux constituait " *une décision autonome de ces autorités* ". Tout lien de cause à effet entre la décision de la Commission et celle du FIRS était dès lors exclu : la décision de la Commission n'était pas à la base de celle de l'organisme d'intervention national car un tel lien n'existait pas entre elles. Pour qu'un tel lien existe, il aurait fallu que les contrats de la Société requérante soit expressément visés par la décision de la Commission.

Un autre exemple significatif de la nécessité d'un lien de cause à effet entre les deux décisions est l'affaire CNTA⁹². Dans cette affaire était en cause une décision d'apurement des comptes de la Commission dans laquelle cette dernière ne reconnaissait pas les aides payées par la SIDO au Comptoir national technique agricole, moyennant caution, en raison de leur non conformité au droit communautaire. La SIDO avait exigé le remboursement de ces aides par le paiement de la caution. Le CNTA et la Société L'Etoile commerciale, qui s'était portée garante, avait donc introduit un recours en indemnité devant la Cour de justice. Elles estimaient que la décision d'apurement des comptes avait conduit la SIDO à prendre la décision

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ précité

⁹¹ En vertu de cet article :

"1. Si, dans un cas déterminé, un Etat membre a l'intention de faire usage de l'autorisation visée à l'article 1er pour un contrat dont la durée dépasse :

- la durée de validité du certificat, dans le cas où le certificat comporte une fixation à l'avance du prélèvement ou de la restitution supérieur à trois mois,

- ou trois mois dans les autres cas,

l'Etat membre communique cette intention à la Commission en indiquant les raisons et les preuves fournies.

2. *L'Etat membre concerné ne peut, dans ce cas, faire usage de l'autorisation que si, dans un délai de six semaines à compter du jour de la communication, la Commission... ne s'est pas opposée à la mesure envisagée"*

⁹² Précitée.

en cause. Ainsi établissaient-elles un lien de cause à effet entre les deux décisions. Selon elles, c'était la décision de la Commission qui avait eu pour effet de donner à la SIDO l'instruction de prendre la décision de remboursement.

La Cour de justice, suivant les conclusions de son Avocat Général, M. Da Cruz Vilaça, en a jugé tout autrement. La question était de savoir si l'obligation pour la SIDO de récupérer les aides versées découlait de la décision de la Commission qui n'avait pas reconnu ces aides. La réponse était négative essentiellement pour deux raisons. Tout d'abord, l'obligation de récupérer les aides indûment versées est imposée aux organismes d'intervention nationaux par le législateur communautaire lui-même⁹³. Ensuite, les décisions de la Commission relatives à l'apurement des comptes au titre des dépenses financées par le FEOGA ne visent, en principe, qu'à constater et reconnaître que les dépenses ont été effectuées par les services nationaux en conformité avec les dispositions communautaires et non à donner des instructions aux organismes nationaux d'intervention. Dès lors, l'obligation pour la SIDO d'obtenir le remboursement des sommes indûment payées ne pouvait pas être commandée par la décision d'apurement des comptes de la Commission.

La Cour a donc rejeté la demande de dommages et intérêts au motif que la décision de la Commission n'avait pas pour objet de donner à la SIDO l'instruction de prendre la décision qui était à l'origine du préjudice invoqué.

Comme dans l'affaire Société pour l'exportation de sucre SA, c'est l'organisme d'intervention qui, en transmettant avec sa décision une copie de la décision de la Commission, a établi une telle relation entre les deux actes alors qu'en réalité, on était en présence d'une décision autonome.

Lorsque l'intervention de la Commission se trouve bien être à l'origine de la décision nationale et que cette décision cause un dommage à son destinataire, ce dommage n'est plus imputable à l'Etat mais à la Communauté.

§2. L'imputabilité du dommage

Le critère de l'imputabilité est l'existence d'un pouvoir d'appréciation des Etats membres. Le principe en soi paraît simple : si les autorités nationales disposaient d'une marge d'appréciation dans l'exécution du droit communautaire, c'est l'Etat qui est responsable en cas de dommage ; au contraire, si elles ne disposaient d'aucune marge de manoeuvre mais étaient liées par le droit communautaire, le dommage est imputable à la Communauté.

⁹³ Le règlement n°729/70 du Conseil du 21 avril 1970, précité.

Toutefois, il peut arriver, aussi contradictoire que cela puisse paraître, que les instances nationales voient leur pouvoir d'appréciation lié par une intervention contraignante de la Commission. La conséquence directe en est un transfert de responsabilité de l'Etat vers la Communauté (A).

Après avoir examiné quelques exemples concrets en ce sens, il nous faudra cependant nous intéresser à l'affaire *Kampffmeyer*⁹⁴ qui peut, au contraire, apparaître comme un contre-exemple (B).

A - Le transfert de responsabilité de l'Etat vers la Communauté

L'intervention contraignante de la Commission peut jouer tant au niveau de l'exécution normative du droit communautaire que de son exécution administrative. Dans l'hypothèse d'une exécution administrative, l'intervention contraignante de la Commission peut concerner aussi bien le pouvoir discrétionnaire d'appréciation des conditions prévues par les textes que le pouvoir discrétionnaire de décision.

Ainsi dans l'affaire *Krohn*⁹⁵, l'intervention contraignante de la Commission joue sur le pouvoir d'appréciation des conditions légales des autorités nationales. En vertu de l'article 7, paragraphe 1 du règlement n°2029/82 de la Commission, un certificat d'importation doit être délivré le cinquième jour ouvrable suivant le jour du dépôt de la demande, sauf dans le cas où la commission a informé par télex, les autorités compétentes de l'Etat membre que les conditions prévues par l'accord CEE-Thaïlande et auxquelles est subordonnée la délivrance du certificat ne sont pas remplies. C'est l'Etat qui, conformément à l'article 9 du même règlement, communique à la Commission, pour chaque demande de certificat, les informations nécessaires, sur la base desquelles, et les autorités nationales et la Commission, apprécient, séparément, si les conditions requises à l'octroi de ce certificat sont ou non réalisées. Ainsi l'Etat et la Commission portent chacun de leur côté, sur la base des mêmes informations, une appréciation discrétionnaire sur la situation du demandeur par rapport aux conditions donnant droit au certificat. Si l'Etat estime que la demande remplit les conditions, le certificat est délivré le cinquième jour ouvrable suivant le jour du dépôt de la demande. Cependant, il se peut, que contrairement aux instances nationales, la Commission estime que les conditions d'octroi du certificats ne sont pas respectées. Dans ce cas, la Commission impose sa propre appréciation à l'Etat qui devra s'y conformer et ne pourra pas délivrer, par conséquent, le certificat. La

⁹⁴ C.J.C.E, 14 juil 1967, *Kampffmeyer* (aff.5, 7 et 13 à 24/66, Rec.p.317).

⁹⁵ précitée

Commission peut ainsi, selon les propres termes de l'Avocat général Mancini, " bloquer par télex l'organisme national ".

Dés lors, le pouvoir discrétionnaire d'appréciation dont disposaient les autorités nationales se trouve lié par le pouvoir d'intervention de la Commission : les autorités nationales doivent adopter l'appréciation de la Commission et rejeter la demande dans la mesure où c'est la réalisation des conditions d'octroi qui conditionne son acceptation.

On peut ainsi dire que, par le biais de son pouvoir d'intervention sur le pouvoir discrétionnaire d'appréciation des conditions des Etats membres, la Commission, bien plus que d'imposer une appréciation, impose par là même la décision à appliquer au cas d'espèce. Elle dispose donc d'un véritable pouvoir de décision.

Un autre exemple est le règlement 1608/74⁹⁶ qui donne à la Commission, dans son article 4, la possibilité d'intervenir sur le pouvoir discrétionnaire de décision des Etats membres d'accorder ou non le bénéfice de la clause d'équité si les conditions mentionnées sont remplies. Ce pouvoir d'intervention concerne uniquement certains types de contrats pour lesquels l'Etat communique à la Commission son intention d'autoriser l'exonération des montants compensatoires monétaires, en indiquant les raisons et les preuves qui ont fondé sa conviction. La Commission a six semaines, à compter de la communication, pour s'opposer à la mesure envisagée par les autorités nationales. Ainsi les autorités nationales ne peuvent donner suite à leur intention que si la Commission n'est pas intervenue, c'est à dire ne s'y est pas opposée. Il faut donc, en quelque sorte, un accord implicite de la Commission qui se déduit de l'écoulement du délai de six semaines sans que la Commission ne se soit manifestée.

S'il y a opposition de la part de la Commission c'est soit, parce qu'elle estime, contrairement à l'Etat, que les conditions ne sont pas remplies, soit que les raisons invoquées ne justifient pas l'octroi de la clause d'équité. La Commission intervient donc non seulement au niveau de l'appréciation des conditions en vérifiant l'appréciation faite par les autorités nationales mais aussi au niveau du pouvoir de décision des Etats.

Si l'institution communautaire juge que les conditions d'octroi de l'exonération ne sont pas remplies, l'Etat doit se conformer à l'appréciation de la Commission. Il ne peut pas accorder la clause d'équité dans la mesure où, comme nous l'avons vu, son pouvoir de décision dépend de la réalisation ces conditions. L'intervention contraignante de la Commission a donc des incidences sur la décision adoptée : l'Etat, n'ayant pas obtenu l'accord implicite de la Commission, doit rejeter la demande.

La Commission peut également estimer que l'appréciation des conditions faite par l'Etat est bonne et que les conditions d'octroi sont effectivement respectées tout en contestant l'opportunité de la mesure envisagée. Dans ce cas, elle considère, en effet, que contrairement à

⁹⁶ Précité à propos des affaires Debayser et Société pour l'exportation de sucre SA

ce qu'a pu penser l'Etat, la décision d'accorder la clause d'équité ne serait pas opportune. Ainsi remet-elle en cause les raisons invoquées par l'Etat pour fonder l'opportunité de la mesure. Dès lors, le pouvoir de décision de l'Etat est lié par le jugement porté par la Commission sur la situation du demandeur. Du fait de son opposition à l'octroi de la mesure, il est tenu de refuser le bénéfice de la clause d'équité. L'Etat qui, en principe, avait un pouvoir de décision, voit donc son pouvoir bloqué par l'intervention de la Commission.

On peut remarquer, par ailleurs, que le pouvoir de décision des Etats n'est lié ici qu'en tant qu'il prévoit de faire droit à la requête. Ainsi comme le constate l'Avocat général Mayras dans ses conclusions dans l'affaire Debayser :

*"... la Commission ne s'est réservé le pouvoir d'intervenir à priori, dans l'application même de son règlement, que dans les cas précis où les administrations nationales ont l'intention de donner une suite favorable aux demandes d'exemption qui leur ont été présentées."*⁹⁷

Le champ d'intervention de la Commission est donc délimité. En dehors de cette limite, définie par le règlement lui-même, le pouvoir discrétionnaire de décision de l'Etat ne saurait être lié par l'intervention de la Commission.

Un dernier exemple, qui concerne l'exécution normative du droit communautaire, est l'affaire Cato⁹⁸. La Commission disposait, en vertu de la directive 83/515/CEE⁹⁹, d'un pouvoir d'approbation préalable des projets nationaux de dispositions législatives, réglementaires ou administratives envisagés pour sa transposition dans le droit interne. Sans l'approbation préalable de la Commission, les dispositions de transposition prévues par le Royaume-Uni n'auraient pas pu entrer en vigueur. Les projets de transposition des Etats étaient, en effet, soumis à l'appréciation de cette dernière qui vérifiait leur conformité au droit communautaire. Si la Commission jugeait les mesures envisagées non conformes à la directive, elles ne pouvaient pas entrer en vigueur et l'Etat devait en adopter d'autres. La Commission intervenait donc de manière contraignante sur le pouvoir normatif d'appréciation des autorités nationales et liait ce pouvoir quand à son appréciation de ce qui était conforme ou non à la directive qu'il transposait.

Comme nous venons de le constater, les Etats membres, qui, au départ, avaient un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, peuvent se trouver, en fin de compte, liés par l'intervention contraignante de la Commission. Dès lors, leur pouvoir d'appréciation étant lié, en cas de dommage et par application du principe de l'imputabilité énoncé et analysé

⁹⁷ Conclusions, Rec. p. 570, spé. p. 574.

⁹⁸ Précitée.

⁹⁹ Précitée.

précédemment, ce n'est pas à l'Etat qu'incombe la responsabilité du préjudice subi mais à la Commission. C'est elle, en fait, de par son intervention contraignante, qui est à l'origine de la décision nationale ou de l'entrée en vigueur des mesures d'exécution nationales. L'acte des autorités étatiques n'est que le déguisement national d'une décision imputable à la Commission. Les Etats apparaissent ainsi comme le bras séculier de la Commission.

On assiste donc à un transfert de responsabilité des Etats membres vers la Communauté. En effet, l'Etat qui, à l'origine, s'était vu conférer un pouvoir d'appréciation aurait du, en cas de survenance d'un dommage né de l'utilisation de ce pouvoir, être responsable. Cependant, l'intervention contraignante de la Commission vient, en quelque sorte, fausser les cartes. Elle lie le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'Etat dont l'utilisation ne traduit plus la position de l'Etat mais celle de la Commission et cela, même si la Commission confirme le point de vue de l'Etat par une autorisation ou une approbation, par exemple, comme dans l'affaire Cato. Ainsi rejoint-on l'hypothèse où l'Etat n'a pas du tout de pouvoir d'appréciation, à la différence que, dans ce cas, le pouvoir dont disposait l'Etat a été détournée par la Commission. La conséquence directe de ce détournement est l'imputabilité de tout dommage éventuel à la Commission et donc à la Communauté, comme si l'Etat n'avait pas eu de pouvoir d'appréciation.

Les arrêts de la Cour sont à cet égard très clairs. Dans son arrêt Krohn, la Cour reconnaît expressément que le fait à l'origine du dommage est imputable à la Commission :

*"... l'illégalité alléguée par la requérante pour fonder son droit à indemnité est imputable non pas au BALM, qui était tenu de déférer aux instructions de la Commission, mais bien à cette dernière."*¹⁰⁰

Néanmoins, l'arrêt Kampffmeyer, où la Cour de justice n'exclut pas l'éventualité d'une co-responsabilité de l'Etat et de la Communauté, paraît, *à priori*, contredire cette approche. Pourtant, il n'en est rien. L'analyse approfondie de cette affaire tend à écarter l'idée que cette jurisprudence puisse être un contre-exemple aux règles de l'imputabilité dégagées jusqu'à présent.

¹⁰⁰ Point 23 de l'arrêt

B - L'affaire Kampffmeyer, un contre-exemple aux règles de l'imputabilité ?

Cette affaire est née du mécanisme de l'organisation commune du marché des céréales mis en place par le règlement 19 du Conseil.

Ce règlement prévoit, pour égaliser les prix dans le commerce entre les Etats membres, que l'Etat, sur le territoire duquel est importée la marchandise, perçoit un prélèvement correspondant à la différence entre le prix franco-frontière du pays exportateur, fixé chaque jour par la Commission, et le prix de seuil fixé par le pays importateur. Ce prélèvement est fixé à zéro lorsque le prix franco-frontière était égal ou supérieur au prix de seuil. Il est calculé par l'Etat importateur qui en assure la perception. Normalement, le prélèvement doit être fixé sur la base de la situation du marché au jour des importations, mais l'article 2 du règlement n° 31/63 du Conseil permet de faire établir dans la licence d'importation le taux de prélèvement par anticipation dans le cas d'importation de maïs en provenance de France. Dans ce cas, le taux de prélèvement applicable est celui du jour de la réception de la demande de licence.

La Commission, mal informée par l'ONIC, l'organisme d'intervention français, avait annoncé que les prix de maïs en France n'étaient pas substantiellement inférieurs à ceux pratiqués en RFA, sans tenir compte de la nouvelle récolte de maïs en France qui allait faire baisser le prix dès le début du mois d'octobre. L'organisme d'intervention allemand, l'E.V.G.F, avait donc fixé le taux de prélèvement, applicable au maïs provenant de France à 0,00 DM. Le jour même, les sociétés requérantes, des sociétés allemandes importatrices de céréales, avaient demandé, par application de l'article 2 du règlement n° 31/63, des licences d'importation utilisables en janvier 1964 avec un taux de prélèvement préfixé de 0,00 DM. Cependant, elles n'avaient pas été les seules à faire une telle demande. Au total, les demandes reçues par l'E.G.V.F le 1er octobre s'étaient élevées à environ 126 000 tonnes. Les autorités allemandes avaient alors décidé, le jour même, de prendre une mesure de sauvegarde, conformément à l'article 22, alinéa 1er, du règlement n° 19 : celle de suspendre la délivrance des licences d'importation. Se basant sur cette mesure de sauvegarde, l'E.V.G.F avait refusé, par une décision du 3 octobre 1963, d'octroyer les licences d'importation demandées pour le mois de janvier 1964. Parallèlement, la Commission, se rendant compte de son erreur, avait, dès le 2 octobre, fixé un nouveau prix franco-frontière et a, par une décision également datée du 3 octobre 1963, autorisé rétroactivement le gouvernement allemand à maintenir jusqu'au 4 octobre la mesure de sauvegarde qui lui avait été notifiée le 1er octobre, conformément à l'article 22, alinéa 2, du règlement 19. Mécontentes, les requérantes avaient non seulement saisi la Cour de justice mais également les juridictions nationales, estimant que le préjudice qu'elles avaient subi était imputable à la fois aux autorités allemandes et à la Commission.

Devant la Cour de justice, les requérantes ont obtenu, dans un premier temps, l'annulation de la décision d'autorisation de la Commission¹⁰¹ au motif que les conditions posées par le règlement n°19, permettant aux Etats de prendre des mesures de sauvegarde en cas de perturbations graves sur les marchés de maïs, n'étaient pas remplies en l'espèce. Forts de cette décision d'annulation, elles ont, dans un second temps, réclamé des dommages et intérêts pour le préjudice subi.

La Cour a estimé que le comportement de la Commission était susceptible d'engager la responsabilité de la Communauté et elle a donc reconnu, en son principe, la responsabilité de la Communauté. Ce qui laisse sous-entendre que le dommage occasionné par l'application de la mesure de sauvegarde allemande lui était imputable.

Cependant, tout en reconnaissant que le dommage est imputable à la Commission, la Cour n'exclut pas qu'il puisse l'être également aux autorités nationales. Néanmoins, dans la mesure où il ne lui appartient pas de se prononcer sur la responsabilité des instances nationales, elle s'en remet, en quelque sorte, aux juridictions étatiques sur ce point et décide d'attendre que soit intervenue leur décision avant de déterminer la part de dommage de la Communauté. En effet, selon elle,

*"il convient d'éviter que les requérantes ne soient, en raison d'appréciations différentes d'un seul et même dommage par deux juridictions différentes appliquant des règles de droit différentes ni insuffisamment ni abusivement indemnisées."*¹⁰²

Ainsi, dans cette affaire, la Cour envisageait la possibilité d'une co-responsabilité. Tout dépendait de la réponse donnée par les juridictions nationales à la question de la responsabilité des autorités étatiques. De la réponse donnée à cette question se déduisait celle apportée à une autre question : l'imputabilité du dommage. Il va de soi, effectivement, qu'une reconnaissance de responsabilité des autorités nationales impliquait l'imputabilité du dommage à ces mêmes autorités. Et si une telle décision était mise en relation avec celle rendue par la CJCE, on ne pouvait qu'en venir à la conclusion d'une co-responsabilité de la Communauté et de l'Etat qui s'étaient vus attribuer, par des juridictions différentes, une part de responsabilité dans la réalisation de dommage. L'établissement de cette co-responsabilité de la Communauté et de l'Etat traduirait une double imputabilité du dommage, communautaire et nationale.

C'est ce qui s'est passé¹⁰³. Les requérants se sont vus reconnaître devant les juridictions allemandes le droit d'être indemnisés par la République Fédérale d'Allemagne.

Toutefois, le Bundesgerichtshof ne s'est pas prononcé sur le terrain du droit communautaire, pourtant intégré dans le droit allemand, mais il s'est seulement fondé sur du droit interne. Il a

¹⁰¹ C.J.C.E, 1er juillet 1965, Toepfer et Getreide-Import Gesellschaft / Commission de la CEE (Aff.jtes 106 et 107/63, Rec.p.525)

¹⁰² Rec. p. 342.

¹⁰³ Voir la thèse précitée de Thierry Debard, p.252 et s.

jugé que la responsabilité de l'Etat était née du fait que la directive du Ministre à l'E.V.G.F de ne plus accorder de certificats d'importation était dépourvue de base légale dans la mesure où seul un acte réglementaire pouvait, en République Fédérale d'Allemagne, autoriser une restriction aux importations. Il ne s'est pas prononcé pas sur le point de savoir si les conditions posées par le règlement n°19 pour prendre des mesures de sauvegarde étaient remplies. Pourtant, il lui aurait suffi de se référer à l'arrêt Toefter de la CJCE pour déclarer la mesure prise incompatible avec la droit communautaire.

Le premier sentiment que nous inspire l'ensemble des épisodes juridictionnels de l'affaire Kampffmeyer est d'être en présence, au niveau communautaire et au niveau nationale, de deux affaires distinctes l'une de l'autre puisque le lien qui aurait pu et aurait du, à notre sens, être établi entre les deux décisions juridictionnelles ne l'a pas été. Ce lien, auquel nous faisons allusion, est le fondement qui aurait du être donné, dans les deux cas, à la responsabilité : l'incompatibilité de la mesure nationale de sauvegarde avec le droit communautaire.

C'est peut être la première explication qui peut être apportée à la reconnaissance d'une double imputabilité du dommage, une telle reconnaissance allant à l'encontre, à priori, des règles que nous avons posées en la matière.

En effet, comme nous le faisons remarquer, l'affaire Kampffmeyer peut apparaître comme le contre-exemple de notre analyse du critère de l'imputabilité en cas de mauvaise application du droit communautaire. La décision d'autorisation de la Commission aurait du, selon cette analyse et comme dans l'affaire Cato, opérer un transfert de responsabilité de l'Etat vers la Communauté et donc couvrir la décision de l'Etat. Le dommage aurait du, dès lors, être imputable seulement à la Commission. Ainsi, le fait que les juridictions allemandes trouvent le fondement de la responsabilité de l'Etat dans le droit interne et non dans le droit communautaire peut justifier une telle dérogation aux règles d'imputabilité établies. Cette dérogation s'expliquerait par l'impossibilité pour la Commission de couvrir, par son intervention, l'illégalité de la décision nationale puisqu'elles ne se situent pas sur le même plan. L'une se situe au niveau du droit communautaire tandis que l'autre trouve ses causes dans le droit interne. C'est seulement si la mesure nationale était illégale en vertu du droit communautaire que la Commission, du fait de son autorisation, aurait pu en supporter la responsabilité. Ce qui paraît tout à fait logique dans la mesure où, pour donner son aval à la mesure nationale, la Commission s'est seulement assurée que les conditions posées par le droit communautaire étaient réalisées. A aucun moment, son appréciation n'a pris en considération les règles de droit interne. Par conséquent, c'est uniquement si son appréciation de la réalisation des conditions communautaires s'avère erronée que la Commission sera passible de voir sa responsabilité engagée pour illégalité de la mesure nationale qu'elle a autorisée.

Au contraire, si, comme en l'espèce, l'illégalité de la décision nationale est fondée sur le droit interne, il est tout à fait normal que la Commission ne soit pas sanctionnée pour le non-respect

des règles et conditions qu'édicte ce droit puisque l'autorisation de la Commission n'a pas été conditionnée par lui et qu'elle n'a pas apprécié la situation par rapport à lui.

Une autre explication peut être trouvée dans l'effet rétroactif de la décision d'autorisation.

En effet, dans l'affaire Cato, l'approbation de la Commission apparaissait comme une autorisation préalable de la mesure où c'est elle qui commandait l'entrée en vigueur des dispositions nationales de transposition. Dans l'affaire Kamffmeyer, au contraire, l'autorisation de la Commission est postérieure à l'entrée en vigueur de la mesure nationale de sauvegarde. Cette différence entre les deux affaires est de taille puisque dans la première, les mesures nationales n'ont pas pu produire d'effet en dehors de l'intervention de la Commission alors que dans la deuxième, elles ont, au contraire, eu des effets avant l'intervention de l'autorité communautaire et ont pu être source de dommage.

Dans l'affaire Kamffmeyer, la décision d'autorisation de la Commission vient seulement confirmer la mesure nationale. Elle a pour effet de la maintenir et non de lui donner effet. On peut donc considérer que, dans ces conditions, le dommage a été commis en deux temps: dans un premier temps, par la mise en oeuvre de la décision nationale par les autorités étatiques et dans un second temps, par la confirmation et le maintien de cette mesure par l'autorité communautaire. Car, si, à l'inverse, la Commission n'avait pas autorisé rétroactivement la mesure de sauvegarde nationale, sa décision n'aurait pas eu pour incidence de la maintenir mais de la supprimer : les instances nationales auraient été obligées de rapporter cette mesure avec effet rétroactif et donc d'accorder les certificats demandés. Dès lors, il n'y aurait pas eu de dommage.

Ainsi le dommage serait imputable aux autorités nationales parce qu'elles ont pris et exécuté la mesure nationale et à la Commission, parce qu'elle l'a maintenue. Etat et Communauté auraient donc concouru au même dommage.

C'est le point de vue avancé par l'Avocat général Gand, dans ses conclusions. De son avis, la décision de la Commission a été " aussi " la condition de la réalisation du dommage car

*"elle n'a pas été en effet la seule condition; il a fallu pour cela la concurrence - ou la succession dans le temps, de deux actions : celle de la République fédérale qui a pris la mesure de sauvegarde et a refusé les licences - celle de la Commission qui, en validant cette mesure, a consolidé le dommage ou refusé de contraindre les autorités allemandes à le faire disparaître. Si le gouvernement fédéral a été la cause première, il n'empêche que la Commission est aussi à l'origine du dommage."*¹⁰⁴

¹⁰⁴ Rec. p.361.

Toutefois, on peut répondre à cette argumentation que, du fait de son effet rétroactif, la décision de la Commission couvre la décision nationale dès son entrée en vigueur et pendant toute la période de son application. Aussi couvre-t-elle de son autorité tous les effets qu'elle a pu avoir avant l'intervention de la Commission. Il en résulte que la Commission devrait être seule responsable du dommage. Peu importe que l'autorisation de l'autorité communautaire soit antérieure ou postérieure à l'application des mesures nationales d'exécution du droit communautaire du fait de son effet rétroactif.

Comme on peut le constater, les analyses de l'affaire Kamffmeyer peuvent être diversifiées. La cohérence de notre étude sur l'imputabilité du dommage voudrait que nous adoptions la dernière envisagée. Cependant en examinant de plus près les autres thèses, on se rend compte, qu'en fait, elles ne font pas forcément de l'affaire Kampffmeyer, un contre-exemple de notre appréciation du critère de l'imputabilité du fait de la mauvaise application du droit communautaire. En effet, elles laissent toutes les deux paraître que les faits et l'interprétation qui en a été faite par les juridictions nationales et communautaire n'entrent pas dans la "normalité" servant de base à l'application des règles d'imputabilité que nous avons développées.

Ainsi si nous prenons la thèse de l'existence d'un fondement différent des responsabilités de la Communauté et de l'Etat, nous réalisons qu'il s'agit d'une hypothèse particulière pour laquelle ne peuvent pas, en pure logique juridique, s'appliquer les principes d'imputabilité que nous avons établis. La Cour de justice se trouvait devant un jugement d'une juridiction nationale qui reconnaissait la responsabilité de l'Etat et dont elle ne pouvait pas ne pas tenir compte. De son côté, elle estimait que la Communauté pouvait être responsable du dommage. Dès lors, se posait le problème du partage de la réparation. Le principe étant celui de la réparation intégrale, le juge ne devait pas accorder au requérant plus de 100 % du préjudice. Ni la Cour de justice, ni le juge national n'étaient compétents pour déterminer les termes du partage. Il fallait donc admettre une coexistence des juges de la responsabilité et tenir compte des positions de chacun. Le juge national s'était prononcé en premier sur la responsabilité de l'Etat et avait déjà fixé le montant de la réparation. Il restait donc à la Cour de justice d'apprécier si la somme allouée couvrait l'ensemble du préjudice et, dans le cas contraire, à condamner la Communauté à prendre en charge la partie du dommage non couverte afin d'éviter que les requérants ne soient, en raisons d'appréciations différentes d'un seul et même dommage par deux juridictions différentes, ni insuffisamment si abusivement indemnisés.

En ce qui concerne la thèse de la réalisation concurrente du dommage, elle peut également apparaître comme révélatrice d'une hypothèse particulière dans la mesure où il s'agit d'une intervention postérieure à l'entrée en vigueur de la mesure nationale alors que, jusqu'à présent, nous n'avons été confrontés, comme dans l'affaire Cato, qu'à un contrôle préventif et donc à une intervention préalable de la Commission. On pourrait donc y voir une hypothèse marginale

commandée par l'urgence des réalités auxquelles doivent faire face les Etats en raison des perturbations de leur marché.

Cependant, même si le système d'autorisation rétroactive s'avère peu fréquent, nous pencherions plutôt pour lui appliquer la thèse de la responsabilité exclusive de la Commission, conforme aux règles de mise en oeuvre du critère de l'imputabilité précédemment étudiées. Cette thèse, en effet, outre le fait qu'elle uniformise notre analyse du critère de l'imputabilité, tient compte et respecte les effets juridiques de la rétroactivité et nous paraît donc la plus valable. Dès lors, nous ne pouvons que critiquer et la position adoptée par la Cour qui admettait la possibilité d'une co-responsabilité de la Communauté et de la République Fédérale d'Allemagne et celle des juridictions allemandes qui ont reconnu la responsabilité de l'Etat. Mais sans doute faut-il replacer ces décisions dans leur contexte. Un contexte où, compte tenu de l'ancienneté des décisions juridictionnelles en cause, les règles de l'imputabilité n'étaient pas aussi délimitées qu'aujourd'hui.

On peut remarquer, par ailleurs que depuis l'affaire Kampffmeyer, aucun autre cas de co-responsabilité n'a été admis dans la jurisprudence de la CJCE. Certains ont pu voir dans l'affaire Cato une occasion de perpétuer cette jurisprudence¹⁰⁵. De notre avis, compte tenu des règles d'imputabilité applicables, une telle hypothèse a peu de chance de se réaliser. Leur application écarte toute chance *"d'envisager un quelconque concours de responsabilité entre le Royaume Uni et la Commission... Les atteintes à la sécurité juridique et à la confiance légitime qui résultent du comportement de l'institution communautaire, trouvent directement leur source dans la décision d'approbation de la Commission puisque, en l'absence d'une telle décision, le Schème n'aurait pas vu le jour"*¹⁰⁶.

La mise en oeuvre du critère de l'imputabilité dans le système de responsabilité communautaire est à double face suivant le type de violation : si elle paraît particulièrement aisée dans l'hypothèse d'une non-application du droit communautaire, elle peut se révéler particulièrement délicate en cas de mauvaise application du droit communautaire, en raison de l'imbrication, dans la survenance des dommages, des actes des autorités communautaires et des actes des autorités nationales. Néanmoins, il semble, de prime abord, le critère de répartition le plus équitable dans la mesure où il vise à une juste répartition des responsabilités et a l'avantage d'être commun aux systèmes nationaux et au système communautaire.

Pourtant, ce schéma, simple et clair en soi, a connu quelques complications du fait des règles de répartition des compétences entre juridictions communautaires et juridictions nationales

¹⁰⁵ voir notamment J.Rideau, "Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes", L.G.D.J., 1994, p. 741-743.

¹⁰⁶ Conclusions de l' Avocat général Darmon sur l'affaire Cato, p. I-2257

déterminées par la CJCE. Certains sont même allés jusqu'à parler de mise en cause du critère de l'imputabilité comme critère de répartition des responsabilités.

CHAPITRE SECOND : LA MISE EN CAUSE DU CRITERE DE L'IMPUTABILITE

C'est la Cour de justice des Communautés Européennes elle-même qui, en délimitant sa compétence, a précisé et complété les règles de répartition des compétences entre juridictions nationales et juridictions communautaires¹⁰⁷ définies dans les Traités. Selon les traités CEE, CEEA et CECA, c'est le critère de l'imputabilité qui commande la répartition des compétences en déterminant les responsabilités respectives de chacun des Etats et de la Communauté, dans la réalisation d'un dommage. De la combinaison des articles 178 et 215 alinéa 2 du Traité CEE, il ressort, en effet, que la Cour de justice et le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes sont compétents pour connaître des actions en réparation des dommages causés par les institutions communautaires et leurs agents. Les articles 151 et 188, alinéa 2, du Traité C.E.E.A sont rédigés dans des termes identiques. La même compétence est définie dans l'article 40, alinéa 1 et 2 du traité C.E.C.A qui précise, cependant, dans un troisième alinéa que:

" tous autres litiges nés entre la Communauté et les tiers, en dehors de l'application des clauses du présent traité et des règlements d'applications, sont portés devant les tribunaux nationaux. "

Cependant dans certaines hypothèses, celles où il existe des mesures nationales d'exécution du droit communautaire, la Cour de justice s'est écartée du seul principe de l'imputabilité pour ajouter à cette condition fixée par les traités une condition supplémentaire, l'épuisement des voies

¹⁰⁷ Par juridictions communautaires, il faut entendre la Cour de justice et le Tribunal de Première Instance des CE, juridiction de premier degré créée en octobre 1988 par le Conseil (décision n°88/591, JOCE n°L319, rectificatif JOCE 1989 n°L241). Ce tribunal est devenu depuis une décision du 8 juin 1993 (décision n°93/350, JOCE 1993 n°L144) la juridiction de droit commun pour l'ensemble des recours introduits par des particuliers et des entreprises. Il est donc compétent pour statuer sur tous les recours en responsabilité extra-contractuelle des personnes physiques et des personnes morales. La CJCE n'est plus que juge du droit dans les domaines de compétences du TPI. Elle n'intervient plus qu'en tant que juge de cassation des arrêts rendus par le TPI et par conséquent, se limite à contrôler l'application du droit faite par le Tribunal et à en sanctionner les violations. Jusqu'à présent, en raison de la nouveauté de ces dispositions, les arrêts du TPI en la matière sont encore inexistantes. Certains recours sont en instance devant lui et attendent d'être jugés.

Il ne fait aucun doute, cependant, que ses décisions se trouveront dans la continuité de la jurisprudence dégagée par la CJCE, notamment au niveau de la recevabilité des recours et donc de l'application de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours nationales. Du fait du rôle de la Cour en cassation, aucun changement durable aux règles pré-établies par elle, opéré par le tribunal, ne pourra intervenir sans qu'elle n'y ait consenti. Dans le cas contraire, on peut facilement imaginer qu'elle marquera son opposition à de tels changements en cassant les arrêts en cause. C'est pourquoi, on peut présumer, sans risques, que les règles de répartition des compétences entre juridictions nationales et juridictions communautaires, bien que dégagées en grandes parties par la CJCE, hormis les dispositions des traités, valent également pour le TPI.

de recours internes, pour fonder sa compétence. La Cour admet la recevabilité d'un recours en indemnité formé devant elle par un justiciable lorsque le dommage allégué est imputable à la Communauté et lorsque le requérant a épuisé les voies de recours internes susceptibles d'aboutir à la réparation de ce dommage. Certains commentateurs, tels que messieurs Grévisse, Combrexelle et Honorat, y ont vu une mise en cause de critère de l'imputabilité comme critère de répartition des responsabilités car

" dans le cadre de l'application des voies de recours internes, on peut, en effet, imaginer que les Etats membres soient amenés à indemniser des dommages qui sont, en fait, imputables à une faute des Communautés, comme par exemple l'illégalité d'un règlement communautaire " .

On serait dès lors très loin du point 18 de l'arrêt "Krohn " affirmant de manière péremptoire, dans le respect des Traités :

"... les dispositions combinées des articles 178 et 215 du traité ne donnent compétence à la Cour que pour réparer les dommages causés par les institutions communautaires ou les agents de celles-ci agissant dans l'exercice de leurs fonctions, c'est à dire pour réparer les dommages susceptibles de mettre en jeu la responsabilité non contractuelle de la Communauté. En revanche, les dommages causés par les institutions nationales ne sont susceptibles de mettre en jeu que la responsabilité de ces institutions et les juridictions nationales demeurent seules compétentes pour en assurer la réparation. "

Il en découle que les juges nationaux ne peuvent en aucun cas engager la responsabilité de la Communauté. Seules les juridictions communautaires peuvent le faire en vertu des articles 178 et 215 alinéa 2 du traité CEE.

C'est ce principe, conséquence de l'application du critère de l'imputabilité comme fondement de la compétence des juridictions nationales et des juridictions communautaires, qui explique les craintes des auteurs précités.

En effet, il résulte de l'association de la règle de l'épuisement des voies de recours et de l'imputabilité, critère de la répartition des compétences des juridictions, que tout requérant qui prétend vouloir engager la responsabilité extracontractuelle de la Communauté est renvoyé devant les juridictions nationales. Or celles-ci n'ont pas compétence pour déclarer la Communauté responsable, elles peuvent seulement juger de la responsabilité de l'Etat. D'où l'éventualité soulevée par MM. Grévisse, Combrexelle et Honorat de voir l'Etat condamné par ses juges à indemniser, sur la base d'une mesure d'exécution qu'il a prise conformément au droit communautaire, un préjudice imputable en fait à la Communauté. Les apparences joueront contre l'Etat qui, en raison de sa condamnation, apparaîtra comme l'auteur du dommage. La répartition des responsabilités n'entrera plus dans la logique de des règles de l'imputabilité et l'imputabilité, en tant que critère de la responsabilité, sera, en quelque sorte, réduit à néant.

De prime abord, cette perception de la situation est justifiée. Cependant, elle ne l'est pas toujours et paraît souvent exagérée. Tout dépend du contenu exact de cette règle (Section I). Néanmoins, il faut reconnaître que l'association de la règle de l'épuisement des voies de recours au critère de l'imputabilité faite par la CJCE débouche sur un système complexe et dès lors inadapté à son objectif principal : la protection des justiciables. Une solution simplificatrice semble, par conséquent, devoir être envisagée. (Section II)

Section I : La règle de l'épuisement des voies de recours internes

Section II : La recherche d'une solution simplificatrice

SECTION I :

LA REGLE DE L'EPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES

Il ne s'agit pas d'une règle nouvelle. Elle trouve ses origines dans le droit international¹⁰⁸. Le juge communautaire n'a fait que la transposer en droit communautaire. Ce qui est assez paradoxal dans la mesure où la Cour de justice est la première à dire, depuis toujours, que l'ordre juridique communautaire ne doit pas être assimilé à l'ordre juridique international classique, mais est un ordre juridique nouveau qui va beaucoup plus loin.

Cette transposition a fait naître de nombreuses controverses dans la doctrine dont le point de départ est, sans aucun doute, l'affaire *Kampfmeier*.

Une partie de la doctrine considère que la Cour de justice vise le recours en responsabilité de l'Etat devant les juridictions nationales. Il va sans dire que la conséquence directe d'une telle interprétation est l'incohérence du système dans la mesure où le critère de l'imputabilité est totalement remis en cause pour les raisons sus-mentionnées, tenant à l'incompétence du juge national à juger de la responsabilité de la Communauté.

Pour d'autres, tout est confus et on ne saurait pas vraiment ce que recouvre l'expression "voies de recours internes". Si elle inclut ou non le recours en responsabilité. Les appréciations portées par MM. Grevisse, Combexelles et Honorat en sont un parfait exemple. Ainsi parlent-ils d'*"ambiguïté de la règle de l'épuisement des voies de recours internes"* et se posent clairement la question de savoir *"quelles sont ces voies ? S'agit-il de voies permettant d'obtenir l'annulation de l'acte de l'autorité nationale qui est la cause directe du dommage...? Où s'agit-il de voies permettant d'obtenir, devant le juge national, la réparation du préjudice...?"*¹⁰⁹.

Il en découle forcément une grande difficulté à prendre l'exacte mesure de la jurisprudence de la Cour.

A la base de telles divergences et incertitudes figure à n'en point douter le manque de clarté des arrêts de la Cour qui, après s'être référés de manière générale aux voies de recours internes, nourrissent en quelque sorte le débat en parlant d'un côté d'annulation et de l'autre, de réparation.

Mais, les raisons d'une telle confusion doivent également être recherchées dans la diversité des cas de figure auxquels la Cour a été confrontée et a fait application de la règle de l'épuisement préalable, qui multiplie par là même les possibilités de recours nationaux.

¹⁰⁸ Voir Mehdi Rostane, "le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire", thèse, Rennes I, 1994, p.445 et s.

¹⁰⁹ Article précité, p.944

Il est vrai qu'à la lecture des arrêts correspondants, il est plutôt difficile de systématiser les solutions apportées. Et pourtant, une telle systématisation est réalisable. Il suffit de bien distinguer les différentes hypothèses pouvant donner lieu à un renvoi devant les juridictions nationales pour mesurer le contenu et la portée de la règle de l'épuisement préalable (§1).

L'analyse de ces solutions nous démontre que par " voies de recours internes ", la Cour n'entend pas viser le recours en responsabilité, exception faite du cas très marginal d'une co-responsabilité.

Toutefois, la règle de l'épuisement préalable n'est pas d'application générale. Elle est conditionnée par l'existence et l'efficacité des voies de recours nationales auxquelles elle renvoie (§2).

§1 Contenu et portée de la règle de l'épuisement préalable

Comme le soulignent F. Grévisse, J-D Combrexelle et E. Honorat, cette règle a fait l'objet d'une double application en droit communautaire, " *d'une part dans le cas particulier des actions en restitution et en paiement, d'autre part dans les autres cas de recours en indemnité* ".

La question se pose de savoir, dans chacun de ces cas, si la règle de l'épuisement des voies de recours internes met en cause le principe de l'imputabilité du dommage en tant que critère de répartition des responsabilités.

A- L'action en restitution ou en paiement "déguisée"

Il arrive qu'un particulier se voie refuser ou prélever illégalement une somme d'argent par les autorités nationales. L'illégalité de prélèvement ou du refus de paiement peut être le fait soit d'une violation par les instances nationales du droit communautaire soit d'une réglementation communautaire invalide. Le principe veut qu'en pareilles hypothèses, le justiciable saisisse, sauf exception, les juridictions nationales d'un recours en paiement ou en restitution afin de rentrer dans ses droits ou que sa situation soit remise en l'état. Pourtant, bien souvent, parce qu'en toute bonne foi il s'estime lésé et victime d'un dommage, le requérant demande réparation devant les juridictions locales ou les juridiction communautaires selon qu'il s'agit d'une violation du droit communautaire par les autorités étatiques ou d'une réglementation communautaire illégale. Face à une telle action que nous appelons action en restitution ou en paiement déguisée, les juridictions communautaires requalifient le recours (A) et déclinent, en règle générale, leur compétence, renvoyant le justiciable devant le juge national. Sous couvert de la compétence de droit commun

des juridictions nationales et en raison de la nature réelle de l'action, c'est en fait la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes qui s'applique (B).

1. La qualification du recours.

Quand peut-on qualifier une action en indemnité d'action en paiement ou en restitution déguisée¹¹⁰ ? L'égalité entre le montant du préjudice allégué et celui des sommes dues est l'indice amenant la CJCE à supposer qu'une action en restitution ou en paiement se dissimulerait, en fait, derrière l'action en responsabilité qui a été introduite devant elle. Cependant l'analyse parallèle de plusieurs arrêts de la haute juridiction communautaire montre qu'elle ne se base pas uniquement sur cette identité pour déclarer le recours de l'article 215 irrecevable. Elle va rechercher dans les fondements même de la demande si les requérants se prévalent ou non d'un droit à restitution ou d'un droit à paiement que leur conférerait le droit communautaire pour obtenir gain de cause. Elle regarde donc s'il existe un droit à restitution ou à paiement mettant les justiciables en mesure de réclamer les sommes demandées non pas à titre de dommages et intérêts mais à titre de restitution ou de paiement.

Tel était le cas dans l'affaire Société des grands moulins des Antilles du 26 Novembre 1975¹¹¹. Dans cette affaire, en effet, la Société des grands moulins des Antilles estimait avoir droit en vertu de divers règlements communautaires à des restitutions sur les exportations de céréales qu'elle avait réalisées ainsi qu'à une indemnité compensatrice du fait des stocks qui lui restaient à l'issue de la campagne 1972-1973. A ce titre, elle réclamait devant le juge communautaire réparation du préjudice que lui aurait causé le refus de la Commission de lui payer les montants correspondant aux droits réclamés. Bien que le montant de l'indemnité demandée correspondait au total des sommes refusées, c'est l'argumentation même développée par la société qui était révélatrice de ses véritables intentions puisqu'elle traduisait sa volonté de démontrer qu'elle avait, en vertu du droit communautaire, un droit à paiement. Ainsi soutenait-elle que la réglementation communautaire en vigueur lui donnait droit au paiement des restitutions correspondantes ainsi qu'à l'indemnité de stockage dans la mesure où elle réunissait toutes les conditions nécessaires. Selon elle, sa situation avait fait l'objet d'une appréciation erronée la privant illégalement du bénéfice de l'aide communautaire. La Commission soutenait, au contraire, que la Société requérante voulait obtenir

¹¹⁰ M.Darmon dans ses conclusions sur l'affaire Roquette de 1989 (Aff.20/88, Rec.p.1553) condamne l'appellation d' "action en remboursement ou en paiement déguisée ". Selon lui, " *l'analyse qui voit, dans une action en responsabilité tendant, en partie, à l'indemnisation d'un préjudice dont le montant est égal à celui de sommes indûment payées au titre de MCM, une action en remboursement déguisée ne rend pas compte de la situation réelle de l'opérateur qui l'exerce* ". Si " *le succès de l'action en remboursement suppose simplement que soit établie l'invalidité du texte servant de base à une perception, ... il en va différemment pour l'action en responsabilité extracontractuelle devant (la) Cour, dont le succès est conditionné par des exigences beaucoup plus strictes, même lorsque le préjudice résulte de l'invalidité du même texte* ".

¹¹¹ Aff.99/74, Rec.p.1531

par le biais de recours en réparation le paiement des sommes qui lui seraient dues. La Société s'en est défendue en transposant la jurisprudence Holz & Willemsen GmbH¹¹² à l'action en paiement pour réfuter l'égalité entre le montant des sommes dues et le montant du préjudice allégué comme critère d'irrecevabilité du recours de l'article 215 du traité. Ainsi, selon elle, était-il contraire à l'autonomie du recours en indemnité de considérer comme irrecevable ce recours au seul motif qu'il pouvait parfois conduire à un résultat comparable à celui d'une action en paiement. Il ne fallait pas tant se fier aux apparences qu'aux intentions réelles du justiciable pour rechercher l'objet même de l'action intentée. La société soutenait dès lors qu'il serait absurde de lui opposer la limitation volontaire du montant du préjudice aux sommes qui lui étaient dues puisque l'objet réel de son action était d'obtenir réparation du préjudice causé par la privation illégale et fautive de différentes sommes auxquelles elle avait droit. Il n'en reste pas moins, malgré ce qu'affirme la requérante, qu'en l'espèce, indépendamment même de l'identité du montant du préjudice et des sommes dues, ses intentions réelles étaient d'obtenir le versement de ces sommes. Elle se fondait, en effet, sur le droit à paiement que lui conférait le droit communautaire. La Cour de justice ne s'est pas laissée convaincre, jugeant que la requérante cherchait en fait à obtenir le paiement des sommes qu'elle estimait lui être dues en vertu du droit communautaire.

Un autre exemple topique est l'affaire IBC où l'entreprise du même nom voulait récupérer, au moyen d'une action en dommages et intérêts, les sommes qu'elle avait dû verser aux autorités douanières italiennes en application d'un règlement communautaire dont elle contestait la validité. Elle voulait donc faire valoir devant la CJCE qu'elle avait payé des sommes indues en raison de l'invalidité du règlement communautaire qui les instituait et que, dès lors, leur perception étant illégale, elle avait droit à leur restitution. La requérante démontrait donc qu'elle était titulaire d'un droit à restitution en vertu duquel devait lui être accordée l'indemnité qu'elle exigeait. Or le montant de cette indemnité étant équivalent à celui des sommes indûment versées, la Cour de justice a jugé dans un arrêt du 27 janvier 1976¹¹³, qu'en fait, son recours visait à la restitution de ces sommes et était donc une action en restitution déguisée.

En revanche, et comme en fait judicieusement la démonstration l'Avocat général Capotorti dans ses conclusions dans l'affaire Ireks-Arkady, étendues aux affaires Interquell, Dumortier et DGV¹¹⁴, il peut arriver, alors même qu'il y a identité entre le montant du préjudice allégué et les sommes estimées dues, que le recours se révèle être effectivement un recours en indemnité en raison de l'inexistence d'un droit à paiement ou à restitution. Car, *"si les sommes que réclament les requérantes sont équivalentes aux restitutions qu'elles n'ont pas perçues ... elles réclament*

¹¹² C.J.C.E, 2 juil. 1974, Holz et Willemsen GmbH, (aff.153/73, Rec.p.675).

¹¹³ Aff.46/75, Rec.p.65

¹¹⁴ Arrêts du 4 octobre 1979 (Aff.238/78, Rec.p.2955 ; Aff. jtes 261 et 262/78, Rec.p.3045; Aff.jtes 64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, Rec.p.3091 ; Aff.jtes 241,242,245 à 250/78, Rec.p.3017)

*aujourd'hui ces sommes à titre de dommages-intérêts, sachant parfaitement que l'absence d'une réglementation spécifique concernant (la) période (en cause) ne les mettait pas en mesure de les réclamer à titre de restitutions"*¹¹⁵.

En effet, la réglementation en vigueur pendant la période donnée abrogeait implicitement toute restitution dans le secteur du quellmehl et donc ne donnait plus aux sociétés requérantes aucun droit à bénéficier de ces aides. Elles ne pouvaient donc pas, en l'espèce, revendiquer à l'appui de leur recours un droit que leur refusait la réglementation communautaire pour obtenir le paiement des sommes qu'elles estimaient dues. Elle n'auraient pu le faire que si la Cour de justice avait auparavant invalidé les dispositions réglementaires d'abrogation, la décision d'invalidité rétablissant rétroactivement le droit des Sociétés productrices de quellmehl au bénéfice des restitutions pendant la période d'application de l'interdiction litigieuse. Ce qui leur aurait permis, comme dans l'affaire IBC, de réclamer le montant des restitutions impayées pendant cette période en vertu de leur droit à un tel versement bafoué par l'illégalité des règlements communautaires applicables. Au contraire, dans son arrêt du 19 octobre 1977, la Cour leur donnait seulement matière à engager la responsabilité de la Communauté. Par cet arrêt, la Cour, appelée à se prononcer sur la validité des règles supprimant les restitutions à la production dans les secteurs du quellmehl et du gritz et non dans celui de l'amidon, avait uniquement déclaré illégale la situation normative ainsi établie en ce qu'elle allait à l'encontre du principe d'égalité (le quellmehl et l'amidon étant des secteurs concurrents) sans toutefois, avoir invalidé les dispositions en question, laissant le soins aux institutions communautaires d'adopter des mesures aptes à remédier à cette situation inégalitaire. A la suite à cette décision, les institutions avaient bien pris de nouvelles dispositions rétablissant le droit aux restitutions dans le secteur du quellmehl qui ne prenaient effet qu'à compter du 19 octobre 1977. La conséquence directe de cette limitation des effets de la nouvelle réglementation à la date du 19 octobre 1977 est que les sociétés requérantes n'ont retrouvé leur droit qu'à compter de cette date et non pour la période antérieure allant de l'abrogation du bénéfice des restitutions à sa restauration. Elles ne pouvaient donc pas obtenir le paiement des restitutions qu'elles auraient du avoir pendant cette période, elles ne pouvaient qu'obtenir l'indemnisation du préjudice né de l'inégalité dont elles avaient fait l'objet par rapport aux sociétés productrices d'amidon (ce préjudice étant, en fait, au moins égal au montant des restitutions non versées). Elles ont donc saisi la Cour qui, suivant les conclusions de son avocat général, a conclu, à juste titre, qu'elle n'était pas en présence d'une action en paiement déguisée mais bien d'une action en responsabilité car " *s'il est vrai qu'une action en paiement de montants dus au titre de la réglementation communautaire ne saurait être engagée sous le couvert des articles 178 et 215, alinéa 2, du traité CEE, les demandes présentées par les requérantes en l'espèce ne s'analysent pas en demandes de paiement de montants dus, mais en demandes de*

¹¹⁵ Conclusions, Rec. p. 2976, spé. p. 2979 (point 2).

réparation du préjudice qui résulterait de l'illégalité constatée par l'arrêt de la Cour du 19 octobre 1977. ¹¹⁶

En conclusion, on peut critiquer le point de vue de certains auteurs¹¹⁷ qui ramènent la distinction faite par la haute juridiction communautaire entre action en réparation et action en restitution ou en paiement déguisée à la simple constatation d'une identité entre le montant du préjudice et celui des sommes dues et y voient, dès lors, le critère déterminant de l'irrecevabilité du recours de l'article 215 du traité CEE.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour montre que l'examen du juge communautaire est beaucoup plus approfondi. Si, dans certains domaines, on peut considérer la jurisprudence de la Cour trop systématisée, ce n'est pas le cas des actions en restitution ou en paiement déguisée où elle prend soin de s'assurer de la véritable nature du recours. On peut noter d'ailleurs que la Cour a toujours tenu le même discours. Déjà dans l'arrêt *Kampffmeyer*, c'est parce qu'elle estimait qu'il existait un droit au remboursement des prélèvements indûment versés qu'elle avait renvoyé les requérantes devant le juge national¹¹⁸ et applique, dès lors, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes.

2. L'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes

La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cas d'actions en restitution ou en paiement joue dans l'hypothèse où l'existence d'un droit à restitution ou à paiement naît des agissements des autorités communautaires. Comme c'est la Communauté qui est à la base de la naissance de ce droit, les justiciables vont tenter une action en responsabilité devant le juge communautaire pour obtenir à titre de dommages et intérêts le remboursement ou le paiement des sommes dues, alors qu'ils auraient pu tenter directement une action en paiement ou en restitution devant les juridictions nationales. Celles-ci sont exclusivement compétentes, en effet, en matière d'actions en restitution ou en paiement, que le droit à de telles actions trouve son origine dans une violation du droit communautaire par les autorités nationales ou les institutions européennes¹¹⁹.

La Cour de justice aurait pu traiter ces affaires comme de simples affaires de responsabilité, le versement de sommes indues ou le non-paiement de sommes dues pouvant tout à fait s'analyser

¹¹⁶ Point 6 des arrêts.

¹¹⁷ notamment Mehdi Rostane, thèse précitée, p.458 et s

¹¹⁸ " attendu qu'au cours de la procédure orale, l'existence en l'espèce du droit à un tel remboursement a été mise en doute par les requérantes; que la Cour ne saurait cependant se baser sur une telle affirmation pour reconnaître le caractère définitif du dommage allégué; ... "

¹¹⁹ Voir notamment A.Barav, " la répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes ", CDE 1981, p.507 ou encore, F. Hubeau, " la répétition de l'indu en droit communautaire ", RTDE 1981, p.442.

comme un préjudice financier. Cependant ce n'est pas cette position qu'elle a adopté. Elle a préféré leur appliquer la règle de l'épuisement des voies de recours internes et donc opposer aux requérants l'irrecevabilité de l'action en responsabilité (a). Les requérants doivent donc, avant de saisir le juge communautaire, épuiser tous les moyens tant administratifs que judiciaires relevant des droits nationaux pour obtenir le remboursement ou le paiement des sommes dues (b).

a. La transposition de la règle aux actions en restitution ou en paiement déguisées

C'est dans l'affaire *Kampffmeyer*¹²⁰ que la règle de l'épuisement des voies de recours internes a été, pour la première fois, appliquée par la Cour, en matière d'action en restitution ou en paiement déguisée. Depuis, le juge communautaire n'est plus revenu sur le principe. Au contraire, il l'a confirmé à maintes reprises et l'a précisé dans sa jurisprudence postérieure.

i) la jurisprudence *Kampffmeyer*

Parmi les sociétés requérantes, certaines avaient, après le refus d'octroi des certificats d'importation en octobre 1963, effectuées les importations envisagées au cours du mois de janvier, en payant aux autorités allemandes le prélèvement exigé pour les quantités de maïs qu'elles avaient achetées le 1er octobre en prévision de la délivrance des certificats demandés. Il est intéressant à ce propos de rapporter l'examen de leur situation par la Cour :

" les requérantes ayant acheté le maïs en prévision d'une importation à prélèvement nul, leur préjudice trouve sa cause dans la nécessité d'en effectuer l'importation moyennant paiement d'un prélèvement ;

que, cependant, le refus d'octroi des certificats d'importation à prélèvement nul couvrant cette opération manquait de base légale, la décision de la Commission du 3 octobre ayant été annulée par l'arrêt susdit du 1er juillet 1965...

que, dès lors, la perception du prélèvement ... s'est ainsi révélée contraire ... au droit communautaire;

que dans ces conditions, la question se pose de savoir si le dommage allégué ne serait pas réparé par le remboursement des sommes indûment payées à titre de prélèvement;

...

qu'il convient donc d'inviter les requérantes dont s'agit à justifier qu'elles ont épuisé les moyens tant administratifs que judiciaires relevant du droit national applicable pour obtenir le remboursement des sommes indûment payées à titre de prélèvement;

¹²⁰ Affaire précitée.

*que ce n'est qu'après administration de ces preuves qu'il y aurait lieu d'examiner s'il subsiste un préjudice que la Communauté devrait éventuellement réparer; ... "*¹²¹

Non seulement la Cour applique clairement la règle de l'épuisement des voies de recours nationales à l'action en restitution déguisée, mais elle en explicite également le fondement. En effet, pourquoi l'action en responsabilité était-elle irrecevable alors que le versement de sommes indues pouvait parfaitement être conçu comme un préjudice susceptible d'engager la responsabilité de la Communauté ? D'ailleurs, loin de le nier, la Cour le reconnaît expressément. Néanmoins, comme on peut le constater, la haute juridiction met en évidence le droit à remboursement dont bénéficieraient les requérantes du fait de l'illégalité de la perception des sommes versées. Et dans la mesure où le préjudice est constitué pour l'essentiel par le paiement des prélèvements, elle en déduit qu'il pourrait être réparé par leur remboursement et donc par un action en restitution devant les juridiction nationales compétentes en la matière. Ainsi la raison qui a conduit la Cour de justice à renvoyer les sociétés devant le juge national est qu'elles pourraient y trouver, par le biais d'une action en restitution, une réparation équivalente à celle d'une action en responsabilité devant elle. Ce n'est donc pas tant pour respecter la compétence du juge national en matière d'actions en paiement ou en restitution mais parce que le même résultat peut être obtenu devant lui que la CJCE renvoie les justiciables devant les juridictions internes. En effet, comme nous le verrons ultérieurement, au cas où l'action devant le juge local risque d'être inefficace, la règle de l'épuisement préalable ne joue pas.

Ce n'est que dans l'hypothèse où il subsisterait un préjudice, malgré la restitution ou le paiement des sommes dues par le juge national, que les justiciables pourront se pourvoir, à nouveau, devant la CJCE afin d'être indemnisés. L'arrêt *Kampffmeyer* pose donc le principe de la subsidiarité de la responsabilité de la Communauté, sans autre précision néanmoins sur ce préjudice non réparé par les voies nationales et susceptible de l'être devant le juge communautaire par le biais de l'article 215 alinéa 2 du traité CEE. Il faudra attendre la jurisprudence postérieure de la Cour, qui, tout en confirmant systématiquement l'utilisation faite de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans l'arrêt *Kampffmeyer* va apporter progressivement des précisions sur ce point.

ii) les éclaircissements apportés par la jurisprudence postérieure

Le préjudice restant à réparer et susceptible de l'être par un recours en responsabilité devant le juge communautaire doit être un préjudice distinct et un préjudice accessoire (par exemples des intérêts ou des frais) ne peut être considéré comme tel. C'est ce qui ressort plus particulièrement de l'arrêt *Roquette II* de 1976¹²² et de l'arrêt *Vreugdenhil*¹²³.

¹²¹ Rec. p. 341.

¹²² C.J.C.E, 21 mai 1976, *Société Roquette frères/Commission* (Aff.26/74, Rec.p.677)

Les faits de l'affaire Roquette sont très révélateurs sur ce point et doivent être rapportés. La société Roquette frères avait demandé devant le juge français le remboursement de montants compensatoires fixés pour la France par la Commission sur la base des dispositions réglementaires en la matière et appliqués par les douanes françaises qu'elle estimait avoir payés à tort ainsi que le paiement des intérêts relatifs à la somme indûment versée. Après avoir saisi la Cour de justice sur l'interprétation des dispositions communautaires litigieuses, le juge national avait conclu à une application erronée de la réglementation communautaire par l'administration française et fait droit à la demande de restitution. Par contre, le Tribunal de Lille avait rejeté la demande relative aux intérêts pour des motifs tirés de la réglementation interne du secteur douanier et au motif que l'Etat français n'avait pas conservé, mais immédiatement transféré au budget de la Communauté, les sommes perçues. La société requérante, renonçant à interjeter appel de cette décision, s'était alors portée devant la Cour pour faire notamment valoir sa demande d'intérêts contre la Commission considérant qu'elle avait largement contribué à l'erreur d'application des autorités françaises en fixant des montants compensatoires erronés. Elle demandait, en fait, par le versement d'intérêts, la réparation de l'incidence qu'avaient eues sur sa trésorerie les sorties d'argent constituées par le paiement des montants compensatoires. Parallèlement, elle demandait également réparation du préjudice qu'elle avait subi, sur le plan de la concurrence, en raison de la différence de traitement dont elle avait fait l'objet par rapport aux commerçants d'autres Etats membres qui recevaient des montants compensatoires monétaires indu pour leur exportations en France et bénéficiaient donc de conditions d'écoulement plus avantageuses qu'elle.

L'Avocat Général Trabucchi, dans ses conclusions ¹²⁴, démontre le caractère accessoire de " *la question du paiement des intérêts pour un capital indûment versé... par rapport au droit à répétition du capital lui-même* " et en vient à la conclusion que :

" Si donc il appartenait au juge national compétent ... de statuer sur le droit éventuel au remboursement des sommes indûment payées par la requérante, il doit en être de même en ce qui concerne la dette accessoire des sommes réclamées à titre d'intérêts pour la perception induë. Dans l'hypothèse où la requérante se serait limitée à faire valoir son droit à la restitution de l'indu dans le cadre de la présente procédure, la Cour ... aurait du considérer comme irrecevable la demande de restitution présentée sous la forme d'un recours en réparation de dommages contre la Commission. La même solution s'impose donc en ce qui concerne la demande accessoire des intérêts qui s'y rapportent ... la question du paiement des intérêts pour un capital indûment versé se pose de manière strictement accessoire par rapport au droit à répétition du capital lui-même ... la détermination du montant dû à titre d'intérêt moratoires dépend strictement et

¹²³ C.J.C.E. 13 mars 1992, Industrie en Handelonderneming Vreugdenhil BV /Commission (Aff.C-282/90, Rec.p.I-1937); note F.Fines, J.C.P 1993, II, n°22093; obs. M.de Guillenchmidt et J.-C. Bonichot, Petites Affiches, 16 sept. 1992, p.11.

¹²⁴ Conclusions. Rec.p.689

nécessairement du montant du capital indûment payé et du temps écoulé entre le paiement indu, ou du moins la mise en demeure de l'organisme percepteur, et sa restitution. Le droit d'obtenir ces intérêts ne dépend pas de la preuve d'un préjudice."¹²⁵

La Cour de justice a suivi l'analyse de son Avocat général en des termes très explicites :

*" Les litiges relatifs à la restitution de montants perçus pour le compte de la Communauté relèvent ... de la compétence des juridictions internes et doivent être tranchés par celles-ci en application de leur droit national, dans la mesure où le droit communautaire n'a pas disposé de la matière ; ... à défaut de dispositions communautaires sur ce point, il appartient actuellement aux autorités nationales de régler, en cas de restitution de redevances indûment perçues, toutes questions accessoires ayant trait à cette restitution, telles que le versement éventuel d'intérêts. "*¹²⁶

Seul un préjudice distinct du droit à restitution ou à paiement peut donc donner lieu à une action en dommages et intérêts devant la CJCE. C'est ce qui ressort de l'examen fait de la seconde partie de la requête qui concernait le préjudice que la société aurait subi sur le plan de la concurrence. Monsieur l'Avocat Général Trabucchi constate que

*" Cette demande est nettement distincte de celle qui concerne la restitution du capital indûment perçu par l'administration nationale, tant par son objet que parce qu'elle se rattache essentiellement à un fait différent de cette perception : à savoir le versement indu de montants compensatoires aux concurrents étrangers de la requérante. "*¹²⁷

Il en déduit que :

*"Elle constitue une véritable demande de réparation d'un dommage qui, dans la perspective du recours est imputé à la Commission pour avoir contribué, d'une manière déterminante, à l'application erronée du droit communautaire par les administrations nationales en faveur des exportations vers la France. "*¹²⁸

Et il ajoute, ce qui ne fait que renforcer la nécessaire distinction entre préjudice distinct et préjudice accessoire :

*" Les considérations qui aboutissent à l'irrecevabilité de la demande d'intérêts examinée ci-dessus ne lui sont donc pas applicables "*¹²⁹

¹²⁵ Point 2 des conclusions, Rec. p. 691.

¹²⁶ Att. 11 et 12 de l'arrêt.

¹²⁷ Point 3 des conclusions, Rec. p. 692.

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ *Idem.*

Il ne fait aucun doute que la CJCE a entièrement suivi ce raisonnement puisqu'elle s'attache directement au fond de la demande.

On peut remarquer toutefois qu'en ce qui concerne la demande d'intérêts, le juge communautaire émet une réserve. Il dit " *à défaut de dispositions communautaires sur ce point* ", ce qui laisse supposer qu'une intervention du législateur communautaire pourrait avoir pour incidence d'étendre la compétence du juge communautaire au préjudice accessoire. D'ailleurs, à ce propos, il est intéressant de noter que l'Avocat général Trabucchi n'avait pas complètement écarté la possibilité que la CJCE admettre la recevabilité de la demande d'intérêts au titre de l'article 215 du traité CEE puisqu'il soulève l'hypothèse qu'à partir d'une " *hypothèse du genre de celle que nous considérons ici* " puisse être admise " *une responsabilité subsidiaire de la Communauté* " ¹³⁰. Doit-on en conclure que dans l'hypothèse où une entreprise ne peut pas obtenir le paiement des intérêts au plan national, il y aurait alors préjudice distinct. Autrement dit, serait distinct ce qui ne peut être réparé par le juge national du fait, par exemple, des règles nationales.

En l'espèce, l'Avocat général estime que l'action aurait tout de même été irrecevable dans la mesure où en renonçant à faire appel, la société requérante n'a que respecté partiellement la condition sine qua non de l'épuisement des voies de recours internes et dès lors que " *la demande visant à faire condamner la Commission au paiement des intérêts avait donc été introduite prématurément.* " ¹³¹

La récente affaire Vreugdenhil ¹³² démontre qu'actuellement la jurisprudence de la Cour de justice n'a pas changé.

Les faits sont assez similaires à ceux de l'affaire Roquette. La société Vreugdenhil contestait devoir payer sur un lot de lait en poudre des prélèvements à l'importation alors que ces marchandises auraient du bénéficier du régime des marchandises dites " en retour " et donc être exonérée de droits à l'importation. Elle a formé un recours en annulation contre les décisions de l'inspecteur des douanes néerlandaises lui imposant un prélèvement à l'importation devant le College van Beroep voor het Bedrijfsleven en faisant valoir que la réglementation de la Commission sur laquelle ces décisions s'appuyaient était invalide. Parallèlement, elle a obtenu de

¹³⁰ Point 2 des conclusions, Rec. p. 692.

¹³¹ *Idem.*

¹³² Voir également C.J.C.E, 6 juin 1990, AERPO e.a / Commission, (Affl C-119/88, Rec.p.I-2189). Dans cette affaire, la Cour a renvoyé les requérants devant les juridictions nationales pour trancher la question de l'insuffisance du montant des compensations financières versées par les Etats membres, premier préjudice dont se prévalaient les requérants. Par contre, en ce qui concerne le second préjudice allégué, celui découlant du fléchissement général des cours des fruits et légumes suite à l'intervention d'une nouvelle réglementation de la Commission, elle a estimé qu'elle devait se prononcer sur le recours au motif que " *les requérants ne pourraient pas en obtenir réparation en agissant par la voie d'un recours devant les juridictions nationales* ". En fait, la Haute juridictions communautaires n'a fait qu'appliquer sa jurisprudence Roquette en ne retenant sa compétence qu'en matière de préjudice distinct. La seconde partie de la requête était, en effet, une demande distincte de la première qui concernait le paiement de compensations financières.

l'administration néerlandaise qu'elle attende l'issue de la procédure judiciaire pour percevoir le prélèvement moyennant la constitution d'une garantie bancaire et le versement d'intérêts sur le montant du prélèvement au taux légal en vigueur aux Pays-Bas. Cependant, devant le coût de la garantie bancaire, la société a fini par préférer payer le montant du prélèvement avant que la juridiction nationale se soit prononcée. Après que la Cour de justice ait constaté l'invalidité des dispositions communautaires litigieuses, le Collège a fait droit à la demande de la société et ordonné aux autorités douanières de lui rembourser les sommes versées. Forte de la constatation d'invalidité de le juge communautaire, la requérante s'est retournée contre la Commission, lui demandant le remboursement des frais que lui avait occasionné l'obligation de payer le prélèvement soit, les frais de constitution de la garantie bancaire, les frais relatifs à la défense de ses intérêts devant la juridiction nationale et, comme dans l'affaire Roquette, des intérêts sur le capital indûment versé. Face au refus de la Commission de reconnaître ses responsabilités, elle a intenté un recours en dommages et intérêts devant le juge communautaire afin d'obtenir réparation des préjudices allégués.

L'Avocat général Darmon¹³³ fait purement et simplement une application de la jurisprudence Roquette II. Il recherche, pour admettre la recevabilité du recours, s'il s'agit de préjudices accessoires à la restitution des sommes indûment perçues ou au contraire, distincts, affirmant que " *seule la réparation de (ces) dernier(s) peut être portée directement devant* " la Cour de justice¹³⁴. Il examine successivement chaque préjudice. Ainsi qualifie-t-il tous les préjudices d'accessoires en démontrant les liens étroits qu'ils ont avec le remboursement du prélèvement illégal.

En ce qui concerne la demande d'intérêts sur le montant du prélèvement indûment versé, il renvoie à l'arrêt Roquette II. Pour les frais de constitution d'une garantie bancaire, il estime qu'ils ont la même nature que la demande d'intérêts, n'ayant eu pour " *autre but que de permettre à Vreugdenhil de ne pas acquitter immédiatement le prélèvement et de conserver dès lors la somme correspondante dans son patrimoine*"¹³⁵. Quant aux frais de défense, comme on le comprendra aisément sans qu'il soit nécessaire de s'étendre sur la question, " *leur nature de préjudice accessoire paraît difficilement contestable* "¹³⁶.

La conséquence directe du caractère accessoire des préjudices aurait du être l'irrecevabilité du recours en responsabilité devant la CJCE et le renvoi devant les juridictions néerlandaises. Néanmoins pour des raisons tenant à l'inopérance des voies de recours nationales, comme nous le verrons ultérieurement, tel n'a pas été le cas.

¹³³ Conclusions, Rec.p.I-1947

¹³⁴ Point 14 des conclusions, Rec. p. I-1951.

¹³⁵ Point 20 des conclusions, Rec. p. I- 1952.

¹³⁶ Point 21 des conclusions, Rec. p. I- 1953.

Auparavant, il nous paraît opportun de nous interroger sur le bien fondé de la jurisprudence de la CJCE en matière de préjudice accessoires.

Certains auteurs se demandent¹³⁷, de notre avis à juste titre, si le juge communautaire ne devrait pas se reconnaître la compétence de statuer aussi sur les préjudices accessoires. Non pas parce qu'il serait plus à même que le juge national de leur porter une solution mais parce ce qu'il est le seul à pouvoir condamner la Communauté à les réparer. Ce qui paraîtrait tout à fait justifier dans la mesure où le règlement communautaire qui a servi de base à l'action des autorités nationales était illégal.

On pourrait répliquer que, dans ce cas il devrait en être de même pour tout le litige, que ce soit le versement ou le non paiement proprement dit ou les préjudices qui en découlent. Cependant, comme le souligne l'Avocat général Darmon¹³⁸ à propos de l'hypothèse de sommes indûment versées, dans le cas du versement proprement dit, donner au juge interne le soin de statuer c'est lui donner la possibilité de condamner l'administration nationale au simple remboursement des sommes qu'elle a indûment perçus. Quoi de plus normal de réclamer à l'Etat la restitution de ces sommes puisque, gérant le système des ressources propres communautaires pour le compte de la Communauté, c'est à lui qu'elles ont été versées. Il lui suffit donc de les rendre.

Cependant, dans le cas des préjudices accessoires, il s'agit, en règle général, de sommes d'argent supplémentaires occasionnées aux requérants par le versement indu des montants réclamés par les instances nationales (les intérêts par exemple destinés à couvrir le manque à gagner du à l'amputation illégale de la trésorerie). Dès lors, la conséquence directe de la compétence du juge interne est donc de lui " *donner la possibilité de condamner l'administration nationale au paiement d'autres sommes que celles indûment versées* "¹³⁹. Ce qui suppose que l'Etat devra puiser dans ses fonds propres pour les indemniser et est loin d'être équitable, le véritable fautif de ces dommages étant l'institution communautaire qui a adopté la réglementation invalide.

C'est pourquoi, M. Darmon a suggéré à la Cour d'interpréter sa décision Roquette II, qui pose le principe de la compétence du juge national en matière de préjudice accessoire, comme " *ayant pour conséquence nécessaire non seulement de donner au juge interne la possibilité de condamner l'administration nationale au paiement d'autres sommes que celles indûment versées, mais également comme conférant le droit pour l'Etat de réclamer à la Communauté le remboursement de ces sommes puisqu'il ne gère le système des ressources propres communautaires que " pour le compte de la Communauté* "¹⁴⁰.

Et il poursuit :

" *Bien que cette difficulté n'ait jamais ... été soulevée par votre jurisprudence, nous estimons que, dès lors que l'indemnisation de ces préjudices accessoires trouve sa cause*

¹³⁷ cf par exemple F.Fines, thèse précitée, p.281

¹³⁸ Conclusions précitées p. I-1951 et s.

¹³⁹ Point 17 des conclusions, Rec. p. I- 1951.

¹⁴⁰ *Idem.*

dans l'illégalité de la norme communautaire applicable, c'est naturellement à la Communauté d'en supporter les conséquences financières. Les juges nationaux accepteront sans doute difficilement, et à juste titre selon nous, de condamner l'Etat membre en cause sans que celui-ci ait commis de faute, s'il n'est pas certain que l'Etat, condamné pour compte de la Communauté, se trouvera remboursé des sommes ainsi acquittées. ¹⁴¹

En effet, lorsque l'Etat est condamné à rembourser ou à payer les sommes réclamées par les requérants au titre du préjudice principal, il s'acquitte de sa dette non sur ses propres fonds mais sur ceux de la Communauté¹⁴². Il joue donc le rôle d'un intermédiaire et c'est la Communauté qui répare en fait. En revanche, dans le cas des préjudices accessoires, l'Etat est non seulement déclaré réponsable mais il doit également indemniser les victimes sur sa propre trésorerie alors qu'il n'a fait que se conformer à une réglementation communautaire illégale. Cette solution n'est pas équitable. Elle va à l'encontre des règles de l'imputabilité et les juges nationaux risquent de s'y opposer en refusant d'imputer les dommages accessoires aux Etats membres. Dans ces conditions, à moins que le juge communautaire ne reconnaisse sa compétence, ces dommages ne seront pas réparés.

Il faudrait, comme le préconisait l'Avocat général Darmon, qu'une action récursoire soit ouverte au profit des Etats membres contre de la Communauté afin qu'ils puissent récupérer les sommes versées pour rembourser ou payer les victimes. La question est épineuse et reste, à ce jour, toujours sans réponse.

Il semble toutefois que la meilleure solution serait que la Cour de justice étende sa compétence aux préjudices accessoires. En raison de l'hétérogénéité de leurs règles dans le domaine des préjudices dits "accessoire" (notamment en ce qui concerne le mode de calcul des intérêts), les droits nationaux n'offrent pas aux justiciables une égale protection. Des différences de traitement peuvent exister entre les ressortissants des Etats membres. Si, au contraire, ce contentieux relevait de la compétence du juge communautaire, les mêmes règles seraient appliquées à tous les particuliers quelque soit leur nationalité.

Ce problème peut également se poser pour la réparation du préjudice principal. Les requérants doivent avoir épuisé tous " *les moyens tant administratifs que judiciaires relevant du droit national applicable pour obtenir le remboursement des sommes indûment payées à titre de prélèvement* " ¹⁴³ pour pouvoir saisir le juge communautaire. La protection des particuliers dépend donc des voies de droit nationales qui leur sont ouvertes pour faire valoir leurs droits.

¹⁴¹ Point 17 des conclusions, Rec. p. I- 1952.

¹⁴² En effet, concernant les actions en paiement d'aides instituées par le législateur communautaire, l'Etat utilisera l'argent que la Communauté avait mis à sa dispositions pour ce genre d'action. Il joue donc seulement un rôle d'intermédiaire entre les particuliers et la Communauté. Concernant l'action en restitution, il ne fait que rendre les fonds récoltés pour la Communauté.

¹⁴³ arrêt Kamffmeyer précité.

b. les voies de recours nationales ouvertes aux particuliers pour faire valoir leurs droits

Dans certains Etats membres, comme la France, les voies judiciaires ne sont ouvertes aux particuliers qu'à la condition qu'ils aient préalablement et en vain utilisé les voies administratives. Ce n'est donc qu'après que les autorités administratives aient rejeté, implicitement ou explicitement, leur demande que les justiciables pourront attaquer cette décision devant le juge national.

Pour obtenir le remboursement ou le paiement de leurs droits devant les juridictions nationales, les particuliers doivent intenter une action en répétition d'indu ou en paiement. Les modalités de ces actions sont très différentes selon les droits nationaux.

Le paiement de droits pécuniaires n'est qu'une des obligations dont l'exécution peut être demandée à l'administration par le juge. C'est pourquoi, il nous paraît plus opportun d'examiner ces recours, visant à obtenir de l'administration l'exécution de ses obligations, dans le cadre de l'action en responsabilité proprement dite, où il sera question des obligations non pécuniaires de l'administration, afin d'éviter de nous répéter. Nous nous permettons donc de renvoyer le lecteur à ces développements ultérieurs.

Le remboursement des droits indûment perçus par l'Etat est assuré dans les divers Etats membres¹⁴⁴ par des actions en répétition de l'indu, toutes fondées sur l'enrichissement sans cause. Néanmoins par "*moyens judiciaires du droit national applicables pour obtenir le remboursement des sommes indûment payées*" ne doit-on pas comprendre également action en responsabilité ?

i) Les actions en répétition de l'indu

En droit allemand, le droit à restitution de taxes indûment payée est subordonné, en principe, à l'annulation préalable de l'acte administratif déterminant l'imposition (Steuerbescheid), cet acte étant considéré comme constituant la cause du paiement. En principe seulement car il existe des exceptions telles que le cas du double paiement ou de la restitution en vertu d'une disposition légale qui donnent lieu immédiatement à un droit à restitution. Si l'acte d'imposition n'a pas été attaqué dans les délais prévus par la loi (un mois en principe à compter de la communication de l'acte administratif) par la voie notamment du recours en annulation devant le tribunal administratif ou qu'il l'a été sans succès, il acquiert force de chose décidée et toute demande de restitution devient impossible. Aucun événement postérieur ne peut venir infléchir la règle, même pas la déclaration de nullité de la loi sur le fondement de laquelle l'acte d'imposition a été pris, prononcée par la Cour constitutionnelle fédérale (§79 al.2 de la BVerfGG, Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale). Si, au contraire, l'acte d'imposition est annulé, le contribuable

¹⁴⁴ voir Jurgen Schwarze, "Droit administratif européen", Office de publication des CEE, Bruylant, 1994, Vol.II, p.920

peut faire valoir un droit à restitution. Le montants des taxes à restituer est fixé par l'administration.

En droit néerlandais, comme en droit allemand, la décision d'imposition doit être attaquée en annulation dans un délai de un à deux mois suivant la date de réception de la décision. C'est seulement du succès du recours que naît un droit à restitution que le requérant pourra faire valoir soit directement devant l'administration soit devant le juge ordinaire dans le cadre d'une action en répétition de droit commun. Cependant, à défaut, le requérant peut tout de même, s'adresser à l'administration pour lui demander la restitutions des sommes indûment payées. Celle-ci fera droit, en règle générale, à la requête si les dispositions légales ont fait l'objet d'une application manifestement erronée. Au contraire, si l'erreur n'est pas évidente, elle rejettera la requête en invoquant comme motif d'ordre public, l'expiration du délai de recours en annulation.

En droit danois, la règle principale est le droit au remboursement des impôts et taxes indûment perçus dans la mesure où on estime qu'il appartient aux autorités de connaître les lois et faits sur lesquels sont basées de telles perceptions. Le particulier est donc en droit d'attendre d'elles une bonne application de la législation. Cependant dans deux hypothèses, le remboursement peut être refusé : l'imposition a été payée pendant longtemps sans qu'il soit possible d'en imputer la faute à l'administration ou si l'administré n'a pas subi de préjudice, l'imposition ayant renchéri le prix du produit qui, de ce fait, a été répercuté sur d'autres opérateurs économiques. Les actions en restitutions relèvent des juridictions ordinaires. La prescription de ces actions, selon les cas, est de cinq à vingt ans.

Dans les pays du Common law, Royaume uni et Irlande, une demande de restitution n'est concevable que si les paiements volontaires effectués l'on été en raison d'une erreur de fait et non de droit, exception fait des cas où " *le débiteur a payé qu'après protestation* " (par contre, si les paiements ont été exécutés et acceptés dans la croyance qu'ils étaient légalement dus, ils restent acquis, même si par la suite, ils se révèlent illégalement dus, sans doute pour éviter, en vertu de la sécurité juridique, que des opérations achevées soient remises en cause) et où " *le créancier bénéficiaire était tenu d'informer le débiteur de la situation juridique* " ¹⁴⁵.

En Italie, la Loi douanière et certaines lois fiscales prévoient la faculté pour les contribuables de demander le remboursement des montants indûment payés. En fait, le régime de remboursement des droits de douanes est différent de celui des autres impositions. En matière de droits de douanes, la prescription de l'action est limitée à cinq ans lorsque c'est une erreur technique (faute de calcul ou application d'un tarif différent) qui est à la base du paiement indu. La prescription est décennale lorsque l'indu résulte de l'absence de base légale. Il est à noter que

¹⁴⁵ *Idem.*

l'appréciation d'absence de base légale s'étend au droit communautaire : une taxe perçue sur la base d'une loi contraire au droit communautaire doit être considérée comme manquant de base légale. Contrairement au droit anglais, la recevabilité de l'action en répétition de l'indu n'est pas exclue du seul fait que le contribuable ait acquitté les droits sans protester et provoqué, dès lors, par son refus de payer, une procédure de recouvrement forcé. Concernant les autres impositions, des actions en remboursement sont prévues par les différentes lois et varient selon l'imposition en cause. Pour les impôts les plus importants (impôts sur le revenu, TVA, droits de successions ...), la loi sur le contentieux fiscal du 26 octobre 1972 impose au contribuable de s'adresser en premier lieu à l'administration compétente. Seul le refus explicite ou implicite de l'administration de rembourser la somme, l'autorise à introduire un recours devant les juridictions fiscales de première instance. Il ne peut donc plus saisir directement le juge judiciaire comme dans le cadre de l'action en répétition classique. Cependant, en réalité, cette procédure trouve application dans deux cas précis. Le premier est le paiement de l'impôt sans qu'existe un acte d'imposition. Le second est la naissance du droit à remboursement seulement après le paiement. Enfin, pour finir, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi instituant une taxe n'entraîne pas pour l'administration fiscale l'obligation de rembourser aux contribuables tout ce qu'elle a reçu en application de cette loi. Seuls les contribuables ayant été amené à faire des versements sur le fondement de cette loi après qu'elle ait été jugée inconstitutionnelle ont le droit demander la répétition de tout ce qu'ils ont payé depuis la date de la publication de la déclaration d'inconstitutionnalité.

En Belgique, le recours en annulation contre les actes administratifs d'imposition devant le Conseil d'Etat peut être la première voie nationale permettant la récupération des sommes indûment versées. Cependant, il doit être formé dans les deux mois à compter de la publication ou de la notification de l'acte incriminé et seulement si aucun autre recours n'est ouvert au recevable. Autant dire que l'utilisation de cette voie est exceptionnelle, les textes aménageant des actions en restitution devant le juge judiciaire. En matière de droits de douanes, ce sont les dispositions générales de droit civil qui sont applicables (art.1235 notamment du Code civil) La prescription de l'action en répétition de l'indu de droit commun est de trente ans sous réserve de la prescription extinctive des créances sur l'Etat¹⁴⁶. Un bon exemple du détournement de la prescription trentenaire par la courte prescription extinctive des créances sur l'Etat est l'affaire Etat Belge contre S.A Fromagerie franco-suisse Le Ski¹⁴⁷ où un importateur de produits laitiers, qui avait payé les taxes d'effet équivalent aux droits de douane contraires aux dispositions de l'article 12 du traité CEE, n'a obtenu que la restitution des sommes versées moins de cinq ans avant

¹⁴⁶ En vertu de l'article 34 de la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat, " *sont prescrites et définitivement éteintes au profit de l'Etat, sans préjudice des déchéances prononcées par les lois antérieures ou consenties par les marchés ou conventions, toutes créances qui n'auraient pas été liquidées et payées, dans un délai de cinq ans à partir de l'ouverture de l'exercice* ".

¹⁴⁷ Cass, 27 mai 1971, J.T 1971,p.460. Cet arrêt est l'arrêt de principe, en droit belge, sur la primauté du droit communautaire.

l'introduction de l'action judiciaire. Il est à noter que c'est également dans cet arrêt que la Cour de cassation belge a étendu l'action en répétition de droit commun aux droits de douanes perçus en violation du droit communautaire, estimant que la Cour d'appel avait fait une exacte application de la loi en fondant le droit à restitution des taxes d'effet équivalent aux droits de douanes contraires aux dispositions du traité CEE sur les règles régissant la répétition de l'indu de droit commun. Pour ce qui est de l'action en restitution d'impôts, elle est régie par des dispositions spéciales des lois fiscales. L'action en restitution des impôts indirects se prescrit par deux (TVA, droit d'enregistrement ¹⁴⁸)ou cinq ans(droits de succession¹⁴⁹). Le redevable peut parfois former dans les mêmes délais que l'action judiciaire un recours administratif préalable qui a pour effet de suspendre le délai de prescription de l'action en restitution. La réclamation administrative préalable doit être obligatoirement introduite en matière d'impôts sur les revenus. Ainsi peut-on constater que les délais de prescription des actions en restitution spéciales sont très brefs. Là encore, comme pour l'application de la prescription extinctive de cinq ans des créances sur l'Etat à la prescription trentenaire de l'action en répétition de droit commun, ce sont les impératifs de sécurité budgétaire qui ont primé sur le souci de protections des droits individuels.

En droit grec, les droits à restitution de sommes indûment versées doivent être invoqués, en plein contentieux, devant les tribunaux administratifs dans un délai de vingt jours à compter de la signification de l'acte attaqué. Le juge peut annuler ou modifier l'acte dans les limites de la requête¹⁵⁰.

En droit luxembourgeois, c'est par le biais d'une annulation rétroactive devant le Conseil d'Etat que les requérants peuvent faire valoir leur droit à restitution. C'est également par l'annulation de l'acte administratif d'imposition illégal que les montants indus peuvent être récupérés au Portugal et en Espagne.

En France, enfin, l'action en restitution de droit commun se prescrit par trente ans¹⁵¹. Cependant des actions en restitution particulières, se prescrivant par deux à trois ans, ont été prévues par la loi dans le domaine douanier et fiscal en cas de perception non fondée juridiquement. En matière d'impôts, le redevable doit adresser au préalable une réclamation à l'administration avant de saisir le juge¹⁵². Dès réception de l'avis de notification de la décision implicite ou explicite de l'administration, il doit saisir dans les deux mois le juge civil si le litige porte sur une contribution indirecte, des droits d'enregistrement ou des droits de douanes et le juge administratif s'il s'agit d'un contentieux relatif à des impôts directs ou à la TVA. En matière

¹⁴⁸ Voir art. 125 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe et art.82 du Code de la TVA.

¹⁴⁹ Voir art.138 du Code des droits de succession.

¹⁵⁰ Voir Epaminondas Spiliotopoulos, " droit administratif hellénique ", LGDJ 1991, p.409.

¹⁵¹ Art. 1235 et 1376 du Code Civil relatifs à l'enrichissement sans cause.

¹⁵² Art.1931 du CGI.

douanière, " aucune personne n'est recevable à former, contre l'administration des douanes, des demandes en restitution de droits trois ans après l'époque que " les réclamateurs " donnent aux paiements des droits " ¹⁵³. Ces recours sont tout à fait applicable dans l'hypothèse d'un versement de droits contraire au droit communautaire. La même remarque peut être faite en ce qui concerne leurs délais de prescription que pour les délais de prescription belges : leur brièveté témoigne du souci de faire prévaloir les intérêts budgétaires de l'Etat sur ceux des particuliers. Néanmoins, le contribuable français apparaît moins démuné que le contribuable belge. Si les délais des recours spéciaux sont expirés, il peut toujours recourir à la voie oblique de l'exception d'illégalité, à l'action en répétition de droit commun. L'exception d'illégalité peut être soulevée par le requérant, devant le juge judiciaire ¹⁵⁴, à l'occasion de la contestation d'un titre de perception. Il peut, en effet, invoquer l'illégalité de la décision fixant le montant de la taxe, même si le délai de recours contre elle est dépassé. Il faut reconnaître cependant que cette voie ne présente, en pratique, qu'un intérêt limité : les délais de recours étant relativement longs, il est peu probable qu'un titre de perception intervienne aussi longtemps après la décision initiale de taxation. L'avantage de l'action en répétition de droit commun est qu'elle porte directement sur la décision de taxation et du fait de sa prescription trentenaire, est recevable lorsque les actions spéciales ne le sont plus.

Certains droits nationaux admettent que le justiciable puisse récupérer les sommes qu'il a indûment versées par le biais d'une action en dommages et intérêts.

ii) Le recours à l'action en responsabilité

En Grande Bretagne, lorsqu'un particulier a payé indûment et sans protestation certaines sommes à l'administration douanière, il peut s'adresser au juge de la réparation. Pour obtenir gain de cause, il doit prouver que l'administration aurait dû " raisonnablement " prévoir les dommages qu'il encourrait au moment du paiement indu. Ce qui n'est pas sans difficulté.

Le Conseil d'Etat français paraît également ouvert aux demandes en indemnité tendant à la réparation de dommages trouvant leur origine dans une législation fiscale, à condition qu'elle soit fondée sur une faute de l'administration et non sur l'enrichissement sans cause (sinon il considère qu'il s'agit purement et simplement d'une demande en remboursement de l'impôt relevant de la

¹⁵³ Art. 352 du Code des douanes.

¹⁵⁴ Conformément à la décision du tribunal des conflits du 27 octobre 1931, Société Pommier, " l'autorité judiciaire, compétente pour statuer sur les réclamations relatives à l'application des contributions et taxes indirectes, l'est également pour apprécier la légalité et interpréter le sens des actes administratifs en vertu desquels la perception a lieu " (Rec. Leb., p.1173).

compétence des juridictions judiciaires et se déclare incompétent)¹⁵⁵. Le demandeur peut aboutir au même résultat que celui obtenu par une action en répétition de l'indû. Cette possibilité est d'autant plus intéressante que l'action en réparation se prescrit par trente ans et est recevable, même si la décision illégale à l'origine du dommage n'a pas été attaquée dans les délais. Néanmoins, le requérant doit veiller à ce que sa créance ne soit pas éteinte du fait de la déchéance quadriennale des créances de l'Etat.

En Italie, la jurisprudence tend aussi à ouvrir aux contribuables le recours à l'action en dommages et intérêts lorsqu'ils ne peuvent plus utiliser les recours prévus par les lois fiscales du fait de leur prescription.

De même, une telle alternative paraît concevable en Belgique. Néanmoins, elle est beaucoup plus limitée. Les lois fiscales sont d'ordre public, notamment en ce qui concerne les délais de réclamation qu'elles édictent. Aussi, contrairement au droit italien, en vertu du principe qui veut que ne puisse être obtenu indirectement, ce qui ne peut plus l'être directement en raison de la forclusion des délais de recours, ces lois s'opposent à ce qu'une action en responsabilité intentée en dehors des délais de prescription qu'elles prescrivent puisse aboutir devant la juridiction administrative.

Avant d'aborder la question des autres recours en responsabilité, une dernière remarque s'impose, indépendamment de l'application qui est faite de la règle de l'épuisement des voies de recours internes (action en restitution ou en paiement déguisée ou action en responsabilité proprement dite). Par "épuisement des voies de recours nationales", doit-on comprendre "épuisement de toutes les voies de droit nationales (administratives et juridictionnelle) et de tous les degrés de juridictions" ?

Dans l'arrêt *Becher* du 14 juillet 1967¹⁵⁶, la Cour a indiqué qu'il fallait que le jugement soit "*passé en force de chose jugée*". Ce qui signifie que le jugement doit être devenu définitif et donc incontestable du fait notamment de l'écoulement des délais de recours. Doit-on en déduire que

¹⁵⁵ C'est ce qui ressort de plusieurs jurisprudences déjà anciennes : CE, 21 février 1958, Société des établissements Gaumont (Rec.Leb., p.124) ; CE, 6 mars 1959, Gros (Rec.Leb., p.157) et CE, 26 janvier 1968, Société "Maison Génestal".

L'arrêt Société des établissements Gaumont est très intéressant. Il peut être rapproché celui rendu par la CJCE en 1976 dans l'affaire *Roquette*. Dans cette affaire, ayant été lésée par un règlement fiscal de la ville de Paris portant atteinte à l'égalité entre les différents établissements de spectacle, la société requérante avait été obligée d'augmenter ses prix en raison des charges fiscales plus élevées qu'elle devait supporter. Elle saisit donc le Conseil d'Etat d'une demande d'annulation du règlement en cause qu'elle obtint et réclama ensuite, une indemnité. Le Conseil d'Etat la renvoya devant le juge de l'impôt dans la mesure où elle réclamait, en partie, à titre d'indemnisation, le remboursement des sommes indûment versées. Par contre, il lui accorda des dommages-intérêts pour le préjudice supplémentaire (qualifié de distinct par la CJCE dans l'arrêt *Roquette*) causé par l'inégalité dans la concurrence. Ainsi la Haute juridiction administrative française applique-t-elle les mêmes règles que celles dégagées par la CJCE dans l'arrêt *Roquette* de 1976, concernant les actions en restitution déguisées. Mais, sans doute serait-il plus juste de dire, que c'est la CJCE qui s'est inspirée des droits nationaux en la matière et notamment, du droit français.

¹⁵⁶ Aff.30/60, Rec.p.369

même lorsque le requérant a renoncé à l'appel, on considère qu'il a "épuisé" les voies de recours nationales ? Si c'est le cas, la jurisprudence Becher réduit, en pratique, à néant la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

B- Les autres recours en responsabilité

Il faut distinguer deux hypothèses : l'hypothèse d'une co-responsabilité de l'Etat et de la Communauté (1) et celle d'une responsabilité exclusive de la Communauté (2).

1. La co-responsabilité de la Communauté et d'un Etat membre

L'arrêt de principe se trouve être également l'arrêt *Kampffmeyer* comme nous avons déjà eu l'occasion de le noter.

La Cour renvoie les requérantes devant le juge national afin, rappelons-le " *d'éviter qu'(elles) ne soient, en raison d'appréciations différentes d'un seul et même dommage par deux juridictions différentes appliquant des règles de droit différentes, ni insuffisamment ni abusivement indemnisées* ". Dès lors, " *avant de déterminer le dommage dont la Communauté serait jugée responsable, il importe que la juridiction nationale ait été à même de se prononcer sur la responsabilité éventuelle de la république fédérale d'Allemagne* ".

La CJCE pose donc expressément le principe de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes avant tout pour éviter une double indemnisation des justiciables du fait de contrariétés de jugement. Il ne fait aucun doute que la voie de recours nationale visée est l'action en responsabilité puisqu'il s'agit de " *prononcer la responsabilité* " de l'Etat concerné.

Malgré tout, l'imputabilité, critère de répartition des responsabilités, n'est pas remis en cause par cette utilisation de la règle de l'épuisement préalable car au moment où la Cour l'utilise, elle a déjà reconnu la responsabilité de la Commission. Il ne s'agit donc pas pour elle de substituer la responsabilité des autorités nationales à celle de la Communauté. Par conséquent, abstraction faite de nos considérations sur la mise en oeuvre en l'espèce du critère de l'imputabilité¹⁵⁷, ce critère est respecté par la Haute Juridiction communautaire.

La règle de l'épuisement préalable des moyens internes va jouer sur un autre plan : la réparation du préjudice. Au regard de cette question, l'utilisation de la règle de l'épuisement préalable emporte deux enseignements sur la position de la Cour.

¹⁵⁷ Voir nos développements dans le Chapitre premier, Section II : " l'affaire *Kampffmeyer*, un contre-exemple aux règles de l'imputabilité dégagées ? "

Tout d'abord, elle est révélatrice du choix du système de la responsabilité partielle (et non de la responsabilité in solidum) en vertu duquel on est responsable si on a causé un dommage et dans la mesure où on l'a causé. Ce qui implique que " *la réparation du dommage causé à la victime se fait par l'addition des réparations partielles, payées par les coauteurs, en vertu de la gravité de leur faute, de l'influence causale dans la réalisation du dommage ou alors par division proportionnelles selon le nombre des coauteurs* " ¹⁵⁸. Ainsi " *la victime d'un dommage causé par plusieurs auteurs doit s'adresser de façon successive à chacun des coauteurs ... Chacun d'eux devra réparer selon sa contribution au dommage* " ¹⁵⁹

Ensuite, elle marque la subsidiarité de la réparation communautaire dans la mesure où " *la CJCE a attribué la priorité dans la réparation à l'Etat membre et à ses organes* " ¹⁶⁰. Ce qui signifie qu'il appartient à l'Etat d'indemniser le premier la victime à concurrence de la part qu'il a pris dans le dommage. C'est seulement ensuite qu'il peut se pourvoir devant le juge européen pour obtenir réparation du reste.

Telle n'était pas la solution préconisée par l'Avocat général Gand ¹⁶¹ qui, au contraire, estimait que la *séparation rigoureuse* des ordres juridiques communautaire et national s'opposait à ce que la Cour de justice, en raison des règles de compétence, puisse tenir compte des actes de l'autorité nationale " *pour ne mettre à la charge de la Communauté qu'une part de la réparation du dommage* ".

On ne peut pas nier le poids de cette argumentation . La compétence de la Cour lui interdisant de juger de la responsabilité des instances nationales, on voit mal comment elle peut mettre en oeuvre les principes de réparation qu'elle a dégagés. Comme le remarque très justement T. Debard, par voie de conséquence, " *elle ne pouvait pas, non plus tenir compte du comportement des autorités fédérales pour ne mettre à la charge de la Communauté qu'une part de la réparation* " ¹⁶².

Aussi Monsieur Gand invitait-il la juridiction communautaire à " *assortir (sa) condamnation d'une clause destinée à garantir que le même dommage ne sera pas réparé deux fois* " et rejetait, de ce fait, le recours à la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes. C'est donc une réparation exclusive de la Communauté qu'il suggèrait.

Peut-on affirmer pour autant que le risque d'une double indemnisation est écarté ?

Comme l'avancait la Cour de justice pour justifier sa jurisprudence, juridictions communautaires et juridictions nationales appliquent des règles de droit différentes et peuvent

¹⁵⁸ L.Constantinesco, " les problèmes résultant de la responsabilité extra-contractuelle concomitante de la Communauté et d'un Etat membre ". Commission des CE, Coll. Etudes, Série Concurrence-Rapprochement des législations, Bruxelles, N°34, p.26

¹⁵⁹ F.Fines, thèse précitée, p.262

¹⁶⁰ L. Constantinesco, article précité, p.11

¹⁶¹ Conclusions précitées, p.359.

¹⁶² Thèse précitée, p.274

avoir une appréciations différentes d'un seul et même dommage. Rien ne garantit qu'une telle clause aura raison de ces divergences.

Que se passera-t-il si le juge national considère que l'indemnisation allouée par le juge communautaire est insuffisante ? Il n'est pas du tout certain qu'il se contente de respecter l'appréciation de la Cour.

Poussons plus loin notre raisonnement. Face à une telle attitude du juge national, que pourrait faire le juge communautaire ? Constater son manquement. Tout le monde sera d'avis que la menace est souvent peu convainquante. Néanmoins, depuis le traité de Maastricht, cette question pourrait prendre une autre dimension compte tenu de la révision dont à fait l'objet l'article 171 du traité CEE. Le système de la clause pourrait être beaucoup plus efficace.

Ce problème d'uniformité dans l'appréciation du préjudice n'est pas propre à ce système. Il peut très bien se retrouver dans celui de la responsabilité partielle mis en place par la Cour. En effet, comment garantir au justiciable que les deux juridictions seront d'accord sur le partage de responsabilité et sur l'évaluation du préjudice faite en premier lieu, en fonction de la part de responsabilité de l'Etat, par le juge interne ?

La Cour intervenant en dernier lieu, c'est son appréciation, et notamment son évaluation du dommage, qui va l'emporter. Elle peut très bien estimer¹⁶³ que la juridiction nationale a trop évalué le dommage et dès lors, juger qu'il a été entièrement réparé par l'Etat. Dans ces conditions, il va de soi, compte tenu de son désir d'éviter à tout prix une double indemnisation, qu'elle refusera d'en accorder plus au requérant qui sera venu réclamer réparation à la Communauté. Ce qui reviendra à faire supporter à l'Etat toute la réparation du préjudice.

A quoi bon reconnaître la responsabilité de la Communauté dans son principe si elle ne doit pas être, en fin de compte, sanctionnée!

D'un point de vue matériel, le résultat peut donc être l'irresponsabilité communautaire. La règle de l'épuisement préalable est donc un bon moyen pour la Cour de limiter la mise en jeu de la responsabilité communautaire même si elle l'a reconnue dans son principe.

Toutefois, comme le note très justement T. Debard, son application " *ne veut pas dire qu'il faille obligatoirement s'adresser en premier lieu à la juridiction nationale, mais seulement qu'après avoir obtenu une reconnaissance du principe de la responsabilité communautaire, il convient pour la victime de rechercher une première indemnisation devant le juge national*¹⁶⁴".

En effet, la règle de l'épuisement des voies de recours nationales dans l'hypothèse d'une co-responsabilité est seulement une modalité de réparation du préjudice.

¹⁶³ C'est à elle, en effet, qu'il appartiendra d'apprécier si le dommage est sur ou sous évalué et d'empêcher ainsi une sous ou sur-indemnisation de la victime, puisqu'elle intervient seulement en second lieu du fait de la subsidiarité de la réparation communautaire.

¹⁶⁴ Thèse précitée, p.267

L'arrêt Kampffmeyer est encore aujourd'hui le seul exemple de co-responsabilité. Comme nous avons pu déjà le faire remarquer, une telle solution paraît peu concevable désormais du fait des règles de l'imputabilité qui ont été dégagées depuis par la Cour de justice et qui témoignent de ses nouvelles orientations jurisprudentielles vers une responsabilité exclusive des Etats membres ou de la Communauté.

Cependant si la règle de l'épuisement des voies de recours a été affirmée à propos de cette théorie, elle continue à s'appliquer dans le cas de la responsabilité exclusive de la Communauté.

2. La responsabilité exclusive de la Communauté

Dans l'hypothèse de la responsabilité exclusive de la Communauté, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes vise toujours à obtenir réparation devant les juridictions nationales. Mais, contrairement à l'utilisation qui en est faite en matière de co-responsabilité, si elle conduit au résultat souhaité et exclut toute mise en cause de la responsabilité de la Communauté devant les juridictions communautaires. La responsabilité de la Communauté est donc subsidiaire.

La règle de l'épuisement des voies de recours nationales ne se présente plus comme une simple modalité de la réparation mais comme une condition de recevabilité de l'action en indemnité de l'article 215 du traité CEE. Il en découle l'obligation pour les justiciables d'épuiser les possibilités nationales de recours avant de saisir le juge européen.

On pourrait penser dès lors que les particuliers, victimes d'un préjudice, doivent préalablement mettre en cause la responsabilité de l'Etat devant les juridictions nationales en invoquant l'acte national d'application de la réglementation communautaire illégale.

En fait, une telle interprétation des arrêts de la Cour de justice, dans le cas d'une responsabilité exclusive de la Communauté, reviendrait à ruiner le critère de l'imputabilité et à faire, de manière tout à fait arbitraire, de la responsabilité extra contractuelle des institutions communautaires, une responsabilité subsidiaire.

En réalité, l'étude de la jurisprudence communautaire montre que ce n'est pas le cas : la Cour de justice est très respectueuse des principes et la règle de l'épuisement des voies de recours nationales a ici, un autre rôle et une autre portée.

En effet, dès 1979, la Cour de justice, suivant les conclusions de l'Avocat général Capotorti, a exclu implicitement qu'un Etat puisse être responsable pour une inobservation du droit communautaire qui ne lui est pas imputable "*en raison du caractère licite et même obligatoire de*

*ce comportement*¹⁶⁵. La responsabilité d'une autorité nationale ne peut donc pas être engagée dès lors qu'elle n'a fait qu'exécuter une réglementation communautaire illégale¹⁶⁶.

Par ailleurs, le critère de l'imputabilité du dommage étant commun à tous les ordres juridiques, nationaux, le juge national admettrait difficilement de condamner l'Etat à réparer un dommage causé par une violation du droit communautaire qui ne lui est pas imputable. Dans l'affaire Vreugdenhil¹⁶⁷, la requérante n'avait pas demandé réparation des préjudices accessoires à la répétition de l'indû au juge néerlandais en raison de la jurisprudence du College van Beroep qui estimait que la responsabilité de l'Etat néerlandais ne pouvait être engagée lorsqu'il s'était borné à exécuter une réglementation communautaire invalide¹⁶⁸.

Quelles sont dès lors les voies de recours nationales auxquelles la Cour de justice renvoie les justiciables ?

Bien que certains auteurs ne partagent pas de cet avis¹⁶⁹, il semble qu'une analyse précise de la jurisprudence communautaire amène à considérer que c'est le recours en annulation qui est visé (a).

La question qui se pose alors est de savoir comment le recours en annulation devant les juridictions nationales peut se substituer à l'action en responsabilité devant le juge communautaire et réparer le préjudice subi par les particuliers (b).

a. La référence au recours en annulation dans la jurisprudence de la Cour

Trois arrêts de la Cour dont l'arrêt de principe, l'arrêt Krohn posent les bases de cette jurisprudence :

Dans le premier, l'arrêt Unifrex du 12 avril 1984¹⁷⁰, il était question de réparer un préjudice né de l'inadaptation de montants compensatoires monétaires aux modifications des rapports monétaires.

¹⁶⁵ C.J.C.E, 13 février 1979, Granaria, précité.

¹⁶⁶ Aff jtes 106 à 120/87, Asteris AE et autres/ Grèce, précitées.

¹⁶⁷ Précité.

¹⁶⁸ Il est intéressant de noter que le Conseil d'Etat français a adopté relativement tôt, avant même que la CJCE ne soit prononcée sur cette question, la même position : *"Une société agricole ne saurait invoquer l'illégalité d'un règlement communautaire imposant aux exportateurs de céréales de constituer une caution en vue d'obtenir des certificats d'exportation et exiger que la Cour de justice des Communautés soit saisie afin de se prononcer sur la validité du règlement alors que, même s'il était entaché d'une irrégularité, la responsabilité engagée ne serait ni celle de l'O.N.I.C. ni celle de l'Etat français, tenus d'appliquer le règlement en vertu de l'article 189 du traité de Rome, mais la responsabilité de la Communauté elle-même, selon les règles de procédure et de fond qui lui sont propres"* (CE 5 nov.1971, "Le comptoir agricole du Pays bas-normand"; note G.Grimaux, D.1973, II, p.481).

¹⁶⁹ Voir notamment F. Fines, thèse précitée.

¹⁷⁰ Aff. 281/82, Rec. p. 1969.

Dans cette affaire, ce n'est pas tant le contenu même de la solution rendue par la CJCE que les arguments qui vont y tendre qui accèdent notre thèse. Ainsi la Commission faisait valoir que le recours était irrecevable au motif que la requérante aurait pu obtenir réparation du dommage allégué devant les juridictions nationales par le biais d'un recours en annulation dirigé contre la décision de l'organisme d'intervention (en l'espèce, l'ONIC). A cette argumentation, Unifrex a répondu qu' " *aucun recours de droit national susceptible de lui donner satisfaction ne serait ouvert étant donné que le recours en annulation ne pourrait aboutir à l'octroi de MCM d'un montant supérieur* " ¹⁷¹. Et pour cause, le juge de l'excès de pouvoir français a seulement compétence pour annuler la décision en cause. Il ne peut pas se substituer à l'administration et la contraindre à payer les MCM à un taux différent. La Cour de justice a tranché en faveur de la société Unifrex :

" Dans le cas où un particulier s'estime lésé par l'application d'un acte normatif communautaire qu'il considère comme illégal, il dispose de la possibilité lorsque la mise en oeuvre de l'acte est confiée aux autorités nationales, de contester, à l'occasion de cette mise en oeuvre, la validité de l'acte devant une juridiction nationale dans le cadre d'un litige l'opposant à l'autorité interne ... Toutefois, l'existence de ce recours est seulement de nature à assurer d'une manière efficace la protection des particuliers intéressés s'il est susceptible d'aboutir à la réparation du dommage allégué.

Tel n'est pas le cas en l'espèce. Il ressort des explications fournies par la requérante et non contestées par la Commission, qu'un recours en annulation porté devant les juridictions administratives nationales ne serait pas susceptible dans la présente affaire d'assurer d'une manière efficace la protection de la requérante ... " ¹⁷²

Il ressort des termes mêmes de l'arrêt que la seule voie de recours nationale visée en l'espèce est le recours en annulation. Lui seul paraît donc concerné par le règle de l'épuisement des voies de recours internes. Il est vrai que le juge communautaire fait expressément référence au recours en annulation mais il insiste également sur le fait qu'en l'espèce, " *dans la présente affaire* ", il n'est pas propre à aboutir à la réparation du préjudice. Ce qui laisse supposer qu'en d'autres circonstances, il peut conduire à un tel résultat.

Il faut cependant admettre que cette analyse peut donner lieu à controverse. On peut très bien penser, en effet, que si la Cour se réfère au recours en annulation, c'est pour répondre aux arguments des parties et qu'il ne faut pas dès lors en tirer des conséquences générales.

Toutefois, l'arrêt Krohn va venir conforter la première approche de la jurisprudence Unifrex.

Selon le point 27 de l'arrêt Krohn, la recevabilité de l'action en indemnité devant le juge communautaire " *peut se trouver subordonnée, dans certains cas, à l'épuisement des voies de*

¹⁷¹ Rapport d'audience, Rec. p. 1974..

¹⁷² Points 11 et 12 de l'arrêt.

recours internes qui sont ouvertes pour obtenir l'annulation de la décision de l'autorité nationale ".

La Cour de justice limite donc expressément la règle de l'épuisement préalable aux recours relatifs à l'annulation de la décision nationale. Pourtant, certains commentateurs ne se montrent pas convaincus :

F. Fines estime que " *cette indication a trait aux données particulières de l'espèce* " et que " *la règle devrait s'appliquer à d'autres types de recours nationaux en fonction des circonstances de chaque affaire*"¹⁷³. Il est vrai que parallèlement à son recours devant la CJCE, Krohn avait déposé devant le Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, un recours tendant à l'annulation du refus du Balm et à la délivrance des certificats d'importation sur lequel il n'avait pas encore été statué. Mais, on ne peut s'empêcher de remarquer que les espèces se ressemblent et se répètent étrangement.

N'était-il pas déjà question de recours en annulation dans l'argumentation d'Unifrex ? Cette argumentation n'était pas contestée par la Commission qui aurait pu conclure, si on applique l'analyse de F. Fines, à l'existence d'autres recours nationaux. Enfin, l'élément le plus déterminant de notre point de vue, qui coupe court à toute contestation, est la formulation même de l'arrêt. La Cour pose, compte tenu de la généralité des termes employés, un véritable principe qu'elle applique ensuite au cas concret de l'espèce. Elle en tire la conclusion qu'en l'espèce, " *rien ne permet d'affirmer que l'annulation de la décision du BALM et la délivrance, après plusieurs années, des certificats d'importation réclamés en 1982 compenserait le préjudice subi par Krohn à cette époque; qu'une telle annulation ne dispenserait donc pas la requérante, pour obtenir réparation, de présenter devant la Cour un recours au titre des articles 178 et 215, alinéa 2, du traité*"¹⁷⁴.

Dans l'arrêt Unifrex, la Cour posait aussi le principe pour l'appliquer ensuite. Cependant, dans l'énoncé du principe, elle ne se référait pas expressément au recours en annulation comme dans l'arrêt Krohn. C'est seulement lors de son application " *à la présente affaire* ", qu'elle le fait. Dans ces circonstances, comme nous l'avons noté précédemment, on pouvait croire qu'une telle référence était justifiée par les faits particuliers du litige. L'arrêt Krohn, quant à lui, ne laisse aucun doute. C'est bien au juge national de l'annulation que renvoie la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes en droit communautaire.

D'autres, tels MM. Grévisse, Honorat et Combrexelle, n'y trouvent pas la même satisfaction de clarté que nous. Selon eux, " *cette règle, telle qu'elle est formulée dans l'arrêt Krohn / Commission, est très vague* "¹⁷⁵ en ce qu'elle dit que la recevabilité "peut" seulement "dans certains cas" être subordonnée à l'épuisement des voies de recours internes.

¹⁷³ Thèse précitée, p. 271.

¹⁷⁴ Point 28 de l'arrêt.

¹⁷⁵ Article précité, p. 944.

Il suffit de se donner une vue d'ensemble pour balayer toute incertitude à ce sujet. L'expression " *dans certains cas* " fait référence à la nécessaire existence d'un acte d'application des autorités nationales qui n'est que " *le déguisement national d'une décision imputable* " aux institutions communautaires, conformément aux termes utilisés par l'Avocat général Mancini¹⁷⁶. En disant " *peut* ", la Cour cherche à pondérer le principe, sachant pertinemment qu'il peut arriver que la règle doive être écartée, notamment pour des raisons d'efficacité¹⁷⁷. Elle cherche en quelque sorte à se ménager des issues de secours dans l'hypothèse où, pour des circonstances propres à chaque espèce, elle devrait écarter le principe qu'elle a posé. Il ne faut pas en déduire, pour autant, qu'elle use de n'importe quel prétexte pour se donner l'occasion de déroger à la règle. Elle veille plutôt à assurer au principe une certaine souplesse.

Cet arrêt et surtout le principe qu'il énonce est repris dans des termes identiques dans l'arrêt De Boer Buizen BV du 29 septembre 1987¹⁷⁸. Par ailleurs, l'Avocat général Mancini rappelle à la Cour sa jurisprudence en des termes qui confortent notre analyse :

" ... *selon votre jurisprudence, l'action fondée sur l'article 215 ne peut être introduite qu'après avoir épuisé les voies de recours internes permettant d'obtenir l'annulation de la décision nationale...* " ¹⁷⁹

On peut d'ores et déjà s'interroger sur le bien fondé de cette jurisprudence. être Pour quelles raisons la Cour de justice considère-t-elle qu'en recours en annulation devant les juges nationaux peut se substituer à un recours en responsabilité devant elle ?

L'examen de la jurisprudence montre que la Cour de justice a bâti un système dans lequel le recours en annulation devant les juridictions nationales compétentes se suffit à lui même et empêche toute action en responsabilité à l'encontre de la Communauté lorsqu'il permet, par lui-même, le rétablissement intégral du requérant dans ses droits.

b. Le recours en annulation interne, substitut de l'action en responsabilité communautaire

Le recours en annulation au plan national se substitue à l'action en responsabilité communautaire dans la mesure où il aboutit au même résultat, c'est à dire la réparation du préjudice. Et ce, non par l'attribution de dommages et intérêts, mais par la réalisation concrète des

¹⁷⁶ Rec. p.761

¹⁷⁷ Elle le dit expressément en deuxième partie de le point 27 de l'arrêt Krohn : " *Encore faut-il, pour qu'il en soit ainsi, que ces voies de recours nationales assurent d'une manière efficace la protection des particuliers intéressés ...* "

¹⁷⁸ Aff.81/86, Rec.p.3677

¹⁷⁹ Point 3 des conclusions, Rec. p. 3865.

droits du justiciable car il permet au requérant d'obtenir, en vertu des droits qu'il tient du droit communautaire, ce qui lui a été refusé.

L'annulation peut, par elle-même, réparer le préjudice en raison des conséquences que l'administration doit en tirer et ceci, alors que le juge, comme c'est le cas du recours pour excès de pouvoir en France et, en principe, de l'Anfechtungslage (recours en annulation proprement dit) en Allemagne, ne peut pas aller au delà de l'annulation de l'acte. C'est ainsi, par exemple, que si le juge peut annuler le refus de délivrance d'une autorisation, il ne peut octroyer par lui même celle-ci. Cependant l'administration, tenue de se plier aux décisions de justice, devra modifier son attitude pour la rendre conforme aux exigences de la légalité telles que le juge les a dégagées. Ainsi si le refus d'octroyer un avantage a été annulé au motif que la loi crée un droit à son obtention pour toute personne remplissant certaines conditions (que remplit le requérant), l'administration ne peut sans méconnaître l'autorité de la chose jugée, maintenir son refus et elle devra accorder l'avantage demandé.

Transposée au niveau communautaire, la situation pourrait ainsi se présenter : le ressortissant d'un Etat membre conteste la décision de refus de l'administration nationale de lui accorder un avantage, soutenant que ce refus est entaché d'illégalité en raison de l'invalidité des dispositions communautaires sur lesquelles il se base. Le juge national annule le refus. L'administration devra tirer les conséquences de cette décision en écartant les dispositions communautaires invalides et en faisant droit à la requête du requérant à moins que le droit communautaire ne prévoit pas lui-même cet avantage.

Si le préjudice consistait seulement dans la non obtention du droit ou de l'avantage, l'annulation du refus de l'administration par le juge national et sa conséquence directe, l'adoption par l'administration d'une décision favorable au justiciable, l'effacent.

Ainsi l'annulation doit supprimer le préjudice. Dans l'hypothèse où l'exercice du recours ne suspendrait pas l'exécution de l'acte national attaqué, la Cour de justice a admis que le juge interne pouvait ordonner le sursis à exécution des actes administratifs pris en application d'une réglementation communautaire illégale¹⁸⁰.

Parallèlement au recours en annulation que l'on peut qualifier de " classique " dans la mesure où il cantonne les pouvoirs du juge à l'annulation de l'acte, certains droits nationaux ont mis en place des recours en annulation plus " perfectionnés ". Le juge se voit concéder, à côté du pouvoirs d'annuler, d'autres pouvoirs visant à assurer totalement la protection des droits des justiciables. Dans cette hypothèse, le juge ne fait donc pas qu'annuler l'acte préjudiciable mais il va

¹⁸⁰ C.J.C.E, 21 fév. 1991, Zuckerfabrik (aff.jtes C-143/88 et C-92/89, Rec.p.415).

Voir notamment note M.de Guillenchmidt et J.-C.Bonichot, Petites Affiches, n°62, 24 mai 1991, p.28; note P.Le Mire. AJDA, 1991,p.237; note J.-B.Auby, JCP, 1991, I, n°3530; Voir également C.Weisse, " le sursis à exécution devant la CJCE et devant le juge administratif français", mémoire D.E.A. Metz, 1992, , p.27

également se substituer à l'autorité administrative et modifier l'acte attaqué ou bien, enjoindre à l'administration d'agir d'une manière déterminée.

C'est le cas en Allemagne. Le droit allemand prévoit deux sortes de recours qui entraînent sur l'annulation de l'acte attaqué : le recours en annulation proprement dit (l'*Anfechtungsklage*) et le recours tendant à l'émission d'un acte administratif (la *Verspflchtungsklage*). L'*Anfechtungsklage* correspond à la conception classique du recours en annulation. Le juge doit se limiter, en règle générale, à annuler l'acte contesté lorsque celui-ci viole les droits du requérant et il incombe à l'administration d'adopter, par la suite, un comportement conforme à la décision du juge. Cependant, dans le cas particulier où l'acte annulé a déjà fait l'objet de mesure d'exécution, le juge peut, dans certains cas, enjoindre à l'administration de prendre des mesures déterminées en vue d'un retour à la situation antérieure. Cela résulte de l'article 113 alinéa 1 du Code de procédure de la juridiction administrative qui énonce le principe :

" Lorsqu'un acte administratif a déjà été exécuté, le tribunal peut, sur demande, décider, en même temps que l'annulation de cet acte, que, et de quelle manière, l'autorité administrative doit restituer la situation qui existait avant l'exécution de l'acte. Cette décision n'est possible que si l'autorité concernée ne se trouve pas dans l'impossibilité de le faire et si l'affaire, en ce qui concerne le recours en annulation, est en état d'être jugée "

De même, lorsque l'acte annulé concernait une prestation d'argent, le juge peut fixer le montant de celle-ci. Ainsi si l'acte portait sur une certaine somme d'argent, le juge peut lui substituer un autre montant. Il supprime mais répare également le préjudice subi qui consistait dans la non obtention à la prestation d'argent à laquelle le requérant avait droit¹⁸¹.

La *Verspflchtungsklage* vise les décisions de refus. Dans le cadre de ce recours tendant à l'émission d'un acte administratif, le juge ne se borne pas à l'annulation pure et simple de l'acte attaqué devant lui mais peut enjoindre à l'administration ou bien d'adopter un acte administratif déterminé ou bien, si elle dispose d'un pouvoir d'appréciation, d'adopter un acte dont elle fixera le contenu en tenant compte des motifs de la décision juridictionnelle. Dans cette dernière hypothèse, le juge ne peut pas, en effet, se substituer à l'administration et édicter lui même l'acte demandé. Il se contente d'annuler tout en déclarant l'administration tenue de prendre un nouvel acte conforme au motifs de sa décision. Au contraire, si la compétence de l'administration est liée et si toutes les conditions requises sont réunies, le juge déclare l'administration tenue d'adopter l'acte demandé par le justiciable. Tel est le cas lorsque les autorités nationales ne disposaient d'aucun pouvoir d'appréciation pour appliquer la norme communautaire invalide.

Le droit luxembourgeois prévoit également deux recours visant à l'annulation de l'acte litigieux : le recours en réformation et le recours en annulation proprement dit. Le recours en

¹⁸¹ Article 113 alinéa 2 du Code de procédure de la juridiction administrative.

annulation proprement dit présente un caractère subsidiaire dans la mesure où il n'est ouvert qu'en l'absence d'un recours en réformation.

En effet, le recours en réformation requiert l'existence d'un droit subjectif tandis qu'un intérêt légitime et personnel suffit pour le recours en annulation. L'un et l'autre de ces recours suppose l'existence d'une décision administrative préalable, qui peut résulter du silence gardé pendant trois mois par l'administration saisie d'une réclamation. Mais ils diffèrent notablement s'agissant des pouvoirs du juge.

Dans le cadre du recours en réformation, le juge détient un véritable pouvoir de redressement lui permettant et de substituer une décision nouvelle à la décision annulée et de condamner l'administration à accorder des prestations. Au contraire dans le cadre du recours en annulation, le pouvoir du juge ne va pas au-delà de l'annulation de la décision illégale, de telle sorte que, si l'arrêt d'annulation implique l'obligation de prendre une nouvelle décision, c'est à l'administration qu'il appartient de l'édicter. Comme nous l'avons vu¹⁸², le justiciable doit pouvoir justifier d'un droit issu du droit communautaire s'il veut prétendre obtenir réparation. Seul le recours en réformation est donc envisageable.

En ce qui concerne le droit danois, le Professeur Andersen, dans son traité de droit administratif¹⁸³, résume bien les pouvoirs du juge :

" ... le droit administratif danois ne fait pas obstacle à ce que les tribunaux confèrent à l'administration des injonctions positives, et ce, que l'injonction porte sur le versement d'une somme ou sur l'exercice de ses compétences, telle que, par exemple, la délivrance d'une patente, d'un permis de conduire ou d'un ordre d'expiation "

Le juge national pourrait donc, après l'annulation du refus de l'administration, enjoindre à cette dernière de verser au requérant les montants compensatoires voulus ou de lui accorder les certificats d'importation demandés.

Comme pour le justiciable luxembourgeois, la protection du justiciable italien est différente selon qu'il est titulaire d'un droit subjectif (*diritto soggettivo*) ou seulement d'un intérêt légitime (*interesse legittimo*). Il est titulaire d'un intérêt légitime lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de décider, au cas par cas, si elle adoptera un certain acte et dans quelles conditions. Il est le détenteur d'un droit subjectif lorsqu'au contraire, l'administration ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation

C'est devant le juge administratif que les particuliers doivent faire valoir leur "*interesse legittimo*". En règle générale, le recours ne pourra aboutir qu'à l'annulation de l'acte administratif.

¹⁸² voir Titre I

¹⁸³ "le contrôle juridictionnel de l'administration", Dansk Forvaltningsret, 1965, chap.XIII, p. 634

Le contentieux portant sur des "diritto soggettivo" est en principe de la compétence du juge judiciaire. Normalement, il lui est fait interdiction d'adopter des décisions qui, tout en annulant l'acte, condamnent l'administration à exécuter une obligation qui lui incombe. Cependant, pour certaines obligations, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à donner au juge la possibilité d'une telle condamnation. C'est le cas de l'obligation pécuniaire. Le juge peut, en plus d'annuler le refus de l'administration, la condamner au paiement d'une somme d'argent auquel le particulier a droit¹⁸⁴.

Ainsi lorsque le particulier est titulaire d'un "diritto soggettivo" au paiement, le juge judiciaire est habilité à condamner l'administration au paiement en question. Pour la même raison que seul le recours en réformation est ouvert au justiciable luxembourgeois pour assurer la protection de ses droits communautaires, seul le recours devant le juge judiciaire peut, à priori, remplir cette fonction en Italie.

L'étendue des pouvoirs du juge néerlandais dépend du contentieux dont il est saisi. En matière de sécurité sociale, il peut non seulement annuler en tout ou en partie la décision attaquée mais aussi lui substituer sa décision ou demander à l'administration de prendre une nouvelle décision qui tienne compte du jugement rendu.

Le choix du juge entre la substitution ou le renvoi dépend des circonstances de l'espèce : lorsque l'autorité administrative dispose d'une certaine liberté d'appréciation, le juge se prononce, en règle générale, en faveur du renvoi. La loi sur le contentieux économique (Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie ou Wet Arbo) donne au juge, en plus de son pouvoir d'annulation, la possibilité de substituer sa décision à celle de l'administration ou de lui enjoindre de prendre, procéder au retrait ou modifier une décision ainsi que d'accomplir ou ne pas accomplir un acte, conformément au jugement rendu¹⁸⁵. Il peut même assortir son jugement d'une astreinte afin d'en assurer le respect par les autorités administratives.

En contentieux fiscal, le juge peut réformer la décision attaquée s'il apparaît que son annulation s'avère insuffisante pour satisfaire le justiciable. Lorsqu'une décision nationale ne relève d'aucun de ces contentieux, le juge n'a, en principe, qu'un pouvoir d'annulation. Il ne peut tout au plus que contraindre l'administration à prendre une nouvelle décision dans un délai déterminé. Compte tenu de la nature des normes communautaires, il est facile de situer le contentieux de l'application du droit communautaire et d'en déduire les prérogatives du juge.

En France, s'il est vrai que le recours pour excès de pouvoir couvre tout le champ de l'activité administrative se traduisant par des décisions unilatérales, le particulier dispose néanmoins d'une autre alternative : le recours de plein contentieux qui, tout en portant souvent sur

¹⁸⁴ Voir notamment, Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, 27 sept. 1978, Foro it 1980, III, n°181, p.34 et 25 oct. 1978, T.A.R 1978, I, n°435, p.4624.

¹⁸⁵ Art. 58.1 de la loi Wet Arbo.

une question de légalité, tend à la reconnaissance d'un droit subjectif. Le requérant peut ainsi se voir reconnaître un droit à paiement. C'est pourquoi le juge national peut faire plus qu'annuler¹⁸⁶. Cependant, ses pouvoirs ne vont pas jusqu'à l'injonction. Tel est du moins le principe. Il existe une exception : le pouvoir du juge administratif d'adresser à l'administration des injonctions en vue de l'exécution de la chose jugée.

En vertu de la loi de réforme des procédures du 8 février 1995 (art. 62 et 77; art. L8-2 et L8-3 du Code TA-CAA), si la demande lui en est faite, le juge peut ordonner à l'administration de prendre les mesures d'exécution commandées par la chose jugée ou d'effectuer une nouvelle instruction de l'affaire pour prendre une autre décision lorsque la chose l'exige. Il peut assortir d'une astreinte le délai imparti à l'administration pour s'exécuter. En dehors de ces hypothèses, le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'injonction. Il ne peut pas enjoindre à l'administration d'adopter un acte ou un comportement déterminé.

En Belgique, le juge administratif belge ne peut que prononcer l'annulation de la décision attaquée dans le cadre des recours en annulation pour excès de pouvoir. Il ne peut ni la réformer ni adresser à l'administration des injonctions. Cependant, lorsqu'une norme donne à un particulier un droit subjectif¹⁸⁷, il peut aller devant le juge ordinaire en vue d'en obtenir le respect¹⁸⁸. Compte tenu de la définition donnée à la notion de droit subjectif par le droit belge excluant tout pouvoir discrétionnaire de décision des autorités administratives, les recours des particuliers, en vue de la reconnaissance et de la réalisation de leurs droits communautaires, devront donc être exercés devant les tribunaux civils¹⁸⁹.

En droit grec, on retrouve la distinction entre recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux. Le recours pour excès de pouvoir n'est toutefois ouvert qu'à l'encontre des actes administratifs non susceptibles d'un autre recours contentieux ayant les mêmes effets ou un effet équivalent. Or le recours de plein contentieux constitue un recours parallèle. Comme le recours pour excès de pouvoir, il fait disparaître l'acte ou le rend sans effet juridique. Mais les pouvoirs du juge ne se limitent pas au pouvoir d'annulation. Il peut aussi modifier l'acte en tout ou en partie.

¹⁸⁶ Voir notamment R.Chapus, "Droit administratif général" et "Droit du contentieux administratif", précités.

¹⁸⁷ La définition du droit subjectif en droit belge correspond à celle donnée en droit italien. Pour qu'un particulier soit titulaire d'un droit subjectif, deux conditions doivent être remplies : 1) une norme doit lui conférer un avantage 2) l'administration ne doit pas avoir de pouvoir d'appréciation pour l'attribution de cet avantage. En d'autres termes, elle doit avoir une compétence liée. Selon M. Flamme, " *on parle de compétence liée quand la règle de droit impose à l'autorité de donner à sa décision tel contenu bien déterminé, découlant de la réunion des conditions de caractère objectif, prédéfinies de telle sorte que l'administration est ligotée par la règle de droit* " (Droit administratif, PUB, 1977-1978, t.2, p.86)

¹⁸⁸ C'est ce qui ressort d'un arrêt du 15 décembre 1961, Matte (R.J.D.A., 1962, p.131). Etait en cause en l'espèce le droit à une prime à la construction de logements sociaux. En vertu de cette jurisprudence, pour obtenir la reconnaissance et la réalisation d'un droit subjectif, le requérant peut se pourvoir devant les tribunaux civils, le Conseil d'Etat n'étant pas compétent. (voir notamment M.Flamme, précité, p.91-92)

¹⁸⁹ En effet, dans le cadre de notre étude, les autorités nationales ont une compétence liée dans l'application du droit communautaire.

Dans le cadre des litiges non-fiscaux, le juge dispose du pouvoir de modification si l'administration ne disposait pas pour l'édiction de l'acte d'un pouvoir discrétionnaire. Dans le cas contraire, il ne peut qu'annuler l'acte. " *le tribunal peut ainsi modifier l'acte négatif en acte positif et reconnaître un droit subjectif du requérant* " ¹⁹⁰. L'acte ne peut être réformé aux dépens du requérant.

Dans les litiges fiscaux, l'acte peut être modifié même au préjudice de requérant. Pour ce qui est de l'application des normes communautaire, comme dans l'hypothèse qui nous intéresse, les instances nationales n'ont pas de pouvoir discrétionnaire, le juge pourra modifier l'acte qu'il s'agisse ou non de litiges fiscaux.

Cet aperçu rapide des droits nationaux montre que le juge de l'annulation est moins démuné qu'on pourrait le penser et que, souvent, ses prérogatives vont bien au-delà du pouvoir d'annulation. Il est vrai que certains juges nationaux sont mieux armés que d'autres, notamment ceux qui disposent un pouvoir d'injonction. Néanmoins, une extension des prérogatives des juges nationaux est à prévoir en raison de la portée de la jurisprudence *Factortame*.

Peut-on tirer de l'ensemble de cette analyse que l'imputabilité en tant que critère de répartition des responsabilités est remis en cause ?

La Cour de justice n'entend pas renvoyer les justiciables devant le juge national de l'indemnisation mais, devant le juge national de l'annulation. Du moins pour l'essentiel, car on peut concevoir que, parallèlement à l'annulation, des recours spéciaux puissent être ouverts aux justiciables. Surtout en matière d'obligations pécuniaires où les droits nationaux ont parfois mis en place des actions en paiement. C'est pourquoi nous avons précisé que nous ne partageons pas pour "l'essentiel" le point de vue de F. Fines. Il ne pourra toutefois jamais être question de recours nationaux en responsabilité pour les raisons énoncés plus haut.

En fait, la Haute juridiction communautaire n'exclut pas de manière générale que le dommage puisse être imputé à la Communauté dans la mesure où elle peut toujours être saisie par la suite si le requérant n'a pas obtenu satisfaction ou entière satisfaction devant le juge national ou bien, dans la mesure où elle reconnaît pouvoir être directement saisie s'il s'avère que le recours en annulation sera inefficace. La Cour institue donc seulement une étape intermédiaire qui peut déboucher ou non un recours en réparation au titre de l'article 215 du traité CEE.

Comment expliquer l'adoption d'une telle solution par la CJCE ?

Il s'agit sans aucun doute d'éviter l'encombrement du prétoire de Luxembourg en éliminant les affaires qui peuvent être réglées au niveau national par l'annulation de l'acte préjudiciable. Une telle possibilité se trouvant ouverte en raison du caractère national de cet acte, illégal non pas par

¹⁹⁰ Epaminondas Spiliotopoulos, *op. cit.*, p.428

lui même mais en raison de l'invalidité de la norme européenne qu'il applique. Cette alternative est rendue possible par la procédure des questions préjudicielles de l'article 177 du traité CEE qui permet aux juridictions nationales de s'assurer de la validité ou non des dispositions communautaires mises en oeuvre par l'acte national en cause et de juger, dès lors, de sa légalité ou de son illégalité en vue de son annulation.

Mais, sans doute, s'agit-il également pour le juge communautaire de rapprocher la justice du justiciable en la lui rendant plus accessible et, par voie de conséquence, meilleure. Or quelles juridictions sont plus proches et accessibles pour les ressortissants des Etats membres que leurs propres juridictions ?

Par ailleurs, le justiciable ne préfère obtenir directement devant son juge national ce qu'il demandait initialement aux autorités internes plutôt que d'obtenir une compensation en dommages et intérêts du préjudice. Si l'intention est louable, elle n'atteint pas toujours son objectif, la protection des justiciables, et fait souvent l'objet de critiques véhémentes.

Mais encore faut-il que les requérants puissent obtenir satisfaction. C'est pourquoi, par souci d'assurer une protection effective des droits des justiciables, la règle de l'épuisement préalable ne joue qu'à deux conditions, d'une part l'existence de voies de recours nationales, d'autre part l'efficacité de ces voies.

Ainsi, le juge national est le juge de droit commun du droit communautaire¹⁹¹. C'est à lui avant tout de résoudre les litiges nés de l'application du droit communautaire. C'est seulement si les recours ouverts devant lui ne leur donnent pas satisfaction que les requérants pourront saisir le juge communautaire.

¹⁹¹ Voir sur ce point, A. Barav, "La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire " *in* "L'Europe et le droit", Mélanges en hommage à J. Boulouis, Dalloz. 1991, p. 1.

§2. Les conditions d'application de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours nationales

Pour que joue l'obligation d'épuiser préalablement les voies de recours internes le juge, il faut que les justiciables soient en mesure de faire valoir ses droits devant elles (A) et qu'ils soient susceptible d'y obtenir satisfaction (B).

A- L'existence des voies de droit nationales

Cette condition s'impose d'elle-même. La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes ne peut être opposée au requérant lorsque les voies de droit nationales ne lui sont pas ouvertes et sont, par conséquent, inexistantes. En l'absence de voies de recours internes, la règle se trouve, en quelque sorte, vidée de sa substance. Il n'y a pas lieu de l'appliquer puisqu'à l'échelon national, il n'existe pas de voie de droit susceptible de se substituer à l'action en responsabilité au niveau communautaire.

A titre d'exemple, on peut citer l'affaire *Ludwigshafener Walzmühle*¹⁹² ayant trait au prix de seuil pour le blé dur.

Les requérantes jugeaient le montant des prix de seuil communautaires pour le blé dur trop élevés, en particulier par rapport au prix de seuil du blé tendre. Selon elles, la fixation des prix de seuil pour le blé dur aurait été faite en violation du droit communautaire et notamment, en violation de principe de non discrimination.

Si les requérantes se sont portées directement devant la Cour c'est parce qu'elles étaient dans l'impossibilité d'attaquer devant les juridictions nationales, les décisions de prélèvements car elles n'en étaient pas les destinataires. En effet, elles n'avaient pas procédé elles-mêmes aux importations de blé dur mais s'étaient procurées la marchandise par l'intermédiaire d'importateurs. C'était donc à eux qu'il était revenu de verser les prélèvements réclamés. Eux seuls auraient donc été en mesure d'attaquer les décisions de prélèvements devant le juge national.

La Cour a, dès lors, estimé à juste titre que :

*" Dans ces conditions, les requérantes ne se sont pas trouvées dans une situation qui leur eût permis de porter devant les juridictions nationales une contestation relative aux prélèvements perçus sur les importations de blé dur qui leur étaient destinées. Il en résulte donc qu'on ne saurait tirer une exception d'irrecevabilité du fait qu'elles n'ont pas usé d'une voie de recours interne qui ne leur était pas ouverte. "*¹⁹³

¹⁹² Arrêt du 17 décembre 1981 (Aff.jtes 197 à 200, 243, 245 et 247/80, Rec.p.3211)

¹⁹³ Attendu 9 de l'arrêt.

Un autre exemple caractéristique est l'affaire Biovilac NV¹⁹⁴. La société Biovilac, productrice d'aliments pour porcelets et volailles à base de lactosérum, mettait en cause devant la Cour une réglementation communautaire instaurant un régime préférentiel de prix pour le lait en poudre destiné à l'alimentation des porcs. Elle demandait réparation du préjudice dû à la baisse des ventes de ses produits fabriqués à partir de lactosérum et que cette réglementation lui avait occasionné.

La Cour de justice a rejeté l'exception d'irrecevabilité tirée de la non-utilisation des voies de recours nationales. Elle fonde sa compétence sur la nature communautaire des mesures dommageables mises en cause par la requérante¹⁹⁵. Ainsi applique-t-elle stricto sensu les règles de répartition des compétences entre juridictions communautaires et juridictions nationales.

En fait, elle ne pouvait conclure que dans ce sens dans la mesure où la seule possibilité qui s'offrait à la requérante était d'attaquer directement la politique adoptée par la Commission.

L'Avocat général Slynn rend parfaitement compte, dans ses conclusions¹⁹⁶, de la situation dans laquelle se trouvait la Société et opère un rapprochement avec l'affaire Ludwigshafener Walzmühle : *"il n'y a eu aucun contact entre la requérante et les autorités d'un quelconque Etat membre ... Cette affaire n'a pas trait à une quelconque somme d'argent ou autre avantage financier que les autorités nationales retiendraient, comme dans le cas des affaires concernant les prélèvement et restitutions en matière agricole"*. Dès lors, il n'y avait pas matière à litige devant les juridictions nationales comme dans l'affaire Ludwigshafener Walzmühle où *"aucune transaction n'était intervenue entre la requérante et les autorités nationales concernées"*¹⁹⁷. En d'autres termes, la Société Biovilac, comme la Société Ludwigshafener Walzmühle, ne disposait pas d'un recours devant les autorités nationales.

L'affaire Roquette jugée le 30 mai 1989¹⁹⁸ présente un cas très intéressant d'inexistence de voies de droit nationales. En l'espèce, en effet, l'impossibilité pour la société requérante de porter le litige devant le juge national tenait au droit communautaire lui-même.

La Société Roquette, à la suite d'un arrêt préjudiciel rendu par la Cour de justice le 15 octobre 1980 à la demande du tribunal d'instance de Lille, s'était vu interdire toute action en restitution de l'excès de MCM qu'elle avait été contrainte de verser du fait de la non rétroactivité de *"l'invalidité constatée des dispositions réglementaires"*. En privant d'effet rétroactif la

¹⁹⁴ Arrêt précité.

¹⁹⁵ *"... la requérante, dans son recours, met en cause non pas les mesures prises par les autorités nationales en exécution des dispositions du droit communautaire, mais les actes mêmes de la Commission... C'est l'instauration même de ce régime par la Commission qui, d'après la requérante, a occasionné le dommage dont elle réclame réparation."*

Il en découle que la Cour est saisie dans le cadre de sa compétence ... " (att.6 et 7).

¹⁹⁶ Conclusions présentées le 18 septembre 1984, Rec.p.4082.

¹⁹⁷ *Idem.*

¹⁹⁸ Aff. 20/88, Rec. p. 1153.

constatation de l'invalidité des dispositions communautaires sur la base desquelles la requérante avait du illégalement payer des montants compensatoires trop élevés, la Cour avait fermé, par là même, à la Société Roquette, la porte du recours en restitution devant le juge national. Aussi, la Cour a-t-elle déclaré le recours en responsabilité recevable devant elle, puisque " *en l'espèce, les voies de recours nationales en remboursement des montants compensatoires trop élevés (n'étaient) pas ouvertes à la requérante, pour la raison même que l'arrêt de la Cour du 15 octobre 1980, dont les juridictions française ont fait application, déclar(ait) que l'invalidité des règlements fixant ces montants ne permet(ait) pas de remettre en cause la perception de ceux-ci pour la période antérieure à la date de cet arrêt* "199

Si la Cour s'en était tenue là, sans doute aurait-on pu lui opposer que si l'action en restitution n'était pas ouverte à la société requérante. Cela ne signifiait pas pour autant qu'elle était dépourvue de tout recours national, l'action en restitution n'étant pas forcément le seul moyen d'obtenir satisfaction.

Cependant le principe de non rétroactivité signifie que les dispositions réglementaires communautaires doivent être considérées comme valables pour la période antérieure à la date de l'arrêt en constatation d'invalidité. Aussi quelle que soit l'action intentée devant le juge national, ces dispositions seront jugées valides et, par voie de conséquence, le trop-perçu de prélèvements qui en découle, ne sera pas remis en cause.. Dés lors, aucun des autres recours nationaux auxquels la requérante aurait pu recourir ne lui aurait permis de récupérer les sommes indûment versées ou du moins, la dédommager. C'est ce qui a fait dire à la Cour que " *dans ces conditions, aucune autre voie de droit national ne (pouvait) assurer de façon efficace la réparation du dommage éventuellement subi* "200.

Ainsi, lorsque, comme en l'espèce, une seule catégorie de voies de droit nationales n'est pas ouverte devant le juge nationale (alors que dans l'affaire Ludwigshafener Walzmuhle, toutes les voies nationales étaient fermées au requérant), la Cour regarde si les autres voies de droit nationales sont efficaces. Si elles ne le sont pas, la Cour juge le recours devant elle recevable, comme dans la présente affaire. Sinon elle invite les requérants à épuiser ces autres recours nationaux.

C'est ce qui nous permet de dire, qu'à l'inverse, quand la Cour s'attache directement à vérifier l'efficacité des recours internes sans prendre la peine, au préalable, de juger de l'existence de ceux-ci, il faut en déduire qu'elle estime implicitement qu'elles sont ouvertes.

En effet, pour qu'une voie de recours soit efficace, encore faut-il qu'elle existe. Si cette première condition n'est pas remplie, il ne sert à rien de vérifier la seconde. Le requérant sera alors recevable devant le juge communautaire. Au contraire, si des recours nationaux sont à la portée du justiciable, la Cour doit s'assurer de leur efficacité si elle veut le renvoyer devant les juridictions internes. A défaut, elle doit accepter d'être saisie de l'affaire. L'existence de recours

¹⁹⁹ Point 16 de l'arrêt.

²⁰⁰ Point 16 de l'arrêt.

nationaux se révèle donc bien être la condition première de l'application de la règle de l'épuisement préalable.

Toutefois si la vérification de l'efficacité des voies de droit internes est conditionnée par l'ouverture même de ces voies, elle n'en reste pas moins une condition nécessaire au renvoi du justiciable devant son juge national.

B- La nécessaire efficacité des voies de droit nationales

L'efficacité des voies de droit nationales est une condition essentielle pour que joue la règle de l'épuisement des voies de droit nationales. Comme le fait remarquer F. Fines²⁰¹, "*la voie de droit nationale doit se caractériser par son efficacité c'est à dire qu'elle doit être en mesure d'assurer la protection du requérant*". Certains auteurs considèrent que cette condition est "*le critère de mise en oeuvre de la règle de l'épuisement*"²⁰².

Sans doute est-ce la raison pour laquelle la Cour de justice a pris soin de bien définir cette condition à l'attention des juridictions nationales (1) et d'en préciser les critères d'application (2).

1. La condition d'efficacité

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, le recours national "*est seulement de nature à assurer d'une manière efficace la protection des particuliers intéressés s'il est susceptible d'aboutir à la réparation du dommage allégué*"²⁰³. Toutefois, la notion d'efficacité signifie-t-elle que le dommage doit pouvoir être réparé dans son intégralité ou peut l'être seulement en partie, une partie seulement ? (a)

Par ailleurs, il apparaît que l'instrument privilégié de l'efficacité des voies de droit internes est le renvoi préjudiciel qui permet aux justiciables de faire valoir leurs droits communautaires devant les juridictions nationales (b).

a. La notion d'efficacité

²⁰¹ Thèse précitée, p.292.

²⁰² R.Mehdi, thèse précitée, p.452. Voir également F.Fines qui parle de "*critère de l'efficacité des voies de recours internes*" (thèse précitée, p.293) et T.Debard qui s'y réfère dans des termes analogues lorsqu'il écrit "*le critère de la compétence efficiente*" (thèse précitée, p.291).

²⁰³ Arrêts Unifrex et Krohn (points 11 et 27)

Si la notion d'efficacité implique une réparation intégrale du dommage, le juge communautaire acceptera d'être directement saisi dès lors que le recours au juge national ne pourra le réparer que partiellement. Au contraire, si une réparation partielle du préjudice est suffisante, les juge communautaire n'admettra la recevabilité de la demande que si la voie de droit nationale ne peut pas du tout donner satisfaction au requérant.

Un autre problème se pose : si le recours au juge national n'apporte qu'une réparation partielle du préjudice, le juge communautaire acceptera-t-il d'être saisi en vue de la réparation du reste ?

Il semble que l'analyse de la jurisprudence communautaire amène à faire des distinctions.

Dans l'hypothèse d'une co-responsabilité, comme dans l'affaire *Kampffmeyer*, la réparation partielle est la solution retenue afin d'éviter une double indemnisation. Lorsque le juge national a condamné l'Etat à indemniser le requérant à hauteur de sa participation au préjudice, ce dernier peut s'adresser au juge communautaire pour le reste²⁰⁴.

Il paraîtrait que dans les deux autres hypothèses, responsabilité exclusive et actions en répétition ou en paiement déguisées, la réparation intégrale du préjudice soit exigée. Le renvoi des justiciables devant les juridictions nationales visent, en effet, à leur donner la possibilité d'obtenir la réalisation concrète de leurs droits. Le recours national sera considéré comme inefficace s'il ne conduit pas à un tel résultat. Dans le cas des actions en restitution ou en paiement, la compétence du juge national s'étend aux préjudices accessoires. Le requérant ne peut saisir le juge communautaire seulement s'il peut justifier d'un préjudice distinct²⁰⁵. Seule l'incapacité certaine des voies de droit nationales à réparer intégralement le dommage ou, du moins, leur caractère hautement aléatoire, permet aux justiciables de se pourvoir devant les juridictions communautaires.

Une réparation partielle, dans ces deux hypothèses, serait possible si la voie de droit nationale visée était le recours en responsabilité. En effet, un particulier qui estimerait que son dommage a été insuffisamment indemnisé devant le juge national, pourrait engager la responsabilité de la Communauté devant le juge communautaire afin d'obtenir des indemnités complémentaires. Il lui suffirait d'invoquer l'inefficacité de l'action en réparation nationale pour que sa demande soit recevable.

b. L'instrument de l'efficacité : le renvoi préjudiciel

L'arrêt de principe est sans aucun doute l'arrêt *Amylum*²⁰⁶ dans lequel la Cour de justice dit sans ambiguïté que

²⁰⁴ Voir nos développements sur la co-responsabilité de l'Etat et de la Communauté.

²⁰⁵ voir nos développements sur les actions en restitution ou en paiement déguisées.

²⁰⁶ Arrêt du 5 décembre 1979, (Aff.116 et 124/77, Rec.p.3497).

*" dans le cas où un particulier s'estime lésé par un acte normatif communautaire qu'il considère comme illégal, il dispose de la possibilité lorsque la mise en oeuvre de l'acte est confiée aux autorités nationales, de contester, à l'occasion de cette mise en oeuvre, la validité de l'acte devant une juridiction nationale dans le cadre d'un litige l'opposant à l'autorité interne. Cette juridiction peut, et même doit, dans les conditions de l'article 177, saisir la Cour d'une question portant sur la validité de l'acte communautaire en cause. L'existence de ce recours est déjà de nature à assurer d'une manière efficiente la protection des particuliers intéressés."*²⁰⁷

Le recours à la procédure de l'article 177 T.CEE est l'instrument de l'efficacité des voies de droit nationales car il donne au juge interne les moyens de cette efficacité. Ainsi dans le cadre de l'action en remboursement, il lui permet d'établir l'invalidité du texte communautaire " *servant de base à une perception* " et par là même, de l'acte national ordonnant le versement de cette perception. Or, " *le succès de l'action en remboursement suppose simplement qu' une telle invalidité soit établie*" puisque " *dés lors que l'invalidité est établie, le droit au remboursement à l'intégralité de la perception induite est lui même établi*"²⁰⁸.

Les conclusions de l'Avocat général Tesouro dans l'affaire Assurances de crédit et Compagnie belge d'assurance crédit SA²⁰⁹ sont intéressantes sur ce point. Il y fait une véritable démonstration de l'incidence inéluctable du recours préjudiciel sur l'efficacité des voies de droit nationales en raison notamment de l'autorité dont sont revêtus les arrêts préjudiciels. Une déclaration d'invalidité " *emporte la déchéance des dispositions nationales d'application ainsi que l'obligation des institutions communautaires de remédier aux illégalités constatées* " Sans compter que, dans l'attente que les autorités communautaires aient rempli leur obligation en modifiant le régime communautaire en cause, la Cour peut aller " *jusqu'à préciser les mesures que ces mêmes autorités nationales sont tenues d'adopter à la suite de l'arrêt (préjudiciel)*"²¹⁰. Il s'en suit que les effets de l'acte faisant grief peuvent être " *élimin(és)*" ou " *de toute manière, neutralis(és)* ". Dés lors, un résultat analogue à celui de l'action fondée sur l'article 215 T.CEE peut être obtenu.

Pourtant, on peut se demander si le juge communautaire ne fait pas du recours à l'article 177 T.CEE un détour procédural préalable obligatoire ou encore, la condition nécessaire de la recevabilité de l'action en responsabilité devant les juridictions européennes. En effet, dans l'arrêt *Amylum*, la Cour de justice indique que la simple " *existence* " de ce recours est " *déjà de nature à assurer d'une manière efficiente la protection des particuliers* ".

²⁰⁷ Point 14, Rec. p. 3560.

²⁰⁸ Conclusions de l'Avocat général Darmon dans l'affaire précitée, SA Roquette frères du 30 mai 1989, p.1567.

²⁰⁹ Rec.p.I-1813 et s.

²¹⁰ Rec.p.I-1827.

Doit-on, dès lors, en déduire que les voies de droit ouvertes aux particuliers dans les ordres juridiques nationaux sont toujours efficaces ?

La Cour ne prend pas en considération le résultat effectif de l'utilisation de cette procédure sur la situation des justiciables. Il faudra attendre l'arrêt Unifrex pour qu'elle en tienne compte.

Dans cet arrêt, la Cour de justice, si elle reprend le début de l'attenté précité, ne limite plus l'efficacité de la protection des justiciables à la simple existence du recours préjudiciel. Si ce recours reste l'instrument de l'efficacité des voies de recours nationales, ce n'est que pour autant qu'il " *est susceptible d'aboutir à la réparation du dommage allégué* " ²¹¹.

Elle a suivi les conclusions de son Avocat général, M. Mancini, qui soutenait que

" pour être un passage obligé par rapport à l'action en dommages devant notre Cour, le moyen de recours interne - nous semble-il - doit offrir à la partie les mêmes chances d'obtenir le résultat économique que le recours aux articles 178 et 215 du traité peut lui assurer. S'il ne les offre pas, le fait de ne pas l'avoir essayé ne constitue certainement pas un obstacle à l'action communautaire. Disons plus : si on lui reconnaissait la portée qu'affirme la Commission (à savoir celle d'un détour préalable obligatoire), le principe qui veut que les recours internes soient tout d'abord épuisés finirait par porter atteinte à un autre principe bien plus solennel : celui de la protection de ses propres droits . " ²¹²

Désormais, la seule utilisation la procédure de l'article 177 T.CEE ne suffit plus à assurer, par elle-même, la protection effective des particuliers. Elle se justifie uniquement si elle permet au justiciable de rentrer dans ses droits.

Cette évolution est le fruit d'une longue hésitation.. Dans l'arrêt Haegeman du 25 octobre 1972²¹³, la Cour de justice semble toujours considérer que le renvoi préjudiciel est un détour nécessaire et obligatoire à la recevabilité de l'action en responsabilité devant le juge communautaire. Elle estime, en effet, que " *la question d'une responsabilité éventuelle de la Communauté est d'abord liée à celle de la légalité de la perception de la taxe litigieuse* " ²¹⁴. Or, " *les contestations soulevées ... quant à l'interprétation et à la validité de dispositions réglementaires établissant les ressources propres de la Communauté doivent être portées devant les juridictions nationales, qui*

²¹¹ Le point 11 de l'arrêt Unifrex est ainsi rédigé : " ... Dans le cas où un particulier s'estime lésé par l'application d'un acte normatif communautaire qu'il considère comme illégal, il dispose de la possibilité, lorsque la mise en oeuvre de l'acte est confiée aux autorités nationales, de contester, à l'occasion de cette mise en oeuvre, la validité de l'acte devant une juridiction nationale dans le cadre d'un litige l'opposant à l'autorité interne. Cette juridiction peut, et même doit, dans les conditions de l'article 177, saisir la Cour d'une question portant sur la validité de l'acte communautaire en cause. Toutefois, l'existence de ce recours est seulement de nature à assurer d'une manière efficace la protection des particuliers intéressés s'il est susceptible d'aboutir à la réparation du dommage allégué. " (Rec. p. 1982)

²¹² Point 3 des conclusions, p.1990

²¹³ Aff.96/71 précitée

²¹⁴ Att.15,16 et 17 de l'arrêt, p.1016

disposent de la procédure de l'article 177 du traité pour assurer l'application uniforme du droit communautaire "215 .

Par contre, dans l'arrêt Merkur²¹⁶, elle adopte une position différente. En soi, les attendus de l'arrêt ne sont pas très éloquents. C'est à la lumière des conclusions de l'Avocat général Mayras²¹⁷ qu'ils prennent toute leur valeur. M. Mayras non seulement conforte notre analyse de l'arrêt Haegeman mais condamne également cette jurisprudence au nom du principe de " l'économie du procès " et des intérêts des justiciables²¹⁸.

En fait, c'est l'ensemble du système de l'épuisement préalable des voies de recours internes qu'il met en cause en rejetant l'argument de la Commission tiré de l'existence de la procédure de l'article 177 T.CEE²¹⁹. Selon lui, " *cette thèse ... fait bon marché de l'intérêt des justiciables et, ce qui est plus grave encore, de celui du bon fonctionnement de la justice* " car il est évident " *que si le requérant était ainsi obligé d'entreprendre préalablement la "longue marche" de l'article 177, des années s'écoulerait avant qu'il ne parvienne au terme de ce périple judiciaire* " C'est d'autant plus vrai que, s'il appartient au juge national de tirer sur le plan interne les conséquences de l'invalidité d'un règlement communautaire, " *il n'aura jamais compétence pour condamner la communauté à réparer le préjudice qui sera résulté de son action illégale* ". Dès lors, le requérant devra revenir devant la Cour de justice avec le risque que le délai de prescription de cinq ans, prévu par l'article 43 du statut de la Cour pour les actions en indemnité soit expiré. On serait face alors à un véritable déni de justice.

Il rejette donc l'application de la théorie du recours parallèle au niveau communautaire et le caractère subsidiaire du recours en indemnité devant la CJCE qui, " *non seulement, ne résulte en aucune façon des dispositions du traité, mais qui nous paraît, de plus, strictement incompatible avec le fait que votre Cour est la seule juridiction qualifiée pour déclarer engagée la responsabilité communautaire*".

Pour lui, " *l'important est de savoir ce que demande le requérant* ". En l'occurrence, s'il s'agit d'obtenir la condamnation de la Communauté à réparer le dommage causé par une action fautive de ses institutions, la Cour est " *indubitablement compétente pour prononcer une telle condamnation* ". Par conséquent, si le requérant a qualité pour agir et que la requête a été présentée dans les délais, le recours doit-être recevable.

Au cas où la Cour ne se laisserait pas convaincre par ces arguments, M.Mayras vise à faire accepter la recevabilité de la demande sur un autre plan. Celui de l'inefficacité du recours préjudiciel et donc de la voie interne²²⁰.

²¹⁵ att.7 et 8 de l'arrêt, p.1015

²¹⁶ Arrêt du 24 octobre 1973 (aff.43/72, Rec.p.1055)

²¹⁷ Conclusions, Rec. p.1077

²¹⁸ Rec. p.1082 .

²¹⁹ Rec. p.1080 et s.

²²⁰ Rec. p.1884.

Contrairement à sa jurisprudence antérieure, il semblerait que la Cour se prononce en faveur de la compétence du juge communautaire. Après avoir pris note de l'exception d'irrecevabilité de la Commission tirée de l'existence du recours préjudiciel, elle juge que

*"la Cour a été saisie dans le cadre de sa compétence et qu'elle est, dès lors, tenue d'examiner si ces règlements sont ou non entachés des irrégularités invoquées "et " qu'il serait d'ailleurs contraire à une bonne administration de la justice et à une exigence d'économie de procédure d'obliger la requérante à recourir aux voies de droit nationales et à attendre ainsi, pendant une période prolongée, qu'il soit statué définitivement sur sa demande "*²²¹.

Ainsi reprend-t-elle la solution préconisée par M. Mayras qui, après avoir longuement expliqué son opposition à la règle de l'épuisement préalable, suggérait au contraire à la juridiction européenne l'économie de procédure " *en ce sens qu'une question de validité d'un règlement communautaire se trouvant soulevée dans une affaire où (elle est) directement saisi(e), dans le cadre de (sa) compétence, le plus grand intérêt s'attache pour le justiciable comme pour (la) Cour, à ce que cette question soit tranchée sur le champ plutôt que d'attendre qu'elle (lui) revienne à nouveau, après quelques années peut-être, par le jeu de l'article 177 "*²²².

En fait, pour l'essentiel, les arguments développés par M. Mayras avaient déjà été avancés auparavant par l'Avocat général Dutheillet de Lamotte dans ses conclusions concernant l'affaire Compagnie d'approvisionnement²²³. Il a toutefois fallu attendre l'arrêt Unifrex de 1984 pour qu'enfin, la Cour de justice adopte définitivement cette solution²²⁴.

L'Avocat général Verloren Van Themaat a essayé d'uniformiser la jurisprudence de la Cour en se plaçant sur le terrain de l'autonomie de l'action en indemnité devant le juge communautaire²²⁵.

Selon lui, cette autonomie s'opposait à ce que le recours contre les dispositions d'exécution nationales précède toute requête en indemnisation formée au titre de l'article 215 et basée sur le comportement illégal de la Communauté elle-même²²⁶. Il ne fallait donc pas de l'attendu 14 de l'arrêt Amylum que le recours aux moyens de droit internes était un détour obligatoire

²²¹ Attendu 6 de l'arrêt .

²²² Rec. p.1084.

²²³ Arrêt du 13 juin 1972, Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit SA et Grands Moulins de Paris SA / Commission (Aff.jtes 9 et 11/71, Rec.p.391).

²²⁴ voir notamment les arrêts précités : Krohn, Roquette de 1989 ou encore, De Boer Buizen où si le principe est énoncé dans des termes plus généraux, il n'en reste pas moins que le nécessaire efficacité des voies de recours nationales fait indéniablement implicitement référence au recours préjudiciel, instrument de cette efficacité.

²²⁵ Voir ses conclusions sous l'arrêt du 17 décembre 1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling KG et autres / Conseil et Commission (aff.jtes 197 à 200, 243, 245 et 247/80, Rec.p.3211).

²²⁶ Point 3 des conclusions, p.3263.

incontournable à toute demande en indemnisation formée devant le juge européen. La Cour de justice réaffirmant systématiquement et explicitement dans tous ses arrêts le caractère autonome de l'action en responsabilité communautaire, elle n'a jamais entendu faire du recours à l'article 177 T.CEE, un préalable obligatoire à la recevabilité de l'action en indemnité devant elle.

Il en concluait, qu'en l'espèce, qu'il était superflu *"d'approfondir la question de savoir si les requérantes dans les présentes affaires disposaient effectivement de voies de recours sur le plan national"*.

La Cour n'a pas suivi les investigations de son avocat général. Pour admettre la recevabilité de l'action présentée devant elle, elle s'est fondée sur l'impossibilité qui était faite aux justiciables d'avoir recours au juge interne :

*" il résulte de l'instruction de l'affaire qu'une telle voie de recours n'a pas été ouverte aux requérants devant leur juridiction nationale ... Dans ces conditions, les requérantes ne se sont pas trouvées dans une situation qui leur eût permis de porter devant les juridictions nationales une contestation relatives aux prélèvements perçus sur les importations de blé dur qui leur étaient destinées "*²²⁷.

La règle de l'épuisement préalable des voies de recours interne ne joue donc qu'à la condition que les particuliers puissent saisir le juge national. L'arrêt Ludwigshafener Walzmulhe confirme donc la jurisprudence Amylum.

L'arrêt Unifrex ne revient pas sur la règle de l'épuisement préalable et l'obligation qui est faite aux particuliers de la respecter. Il l'assouplit seulement. Il vise à en limiter les inconvénients quant à la protection des particuliers. Si cette règle devait, en effet, devenir un obstacle à la préservation de leur intérêts, elle n'aurait aucune raison d'être maintenue. Or la Cour de justice y est très attachée. Elle a donc veillé à l'adapter aux exigences de la protection des justiciables. En fait, la jurisprudence unifrex est une jurisprudence de compromis.

Pourtant, malgré une jurisprudence qui paraît aujourd'hui bien établie, les avis restent partagés. Des divergences existent toujours sur la question.

Les conclusions rendues par M. Tesauo dans l'affaire Les Assurances du crédit et Compagnie Belge d'assurance crédit SA²²⁸ en sont le parfait exemple. M. Tesauo, dans la lignée des jurisprudences Haegeman et Amylum, voit dans le recours aux voies de droit nationales et donc dans l'utilisation de la procédure de l'article 177 T.CEE, un détour obligatoire. Selon ses propres termes, l'action fondée sur l'article 215 T.CEE ne doit pas être considérée comme *"une alternative à la voie de recours interne"* mais au contraire, on doit lui reconnaître un caractère subsidiaire.

²²⁷ Attendus 8 et 9 de l'arrêt, p.3244.

²²⁸ Rec. p. I- 1823 et s.

Conformément à la jurisprudence Haegeman, il invoque le lien qui existe entre la légalité de l'acte juridique taxé d'illégalité et la responsabilité de la Communauté.

Pour lui, dans l'hypothèse où la responsabilité communautaire extracontractuelle dérive *"non d'un fait ou d'un comportement matériel mais d'un acte juridique taxé d'illégalité ... le contrôle de la légalité de l'acte constitue le préliminaire fondamental de la constatation de la responsabilité et de l'obligation d'indemnisation qui en résulte ... Or, dans la mesure où l'ordre juridique prévoit des procédures spécifiques aux fins de l'exercice de ce contrôle, il serait tout à fait injustifié d'en faire abstraction et d'utiliser, à titre alternatif, l'action en dommages-intérêts, action, qui n'est pas prévue ni conçue pour la vérification de la légalité des actes"*.

Par ailleurs, selon lui, la portée et les effets du contrôle de la légalité des actes *"diffèrent substantiellement selon que ce contrôle s'exerce dans le cadre prévu à cette fin, à savoir le renvoi en application de l'article 177, ou dans le cadre - bien plus restreint - envisagé à l'article 215"*. Dans le cadre de l'article 215, *"la constatation de l'illégalité reste purement incidente et ne produit pas les effets propres à une déclaration d'invalidité au titre de l'article 177"*.

Il en conclut que, tant pour l'intérêt général que pour l'intérêt particulier du justiciable, la légalité des actes communautaires qui sous-tendent les mesures nationales dommageables doit être appréciée *"sans limitation quant à la portée du contrôle et à l'étendue des effets"*. Qu'à cette fin, *"le cadre approprié"* de ce contrôle ne peut qu'être *"le renvoi opéré par la juridiction interne devant laquelle la mesure nationale d'exécution a été attaquée"*.

Il ajoute pour finir qu' *"au cas où l'élimination de la mesure nationale attaquée ne suffit pas à annuler toutes les conséquences préjudiciables qui se sont produites, il sera toujours possible d'intenter une action en responsabilité aux fins de la réparation desdites conséquences"*.

M. Tesouro est donc favorable au caractère préalable et obligatoire du recours préjudiciel. et dès lors à la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes.

Conscient toutefois des critiques dont elle fait l'objet, il lève, un à un, les doutes qu'elle peut susciter :

A ceux qui, comme M. Mayras²²⁹, voient dans l'épuisement préalable des voies de recours interne un *"périple judiciaire"* risqué, il répond *"qu'il s'agit plus d'un risque apparent que réel"*. Le système de contrôle de l'article 177 T.CEE permet, en effet, de garantir la protection effective des justiciables. Et ce, d'autant plus, que depuis la jurisprudence Foto-Frost²³⁰, les juges nationaux sont obligés de saisir la Cour de justice lorsqu'ils ont un doute sur la légalité d'un acte communautaire.

Un autre élément, selon lui, *"réduit à sa juste dimension le risque que la prolongation du procès puisse porter préjudice au droit revendiqué par le requérant"*: la possibilité donnée au juge national de *"cristalliser"*²³¹ la situation du requérant en ordonnant le sursis à exécution d'un acte

²²⁹ Conclusions précitées sur l'affaire Merkur.

²³⁰ Arrêt du 22 octobre 1987 (aff.314/85, Rec.p.4199).

²³¹ Expression empruntée à R.Mehdi, thèse précitée, p.450.

national pris en application d'une réglementation communautaire illégale²³². Le sursis à exécution permet de limiter les conséquences préjudiciables de la mesure nationale d'exécution sur une situation du requérant et assure l'effectivité du jugement rendu au fond.

L'Avocat général envisage également l'hypothèse où il ne serait pas possible d'attaquer directement les mesures nationales d'exécution du droit communautaire du fait notamment de leur nature législative. De son avis, "*la situation du point de vue des possibilités de protection juridictionnelle interne se présenterait de façon à peine plus complexe*". Il suffit, dit-il, au justiciable d'agir en quelque sorte par omission en ne se pliant pas volontairement aux obligations qui leur sont faites afin de provoquer une procédure juridictionnelle interne au cours de laquelle il pourra mettre en cause la validité de la réglementation communautaire de base et amener le juge national à effectuer un renvoi préjudiciel en constatation d'invalidité. De l'invalidité de la réglementation communautaire découlera forcément l'illégalité de la mesure nationale d'exécution²³³. Mais comme le souligne R.Mehdi, cela revient "*à exiger du justiciable une somme de connaissances en droit processuel qui ... échappe en général au " bon père de famille "*"²³⁴.

De plus, si dans l'ensemble, les arguments développés par M. Tesaro sont difficilement contestables, ils ne répondent pas au problème de la prescription de l'action en indemnité devant le juge européen. Plus de cinq ans risquent, en effet, de s'être écoulés avant que le requérant se présente devant le juge communautaire. D'autant qu'il n'est pas certain qu'il ait obtenu entière satisfaction devant le juge national.

Il faudrait, en fait, comme le suggérait M. Mayras, "*pour éviter un véritable déni de justice*", que la Cour admette "*qu'un recours porté devant le juge national à l'occasion d'un acte individuel émanant d'une autorité interne est de nature à interrompre le cours de cette prescription*"²³⁵. Mais sur le fondement de quel texte pourrait-elle le faire ?!

S'il est vrai que de solides garanties entourent désormais la procédure de l'article 177 T.CEE, il n'en reste pas moins, que malgré tout, le recours préjudiciel peut se révéler inefficace et jouer à l'encontre des intérêts des justiciables. L'affaire Roquette en est le parfait exemple :

Dans cette affaire, bien qu'un arrêt préjudiciel du 15 octobre 1980²³⁶ ait constaté l'invalidité des méthodes de calcul mises en oeuvre dans un règlement de la Commission du 24 mars 1976²³⁷, la requérante n'a pas pu obtenir devant le juge national le remboursement des sommes indument versées. En effet, tout en déclarant invalides les dispositions communautaires, la Cour a estimé

²³² Voir C.J.C.E., 21 fév 1991, Zuckerfabrik, précité.

²³³ Point 9 des conclusions, p.1825-1826

²³⁴ Thèse précitée, p.451

²³⁵ Conclusions précitées sur l'affaire Merkur, p.1081

²³⁶ Aff.145/79, Rec.p.2917

²³⁷ L'application de ces méthodes de calcul avait conduit à l'instauration de MCM trop élevés que la Société Roquette s'était trouvée dans l'obligation de payer. Par la suite, en vue de récupérer l'excédent des MCM versé, elle avait porté l'affaire devant le tribunal d'instance de Lille. Le juge national, dans le cadre de cette instance qui opposait la firme roquette à l'administration française des douanes, avait posé à la CJCE différentes questions préjudicielles.

que " *l'invalidité constatée des dispositions réglementaires en question en question ne permet pas de remettre en cause la perception ou le paiement des montants compensatoires monétaires effectués par les autorités nationales sur la base de ces dispositions, pour la période antérieure à la date du présent arrêt*"²³⁸. Elle a donc privé, au dépend des intérêts des justiciables, l'arrêt en constatation d'invalidité d'effet rétroactif pour préserver les intérêts financiers de la Communauté. Cet arrêt est hautement critiquable.

A défaut de pouvoir obtenir la restitution des montants compensatoires indûment payés devant le juge national, la Société Roquette a été être contrainte de se porter l'affaire devant le juge communautaire pour être dédommagée du préjudice subi.

L'existence du recours préjudiciel n'est donc pas toujours " *de nature à assurer de manière efficiente la protection des particuliers* ", encore se doit-il d'être " *susceptible d'aboutir à la réparation du dommage allégué* "

2. L'application de la condition d'efficacité

Quelles sont les causes éventuelles de l'inefficacité des voies de droit nationales ? (a).

Comment le juge apprécie-t-il la condition d'efficacité ?

a. les causes de l'inefficacité des voies de droit nationales

Souvent l'efficacité des voies de recours locales est étroitement liée à l'aptitude du juge interne à obliger les autorités nationales à prendre un acte déterminé. Ainsi, il est fréquent que les juridictions nationales ne puissent accorder au requérant ce qu'il demande lorsqu'est en cause la légalité d'un règlement communautaire. Il n'est pas rare que, suite à l'invalidation des dispositions communautaires sur la base desquelles la décision de refus a été annulée, le juge national se trouve face à un vide juridique, l'annulation n'ayant pas, par elle-même, pour effet d'attribuer le droit ou l'avantage au préalable refusé. Dès lors, le juge ne peut pas agir sans une intervention du législateur communautaire. Il lui est, en effet, interdit de se substituer aux organes nationaux de se substituer aux organes communautaires.

Ainsi, dans l'arrêt Unifrex, la Cour de justice considère que :

" à supposer même que la réglementation communautaire litigieuse soit déclarée invalide par un arrêt préjudiciel de la Cour rendu dans le cadre d'une telle procédure et que la décision nationale soit annulée, un telle annulation ne saurait entraîner l'obligation pour les autorités nationales d'appliquer à la requérante des montants compensatoires

²³⁸ Point 53 de l'arrêt, Rec. p. 2947.

monétaires d'un montant supérieur, sans intervention préalable du législateur communautaire"²³⁹.

L'affaire Dietz²⁴⁰ est également très significative. La requérante reprochait à la Commission d'avoir appliqué à l'Italie, par un règlement du 30 décembre 1971, un nouveau système de montants compensatoires monétaires sans avoir prévu de mesures transitoires pour les contrats conclus antérieurement. Elle demandait donc réparation du dommage qui lui avait été, de ce fait, occasionné directement devant la Cour car *"même si la Cour, dans le cadre d'une procédure préjudicielle estimait que la réglementation applicable était de nature à causer un préjudice en raison de l'absence de mesures transitoires appropriées, le tribunal national ne serait pas habilité à arrêter lui-même ces mesures, de sorte qu'un recours direct à la Cour sur la base de l'article 215 du traité serait encore nécessaire"*²⁴¹.

Selon l'Avocat général Warner, *"en juger autrement reviendrait en fait à attribuer à une juridiction nationale la charge de décider comment une institution communautaire aurait dû exercer le pouvoir normatif qui lui est conféré"*²⁴². C'est pourquoi la Cour s'est reconnue *"saisie dans le cadre de sa compétence"*²⁴³.

Toujours en matière de montants compensatoires monétaires, les affaires dites du *quellmechl*²⁴⁴ viennent s'ajouter aux exemples précédents. Si la Cour, comme nous avons pu le constater, se base sur la nature de l'action pour rejeter l'exception de recours parallèle²⁴⁵, elle ajoute cependant que *"dans les circonstances de l'espèce, il est en outre constant, ... qu'une juridiction nationale n'aurait pu donner suite à une action en paiement, à défaut de toute disposition réglementaire de la Communauté autorisant les organismes nationaux à verser les montants réclamés"*²⁴⁶

L'affaire De Boer Buizen BV²⁴⁷ confirme également l'arrêt Unifrex. La Cour de justice a considéré, en effet, que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission ne pouvait être retenue au motif que *"l'annulation par une juridiction nationale d'un refus d'octroyer une licence à une entreprise distributrice ne peut avoir pour résultat que celle-ci a le droit d'obtenir*

²³⁹ Point 12 de l'arrêt.

²⁴⁰ C.J.C.E., 15 déc. 1977, Firma Gebrüder Dietz (Aff.126/76, Rec.p.2431)

²⁴¹ Att. 5 de l'arrêt

²⁴² Conclusions sur l'affaire Dietz, Rec.p2444

²⁴³ Att. 6 de l'arrêt.

²⁴⁴ Déjà analysées

²⁴⁵ Pour mémoire, la Cour estimait que *"s'il est vrai qu'une action en paiement de montants dus au titre de la réglementation communautaire ne saurait être engagée, sous le couvert des articles 178 et 215, alinéa 2, du traité CEE, les demandes présentées par les requérantes en l'espèce ne s'analysent pas en demandes de paiement de montants dus, mais en demandes de réparation du préjudice qui résulterait de l'illégalité constatée par l'arrêt de la Cour du 19 octobre 1977"*.

²⁴⁶ Voir, par exemple, l'attendu 6 de l'arrêt 4 oct. 1979, Interquell.

²⁴⁷ Arrêt précité.

la licence ou la réparation du préjudice qu'elle pourra avoir subi. Il en est de même d'une constatation d'invalidité des dispositions réglementaires en cause à laquelle la juridiction nationale pourrait parvenir après avoir saisi la Cour d'une question portant sur ce point en vertu de l'article 177 du traité ²⁴⁸

Pourtant l'annulation ou l'invalidité d'une réglementation communautaire devrait, en raison de son effet rétroactif l'effet, entraîner la restauration ab initio de la réglementation antérieure. Dès lors, en attendant une nouvelle intervention du législateur européen, les autorités nationales, et notamment le juge interne, devraient se baser sur ces dispositions pour déterminer le contenu de l'acte à prendre.

En réalité, la constatation de l'illégalité d'une réglementation communautaire n'aboutit pas nécessairement au rétablissement des anciennes normes. Ainsi, " *dans le cadre d'une déclaration d'invalidité prononcée en vertu de l'article 177 TCEE, il n'y a pas de restauration du règlement antérieur car l'acte invalidé demeure dans l'ordonnancement jusqu'à l'abrogation expresse par l'autorité communautaire* " ²⁴⁹.

En effet, " *le caractère rétroactif des effets d'une déclaration d'invalidité n'a pas pour conséquence de l'assimiler à une annulation* ²⁵⁰, *simplement le juge national est-il autorisé à donner un effet rétroactif à l'inopposabilité de l'acte qui devient inapplicable rétroactivement à la situation juridique qui a fait l'objet du litige* " ²⁵¹.

Toutefois, il arrive que la Cour de justice précise, dans l'arrêt préjudiciel, les mesures que les autorités nationales sont tenues d'adopter en attendant la modification du régime communautaire en cause ²⁵².

Elle peut également, comme nous avons pu nous en rendre compte, refuser de reconnaître tout effet rétroactif à son arrêt préjudiciel et interdire par là même au juge national de tirer une quelconque conséquence de la déclaration d'invalidité. Il s'ensuit une inefficacité du recours préjudiciel et donc, une inefficacité des voies de droit internes.

L'inefficacité de ces voies peut encore provenir de la réalisation définitive du préjudice et donc de l'impossibilité de revenir en arrière. Tel était le cas dans l'affaire Krohn où la Cour estimait que rien ne permettait d'affirmer que l'annulation de la décision du BALM et la

²⁴⁸ Point 10 de l'arrêt.

²⁴⁹ Voir F.Fines, thèse précitée, p.260.

²⁵⁰ Ainsi l'acte n'est-il pas considéré comme n'ayant jamais existé et n'est donc pas abrogé d'office.

²⁵¹ Voir Guy Isaac, *op. cit.*, p. 300.

²⁵² Voir par exemple C.J.C.E., 29 juin 1988, Van Landschoot, (Aff.300/86, Rec.p. 3443). La Cour, ayant constaté la non validité d'un règlement pour violation du principe d'égalité, a jugé que, en attendant l'adoption par le législateur communautaire, des mesures nécessaires pour rétablir l'égalité de traitement, les autorités nationales devaient non seulement continuer à appliquer l'exonération prévue par la disposition déclarée invalide, mais aussi en étendre le bénéfice aux opérateurs frappés par la discrimination constatée.

délivrance, après plusieurs années, des certificats d'importation réclamés en 1982 compenserait le préjudice subi par la requérante.

Elle en concluait donc qu'une telle annulation ne dispenserait pas la requérante de se présenter devant la Cour pour obtenir réparation.

Les règles nationales elles-mêmes peuvent expliquer l'inefficacité des voies de recours internes. L'affaire Vreugdenhil²⁵³ en est un exemple topique :

Après avoir effectivement obtenu le remboursement de sommes indûment perçues par l'organisme d'intervention néerlandais devant le juge interne, la société Vreugdenhil s'était portée devant la Cour pour être indemnisée du préjudice accessoire dont elle avait fait l'objet. La règle de principe dégagée par la jurisprudence de la Cour étant la compétence des juridictions nationales, Vreugdenhil invoquait l'impossibilité de ces juridictions à lui offrir une protection efficace en raison de l'état du droit interne applicable. En effet, selon une jurisprudence établie du *College van Beroep voor het Bedrijfsleven*, la responsabilité de l'Etat néerlandais ne peut être engagée lorsqu'il n'a fait qu'exécuter un règlementation communautaire illégale. Ainsi la requérante n'avait-t-elle d'autre choix que de saisir la juridiction communautaire qui *"ne saurait, dès lors, (lui) opposer l'irrecevabilité du présent recours pour non épuisement des voies de droit internes, même si l'engagement de celle-ci était le chemin naturel pour obtenir la réparation des préjudices allégués, dans la mesure où ces voies n'étaient pas à même de lui permettre de parvenir à ce résultat"*²⁵⁴.

La Cour a effectivement jugé le recours recevable. Selon, l'Avocat général Darmon, en juger autrement aurait porté atteinte au principe du " droit au juge " en vertu duquel *" la nécessité d'épuisement préalable des voies de droit internes a pour contrepartie que la Communauté est tenue " à garantie " pour le cas où l'indemnisation du préjudice trouvant sa cause dans l'illégalité d'un acte communautaire ne peut, pour une raison ou une autre, être obtenue devant le juge national sans que cela provienne du fait du requérant."*²⁵⁵

Ainsi, si l'inefficacité des voies de droit nationale résulte du comportement du requérant²⁵⁶, ne le recours en responsabilité est irrecevable devant le juge communautaire. Il est, en quelque sorte, une cause exonératoire du "droit au juge". Ce qui est tout à fait logique dans la mesure où il ne s'agit plus d'une inefficacité proprement dite des voies nationales mais d'une mauvaise utilisation.

²⁵³ Arrêt précité.

²⁵⁴ Conclusions de M. Darmon, Rec. p.1956

²⁵⁵ Rec. p.1955

²⁵⁶ M.Darmon cite à titre d'exemple le caractère insuffisant des preuves apportées à l'appui du recours devant le juge national.

b. L'appréciation de l'inefficacité des voies de droit nationales

Il ressort de la jurisprudence récente de la Cour qu'il n'est pas nécessaire que les voies de droit internes soient manifestement inefficaces. Il suffit qu'elles soient aléatoires. L'arrêt Eximo²⁵⁷ est très clair sur ce point.

Dans cette affaire, la société Eximo, productrice de lait, exigeait devant la Cour réparation du préjudice subi en raison d'ajustement des restitutions à l'exportation dans son secteur d'activité dont elle n'avait pu jouir. Un règlement communautaire était venu, en effet, modifier le montant des restitutions à l'exportation des produits laitiers, prévoyant que seuls certains certificats d'exportation pourraient bénéficier d'un ajustement. Le certificat d'exportation d'Eximo n'en faisait pas partie. Aussi avait-elle préféré ne pas l'utiliser mais en demander un nouveau afin de pouvoir faire ses opérations au montant des nouvelles restitutions fixées. Elle faisait valoir cependant qu'elle n'avait pas obtenu un montant équivalent à celui qu'elle aurait eu en pouvant profiter de l'ajustement des restitutions initialement prévues dans son premier certificat d'exportation. A ce titre, elle estimait être dommageable de la perte dont elle avait été victime.

La Commission soutenait que c'était la société, elle-même, qui s'était privée de la possibilité de contester devant le juge national le montant des restitutions non ajustées en n'utilisant pas son premier certificat.

Toutefois, selon la Cour, *"la requérante n'était pas en mesure de faire fruit des voies de recours nationales "* au motif que *" le sort d'une telle contestation devant les juridictions nationales apparaît comme hautement aléatoire en raison du fait que la requérante n'aurait pu mettre en cause le calcul de la restitution qu'en fonction d'un règlement postérieur aux faits et dont la sphère d'application temporelle était définie de telle manière que la requérante ne pouvait pas bénéficier de l'ajustement prévu "*²⁵⁸.

Elle ne rejette donc pas, dans son principe, l'argumentation de la Commission mais l'écarter, en l'espèce, en raison du caractère aléatoire des voies de droit nationales.

Une voie de droit est aléatoire lorsqu'on nourrit des doutes quant à son résultat et qu'elle est, dès lors, particulièrement risquée²⁵⁹.

Néanmoins, pour que le moyen soit recevable, il faut que ces doutes soient sérieux c'est à dire, pour reprendre les termes du professeur Chapus dans le cadre du sursis à exécution, ni fantaisistes ni imaginaires mais solides²⁶⁰.

²⁵⁷ C.J.C.E. 30 mai 1984, Eximo Molkereierzeugnisse Handelsgesellschaft mbH / Commission (aff.62/83, Rec.p.2295)

²⁵⁸ Points 15 et 16 de l'arrêt

²⁵⁹ "Particulièrement" car on ne peut jamais prédire avec une totale certitude l'aboutissement d'une action en justice. Il existe toujours un risque même si il est minime.

²⁶⁰ Voir C. Weisse, *"Le sursis à exécution devant la Cour de justice des Communautés européennes et devant le juge administratif français "*, précité, p.106 et s.

Dans l'affaire Eximo, la Cour les juge "hautement aléatoire" et marque ainsi le caractère sérieux sinon incontestable des doutes nourris sur le sort d'une contestation de la requérante devant le juge interne.

Les conclusions de l'Avocat général Darmon dans l'affaire Cato sont également très éloquents. Il y fait part à la Cour de ses doutes quant au succès d'une action devant les juridictions nationales.

Pour rappel, le requérant avait demandé en 1985 à la High Court l'autorisation de former un recours juridictionnel à l'encontre du refus de l'administration britannique de lui verser la prime d'arrêt définitif de l'activité de pêche. Mais cette demande avait été refusée du fait de l'expiration du délai légal de trois mois.

M. Darmon n'est pas du tout convaincu que, si M. Cato avait obtenu la "judicial review", l'engagement de cette procédure nationale lui aurait permis d'atteindre "un résultat utile" c'est à dire le versement de la prime.

Les raisons qu'il invoque tiennent essentiellement aux conséquences de la déclaration d'invalidité de la décision d'approbation de la Commission.

Selon lui, c'est seulement dans l'hypothèse où " *la Cour aurait déclaré invalide la décision de la Commission dans la seule mesure où elle approuve un régime national qui prévoit telle condition supplémentaire par rapport à la directive que le juge britannique aurait alors eu peut être la possibilité d'écarter l'application de cette condition et en conséquence, de faire bénéficier M.Cato du versement de la prime. Or une telle solution n'apparaît pas comme allant de soi* "261.

Il se peut très bien, en effet, que la Cour se soit contentée de déclarer invalide la décision de la Commission en ce qu'elle avait approuvé un régime national non conforme à la directive. Dans ces conditions, " *ne faudrait-il pas en conclure que les aides accordées au titre de ce régime ne sauraient plus être justifiées au regard du droit communautaire... Dans une telle hypothèse, M.Cato n'aurait pas obtenu la prime attendue, malgré la constatation de l'invalidité de la décision de la Commission, puisque le juge britannique n'aurait plus été en mesure de faire application du schéma* "262.

La nuance entre ces deux possibilités peut paraître infime, elle n'en est pas moins lourde de conséquences.

Par ailleurs, si " *une telle solution n'apparaît pas aller de soi* " , c'est aussi en raison de l'impossibilité pour le juge national d'écarter de sa propre initiative les dispositions nationales contestées pour permettre à M. Cato d'obtenir le versement de la prime. Il faut auparavant que la Cour le lui ait permis dans son arrêt préjudiciel. En d'autres termes, il faut que la Cour ait précisé aux autorités nationales quelles étaient les mesures provisoires qu'elles pouvaient prendre dans l'attente de l'intervention des instances communautaires. Ecarter l'application de la condition

²⁶¹ Point 21 des conclusions, Rec. p. I- 2250.

²⁶² Point 20 des conclusions.

illégal et verser la prime au requérant font tout à fait partie des mesures envisageables dans l'intérêt du justiciable. Or, rien ne permettait de présager qu'elle allait le faire en l'espèce.

Dès lors, M. Darmon en déduit que *"le requérant n'était pas dans la même situation de confiance et de certitude qui est celle de l'opérateur qui invoque au cours d'une procédure en répétition de l'indu, l'invalidité d'une disposition normative communautaire sur le fondement de laquelle il a dû effectuer des versements et qui sait pouvoir les récupérer sur la constatation par votre Cour de l'invalidité de la disposition précitée"*. Ainsi, *"l'introduction d'une instance devant les juridictions britanniques comportait en conséquence un aléa quant aux conséquences d'une éventuelle constatation d'invalidité de la décision de la Commission. Il n'est pas certain dès lors que le requérant aurait pu, par ce moyen, obtenir " un résultat utile " "*. Il en conclut à la recevabilité du recours²⁶³.

Qu'il s'agisse de l'espèce Eximo ou de l'espèce Cato, on peut remarquer que l'aléa tient pour l'essentiel à l'utilisation de la procédure de l'article 177 du traité CEE.

Dans le premier cas est mise en doute la possibilité pour la requérante de se voir reconnaître un droit au paiement de la différence entre le montant des restitutions qu'elle a effectivement perçu et celui des restitutions estimées dues. Dans le second cas, ce sont les conséquences de la déclaration d'invalidité qui sont en cause.

De manière plus générale, on peut dire que c'est l'efficacité même du recours préjudiciel qui est contestée. Or l'inefficacité de la procédure de l'article 177 entraîne inévitablement, comme nous l'avons vu, celle des voies de recours internes. La solution de l'arrêt Eximo ainsi que les conclusions de l'Avocat général dans l'affaire Cato sont donc conformes à la jurisprudence Unifrex.

Toutefois la Cour ne s'est pas toujours montrée aussi soucieuse d'examiner si la voie de droit nationale était de nature à assurer une protection efficace du justiciable.

Dans l'arrêt Lesieur Cotelle²⁶⁴, elle a distingué les recours suivant la date de survenance du dommage²⁶⁵. Seules les actions relatives aux décisions de préfixations prises avant l'intervention du règlement de la Commission ont été jugées recevables dans la mesure où *"on voit mal comment les requérantes auraient pu, en temps utile, se rendre compte des insuffisances ou illégalités dont ces décisions auraient été entachées, et en saisir les juridictions nationales compétentes"*.

²⁶³ Voir conclusions, Rec. p.2550-2551

²⁶⁴ Arrêt du 17 mars 1976 (aff.jtes 67 à 85/75, Rec.p.391).

²⁶⁵ Dans cette affaire, le recours était dirigé contre la Commission du fait de la suppression à partir du 1er février 1972, par un règlement, des montants compensatoires dans le secteur des matières grasses. Après l'intervention de ce règlement abrogatoire de la Commission, les aides préfixées avant cette date et calculées sur la base des montants compensatoires se sont révélées insuffisantes. Les requérantes se sont donc pourvues devant la Cour en réparation du préjudice qui s'en est suivi pour elles.

Par contre, les recours relatifs aux préfixations postérieures à l'entrée en vigueur du règlement abrogatoire contesté, ont été rejetés, " *les requérantes ayant été, dans ce cas, en mesure de saisir les juridictions nationales compétentes des violations alléguées...*".

L'Avocat général, M. Warner, estimait, au contraire, ces recours recevables. En effet, en l'espèce, comme le souligne Mme Fines, " *les juges ne pouvaient tirer aucune conséquence de la constatation d'illégalité éventuelle du règlement qui était à la base des décisions nationales faisant préjudice, car il revient aux autorités communautaires et non pas aux autorités nationales de fixer le montants des aides* "266.

Il est peu probable, cependant, si la Haute juridiction communautaire maintient sa jurisprudence Unifrex, qu'une telle solution puisse être adoptée à l'avenir. Elle se trouve, en effet, en amont de la jurisprudence Amylum. Elle la laissait pressentir car, de toute évidence, la Cour considérait que la seule existence du recours préjudiciel suffisait à garantir l'efficacité des voies de recours internes. On ne voit pas d'autre explication qui pourrait justifier la position de la Cour.

Ainsi présenté, le système mis en place par la Cour paraît complexe et dès lors, inadapté à l'objectif principal du principe de la responsabilité des Etats membres : la protection des justiciables. Une solution simplificatrice semble s'imposer.

²⁶⁶ Thèse précitée, p.294.

SECTION II : LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION SIMPLIFICATRICE

Trop complexe, le système de répartition des compétences mis en place par la CJCE déteint sur l'objectif même du principe de la responsabilité des Etats : la protection des particuliers. Une simplification s'impose (§1) et une solution en ce sens doit être recherchée (§2).

§1 La nécessité d'une simplification du système

La nécessité d'une simplification du système se mesure par rapport aux exigences du justiciable qui sont essentiellement au nombre de deux : " *La première exigence du justiciable porte sur l'existence de règles précises lui permettant de déterminer, sans grand risque d'erreur, la juridiction compétente pour connaître de son recours. La seconde exigence du justiciable est de disposer d'une voie de droit lui permettant d'obtenir, dans des délais raisonnables, la réparation du dommage*"²⁶⁷.

Les risques d'erreur, quant aux choix de la juridiction compétente, sont assez importants. Il suffit de regarder la jurisprudence de la Cour et l'analyse détaillée que nous en avons faite pour comprendre que les connaissances en droit processuel exigées du justiciable dépassent largement l'entendement du "bon père de famille".

La détermination de la marge de manoeuvre dont disposaient les autorités nationales dans l'application du droit communautaire est un "échantillon" des difficultés qui attendent le requérant tant ce critère est délicat à mettre en oeuvre. On ne peut se montrer que pessimiste sur ses capacités à le manipuler correctement lorsqu'on connaît les problèmes qu'il pose parfois aux "hommes de compétence", habitués aux complications juridiques.

Il lui sera également difficile de comprendre pourquoi, la Communauté étant responsable, il doit s'adresser préalablement aux juridictions nationales. Il eut été plus judicieux, comme le suggéraient MM. Mayras et Dutheillet de Lamotte, de partir des revendications du requérant pour déterminer de quelle compétence, nationale ou communautaire, elles relèvent.

L'Avocat général Mancini, dans ses conclusions sur l'affaire Krohn, résume parfaitement cet inconvénient majeur du système de répartition des compétences :

²⁶⁷ MM. Grévisse, Combrexelle et Honorat, article précité, p.944.

" ... les opérateurs sondent chaque repli du processus qui est à l'origine de l'acte préjudiciel pour établir quelle est, de l'autorité nationale ou de l'autorité communautaire, celle qui a le plus contribué à la formation de cet acte; et chacun voit combien la nécessité d'une semblable recherche- d'ailleurs d'une issue douteuse parce qu'il est rare que les contours du dilemme soient ... nets- est contraire au principe de certitude qui veut que toutes les règles, mais en premier celles de compétence, soient définies de manière simple et claire."²⁶⁸

C'est d'autant plus vrai que l'application du principe de subsidiarité²⁶⁹, principe général de l'Union Européenne, risque de compliquer encore davantage les règles de répartition des compétences.

²⁶⁸ Conclusions précitées, p.761

²⁶⁹ Les rédacteurs du Traité de Maastricht ont formellement énoncé, dans un article 3B, le principe de subsidiarité. Ce principe n'est pas nouveau. Il trouve application dans beaucoup de systèmes fédéraux ou décentralisés. Dans le système communautaire, ce principe se veut un principe régulateur des compétences. Comme le souligne la Commission dans son rapport du 24 novembre 1993 au Conseil Européen sur l'adaptation de la législation existante au principe de subsidiarité. *"sa fonction n'est pas en soi de répartir les compétences. Cela relève des "pouvoirs constituants" des auteurs du Traité."* Mais, il *"vise à réguler l'exercice de ces compétences et à justifier leur mise en oeuvre dans un cas concret"*. Concrètement, désormais, en vertu de la subsidiarité, la Communauté ne pourra plus intervenir, hormi les cas où elle ou l'Etat aura une compétence exclusive, que lorsque les objectifs européens ne pourront pas être atteints par l'action des Etats membres. Ainsi, comme le fait remarquer M.Strozzi (*"Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes"*, RTDE, 1994, p.373), *"l'exercice d'une compétence de la part de la Communauté (ou de l'Union) est maintenant réglementé par le principe de subsidiarité"*.

L'application de ce principe va, sans aucun doute, être source de responsabilité pour la Communauté mais également de complications pour la détermination de l'imputabilité du dommage. La Communauté risque, en effet, de se voir reprocher son intervention ou bien, au contraire sa non-intervention, selon que les justiciables estimeront que les conditions de son action étaient ou non remplies en l'espèce. Mais, encore faut-il qu'ils soient en mesure de porter raisonnablement un tel jugement. On peut se montrer perplexe dans la mesure où la décision d'intervenir ou non sera le plus souvent basée sur une appréciation d'opportunité politique. La Commission, elle-même, l'affirme dans le rapport susmentionné en des termes très éloquentes : *"ce principe ne peut se ramener à des règles de procédure, il est avant tout un état d'esprit, qui, pour se concrétiser, suppose qu'une réponse d'ordre politique soit apportée aux questions de fond que l'application de la subsidiarité ne manquera pas de faire surgir avec l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union Européenne"*.

Le principe de subsidiarité va indubitablement s'inscrire dans le cadre des interventions contraignantes de la Communauté. Aussi faudra-t-il se demander si elle a agi dans le cadre de la coopération interne avec les autorités étatiques ou bien, dans le cadre de la subsidiarité. De cette réponse dépendra la détermination de l'imputabilité du dommage, conformément aux règles que nous avons pris soin de dégager.

Pourtant, le principe de subsidiarité n'a d'autre but que d'*"assurer une prise de décision la plus proche possible du citoyen en vérifiant constamment que l'action à entreprendre au niveau communautaire est justifiée par rapport aux possibilités qu'offre l'échelon national, régional ou local"*(p.1 du rapport de la Commission précité). Il vise donc en premier lieu à protéger les particuliers en limitant la centralisme communautaire au profit d'une décentralisation communautaire (et donc de l'action des Etats membres). Encore une fois, son utilisation concrète risque, si on n'y prend pas garde, d'aller dans le sens inverse de celui souhaité préalablement.

Voir également *"Le principe de subsidiarité"*, F.I.D.E, XVIe Congrès, Rome, I, 1994 et notamment, le rapport communautaire par J.-P. Jacqué : *"la subsidiarité en droit communautaire"*; J.Ziller, *"Droit administratif et droit communautaire : du bon usage du principe de subsidiarité"* in *"Droit administratif"*, Mélanges René Chapus, Montchrestien, 1992, p. 681 ; V.Constantinesco, *"Le principe de subsidiarité: un principe obligé vers l'Union Européenne ?"* in Mélanges en hommage à J.Boulouis: *"L'Europe et le droit"*, D.1991. p.35.

La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes n'est pas d'une manipulation plus aisée que le critère de l'imputabilité. Elle requiert également de la part des justiciables de solides aptitudes en droit pour savoir, d'une part, quelles sont les recours susceptibles de leur être ouverts, mais surtout, d'autre part, s'ils sont de nature à leur donner satisfaction. Ainsi exige-t-on d'eux de présager du résultat de leurs actions devant le juge interne.

Il est vrai que le seuil d'exigence de la Cour dans le domaine de l'efficacité n'appelle pas la certitude. Des doutes sérieux sont suffisants. Cependant encore faut-il pouvoir nourrir de tels doutes et donc, avoir une approche "avertie " de la situation.

Un autre problème concerne la rigidité avec laquelle le juge européen tend à veiller au respect des règles qu'il a instaurées. Cette rigidité s'accorde mal parfois avec la situation des requérants, alors que ces règles sont, en principe, justifiées par la protections des justiciables ! L'affaire Wagner²⁷⁰ est sans aucun doute un des meilleurs exemples que peut fournir la jurisprudence de la Cour sur le défaut d'équité dont elle peut faire preuve au nom de la stricte application de la règle de l'épuisement préalable.

Dans cette affaire, la requérante, la Firma Hans-Otto Wagner, justifiait son choix de ne pas intenter un recours devant les juridictions nationales par les risques financiers insurmontables qu'une telle action lui aurait occasionné. Etait en cause un certificat d'exportation pour 500 tonnes de sucre pour lequel la Société avait dû constituer une caution assez conséquente pour couvrir l'hypothèse d'une non-utilisation du certificat. Suite à une modification des taux de change et conformément à un règlement de la Commission, elle en avait demandé l'annulation à l'organisme d'intervention allemand. Le BALM avait refusé de faire droit à sa demande en se basant sur un autre règlement de l'institution communautaire qui visait à compenser par des mesures appropriées tout désavantage résultant de modifications des taux de change au lieu d'annuler le certificat lui-même. La requérante avait, dès lors, utilisé son certificat pour apprendre plus tard, qu'en fait, en raison d'une grève du journal officiel des Communautés Européennes, le règlement invoqué par le BALM, qui aurait dû effectivement entrer en vigueur le jour même où elle avait fait sa demande d'annulation, n'avait été publié que le lendemain. Par ailleurs, dans un arrêt du 31 mars 1977²⁷¹, la Cour de justice avait indiqué que, nonobstant le fait que le règlement prévoyait son entrée en vigueur le 1er juillet 1976, il n'avait pu être valablement appliqué que le jour après et que, par conséquent, il ne pouvait être appliquée aux demandes d'annulation ce certificat déposées le 1er juillet 1976.

La requérante en avait donc déduit que le BALM lui avait illégalement refusé l'annulation de son certificat. Elle estimait que la Commission, en tant que responsable de l'office de publication des

²⁷⁰ C.J.C.E, 12 déc. 1979, Firma Hans-Otto Wagner GmbH Agrarhandel KG contre Commission, (aff.12/79, Rec.p.3657)

²⁷¹ C.J.C.E, 1er mars 1977, Société pour l'exportation des sucres contre Commission, (aff.88/76, Rec.p.709).

CE, aurait du prévenir l'organisme d'intervention allemand de la nouvelle date d'entrée en vigueur du règlement. Elle avait donc saisi la Cour de justice pour obtenir réparation des pertes qu'elle avait subi du fait de l'utilisation de son certificat. Selon elle, la compensation financière qu'elle avait reçu en application du règlement abrogatoire n'avait pas couvert les pertes dues à la modification des taux de change.

La Commission soutenait que la requérante aurait dû introduire un recours devant les autorités et les tribunaux nationaux compétents contre la décision du BALM. Dès lors qu'elle avait pris le parti d'utiliser le certificat avec les avantages qui l'accompagnaient, elle devait en supporter les conséquences. La requérante mettait en avant qu'en attaquant le refus du BALM, elle aurait été également contrainte de laisser s'écouler la durée de validité du certificat sans l'utiliser et aurait perdu sa caution qui représentait plus d'un sixième de son capital, sans aucune garantie quant au résultat de sa réclamation. Compte tenu de l'importance du risque financier encouru par rapport à la taille de l'entreprise, elle avait préféré utilisé le certificat.

La Cour n'a pas été sensible à cette argumentation. Elle s'est montrée intangible sans se demander si elle pouvait raisonnablement attendre de la requérante qu'elle saisisse le juge national. Elle s'en est rigoureusement tenue à la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes :

" le recours de la requérante tend, en réalité, à la réparation du dommage résultant du fait que la requérante n'est pas parvenue à priver la décision de refus prise par le BALM de ses effets. Quelles que soient les raisons qui ont amené la requérante à ne pas tenter un recours contre cette décision devant les juridictions nationales compétentes, la Cour ne saurait recevoir une action en responsabilité comme celle de l'espèce contre la Communauté sans méconnaître le système de l'ensemble des voies de recours juridictionnelles, conçu entre autres pour protéger les entreprises intéressées contre une fausse application des mesures prises dans le cadre de la politique agricole commune.

Il s'ensuit que la Cour doit rejeter, pour manque de pertinence, l'argument de la requérante selon lequel l'introduction d'un recours contre la décision de refus aurait eu pour conséquence la non-utilisation du certificat d'exportation et la perte du cautionnement, dans l'attente de l'issue ultérieure du recours, conséquence qui constituerait un risque financier d'une telle envergure qu'une entreprise de taille moyenne comme celle de la requérante ne pourrait raisonnablement le supporter. En effet, si la requérante a choisi d'éviter un tel risque, elle s'est également privée de la possibilité qui lui était ouverte de faire corriger l'illégalité dont elle se plaint."²⁷²

²⁷² Points 13 et 14 de l'arrêt.

Depuis l'arrêt Zuckerfabrik, qui permet désormais au juge interne de prononcer le sursis à exécution d'une décision des autorités nationales prise sur la base d'une réglementation communautaire illégale²⁷³, il est peu probable qu'une telle situation puisse se produire.

Ne pas s'adresser immédiatement au juge compétent peut avoir pour conséquence la prescription de l'action envisagée.

Toutefois, les justiciables qui s'adressent, dès le départ, à la bonne juridiction, ne sont pas pour autant à l'abri de ce genre d'impair. En effet, une action devant les juridictions nationales n'a pas pour effet d'interrompre la prescription de cinq ans de l'action en responsabilité devant le juge communautaire. Dans ces conditions, du fait de "la longue marche" à laquelle le requérant est contraint par la règle de l'épuisement préalable des voies de recours nationales, un tel risque existe toujours. C'est pourquoi un grand nombre de recours sont introduits simultanément devant le juge interne et devant le juge communautaire

Dans tous les cas, ce système de renvoi ne peut pas conduire à une indemnisation rapide des particuliers lésés. Dans l'affaire Kampffmeyer, après avoir été renvoyés devant le juge national, les requérants ne sont même pas retournés devant la Cour, les longueurs de la justice ayant eu indubitablement raison d'eux.

Une dernière remarque peut être faite. L'application de la règle de l'épuisement préalable des recours nationaux conduit à une protection interne inégale des ressortissants communautaires dans la mesure où ils relèvent d'ordre juridiques nationaux différents. En effet, les recours nationaux diffèrent d'un Etat membre à l'autre²⁷⁴. Ainsi comme le note Mme Fines, "*le renvoi aux voies de droit nationales pourra conduire à l'application de solutions divergentes à des requérants, se trouvant dans des situations similaires, mais devant exercer leurs recours dans des Etats membres différents. Face aux distorsions considérables qui en résultent, la protection des requérants va être variable selon les Etats, ce qui présente le risque d'atteinte au principe d'application uniforme du droit communautaire*"²⁷⁵.

L'ensemble de ces considérations montre la nécessité d'une simplification du système de répartition des compétences juridictionnelles. La recherche d'une solution simplificatrice s'avère délicate en pratique.

²⁷³ Arrêt précité.

²⁷⁴ Nous en avons eu un aperçu concernant les actions en répétition d'indu et en annulation.

²⁷⁵ Thèse précitée, p.304.

§2 La recherche d'une solution

Deux impératifs doivent être respectés . Tout d'abord, il faut faire peser sur la Communauté et les Etats membres la part du dommage qui leur est imputable, ensuite il faut assurer une protection effective aux droits des justiciables.

La doctrine a déjà proposé en ce sens plusieurs solutions. En fait, ces solutions apparaissent comme les seules envisageables (A). Il reste donc à déterminer laquelle ou lesquelles seraient les plus à même de répondre aux exigences précitées (B).

A- Les solutions envisageables

Pour l'essentiel ses solutions s'inspirent des droits nationaux. Les auteurs ont essayé d'adapter aux relations Etats membres-Communauté, les formules existantes et déjà éprouvées dans les ordres juridiques internes. Elles s'articulent autour de deux pôles : la responsabilité in solidum (1) et l'élargissement de compétences soit des juridictions communautaires soit des juridictions nationales (2).

Quelles qu'elles soient, elles visent toutes à simplifier le système de répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions tout en veillant à faire supporter à chacun la charge du dommage qui lui revient.

1. La responsabilité in solidum

Cette solution préconisée par le Professeur Constantinesco²⁷⁶ concerne le cas particulier, voire dépassé, d'une co-responsabilité de la Communauté et d'un Etat membre.

Pour l'auteur, le choix du système de la responsabilité partielle et subsidiaire, en cas de responsabilité concomitante de la Communauté et d'un Etat membre, conduit à sacrifier la victime et à protéger les coauteurs.

Il oblige, en effet, le requérant " *à déclancher une pluralité d'actions pour obtenir la réparation du dommage et ne lui offre pas la certitude d'obtenir la réparation entière, notamment en cas*

²⁷⁶ L. Constantinesco, "Les problèmes résultant de la responsabilité extra-contractuelle concomitante de la Communauté et d'un Etat membre ", article précité.

d'insolvabilité d'un des coauteurs"²⁷⁷. Par contre, les coauteurs sont avantagés, ne payant que leur part " *proportionnelle à la réalisation du dommage*"²⁷⁸.

Selon lui, dans ces conditions, la protection juridictionnelle des particuliers, "*une des préoccupations majeures et constantes de la CJCE*", se trouverait gravement affectée car " *les requérants, ballotés d'une compétence à l'autre et renvoyés de la Scylla des juridictions communautaires à la Charybde des juridictions nationales, devraient parcourir un long et véritable chemin de croix afin d'obtenir la réparation d'un dommage où la responsabilité de la Communauté en tant que coauteur est hors de doute*"²⁷⁹.

Il propose, dès lors, la mise en place d'un système de responsabilité *in solidum* qui, non seulement favorise les justiciables, mais leur facilite également l'existence.

Le principe de la responsabilité *in solidum* consiste à reporter sur un des coauteurs du dommage la totalité de la réparation. La personne lésée peut donc s'adresser indifféremment à chacun des responsables pour la totalité des dommages-intérêts. Le problème de la répartition de la réparation se pose entre les coauteurs.

A ce stade, "*c'est celui des auteurs qui a payé le tout qui dispose d'une action récursoire contre ses coauteurs pour se faire rembourser une partie de ce qu'il a versé à la victime*"²⁸⁰.

Ainsi, "*peu importe la part exacte que chaque auteur a pris au dommage, l'important est la liberté pour la victime de choisir son débiteur... Le rôle de l'action récursoire est de répartir entre les coauteurs, a posteriori, le poids de la réparation intégrale supporté d'abord par un seul d'entre eux*"²⁸¹.

Le fondement de l'action récursoire est très simple. C'est celui qui est retenu dans tous les Etats membres qui appliquent ce système.

Du fait du paiement par un des auteurs, la victime ne pouvant être indemnisée qu'une seule fois, les autres coauteurs sont libérés de leur obligation envers elle²⁸². Cependant, ils ne sont pas pour autant dégagés de toute responsabilité. Ils vont devoir rendre des comptes à celui qui a payé à leur place.

Le "payeur" est, en effet, en quelque sorte, subrogé dans les droits de la victime. Il peut donc se retourner contre eux afin de récupérer l'indû correspondant à l'addition de leurs parts respectives.

Ainsi l'action récursoire n'est ni plus ni moins que "*l'action que possédait la victime contre chaque débiteur in solidum*".

²⁷⁷ Article précité, p.27.

²⁷⁸ *Idem*.

²⁷⁹ Article précité, p.70.

²⁸⁰ Article précité, p. 27.

²⁸¹ *Idem*.

²⁸² Ce qui résout le problème de double indemnisation tant redouté par la Cour dans l'affaire Kampffmeyer.

Dans l'affaire Kampffmeyer, selon M. Constantinesco, la Communauté aurait du payer la totalité de la réparation. Elle aurait disposé, dès lors, d'une action récursoire à l'encontre de l'Etat coauteur.

Si le principe est simple, qu'en est-il de sa mise en oeuvre ? Devant quel juge va s'exercer l'action récursoire et par quelle voie ?

Quant au juge, deux solutions sont possibles : les juridictions nationales ou bien, les juridictions communautaires.

L'action récursoire vise, en fait, à condamner l'Etat. Dès lors, il semble que ce soit la compétence des juridictions nationales qui s'impose. C'est d'autant plus probable que rien dans les traités ne s'oppose à ce que la Communauté puisse être partie devant elles²⁸³.

Pourtant pour l'auteur, si le recours devant le juge national apparaît comme le première voie, elle n'est pas l'unique. D'autres voies sont possibles devant le juge communautaire par le biais des articles 178 et 169 du traité CEE.

Ainsi pour qu'une action récursoire de la Communauté contre un Etat membre puisse être portée devant le juge européen, il suffit de considérer qu'il s'agit de l'un des aspects du contentieux de la responsabilité communautaire qui relève de la compétence de la Cour de justice (et depuis 1993, de la compétence du TPI) au titre de l'article 178 du traité CEE²⁸⁴

L'article 169 du traité CEE se présente également comme un moyen approprié d'exercer une action récursoire car "*après avoir payé la totalité de l'indemnité (en tant que coauteur solidaire), la Commission, subrogée dans les droits de la victime, considérant que l'Etat membre (en tant que coauteur solidairement responsable) est obligé de contribuer au dédommagement proportionnellement à la gravité de sa faute, s'adresse à lui dans ce sens*"²⁸⁵. Si l'Etat refuse de faire face à sa responsabilité en payant la partie de l'indemnité qui lui revient, il commet un manquement. La Commission pourrait, dès lors, pour récupérer la partie de l'indemnité qui n'est pas à sa charge, engager la procédure de l'article 169 du traité CEE²⁸⁶.

Néanmoins, et à juste titre, comme on pourra le constater en portant ultérieurement une appréciation plus approfondie, M.Constantinesco estime que le recours national est la voie la plus certaine car "*elle existe de toute façon et en tout cas*".

²⁸³ Ainsi l'article 183 du traité CEE dit : "*sous réserve des compétences attribuées à la Cour de justice par le présent traité, les litiges auxquels la Communauté est partie ne sont pas, de ce chef, soustraits à la compétence des juridictions nationales*".

²⁸⁴ L'auteur estime que l'article 178 du traité CEE peut être interprété dans le sens où "*tous les problèmes et aspects d'un contentieux en responsabilité selon l'article 215, alinéa 2, tombent sous le compétence de la CJCE*". Selon lui, seule cette interprétation donne sa raison d'être à cet article. Considérer que l'article 178 se limite à réaffirmer ce qui est dit à l'article 215, alinéa 2, "*n'est autre chose qu'un pléonasme et alors, on ne voit nullement sa signification*". (voir p.67).

²⁸⁵ Article précité, p. 67.

²⁸⁶ Voir article précité, p.67.

2. L'élargissement de compétences des juridictions communautaires ou des juridictions nationales

Comme le font observer MM. Grévisse, Combrexelle et Honorat, dans un cas comme dans l'autre, deux solutions extrêmes peuvent être envisagées :

- imputer systématiquement les dommages survenant à l'occasion de la mise en oeuvre du droit communautaire aux actes nationaux d'application qui en sont la cause directe. Ce qui suppose une compétence systématique des juridictions nationales et la mise en jeu de la responsabilité des Etats membres.
- imputer systématiquement les dommages survenant à l'occasion de la mise en oeuvre du droit communautaire aux institutions communautaires pour le compte desquelles les autorités nationales sont intervenues. Ce qui serait un revirement par rapport à la jurisprudence FERAM du 17 décembre 1959²⁸⁷ qui refuse de voir dans les autorités étatiques des agents d'exécution de la Communauté. Une telle solution reviendrait à consacrer la compétence des juridictions communautaires.

Si ces solutions ont le mérite de la simplicité, elles doivent toutefois être écartées. En effet, elles conduisent à la négation des ordres juridiques communautaire et nationaux²⁸⁸. Et " *l'une et l'autre négligent la solidarité et encouragent les comportements irresponsables* "²⁸⁹.

L'élargissement de la compétence des juridictions communautaires ou des juridictions nationales exclut donc ces solutions trop radicales. Cet élargissement doit, en effet, tenir compte de la spécificité des rapports existant entre les Etats membres et la Communauté. Ainsi ces solutions " *visent à prévoir ... un forum unique malgré la dualité des ordres juridiques*. Elles répondent " *à une préoccupation commune : assurer à la victime une réparation intégrale et rapide du préjudice subi* "²⁹⁰.

a. L'élargissement de la compétence des juridictions communautaires.

La majorité de la doctrine se montre favorable à un élargissement de la compétence des juridictions communautaires mais sous des formes diverses.

²⁸⁷ C.J.C.E. 17 déc. 1959, *Acciateria Ferriera Di Roma (F.E.R.A.M) / Haute Autorité de la C.E.C.A.*, (Aff. 23/59, Rec. p. 501).

²⁸⁸ " *Ces solutions peuvent difficilement être retenues. La première conduit à nier l'ordre juridique communautaire, la seconde conduit à nier l'ordre juridique national et suppose un degré d'intégration qui est loin d'être atteint.* " (article précité, p.946).

²⁸⁹ *Idem*.

²⁹⁰ MM. Grévisse, Combrexelle et Honorat, "Responsabilité extra-contractuelle de la Communauté et des Etats membres dans l'élaboration et dans la mise en oeuvre du droit communautaire ... ", article précité, p.948.

Certains tels que M. Ernst-Werner Fuss²⁹¹ et MM. Waelbroeck, Louis et Vandersanden²⁹² estiment que les juridictions communautaires devraient être compétentes pour juger de toutes les "actions en responsabilité intentées contre la Communauté pour des actes normatifs (communautaires) de caractère illicite"²⁹³.

En effet, "dans la mesure où la question décisive à trancher consiste en la validité d'une mesure communautaire, il n'y a pas de raison d'obliger le requérant à entreprendre le "périple judiciaire" de l'article 177 plutôt que de lui permettre de s'adresser directement à la Cour en vertu de l'article 178."²⁹⁴.

Une partie de la doctrine anglaise et notamment L Jones²⁹⁵ suggère que les juridictions communautaires voient leur compétence étendue aux dommages causés par les actes des Etats membres lorsque ceux-ci agissent pour le compte de la Communauté. Cependant, à la différence de la solution extrême envisagée plus haut, ces auteurs considèrent que dans ces conditions, la Communauté doit disposer d'une action récursoire contre les Etats membres. Sur ce point, ils rejoignent M. Constantinesco.

D'autres proposent que les juridictions communautaires se reconnaissent compétentes dans tous les cas où la responsabilité de la Communauté est engagée²⁹⁶. On rejoint, en quelque sorte, dans ce cas, les Avocats généraux Dutheillet de Lamothe et Mayras qui soutenaient que "l'important est de savoir ce que demande le requérant" et qu'en l'occurrence, s'il s'agit d'obtenir la

²⁹¹ E;W.. Fuss" la responsabilité des Communautés européennes pour le comportement illégal de leurs organes ", RTDE, 1981, p.1

²⁹² J. Megret, M. Waelbroeck, J.V. Louis et G. Vandersanden, "Le droit de la Communautés économique européenne", Ed.Université de Bruxelles, Coll. Etudes Européennes, Vol. 10 : " La Cour de justice : Les actes des institutions ", 1993, p.993 : "La Cour devrait se déclarer compétente même s'il est possible au requérant d'obtenir une satisfaction analogue en utilisant les voies de droit nationales".

²⁹³ E-W. Fuss, article précité.

²⁹⁴ Voir MM. Megret, Waelbroeck. Louis et Vandersanden, ouvrage précité, p.293.

Il est à noter que M. Fuss défend la même position en ces termes : "si le juge national refuse le renvoi (en appréciation de validité) et qu'il déclare valable le règlement communautaire contesté, le requérant devra s'en accommoder. Il lui restera la possibilité de former un recours en responsabilité devant la Cour de justice si le droit à réparation qu'il peut faire valoir en vertu de l'article 215 deuxième alinéa n'est pas encore prescrit". Or, le délai de prescription est limité à cinq ans et se révèle donc plutôt court pour " l'exploitation de toute filière judiciaire nationale ". Néanmoins, il faut tout de même rappeler qu'aujourd'hui la protection du justiciable en matière de question préjudicielle en appréciation de validité a été renforcé par l'arrêt Foto-Frost. Cependant, il demeure vrai que cette jurisprudence ne concerne que l'invalidité des réglementation communautaire : le juge national ne peut pas déclarer une réglementation communautaire invalide. Par contre, il peut la déclarer valide. Il n'est donc pas tenu dans ce cas de saisir la CJCE. La remarque de M.Fuss reste donc toujours valable sur ce point.

²⁹⁵ L. Jones, "The non-contractual liability of the EEC and the availability of an alternative remedy in the national courts", Legal Issues for European Integration, 1981/1, p.6

²⁹⁶ Voir par exemple G. Lysen, " three questions on the non contractual liability of EEC", Legal Issues of European Integration, 1985/2, p. 86.

mise en cause de la responsabilité de la Communauté, le juge communautaire est " *indubitablement compétent pour se prononcer une telle condamnation*"²⁹⁷.

L'élargissement de compétences peut également porter sur les juridictions nationales. Telle est la solution esquissée par M. Grévisse, Combrexelle et Honorat.

b. L'élargissement de la compétence des juridictions nationales

Selon MM. Grévisse, Combrexelle et Honorat, la compétence des juridictions nationales devraient s'étendre à tous les cas où un acte national et un acte communautaire interviennent dans la réalisation du dommage. C'est essentiellement l'hypothèse où les actes communautaires font l'objet d'une application au niveau national.

Dés lors, c'est l'Etat membre qui devrait être poursuivi par la victime du dommage devant le juge interne et il lui appartiendrait de réparer l'intégralité du dommage. Puis, l'Etat membre disposerait d'une action récursoire devant les juridictions communautaires afin d'obtenir le remboursement de la part de réparation imputable à la Communauté.

Ainsi présentée cette solution laisserait à penser qu'on rejoint le système de responsabilité in solidum assortie d'une action récursoire tel que le préconise M. Constantinesco. Pourtant à la différence de la responsabilité in solidum, l'Etat serait jugé responsable même si l'ensemble du dommage, du fait des règles de l'imputabilité définies par la Cour de justice, est imputable en fait à la Communauté. C'est seulement lors de l'action récursoire devant les juridictions communautaires que les questions d'imputabilité seraient débattues et que la répartition de la charge du dommage serait faite entre la Communauté et l'Etat.

En fait, le juge national analyserait la situation au premier degré seulement, constatant qu'à la base du dommage, il y a un acte national illégal du fait, par exemple, de l'invalidité des dispositions communautaires qu'il met en oeuvre. Il ne lui appliquerait pas les règles de l'imputabilité qui lui donneraient, sinon, un aperçu tout à fait différent des responsabilités (pouvant aller jusqu'à une irresponsabilité de l'Etat membre).

En effet, s'il en était autrement, les juridictions nationales seraient compétentes pour condamner l'Etat à réparer un dommage imputable, en tout ou en partie, à la Communauté. Or selon les dispositions de l'article 215 alinéa 2, " *en matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer... les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonction*" et se selon l'article 178, " *la Cour est compétente pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages visés par l'article 215 alinéa 2*". Un tel

²⁹⁷ Précité.

élargissement de la compétence des juridictions nationales contreviendrait donc aux dispositions du traité. C'est pourquoi les juges nationaux s'en tiendraient à une analyse du premier degré où " *la cause directe et nécessaire du dommage est ... l'acte national lui même. Il ne serait pas, en conséquence interdit de considérer, tout en respectant ... les prescriptions des articles du traité, que le dommage subi par les particuliers a été directement causé par l'acte national...*"²⁹⁸.

Mais afin d'établir la véritable part de responsabilité de chacun ou de désigner le véritable auteur du dommage, l'Etat membre disposerait d'une action récursoire.

Toutefois, quel fondement donner à une telle action dans la mesure où officiellement, devant les juridictions internes, c'est l'acte national et seulement lui qui a causé le dommage subi par le particulier ?

MM.Grévisse, Combrexelle et Honorat apportent à cette question une réponse tout à fait intéressante et judicieuse, à savoir que l'action récursoire serait le moyen pour l'Etat membre d'obtenir réparation de la Communauté du fait du dommage que lui a occasionné la réparation du préjudice causé par l'acte communautaire.

Dés lors, c'est au cours de l'action récursoire que les responsabilités seraient réellement départagées par l'application des règles d'imputabilité définies par la Cour de justice. L'action récursoire ne laisserait donc que provisoirement à la charge de l'Etat la réparation du préjudice ou la part de préjudice dont il n'est pas responsable.

En dehors de l'hypothèse d'une mesure d'exécution nationale, les juridictions nationales resteraient compétentes en cas de violation du droit communautaire par les autorités nationales. Dans ce cas, en effet, le dommage est exclusivement imputable aux autorités nationales. Les juridictions communautaires, quant à elles, verraient leur compétence limitée aux dommages causés exclusivement par les institutions communautaires c'est à dire " *en l'absence de tout relais national entre le comportement communautaire incriminé et le préjudice invoqué par la victime*"²⁹⁹.

L'élargissement de la compétence des juridictions nationales avait déjà été suggéré par l'Avocat général Mancini dans ses conclusions sur l'affaire Krohn.

Après avoir dénoncé la complexité du système de répartition des compétences instauré par la Cour, contraire au principe de certitude qui veut que les règles de compétence soient définies de manière simple et clair, il estime " *qu'un maximum de simplicité et de clarté serait réalisé si la Cour décidait que les mesures des organismes nationaux engagent toujours et de toute manière la responsabilité des Etats membres et que les juridictions nationales sont la seule instance appropriée pour l'évaluer*"³⁰⁰.

²⁹⁸ Article précité, p. 950.

²⁹⁹ Article précité, p. 949.

³⁰⁰ Conclusions précitées, Rec. p. 761.

Afin que la responsabilité de chacun lui revienne, il propose également le recours à l'action récursoire :

*" ... aux cas où la Commission ayant le pouvoir de lier les autorités nationales, il apparaît injustifié ou même injuste d'estimer que les Etats sont responsables. Or, pour ces cas, il existe un remède : l'action récursoire que l'Etat peut engager contre la Commission... A notre connaissance, aucune règle ou aucune décision de la Cour n'interdit l'emploi d'un tel instrument."*³⁰¹

Après les avoir exposés, il reste à apprécier ces solutions.

B - L'évaluation de ces solutions.

La solution idéale serait que l'imputabilité reste le critère de la responsabilité mais que ce ne soit plus au justiciable de l'utiliser et d'apprécier la responsabilité de chacun pour définir et saisir la juridiction compétente. C'est d'autant plus nécessaire que la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes tend à compliquer davantage le système.

Evaluer les solutions proposées par la doctrine conduit à les confronter à la solution idéale, respectueuse des deux impératifs de base. Le but, bien entendu, est de déterminer laquelle s'en rapproche le plus.

la condamnation d'une seule entité à réparer l'intégralité du dommage accélère l'indemnisation de la victime et résout les problèmes de prescription occasionnés par le renvoi des justiciables d'une juridiction à l'autre. C'est la démarche qu'il faut suivre selon nous.

Dès lors, toutes les solutions d'élargissement de compétence, mais également, la solution particulière de responsabilité in solidum, sont valables. Reste ensuite à juger des modalités de mise en oeuvre du principe utilisées afin de voir laquelle d'entre elles est la plus satisfaisante.

Il convient, comme précédemment, de distinguer responsabilité in solidum et élargissement de compétence.

³⁰¹ *Idem*

1. La responsabilité in solidum

Le système de la responsabilité in solidum proprement dit n'est pas applicable dans l'hypothèse d'une co-responsabilité de la Communauté et d'un Etat membre. Il suffit de décomposer clairement ses mécanismes pour le comprendre.

La victime attaque tous les coauteurs devant le juge de la responsabilité. Ceux-ci se voient reconnaître solidairement responsables et ils sont donc condamnés à payer le montant de l'indemnité fixée.

Mais que doit-on entendre concrètement par "solidairement responsable" ? Cela signifie que le juge a évalué globalement le dommage sans préciser la part de chaque coauteur. Dès lors, la victime peut demander à celui qu'elle estime le plus solvable de réparer intégralement le préjudice. Ce n'est qu'après s'être acquitté de sa dette qu'il peut se retourner contre les autres coauteurs afin que récupérer le trop-payé correspondant à l'addition de leurs parts. Ce n'est donc, en principe, qu'à l'occasion de l'action récursoire qu'est réglé le problème de la répartition de la réparation du préjudice entre les coauteurs à hauteur de leur participation à sa réalisation. En principe, car il peut arriver, que le juge, après avoir proclamé que la responsabilité solidaire, répartisse en même temps la charge de la réparation entre les coauteurs³⁰². Dans ce cas, le requérant peut toujours réclamer le totalité des indemnités allouées au débiteur le plus solvable. Ce dernier peut faire usage de son action récursoire si les autres coauteurs ne veulent pas lui acquitter ensuite leurs parts telles que prévues initialement par le juge de la responsabilité.

La responsabilité in solidum implique donc qu'à la base tous les coauteurs soient jugés responsables lors d'une même instance. C'est cette condamnation qui crée le lien de solidarité pour la réparation.

Bien sur, il arrive souvent que la victime attaque seulement un seul des responsables, sans doute parce qu'il lui paraît être le plus directement impliqué dans le dommage. Cependant, pour se défendre, ce dernier invoque la part de responsabilité des autres coauteurs qui sont donc mis en cause à leur tour. Ils seront donc appelés en garantie et par ce biais, pourront être considérés comme solidairement responsables. C'est à la personne initialement attaquée qu'il reviendra de verser à la victime l'indemnité requise. Toutefois, elle pourra se retourner contre les appelés en garantie afin de se faire rembourser à concurrence de leurs parts respectives de responsabilité.

L'important à retenir est que le système de la responsabilité in solidum suppose que soit discutée, dans le cadre de l'instance principale, de la responsabilité de tous ceux qui ont concouru au dommage de la victime. Or, comme le souligne lui-même M.Constantinesco, " *en l'espèce, la*

³⁰² voir par exemple, CE 12 juin 1970, Sieur Roba (Rec. Leb. p.395) où le Conseil d'Etat avait-il estimé que la Commune et l'entrepreneur étaient solidairement responsable de l'effondrement d'une dalle mais qu'il revenait à l'entrepreneur de supporter les deux tiers du montant des indemnités allouées au requérant pour réparer les conséquences dommageables de cet accident.

difficulté majeure provient du fait que les deux organismes ayant concouru à la réalisation du même dommage appartiennent à deux ordres juridiques différents et, dans une grande mesure, séparés. Cela fait que, au départ, la CJCE ne peut apprécier le comportement de la république fédérale d'Allemagne, éventuellement conclure à sa responsabilité face aux requérantes et la condamner aux dommages et intérêts. Cet aspect du litige, c'est à dire les rapports entre les requérantes et l'Etat membre, échappe à la compétence de la Cour."³⁰³

Ainsi, les règles de compétences des juridictions nationales et des juridictions communautaires font obstacle à l'exploitation du système de la responsabilité in solidum, le juge communautaire ne pouvant juger de la responsabilité d'un Etat membre et le juge national ne pouvant juger de la responsabilité de la Communauté.

Il faut donc adopter une conception quelque peu déformée de ce système³⁰⁴ en admettant qu'il soit seulement jugé, lors de l'instance principale, de la responsabilité de la Communauté devant le juge communautaire et que celle-ci soit condamnée à indemniser complètement la victime. Ce n'est donc qu'au moment de l'action récursoire, qu'il serait débattu de la responsabilité de l'Etat pour déterminer s'il est tenu de rembourser une partie de l'indemnité versée par la Communauté à la victime.

Ce qui nous amène à une seconde série de remarques concernant cette fois-ci les modalités d'action récursoire proposées par l'auteur.

Le succès de l'action récursoire repose sur la reconnaissance préalable de la responsabilité de l'Etat. A défaut d'une telle reconnaissance, aucune obligation de réparation ne peut lui être imposée. Ainsi seul un recours devant les juridictions nationales est susceptible d'aboutir à ce résultat dans la mesure où elles seules sont compétentes pour juger de la responsabilité d'un Etat membre. Le juge communautaire ne le peut pas. S'il le fait, il sort de sa compétence et viole les dispositions du traité.

Les conséquences qui en découlent sur la théorie défendue par l'auteur sont importantes sinon substantielles.

Quelle que soit l'interprétation qui lui est donnée, l'article 178 du traité CE ne permet pas "*de soumettre à la compétence de la Cour le problème de la responsabilité de l'Etat... dans le cadre d'une action récursoire faite par la Commission contre cet Etat*". Le traité, tout comme la jurisprudence constante de la Cour, est clair sur ce point et n'appelle aucune discussion. Les juridictions communautaires sont uniquement compétentes pour connaître de la responsabilité de la Communauté et non celle des Etats. S'il avait voulu distinguer ou aménager des exceptions, il l'aurait fait.

³⁰³ voir article précité, p.24

³⁰⁴ Cette conception est celle défendue par M. Constantinesco.

Considérer qu'en vertu de l'article 178 du traité CE, la compétence des juridictions communautaires puisse être étendue, dans le cadre particulier d'une action récursoire, à la responsabilité des Etat membre reviendrait à ignorer et donc à violer les règles de compétence entre juridictions nationales et juridictions communautaires.

De même, pour pouvoir recourir valablement à l'article 169 du traité CE, encore faut-il qu'il existe à la charge de l'Etat une obligation de réparation. Il faut donc que l'Etat ait été, auparavant, reconnu coauteur du dommage.

L'obligation de l'Etat ne peut naître que d'une appréciation juridictionnelle de sa responsabilité. Or, seul le juge interne peut condamner l'Etat. Ce qui suppose, qu'avant de se pourvoir en manquement devant la Cour, la Communauté doit auparavant avoir obtenu la condamnation de l'Etat devant les juridictions nationales.

Il se peut que le juge interne ne reconnaisse pas la responsabilité des autorités nationales. Dans ce cas, la Communauté devra assumer toute seule l'intégralité du dommage, sans autre recours que de faire appel devant le juge national. Néanmoins, une fois l'ensemble des voies de recours épuisées, si la décision de base n'a pas été infirmée, elle restera la seule responsable.

Ce système est donc uniquement avantageux pour les justiciables qui, en ayant obtenu l'indemnisation complète leur préjudice sont rentrés dans leurs droits. Par contre, pour le coauteur-payeur, cette solution est sans aucun doute beaucoup moins favorable que celle de la responsabilité partielle et de surcroît, subsidiaire!³⁰⁵ En ce sens, on peut dire qu'il remplit complètement l'objectif de protection des particuliers.

Que se passera-t-il, cependant, si la Communauté n'est pas reconnue responsable. La dernière chance qui lui restera à la victime d'être indemnisée sera d'attaquer l'Etat en responsabilité et donc de saisir les juridictions nationales. Mais le pourra-t-il ? Le risque d'une prescription de l'action nationale en indemnité existe.

Le système d'une responsabilité in solidum ne résout donc pas tous les problèmes. Il n'offre pas aux particuliers une protection aussi complète que celle que peut leur procurer certaines solutions d'élargissement de compétence, même dans le cas d'une co-responsabilité, puisque ces solutions peuvent couvrir tous les cas de responsabilité.

³⁰⁵ Il ne faut pas chercher plus loin les raisons pour lesquelles la Cour n'a pas opté pour ce système. M.Constantinesco le dénonce lorsqu'il dit qu'il s'agissait plus de protéger les finances communautaires que d'assurer la protection des particuliers.

2. L'élargissement de compétences des juridictions communautaires ou des juridictions nationales

La solution préconisée par M. Jones se rapproche de celle de MM. Grévisse, Combrexelle et Honorat, à la différence qu'elle part des juridictions communautaires alors que la seconde part des juridictions nationales.

L'avantage de la première est qu'elle favorise le traitement égalitaire de tous les ressortissants communautaires, quelque soit l'Etat membre dont ils sont les nationaux. Mais elle présente l'inconvénient d'être peut-être moins accessible aux justiciables que leurs juridictions nationales plus proches. Par ailleurs, les conditions d'engagement de la responsabilité de la Communauté sont drastiques et elles rendent difficile sa condamnation. Dès lors, il est sans doute moins favorable pour les requérants de se voir appliquer ces règles plutôt que celles régissant leur droit national de la responsabilité, souvent plus souples. C'est pourquoi le Professeur Joliet estime que l'épuisement préalable des voies de recours internes est " *dans l'intérêt des justiciables eux-mêmes, étant donné les conditions de fond rigoureuses posées par la CJCE, pour que la responsabilité de la CJCE soit engagée*"³⁰⁶.

L'adoption d'une telle solution reviendrait, de plus, à mettre en cause la jurisprudence FERAM, car pour pouvoir être applicable, il faudrait considérer que les autorités nationales ont agi pour le compte de la Communauté. Celle-ci se retournerait ensuite contre l'Etat, devant les juridictions nationales, par le biais d'une action récursoire.

Cette action récursoire correspondrait, en fait, au droit pour la Communauté de se retourner contre ses agents étatiques dont le comportement l'a contrainte à indemniser la personne lésée. Ce système ne serait pas nouveau. Il existe dans les droits internes et son principe est prévu dans l'article 215, alinéa 3, pour les agents communautaires³⁰⁷.

Ainsi serait rétablie la véritable part de responsabilité de chacun (qu'il s'agisse d'une responsabilité exclusive ou, on ne sait jamais, d'une co-responsabilité³⁰⁸) tout en appliquant les règles d'imputabilité telles que définies par la Cour sans que le justiciable soit obligé de les appliquer pour définir le juge compétent. Ce n'est qu'à l'occasion de l'action récursoire, en effet, que cette répartition serait effectuée.

³⁰⁶ R.Joliet, " Le droit institutionnel des Communautés Européennes. Le contentieux. ", Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1981, p.251.

³⁰⁷ L'article 215, alinéa 3, dispose que *La responsabilité personnelle des agents envers la Communauté est réglée dans les dispositions fixant leur statut ou le régime qui leur est applicable*".

³⁰⁸ L'exercice de l'action récursoire devant le juge national peut déboucher sur trois solutions : Le juge estime que l'Etat est totalement responsable du dommage (responsabilité exclusive); il estime qu'il est en partie responsable (co-responsabilité); il estime qu'il n'est pas responsable. Dans les deux premiers cas, l'Etat devra rembourser à la Communauté soit intégralement soit seulement à hauteur de sa participation dans la réalisation du dommage, l'indemnité qu'elle a versée à la victime.

Si, conformément à la solution préconisée par MM. Grévisse, Combrexelle et Honorat, l'action récursoire se faisait, sans doute par le biais d'une action en indemnité de l'Etat contre la Communauté, devant la Cour de justice, les rôles entre Etat et Communauté seraient inversées, mais les mêmes possibilités s'offriraient.

Le résultat serait obtenu en choisissant la solution de l'élargissement de la compétence des juridictions nationales. Elles rejoignent toutes les deux la solution idéale.

Néanmoins, à choisir entre les deux, il nous semble que celle de MM. Grévisse, Honorat et Combrexelle est la plus judicieuse car elle respecte les rapports établis, depuis l'origine, entre les Etats membres et la Communauté. Elle ne nécessite pas un revirement de la jurisprudence FERAM. Les autorités nationales ne sont pas perçues comme des agents d'exécution de la Communauté. La conception des relations Etats-Communauté défendue jusqu'alors par la Cour de justice n'est donc pas bouleversée.

Les autres solutions d'élargissement de compétence des juridictions communautaires commettent essentiellement l'erreur de ne pas prévoir d'action récursoire. C'est elle, en effet, qui permet d'éviter les injustices en faisant supporter à l'Etat ou à la Communauté une responsabilité qui ne lui est pas imputable, en fait, alors que les apparences peuvent être trompeuses.

Pour connaître la juridiction compétente, il suffit au justiciable de se demander si son dommage est du à l'illicéité de l'acte normatif communautaire à la base de la décision nationale d'application prise à son encontre. Dans le cas contraire, le litige doit être porté devant les juridictions nationales.

Cette solution ne prend pas en considération les interventions ou omissions éventuelles des institutions communautaires (et notamment de la Commission) alors qu'elles peuvent avoir commandé aux instances nationales de prendre la décision dommageable. Dès lors, en raison de la situation de compétence liée dans laquelle se trouvaient les autorités étatiques, la responsabilité du dommage né de leur décision doit revenir, en réalité, à la Communauté.

Par conséquent, si cette solution a le mérite de simplifier effectivement la tâche des justiciables, elle ne remplit pas forcément l'impératif d'une répartition juste et équitable des responsabilités entre Etats et Communauté. Et ce, à l'avantage de la Communauté, dans la mesure où certains comportements des institutions communautaires, en dehors de la fonction normative stricto-sensu, ne sont pas pris en compte.

En fait, il faudrait donner une définition très large à l'action normative des institutions communautaires en y incluant leurs interventions dans le cadre de l'application des réglementations par les Etats membres. Ce qui sous-entend que toute omission d'intervention, alors que les institutions communautaires y étaient tenues, pourrait également donner lieu à indemnisation.

Enfin, la dernière solution envisagée vise à écarter l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Dans ces conditions, la demande d'indemnisation du justiciable serait directement traitée devant les juridictions communautaires si elle met en cause la responsabilité de la Communauté. Ce sont les juridictions communautaires qui vérifieraient, en fonction des règles de l'imputabilité dégagées par la Cour, si elle est fondée. Le justiciable ne se serait donc plus obligé de passer par le juge national avant de s'adresser au juge communautaire. Les risques de

prescription de l'action communautaire serait, de ce fait, écarté. Par ailleurs, c'est au juge communautaire qu'il appartiendrait de définir les responsabilités de chacun lors de l'examen au fond de la requête.

Cette solution est à double tranchant. Si la Communauté est responsable, le requérant obtiendra gain de cause et sera indemnisé beaucoup plus rapidement que s'il avait du, au préalable, épuiser les voies de recours internes. Par contre, que se passera-t-il si le juge européen considère la demande non fondée. La Communauté sera mise hors de cause. Ce qui supposera que les autorités nationales sont responsables. Faut-il en déduire que, pour pouvoir être dédommagé, le justiciable devra porter l'affaire devant les juridictions nationales. On risque fort d'aboutir à déni de justice si les voies de droit nationales sont prescrites

L'élargissement de compétence des juridictions nationales est donc, sans aucun doute, la plus appropriée, même si on peut objecter qu'elle ne résout pas le problème de l'inégalité de la protection des ressortissants communautaires en raison de l'hétérogénéité des droits nationaux.

Il est vrai que *"l'objection est sérieuse et conduit à s'interroger sur la possibilité d'une harmonisation, au plan communautaire des règles de responsabilité de la puissance publique dans ce domaine"*³⁰⁹.

La question est à l'ordre du jour. Bien que le principe en la matière soit normalement l'autonomie institutionnelle et procédurale, on va indubitablement vers une "communautarisation" du régime de la responsabilité des Etats membres.

C'est ce que nous nous allons voir, en seconde partie, en étudiant la définition communautaire du régime de la responsabilité des Etats membres.

Avant d'aborder cette seconde partie, une dernière remarque mérite toute notre attention. Elle concerne les risques d'une évaluation différente du dommage par le juge communautaire et par le juge national.

Toutefois, on peut se demander s'il ne s'agit pas d'un faux problème. En effet, l'Etat se référera, en principe, devant les juridictions communautaires, à l'évaluation du juge national. Si le juge communautaire juge la Communauté entièrement responsable du dommage, celle-ci sera tenue de rembourser complètement l'Etat. Si elle est seulement jugée partiellement responsable, il appartiendra au juge communautaire de déterminer la part qui lui revient.

Il risque, dès lors, d'essayer de préserver les intérêts de la Communauté, comme dans l'affaire *Kampffmeyer*.

L'adoption du système de l'élargissement de la compétence nationale peut donc jouer en faveur de la Communauté et aux dépens de l'Etat. Il n'est donc valable que si la Cour prend le parti de répartir équitablement la charge de la réparation.

³⁰⁹ Voir MM. Grévisse, Combexelle et Honorat. article précité, p.950

Néanmoins, les règles de l'imputabilité établies conduisent normalement à la responsabilité exclusive de l'Etat ou de la Communauté. Il reste à voir comment vont évoluer ces règles en raison de l'application du principe de subsidiarité.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Du fait de sa généralité, le principe de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire donne aux particuliers les moyens de sanctionner efficacement toute atteinte portée à leurs "droits communautaires" par les autorités nationales.

Néanmoins si le principe, en lui-même, est simple, son application est délicate dans la mesure où les justiciables doivent départager les responsabilités de la Communauté et des Etats membres dans la survenance du dommage.

S'il s'avère qu'en réalité, le dommage est imputable à un acte des institutions communautaires, le juge national refusera d'engager la responsabilité de l'Etat. Il pourra tout au moins annuler l'acte national contesté. Pour être dédommagé, le requérant devra saisir le juge communautaire avec le risque de se voir opposer l'irrecevabilité de sa demande, soit parce qu'il n'aura pas préalablement épuisé les voies de recours internes, soit en raison de la prescription de l'action en réparation.

On perçoit, dès lors, les lacunes du système mis en place par la Cour de justice. Pour y remédier, il faudrait considérer que le préjudice allégué, lorsqu'il peut être rattaché à une mesure d'exécution nationale, est imputable à l'Etat. Il appartiendrait ensuite à l'Etat, s'il estime avoir été injustement condamné, de saisir le juge communautaire d'une action récursoire contre la Communauté au cours de laquelle serait désigné, conformément aux règles de l'imputabilité dégagées par la Cour de justice, le véritable auteur du dommage.

Cette solution renforcerait incontestablement la protection juridictionnelle des particuliers, à condition, toutefois, que les droits nationaux leur permettent d'exercer effectivement le droit à réparation que leur reconnaît l'arrêt Francovitch.

PARTIE II :

LA DEFINITION COMMUNAUTAIRE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DES ETATS MEMBRES

En vertu du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres dans la mise en oeuvre et l'application du droit communautaire, *"c'est au système juridictionnels et procéduraux nationaux qu'il appartient de déterminer les conditions concrètes de la garantie des droits que les personnes privées peuvent tirer, le cas échéant, des règles communautaires"*¹.

L'application du droit communautaire dépend donc entièrement des voies de droit ouvertes aux particuliers et des pouvoirs reconnus au juge national. Les lacunes et les faiblesses des systèmes juridiques nationaux peuvent compromettre la protection juridictionnelle des "droits communautaires" des particuliers et l'application uniforme du droit communautaire. La Cour de justice a donc exigé que les règles nationales assurent une protection efficace des droits consacrés par le droit communautaire. Relayée dans certains domaines particuliers par le législateur communautaire, elle a encadré la fonction communautaire du juge national² et le droit national procédural.

L'exigence d'une protection effective a soulevé certains problèmes dans les Etats membres, l'"arsenal juridique national"³ ne donnant pas toujours aux juges les moyens de remplir leur mission communautaire. Ces derniers n'ont pas manqué d'interroger la Cour de justice sur le contenu de la protection due aux particuliers. C'est ainsi que, progressivement, la Haute juridiction communautaire a élaboré un véritable droit des recours et communautarisé les voies de droit national.

Le droit de la responsabilité n'a pas échappé à cette "communautarisation". Dans l'arrêt Francovitch, la Cour de justice ne se réfère plus, comme dans les arrêts Humblet et Russo, de manière aussi absolue et inconditionnelle au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale. En raison de *"la diversité et du particularisme des solutions données au*

¹ D. Simon et A. Barav, "La responsabilité de l'Administration nationale en cas de violation du droit communautaire", R.M.C. 1987, p. 165.

² Voir sur ce point, A. Barav, "La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire", précité; F. Grévisse et J-C Bonichot, "Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres" in "L'Europe et le droit", Mélanges en hommage à J. Boulouis, Dalloz 1991, p. 297.

³ Selon l'expression de J. Rideau, "Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire", A.F.D.I. 1972, p. 864, spé. p. 888.

problème de la responsabilité de la puissance publique"⁴ dans les Etats membres, la Cour de justice a cherché à garantir aux justiciables une protection équivalente dans tous les ordres juridiques nationaux. Les questions préjudicielles posées par les juges nationaux lui ont permis de fixer les conditions minimales d'engagement de la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. La jurisprudence communautaire apparaît ainsi comme la première source de la communautarisation du régime de la responsabilité des Etats membres (TITRE I).

Toutefois, une intervention du législateur communautaire dans ce domaine n'est pas à exclure. Certains gouvernements nationaux ont, en effet, contesté la reconnaissance prétorienne d'un droit général à réparation. Le législateur pourrait notamment "légaliser" la jurisprudence de la Cour.

Néanmoins, l'élaboration, par voie législative, d'un corps de règles régissant l'exercice du droit à réparation dans les ordres juridiques nationaux conduirait plutôt à harmoniser les droits nationaux de la responsabilité. Une telle harmonisation ne semble pas s'imposer pour le moment.

En effet, comme le remarquent MM. Simon et Barav, la *"diversité des solutions nationales ... ne saurait ... être considérée en soi comme incompatible avec les exigences impliquées par le droit communautaire, dès lors que la protection offerte aux particuliers, même si elle demeure différente en fonction des spécificités des ordres juridiques internes, fonctionne de manière efficace"*⁵. Par ailleurs, *"les composantes de chaque système contentieux national. le contexte dans lequel celui-ci s'inscrit peuvent être différents pour des résultats finalement analogues"*⁶. Il suffit donc d'assurer aux particuliers une protection homogène dans tous les ordres juridiques nationaux. En d'autres termes, il faut concilier l'autonomie des Etats membres avec les exigences du droit communautaire. Tel est l'objectif que s'est donnée la Cour de justice en indiquant le seuil minimum de protection auquel les justiciables peuvent prétendre.

Dès lors, les effets de la communautarisation du régime de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres sur les droits nationaux sont double : le renforcement de la protection juridictionnelle des justiciables et la mutation des régimes nationaux de la responsabilité de la Puissance publique.(TITRE II).

TITRE I : Les sources de la communautarisation du régime de la responsabilité des Etats membres

Titre II : Les effets de la communautarisation du régime de la responsabilité des Etats membres

⁴ F. Fines, thèse précitée, p. 202.

⁵ Article précité, p. 165.

⁶ R. Kovar, "Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales", précité, p. 246.

TITRE PREMIER : LES SOURCES DE LA COMMUNAUTARISATION DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DES ETATS MEMBRES

Selon l'arrêt Francovitch, c'est le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale⁷ qui commande le régime de la responsabilité des Etats membres en droit communautaire. Il revient donc aux Etats membres et notamment aux juridictions nationales de déterminer les règles applicables en la matière. Ce principe n'est pas nouveau. Il connaît déjà plusieurs applications, notamment en ce qui concerne les actions en paiement. La pratique montre que cette autonomie est, dans les faits, très relative et tend, au contraire, vers une communautarisation du régime de la responsabilité des Etats.

Cette tendance est le résultat direct de l'encadrement communautaire de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats par le juge ou le législateur européens (Chapitre premier). Cet encadrement de l'autonomie procédurale des Etats permet au juge communautaire de jouer un rôle unificateur (Chapitre second) et par là même, de communautariser le régime de la responsabilité des Etats.

La communautarisation du régime de la responsabilité des Etats membres résulte donc soit de l'intervention du juge communautaire soit d'une intervention combinée du juge et du législateur communautaires. Elle est un processus qui aboutit, à terme, à une homogénéité des droits nationaux en la matière.

Chapitre Premier : Une autonome institutionnelle et procédurale encadrée

Chapitre Second : Le rôle unificateur du juge communautaire

⁷ Voir sur ce point, J. Rideau, "Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire", précité, spé. p. 886.

CHAPITRE PREMIER : UNE AUTONOMIE INSTITUTIONNELLE ET PROCEDURALE ENCADREE

Le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale n'est pas un principe nouveau : son contenu a déjà été défini. Il a seulement été étendu par l'arrêt Francovitch à la responsabilité des Etats membres (Section I).

Cette extension implique une transposition du principe tel qu'il a été délimité auparavant. Ces limites témoignent de l'encadrement étroit dont fait l'objet l'autonomie des Etats membres. Le but recherché est de conserver dans la diversité une uniformité dans l'application du droit communautaire et d'assurer par là même, une égale protection des droits qu'il confère (Section II).

Section I : Le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale commande le régime de la responsabilité des Etats membres

Section II : L'encadrement du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale

SECTION I :
LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE INSTITUTIONNELLE ET
PROCEDURALE COMMANDE LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DES
ETATS MEMBRES

Le juge communautaire s'en remet essentiellement aux ordres nationaux pour la détermination du régime de la responsabilité "communautaire" des Etats. Ainsi, il invite le juge national à se référer à son droit interne pour mettre en oeuvre la responsabilité des Etats membres du fait du droit communautaire. Il pose donc le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale (§1).

Une telle démarche n'est pas sans inconvénients. Elle présente un risque quant à l'exigence d'une application uniforme du droit communautaire (§2).

§1 Un principe étendu à la responsabilité des Etats membres

Le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale en matière de procédures juridictionnelles n'est pas nouveau : son contenu a déjà été défini auparavant (A). En fait, dans l'arrêt Francovitch, la Cour a seulement étendu son champs d'application au régime de la responsabilité (B).

A - Origine et contenu du principe

le principe de l'autonomie procédurale en matière de procédures juridictionnelles est un principe jurisprudentiel. Il est découle du principe beaucoup plus général de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats, dégagé par la Cour de justice (1).

Le terme "procédurale" prête à interrogation quant au contenu du principe. Vise-t-il uniquement la procédure ou également le fond ? (2).

1. L'origine du principe.

Selon le Professeur Isaac, *"le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale signifie que, lorsque des mesures de mise en oeuvre du droit communautaire doivent être arrêtées par les Etats membres, ceux-ci se conformeront aux règles qui découlent de leur droit interne et notamment de leur droit constitutionnel, pour ce qui concerne la détermination des organes compétents et des procédures à utiliser"*⁸. Ce principe ménage la souveraineté des Etats en leur imposant une obligation de résultat : l'application du droit communautaire. Ils restent libres quant aux moyens de cette application.

Ainsi, les Etats conservent-ils une totale liberté dans la détermination des autorités compétentes :

*"lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux Etats membres ou leurs imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les Etats membres à des organes déterminés relève uniquement du système constitutionnel de chaque Etat membre"*⁹

Les Etats appliquent le droit communautaire *"dans le respect des formes et procédures du droit national"*¹⁰.

L'autonomie institutionnelle et procédurale des juridictions nationales découle directement du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres

⁸ G.Isaac. "Droit communautaire général", *op. cit.*, p.185. Voir également. J.Rideau qui dit que : *"la mise en oeuvre par les Etats de leurs obligations communautaires se fait dans le respect du principe de l'autonomie institutionnelle impliquant que les mesures nécessaires à l'application des règles communautaires soient prises dans le cadre des systèmes étatiques par les institutions nationales et selon les procédures et pouvoirs que comportent ces systèmes"* ("Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes", *op. cit.*, p.665 et s).

⁹ CJCE. 15 déc.1971, International Fruit Company / Produktschap voor Groenten en Fruit. (Aff.51 à 54 /71. Rec.p.1107. spé.p.1116).

Le principe d'autonomie institutionnelle permet donc de respecter la structure des Etats et la répartition internes des compétences entre ses différentes autorités. Ainsi, la Cour dit expressément que *"chaque Etat membre est libre de répartir comme il le juge opportun les compétences sur le plan interne et de mettre en oeuvre une directive au moyen de mesures prises par les autorités régionales ou locales"* (CJCE, 25 mai 1982, Commission / Pays Bas, aff.97/81, Rec.p.1833) ou encore, *"il incombe à toutes les autorités des Etats membres, qu'il s'agisse d'autorités du pouvoir central de l'Etat, d'autorités d'un Etat fédéré ou d'autres autorités territoriales, d'assurer le respect des règles du droit communautaire dans le cadre de leurs compétences. En revanche, il n'appartient pas à la Commission de se prononcer sur la répartition des compétences opérée par les règles institutionnelles de chaque Etat membre et sur les obligations qui, dans un Etat doté d'une structure fédérale, peuvent incomber respectivement aux autorités fédérales et aux autorités des Etats fédérés. Elle ne peut que contrôler si l'ensemble des mesures de surveillance et de contrôle établi selon les modalités de l'ordre juridique national est suffisamment efficace pour permettre une application correcte des principes communautaires"* (CJCE, 12 juin 1990, Allemagne / Commission, Aff. C-8/88, Rec.p.1-2321).

¹⁰ CJCE, 1a fév.1971, Norddeutsches Vieh und Fleischkontor / Hauptzollamt Hamburg St Annen, (Aff.39/70, Rec.p.49).

dégagé par la Cour. Leurs compétences et leur pouvoirs sont déterminés par l'ordre juridique national. C'est ce qui ressort très nettement de la jurisprudence de la Cour, en vertu de laquelle *"en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire"*¹¹.

La Cour justifie ce principe en se basant sur le traité lui-même. Elle estime que *"si le principe a créé un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées le cas échéant par des personnes privées devant la Cour de justice, il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies autres que celles établies par le droit national. Par contre, le système de protection juridique mis en oeuvre par le traité, tel que l'exprime en particulier l'article 177, implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct, dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national"*¹²

Reste donc à mesurer le champ de l'autonomie institutionnelle et procédurale des juridictions. Se limite-t-elle à la procédure *stricto sensu* comme peut le laisser penser de prime abord le terme "procédurale" ou englobe-t-elle également le fond ?

2. Le contenu du principe.

Le terme "procédural", repris à maintes reprises dans les arrêts de la Cour sans autre précision, conduit à s'interroger sur le champ du principe. Inclut-il les règles de fond des recours nationaux ?

L'arrêt *Deutsche Milchkontor GmbH*¹³, intervenu en matière de répétition d'aides indûment versées, est formel sur ce point :

"Conformément aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté et qui régissent les relations entre la Communauté et les Etats membres, il appartient aux Etats membres, en vertu de l'article 5 du traité, d'assurer sur leurs territoires l'exécution des réglementations communautaires ..."

¹¹ CJCE, 16 déc.1976, *Rewe Zentralfinanz et a. c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland*, (Aff.33/76, Rec.p.1989) ; CJCE, 16 déc. 1976, *Comet BV c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland*, (aff. 45/76, Rec.p. 2043).

¹² CJCE, 7 juil.1981, *Rewe Handelgesellschaft Nord MBH et a. / Hauptzollamt Kiel*, (Aff.158/80, Rec.p.1805).

¹³ CJCE, 21 sept.1983, *Deutsche Milchkontor GmbH et a. / République fédérale d'Allemagne*, (Aff.jtes 205 à 215/82, Rec.p.2633). Voir également CJCE, 12 juin 1980, *Express Dairy Foods Limited / Intervention Board for Agricultural Produce*, (Aff.130/79, Rec.p. 1887), spé. point 11 de l'arrêt.

Pour autant que le droit communautaire, y compris les principes généraux de celui-ci, ne comporte pas de règles communes à cet effet, les autorités nationales procèdent, lors de cette exécution des réglementations communautaires, en suivant les règles de forme et de fond de leur droit national ..."¹⁴

Dans cette affaire, le problème du contenu du principe était expressément posé. Le juge interne demandait à la Cour de justice si le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, repris dans le règlement en cause en l'espèce, devait être interprété comme intégrant les conditions de fond des droits nationaux en matière de répétition d'indû. En d'autres termes, le renvoi au droit national devait-il être entendu comme un renvoi non seulement aux dispositions de forme et de compétence des droits internes mais également comme un renvoi à leurs conditions de fond ?

Le juge communautaire est très clair : le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ne se limite pas aux règles de procédure *stricto sensu* mais concerne également les règles de fond du droit national. Ce qu'il confirmera dans l'arrêt Francovitch où il dit expressément qu'il revient aux législations nationales de fixer les conditions de fond et de forme du régime de la responsabilité "communautaire" des Etats membres.

B - L'extension du principe au régime de la responsabilité "communautaire" des Etats membres

En ce qui concerne les conditions de la responsabilité de l'Etat du fait du droit communautaire, l'arrêt Francovitch dit explicitement que *"c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé. En effet, en l'absence d'une réglementation communautaire, c'est à l'ordre juridique interne des Etats membres qu'il appartient de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire"*.

Le juge communautaire applique donc au régime de la responsabilité des Etats membres, le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale. En réalité, l'application du principe à la matière n'est pas nouvelle. Déjà dans l'arrêt Russo de 1976, il avait jugé que *"dans le cas où un préjudice aurait été causé au producteur individuel par le fait de l'intervention de l'Etat membre en violation du droit communautaire, il incomberait à l'Etat d'en assumer, à l'égard*

¹⁴ Point 17 de l'arrêt.

de la personne lésée, les conséquences dans le cadre des dispositions du droit national relatives à la responsabilité"¹⁵.

La Cour de justice, en posant aussi largement, le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, dépasse la solution proposée par l'Avocat général Mischo (1) dans ses conclusions. Néanmoins, elle émet certaines réserves en ce qui concerne le cas particulier des directives (2).

1. La solution proposée par l'Avocat général Mischo

Il proposait à la Cour d'adopter une solution semblable à l'arrêt Zuckerfabrik du 21 février 1991¹⁶ où la Cour a déterminé, de sa propre autorité, les conditions de fond du sursis à l'exécution d'un acte national pris en exécution d'un règlement communautaire.

Selon lui, tout comme le juge communautaire s'était inspiré des conditions d'octroi du sursis à exécution d'un acte communautaire pour déterminer celles du sursis à exécution d'un acte national pris en application d'une réglementation communautaire, il devait s'inspirer des conditions fixées par la Cour pour l'octroi de dommages-intérêts pour une violation du droit communautaire par une institution de la Communauté pour déterminer les conditions de l'octroi de dommages-intérêts par le juge national pour violation du même droit communautaire. Ainsi, conformément aux termes de l'arrêt Lütticke III de 1971¹⁷, confirmé à maintes reprises dans la jurisprudence communautaire, *"en vertu de l'article 215, alinéa 2, et des principes généraux auxquels il est renvoyé par cette disposition, la responsabilité de la Communauté suppose la réunion d'un ensemble de conditions qui concerne la réalité du dommage, l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice invoqué et le comportement reproché aux institutions et l'illégalité de ce comportement"*.

Dans l'hypothèse où l'acte à l'origine du dommage est un acte normatif traduisant des choix de politique économique, le comportement de ces institutions est illégal seulement en cas de violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers. Si les institutions communautaires disposaient d'un large pouvoir d'appréciation pour prendre l'acte en cause, il y a violation suffisamment caractérisée lorsque ces institutions ont méconnu de manière manifeste et grave les limites qui s'imposaient à l'exercice de leurs pouvoirs¹⁸.

¹⁵ Arrêt précité, point 9. Cet arrêt est notamment confirmé dans l'affaire 309/85 (CJCE, 2 fév. 1988, Bruno Barra / Etat Belge et Ville de Liège, Rec.p.355) : *"... le remboursement ne peut être poursuivi que dans le cadre des conditions, de fond et de forme fixées par les différentes législations nationales en la matière ..."*.

¹⁶ précité.

¹⁷ CJCE, 28 avril 1971, Alfons Lütticke GmbH / Commission, (Aff.4/69, Rec.p. 325, att. 10).

¹⁸ Voir notamment CJCE, 2 déc. 1971, Aktien Zuckerfabrick Schoppenstedt / Conseil des C.E, (Aff.5/71, Rec.p.975); CJCE, 13 juin 1972, Compagnie d'approvisionnement de transport et de crédit S.A et Grands Moulins de Paris / Commission, (Aff.jtes 9 et 11/71, Rec.p.391); CJCE, 24 oct. 1973, Merkur GmbH /

L'illégalité du comportement ne se confond donc pas avec l'illégalité de l'acte normatif contesté.

L'Avocat général estimait que l'application de ces conditions à la responsabilité "communautaire" des Etats membres ne devait poser aucun problème particulier dans les ordres nationaux dans la mesure où *"ces règles dégagées ... par la Cour, sur la base de l'article 215, alinéa 2, du traité, sont censées découler des principes généraux communs aux droits des Etats membres"*.

Et ce, d'autant plus, qu'à son avis, en ce qui concerne la responsabilité des Etats, dans le cas, comme en l'espèce, des directives dont la transposition suppose un acte normatif national, la condition d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit ne s'appliquait pas :

"la non-transposition ou la transposition incorrecte d'une directive constitue une illégalité qui est de nature à déclencher la responsabilité de l'Etat si toutes les autres conditions sont remplies".

En effet, comme il le soulignait très justement, la jurisprudence communautaire *"ne mentionne le critère de la violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit qu'en liaison avec les "choix de politique économique" à faire par les institutions de la Communauté"* et c'est seulement *"lorsqu'une institution disposait d'un "large pouvoir discrétionnaire" qu' (elle) pose comme condition que l'institution ait méconnu, de manière manifeste et grave, les limites de ce pouvoir. Or en matière de transposition des directives, qui lient les Etats membres quant au résultat à atteindre en ne leur laissant que le choix de la forme et des moyens, il ne saurait être question de "choix de politique économique" ni de "large pouvoir discrétionnaire""*¹⁹

La détermination du caractère supérieur de la règle violée ne devait pas poser davantage de difficultés, *"toute transposition incorrecte (ou non-transposition) d'une directive constituant une violation des règles fondamentales du traité que sont les articles 5 et 189, alinéa 3, du traité, qui obligent les Etats membres à prendre toutes les mesures nécessaires à la transposition correcte des directives en droit national"*²⁰

Commission, (Aff.42/72, Rec.p.1055); CJCE, 14 mai 1975, C.N.T.A / Commission, (Aff.74/74, Rec.p.533); CJCE, 8 juin 1977, Merkur GmbH / Commission, (Aff.97/76, Rec.p.1063); CJCE, 25 mai 1978, Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH et Co KG et a. / Conseil et Commission, (Aff.jtes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec.p.1209); CJCE, 4 octobre 1979, P.Dumortier SA et a. / Conseil, (Aff.jtes 64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, Rec.p.3091); CJCE, 4 oct.1979, DGV GmbH et a. / Conseil et Commission, (Aff.jtes 116 et 124/77, Rec.1979, p.3947); CJCE, 4 oct 1979, Interquell Stärke-Chemie GmbH et Co KG et Diamalt AG / Conseil et Commission, (Aff.jtes 261 et 262/78, Rec.p.3045); CJCE, 4 oct.1979, Ireks-Arkady GmbH / Conseil et Commission, (Aff.238/79, Rec.p.2955); CJCE, 5 déc.1979, Koninklijke Scholten-Honig NV / Conseil et Commission, (Aff.143/77, Rec.p.3583); CJCE, 6 déc.1984, SA Biovilac NV / C.E.E., (Aff.59/83, Rec.p.4057) ...et plus récemment, CJCE, 18 avril 1991, Assurances du Crédit et Compagnie Belge d'Assurance SA / Conseil et Commission, (Aff. C-63/89, précité).

¹⁹ Point 76 des conclusions, précitées.

²⁰ idem

Enfin, pour savoir si la règle de droit communautaire violée visait à protéger les particulier, il suffisait de se reporter tout simplement aux dispositions de la directive.

M.Mischo retenait donc le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale uniquement pour les conditions de forme du recours. La Cour de justice a, quant à elle, donné au principe un champs d'application plus large :

2. La solution adoptée par le juge communautaire

En affirmant que *"si la responsabilité de l'Etat est imposée par le droit communautaire, les conditions dans lesquelles celle-ci ouvre un droit à réparation dépendent de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé"*, la Cour ne se montre pas disposée à définir, comme en matière de sursis à exécution dans l'arrêt Zuckerfabrick, le régime général de la responsabilité "communautaire" des Etats. Cette affirmation lui permet de contourner la difficulté et de se limiter uniquement au cas de l'espèce. Selon le juge Schocweiler, *"cette façon de procéder lui permet d'éviter d'élaborer un théorie générale de la responsabilité qui aurait risqué de ne pas être en mesure de répondre à certains cas de figure de responsabilité dont la Cour pourrait être saisie à l'avenir"*²¹

Elle émet donc certaines reserves à l'application du principe de l'autonomie procédurale pour toute méconnaissance de *"l'obligation qui incombe (aux Etats membres) en vertu de l'article 189, troisième alinéa, du Traité, de prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive"*. Elle fixe seulement les conditions d'ouverture du droit à réparation en cas d'inexécution d'une directive, ces conditions tenant essentiellement au contenu de la directive²². Pour le reste et *"sous cette réserve"*, elle renvoie au droit national de la responsabilité. Ce qui signifie concrètement que les autres conditions, de fond ou de procédure, de la responsabilité des Etats en cas d'inexécution d'une directive sont commandées par le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, tout comme le sont l'ensemble des règles de fond et de forme conditionnant la réparation des autres violations du droit communautaire par les autorités nationales.

La solution de la Cour s'écarte donc de la solution générale proposée par M.Mischo d'étendre à la responsabilité des Etats membres les conditions de la responsabilité des institutions communautaires. Apparemment, *"la Cour n'entend pas calquer le régime de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire sur celui de la*

²¹ F. Schockweiler, "La responsabilité de l'autorité nationale ... ", *op. cit.*, p. 43.

²² Voir pour l'étude de ces conditions, la Section II du Chapitre II de ce titre, *infra*.

*responsabilité de la Communauté, l'arrêt Francovitch ne faisant aucune référence aux conditions auxquelles la jurisprudence de la Cour soumet l'engagement de celle-ci*²³.

Pourtant cette solution aurait eu l'avantage d'assurer l'uniformité d'application du droit communautaire. Au contraire, avoir recours au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale s'est prendre le risque d'une absence d'uniformité dans l'application du droit communautaire.

§2 Le risque d'une absence d'uniformité dans l'application du droit communautaire

L'application du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale risque, à terme, d'être source d'inégalité en raison des différences profondes des conditions dans lesquelles la responsabilité de l'Etat peut être mis en oeuvre dans les Etats membres. Les violations du droit communautaire n'étant pas également sanctionnées dans tous les Etats membres, c'est l'application même du droit communautaire qui n'est pas uniforme (A). Le juge communautaire en est parfaitement conscient et il a affirmé la nécessité d'une application uniforme du droit communautaire (B).

A.- L'absence d'homogénéité des droits nationaux²⁴

Les ordres nationaux sanctionnent plus ou moins strictement les comportements dommageables des autorités nationales. L'application du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale risque donc de donner lieu à un grande diversité de protection des droits issus du droit communautaire.

Cette diversité est source d'inégalité tant à l'encontre des particuliers qu'à l'encontre des Etats membres. En effet, selon l'Etat membre dont ils relèvent, les particuliers voient leurs droits "communautaires" différemment protégés en raison des divergences existant entre les systèmes nationaux de la responsabilité. Ainsi, certains droits nationaux retiennent la faute comme fait générateur de la responsabilité, contrairement à d'autres où une illégalité suffit. Néanmoins, dans ces Etats, toute illégalité n'est pas susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique. Leur régime juridique exige parfois une illégalité caractérisée c'est à dire la violation d'une norme destinée à protéger les particuliers.

²³ F.Schockweiler, *op. cit.*, p. 49.

²⁴ Voir l'étude comparative de J. Schwarze, "Droit administratif européen", Office des publications officielles des Communautés européennes, Bruylant, 1994.

Parallèlement, la situation des Etats membres est tout aussi inégalitaire dans la mesure où leur responsabilité peut être mise plus ou moins facilement en cause suivant les droits internes. Dès lors, l'application du droit communautaire étant plus ou moins sanctionnée dans les ordres juridiques nationaux, c'est l'effectivité même du droit communautaire qui est en jeu.

B - La nécessité d'une application uniforme du droit communautaire

Le juge communautaire est parfaitement conscient de ce risque d'absence d'application uniforme du droit communautaire. A maintes reprises dans ses décisions, il rappelle énergiquement la nécessité d'une mise en oeuvre uniforme des normes européennes. Si les autorités nationales doivent se référer aux règles de fond et de formes de leur droit national lorsque le droit communautaire n'a pas édicté de règles communes, elles doivent concilier cette règle avec *"la nécessité d'une application uniforme du droit communautaire nécessaire pour éviter un traitement inégal des opérateurs économiques"*²⁵.

Si l'application uniforme du droit communautaire passe avant tout par une homogénéisation des droits nationaux, elle exige au préalable une coordination interne des mesures adoptées par les Etats pour la mise en oeuvre des normes européennes. Ainsi, *"lorsque les Etats répartissent entre plusieurs autorités nationales les mesures d'exécutions à prendre, il leur incombe d'assurer par des moyens appropriés la coordination des mesures que ces autorités adoptent pour ne pas compromettre l'application du droit communautaire"*²⁶.

C'est pourquoi la Cour de justice n'accepte pas que les Etats puissent excuser leurs manquements par des motifs tirés de leur ordre interne. Le comportement des composantes de l'Etat n'est pas un moyen justificatif reconnu par le juge communautaire pour écarter la responsabilité de l'Etat. Ce qui se comprend aisément : la structure des Etats est trop diversifiée pour qu'il en tienne compte. La prise en considération de toutes les particularités propres à chacun constitue un risque considérable pour l'application uniforme du droit communautaire. Plus généralement, un Etat membre ne saurait exciper de dispositions même constitutionnelles, pratiques ou situations de son ordre juridique interne pour justifier le non respect de ses obligations communautaires.

²⁵ Voir notamment les arrêts de la Cour du 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor* (précité, point 17) et du 6 juin 1972, *Schlüter*, (Aff. 94/71, Rec.p. 307).

²⁶ J.Rideau, "Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes", *op. cit.*, p. 668.

Un Etat membre ne peut pas davantage se fonder sur le manquement constaté d'un autre Etat pour justifier son propre manquement²⁷. Ce serait multiplier les violations du droit communautaire aux dépens de son application uniforme. Aussi le juge communautaire sanctionne-t-il tous les manquements, quelque soient leur fréquence.

Le nouvel article 171 du Traité C.E. répond également à l'exigence d'une application uniforme du droit communautaire. Il renforce l'obligation des Etats membres de prendre toutes les mesures que comporte l'exécution des arrêts en manquements de la Cour de justice.

En fait, toute la jurisprudence du juge communautaire en matière de manquement trouve sa justification dans la nécessité d'une mise en oeuvre uniforme du droit communautaire.

Mais une coordination interne des mesures d'exécution nationales ne saurait suffire à assurer l'application uniforme du droit communautaire. Cette exigence requiert également une certaine homogénéité des systèmes juridiques nationaux et notamment une homogénéité des systèmes de responsabilité. Conscients que le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale favorisait, au contraire, la diversité des systèmes juridictionnels nationaux, le juge et le législateur communautaires ont tenté d'en limiter les inconvénients en l'encadrant. Cet encadrement va permettre la communautarisation du régime de la responsabilité "communautaire" des Etats membres.

²⁷ C.J.C.E., 26 fév. 1976, *Commission / Italie* (Aff. 52/75, Rec. p. 277); C.J.C.E., 25 sept. 1979, *Commission / France* (Aff. 232/78, Rec. p. 2729).

SECTION II : L'ENCADREMENT DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE PROCEDURALE ET INSTITUTIONNELLE

L'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats et notamment des juridictions nationales est encadrée par des principes posés par la Cour de justice (§1) ainsi que des directives édictées par le législateur communautaire dans certains domaines particuliers en vue d'y assurer une protection effective des droits des particuliers (§2).

§1 Les principes d'encadrement jurisprudentiels

Le juge communautaire a imposé aux Etats membres et notamment aux juges nationaux des règles minimales quant à la protection des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire. Ces règles, énoncées en général sous forme de principes, ont pour conséquence directe une relativisation de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats en raison des caractères subsidiaire, provisoire (A) et conditionnel (B) qu'elle revêt dès lors.

A- Une autonomie subsidiaire et provisoire

Comme le fait remarquer M. Mertens de Wilmars, *"la première limitation ... est que le champ n'est laissé libre à l'environnement national que dans la mesure où le droit communautaire n'a pas disposé lui-même"*²⁸.

Ainsi c'est uniquement dans l'hypothèse où le droit communautaire ne contient aucune dispositions régissant le domaine en cause que les règles internes des Etats membres sont applicables. Elles n'interviennent donc qu'en cas de carence de celui-ci et tant qu'il ne réglemente pas la matière concernée. L'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres est donc subsidiaire et provisoire.

²⁸ J. Mertens de Wilmars, "L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers", CDE, 1981, p.379.

1. Une autonomie subsidiaire

La Cour de justice précise presque systématiquement dans les arrêts que le recours aux droits nationaux ne se justifie qu' "*en l'absence de réglementation communautaire en la matière*"²⁹. Dans l'arrêt *Deursche Milchkontor GmbH*³⁰, elle entend très largement cette restriction puisqu'elle y inclut les principes généraux du droit communautaire:

*"Pour autant que le droit communautaire, y compris les principes généraux de celui-ci, ne comporte pas de règles communes à cet effet, les autorités nationales procèdent, lors de cette exécution des réglementations communautaires, en suivant les règles de forme et de fond de leur droit national ..."*³¹.

Aussi, vérifie-t-elle chaque fois qu'elle est confrontée à un problème d'application du droit national s'il y a lieu de l'appliquer ou si, au contraire, il existe une réglementation communautaire prévoyant les règles applicables en la matière.

Dans l'affaire précitée, les entreprises demanderesse contestaient devant le *Verwaltungsgericht Frankfurt* les décisions de restitution d'aides pour le lait écrémé en poudre prises par les autorités allemandes à la suite d'irrégularités. Une des questions soulevées par le juge national devant la Cour de justice visait à savoir si les conditions du droit à répétition relevaient du droit communautaire ou du droit interne. Afin de répondre à cette question, le juge communautaire rappelle avant tout les règles et les principes généraux du droit communautaire commandant l'application du droit communautaire et du droit national : "*Conformément aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté et qui régissent les relations entre la Communauté et les Etats membres, il appartient aux Etats membres, en vertu de l'article 5 du traité, d'assurer sur leurs territoires l'exécution des réglementations communautaires*"³². Dans le cadre de cette exécution, ce sont les règles de forme et de fond du droit national qui sont applicables en l'absence de règles communautaires communes.

Ensuite, la Cour de justice s'attache à regarder si le droit communautaire fixe les conditions de la répétition des aides versées en matière de lait écrémé en poudre. Elle constate qu'il charge seulement les Etats membres de prendre, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives, les mesures nécessaires pour récupérer les sommes perdues à la suite d'irrégularités ou de négligences sans préciser les modalités de cette sanction. Elle en déduit donc que "*la répétition, par les autorités nationales, des sommes indûment versées en*

²⁹ Voir notamment les arrêts *Rewe* du 16 déc. 1976 et du 7 juil. 1981, précité; l'arrêt du 9 nov. 1983, *San Giorgio*, (Aff. 199/82, Rec.p. 3595) ; l'arrêt du 25 juil. 1991, *Theresa Emmot / Minister for Social Welfare et Attorney General*, (Aff. C-208/90, Rec.p. I-4269).

³⁰ Précité.

³¹ Point 17 de l'arrêt.

³² *idem*.

tant qu'aides selon la réglementation communautaire se fait, en l'état actuel d'évolution du droit communautaire, selon les règles et modalités prévues par la législation nationale ..."³³.

En précisant que le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale s'applique "*en l'état actuel d'évolution du droit communautaire*", la Cour de justice souligne non seulement le caractère subsidiaire du principe mais également son caractère provisoire.

2. Une autonomie provisoire

L'application du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale n'est nullement définitive. Le droit national s'applique uniquement tant que le droit communautaire n'est pas intervenu dans la matière. C'est l'absence de règles communautaires qui justifie le recours aux règles nationales. Ce recours est seulement une issue de secours dans l'attente de dispositions communautaires. Ainsi, le caractère provisoire du principe est indubitablement le corollaire de son caractère subsidiaire. La Cour de justice est très claire sur ce point. Lorsque sa jurisprudence précise qu' "*en l'état actuel d'évolution du droit communautaire*" ou "*en l'absence de réglementation communautaire en la matière*", il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits "communautaires" des justiciables, il faut comprendre qu'en présence d'une telle réglementation, l'application du droit national n'a plus lieu d'être.

³³ Point 25 de l'arrêt. Voir également CJCE, 25 fév. 1988, Raiffeisen Hauptgenossenschaft e.G. / Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM), (Aff.199/86, Rec.p.1169) où était en cause la restitution d'une caution suite à la déclaration d'invalidité du règlement communautaire l'instituant. Après avoir vérifié que ni l'arrêt d'invalidité du règlement, ni les principes généraux du droit communautaire ne s'opposaient à l'annulation de la décision fixant la caution devant les juridictions nationales, la Cour de justice répond à la question de savoir si la somme constituée en caution peut ou non être restituée. Elle rappelle que "*les litiges relatifs à la restitution de montants perçus pour le compte de la Communauté doivent être tranchés par les juridictions nationales en application de leur droit national en la forme et au fond, dans la mesure où le droit communautaire n'a pas autrement disposé en la matière*". Elle examine donc si le droit communautaire, en l'espèce, comporte des dispositions ayant une incidence sur la restitution de la caution. Elle constate qu'il faut distinguer selon que les contrats entraînant la constitution de la caution ont été conclus avant l'entrée en vigueur du règlement invalidé ou après. Pour les contrats conclus antérieurement, les dispositions du règlement permettant la répercussion automatique de la charge de la caution sur les acheteurs en aval, le juge communautaire estime qu'il existe dès lors une règle communautaire résultant du règlement "*selon laquelle tout droit à libération des cautions constituées sur cette base est privé de fondement*". Par contre, pour les contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur du règlement, une telle règle n'existant pas, "*aucune règle de droit communautaire ne fait obstacle à ce qu'une législation nationale permette à l'opérateur économique qui a décidé de ne pas répercuter le montant de la caution, mais a, toutefois attaqué l'acte fixant la caution, de demander la restitution du montant de cette caution*". Ainsi dans ce dernier cas, si la décision fixant la caution a été attaquée suivant les voies de recours du droit national et annulée en raison de l'invalidité du règlement communautaire de base, aucune règle de droit communautaire ne fait obstacle à la restitution du montant de la caution. Si une telle règle avait existé comme pour les contrats conclus avant l'entrée en vigueur du règlement, même si le droit national permettait la libération de la caution, celle-ci n'aurait pas pu être restituée, le droit communautaire en ayant disposé autrement.

Néanmoins, aucune limite dans le temps n'est opposée à l'application du principe. Il suffit de voir l'usage constant qu'il en est fait dans la jurisprudence communautaire en matière de répétition de l'indû depuis plus de vingt ans.

En fait, rappeler sans cesse le caractère provisoire du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale permet au juge européen de s'aménager une porte de sortie au cas où il déciderait ou au cas où le législateur communautaire déciderait d'adopter des règles communes dans le domaine concerné. Il peut ainsi légalement écarter les règles nationales.

L'adoption de règles communes intervient essentiellement afin d'assurer l'application uniforme du droit communautaire, c'est à dire dans l'hypothèse où l'encadrement de l'autonomie institutionnelle et procédurale se révèle être insuffisante pour remplir cette exigence.

Cette intervention n'est pas obligatoirement générale. Elle peut être seulement ponctuelle pour répondre à certaines insuffisances des droits nationaux ou pour uniformiser des réglementations trop diversifiées. En matière de sursis à exécution, si la Cour de justice fixe dans l'arrêt *Zuckerfabrik*, les conditions d'octroi du sursis à exécution des actes administratifs pris en application d'une réglementation communautaire, c'est en raison de la nécessité d'une telle uniformisation pour l'application uniforme du droit communautaire. En effet, ordonner le sursis à exécution d'un acte administratif pris en application d'une réglementation communautaire aboutit à donner au juge national la possibilité de se prononcer sur la validité d'un acte communautaire et à mettre en échec l'applicabilité directe des règlements dans les Etats membres. La divergence des règles nationales relatives au sursis à exécution aurait sans doute conduit à diverses applications du droit communautaire dans les Etats membres, le sursis à exécution étant ordonné dans l'un et non dans l'autre du fait des différences de conditions d'octroi.

Par ailleurs, l'intervention d'une réglementation communautaire peut poser le problème de sa rétroactivité.

Subsidiaire et provisoire, le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale voit sa portée quelque peu affaiblie. Elle l'est d'autant plus que le recours aux droits nationaux s'avère être conditionnel.

B - Une autonomie conditionnelle

Le recours aux droits nationaux n'a d'intérêt que dans la mesure où il favorise l'application du droit communautaire en assurant une protection effective des droits qu'il confère aux particuliers³⁴. A défaut d'identité, leurs règles doivent remplir certaines conditions afin de permettre un traitement équivalent des justiciables dans les Etats membres. Cette équivalence de traitement doit exister entre les droits que les particuliers tirent du droit communautaire et ceux que leur donne leur droit interne. C'est le principe de non-discrimination (1). Elle doit également exister entre les ressortissants des différents des Etats membres. Dans cette hypothèse, cette équivalence est le résultat de l'égale efficacité des procédures et voies de droit nationales à sauvegarder les droits "communautaires" des particuliers, même si elles le font par des moyens différents. C'est le principe de l'effet utile (2). Le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale est donc un principe conditionnel.

1. Le principe de non discrimination

De prime abord, le principe de non-discrimination signifierait que les droits que les particuliers tirent du droit communautaires et ceux que leur confèrent les droits nationaux doivent être également protégés. Pourtant la Cour de justice donne à ce principe un contenu quelque peu différent (a). En fait, ainsi défini, il apparaît comme un principe à sens unique(b).

a. Le contenu du principe

Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, intervenue essentiellement en matière de répétition de l'indû, *"l'application de la législation nationale doit se faire d'une façon non discriminatoire par rapport aux procédures visant à trancher des litiges de même type, mais purement nationaux"*³⁵.

Pour le juge communautaire, il en est ainsi lorsque les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, ne sont pas *"moins favorables que celles concernant des recours similaires de*

³⁴ C'est ce que dit expressément le juge communautaire. Voir par exemple : CJCE, 9 juil. 1985. Piercarlo Bozetti / Invernizzi SpA et Ministère du Trésor, (Aff.179/84, Rec.p.2301) où il est précisé que si *"il appartient à l'ordre juridique de chaque Etat membre de désigner la juridictions compétente pour trancher les litige qui mettent en cause des droits individuels, dérivés de l'ordre juridiques communautaires, ... les Etats membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective de ces droits"*.

³⁵ CJCE, 21 sept. 1983, Deutsche Milchkontor, précité, point 19.

nature interne"³⁶. Il ne préconise donc pas une stricte égalité des conditions de protection des droits conférés par le droit communautaire et par les droits nationaux. Il dit seulement que les premiers ne peuvent pas être traités moins favorablement que les seconds. Ce qui laisse supposer qu'ils pourraient bénéficier d'une protection supérieure. Le principe de non-discrimination joue donc uniquement en faveur des droits "communautaires". Il est, en quelque sorte, à sens unique.

Une fois seulement, la Cour de justice s'est écartée de cette définition pour rejoindre l'idée d'égalité de traitement. Dans l'arrêt Rewe du 7 juillet 1981³⁷, elle affirme que "*le système de protection juridique mis en oeuvre par le traité, tel que l'exprime en particulier l'article 177, implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national*".

Cet arrêt est cependant resté sans suite puisque dans sa jurisprudence postérieure, le juge communautaire est resté fidèle à sa première définition. Sans doute lui semblait-elle la plus à même de garantir la protection effective des droits "communautaires" des justiciables.

Il faut noter, cependant, que dans un arrêt en constatation de manquement de 1989, Commission contre République hellénique³⁸, le juge communautaire s'est prononcé plus particulièrement sur la signification à donner au principe de non discrimination en matière de sanctions en des termes rejoignant ceux de l'arrêt Rewe :

"Lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction pour sa violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 5 du traité impose aux Etats membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire.

*A cet effet, tout en concervant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires ..."*³⁹

Pourtant, l'arrêt Francovitch ne reprend pas cette définition qui vise à établir une égalité de traitement entre droits "communautaires" et droits "nationaux". Il dit que "*les conditions de fond et de forme fixées par les diverses législations nationales ne sauraient être moins*

³⁶ Voir notamment : CJCE, 16 déc. 1976, Rewe, précité; 27 fév.1980, Hans Just I/S / Ministre danois des Impôts et accises, (Aff.68/79, Rec.p.501); 27 mars 1980, Denkavit, (Aff.61/79, Rec.p.1205); 9 nov.1983, San Giorgio, précité; 2 fév.1988, Bruno Barra, (Aff.309/85, Rec.p.355); 29 juin 1988, Deville / Administration des Impôts, (Aff.240/87, Rec.p.3513); 25 juil. 1991, T. Emmott, précité.

³⁷ Précité.

³⁸ CJCE, 21 septembre 1989, Commission des C.E / République hellénique, (Aff.68/88, Rec.p.2965).

³⁹ Points 23 et 24 de l'arrêt.

favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne ...". Il opte donc pour un principe de non discrimination à sens unique.

b. Un principe à sens unique

La protection des droits "communautaires" des justiciables doit être au moins égale à celle des droits conférés par les ordres internes. En aucun cas, dès lors, le juge communautaire, exception faite de l'arrêt Rewe, n'établit une stricte égalité de traitement entre droits "communautaires" et droits "nationaux" des particuliers. Il laisse la porte ouverte à l'existence de certaines discriminations en faveur des premiers. En effet, la Cour de justice fixe seulement un seuil de protection en dessous duquel il ne faut pas descendre. Par contre, elle conçoit parfaitement que les droits "communautaires" puissent faire l'objet de mesures de sauvegarde plus favorables que celles applicables aux droits "nationaux" équivalents. Elle admet donc qu'une différence de traitement puisse exister mais uniquement à l'encontre des droits "nationaux". Une telle différence peut exister dans l'hypothèse où les modalités procédurales des recours internes s'avèrent insuffisantes pour protéger efficacement les droits "communautaires" et ne permettent pas, par conséquent, un respect absolu du droit européen. Dès lors, ces modalités devront être renforcées afin d'être adaptées aux exigences particulières de l'application du droit communautaire. Le principe de non-discrimination, tel que défini par le juge communautaire, est donc un principe à sens unique, en faveur des droits "communautaires".

Si l'arrêt Rewe de 1981 avait fait jurisprudence, le principe aurait été, au contraire, à double sens en raison de la condition de l'effet utile⁴⁰ que doivent remplir les recours nationaux. Si les recours nationaux s'étaient révélés inadaptés à la sauvegarde des droits "communautaires" des justiciables, ils auraient dû être améliorés dans ce sens. Cependant, du fait de l'égalité de traitement imposée par le principe de non-discrimination, cette évolution aurait, par là même, engendré une évolution de la protection des droits "nationaux". Le principe liant étroitement, dans ce cas, les droits "communautaires" et les droits "nationaux" des particuliers, joue également en faveur de ces derniers. Il est donc à double sens.

Le principe de l'effet utile apparaît ainsi comme un garde fou pour éviter que des procédures nationales imparfaites mettent en échec l'application effective du droit communautaire. Associé au principe de non-discrimination, tel que retenu dans l'arrêt Rewe, il aurait dû suffire à assurer une protection réelle des droits "communautaires" tout en conservant une égalité de traitement des droits "nationaux". Mais sans doute était-il plus aisé pour le juge communautaire d'imposer aux Etats membres, jaloux de leur souveraineté, une adaptation de leur systèmes juridiques aux

⁴⁰ Voir *infra*.

exigences de l'application du droit communautaire, conformément aux obligations de l'article 5 du Traité CEE, tout en les laissant libres de décider de la protection à donner aux droits que leur ordre interne confère aux particuliers. Peut-être faut-il voir dans cette définition, une mesure de compromis destinée à ménager la susceptibilité des Etats en évitant une trop grande ingérence des instances communautaires. Néanmoins, plus négativement, cette définition peut être tout simplement révélatrice du seul souci de la Cour de justice de garantir la protection des droits "communautaires" sans se préoccuper de celle des droits "nationaux". Cette démarche peut, malgré tout, présenter à terme certains avantages pour les "droits nationaux". Forcé d'améliorer les modalités de leurs recours en justice pour assurer la préservation des droits "communautaires", les Etats membres seront peut-être amenés à soumettre la protection des droits "nationaux" aux mêmes règles afin d'éviter une dualité de sanction⁴¹. C'est à eux que reviendrait le soin de rééquilibrer la balance.

2. Le principe de l'effet utile

La jurisprudence communautaire s'attache non seulement à définir le contenu du principe (a) mais a également donné quelques précisions sur son application (b).

a. Le contenu du principe

Les voies de droit nationales doivent assurer une protection effective des droits "communautaires" dans la mesure où *"l'application du droit national ne doit pas porter atteinte à la portée et à l'efficacité du droit communautaire"*⁴². En ce sens, les voies de droit nationales doivent avoir un effet utile. C'est ce qui ressort en premier lieu de l'arrêt Rewe de 1976 où il est dit qu'à défaut de mesures d'harmonisation, *"les droits conférés par le droit communautaire doivent être exercés devant les juridictions nationales selon les modalités déterminées par la règle nationale"*, tout en posant néanmoins les limites de cette autonomie institutionnelle et procédurale :

*"... il n'en serait autrement que si ces modalités et délais aboutissaient à rendre en pratique impossible l'exercice de droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder"*⁴³.

⁴¹ C'est *"l'effet de contagion"* du droit communautaire sur les droits nationaux dont parle J-C Bonichot, "Le droit communautaire et le droit administratif français" in "Droit administratif et Droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen : les données du débat contemporain". A.J.D.A 1996, N° spécial, p. 15.

⁴² Arrêt *Deutsche Milchkontor GmbH*, précité, Rec. p. 2666, point 22. Voir également, plus récemment, CJCE. 21 septembre 1989, Commission des C.E / République hellénique, (Aff.68/88, Rec.p.2965, point 23).

⁴³ Point 5 de l'arrêt, précité, p.1998.

Tel n'est pas le cas, selon la Cour, de la fixation de délais raisonnables en matière de recours de nature fiscale qui "*constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernée*"⁴⁴. De même, en matière de sanction, les conditions de fond et de procédure des droits nationaux sont efficaces, et ont donc un effet utile, si elles confèrent à la sanction "*un caractère effectif, proportionné et dissuasif*"⁴⁵. Par contre, jusqu'au moment de la transposition correcte d'une directive, un Etat membre défaillant ne peut pas exciper de la tardivité d'une action judiciaire introduite à son encontre par un particulier en vue de la protection des droits que lui reconnaissent les dispositions de cette directive : un délai de recours ne peut, en effet, commencer à courir qu'à partir de ce moment⁴⁶. Ce n'est qu'à cette condition que le recours lui-même aura un effet utile car il visera effectivement à protéger les droits que les particuliers tirent de la directive. En effet, si la directive n'est pas correctement transposée, les particuliers ne peuvent pas connaître la plénitude de leurs droits. Ce n'est "*qu'au moment de cette transposition qu'est créée la sécurité juridique nécessaire pour exiger des justiciables qu'ils fassent valoir leur droits*"⁴⁷.

b. L'application du principe

Le principe de l'effet utile, systématiquement rappelé, aux côtés du principe de non-discrimination, dans les arrêts faisant référence au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres, au nombre des limites opposées à cette autonomie⁴⁸, implique donc des aménagements des voies de droit nationales existantes si elles ne sont pas adaptées. Reste à déterminer les limites de ces aménagements. Peuvent-ils aller jusqu'à la création d'une voie de droit spécifique si les recours nationaux existants ne sont pas efficaces ? *A priori*, la réponse est positive, la Cour de justice ayant consacré le droit des justiciables à un recours effectif

Si ces aménagements peuvent intervenir par voie législative et réglementaire, ils risquent d'être pour l'essentiel l'oeuvre du juge interne confronté directement, au coup par coup, au problème de l'effet utile des règles de son droit national dans les litiges qui lui sont soumis. Aussi, sa faculté d'adapter ces règles aux exigences du droit communautaire dépend-t-elle des pouvoirs dont dispose le juge national à cet effet. C'est pourquoi, nous serons amené à y répondre ultérieurement en abordant spécifiquement la question de ces pouvoirs.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Aff.68/88, précitée, spé. point 23, p. 2984. Voir également, CJCE, 2 fév. 1977, Amsterdam Bulb. (Aff.50/76. Rec.p.137, spé. point 33) et CJCE. 26 oct. 1982, Einberger, (Aff.240/81, Rec.p.3699, spé. point 17).

⁴⁶ Arrêt Emmott, précité, point 13.

⁴⁷ Point 11 et 12 de l'arrêt.

⁴⁸ Voir toute la jurisprudence citée à propos du principe de non-discrimination.

Il faut noter cependant que l'efficacité des règles nationales à sauvegarder les droits que les particuliers tirent du droit communautaire doit être assurée dans le respect de ce dernier. Le juge européen l'a expressément précisé dans sa jurisprudence :

*"... les Etats sont compétents pour choisir les sanctions qui leur semblent appropriées. Ils sont toutefois tenus d'exercer cette compétence dans le respect du droit communautaire et de ses principes généraux, et, par conséquent, dans le respect du principe de proportionnalité. A cet égard, les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire aux objectifs poursuivis, et les modalités de contrôle ne doivent pas être assorties d'une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave aux libertés consacrées par le traité."*⁴⁹

Ainsi, en matière de sanctions, l'autonomie des Etats membres doit être exercée *"dans le respect du droit communautaire et de ses principes généraux"*. Cependant, cette règle ne s'applique pas seulement au cas des sanctions, elle est générale et concerne tous les éléments des voies de droit nationales :

L'exemple des délais de recours nationaux est significatif. La fixation de ces délais, à condition qu'ils soient raisonnables, n'entrave pas la protection des droits "communautaires" car elle constitue une application du principe de la sécurité juridique⁵⁰. Elle permet ainsi de concilier et conserver les différents intérêts en présence : ceux des particuliers et ceux des Administrations nationales. Dans le cas des directives, la règle qui veut qu'un délai de recours national ne puisse commencer à courir qu'à partir du moment où la directive a été transposée vise à assurer l'effet utile du recours dans le respect du droit communautaire. Elle évite, en effet, que le droit reconnu aux particuliers par la Cour de justice d'invoquer en justice à l'encontre d'un Etat défaillant puisse *"servir de justification à un Etat pour se dispenser de prendre, en temps utile, les mesures d'application appropriées à l'objet de chaque directive"*. Cette règle permet donc le respect de l'article 189 du Traité C.E.E. qui fait obligation aux Etats, destinataires des directives, de prendre, dans leur ordre juridique interne, toutes les mesures de transposition nécessaires au plein effet des directives. Par ailleurs, la non transposition des directives met les justiciables en situation d'insécurité juridique car en l'absence de mesures d'applications, ils ne peuvent pas connaître la plénitude de leur droit. Ainsi cette règle permet-elle également d'assurer la sécurité juridique des particuliers : elle constitue une application de ce principe.

En règle générale, les principes d'encadrement jurisprudentiels de l'autonomie institutionnelle et procédurale s'avèrent suffisants à assurer une protection effective du droit communautaire. et dès lors, une application uniforme du droit communautaire. Le principe de

⁴⁹ Points 19 et 20 de l'arrêt de 1992.

⁵⁰ Voir notamment l'arrêt Rewe de 1976, précité.

non-discrimination, en favorisant un traitement au moins équivalent des droits "communautaires" et des droits "nationaux" dans les Etats membres, permet une protection effective au niveau interne. Comme il s'applique à l'ensemble des ordres juridiques nationaux, renforcé par le principe de l'effet utile, il contribue à mettre en place une certaine uniformité dans l'application du droit communautaire en favorisant l'équivalence de traitement au niveau externe (c'est à dire dans tous les Etats membres). En effet, le principe de l'effet utile oblige les Etats membres à protéger efficacement les droits "communautaires" de leurs ressortissants. Aussi, cette obligation, en s'imposant à tous les Etats membres sans exception, aboutit-elle à un degré de protection comparable dans les ordres internes et crée une certaine homogénéité dans la mise en oeuvre du droit européen.

Cependant, il peut arriver que les disparités des règles nationales soient telles qu'une intervention préalable du législateur européen soit indispensable pour que ces principes aient les effets souhaités.

§2 L'encadrement par le législateur communautaire

Il ne s'agit pas pour le législateur européen de régler totalement la matière mais d'en fixer les contours. C'est dans le cadre de ces limites que l'autonomie institutionnelle et procédurale retrouve ses droits. Elle reste soumise néanmoins aux principes fixés par le juge communautaire. L'encadrement du législateur européen vient donc en complément de celui du juge. Il "*relaie parfois le juge en introduisant des éléments d'harmonisation dans les systèmes nationaux*"⁵¹ (A). Les directives-recours en matière de passation des marchés publics sont un bon exemple d'intervention du législateur communautaire (B).

A - L'intervention du législateur communautaire

Le législateur communautaire est également venu encadrer l'autonomie procédurale des Etats membres dans certains domaines particuliers en vue d'y assurer une protection effective des droits qui en découlent pour les particuliers. A titre d'exemple, on peut citer la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation de marchés publics de fournitures et de travaux et la directive

⁵¹ J. Rideau, "Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes", *op. cit.*, p.672.

92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Selon le Professeur Boulouis⁵², le terme de coordination a été souvent employé comme synonyme d'harmonisation alors que coordination et harmonisation sont des modes de relation du droit communautaire et du droit national différents. Il considère en effet que, dans l'hypothèse d'une harmonisation, *"le droit national continue d'exister en tant que tel mais se trouve privé de déterminer lui-même ses finalités. Il doit se modifier et évoluer en fonction des exigences définies et imposées par le droit communautaire; de sorte que les différents systèmes nationaux présentent entre eux un certain degré d'homogénéité et de cohérence découlant de finalités désormais communes"*. Au contraire, dans l'hypothèse d'une coordination, les droits nationaux ne sont pas adaptés en fonction d'objectifs ou de finalités définis et imposés par le droit communautaire, mais ils demeurent ce qu'ils sont. Seuls leurs effets sont coordonnés afin de réduire leurs disparités et assurer ainsi une plus grande égalité des sujets de droits. En matière de recours, l'effet recherché est une protection effective et similaire des droits "communautaires" dans tous les Etats membres. Cependant, comme le fait remarquer M. Boulouis, *"si, dans cette hypothèse, l'intégrité du droit national n'est pas altérée par le droit communautaire, il n'en reste pas moins que celui-ci, par les notions qu'il utilise, par les définitions qu'il pose pour les besoins de sa propre application, par les comparaisons qu'il suggère et par l'arbitrage qu'il opère entre des effets différents, exerce une influence indirecte sur les droits nationaux et contribue ainsi à leur évolution synchrétique"*.

La coordination tendrait donc vers l'harmonisation, et ce d'autant plus que la protection effective des droits "communautaires" peut être perçue non pas comme un simple effet des voies de recours de droit national mais un objectif, une finalité en soi de ces voies.

Toutefois, il nuance cette interprétation dans la mesure où l'harmonisation telle que conçue à l'origine, a été quelque peu dénaturée. Conformément à la définition donnée précédemment, l'harmonisation consiste, en principe, seulement à fixer des finalités communes aux Etats membres qui doivent, dès lors, adapter leurs droits en conséquence. A terme, les systèmes nationaux doivent présenter un certain degré d'homogénéité. Ce schéma n'a pas été respecté en règle générale : les directives, parfaitement adaptées à une fonction de détermination d'objectifs, ont servi en fait à l'élaboration d'un droit communautaire de substitution. Elles ne se sont pas bornées à prescrire le résultat à atteindre, mais ont imposé des règles de fond de plus en plus détaillées et précises, aboutissant à une identification du droit communautaire et des droits nationaux.

⁵² J. Boulouis "Droit institutionnel de l'Union européenne", Monchrestien, Précis Domat Droit public, 5ème éd., 1995.

En ce sens, les directives intervenues, jusqu'à présent, en matière de recours, ne font rien de tel. Elles coordonnent mais n'harmonisent pas : le législateur communautaire encadre seulement l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres.

Pourtant une doctrine particulièrement autorisée préconise l'instauration d'un régime général de responsabilité des Etats membres par le législateur européen afin de garantir l'application uniforme du droit communautaire :

"on peut se demander ... si la meilleure solution, dans l'intérêt tant de l'uniformité d'application des règles dérivant du droit communautaire que de l'égalité de traitement des victimes de violation de droit communautaire imputables aux Etats membres, ne consisterait pas dans l'élaboration, par voie du législateur communautaire, d'un corps de règles régissant les conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres pour les dommages causés aux particuliers par de telles violations"⁵³.

Ainsi se montre-t-elle favorable à une véritable harmonisation du régime de responsabilité des Etats membres du fait du droit communautaire. Actuellement, néanmoins, une telle législation communautaire n'existe pas.

La différenciation opérée par M. Boulouis a l'avantage de permettre l'établissement de degrés d'intervention du législateur communautaire. En choisissant de coordonner les droits nationaux, il vise seulement à limiter l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres en définissant le cadre de son exercice. Au contraire, en les harmonisant, il vise à écarter le recours aux droits nationaux pour leur substituer ses propres règles. Dans un cas comme dans l'autre, le législateur communautaire cherche à assurer l'application uniforme du droit communautaire en définissant des règles communes. C'est ce qui ressort expressément de la jurisprudence Rewe de 1976 :

"... en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire étant entendu que ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne;

que les articles 100 à 102 et 235 du traité permettent, le cas échéant, de prendre les mesures nécessaires pour remédier aux disparités des dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats membres en la matière, si elles s'avéraient

⁵³ M. Schockweiler, "La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire", *op. cit.*, p. 49.

de nature à provoquer des distorsions ou à nuire au fonctionnement du marché commun."⁵⁴

Cependant, lorsqu'il coordonne, il le fait à un moindre degré que s'il harmonisait. Ainsi, lorsque le législateur communautaire prend l'initiative d'encadrer l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats en raison d'importantes divergences des droits nationaux et, dès lors, de l'insuffisance des principes jurisprudentiels d'encadrement à y pallier, il impose seulement aux ordres juridiques nationaux un standard minimum de règles communes à l'intérieur duquel le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale s'applique.

Tel est le cas notamment en matière de recours dans des domaines très techniques comme celui des marchés publics.

B - Un exemple : les directives-recours en matière de marchés publics

Le législateur communautaire régleme la passation des marchés publics dans plusieurs directives⁵⁵ Compte tenu de la grande disparité des sanctions des règles de passation des marchés dans les ordres juridiques nationaux, le législateur communautaire a imposé aux Etats membres la mise en place de procédures de recours efficaces visant soit à sanctionner soit à corriger les irrégularités commises. Il justifie son intervention par les exigences particulières de la matière. Ces directives-recours donnent aux Etats membres des lignes directrices dans le cadre desquelles doit s'exercer leur autonomie institutionnelle et procédurale (1). Ces directives ont été transposées dans les Etats membres. L'exemple français est particulièrement intéressant dans la mesure où le marché public du "Grand Stade" a donné lieu à un contentieux (2).

1- Le contenu des directives-recours en matière de marchés publics

Le législateur communautaire estime que pour que l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire soit suivie d'effets concrets, il faut qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en la matière ou en cas de violation des règles transposant ce droit. En effet, il considère que "*dans certains Etats*

⁵⁴ Point 5 de l'arrêt.

⁵⁵ Directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ; directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ; directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications; directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

membres, l'absence de moyens de recours efficaces ou l'insuffisance des moyens existants dissuadent les entreprises communautaires de tenter leur chance dans l'Etat du pouvoir adjudicateur concerné". Ces moyens de recours doivent viser essentiellement à garantir la non discrimination des entreprises. Les entreprises évincées d'un marché public doivent pouvoir bénéficier des mêmes garanties contentieuses dans tous les Etats membres.

Il précise alors les conditions de cette efficacité : "*en raison de la brièveté des procédures de passation des marchés publics, les instances de recours doivent être habilitées à prendre*", par voie de référé, "*des mesures provisoires pour suspendre une telle procédure ou l'exécution de décisions éventuellement prises par le pouvoir adjudicateur*" et ce, dans les plus brefs délais compte tenu des intérêts en jeu ; dans tous les Etats membres, "*il est nécessaire d'assurer que des procédures adéquates permettent l'annulation des décisions illégales et l'indemnisation des personnes lésées par une infraction*" (a).

Le Conseil prévoit également l'intervention de la Commission "*en cas de violation claire et manifeste*" commise au cours d'une procédure de passation de marchés public lorsque les entreprises ne prennent pas l'initiative du recours (b).

Le législateur communautaire s'efforce donc de remédier à l'hétérogénéité des droits nationaux "*en posant les bases d'un droit commun national du contentieux*" des marchés publics⁵⁶. Comme le souligne le Professeur Teneyre, les directives-recours ne font que "*poser les bases d'un droit national harmonisé du contentieux des marchés publics*". Elles procèdent à un véritable "*encadrement communautaire*" des règles nationales applicables en cas de violation du droit communautaire⁵⁷.

a. Les recours

Le législateur communautaire encadre l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres à plusieurs niveaux : quant au justiciable, quant aux modalités des recours, quant aux instances de recours compétentes.

i) Le justiciable

Les recours doivent être ouverts "*au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée*"

Les directives laissent aux Etats le soin de déterminer les notions "d'intérêt à l'obtention d'un marché public" ou encore de droit lésé. Elles peuvent être interprétées très largement en

⁵⁶ P. Teneyre, "Le droit du contentieux des marchés publics dans la perspective de leur ouverture aux opérateurs communautaires", Les petites Affiches, 10 décembre 1990, N° 148, p.13

⁵⁷ *op. cit.*

ouvrant une voie de recours non seulement aux soumissionnaires mais aussi à d'autres parties concernées par la passation d'un marché public telles que les entreprises sous-traitantes.

ii) Les modalités des recours

Les instances de recours compétentes doivent pouvoir prendre des mesures provisoires dans les plus brefs délais et par voie de référé afin "*de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés*". Dès lors, ces mesures peuvent aller de simples mesures d'instruction et d'expertise jusqu'à la suspension de la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs afin d'éviter une aggravation de la situation du plaignant ou un préjudice irréparable. Par contre "*les procédures de recours ne doivent pas en elles-mêmes avoir nécessairement des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se réfèrent*". La nécessité d'ordonner des mesures provisoires s'apprécie en mettant en balance tous les intérêts susceptibles d'être lésés, dont l'intérêt public. Ainsi est-il préférable de ne pas les accorder lorsqu'elles présentent plus d'inconvénients que d'avantages. Cette règle n'est pas nouvelle tant dans les droits nationaux que dans la jurisprudence communautaire⁵⁸.

Le législateur communautaire tout en imposant l'existence de procédure de référé dans tous les Etats membres, laisse aux autorités nationales le soin d'en déterminer les conditions de forme et de fond.

Les instances de recours compétentes doivent pouvoir "*annuler les décisions illégales, y compris supprimer les spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires figurant dans les documents d'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause*". Le Conseil ne précise pas non plus quelles sont les conditions de l'annulation, exception faite de l'existence d'une illégalité et notamment la violation du principe de non discrimination. Cependant l'existence d'une illégalité est la condition sine qua non de l'annulation d'un acte. Il ne fait donc que rappeler l'évidence. Par contre, il entend très largement la notion de décision et veille, en la définissant, à éviter que certains actes soient sanctionnés seulement dans certains Etats ou bien ne soit pas du tout sanctionnés dans les Etats membres. Il cherche donc à assurer la protection effective des justiciables en étendant le contrôle à tous les actes susceptibles d'être préjudiciables, même s'ils ne sont pas des décisions au sens stricte du terme.

Les instances de recours compétentes doivent pouvoir "*accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation*". Dans l'hypothèse où le préjudice est né d'une

⁵⁸ Voir sur ce point C. Weisse. "Le sursis à exécution devant la Cour de justice des Communautés européennes et devant le juge administratif français. Essai de comparaison.", *op. cit.*

décision illégale, le législateur n'exclut pas que l'attribution des dommages intérêts soit commandée par l'annulation préalable de la décision contestée. Il n'exclut pas davantage la dissociation de ces deux procédures en obligeant les requérants à les former devant des instances différentes.

Le législateur communautaire envisage donc avec souplesse l'application des règles qu'il impose. Il veille, en fait, à favoriser leur mise en oeuvre par les Etats membres en les conciliant avec les pratiques procédurales qu'ils connaissent dans leurs droits nationaux. Ainsi certains Etats membres tels que l'Italie, la Grèce et le Luxembourg obligent, dans un premier temps, les plaignants à demander l'annulation de la décision litigieuse devant le juge administratif pour se diriger, ensuite, devant le juge civil pour demander réparation. D'autres font de l'annulation préalable de la décision contestée une condition de recevabilité de la demande en dommages-intérêts. Parfois ces deux règles sont cumulées. Par contre, si la règle de l'annulation préalable n'existe pas, l'Etat peut prévoir l'octroi d'une indemnisation seulement après la conclusion du contrat.

L'inconvénient majeur du maintien de telles règles est qu'elles conduisent inévitablement à une "*accumulation de procédures*"⁵⁹ allongeant les délais d'indemnisation, qui risque de décourager les entreprises lésées et dès lors, de servir les intérêts de pouvoirs adjudicateurs peu respectueux du droit communautaire.

Enfin, toujours dans le même souci de respecter les pratiques procédurales des Etats membres, le législateur communautaire laisse les Etats membres libres d'exiger ou non que "*la personne qui souhaite utiliser une procédure de recours ait préalablement informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours*". Les Etats membres peuvent donc prévoir une procédure pré-contentieuse qui revient, en fait, à obliger les justiciables à introduire un recours administratif préalablement (France⁶⁰, Danemark, Espagne) ou en même temps (Belgique, Portugal, Italie) que le recours juridictionnel. Cette disposition tend à favoriser une conciliation préalable, pouvant éviter le recours aux procédures contentieuses.

Néanmoins, encore une fois, le législateur communautaire se limite aux principes. Il revient aux Etats membres, conformément au principe de l'autonomie procédurale, de les mettre en application.

⁵⁹ P. Terneyre, *op. cit.*

⁶⁰ Selon les articles R 241-21 du Code des TA et CAA, les personnes qui ont "*un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées*" par un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence doivent préalablement adresser une réclamation à l'autorité compétente. Le référé peut être introduit en cas de refus explicite de cette autorité de se conformer aux règles en cause ou en l'absence de réponse pendant dix jours.

Voir sur ce point R. Chapus, "Droit du contentieux administratif", Montchrestien, 1995, n° 1135, p. 1032-1036.

Dans le cas des opérateurs de réseau (eau, énergie, transports, télécommunications), les Etats membres peuvent prévoir le prononcé d'une astreinte à l'encontre du pouvoir adjudicateur pour le contraindre à remplir ses obligations.

Les Etats doivent veiller à ce que les décisions prises par les instances de recours soient exécutées de manière efficaces.

iii) Les instances de recours compétentes

Les différents recours peuvent être confiés à des instances nationales différentes. Elles ne doivent pas être obligatoirement de nature juridictionnelle. Dans ce cas, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit et doivent pouvoir faire l'objet soit d'un recours juridictionnel soit d'un recours auprès d'une autre instance indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur. Néanmoins, dans cette dernière hypothèse, la directive exige un certain nombre de garanties : la nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat doivent être soumis aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée du mandat et leur révocabilité; son président doit avoir les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge; cette instance doit prendre des décisions à l'issue d'une procédure contradictoire; ces décisions doivent avoir des effets juridiques contraignants. Reste aux Etats membres à faire un choix entre ces différentes possibilités et à aménager ce choix dans le respect des dispositions communautaires.

Parallèlement aux voies de recours nationales, l'article 3 de la directive prévoit également la possibilité pour la Commission d'intervenir "*lorsqu'elle considère qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires en matière de marchés publics a été commise, avant la conclusion d'un contrat, au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application des directives*".

b. L'intervention de la Commission

Cette intervention est prévue pour pallier l'immobilisme des entreprises face à certaines infractions. Dans ce cas, c'est à la Commission que revient le soin d'agir.

Dans le projet initial, la Commission disposait de véritables pouvoirs d'investigation et d'intervention lui permettant de réaliser un véritable contrôle de la réglementation communautaire⁶¹. Cependant, face à l'hostilité manifestée par les Etats membres, ses

⁶¹ Voir P. Terneyre, *op. cit.*

prérogatives sont réduites à un pouvoir de notification. La Commission doit notifier à l'Etat membre et au pouvoir adjudicateur les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste a été commise afin qu'elle soit corrigée. Si, dans le délai de vingt et un jours suivant la notification, l'Etat n'a pas pris les mesures nécessaires pour corriger la violation, il doit le justifier à la Commission. Il doit également l'informer de toute suspension de la procédure de passation soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur soit à la suite de l'introduction d'un recours devant les instances nationales compétentes. Il est tenu de lui communiquer le résultat de ces recours ainsi que du commencement d'une autre procédure de passation de marché, liée entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Dans cette nouvelle procédure, la violation alléguée doit avoir disparue. Si l'Etat ne donne pas de justifications satisfaisantes et si la violation n'est pas corrigée, il risque de faire l'objet d'une procédure en constatation de manquement devant la Cour de justice des Communautés européennes, suite à un avis motivé de la Commission constatant formellement la violation d'une règle communautaire.

Le contenu des directives-recours vise essentiellement à l'efficacité de la protection des droits "communautaires" des entreprises de travaux publics. En mettant les Etats dans la bonne direction, le législateur communautaire cherche à garantir l'effet utile des voies de recours nationales.

Cette législation a été notamment transposée en droit français et elle a déjà fait l'objet d'une jurisprudence abondante.

2. Une application concrète : le cas de la France.

Les directives-recours ont été transposées en France. Les dispositions françaises ont déjà été mise en oeuvre dans plusieurs contentieux, et notamment dans l'affaire du Grand Stade

La directive du 21 décembre 1989 applicable aux marchés publics de fournitures et de travaux dans les secteurs classiques a été transposée par une loi du 4 janvier 1992⁶², complétée par un décret du 7 septembre 1992⁶³. La directive du 17 septembre 1990 traitant de la passation de marchés dans les secteurs dits "exclus" (eau, énergie, transports, télécommunications) a été transposée par une loi du 29 décembre 1993⁶⁴.

La législation française distingue les marchés soumis au droit public et ceux soumis au droit privé selon qu'ils sont passés par des personnes publiques (Etats, collectivités locales ou

⁶² JO 7/1/92, p. 327

⁶³ JO 11/9/92, p. 12526.

⁶⁴ JO 1/1/94, p. 10.

établissements publics, concessions de droit public) ou des personnes privées. Néanmoins, en matière de recours, les pouvoirs accordés au juge civil dans le nouveau code de procédure civile pour les marchés relevant du droit privé sont similaires à ceux accordés au juge administratif par les articles L.22 et L.23 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.

Par la suite, une loi du 23 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption⁶⁵ a étendu le champ d'application de l'article L 22 qui ne concernait initialement que les marchés visés par la directive de 1989 et les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence découlant du droit communautaire. Désormais, il concerne *"tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public"*. Il paraissait opportun, en effet, que le même type de contrat soit soumis aux mêmes règles, notamment du point de vue contentieux. Le droit communautaire a donc été un facteur d'évolution et a servi de modèle. Ainsi, comme le souhaitait la Commission, toutes les règles de publication et de mise en concurrence issues du droit communautaire ou du droit interne peuvent être sanctionnées par le procédure de l'article L.22.

a. Le référé précontractuel de l'article L 22 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel

L'article L.22 du Code des TA et des CAA vise les marchés de travaux passés dans les secteurs traditionnels. Conformément à la directive-recours, il prévoit une procédure de référé devant le Président du tribunal administratif en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le juge peut être saisi soit par l'entreprise lésée, soit par l'Etat, en la personne du préfet ou du ministre, à la demande de la Commission des Communautés européennes en cas de "violation claire et manifeste". Dans le cas où le préfet défère un marché public au Tribunal et demande son sursis à exécution, il est fait automatiquement droit à sa demande pour un délai de maximum d'un mois (loi du 4 février 1995). Cependant, avant de saisir le juge, les requérants doivent faire un recours administratif préalable auprès du pouvoir adjudicateur qui doit faire connaître sa réponse dans un délai de dix jours, son silence valant rejet implicite de la demande.

La procédure de référé permet au juge *"d'ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou de l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer des clauses ou des prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les dites obligations"*(

⁶⁵ JO 30/1/93, p.1588.

Article L 22 du Code des TA et CAA). Le juge dispose donc, en premier lieu, d'un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration afin de lui imposer le respect de ses obligations. Il peut lui même supprimer des clauses illégales figurant dans le projet de contrat. En second lieu, il peut prendre des mesures provisoires et dès lors, suspendre la passation du contrat ou l'exécution des décisions qui ont été prises. En dernier lieu, le juge peut annuler l'ensemble des décisions prises⁶⁶.

En vertu des dispositions réglementaires et complémentaires des articles R.214-21 à R.241-24, la décision du juge administratif peut seulement faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat dans un délai de quinze jours.

La transposition française de la "directive recours" en matière de passation de contrats et marchés de fourniture et de travaux a donné naissance, selon certains, à un "*recours contentieux du troisième type*"⁶⁷, ne pouvant être assimilé ni à un recours pour excès de pouvoir, ni à un recours de pleine juridiction. Deux raisons essentielles justifient un tel constat. Tout d'abord, en vertu de l'article L 22 du Code des TA et CAA, le juge administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. C'est un référé précontractuel. Il s'agit là d'un changement total de perspective. Jusqu'à présent, en effet, au nom de la liberté contractuelle, les irrégularités ne pouvaient être sanctionnées qu'après coup. Mais plus surprenant encore, sont les pouvoirs conférés au juge administratif alors qu' "*il statue en la forme des référés*". En effet, si la procédure de référé est suivie, le juge administratif dispose de pouvoirs dépassant largement ceux qui lui sont accordés normalement dans le cadre d'une telle procédure. Outre un pouvoir d'injonction, le juge a un pouvoir d'annulation et de réformation. Or selon une jurisprudence constante, celui-ci ne peut pas, à la demande d'un tiers, annuler un contrat ou le modifier pour le rendre conforme à la réglementation en vigueur⁶⁸. Il dispose donc, en quelque sorte, des pleins pouvoirs.

Par contre, cette procédure de référé précontractuel ne permet pas au juge d'octroyer des dommages-intérêts au requérant lésé. Ce n'est qu'une fois le contrat conclu que la responsabilité du pouvoir adjudicateur peut être mise en jeu. Les entreprises lésées ont toujours la possibilité de faire un recours en annulation devant le juge national contre les décisions ayant conduit à la conclusion du contrat, conformément à la théorie des actes détachables dans le contentieux des contrats, et demander des dommages et intérêts. On peut supposer qu'elles pourront se prévaloir d'une décision du juge de référé précontractuel devant le juge de l'indemnisation.

⁶⁶ Voir notamment P. Delvolvé, "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats" in "Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs", Mélanges R. Perrot, D. 1995, p. 85.

⁶⁷ P. Terneyre, "L'émergence d'un recours contentieux du troisième type", ALD, 1992, p.82.

⁶⁸ Voir notamment CE 7 fév. 1986, Pottiers et autres. Rec. CE: Tables, p.610; Obs. F. Lorrens, D. 1986, IR. p.353 et Obs. P. Terneyre, p.423.

Dés lors, comme le fait très justement remarquer M. Roncière, le référé précontractuel ne saurait être qualifié de recours de plein contentieux, le pouvoir d'indemniser étant un des premiers pouvoirs du juge de plein contentieux. Il se rapprocherait davantage du recours pour excès de pouvoir. Mais "*comme le juge de première instance ne peut et que le juge de cassation ne veut créer une troisième catégorie de recours, ... la nécessité s'impose de faire entrer le recours de l'article L. 22 dans l'une des deux catégories existantes*"⁶⁹. Selon lui, il se rapprocherait davantage du recours pour excès de pouvoir. Ce n'est pas l'avis de M. Vandermeeren qui estime, au contraire, "*qu'il paraît évident que, du point de vue des prérogatives juridictionnelles, la procédure se rattache au plein contentieux*"⁷⁰. Il définit par ailleurs le référé précontractuel de l'article L. 22 comme un référé spécialisé, dérogatoire et exorbitant. Il est spécialisé du fait de son champ d'application restreint. Il est dérogatoire car il s'écarte du référé administratif de droit commun. Il est exorbitant essentiellement en raison des pouvoirs particulièrement étendus qu'il confère au juge.

L'étendue des pouvoirs accordés au juge dans le cadre du référé précontractuel soulève le problème de l'articulation de cette procédure avec les autres voies de recours et notamment, avec le recours pour excès de pouvoir. Ainsi s'est posée devant les juridictions administratives la délicate question de l'étendue dans le temps des pouvoirs confiés au juge des référés.

L'article L 22 pouvait donner lieu à débat dans la mesure où il se bornait seulement à prévoir dans son troisième alinéa que "*le Président du Tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat*". Trois interprétations étaient donc possibles : soit le juge pouvait être saisi avant et après le contrat; soit il devait être saisi avant mais pouvait statuer après; soit ses pouvoirs prenaient fin à la conclusion du contrat.

Admettre que le juge puisse être saisi avant et après la conclusion du contrat ou qu'il puisse statuer après le contrat, tout en ayant été saisi avant, conduirait le juge des référés à se substituer purement et simplement au juge du contrat.

En effet, l'article L 22 a donné au juge des référés le pouvoir d'annuler toute décision se rapportant à la passation du marché. Or l'application de la théorie de l'acte détachable du contrat permet également aux justiciables de demander l'annulation de certains actes préalables à la conclusion du contrat. Sur la base de cette annulation, l'entreprise requérante peut soit obtenir des dommages-intérêts, soit obliger la collectivité publique à remettre en cause le contrat par un accord amiable avec son cocontractant ou en faisant usage de son pouvoir de résiliation unilatérale ou encore, en saisissant le juge du contrat. Enfin, le bénéficiaire de l'annulation de l'acte détachable du contrat peut contraindre la collectivité récalcitrante à se conformer à la décision du juge en faisant une demande d'astreinte.

⁶⁹ M. Roncière, "L'article L. 22 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel : innovation et interrogations", Les petites affiches, 12 août 1994, N° 96, p. 7.

⁷⁰ "Le référé administratif précontractuel", A.J.D.A., N° spécial 20 juillet/ 20 août 1994, p.91.

Ainsi, même si un tiers ne peut pas saisir directement le juge du contrat pour contester la passation d'un contrat de marché public, il n'en est pas pour autant démuné. Il dispose de voies de recours lui permettant de s'opposer au contrat en cause ou d'être indemnisé. En effet, (à rech) *au juge des référés par l'article L 22 est plus large que celui dont dispose le juge de l'excès de pouvoir en ce qu'il peut concerner des mesures préparatoires qui ne feraient pas grief en excès de pouvoir*" et *"toute décision susceptible d'être annulée en excès de pouvoir peut l'être dans le cadre du référé précontractuel"*. Dès lors, *"si la procédure de référé pouvait être mise en oeuvre à tout moment, elle se transformerait en un recours doublant le recours en excès de pouvoir et permettant d'obtenir les mêmes résultats dans des délais beaucoup plus brefs"*⁷¹

Telle n'était pas l'intention du législateur qui voyait uniquement dans le référé précontractuel un recours exclusivement préventif. La loi vise effectivement uniquement à prévenir les préjudices résultant d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Elle *"a eu pour seul objet de permettre une intervention en amont de la conclusion du contrat afin de rétablir en temps utile les conditions d'une compétition équitable"*⁷².

Si le contrat est conclu, il n'y a plus lieu de prévenir et ce sont les procédures existant en droit interne pour obtenir notamment la réparation du préjudice subi qui prennent le relais. C'est ce qui ressort des dispositions législatives organisant le référé précontractuel devant le juge judiciaire où il est dit clairement que la compétence du juge des référés s'arrête à la conclusion du contrat.

Cette interprétation déduite de l'intention du législateur est celle retenue par le juge administratif. Le Conseil d'Etat a jugé que les pouvoirs conférés au juge des référés par l'article L 22 *"ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat"*⁷³. Etant entendu que par *"la date de conclusion de contrat"* il faut entendre la date de la signature de l'acte d'engagement et non pas celle de la notification du marché ni celle de son approbation. La Haute juridiction administrative met fin, par là même, à une jurisprudence divergente des tribunaux administratifs.

On peut s'interroger sur l'efficacité de la procédure du référé précontractuel en raison des conséquences pratiques de la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, il suffit que la signature du marché public ou de la convention de délégation de service public intervienne avant le jour de l'audience pour que le référé soit sans objet⁷⁴. Or, comme le remarque B. Poujade, *"les*

⁷¹ "Chronique générale de jurisprudence administrative française", A.J.D.A., 1995, p.875. spé. p.888.

⁷² *Idem*.

⁷³ CE. 3 nov. 1995, Chambre de Commerce et de l'industrie de Tarbes et des Hautes -Pyrénées et CE., 3 nov. 1995, Société Stentofon Communications, concl. Chantepy, C.J.E.G 1996, p. 67 et R.F.D.A. 1995, p. 1077; chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux; A.J.D.A. 1995, p. 945-946 ; note D. Moreno, quot. jur. du 14 mars 1996, n°22, p. 5.

Voir également CE. 17 janv. 1996, SA Atelier Mériquet-Carrère; CE. 8 mars 1996, Société CGC Entreprise.

⁷⁴ Voir T.A Bastia, ord. du 5 janv. 1996, SARL Kyrnair.

*chances du candidat de l'octroi d'un marché de faire obstacle à une passation qu'il estime peu conforme aux obligations de publicité et de mise en concurrence sont d'autant plus restreintes que le Conseil d'Etat a tranché la question de la détermination de la date de conclusion en retenant expressément celle de la signature de l'acte d'engagement et non celle de la notification du marché ou de son approbation lorsqu'elle est nécessaire"*⁷⁵.

Ce genre de pratique risque d'autant plus de se développer que l'administration est avertie des intentions du candidat malheureux obligé, avant d'introduire son référé, de lui demander de se conformer aux obligations de publicité ou de mise en concurrence⁷⁶.

Ainsi, *"si cette procédure de l'article L22 n'est pas obligatoirement vouée à l'insuccès, elle est dans une très large mesure privée d'efficacité"*⁷⁷. Aussi P. Terneyre et D. de Béchillon se demandent-ils si la jurisprudence du Conseil d'Etat est *"conforme à la lettre claire, précise et inconditionnelle de la directive communautaire recours du 21 décembre 1989 qui exige que le droit national permette la sanction efficace et rapide des manquements au droit communautaire dans la passation des marchés publics, indépendamment du fait que le marché ait été ou non signé ? Le juge national doit-il alors faire primer le droit communautaire sur le droit national mal transposé ?"*⁷⁸.

Par ailleurs, l'ensemble de la doctrine s'entend à voir dans l'absence de dispositions visant à assurer l'exécution efficace des décisions prises par les instances de recours, le "talon d'achille" de la loi de transposition. En effet, alors même que la directive-recours imposait aux Etats d'assurer l'exécution efficace des décisions prises par le juge, aucune disposition susceptible de contraindre les autorités responsables de la passation du marché public de se soumettre aux mesures ordonnées par le juge des référés n'est prévue dans la loi. Sans doute eut-il été judicieux pourtant de prévoir la possibilité de sanctionner le non-respect des mesures prescrites, et notamment les injonctions du juge, par le paiement d'une astreinte comme le prévoit l'article L 23 en matière de marchés exclus.

b. Le référé précontractuel de l'article L 23 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel

Dans le cadre de l'article L.23 du Code des TA et CAA relatif aux secteurs de l'eau, l'énergie, des transports et des télécommunications, le juge des référés dispose de pouvoirs

⁷⁵ "L'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : un espoir déçu ?", D. 1996, chron. p. 211-212.

⁷⁶ Dans l'arrêt du 17 janv. 1996, SA Atelier Meriguet - Carrère, le Conseil d'Etat a jugé que la demande préalable est une formalité substantielle. Si elle n'est pas remplie, la demande de référé est irrecevable.

⁷⁷ B. Poujade, *op. cit.*, p. 212.

⁷⁸ "Contentieux des contrats administratifs", Rép. cont. adm. Dalloz.

moins étendus. Il peut seulement enjoindre à l'autorité adjudicatrice de se conformer à ses obligations. Cependant, cette injonction peut être accompagnée d'une astreinte.

Pourtant la directive-recours de 1990 laissait aux Etats membres le choix entre le système de recours prescrit par la directive-recours de 1989 et mécanisme plus souple alliant pouvoir d'injonction du juge et la possibilité de prononcer une astreinte afin d'obliger les autorités adjudicatrices à corriger les violations de la réglementation communautaire.

Cette limitation des pouvoirs du juge s'explique indubitablement par les enjeux financiers, économiques et sociaux de ces marchés ainsi que leur caractère de service public. Interrompre la passation de ces marchés risquerait par exemple d'avoir de lourdes conséquences sur le fonctionnement des services public concernés.

Jusqu'à présent ce sont essentiellement la passation des marchés dans les secteurs "classiques" qui a donné lieu à contentieux et a donc conduit à l'utilisation du référé précontractuel de l'article L 22. La construction du Grand Stade de France en est le parfait exemple. Le choix des entreprises et des architectes par le jury et le Premier Ministre est à l'origine de la mise en oeuvre de la procédure du référé précontractuel de l'article L 22 à l'égard de la passation par l'Etat d'un contrat de concession ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'un stade de plus de 80 000 places. Les entreprises et architectes requérants ont tous été débouté par le juge des référés et à la suite de la signature du contrat, ils ont introduit un recours en annulation de toute la procédure d'appel d'offre et de la décision de concession. Parallèlement la Commission serait intervenue auprès de la France pour lui demander des explications sur les conditions d'attribution du contrat de concession. Dès lors, si dans un délai de deux mois la France ne se justifie pas ou si les justifications fournies sont jugées insuffisantes, elle risque de faire l'objet d'un avis motivé de la Commission pouvant déclencher un procédure en constatation de manquement devant le Cour de justice à son encontre. Mais la Cour pourrait être saisie également à titre préjudiciel, les requérants ayant soulevé certaines questions à lui transmettre devant le juge national. Ce qui démontre bien que l'application des principes d'encadrement jurisprudentiels et l'intégration des "éléments d'harmonisation" imposés par le législateur communautaire dans les ordres juridiques nationaux ne se font pas sans difficulté. Il revient dès lors au juge communautaire d'apporter des réponses aux interrogations qu'elles soulèvent et de sanctionner toute violation des Etats membres. Par cette intervention, au delà de son rôle de contrôle, le juge est amené, du fait de l'utilisation de son pouvoir d'interprétation, à jouer un rôle unificateur qui le conduit à "communautariser" les régimes nationaux et notamment le régime de la responsabilité des Etats membres du fait de la violation du droit communautaire.

CHAPITRE SECOND : LE ROLE UNIFICATEUR DU JUGE COMMUNAUTAIRE

Grâce à son pouvoir exclusif d'interprétation, le juge communautaire veille au respect des principes d'encadrement qu'il a posé et au respect des règles édictées par le législateur quant à l'exercice de l'autonomie institutionnelle et procédurale dans certains domaines particuliers.

La pratique interprétative du juge communautaire n'est pas nouvelle. Elle est largement consacrée par la doctrine. Propre à tout juge, elle est nécessaire à l'exercice de sa mission.

Le pouvoir d'interprétation du juge communautaire lui est expressément reconnu par les Traités. Son rôle est "*d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application*" des traités⁷⁹. C'est à lui que revient exclusivement ce pouvoir et il est fait interdiction aux Etats membres de "*soumettre un différent relatif à l'interprétation ou à l'application*" du droit communautaire "*à un mode de règlement autre que ceux prévus*" par les traités⁸⁰.

Par mode de règlement, il faut entendre l'ensemble des voies de droit ouvertes devant le juge communautaire et qui permettent le contrôle et la sanction de l'application du droit communautaire tant par les Etats membres et leurs ressortissants que par les organes communautaires. C'est essentiellement dans le cadre du recours en constatation de manquement et de la procédure en renvoi préjudiciel que l'interprétation donnée a d'étroites répercussions sur les droits nationaux puisqu'elle touche directement l'intégration du droit communautaire dans les ordres juridiques internes.

Bien plus qu' "*un acte purement intellectuel de classification et de compréhension*" destiné à retrouver le sens inscrit par les parties dans la lettre du traité", l'interprétation du juge du Luxembourg est une interprétation constructive (Section I) dont la portée dépasse l'ordre juridique communautaire (Section II). Par là même, le juge a un rôle unificateur et le principe d'autonomie des Etats membres déjà relatif n'en est que plus illusoire.

Section I : L'interprétation constructive du juge communautaire

Section II : La portée de l'interprétation du juge communautaire

⁷⁹ Art. 164 T. C.E.E.; 31 T. C.E.C.A. et 136 T. C.E.E.A.

⁸⁰ Art. 219 T. C.E.E. ; 87 T. C.E.C.A. et 193 T. C.E.E.A.

SECTION I : L'INTERPRETATION CONSTRUCTIVE DU JUGE COMMUNAUTAIRE

Le rôle du juge dans la création du droit n'est plus à démontrer. Depuis longtemps, l'idée d'un droit prétorien est acceptée dans les ordres juridiques nationaux où "*la jurisprudence est la plus ancienne des sources formelles du droit*"⁸¹. L'ordre juridique européen n'est pas "épargné". Tant en raison de l'insuffisance des Traités et du droit dérivé (§1) que du rôle imparti au juge (§2), s'est développé un droit prétorien communautaire, résultat incontestable d'une jurisprudence interprétative.

Le juge communautaire utilise très librement son pouvoir d'interprétation qui se révèle être un véritable "outil" de création de droit. La jurisprudence interprétative de la Cour de justice traduit, en effet, "*une certaine idée de l'Europe*"⁸² qui s'impose aux Etats membres en raison de la portée de ses décisions. C'est pourquoi l'interprétation du juge communautaire est constructive.

§1. L'insuffisance des Traités et du droit dérivé

Face à l'obscurité et aux lacunes des Traités et du droit dérivé, le juge communautaire est amené à user de son pouvoir d'interprétation (A). Dès lors, ce pouvoir apparaît comme un pouvoir normatif (B).

A - L'obscurité et les lacunes des Traités et du droit dérivé

L'absence de règles applicables à la situation dont il est saisi ou l'absence de clarté des dispositions qui s'y rapportent obligent le juge à utiliser son pouvoir d'interprétation. En effet, il revient au juge communautaire d'éclaircir les dispositions obscures des textes par voie d'interprétation. De même, tenu par l'interdiction de "*non liquet*", il doit statuer malgré l'absence de règles applicables au litige. Il doit donc "*combler cette lacune en interprétant les*

⁸¹ R. Hertzog cité par S. Belaid, "Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge", L.G.D.J. 1974.

⁸² D. Simon, , "L'interprétation judiciaire des Traités d'organisations internationales", thèse, Nancy II, 1979. p.762.

règles de droit ... existantes de façon à intégrer dans leur champ d'application la situation litigieuse"⁸³. Ainsi l'opération d'interprétation permet de "donner un sens plein aux dispositions obscures, de suppléer aux silences et aux insuffisances en vue de faire de la réglementation un tout systématique et cohérent"⁸⁴. En ce sens, elle ne peut être que constructive puisqu'elle vise à pallier aux insuffisances du législateur européen afin que le système communautaire soit complet et clair. Comme l'a souligné M. Pescatore, alors membre de la Cour de justice, "les problèmes n'attendent pas les initiatives du législateur; ils surgissent brusquement devant le juge, et celui-ci, conformément à l'une des règles fondamentales de l'éthique judiciaire, ne peut pas refuser de statuer en s'abritant derrière la carence du législateur. Les communautés doivent continuer à fonctionner, et c'est ce besoin existentiel qui pousse le juge, presque malgré lui, à faire un usage relativement libre des matériaux dont il dispose dans des situations où le législateur communautaire s'abstient de lui fournir des critères de solution"⁸⁵.

L'intervention du juge communautaire est celle de tout juge interne confronté à pareille situation. En effet, "le juge ne peut refuser de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Il est le relais entre la loi et le fait auquel elle doit s'appliquer. Il est conduit à interpréter les dispositions légales et réglementaires existantes et à combler leurs lacunes. Il acquiert ainsi un pouvoir créateur de droit"⁸⁶.

L'insuffisance des Traités et du droit dérivé se mesurent également dans le temps. Le temps explique souvent leur manque de clarté et leurs lacunes car si "les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites, les hommes eux ne se reposent jamais ... l'office de la loi est de fixer par des grandes vues les maximes générales de droit ... c'est au magistrat ... pénétré de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ... Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eut d'avance prévu à tous les cas possibles"⁸⁷.

L'interprétation de juge évite donc que la règle de droit soit figée. Elle permet au contraire son actualisation. Dès lors, le juge doit la faire évoluer afin de l'adapter aux nouvelles données de la société. Cette adaptation peut le conduire à l'aménager ou à étendre sa portée en l'interprétant

⁸³ D. Simon, thèse précitée, p. 764.

⁸⁴ J.J.A. Salmon, "Quelques observations sur les lacunes en droit international public", Rev. Belge de Droit International, 1967, Vol. III, p.440.

⁸⁵ P. Pescatore, "Rôle et chance du droit et des juge dans la construction de l'Europe", R.I.D.C, 1974, p. 5.

⁸⁶ J - L Bergel, " "La loi du juge"; Dialogue ou Duel ?" in "Etudes offertes à Pierre Kayser", Presse Universitaire d'Aix Marseilles, 1979, p.21.

⁸⁷ J.E.M. Portalis, discours préliminaire sur le projet de Code Civil, p.6-10. Voir également J-L Bergel qui dit à ce propos que "si la loi naît et meurt des oeuvres du législateur, elle échappe pendant sa vie à la domination de son créateur. La doctrine reconnaît au juge ce "pouvoir de rajeunissement" de la loi qui consiste à la faire vivre suivant les exigences du temps présent. Les magistrats eux mêmes s'attribuent cette prérogative. Ils le proclament dans les rapports de la Cour de cassation : "La jurisprudence ... n'a pas un caractère statique ou figé mais évolutif. Le juge ne se satisfait pas, sur les points de droit, d'une exégèse littérale et entend ne pas se borner à jouer le rôle de sphinx résolvant des énigmes. Il tient compte ... de la transformation des mœurs et ... de l'évolution des phénomènes conomiques et sociologiques"(op. cit., p.23)

au regard du cas d'espèce qui lui est soumis. Par là même, il donne une interprétation dynamique et donc constructive des textes.

Quelle que soit l'hypothèse, le pouvoir d'interprétation de juge se révèle être à une plus ou moins grande échelle, un véritable pouvoir normatif. M. Simon exprime parfaitement cette idée d'un pouvoir normatif du juge communautaire lorsqu'il dit que la liberté d'interprétation "*dont dispose le juge est directement conditionnée par le degré d'indétermination des normes applicables : ce sont en définitive les obscurités, les contradictions et les lacunes du texte conventionnel qui fournissent au juge l'occasion de mettre en oeuvre une politique interprétative autonome. En dernière analyse, on pourrait dire que le fondement ultime du pouvoir créateur de la jurisprudence réside dans l'interdiction de déni de justice; or précisément le juge communautaire s'est toujours refusé à prononcer un non liquet "sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi", et c'est finalement cette obligation de trancher le litige malgré les éventuelles carences du droit applicable qui justifie une interprétation constructive : les lacunes des traités ou l'inertie de législateur communautaire placent le juge devant "une carence de normes" qui oblige à développer une politique interprétative autonome pour régler la question dont il est saisi*"⁸⁸.

B - Le pouvoir d'interprétation du juge communautaire, pouvoir normatif.

A priori, par pouvoir normatif, il faut entendre pouvoir créateur de normes. Pourtant dans l'ensemble, les auteurs⁸⁹, tout en reconnaissant la fonction normative du juge communautaire nuance cette définition. Ils conçoivent davantage le pouvoir d'interprétation du juge comme un pouvoir d'intégration que comme un pouvoir créateur de normes. Selon eux, le juge communautaire ne dispose pas vraiment d'une "*liberté de création*"⁹⁰ pour combler les lacunes du droit européen et éclaircir ses dispositions obscures dans la mesure où il s'inspire directement des droits nationaux et du droit international⁹¹.

⁸⁸ Thèse précitée, p.764-765. Les termes en gras sont soulignés par nos soins.

⁸⁹ Voir notamment J. Boulouis, "A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés Européennes" *in* les mélanges offerts à Marcel Waline : "Le juge et le Droit Public", L.G.D.J., 1974, p.149; D. Simon, Thèse précitée; P. Pescatore, "Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe". *op. cit.* ; J. Mertens de Wilmars, "La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire", C.D.E. p.135.

⁹⁰ J. Boulouis, *op. cit.*, p.153.

⁹¹ Voir sur ce point Y. Galmot, "Remarques sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes", R.F.D.A. 1990, p. 255. Voir également, P. Pescatore, "Le recours de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres", R.I.D.C. 1980, p. 337.

En effet, bien que se voulant avant tout un ordre juridique autonome, le système communautaire n'en est pas moins perméable au droit international et aux droits des Etats membres. Le juge, qui en est l'interprète et le gardien privilégié, est conduit inévitablement à tenir compte des solutions qu'ils ont apportées à des situations similaires à celles auxquelles il se trouve à son tour confronté dans l'application du droit communautaire. Dès lors, son action interprétative est "*colorée*"⁹² par l'influence des principes et des règles de ces ordres juridiques (1). Néanmoins, il n'en est pas pour autant "*contaminé*"⁹³ et conserve toute sa spécificité, le juge ne faisant qu'une "*intégration sélective*"⁹⁴ des normes nationales et internationales (2). En ce sens, le pouvoir d'interprétation du juge est un pouvoir normatif

1. L'influence du droit international et des droits nationaux

Les normes européennes doivent être appliquées dans les ordres juridiques nationaux. A cette fin, les règles et principes qu'elles énoncent doivent pouvoir être "tolérés" par les droits internes. Le juge doit donc s'inspirer des concepts qu'ils utilisent pour suppléer les carences du législateur communautaire. Dès lors, il ne ferait qu'intégrer des concepts déjà existants dans les ordres nationaux pour favoriser la réception du droit communautaire dans les Etats membres. "*un tel appel ne s'analyse pas vraiment en une création mais plutôt en une intégration*"⁹⁵. De plus, "l'appel" aux droits nationaux est également justifiée "*par l'idée que les notions utilisées par les auteurs du traité n'ont pas été "inventées" et qu'il faut, par conséquent, "en trouver les origines, en dessiner les contours" à partir des solutions nationales dont elles tirent leur signification, de façon à déterminer leur portée dans l'ordre juridique communautaire*"⁹⁶.

La Communauté européenne ou plus largement, l'Union européenne est une communauté interétatique. Dès lors, "*le droit communautaire ne pouvait pas rompre toute attache avec le droit international et une certaine osmose entre les deux ordres juridiques était absolument inévitable*"⁹⁷

Droit international et droits nationaux sont donc des sources de l'action interprétative du juge communautaire. Cependant, ces "emprunts" ne font pas pour autant perdre au droit communautaire son identité spécifique car cette intégration est sélective⁹⁸.

⁹² Terme emprunté à D. Simon, thèse précitée, p.539.

⁹³ *idem*.

⁹⁴ Selon les termes de J. Boulouis. *op. cit.*, p.154.

⁹⁵ D. Simon, thèse précitée, p.567.

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ D. Simon, thèse précitée, p.539.

⁹⁸ En ce sens, voir Y. Galmot, *op. cit.*

2. Une intégration sélective

L'action interprétative du juge est dirigée : elle doit veiller à la réalisation des but et objectifs fixés par les traités⁹⁹. Par conséquent, c'est seulement si les règles et principes nationaux et internationaux sont compatibles avec la construction voulue et instituée par les Traités que le juge les intègre à l'ordre juridique communautaire. En fait, il serait plus juste de dire que le juge procède à une telle intégration s'ils sont susceptibles d'être compatibles. La nuance est importante dans la mesure où dans le premier cas, il est supposé que les principes et règles en cause puisse être incorporés tels quels dans l'ordre juridique communautaire, tandis que dans le second, leur incorporation est possible mais au prix de quelques aménagements au regard des spécificités du système communautaire. Or il est rare que le juge communautaire les intègre réellement tels quels. Au contraire, il les "communautarise" en quelque sorte afin qu'ils soient totalement compatibles avec les buts et les objectifs du marché commun. Il les aménage donc en fonction des impératifs commandés par les textes : il opère une intégration sélective. En d'autres termes, sur la base de la définition ou des définitions qu'en donnent les droits nationaux et le droit international, il choisit celles qui lui semblent les plus conformes au système communautaire. Parfois, la définition communautaire qui en découle est le fruit d'un mélange entre plusieurs conceptions ou encore, de certains aménagements apportés à la conception originelle pour tenir compte des exigences de la construction européenne.

Dés lors, il n'est pas pourvu à l'existence de la lacune constatée ou à l'obscurité des normes communautaires "*par une véritable création mais par une extension du système des sources incorporant au droit communautaire des principes et des règles propres aux systèmes juridiques des Etats membres*"¹⁰⁰.

Pour autant, le juge n'est pas un simple exécutant. Sa jurisprudence a une fonction normative dans la mesure où sont laissés à son appréciation le choix et l'aménagement des règles reconnues dans les ordres juridiques nationaux, ce choix étant commandé par la nécessaire réalisation des buts et objectifs des traités. En effet, "*dans le choix qu'il opère, le juge prend ... en considération moins tant la nature commune d'un principe ou d'une règle, que leur aptitude à entrer dans l'ordre juridique communautaire et l'aptitude de celui-ci à les recevoir*". Ainsi "*le juge n'en conserve pas moins un pouvoir prétorien important car s'il ne crée pas, s' "inspirant", il choisit*"¹⁰¹. Le pouvoir d'interprétation du juge communautaire est bien un pouvoir normatif en raison de son caractère sélectif.

Ainsi, les droits nationaux et le droit international peuvent fournir au juge communautaire "*une source d'inspiration*" dans l'interprétation des dispositions qui expriment l'adhésion de

⁹⁹ P. Pescatore, "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice; contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux" in *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, 1972, Tome II, p. 325.

¹⁰⁰ J. Boulouis, *op. cit.*, p.154.

¹⁰¹ *Idem*.

l'ordre juridique communautaire aux mêmes principes" qui "ne s'intègrent au système juridique communautaire que dans la limite de leur compatibilité avec la structure de ce système de façon à ce que soit protégée son autonomie essentielle"¹⁰²

Il est topique que ce soient les traités eux-mêmes qui fassent expressément obligation au juge communautaire de se reporter aux règles appliquées dans les ordres juridiques nationaux ou dans l'ordre juridique international. L'article 215 alinéa 2 du Traité C.E.E. (article 188 alinéa 2 du traité C.E.E.A) qui dispose qu' *"en matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou ses agents dans l'exercice de leurs fonctions"*.

La démarche du juge communautaire est très sélective. Il opère discrétionnairement un choix dans les principes généraux des droits internes avant de les intégrer dans l'ordre juridique communautaire. Il ne retient pas, comme l'y invitaient expressément les traités, le critère du "dénominateur commun" pour déterminer, sur la base des droits nationaux, le droit applicable en matière de responsabilité extracontractuelle de la Communauté. Il ne retient que les *"solutions véritablement adéquates aux exigences du phénomène communautaire"*¹⁰³. Peu importe qu'elles ne soient pas communes à l'ensemble des ordres juridiques nationaux. Outre l'absence de dénominateur commun, les principes utilisés par le juge européen font souvent l'objet d'une certaine "communautarisation" comme la notion de "détournement de pouvoir" dans le contentieux de l'annulation. La Cour de justice a élaboré une véritable définition communautaire de cette notion en s'inspirant à la fois de la conception subjective du droit français et de la conception objective du droit allemand. De même, la notion de "juridiction" au sens de l'article 177 du traité C.E.E. est entendue très largement par le juge communautaire.

*Ainsi, "le juge ne se prononce pas ... en faveur de "l'application " des principes communs aux droits administratifs des Etats membres, mais reconnaît seulement aux règles nationales une valeur indicative, dont il convient de "s'inspirer" pour résoudre le litige"*¹⁰⁴

Si le juge communautaire se montre aussi soucieux des buts et objectifs des traités, c'est essentiellement en raison du rôle qui lui est imparti. S'il est le gardien et l'interprète privilégié du droit communautaire, les textes constitutifs lui commandent également de contribuer à *"la réalisation des tâches confiées à la Communauté"*.

¹⁰² D. Simon, thèse précitée, p.548.

¹⁰³ Formule de l'avocat général Roemer dans ses conclusions relatives à l'affaire 5/71, Rec.p.991.

¹⁰⁴ D. Simon, thèse précitée, p.573.

§2. Le rôle imparti au juge communautaire

Le juge communautaire doit contribuer à *"la réalisation des tâches confiées à la Communauté"*¹⁰⁵. Dès lors, il se doit d'utiliser son pouvoir d'interprétation conformément aux buts et objectifs des traités et plus largement du système général des traités¹⁰⁶. Ainsi la mission impartie au juge communautaire commande son interprétation.

Le juge contribue à *"la réalisation des tâches confiées à la Communauté"* en permettant l'intégration du droit communautaire dans les ordres juridiques nationaux : *"la stratégie juridictionnelle du juge communautaire se résumerait à la mise en oeuvre d'une sorte de "mission sacrée d'intégration" qui lui commanderait de participer, dans le cadre de son activité judiciaire, à la "réalisation des tâches confiées à la communauté", comme l'y invite d'ailleurs expressément l'article 4 du traité C.E.E"*¹⁰⁷. Et son pouvoir d'interprétation est *"un levier puissant d'intégration"*¹⁰⁸.

En effet, face aux lacunes et obscurités des textes, il a développé une véritable politique interprétative *"exprimant une conception d'ensemble de l'intégration communautaire"*¹⁰⁹.

Assurer l'intégration du droit communautaire pour le juge communautaire impliquait avant tout de s'assurer de son application dans les Etats membres. C'est l'objectif atteint par sa jurisprudence de la Cour de justice sur la primauté et l'effet direct du droit communautaire, par laquelle la Haute Juridiction a également reconnu aux particuliers la qualité de sujet direct de l'ordre juridique communautaire. Contrairement à l'ordre juridique international, les Etats ne sont donc pas les seuls destinataires du droit européen, il donnent également des droits à leurs ressortissants que les Etats membres doivent respecter du fait de la supériorité des normes communautaires¹¹⁰.

¹⁰⁵ Art 4 T.C.E.E, repris dans le Traité sur l'Union Européenne : "(citer l'article)"

¹⁰⁶ Voir sur cette notion de "système général des traités" l'article de R. Ormand. "l'utilisation de la méthode d'interprétation des traités selon leur "effet utile" par la CJCE", RTDE. 1976, p. 624.

¹⁰⁷ D. Simon, thèse précitée, p. 763.

¹⁰⁸ Selon l'expression de P.Pescatore, " Le droit de l'intégration", Coll. Droit international, Sijthoff. Leyden. 1972.

¹⁰⁹ Selon les termes de D. Simon. Thèse précitée, p.762.

¹¹⁰ Dans l'arrêt du 5 fév. 1963, Van Gend en Loos, (Aff. 26/62, Rec. 1963, p.5), la Cour de justice affirme que : *"l'objectif du traité C.E.E. qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté implique que ce traité constitue plus un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les Etats contractants. Cette conception se trouve confirmée par le préambule du traité qui au delà des gouvernements visent les peuples, et de façon plus concrète par la création d'organes qui constitutionnalisent les droits souverains dont l'exercice affectent aussi bien les Etats membres que leurs ressortissants ... Par suite, le droit communautaire indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique. Ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en*

Mais l'application du droit communautaire ne saurait être effective si elle ne pouvait être sanctionnée. L'intégration du droit communautaire suppose donc la sanction de sa violation. Or les Traités n'ouvrent pas aux particuliers le prétoire du juge communautaire afin de leur permettre de faire constater et sanctionner la violation de leurs droits "communautaires" par les instances étatiques. Seuls certains organes communautaires et les Etats membres peuvent agir devant lui. La Cour de justice a donc pallié au "*déficit démocratique des Communautés*"¹¹¹ en développant une jurisprudence visant à assurer et renforcer la protection des particuliers. Aussi fait-elle obligation aux juridictions internes de sauvegarder les droits individuels des particuliers que leur confèrent les normes communautaires¹¹². Et pour garantir aux ressortissants des Etats membres une telle protection, elle a affirmé le droit au juge ainsi que les principes d'effet utile et de non discrimination des recours nationaux. Le juge communautaire encadre donc l'autonomie procédurale des Etats membres .

C'est dans la même perspective qu'il a affirmé le principe de la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire.

Dans les affaires Brasserie du Pêcheur et Factortame, au gouvernement allemand qui soutenait qu'un droit général à réparation pour les particuliers ne pouvait être consacré que par voie législative et que la reconnaissance d'un tel droit par voie prétorienne était incompatible avec la répartition des compétences entre les institutions communautaires et les Etats membres ainsi qu'avec l'équilibre institutionnel instauré par le Traité¹¹³, la Cour de justice a répondu que :

"... la question de l'existence et de l'étendue de la responsabilité d'un Etat pour des dommages découlant de la violation des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire concerne l'interprétation du traité, qui, comme telle, relève de la compétence de la Cour.

est faite par le Traité, mais aussi en raison d'obligation que le Traité impose d'une manière bien définie, tant aux particuliers, qu'aux Etats et aux institutions communautaires".

Dans l'arrêt du 15 juillet 1964, Costa contre E.N.E.L, (Aff. 6/64, Rec.p.1161), la Haute Juridiction communautaire confirme sa jurisprudence Van Gend en Loos : "*A la différence des traités internationaux ordinaires, le Traité C.E.E a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions. En effet, en instituant une Communauté de durée illimitée dotée d'institutions propres, de la personnalité et de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétences ou d'un transfert d'attributions des Etats de la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes. Cette intégration au droit de chaque pays-membre de dispositions qui proviennent de source communautaire et plus généralement les termes et l'esprit du traité ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable ... Le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de" l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du Traité entraîne donc une limitation définitive de leurs droit souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté".*

¹¹¹ D. Simon, Thèse précitée, p.767.

¹¹² Voir notamment l'arrêt Van Gend en Loos, précité.

¹¹³ Voir le rapport d'audience de l'affaire.

En l'espèce, comme dans l'affaire Francovitch e.a, cette question d'interprétation a été soumise à la Cour par des juridictions nationales en vertu de l'article 177 du traité.

En l'absence, dans le traité, de dispositions réglant de façon expresse et précise les conséquences des violations du droit communautaire par les Etats membres, il appartient à la Cour, dans l'exercice de la mission que lui confère l'article 164 du traité d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité, de statuer sur telle question selon les méthodes d'interprétation généralement admises, notamment en ayant recours aux principes fondamentaux du système juridique communautaire, et, le cas échéant, à des principes généraux communs aux systèmes juridiques des Etats membres."¹¹⁴

Confronté au respect des principes dégagés et tenu d'assurer la protection des droits "communautaires" des particuliers, le juge national appelle la Cour de justice, par voie préjudicielle, à préciser le contenu des règles qu'elle a posé au regard de la situation particulière dont il est saisi. Il s'agit pour lui de déterminer si les modalités des recours ouverts devant lui satisfont aux exigences de la jurisprudence communautaire. En fait, compte tenu de la portée de son interprétation, le juge communautaire "communautarise" les recours nationaux qui doivent être aménagés conformément aux conditions qu'il dicte pour être effectifs. En effet, face à la multitude de questions que peut soulever la conformité des conditions d'une voie de droit nationale tel que le recours en responsabilité devant les juridictions internes, le juge communautaire, en tant qu'interprète privilégié, est souvent sollicité. Cette intervention répétée lui permet de déterminer, par voie d'interprétation, l'exigence d'effectivité, par rapport aux données concrètes des litiges, quel doit être le contenu des modalités du recours national pour qu'il y soit conforme. Ainsi, par touches successives est-il amené à "remodeler" la voie de recours interne et à en "communautariser" les conditions de forme et de fond ou les pouvoirs du juge national. Si l'interprétation du juge communautaire a de telles incidences sur les droits nationaux c'est en raison de la relativisation de la répartition des compétences entre juridictions communautaires et juridictions nationales basée sur la distinction interprétation-application mais aussi, en raison de l'autorité de l'interprétation du juge européen.

¹¹⁴ Points 25, 26, 27 de l'arrêt.

SECTION II : LA PORTEE DE L'INTERPRETATION DU JUGE COMMUNAUTAIRE

Compte tenu de l'étroite frontière séparant l'interprétation et l'application, le juge communautaire porte en réalité un véritable jugement sur la conformité de la règle nationale à la règle communautaire (§1). Du fait de l'autorité de ses décisions, les solutions qu'il commande s'imposent à tous les Etats membres qui sont tenus de les appliquer. On tend dès lors à une uniformisation des règles de droits nationales par leur encadrement (§2).

Petit à petit, le juge communautaire fixe avec précision les conditions de la conformité des voies de droit nationales aux exigences de la protection des particuliers et à terme, les "communautarise". Deux recours donnent lieu à de telles appréciations : le renvoi préjudiciel et le recours en constatation de manquement. Que ce soit dans l'une ou l'autre de ces procédures, il est amené soit directement (recours en constatation de manquement) soit indirectement (recours préjudiciel) à se prononcer sur la conformité du droit national au droit communautaire. Il en délimite ainsi les contours et les principes. Progressivement, la Cour enserme *"dans des limites communautaires des notions que l'ordre juridique communautaire laissait à la libre définition des autorités nationales : le renvoi au droit interne est alors subordonné au respect d'un "encadrement" communautaire de la Cour réduisant par touches successives la marge de manoeuvre des instances nationales jusqu'à attribuer un sens communautaire au terme en cause"*¹¹⁵

§1. L'étroite frontière entre interprétation et application

A - La distinction interprétation-application

La répartition des compétences entre juge communautaire et juges nationaux veut que ce soit le premier qui interprète le droit communautaire pour permettre au second de l'appliquer au cas particulier dont il est saisi. Le renvoi préjudiciel, recours non contentieux, n'a pas, en principe, pour objet de trancher un litige. La compétence du juge communautaire doit se limiter à déduire de la lettre et de l'esprit des traités, le sens du droit communautaire. En aucun

¹¹⁵ D. Simon, thèse précitée, p.566.

cas, la Cour de justice ne doit se prononcer sur la conformité du droit national au droit communautaire et par conséquent, prendre position sur les problème d'application de la règle communautaire au cas concret. Elle doit seulement donner une interprétation générale et abstraite de cette règle. C'est au juge national qu'il appartient d'appliquer cette définition aux circonstances de l'espèce dont il est saisi afin de juger de la conformité de la réglementation nationale en cause à l'interprétation donnée. L'interdiction faite au juge communautaire d'apprécier la conformité d'une mesure de droit interne au regard du droit communautaire découle directement de son incompétence pour interpréter le droit des Etats membres. Ainsi comme le souligne l'Avocat général Roemer dans ses conclusions sur l'arrêt Van Gend en Loos, la décision d'interprétation n'a pas "*à dire un mot sur le comportement d'un Etat membre ni à constater si cette attitude est compatible avec le traité ou si elle est une violation*". En fait, il existe une procédure spécialement ouverte à cette fin : le recours en constatation de manquement.

Dans le cadre du recours en constatation de manquement, la même distinction entre interprétation et application existe dans le sens où si le juge communautaire apprécie expressément la validité d'une norme interne par rapport au droit communautaire, en aucun cas il ne lui appartient de dicter à son homologue national quelles sont les conséquences qu'il doit tirer de l'irrégularité de cette règle. C'est aux autorités nationales qu'il appartient de décider des mesures à prendre pour régulariser la situation de l'Etat membre en vertu de l'article 171 du Traité C.E.E.

Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de respecter l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres. Cependant l'imprécision des limites entre l'interprétation et l'application d'une règle de droit a permis au juge communautaire, souvent aidé par les juges nationaux, de prendre certaines libertés et de relativiser la répartition des compétences.

B - L'atténuation de la distinction

Parfois, comme le fait remarquer M. Kovar¹¹⁶, l'examen des faits et des règles de droit interne de l'espèce apparaît nécessaire pour l'interprétation des dispositions communautaires et donc répondre à la question préjudicielle soulevée. Il s'agit souvent d'une opération préalable que révèle l'étude des dossiers et des conclusions des Avocats généraux mais qui n'apparaît pas dans le corps des arrêts. Pourtant, c'est cet examen qui conditionne implicitement

¹¹⁶ R. Kovar, "Le droit des personnes privées à obtenir devant la Cour des Communautés le respect du droit communautaire par les Etats membres", A.F.D.I., 1966, p. 509, spé. p.529 et s.

l'interprétation du juge communautaire. Il peut difficilement en être autrement : le juge national pose une question d'application d'une règle communautaire dans un contexte donné. Le juge européen doit, dès lors, tenir compte de ce contexte pour répondre à la question. C'est d'autant plus vrai lorsque le juge interne interroge directement le juge communautaire sur la compatibilité de son droit avec les normes communautaires. Inévitablement, dans cette hypothèse, même si la Cour de justice ne fait pas référence au contenu de la règle de droit interne, elle interprète la norme communautaire en cause en fonction du cas concret dans le cadre duquel la question d'interprétation lui a été posée.

Il arrive cependant que le juge communautaire reprenne les éléments de droit interne ou les faits de l'espèce. Tel est le cas lorsque le juge national de renvoi a lui-même qualifié ces faits et précisé le sens et la portée de la règle nationale en cause. En pareille hypothèse, l'analyse des données nationales de l'espèce, fournie par le juge de renvoi, commande l'interprétation du juge communautaire, même si ce dernier se défend *"d'appliquer le traité à un cas d'espèce, ni de statuer sur l'interprétation du droit interne d'un Etat membre"*¹¹⁷.

Dés lors, la solution du litige pendant devant le juge national trouve souvent directement sa réponse dans l'interprétation du juge communautaire. Ainsi, *"les limites entre interprétation et application sont parfois difficiles à distinguer surtout lorsque l'interprétation se limite à un aspect particulier et lorsque le problème d'interprétation est clarifié par l'exposé du tribunal qui saisit la Cour..."*¹¹⁸. Ce qui fait dire très justement à M. Simon que *"sans abandonner explicitement la distinction entre interprétation et application comme critère de partage des fonctions entre juge communautaire et juge national, la jurisprudence révèle en effet, une tendance à la prise en compte des données concrètes du litige principal et à la précision croissante des effets du droit communautaire dans le cas d'espèce, qui renforce la portée de l'interprétation fournie par la Cour du Luxembourg et réduit d'autant la marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales"*¹¹⁹.

Les mêmes conclusions s'imposent en ce qui concerne le recours en constatation de manquement. Saisi d'un tel recours, le juge communautaire doit procéder à un examen de conformité de la règle nationale au droit communautaire afin de conclure ou non au manquement de l'Etat en cause. En se prononçant sur la conformité de la norme nationale, il est forcément contraint d'en apprécier le contenu par rapport au contenu de la disposition communautaire. Il précise donc en quoi ce contenu viole le droit européen. Par ces précisions et cette analyse de la règle nationale et de la règle communautaire, il détermine obligatoirement les mesures à prendre par les autorités nationales *"qui doivent prendre toutes les mesures*

¹¹⁷ C.J.C.E., 2 déc. 1964. Demoiselle Dingemans c./ Sociale Verzekeringsbank Amsterdam, (Aff.24/64, Rec.p. 1273).

¹¹⁸ M. Roemer, conclusions sur l'affaire 24/62, précitée.

¹¹⁹ D. Simon, thèse précitée, p. 746-747.

nécessaires pour effacer le manquement"¹²⁰. Il conditionne également la solution d'un litige pendant devant le juge interne, mettant en cause la régularité de la norme nationale et des ses mesures d'application au regard du droit communautaire. Le juge interne n'aura plus, compte tenu de la constatation du manquement, qu'à conclure à l'irrégularité des dispositions nationales et à les annuler ou à annuler toutes les mesures prise sur la base de la législation irrégulière.

Ainsi, il y a un encadrement progressif de l'autonomie institutionnelle et procédurale des instances nationales qui conduit, à terme, à une communautarisation des droits nationaux et dès lors, à une application uniforme du droit communautaire. Cependant si une interprétation donnée dans un litige particulier a le même impact dans le droit de tous les Etats membres, c'est en raison de l'autorité de l'interprétation du juge communautaire. Cette autorité imposant le respect de l'interprétation de juge à l'ensemble des Etats membres, unifie l'application de la norme communautaire interprétée dans les ordres juridiques nationaux conformément au contenu que lui a donné par la Cour du Luxembourg.

§2. L'autorité de l'interprétation du juge communautaire¹²¹

Confier exclusivement à la Cour de justice la mission d'interpréter le droit communautaire ne suffit pas à assurer une homogénéité dans l'application de ses dispositions, encore faut-il que ses décisions fasse autorité. En raison du caractère non contentieux de la procédure de l'article 177 T. C.E.E., il ne pourrait être question, *à priori*, pour les décisions rendues à titre préjudiciel d'autorité de chose jugée. Le problème se pose plutôt en terme d'autorité de chose interprétée (A). En ce qui concerne l'autorité des arrêts en constatation de manquement au contraire, leur autorité de chose jugée vis à vis des juridictions et des autorités nationales de l'Etat condamné ne fait aucun doute. Par contre, il s'agit de savoir s'ils ont une autorité de chose interprétée (B).

¹²⁰ Art. 171 T. C.E.E..

¹²¹ Voir sur cette question, J. Andriantsimbazovina. "L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français". thèse. Bordeaux I. 1994.

A - L'autorité de l'interprétation des décisions préjudicielles

Compte tenu du caractère non contentieux du recours préjudiciel, il est sans doute plus juste de parler d'autorité de chose interprétée en ce qui concerne les décisions du juge communautaire rendues dans le cadre de cette procédure. Malgré tout, c'est généralement par référence à l'autorité de la chose jugée qu'est qualifiée l'autorité des arrêts de la Cour sur renvoi préjudiciel¹²². Reste à savoir si une telle autorité est absolue auquel cas elle s'impose à tous ou si elle est seulement relative et ne lie que la juridiction, auteur de la demande en interprétation. Ces différentes approches ont divisé la doctrine¹²³.

C'est à l'occasion de l'affaire Da Costa¹²⁴ que ces deux thèses ont été soumises au juge à propos de la recevabilité d'une demande alors que la question soulevée en l'espèce avait déjà donné lieu à interprétation lors d'un renvoi préjudiciel émanant du même juge national. La Commission concluait au rejet de la demande faute d'objet, en prônant l'autorité absolue du premier arrêt préjudiciel rendu. Au contraire, l'Avocat général M. Lagrange, se fondait sur l'autorité relative et considérait donc que le juge communautaire devait statuer sur chaque renvoi *"sans égard au fait que l'interprétation avait déjà été dite "pour droit""*¹²⁵. Selon lui, en raison de l'esprit de collaboration qui anime le recours au système du renvoi à titre préjudiciel, l'unité d'interprétation du droit communautaire ne doit pas être réalisée *"par voie réglementaire"*.

Dés lors, *"quelle que soit l'importance de l'arrêt qu'elle est amenée à rendre sur tel ou tel point, quel que soit même le caractère abstrait que l'interprétation de telle ou telle disposition du traité peut présenter - ou paraître présenter -, la règle d'or de l'autorité relative de la chose jugée doit être préservée : c'est par l'autorité morale de ses décisions, et non par l'autorité juridique de la chose jugée, qu'une juridiction comme la nôtre doit s'imposer"*¹²⁶. Et ce, d'autant plus que cette règle est *"sage"* car *"elle oblige le juge, plutôt que de s'abriter*

¹²² Il est à noter que la Cour de justice elle-même parle d'autorité de chose jugée : *"un arrêt par lequel la Cour statue à titre préjudiciel sur l'interprétation ou la validité d'un acte pris par une institution de la Communauté tranche, avec l'autorité de la chose jugée, une ou plusieurs questions de droit communautaire et lie le juge national pour la solution du litige au principal"* (arrêt du 5 mars 1986, Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co c/ République fédérale d'Allemagne. (Aff. 69/85, Rec.p. 947)). M. Boulouis doute qu'une telle référence soit pertinente pour les décisions sur renvoi en interprétation. Selon lui, *"au plan des notions, il est surprenant de voir invoquer la chose jugée pour caractériser l'autorité d'une décision rendue sur une procédure dont la Cour elle-même a souligné qu'elle se déroulait exclusivement entre juges, qu'elle était étrangère à toute initiative des parties, et surtout, dépourvue de tout caractère contentieux; ce qui suffit à priver cette autorité de chose jugée des éléments auxquels elle est ordinairement rattachée."* ("Renvoi en interprétation", Encyclopédie Dalloz de Droit communautaire, 1991, Vol. II. spé. p. 7)

¹²³ Voir notamment l'article d'Alberto Trabucchi. "L'effet "erga omnes" des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes". R.T.D.E, 1974, p. 56. Voir également, les conclusions de M. Warner dans l'affaire 112/76, Rec. p.1662-1664.

¹²⁴ C.J.C.E, 27 mars 1963, Da Costa et autres. (Aff. jtes. 28 à 30/62, Rec. p. 62).

¹²⁵ J. Boulouis et R-M. Chevallier. G.A.. n°28, p.143.

¹²⁶ Conclusions de M. Lagrange sous l'arrêt Da Costa, Rec. p. 85.

*formellement derrière un arrêt déjà rendu, comme on s'abrite derrière une loi ou un règlement, à conserver sans cesse le sens de sa responsabilité, c'est à dire à confronter à l'occasion de chaque litige les réalités avec la règle de droit, ce qui peut l'amener à reconnaître éventuellement ses erreurs à la lumière de faits nouveaux, d'arguments nouveaux, ou même d'un examen de conscience spontané, ou, hypothèse plus fréquente, à nuancer son point de vue sans le changer fondamentalement, se prêtant ainsi à la lumière de l'expérience et de l'évolution des doctrines juridiques et des phénomènes économiques, sociaux ou autres, à ce qu'on appelle une évolution de jurisprudence... Mieux vaut reproduire plusieurs fois un arrêt de principe, sauf à nuancer la rédaction pour tenir compte des éléments ou des arguments nouveaux, plutôt que de refuser de répondre, tout en étant obligé d'expliquer pourquoi"*¹²⁷. Il ajoute que reconnaître une autorité absolue aux décisions préjudicielles reviendrait à donner un caractère contentieux à la portée des arrêts de la Cour de justice et irait donc à l'encontre de la nature même du recours. Quant au problème de l'encombrement du prétoire des juges du Kirchberg pour des questions déjà tranchées, il s'en remet au bon sens des juges nationaux qui "*s'abstiendront d'une manière général de renvoyer à la Cour des questions vraiment inutiles*"¹²⁸ ainsi qu'à l'intérêt des parties qui n'est pas d'alourdir un procédure déjà longue et coûteuse.

La Cour de justice a en quelque sorte optée pour une solution médiane. Elle admet que la chose interprétée soit revêtue d'une autorité absolue au sens où elle ne se limite pas à l'espèce qui n'a été que l'occasion de la demande d'interprétation. Cependant cette autorité n'est également que relative dans la mesure où toute juridiction nationale peut remettre en cause, à tout moment, l'interprétation déjà formulée, le juge communautaire étant libre de la confirmer ou de la modifier au vu des arguments qui lui sont présentés. Ainsi l'interprétation est "dite pour droit" jusqu'à ce qu'elle soit modifiée par la Cour du Luxembourg. Elle s'impose donc à l'ensemble des juridictions et des autorités nationales et non pas seulement au juge qui l'a demandée. Il en résulte que,

"si l'article 177, dernier alinéa, oblige, sans aucune restriction, les juridictions nationales ... dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, à soumettre à la Cour toute question d'interprétation soulevée devant elles, l'autorité de l'interprétation donnée par celle-ci en vertu de l'article 177 peut cependant priver cette obligation de sa cause, et la vider ainsi de son contenu ... quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue; ... il n'en est pas moins vrai

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ *Idem*, p.87-88.

que l'article 177 permet toujours à une juridiction nationale, si elle le juge opportun, de déférer à nouveau à la Cour des questions d'interprétation ..."¹²⁹.

Il est à noter que, si les conclusions de M. Lagrange sont articulées autour de l'autorité de chose jugée, la Cour de justice ne fait référence qu'à l'autorité de l'interprétation.

Cette solution¹³⁰ revient à distinguer la valeur de la décision de sa "mutabilité": *"la valeur d'une décision sera ce qu'elle sera et elle est telle jusqu'à une modification éventuelle. La valeur qui doit lui être reconnue n'est pas liée à sa mutabilité ou à son immutabilité : elle peut être générale même jusqu'à une révision"*¹³¹.

En fait, comme l'a souligné une juridiction nationale, *"étant constant que la juridiction nationale peut en tout état de cause saisir de nouveau la Cour de justice de la même question et que la décision de celle-ci peut être modifiée par la suite, c'est la juridiction interne saisie de la deuxième affaire qui peut, le cas échéant conférer force obligatoire à la décision précédente en introduisant dans la nouvelle procédure le principe d'interprétation déjà posé"*¹³².

Cependant, si le juge communautaire confirme son interprétation, le juge national est tenu de l'appliquer. De plus, sauf tactique dilatoire des juges internes, ils ne solliciteront une nouvelle

¹²⁹ Arrêt Da Costa précité, p.75-76. La même solution a été adoptée pour les arrêts en appréciation de validité. La Cour de justice a jugé que lorsqu'elle était *"amenée, dans le cadre de l'article 177, à déclarer invalide un acte d'une des institutions, des exigences particulièrement impérieuses de sécurité juridique s'ajoutent à celles concernant l'application uniforme du droit communautaire. Il résulte en effet de la nature même d'une telle déclaration qu'une juridiction nationale ne pourrait appliquer l'acte déclaré invalide sans créer à nouveau de graves incertitudes en ce qui concerne le droit communautaire applicable. Il s'ensuit qu'un arrêt de la Cour constatant, en vertu de l'article 177 du traité, l'invalidité d'un acte d'une institution, en particulier d'un règlement du Conseil ou de la Commission, bien qu'il ne soit adressé directement qu'au juge qui a saisi la Cour, constitue une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre"* (C.J.C.E., 13 mai 1981, International Chemical Corporation / Administration des Finances, Aff. 66/80, Rec. p. 1191).

L'arrêt Da Costa et International Chemical ont donné lieu à de la jurisprudence nationale. En France, voir dans le sens de ces arrêts, CE. 8 avr. 1987, Ministre du Travail / Heisch, concl Guillaume, R.F.D.A 1987, p. 504; note J-C Bonichot. D. 1987, p. 460.

Voir dans le sens contraire, C.E. 3 juin 1986, ONIC, concl. J-C Bonichot. R.T.D.E 1986, p. 533; D. Simon, "L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la CJCE : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges" in "Du droit international au droit de l'intégration", Liber Amicorum P. Pescatore, Baden-Baden, Nomos Verlag 1987, p. 651.

¹³⁰ Selon M. Boulouis, cette solution tient à la fois de la logique et du caractère objectif de l'interprétation. L'obligation où se trouve le juge, auteur de la demande, de tenir compte de la réponse de la Cour *"n'est que la conséquence logique d'une démarche par laquelle il s'est en quelque sorte lié lui même"* et l'interprétation étant le *"résultat d'une opération d'explicitation dont l'existence d'un litige a révélé la nécessité, mais n'ayant pas à le trancher, doit demeurer abstraite et objective; c'est de ce caractère que l'interprétation tient son autorité"* erga omnes (*op. cit.*, Encyclopédie Dalloz Communautaire, spé. p. 7-8).

¹³¹ A. Trabucchi, *op. cit.*, p. 65.

¹³² C.A. de Milan, arrêt du 12 mai 1972, Dir. Scambi int., 1972, p. 279, cité par J. Boulouis, "A propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés Européennes" in "Le juge et le droit public", Mélanges offerts à Marcel Waline, L.G.D.J., 1974, p. 149 (spé. p. 159).

interprétation que dans la mesure où ils nourrissent des doutes certains sur celle rendue précédemment, compte tenu d'éléments nouveaux soulevés dans l'affaire dont ils sont saisis.

Aussi peut-on conclure avec M. Boulouis que la Cour de justice "*allant plus loin que cette simple autorité "morale" à laquelle son Avocat général lui recommandait de limiter son influence, ... a su définir par une construction juridique originale très largement indépendante des catégories reçues, un mécanisme de coopération, où, dans le respect de l'autonomie du juge national auquel elle abandonne tout d'abord le pouvoir de décider sur l'autorité de ses propres interprétations, elle conserve le contrôle du processus d'intégration inhérent au maintien de l'unité jurisprudence*"¹³³.

En imposant très sagement la règle du précédent, le juge communautaire fait incontestablement du renvoi préjudiciel un instrument de la mission unificatrice qu'elle veut jouer.

L'autorité des arrêts en constatation de manquements paraît *à priori* se poser dans des termes quelques peu différents. Pourtant, l'interprétation du droit communautaire qu'ils consacrent revêt la même autorité que celle des décisions préjudicielles.

B - L'autorité de l'interprétation des arrêts en constatation de manquement

En ce qui concerne les recours en constatation de manquement, contrairement aux recours en renvois préjudiciels, l'autorité de chose jugée des arrêts de la Cour ne fait aucun doute. Il s'agit de savoir s'ils ont une autorité de chose interprétée.

Dans le cadre d'une procédure en constatation de manquement, le juge apprécie directement la conformité du droit national au droit communautaire. Dès lors, dans un premier temps, il donne ou rappelle le sens du droit communautaire et se prononce sur le contenu de la règle nationale pour ensuite, dans un second temps, les confronter et conclure ou non à leur conformité. Ainsi l'opération passe avant tout par une interprétation de la norme communautaire.

En cas de manquement, "*l'autorité du "manquement constaté" impose aux autorités nationales, non seulement l'obligation d'éliminer le manquement pour l'avenir, c'est à dire de paralyser immédiatement les conséquences juridiques potentielles de la norme nationale incompatible avec le droit communautaire, mais aussi l'obligation d'en effacer rétroactivement les effets, qui, par hypothèse, ont été produits en violation du droit*

¹³³ *Op. cit.*, p. 158-159.

communautaire ... il incombe par conséquent aux juridictions nationales, non seulement de priver d'effets l'acte contraire au droit communautaire mais aussi de condamner l'Etat "à réparer les effets illicites qu'il a pu produire" " conformément à l'arrêt Humblet de 1960¹³⁴.

A priori, on peut penser que la portée de l'arrêt en manquement a seulement un effet *inter partes*. Pourtant, du fait de l'interprétation objective que la Cour de justice est obligée de donner à la règle communautaire en cause avant de l'appliquer plus particulièrement à la réglementation nationale contestée, un effet *erga omnes* peut lui être reconnu au même titre que l'arrêt préjudiciel. En effet, le juge ne crée-t-il pas un "précédent", tout comme il est amené à le faire dans une décision préjudicielle, qui s'impose à l'ensemble des juridictions nationales tenues d'appliquer la norme communautaire telle qu'interprétée dans l'arrêt en manquement ?

Deux hypothèses sont envisageables:

En premier lieu, un ressortissant d'un Etat membre invoque devant son juge national, à l'appui de la demande en annulation d'une réglementation interne pour violation du droit communautaire, un arrêt en manquement rendu à l'encontre d'une réglementation similaire d'un autre Etat membre. Il invoque donc ce qu'il estime être un "précédent". Le juge national, en de pareilles conditions, devra vérifier la similitude des faits et si besoin est, demander confirmation, par voie préjudicielle, de l'interprétation de la règle communautaire donnée par l'arrêt en manquement.

En second lieu, un justiciable peut se baser sur l'interprétation d'une norme communautaire retenue par la Cour de justice dans un arrêt en manquement pour contester, devant le juge interne, la légalité des dispositions nationales autres que celles ayant fait l'objet de l'arrêt. Il est difficilement imaginable que le juge interne puisse ignorer cette interprétation. Inévitablement, il est contraint d'en tenir compte. Là encore, il peut en appeler au juge communautaire pour qu'il confirme son interprétation.

En ce sens, la règle du "précédent", qui confère aux décisions de la Cour de justice un effet *erga omnes*, est également valable pour les arrêts en constatation de manquement.

En fait, il s'agit ni plus ni moins de transposer aux interprétations auxquelles donnent lieu ces décisions, le principe dégagé par le juge communautaire pour l'autorité des interprétations des arrêts préjudiciels. L'interprétation de la norme communautaire lie les autorités nationales et notamment le juge de l'Etat fautif qui doivent remédier au manquement. L'interprétation de la norme communautaire s'impose également à l'ensemble des juridictions et des autorités des autres Etats membres qui peuvent toujours, néanmoins, déférer à nouveau à la Cour, par voie préjudicielle, la question d'interprétation soulevée lors du recours en manquement en vue de sa confirmation ou de sa modification. Dès lors, les mêmes conclusions s'imposent quant au rôle unificateur du juge communautaire du fait de son pouvoir d'interprétation.

¹³⁴ D. Simon, "Recours en constatation de manquement", *Juris Classeur Europe*, 1991, fasc. 380, p. 20.

L'intervention du juge communautaire dans la détermination du régime de la responsabilité des Etats membres témoigne de la relativité et de la fragilité du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale.

Le processus de "communautarisation" commence par l'encadrement des règles internes pour aboutir, à terme, à leur mutation et conduit, dès lors, à des transformations plus ou moins profondes des ordres juridiques nationaux.

L'autonomie laissée aux ordres juridiques internes est donc beaucoup plus limitée qu'il n'y paraissait, de prime abord, dans l'arrêt Francovitch.

TITRE II :

LES EFFETS DE LA COMMUNAUTARISATION DU REGIME DE LA RESPONSABILITE DES ETATS MEMBRES

La communautarisation du régime de la responsabilité des Etats membres a de nombreuses incidences sur les ordres juridiques internes tant au niveau de la protection juridictionnelle des justiciables qui est renforcée qu'au niveau des droits nationaux de la responsabilité :

Le renforcement de la protection juridictionnelle des justiciables est le résultat d'une extension des prérogatives du juge national et d'un renforcement des règles de procédure. Elle n'est pas propre aux actions en responsabilité mais concerne l'ensemble des voies de recours nationales. Elle découle de l'obligation faite aux juridictions internes d'assurer la protection juridique des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire (Chapitre premier).

Les droits nationaux, confrontés aux exigences du principe de la responsabilité des Etats membres, risquent de connaître certaines mutations pour s'y conformer, notamment pour ce qui est de la responsabilité du législateur (Chapitre second)

Chapitre Premier : Le renforcement de la protection juridictionnelle des particuliers

Chapitre Second : La mutation des droits nationaux de la responsabilité

CHAPITRE PREMIER : LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES PARTICULIERS

La protection juridictionnelle des particuliers est doublement renforcée. Le juge national a été le premier à bénéficier d'une jurisprudence de la Cour de justice visant à étendre ses pouvoirs et à lui conférer "*une plénitude de compétence*"¹ en la matière. (Section I). Le juge communautaire est également intervenu pour encadrer certaines règles procédurales afin qu'elles ne rendent pas en pratique "*impossible l'exercice de droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder*"². (Section II).

Section I : L'extension des prérogatives du juge national

Section II : Le renforcement des règles de procédure

¹ Expression empruntée à M. Ami Barav. "la plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire" in "L'Europe et le Droit". Mélanges en hommage à Jean Boulouis. Ed. Dalloz, 1991, p. 1.

² Arrêt Rewe de 1976, précité, p. 1998. point 5.

SECTION I : L'EXTENSION DES PREROGATIVES DU JUGE NATIONAL

Le droit communautaire contribue fortement à changer la position institutionnelle du juge national : *"l'Europe est un facteur de promotion des juges nationaux"*³.

M. Bonichot explique très justement les raisons de l'influence de la jurisprudence communautaire sur les pouvoirs du juge national. La première cause est que *"la Cour de Luxembourg fait des juridictions nationales dans leur ensemble des acteurs essentiels du développement du droit communautaire"*. En effet, *"le système du traité" tel que développé et considérablement structuré par la Cour de justice repose entièrement sur le principe de coopération juridictionnelle ... dans le droit communautaire, les juridictions jouent un rôle primordial. Elles donnent très librement à la Cour des occasions de pousser toujours plus loin sa jurisprudence; elles servent dans les Etats membres de relais"*.

La deuxième cause est que *"toute la jurisprudence de la Cour du Luxembourg pousse le juge national à s'émanciper des règles nationales y compris législatives (et on pourrait même ajouter, y compris constitutionnelles) ... Autrement dit, le "climat" que crée le droit communautaire conduit le juge national, quel qu'il soit, à se sentir très libre vis à vis du système juridique dans lequel il se trouve et donc vis à vis du pouvoir ... La Cour du Luxembourg communique aux juges nationaux l'extrême liberté qui est la sienne dans la création jurisprudentielle."* La troisième et dernière cause est que *"les juges de Luxembourg demandent avant tout aux juridictions nationales de rechercher l'effectivité dans leurs jugements, dans les décisions qu'ils prennent pour la solution des litiges qui leurs sont soumis ... La recherche prioritaire de l'effectivité de la protection juridictionnelle conduit et conduira toujours plus à une mutation profonde des conditions de l'exercice de la fonction juridictionnelle, en particulier en ce qui concerne le juge administratif"*⁴.

Ainsi, le droit communautaire contribue-t-il fortement à changer la position institutionnelle du juge national.

Dans ce contexte, l'extension des prérogatives du juge national est donc nécessaire et incontournable dans les Etats qui, comme la France, essaient avant tout de concilier l'intérêt public et l'intérêt des particuliers, alors que la Cour de justice *"place le citoyen et les impératifs de sa protection au centre du système juridique"*⁵. (§1).

³ J-C Bonichot, "Le droit communautaire et le droit administratif français" in "Droit administratif et Droit communautaire", A.J.D.A., 1996. N° spé., p. 15.

⁴ *Ibid*, p. 17-18.

⁵ *Ibid*, p. 19.

Le juge national bénéficie, dès lors de nouvelles prérogatives (§2).

§1. Une extension nécessaire et incontournable

Le juge interne doit assurer la protection effective des droits conférés aux particuliers par l'ordre juridique communautaire. Telle est l'obligation de résultat que lui impose l'article 5 du traité C.E.E. et la jurisprudence de la Cour de justice. Il doit se donner les moyens de remplir cette mission, en s'émancipant si nécessaire des limites dans lesquelles sa fonction est enfermée dans l'ordre juridique national. (A).

Le juge national semble dès lors un juge à deux visages, statuant tantôt en tant que juge interne, tantôt en tant que juge communautaire de droit commun, selon la nature nationale ou communautaire des droits à protéger. (B)

A - L'obligation du juge national d'assurer une protection effective des droits "communautaires"

Cette obligation trouve son fondement à la fois dans le principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité C.E.E.(1) et dans les jurisprudences Johnson et Heylens de la Cour de justice qui ont posé le principe général de droit communautaire à un recours juridictionnel effectif. Ce principe sous-entend l'existence de juridictions compétentes dotées des pouvoirs nécessaires pour assurer la sauvegarde des droits "communautaires" des justiciables ainsi que l'existence de voies de recours ouvertes aux particuliers permettant une protection efficace de leurs droits (2).

1. Une obligation fondée sur l'article 5 du Traité C.E.E

Conformément au principe de coopération énoncé à l'article 5 du Traité C.E.E., les juridictions nationales doivent assurer la protection juridique des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire⁶. *"Tout juge national ... a l'obligation d'appliquer*

⁶ Par exemple, dans l'arrêt Rewe du 16 décembre 1976 (Aff. 33/76, Rec.p. 1989), le juge communautaire le dit expressément : *"Par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du Traité, c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire"* (attendu 5 de l'arrêt).

intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers"⁷. En vertu du principe de la primauté du droit communautaire et de l'application uniforme du droit communautaire, en cas de conflit entre une règle de droit national et une règle de droit communautaire, il doit faire prévaloir cette dernière, en écartant, si nécessaire, la première.

C'est dans le cadre de l'ordre juridique interne qu'il doit réaliser sa mission. Selon le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, *"tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé devant les juridictions nationales pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national"*⁸. A condition, toutefois, que ces modalités de droit interne permettent une protection effective des droits "communautaires" des particuliers et ne rendent donc pas impossible, en pratique, l'exercice de ces droits⁹. Il faut donc concilier l'autonomie des ordres juridiques internes et l'efficacité du droit communautaire. Le juge communautaire a ainsi proclamé le principe général à un recours effectif.

2. Le principe général du droit communautaire à un recours juridictionnel effectif

C'est essentiellement dans trois arrêts de 1981, 1986 et de 1987, Foglia contre Novello¹⁰, Mme Johnson¹¹ et Heylens¹², que la Cour de justice a consacré le droit à un recours juridictionnel effectif.

Dans l'arrêt Foglia c. Novello, la Cour de justice affirme que *"tout particulier dont les droits sont lésés par des mesures d'un Etat membre contraires au droit communautaire doit avoir la possibilité de rechercher la protection d'un juge compétent ..."*.

Cependant, c'est dans l'arrêt Johnson que le juge communautaire a consacré le droit à un recours juridictionnel effectif comme principe général de droit. Dans cette affaire, le renouvellement de son contrat dans la police de l'Irlande du Nord avait été refusé à Mme Johnson au double motif que les femmes ne peuvent remplir des fonctions pour lesquelles il

⁷ C.J.C.E. arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, (Aff. 106/77, Rec. p. 629. spé. att. 21).

⁸ Arrêt Rewe du 7 juillet 1981, (Aff. 158/80, Rec. p. 1805).

⁹ Voir *Supra* nos développements sur le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale.

¹⁰ C.J.C.E. 16 déc. 1981, Foglia c. Novello, (Aff. 244/80, Rec. p. 3045).

¹¹ C.J.C.E. 15 mai 1986, Mme Johnson c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, (Aff. 222/84, Rec. p. 1651).

¹² C.J.C.E. 15 octobre 1987, Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football c. Heylens. (Aff. 222/86, Rec. p. 4097); Voir comm. L. Dubouis. R.F.D.A 1988, p. 691; comm. J-C Bonichot, Rev. jur. et éco. du sport 1988, n°5, p. 3; obs. M-C Boutard-Labarde. J.D.I. 1988, p. 517.

faut être armée et que pour les autres tâches, ne nécessitant pas un port d'arme, les effectifs étaient suffisants. Le contrôle juridictionnel d'une telle décision était limité par la législation britannique. Selon une loi sur la discrimination entre sexes de 1976, si une telle discrimination était commandée par des raisons de sûreté d'Etat ou d'ordre public, elle ne pouvait être illégale. Il suffisait qu'un certificat signé par le ministre ou en son nom atteste que l'acte discriminatoire répondait à l'un de ces motifs pour que soit apporté "la preuve irréfragable que cet acte était intervenu à cette fin". La Cour de justice a opposé à cette législation nationale restrictive le droit à un recours juridictionnel effectif. Ce droit au juge est le corollaire de tout Etat de droit fondé sur le principe de légalité. Il est "*l'expression d'un principe général du droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres*". Or la Communauté européenne, constituée d'Etats de droit, ne peut être qu'une Communauté de droit. "*Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950. Comme il a été reconnu par la déclaration commune de l'assemblée du Conseil et de la Commission en date du 5 avril 1977, et par la jurisprudence de la Cour, il convient de tenir compte des principes dont s'inspire cette Convention dans le cadre du droit communautaire ...*".

Dès lors, le droit à un contrôle juridictionnel est inhérent à l'ordre juridique communautaire dont il est un droit fondamental. Non seulement, les justiciables doivent pouvoir recourir au juge mais ce contrôle juridictionnel doit être effectif, c'est à dire permettre un réel contrôle du respect des dispositions du droit communautaire. Ainsi, comme le souligne M. Manin, "*les Etats membres sont tenus de faire en sorte que tout intéressé puisse déférer à un juge une disposition du droit national pour que celui-ci puisse contrôler sa compatibilité avec le droit communautaire*"¹³.

Dans l'arrêt Johnson, le juge communautaire estime donc que le juge national doit pouvoir se prononcer sur le fondement du refus de renouvellement afin d'apprécier si une telle décision est justifiée. Il lui reconnaît un pouvoir d'appréciation très large puisqu'il précise qu'il appartient également à la juridiction interne "*de veiller au respect du principe de proportionnalité et de vérifier si le refus de renouveler le contrat de Mme Johnston ne pouvait pas être évité par l'attribution, à des femmes, de tâches qui peuvent, sans risques pour les buts poursuivis, être effectuées sans armes*".

Cette jurisprudence est confirmée dans l'arrêt Heylens du 15 octobre 1987. Dans cet arrêt, le juge communautaire a rappelé, conformément à la jurisprudence Johnson, que le droit au juge était un principe général¹⁴

¹³ P. Manin, "Les Communautés européennes. l'Union européenne". Pédone. Coll. Etudes Internationales, 1996, N° 6, p. 302.

¹⁴ Point 14 de l'arrêt, p. 4117.

Néanmoins, il ne suffit pas qu'un contrôle juridictionnel existe, encore faut-il qu'il soit efficace. L'appréciation de la légalité de la décision attaquée doit pouvoir être faite sur la base des motifs qui la justifient. La décision doit donc être motivée ou à défaut, le juge doit pouvoir exiger de l'autorité compétente la communication des motifs de l'acte contesté. La Cour de justice estime également que l'intéressé lui même doit pouvoir connaître les motifs de la décision afin d'être en mesure de défendre ses droits dans les meilleures conditions possibles et de décider, en pleine connaissance de cause, s'il est utile de saisir la juridiction. L'autorité nationale doit, par conséquent, faire connaître les motifs de son refus *"soit dans la décision elle-même, soit dans une communication ultérieure faite sur leur demande"*¹⁵.

Ainsi, comme le remarque M. Barav, *"la fonction confiée aux juridictions nationales se présente sous la forme d'une obligation de résultat, celle d'assurer aux justiciables une protection directe, immédiate et effective. Les procédés et les moyens pour y parvenir sont puisés dans l'ordre juridique interne conformément au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale dont bénéficient en général les autorités des Etats membres dans l'application et la mise en oeuvre du droit communautaire"*¹⁶.

C'est donc dans son ordre juridique interne que le juge national doit pouvoir, en principe, trouver les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Cependant, il ne faut pas oublier que *"les contentieux nationaux n'ayant pas été conçus pour la solution des différents nés de l'application du droit communautaire, les moyens dont disposent les juges ne sont pas toujours adaptés à l'exercice de leurs missions communautaires"*¹⁷. C'est pourquoi, *"l'agencement de voies de droit internes et les limites dans lesquelles est confiné l'exercice de la fonction juridictionnelle nationale, peuvent comporter des lacunes et des faiblesses de nature à empêcher le juge d'accomplir sa mission communautaire, et de compromettre ainsi l'efficacité de la protection due aux justiciables"*¹⁸.

La Cour de justice en a parfaitement conscience. Aussi, sa jurisprudence n'hésite-t-elle pas à renforcer les pouvoirs du juge national. La protection effective des particuliers implique donc que *"la procédure appliquée par le juge national soit effectivement protectrice sans qu'il y ait lieu de se référer à ce que fait ordinairement ce même juge"*¹⁹. Les juridictions internes *"voient leur office redéfini en raison des impératifs et exigences commandant la mise en oeuvre du droit communautaire"*²⁰.

¹⁵ Point 15 de l'arrêt, p. 4117.

¹⁶ A. Barav, *op. cit.*, p.9.

¹⁷ J. Rideau, "le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux", D.S. 1974, Chron. XIX, p. 147, spé. 156.

¹⁸ A. Barav, article précité, p. 14.

¹⁹ C. Dubouy, "intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français", J.C.P 1992, I, N° 3616.

²⁰ A. Barav, *op. cit.*, p.2.

Il y aurait donc un dédoublement fonctionnel du juge national qui statue tantôt en tant que juge de droit interne, tantôt en tant que juge communautaire de droit commun.

B - Le juge national, un juge à double visage ?

Certains affirment qu'en sanctionnant les droits conférés par le droit communautaire, le juge national exercerait non plus une compétence de juge interne mais une compétence de juge communautaire. Ils justifient ainsi que le juge national puisse être investi de prérogatives que ne prévoit pas l'ordre juridique interne lorsqu'il s'agit de protéger les droits "communautaires" des particuliers. Cette théorie du dédoublement fonctionnel du juge national n'est cependant pas unanimement admise (1).

Pourtant quelle que soit la conception retenue, il n'en reste pas moins que les droits reconnus aux particuliers par la Communauté seront mieux sanctionnés que ceux reconnus par les ordres juridiques internes.(2).

1. La théorie du dédoublement fonctionnel du juge national

Le juge national se doit de trancher tous les litiges nés lors de la mise en oeuvre et l'application des normes adoptées au niveau communautaire et de veiller au respect des droits qui en découlent pour les particuliers. Certains auteurs et praticiens, tels que MM. Boulouis et Schockweiler soutiennent que *"les juridictions nationales, tout en restant intégrées, quant à l'aspect organique, dans l'organisation judiciaire nationale, se trouvent ainsi investies de fonctions d'ordre communautaire et sont chargées d'assurer, sur le territoire des Etats membres, le respect d'un droit supranational d'essence supérieure qui se superpose et se substitue au besoin au droit national. Tout juge se trouve ainsi, par une espèce de dédoublement fonctionnel, être également juge de droit communautaire, relevant pour cette qualité de l'ordre juridique communautaire. C'est à ce titre qu'il est appelé à faire prévaloir les règles de cet ordre sur celles de son ordre national"*²¹.

Ce dédoublement fonctionnel du juge national, selon qu'il s'agit de protéger un droit issu du droit interne ou un droit conféré par le droit communautaire, justifierait qu'en tant que juge

²¹ F. Schockweiler, "L'emprise du droit communautaire sur les pouvoirs du juge national", Bulletin du cercle François Laurent, 1991, Bulletin III, p.51 (spé. p. 53). Voir également, en ce sens, A. Barav. *op. cit.*; F. Grévisse et J-C Bonichot, "Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres" in "L'Europe et le droit", Mélanges en hommage à J. Boulouis, D. 1991; p. 297 .

communautaire, il soit investi de prérogatives plus étendues ou non prévues par l'ordre juridique interne.

Cette théorie a fait l'objet de critiques²². En premier lieu, affirmer que le juge national, du fait de sa mission de protection, est par là même le juge communautaire de droit commun serait contraire à la jurisprudence de la Cour de justice qui précise bien qu'il est investi de cette mission en tant qu' "organe d'un Etat membre"²³. En second lieu, si le juge national agit effectivement en tant que juge communautaire lorsqu'il assure la protection des droits "communautaires" des particuliers, ses décisions devraient être imputables non pas à l'Etat membre mais à la Communauté qui devrait être tenue pour seule responsable des préjudices causés par une protection insuffisante de ces droits par le juge national. Or aucun recours de cet ordre n'est prévu dans les traités. En pareille hypothèse, les Etats membres ne pourraient plus se voir reprocher l'insuffisance de cette protection juridictionnelle, notamment dans les arrêts en constatation de manquement. Tel n'est pas le cas. Aussi, le juge agit en tant que juge interne et non en tant que juge communautaire dans le cadre de sa mission de protection des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire.

Si on s'en tient à cette conclusion, comment justifier alors que le juge national puisse disposer, lorsque sont en cause des normes communautaires, de prérogatives plus étendues ou non prévues par l'ordre juridique interne ? Sans doute par l'obligation de résultat qui lui est faite d'assurer la protection effective des droits "communautaires" des particuliers. Ces prérogatives ne seraient que les moyens nécessaires au respect de cette obligation "supérieure" aux règles de l'ordre juridique national.

Quoiqu'il en soit, quelle que soit la conception retenue, la conséquence inéluctable de cette incitation au développement des pouvoirs du juge national en vue de la protection effective du droit communautaire est une dualité de sanction selon l'origine nationale ou communautaire des droits à protéger.

2. la dualité de sanction des droits des justiciables

Selon que les droits des justiciables leur sont conférés par l'ordre juridique communautaire ou par l'ordre juridique interne, ils ne bénéficient pas du même traitement. Alors que la protection des droits d'origine interne est soumise aux règles applicables dans

²² Voir notamment L. Dubouis, "la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers ...", *op. cit.*, spé. 8-9. Cette conception est également retenue par C. Dubouy, *op. cit.*, spé. p.444.

²³ Arrêt Simmenthal, précité.

l'Etat membre, la protection des droits d'origine communautaire est renforcée du fait des pouvoirs accrus du juge national. La conséquence de cette dualité procédurale est une dualité de sanctions des droits des justiciables. Du dédoublement fonctionnel de juge national découle dès lors un dédoublement du statut des justiciables.

Il paraît toutefois difficile de concevoir que cette situation puisse être définitive et irrévocable. Comment concevoir, en effet, que, dans un même Etat de droit, s'opposent les justiciables "communautaires" et les justiciables nationaux. Aussi, à terme, est-il fort probable que cette dualité aboutisse, au contraire, à une unité de sanction quel que soit le droit à protéger, en raison d'un alignement de la protection des droits internes sur celle des droits "communautaires", fruit de la "*réflexion d'ensemble des européens sur la fonction du juge, son statut et les pouvoirs qui sont les siens*" à laquelle "*conduit doucement la jurisprudence de la Cour dont les incursions dans l'organisation comme dans le fonctionnement des juridictions sont et seront avec le temps de plus en plus nombreuses*"²⁴.

Déjà, une telle évolution a pu être perçue dans certains Etats membres. C'est le cas de la Grande Bretagne, où le juge national a tiré toutes les conséquences de la juridiction Factorame en se reconnaissant le droit d'ordonner un sursis à exécution dans des hypothèses où une réglementation communautaire n'était pas en cause²⁵.

M Bonichot parle à ce sujet de "*l'effet de contagion*" du droit communautaire. Selon lui, "*il est en effet difficile d'imaginer que les évolutions importantes induites par le droit communautaire y restent purement et simplement cantonnées. Ainsi par exemple quand le juge administratif aura été amené à faire usage des pouvoirs que lui reconnaît l'arrêt "Factortame" vis-à-vis d'un acte qui se trouve dans le champ d'application du droit communautaire, il sera progressivement mais inéluctablement amené à se reconnaître le même pouvoir de manière générale. car il n'est pas imaginable d'avoir dans le même ordre juridique des pouvoirs du juge complètement différents selon la règle à appliquer.*"²⁶

²⁴ MM. F. Grévisse et J-C Bonichot, "Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres" in "L'Europe et le droit", Mélanges en hommage à J. Boulouis, D. 1991; p. 297 (spé. 302)..

²⁵ Voir la décision rendue par la House of Lords dans l'affaire M/Home office. AC, 1994. 1, 377.

²⁶ J-C Bonichot. "le droit communautaire et le droit administratif français", *op. cit.*, p. 19.

§ 2. Les nouvelles prérogatives du juge national

Comme le soulignent M.M. Grévisse et Bonichot, *"la notion de "recours juridictionnel effectif" implique l'accès à un juge disposant de pouvoirs suffisants ..."*²⁷.

Dès l'arrêt Simmenthal, la Cour de justice incite le juge national à se donner les moyens de mener à bien la mission d'application et de protection du droit communautaire. Elle y consacre *"le postulat de la primauté absolue de toute norme communautaire par rapport à toute norme de droit national"*²⁸ : en cas de conflit entre une règle communautaire et une règle nationale, le juge interne doit écarter les dispositions nationales contraires au droit communautaire. En effet, selon les propres termes de cet arrêt, *"serait ... incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement un obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires"*²⁹.

Le juge national a donc une plénitude de compétence en matière de contentieux communautaire. Ce qui exclut, par ailleurs, l'intervention d'une juridiction nationale spécialisée lorsqu'une autre juridiction est saisie de l'affaire au principal. Ainsi, dans l'arrêt Simmenthal, la Cour de justice a jugé que le Pretore italien n'était pas tenu de saisir la Cour Constitutionnelle pour trancher la question de la compatibilité d'une loi postérieure avec le droit communautaire comme l'y obligeait l'ordre juridique national : il devait lui-même porter cette appréciation. Le juge national doit donc jouir d'une plénitude de compétence, dès lors où, saisi d'un litige au principal, il *"doit être investi de tous les pouvoirs nécessaires pour résoudre, lui-même, toute question relative au droit communautaire soulevée à l'occasion du litige ..."*³⁰.

C'est sur la base de cette jurisprudence que le juge communautaire a invité le juge national à se reconnaître des prérogatives que son ordre juridique lui refusait. Aussi, l'exigence d'une protection effective du droit communautaire conduit-elle inévitablement au comblement de certaines lacunes des systèmes nationaux de protection juridictionnelle. Comme le remarque le juge Schockweiler, dans ces conditions, *"il est permis de se demander s'il s'agit encore d'écarter le droit national au profit de dispositions déterminées du droit communautaire. En définitive, n'est-il pas plutôt demandé au juge national de se faire législateur et de dégager*

²⁷ MM. F. Grévisse et J-C Bonichot, *op. cit.*, p. 307.

²⁸ F. Schockweiler, *op. cit.*, p.58.

²⁹ Arrêt Simmenthal, précité.

³⁰ A. Barav, *op. cit.*, p. 4.

*une règle nouvelle, non contenue dans son droit national, à partir d'exigences du droit communautaire ?*³¹

Ainsi, le juge national doit-il pouvoir engager la responsabilité de la puissance publique en cas de violation du droit communautaire alors même qu'il ne fait aucun doute que ce principe risque d'aller à l'encontre de certaines règles nationales restrictives en la matière, notamment en ce qui concerne la responsabilité du législateur national.

Toutefois, il ne suffit pas de pouvoir saisir le juge d'une telle demande, encore faut-il que ce recours soit efficace. L'action en responsabilité présente un intérêt différent selon que la norme communautaire violée est ou n'est pas directement applicable. Si les droits protégés sont d'effet direct, elle vise à assurer leur pleine effectivité en réparant les conséquences de leur violation dans le passé. Elle rétablit le *statu quo ante*. Par contre, s'ils sont dépourvus d'un tel effet, elle vise à remédier à l'impossibilité pour les particuliers d'obtenir "l'exécution en nature" de ces droits.

Quelle que soit l'hypothèse, une telle action n'est efficace qu'à la condition qu'elle efface la totalité du préjudice subi par les requérants, permettant, par là même, la sanction effective de la violation du droit communautaire. D'où la nécessité pour le juge national de pouvoir assurer la protection provisoire du demandeur, afin d'éviter une aggravation de sa situation qui rendrait sa décision inadaptée, voire inutile. C'est pourquoi, la Cour de justice lui reconnaît la faculté d'ordonner des mesures provisoires. En elle-même, la possibilité pour le juge national de garantir au justiciable une protection provisoire ne présente qu'un intérêt très limité en matière d'action en réparation. Toutefois, cette jurisprudence doit être interprétée plus largement, comme conférant au juge national un véritable pouvoir d'injonction. Dès lors, il a "*le pouvoir d'ordonner toute mesure indispensable à la bonne administration de la justice*"³². Ce qui lui permet de garantir l'exécution de ses décisions et donc, la réparation du préjudice subi par le justiciable du fait de la violation des ses droits "communautaires" (A).

Par ailleurs, l'action en responsabilité doit permettre, bien qu'indirectement, l'application du droit communautaire en sanctionnant sa violation, alors même qu'un tel moyen n'a pas été soulevé par les parties. Le juge national peut ainsi, depuis une jurisprudence récente de la Cour de justice, soulever d'office des règles de droit communautaire (B).

³¹ F. Schockweiler, *op. cit.*, p.64.

³² F. Moderne, "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?", R.F.D.A., 1990, p. 112, spé. p.133.

A- Le pouvoir d'injonction du juge national

Comme le remarque le Professeur Moderne, il ne fait aucun doute que *"le droit communautaire ait exercé incidemment une certaine pression en faveur de l'admission par les droits nationaux d'un pouvoir d'injonction du juge (judiciaire ou administratif) à l'égard de l'administration, en vue de la protection des droits reconnus par l'ordre juridique communautaire"*³³.

Telle est l'influence directe de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de mesures provisoires (1). Néanmoins, dans le cadre des actions en responsabilité, le pouvoir d'injonction ne présente un réel intérêt que dans la mesure où il garantit l'exécution de la chose jugée (2).

1. L'influence de la jurisprudence communautaire en matière de mesures provisoires..

Trois arrêts de la Cour de justice font jurisprudence en la matière : l'arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, l'arrêt *Zuckerfabrik* du 21 février 1991³⁴ et plus récemment, l'arrêt *Atlanta* du 9 novembre 1995³⁵. Les deux premiers, portant uniquement sur le pouvoir du juge national d'ordonner un sursis à exécution, ont été complétés par le dernier qui étend la solution qu'ils consacrent aux autres mesures provisoires.

Depuis les arrêts *Factortame* et *Zuckerfabrick*, le juge national peut suspendre l'exécution d'actes administratifs pris en application soit d'une loi nationale contraire au droit communautaire, soit d'une réglementation communautaire dont la validité est contestée. Il peut le faire alors même que son droit national s'y oppose car *"la pleine efficacité du droit communautaire se trouverait ... diminuée si une règle de droit national pouvait empêcher le juge saisi d'un litige régi par le droit communautaire d'accorder les mesures provisoires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à venir sur l'existence des droits invoqués sur la base du droit communautaire. Il en résulte que le juge qui, dans ces circonstances, accorderait des mesures provisoires s'il ne se heurtait pas à une règle de droit national est obligé d'écarter l'application de cette règle."*³⁶

L'arrêt *Atlanta* porte non plus sur la faculté pour le juge national d'ordonner le sursis à exécution des actes des autorités nationales ayant une incidence sur les droits tirés par les

³³ "Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge", R.F.D.A., 1996, p. 43, spé. 49.

³⁴ Arrêts précités. Voir notamment pour l'affaire *Factortame* : J-C Bonichot, "Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire", R.F.D.A, 1990, p. 912; D. Simon et A. Barav, R.M.C., 1990, p. 591; P. Le Mire, A.J.D.A., 1990, p. 832; J-C Fourgoux, D. 1990, p. 547. Pour l'affaire *Zuckerfabrick* : M. de Guillenchmidt et J-C Bonichot, Petites Affiches, N° 62. 1991, p. 28 ; P. Le Mire, A.J.D.A., 1991, p. 237; J-B Auby, J.C.P., 1991, I, N° 3530.

³⁵ Rec. I- 3761.

³⁶ Arrêt *Factortame*, précité.

citoyens du droit communautaire, mais sur la possibilité de prendre des mesures "positives". Désormais, le juge national peut ordonner des mesures provisoires aménageant ou régissant la situation juridique des justiciables. Dans cette affaire, comme dans l'affaire Zuckerfabrick, était en cause un acte administratif pris sur la base d'un règlement communautaire. Par un double renvoi préjudiciel, la juridiction nationale avait interrogé la Cour de justice, d'une part, sur la validité du règlement communautaire en cause, et, d'autre part, sur la possibilité pour un juge national d'ordonner des mesures provisoires "positives". Sur cette dernière question, la réponse du juge communautaire est très claire :

"la protection provisoire que les juridictions doivent assurer aux justiciables, en vertu du droit communautaire, ne saurait varier, selon que ces dernier demandent le sursis à exécution d'un acte administratif pris sur la base d'un règlement communautaire ou l'octroi de mesures provisoires aménageant ou régissant à leur profit des situations juridiques ou des rapports de droit litigieux³⁷.

Plus largement, cette jurisprudence reconnaît un véritable pouvoir d'injonction au juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. En effet, les mesures provisoires sont des injonctions qui émanent de jugements avant dire -droit, contenues dans le dispositif de la décision de justice et bénéficiant à ce titre de l'autorité de chose jugée³⁸. Le sursis à exécution est ainsi défini comme un injonction de ne pas faire adressée à l'auteur de la décision attaquée. Toutefois, la suspension de la décision peut conduire l'administration à adopter un comportement donné. Ainsi, dans l'affaire Factortame, la non application de la loi nouvelle aux requérants obligeait parallèlement l'administration anglaise à maintenir leur ancienne immatriculation³⁹.

La jurisprudence de la Cour de justice peut donc être interprétée comme l'application d'un principe plus général au cas particulier des mesures provisoires. ce principe revient à considérer que *"lorsqu'est en cause l'application du droit communautaire et que la seule mesure*

³⁷ Point 24 de l'arrêt. Voir notamment, les commentaires de H. Chavrier, E. Honorat et Géraud de Bergues dans "Actualité du droit communautaire", A.J.D.A., 1996, p. 273 ; D. Simon, Europe, janvier 1996, N° 18, p. 12.

³⁸ Voir F. Moderne, *op. cit.*, R.F.D.A., 1990, spé. p. 116 - 117.

³⁹ Dans cette affaire, pour pouvoir profiter des quotas de pêche britanniques, certains pêcheurs espagnols avait, dès 1980, fait immatriculer leurs bateaux au Royaume Uni ou avaient acquis des bateaux de pêche britanniques. Aussi, pour protéger les pêcheurs britanniques contre cette pratique dite de "quota-shopping", le ministre des transports avait fait adopter en 1988 une nouvelle législation sur l'immatriculation : seuls pouvaient être immatriculés au Royaume Uni, les bateaux appartenant ou étant sous le contrôle de ressortissants ou entreprises de cet Etat. Menacées de perdre le droit de pêcher, diverses sociétés avaient donc engagé une procédure en justice devant la Divisionnal Court of justice, contestant l'application de la loi comme contraire au libre établissement et avaient demandé le prononcé de mesures provisoires pour pouvoir continuer à être immatriculés et à pêcher.

*adéquate consiste dans une injonction à adresser à l'administration, les juridictions administratives devraient se reconnaître le pouvoir de la lui adresser"*⁴⁰.

Ce principe découle directement de la règle de l'effet utile qui veut que les règles nationales ne rendent pas en pratique impossible l'exercice des droits conférés par le droit communautaire. Dès lors, comme le constate M. Bonichot, *"il en résulte que, sur le fondement du seul droit communautaire et pour les besoins de sa seule application, les juridictions nationales doivent se reconnaître les pouvoirs nécessaires pour assurer aux justiciables l'effectivité de leurs droits"*⁴¹.

Dans le cadre des actions en responsabilité, la prescription de mesures provisoires ne présente qu'un intérêt très limité. Aussi, le juge utilise-t-il essentiellement son pouvoir d'injonction pour garantir l'exécution de la chose jugée.

2. L'exercice du pouvoir d'injonction dans le cadre des actions en responsabilité.

Les mesures provisoires visent à empêcher la création d'une situation irréversible qui rendrait inutile le jugement au fond de l'affaire. Elles sont commandées par l'urgence qui s'apprécie par rapport au risque, à court terme, d'un préjudice difficilement réparable.

En assurant la protection provisoire du requérant, le juge veille à lui éviter de telles conséquences.

Au contraire, la condition *sine qua non* d'une action en responsabilité est l'existence d'un préjudice. Il ne s'agit plus de prévenir un dommage éventuel mais de le réparer. Ce n'est que dans l'hypothèse où le juge estime que l'allocation de dommages et intérêts ne compenseront pas le préjudice subi par le justiciable qu'il ordonnera des mesures provisoires.

Ainsi, la nécessité d'assurer la protection provisoire des droits des requérants s'apprécie par rapport à l'efficacité de l'action en réparation : si le préjudice causé est réparable " en nature" une telle protection n'est pas accordée. Si, par contre, il est difficilement réparable en nature, le juge fait droit à la demande de mesures provisoires.

C'est ce qu'explique le Professeur Chapus à propos du sursis à exécution :

"En matière de réparation, tout préjudice est considéré comme "réparable" par l'allocation de dommages et intérêts. Mais, bien entendu, le pouvoir réparateur illimité ainsi attribué à l'argent est une fiction. Il faut bien s'en accommoder lorsque le dommage est réalisé. Mais en matière de sursis, la possibilité de prévenir un dommage étant ouverte, ce qui importe est de savoir s'il sera difficile ou non de revenir

⁴⁰ J.- C. Bonichot, "Les pouvoirs d'injonctions du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire", R.F.D.A., 1990, p. 912, spé. 918.

⁴¹ *Idem.*

*effectivement sur ce qui aura été fait ou sur ce qui se sera produit; en d'autres termes, s'il sera difficile ou non de réparer "en nature" le préjudice causé"*⁴².

C'est pourquoi, il est peu probable que le juge utilise son pouvoir d'injonction pour assurer la protection provisoire des requérants, dans le cadre d'une action en réparation.

Néanmoins, une telle hypothèse est envisageable en cas de violation d'une norme communautaire d'effet direct.

En pareille hypothèse, le justiciable qui cherche à rentrer dans ses droits, peut, parallèlement à l'annulation de la décision illégale, demander réparation du dommage que lui a occasionné, dans le passé, l'application de cette décision.

En l'absence d'effet suspensif du recours sur la décision attaquée, on peut supposer que le requérant demande au juge national d'ordonner des mesures provisoires afin d'éviter qu'elle n'aggrave et irrémédiablement sa situation. Un bon exemple est celui du préjudice purement financier. En principe, les décisions d'effet purement pécuniaire sont considérées par le juge comme n'entraînant pas de conséquences difficilement réparables. Il estime, en effet, que pour réparer le préjudice causé et rétablir le *statu quo ante*, l'allocation d'une somme d'argent suffit. Toutefois, le juge prend en considération la situation du requérant et regarde, s'il pourra supporter la perte financière dont il est victime, du fait de la décision, jusqu'à ce qu'il soit rentré dans ses droits. Il s'agit de savoir si le préjudice financier n'aura pas d'autres conséquences que la perte financière proprement dite, qui, elles, seront irréversibles. tel est le cas d'une entreprise, qui, n'étant pas suffisamment solide, serait obligée de déposer le bilan suite au déséquilibre créé dans son budget par une décision administrative, ou encore, un particulier qui devrait s'endetter pour pouvoir continuer à subvenir à ses besoins.

S'il obtient cette protection provisoire, il limite par là même son préjudice au préjudice dont il demande réparation. Dans ces conditions, il est assurée de l'efficacité de l'action en réparation qui compensera effectivement, par l'allocation de l'indemnisation demandée, le préjudice subi.

A l'exception de cette hypothèse, il semble que l'utilisation de son pouvoir d'injonction par le juge national soit essentiellement limitée à l'exécution de la chose jugée. Si l'Administration n'applique pas la chose jugée, le juge peut lui enjoindre de prendre les mesures nécessaires à cette fin.

A cet égard, depuis la loi du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, le droit français a, en partie, comblé le retard qu'il avait au regard d'autres droits nationaux. Désormais, le juge administratif français peut, lorsque l'exécution du jugement ou de l'arrêt, implique nécessairement, une mesure déterminée, prescrire cette mesure *"assortie le cas échéant d'un délai d'exécution, par le même jugement*

⁴² R. Chapus, "Droit du contentieux administratif", précité.

ou le même arrêt". Il peut également, lorsque l'exécution du jugement ou de l'arrêt, implique qu'une nouvelle décision soit prise par l'autorité condamnée, prescrire "*par le même jugement ou le même arrêt, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un sens déterminé*"⁴³. Dans les deux cas, il peut accompagner l'injonction d'une astreinte⁴⁴.

Ainsi, dans le cadre d'une action en responsabilité, l'injonction, assortie éventuellement d'une astreinte peut être utilisée pour garantir et accélérer le paiement de l'indemnité.

Ces injonctions sont des injonctions de jugement car elles sont contenues dans le dispositif même des décisions rendues.

Le pouvoir d'injonction peut, cependant, s'exercer après le prononcé du jugement ou de l'arrêt, en cas d'inexécution de celui-ci, à la demande de l'intéressé⁴⁵. Ce sont, dès lors, des injonctions post-jugement.

Par ailleurs, il ne faut pas non plus oublier que le juge national peut utiliser son pouvoir d'injonction uniquement à des fins procédurales. Il peut enjoindre, par exemple, à l'administration de produire ou communiquer des documents ou de faire connaître les motifs de la décisions contestée. Ce qui est conforme à l'arrêt Heylens⁴⁶ de la Cour de justice.

B - Le pouvoir de soulever d'office l'existence d'une règle de droit communautaire

Pouvoir soulever d'office l'incompatibilité d'une norme interne à une règle communautaire présente un intérêt certain dans le cadre des actions en responsabilité, tant pour le juge que pour les justiciables. En effet, comme le souligne, M. l'Avocat général Darmon dans ses conclusions rendues dans l'affaire Verholen, "*il peut être utile au juge de constater l'incompatibilité de son droit interne avec une norme communautaire, même dépourvue d'effet direct, afin d'établir la faute de l'administration nationale de nature à engager la responsabilité de l'Etat*"⁴⁷ pour violation de ses obligations communautaires.

Dans cette affaire, il concluait à l'obligation pour le juge national de soulever d'office l'existence d'une règle communautaire. Il se fondait sur l'obligation du juge national de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire. Cette obligation visait à assurer l'effet utile du droit communautaire.

⁴³ Voir article L 8-2 du Code des T.A. et C.A.A.

⁴⁴ La loi du 16 juillet 1980 donnait déjà au Conseil d'Etat le possibilité de prononcer des astreintes en cas d'inexécution d'une décision rendue par un juridiction administrative.

⁴⁵ Voir article L 8-4 du Code des T.A. et C.A.A.

⁴⁶ Arrêt précité.

⁴⁷ C.J.C.E., 11 juil. 1991, A. Verholen e.a. c/ Sociale Verzekeringsbank, (Aff. jtes C-87/90, C-88/90 et C-89/90, Rec. p. I- 3757, spé. p. 3772).

M. Darmon ne concevait pas qu'il puisse s'agir d'une simple faculté, laissée à l'appréciation des juges nationaux . Il y voyait un risque sérieux pour l'application uniforme du droit communautaire ⁴⁸.

Pourtant, la Cour de justice a adopté une position beaucoup plus nuancée que son Avocat général. Elle a jugé que le droit communautaire "*n'empêchait pas un juridiction nationale d'apprécier d'office la compatibilité d'une réglementation nationale à une norme communautaire*", tout en précisant que :

" cette faculté de soulever d'office un question de droit communautaire présuppose que, selon le juge national, il y a lieu soit d'appliquer le droit communautaire en laissant, au besoin, inappliqué le droit national, soit d'interpréter le droit national dans un sens conforme au droit communautaire".

Pour la Cour de justice, soulever d'office l'existence d'une règle de droit communautaire n'est donc qu'une simple faculté.

M. Rideau, partageant l'avis de M. Darmon, regrette que la Cour de justice n'ait pas consacré "*un principe qui semble pourtant inscrit dans la logique des rapports entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux tels qu'ils sont définis dans la jurisprudence communautaire*"⁴⁹

Récemment, la Cour a été invitée à se prononcer plus précisément sur la question dans deux affaires où était en cause l'exercice, par le juge national, de cette prérogative.

Dans la première affaire, l'affaire Peterbroek⁵⁰, la Cour d'Appel de Bruxelles demandait à la Cour de justice si le droit communautaire s'opposait à l'application d'une règle de procédure nationale interdisant au juge national d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une norme communautaire lorsque cette norme n'avait pas été invoquée dans un certain délai par le justiciable.

Dans la seconde affaire, l'affaire Van Schijndel⁵¹, le Hoge Raad, la Cour de cassation des Pays -Bas, voulait savoir si le juge national devait appliquer les règles de concurrence du Traité des Communautés Européennes, alors même que la partie au litige ayant un intérêt à leur application ne les avait pas invoquées. Dans l'affirmative, il demandait si cette obligation⁵²

⁴⁸ Selon lui. "*la primauté du droit communautaire ne saurait être laissée à l'appréciation des juges nationaux au risque d'entamer sérieusement le caractère uniforme de l'application de ce droit*" (Point 19 des conclusions).

⁴⁹ J. Rideau, "Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes", *op. cit.*, p. 675.

⁵⁰ C.J.C.E., 14 déc. 1995, SCS Peterbroek e.a. c/ Etat Belge., (Aff. C - 312/93, Rec: p. I-4599).

⁵¹ C.J.C.E., 14 déc. 1995, Jeroen Van Schijndel e. a. c/ Stichting Pensioenfond voor Fysiotherapeuten, (Aff. jtes C - 430/93 et C - 431/93, Rec. p. I-4705).

⁵² Il faut préciser que le droit néerlandais fait obligation au Hoge Raad de soulever d'office des moyens de droit tirés de l'application de règles contraignantes à condition que ces moyens ne contraignent pas le juge à sortir des limites du litige tel qu'il a été circoncrit par les parties ni à se fonder sur d'autres faits et circonstances que ceux qui fondent la demande.

existait toujours dans le cas où le juge, pour appliquer d'office ces règles, devait sortir des limites du litige circonscrit par les parties et se fonder sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie au litige concernée avait fondé sa demande.

La Cour de justice renvoie au principe de l'autonomie procédurale des Etats. Il appartient donc au droit national de déterminer dans quelles hypothèses le juge peut ou doit soulever la question de l'application du droit communautaire.

Toutefois elle rappelle également les limites de cette autonomie, à savoir que *"ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne, ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire"*.

Puis, en se basant sur l'une et l'autre de ces réserves, elle pose les principes régissant la matière. Le principe de non discrimination détermine ainsi l'existence même du pouvoir du juge de soulever d'office l'application du droit communautaire (1). Quant à l'exigence de l'effet utile du droit communautaire, la Cour de justice indique comment il doit être apprécié lorsqu'est en cause une disposition procédurale comme en l'espèce (2). Par là même, elle définit à quelles conditions le juge peut utiliser son pouvoir.

1. Les implications du principe de non-discrimination sur l'existence du pouvoir du juge

L'arrêt Van Schijndel est très explicite sur ce point. Le juge communautaire dit expressément que :

*"Dès lors que, en vertu du droit national, les juridictions doivent soulever d'office les moyens de droit tirés d'une règle interne de nature contraignante, qui n'auraient pas été avancés par les parties, une telle obligation s'impose également, s'agissant des règles communautaires contraignantes"*⁵³

Et il ajoute :

*"il en est de même si le droit national confère au juge la faculté d'appliquer d'office la règle de droit contraignante"*⁵⁴.

Ainsi, la Cour de justice estime que dès lors que le juge national a non seulement l'obligation mais aussi la faculté de soulever d'office une règle de droit interne, il doit également disposer d'un tel pouvoir en ce qui concerne une règle de droit communautaire. Elle applique ni plus ni moins le principe de non discrimination.

⁵³ Point 13 de l'arrêt.

⁵⁴ Point 14 de l'arrêt.

L'arrêt Van Schinjdél éclaire et précise la position adoptée par le juge communautaire dans l'arrêt Verholen. On comprend désormais la "*solution minimaliste*"⁵⁵ donnée par la Cour. Ainsi, si le droit communautaire n'empêche pas le juge national d'apprécier d'office la conformité d'une réglementation nationale avec des dispositions de droit communautaire, tout dépend, en fait, du point de savoir si un tel pouvoir lui est reconnu dans son ordre juridique. Peu importe, à notre sens, qu'il s'agisse du juge judiciaire ou du juge administratif.

Il est à noter que la Cour de justice a suivi dans cette affaire les conclusions de son Avocat général, M. Jacobs qui, contrairement à M. Darmon dans l'affaire Verholen, considérait qu'il ne fallait pas obliger le juge national à soulever d'office l'application d'une disposition communautaire si une telle obligation n'existait pas pour les règles nationales. Selon lui, ce serait admettre que les règles de procédures nationales doivent toujours céder le pas au droit communautaire. Ce qui contreviendrait au principe de proportionnalité et "*en un sens plus large*", au principe de subsidiarité. Il estime que le droit national ne doit être écarté que s'il empêche l'exercice de droits conférés par l'ordre juridique communautaire. De plus, M. Jacob voit dans une telle obligation une source d'anomalies, "*puisque cela aurait pour effet de donner une protection plus étendue à des droits qui ne sont pas, du seul fait qu'ils sont conférés par l'ordre juridique communautaire, intrinsèquement plus important que les droits reconnus par les ordres juridiques nationaux*"⁵⁶. Il se prononce donc en faveur d'un principe de non-discrimination à double sens⁵⁷. Il semblerait donc, tout du moins en la matière, que la Cour de justice partage son point de vue.

Enfin, à l'argumentation développée par M. Darmon quant au risque d'une disparité dans l'application du droit communautaire, il répond qu'une telle disparité "*est inévitable en l'absence de règles harmonisées en matières de voies de droit, de procédure et de délais*" et qu'en l'absence d'une telle harmonisation, "*l'unique exigence est que les voies de droit et les règles de procédure nationales assurent une protection juridique adéquate*"⁵⁸.

Dans l'affaire Peterbroek, le droit national interdisait au juge d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition communautaire si celle-ci n'avait pas été invoquée dans un certain délai par le justiciable. En l'espèce, ce n'était donc pas l'existence même du pouvoir du juge national qui était en cause, mais les conditions de son exercice. La Cour de justice devait donc déterminer dans quelle mesure les modalités nationales, régissant l'utilisation de son pouvoir par le juge, pouvaient contrevenir à l'effet utile du droit communautaire.

⁵⁵ Selon les termes de G. Canivet et J- G Huglo, "L'obligation du juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schinjdél et Peterbroek", Europe, avril 1996, p. 1.

⁵⁶ Conclusions, Rec. p. I-4715, point 27.

⁵⁷ Voir nos développements sur ce point dans le Titre I de la Partie II.

⁵⁸ Rec. p. I- 4721, point 45.

2. L'utilisation de son pouvoir par le juge et l'effet utile du droit communautaire.

Les règles nationales ne doivent être écartées que si elles rendent impossible ou très difficile la protection des droits conférés par le droit communautaire.

A ce propos, M. Jacobs attirait l'attention sur le fait que la bonne application du droit communautaire ne signifiait pas qu'il ne pouvait pas y avoir de limite à son application. Bien au contraire, il estimait, à juste titre, qu'il pouvait se faire que *"l'intérêt d'une pleine application doive être mis en balance avec d'autres considérations telles que la sécurité juridique, la bonne administration et le bon déroulement des procédures devant les juridictions"*. Plus particulièrement, il relevait que *"les systèmes nationaux imposent communément différentes restrictions qui, à défaut d'un degré raisonnable de diligence de la part du demandeur, entraînent le rejet partiel ou complet de la demande. Ces restrictions comprennent les délais imposés pour l'introduction de procédures administratives et judiciaires et pour l'accomplissement d'actes au cours de telles procédures, les limites imposées aux demandes rétroactives, les règles restreignant l'introduction de nouvelles demandes et les restrictions portant sur les moyens invoqués lors de l'exercice des voies de recours et sur les questions que les juridictions peuvent soulever d'office"*⁵⁹.

L'application du droit communautaire peut donc connaître certaines limites, à condition que ces limites soient justifiées par d'autres impératifs tels que la sécurité juridique, la bonne administration et le bon déroulement des procédures. Il suffit donc, pour que l'effet utile du droit communautaire soit assurée, que les règles de procédure nationales donnent aux particuliers une possibilité effective de faire valoir leurs droits.

Ainsi, les règles de procédure qui empêchent qu'une question de droit communautaire soit soulevée à un stade donnée de la procédure ne doivent pas être systématiquement perçues comme empêchant la protection efficace des droits issus du droit communautaire. Il faut apprécier la procédure dans son ensemble.

Telle est la solution retenue par la Cour de justice qui indique que *"dans chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire, doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités devant les diverses instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération, s'il échet, les principes de base du système juridictionnel, tels que la protection des droits de la défense, le principe de sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure"*⁶⁰.

⁵⁹ Conclusions, rec. p. I- 4717, point 31.

⁶⁰ Point 19 de l'arrêt Van Shijndel et point 14 de l'arrêt Peterbroek.

Il s'agit d'établir un équilibre entre la nécessité de respecter l'autonomie procédurale des systèmes juridiques des Etats membres et celle d'assurer la protection efficace devant les juridictions nationales, des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

Les affaires Peterbroek et Van Shijndel illustrent parfaitement le raisonnement suivi par le juge communautaire.

Dans l'affaire Peterbroek, la Cour de justice a jugé que "*dans des conditions telles que celles de la procédure en cause en l'espèce au principal*"⁶¹, le droit communautaire s'opposait à l'application de la règle de procédure nationale qui interdisait au juge national d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition communautaire, lorsque cette disposition n'a pas été invoquée par un certain délai par le justiciable.

En droit belge, le code des impôts sur les revenus interdit, en effet, que des griefs qui n'ont pas été formulés dans la réclamation ni examinés d'office par le directeur des contributions, puissent être invoqués par le requérant, devant la Cour d'appel, une fois écoulé un délai de soixante jours à compter du dépôt par le directeur de l'expédition certifiée conforme de la décision.

La Cour de justice considère la procédure dans son ensemble. Si le délai imposé au justiciable "*n'est pas en soi critiquable*"⁶², elle estime que la combinaison de plusieurs autres particularités de la procédure est de nature à porter atteinte à l'efficacité du droit communautaire :

La Cour d'appel est la première juridiction susceptible de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, puisque le directeur devant lequel se déroule le litige en première instance est une autorité fiscale et ne constitue pas, par conséquent, une juridiction au sens de l'article 177 du traité.

Le délai commençant à courir à partir du dépôt par le directeur des contributions de l'expédition certifiée conforme à la décision attaquée, la période pendant laquelle les griefs nouveaux peuvent être invoqués par le requérant risque d'être, comme en l'espèce, expirée lors de l'audience de la Cour d'appel. La juridiction nationale risque donc d'être privée de la possibilité d'apprécier la compatibilité de l'acte contesté avec le droit communautaire, dont l'application a été soulevé tardivement par l'intéressé.

Il n'apparaît pas qu'au cours d'une procédure ultérieure, une autre juridiction nationale puisse vérifier d'office la compatibilité d'un acte national avec le droit communautaire. Ainsi, comme le remarquent M.M. Canivet et Huglo, "*l'absence d'un double degré de juridiction contribue à rendre la règle procédurale nationale incompatible avec les exigences communautaires*"⁶³.

⁶¹ Point 21 de l'arrêt.

⁶² Point 16 de l'arrêt.

⁶³ *op. cit.*, p. 2.

L'impossibilité pour les juridictions nationales de soulever d'office les moyens tirés du droit communautaire ne paraît pas pouvoir être raisonnablement justifiée par des principes tels que celui de la sécurité juridique ou celui du bon déroulement de la procédure.

Dans l'affaire van Schijndel, la Cour de justice estime, au contraire, que l'obligation du juge national de s'en tenir à l'objet du litige et de baser sa décision sur les faits qui ont été présentés devant lui, est justifiée par le principe selon lequel l'initiative d'un procès appartient aux parties, le juge ne pouvant agir d'office qu'exceptionnellement, lorsque l'intérêt public l'exige. Or, ce principe, reflétant les relations entre Etat et individus dans la plupart des Etats membres, protège les droits de la défense et assure le bon déroulement de la procédure, en la préservant, notamment, des retards inhérents à l'appréciation de moyens nouveaux.

Elle conclut dès lors que *"dans ces conditions, il convient de répondre que ... le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande"*⁶⁴.

Cette solution s'impose d'autant plus lorsque le problème se pose devant le juge de cassation dont *"la compétence est généralement limitée à l'examen du point de savoir si la décision de la juridiction inférieure comporte une erreur de droit, de sorte que ni les parties ni la juridiction n'ont la possibilité de soulever de nouvelles questions de droit"*⁶⁵.

De telles limites visent à éviter que le recours en cassation ne donne lieu à un nouveau procès. Il s'agit en effet, de faire en sorte que *"la procédure se déroule de manière régulière et efficace, en empêchant le demandeur d'élargir ultérieurement l'objet du litige tel que défini dans sa demande devant le juge du fond et de soulever au stade du pourvoi en cassation de nouvelles questions qui excèdent l'objet du litige et dont la prise en compte nécessiterait un nouvel examen des faits"*⁶⁶.

Il ne fait aucun doute que l'arrêt Peterbroek va conduire le législateur belge à réviser la procédure dénoncée par le juge communautaire. Ainsi, plus largement, ces deux affaires posent le problème du renforcement des règles procédurales.

⁶⁴ Point 22 de l'arrêt.

⁶⁵ F.G Jacobs. conclusions précitées, point 40, p. 28.

⁶⁶ Point 43 des conclusions.

SECTION II : LE RENFORCEMENT DES REGLES DE PROCEDURE

Le principe de base reste l'autonomie procédurale sous réserve que les règles nationales répondent aux exigences de non-discrimination et d'effet utile posées par la jurisprudence communautaire.

En ce qui concerne cette dernière exigence, la Cour de justice a expressément indiqué, dans les arrêts Peterbroek et Van Schijndel, comment devait s'apprécier cette condition lorsqu'est en cause une disposition procédurale nationale⁶⁷.

L'appréciation doit porter sur l'ensemble de la procédure qui doit donner aux particuliers une possibilité effective de faire valoir leurs droits "communautaires".

La place de la disposition contestée a également son importance. Mais il faut aussi regarder si une disposition procédurale restrictive n'est pas commandée par d'autres impératifs, à la base des systèmes juridictionnels et de l'Etat de droit.

Dés lors, on doit tenir compte des particularités de la procédure dans laquelle s'inscrit la règle en cause. Souvent, en effet, ce sont elles qui la justifient. Tel était le cas dans l'affaire Van Schijndel.

D'autres fois, ce n'est pas la règle procédurale contestée qui, en elle-même, porte atteinte à l'efficacité du droit communautaire mais son association et sa combinaison à d'autres modalités de la procédure. Tel était le cas dans l'affaire Peterbroek.

La Cour de justice invite les juges nationaux à éviter de porter des appréciations trop hâtives. L'exigence de l'effet utile ne signifie pas que toute règle procédurale, apparaissant comme un obstacle à la pleine application du droit communautaire, doit être écartée. Au contraire, l'application du droit communautaire peut connaître certaines limites à condition que ces limites puissent être justifiées.

⁶⁷Elle pose le principe selon lequel "*dans chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire, doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités devant les diverses instances. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération s'il échet, les principes de base du système juridictionnel, tels que la protection des droits de la défense, le principe de sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure*".

S'il s'avère qu'une disposition procédurale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire, il appartient au juge national, conformément à la jurisprudence Simmenthal, de l'écartier, voire de l'aménager.

Il paraît toutefois utile de préciser que le juge communautaire ne fixe généralement que le seuil minimal de protection que doivent assurer les ordres juridiques nationaux. Il n'interdit, en aucun cas, aux droits nationaux de dépasser ce seuil. En ce sens, l'autonomie procédurale des Etats, bien qu'encadrée, est néanmoins respectée.

Il peut arriver, au contraire, que la protection offerte par les droit nationaux soit en dessous du seuil minimum imposé par le droit communautaire. Dans ce cas, les droits nationaux sont tenus de remédier à ce déficit.

Les règles qui conditionnent l'accès au juge, telle que la qualité pour agir en justice, sont déterminantes. Elles ne doivent pas rendre inaccessible aux justiciables la protection juridictionnelle.

Dans tous les droits nationaux, a qualité pour agir en réparation toute personne lésée. Tout dépend cependant ce qu'ils entendent par "personne lésée". Certains considèrent que cette condition est remplie dès lors que le particulier peut se prévaloir de la violation d'un intérêt. Par contre, d'autres sont plus restrictifs en exigeant l'atteinte à un droit.

Dans l'arrêt Francovitch, la Cour de justice dit expressément que l'action en responsabilité est ouverte aux particuliers victime d'une violation de leurs droits "communautaires". Faut-il en déduire que seule l'atteinte à un droit donne qualité à agir? (§1)

Deux autres conditions de formes peuvent faire obstacle à l'effet utile du droit communautaire : le délai de recours et la charge de la preuve (§2).

§1. La qualité pour agir en justice

Dans l'arrêt Francovitch, la Cour de justice constate que *"la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un Etat membre"*.

Il en résulte que *"le droit communautaire impose le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables"*.

L'action en responsabilité est donc ouverte à tout particulier lésé dans ses droits "communautaires" par la violation d'un Etat membre.

Faut-il comprendre, dès lors, qu'un particulier n'ayant qu'un simple intérêt à agir est privé d'une telle action ?

Tout dépend en fait, si la Cour de justice entend *stricto sensu* ou *largo sensu* la notion de droit et plus largement, celle de particulier lésé (A). Cette définition n'est pas sans incidence sur certains droits nationaux plus restrictifs (B).

A - La notion de "particulier lésé" dans la jurisprudence communautaire

Il ressort des arrêts Van Gend en Loos⁶⁸ et Costa⁶⁹ que le droit communautaire est "*destiné à engendrer des droits qui entrent dans le patrimoine juridique des particuliers*". Ces droits "*naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligation que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires*".

Il semblerait que la Cour de justice entende très largement la notion de "droit". Cette notion comprendrait non seulement les droits subjectifs mais également les intérêts légitimes.

1. Les notions de droits subjectifs et d'intérêts légitimes

Les droits subjectifs sont "*des intérêts juridiquement protégés*"⁷⁰. F. Fines⁷¹ définit le droit subjectif comme "*une prérogative reconnue à une personne (par le droit objectif), pour la satisfaction d'un intérêt personnel*".

Les droits subjectifs sont donc des intérêts individuels directement et immédiatement protégés dans l'ordre juridique.

Les intérêts légitimes sont, au contraire, des intérêts individuels seulement protégés de façon indirecte et médiate.

I. Scotto distingue très justement ces deux notions en affirmant que "*la différence fondamentale entre droit subjectif et intérêt légitime est en rapport avec le but que la norme protectrice poursuit : nous sommes donc dans le domaine du droit subjectif lorsque la norme tend directement à la protection de l'intérêt du citoyen; nous sommes, au contraire, dans le*

⁶⁸ C.J.C.E., 5 fév. 1963, (Aff. 26/62, Rec. p. 3)

⁶⁹ C.J.C.E., 15 juil. 1964, (Aff. 6/64, Rec. p. 1141)

⁷⁰ Selon la définition de Ihéring. "l'esprit du droit romain", trad. Meulenaire. t. III. 3e éd. 1888.

⁷¹ Thèse précitée, p.187.

domaine de l'intérêt légitime lorsque la norme a en vue l'intérêt public, en assurant aussi indirectement l'intérêt du particulier"⁷².

Un des exemples, souvent cité par la doctrine pour illustrer la notion d'intérêt légitime, est celui des candidats à un concours d'entrée dans l'administration publique. Si l'accès aux emplois publics est soumis à un concours, c'est dans l'intérêt public. Toutefois les candidats qui ont échoué ont intérêt à contester les actes illégaux commis par l'Administration pendant le déroulement du concours.

2. La notion de "droit" dans la jurisprudence communautaire

Lorsque la Cour de justice déclare que le droit communautaire engendre des droits qui entrent dans le patrimoine juridique des particuliers, on peut penser qu'elle fait référence uniquement à des droits subjectifs. Néanmoins, lorsqu'elle dit que ces droits peuvent découler d'obligations faites notamment aux Etats, elle fait plutôt allusion à des intérêts légitimes.

Une telle approche peut paraître contradictoire. En fait, il n'en est rien. Le juge communautaire applique purement et simplement le concept de droit subjectif public tel qu'il est consacré en droit allemand.

En droit allemand, en effet, le concept de droit subjectif public est entendu très largement. Il intègre le concept d'intérêt légitime.

K-P Sommerman écrit à ce sujet, qu'en Allemagne, le concept de droit subjectif public *"comprend tous les intérêts individuels reconnus par l'ordre juridique comme dignes d'être protégés et, donc également des positions qui, dans d'autres ordres juridiques (en particulier l'italien et l'espagnol) sont décrits par le concept d'"intérêts légitimes". Il n'est donc pas nécessaire pour reconnaître un droit subjectif, que la norme juridique dont on veut faire dériver un droit subjectif, mentionne expressément "un droit à ...", mais seulement que, d'après la volonté objective du législateur, elle ne soit pas (seulement) destinée à servir les intérêts de la collectivité, mais au minimum aussi les intérêts individuels. Ce qui importe en cas de litige, c'est l'intérêt individuel de celui qui invoque la norme en cause"*⁷³

Cette approche du juge communautaire n'est pas nouvelle. C'est celle qu'il applique en matière de responsabilité extra contractuelle de la Communauté.

⁷² I. Scotto, "droit subjectif et intérêt légitime comme critère de la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs", *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1967, p. 51.

⁷³ K- P Sommerman, "Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand", *R.F.D.A.*, 1995, p.1145, spé. p. 1148-1149.

En 1961, dans l'arrêt Vloeberghs⁷⁴, dans le cadre du contentieux de la C.E.C.A, la Cour de justice a expressément dit qu'un particulier pouvait se prévaloir non seulement de la violation d'un droit mais aussi, de la violation d'un intérêt légitime protégé.

Dans le contentieux de la C.E.E, la question est moins claire. Toutefois, l'analyse des arrêts de la Cour conduit à la même conclusion.

Dans l'affaire Kampffmeyer⁷⁵, la Cour de justice a répondu à la Commission, qui soutenait que le règlement en cause n'était pas institué dans l'intérêt des requérants mais dans l'intérêt général, que :

"si l'application des règles de droit dont il s'agit n'est pas en général, de nature à concerner directement et individuellement lesdites entreprises, cela n'empêche pas que la protection de leurs intérêts peut être ... visée par ces règles de droit"

F. Fines tire deux enseignements de cette jurisprudence. Tout d'abord, que la Cour n'exclut pas qu'une disposition protégeant des intérêts généraux, protège également des intérêts particuliers. Ensuite, qu'elle exige seulement que la règle de droit dont la violation est alléguée tende au moins partiellement à protéger les intérêts du requérant. Il suffit donc que la règle ait un effet protecteur à l'égard des particuliers.

L'auteur en déduit par conséquent, que *" pour un droit à protection, le requérant doit apporter la preuve qu'un intérêt protégé a bien été violé par les organes communautaires. Il n'est pas nécessaire de prouver la violation d'une règle écrite qui serait destinée spécialement à protéger les droits des particuliers ; la Cour de justice prendra en compte tous les principes généraux de droit qui concernent à un titre ou à un autre les intérêts des particuliers. Il peut s'agir également de la violation d'une obligation communautaire dont le but était de protéger le particulier ... Le contenu et la portée de la règle, du principe ou du devoir de protection sont donc entendus largement par la CJCE"*⁷⁶

Cette analyse se vérifie dans l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame où la Cour de justice rappelle que *"si l'article 30 (du traité) impose une interdiction aux Etats membres, il n'engendre pas moins pour les particuliers des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder (arrêt du 22 mars 1977, Iannelli et Volpi, 74/76, Rec. p. 557, point 13)"*⁷⁷

Cette jurisprudence n'est pas sans incidence sur les droits nationaux.

⁷⁴C.J.C.E, 14 juil. 1961, Société Commerciale A. Vloeberghs c/ Haute Autorité de la C.E.C.A", (Aff. jtes 9 et 12/60, rec. p. 391).

⁷⁵ Arrêt précité.

⁷⁶ Voir thèse précitée de F. Fines. spé. p. 387-389.

⁷⁷ Point 54 de l'arrêt.

B - La notion de "personne lésée" dans les droits nationaux

Dans l'ensemble, les ordres juridiques nationaux entendent largement la notion de "personne lésée":

Les droits nationaux qui n'acceptent de réparer, en théorie, que la violation d'un droit subjectif, prennent également en compte, le plus souvent, l'atteinte à un intérêt légitime. Quoiqu'il en soit, une telle évolution est inévitable dans les Etats qui limitent la protection juridictionnelle des particuliers aux droits subjectifs *stricto sensu* en raison de la jurisprudence communautaire qui "*impose aux Etats membres l'obligation d'ouvrir l'accès à leurs juridictions aux particuliers afin qu'ils défendent leurs intérêts, même s'il ne s'agit pas des droits subjectifs susmentionnés*"⁷⁸ (1)

Dans les Etats membres, où l'atteinte à un intérêt donne déjà lieu à réparation, la protection des droits "communautaires", exigée par la Cour de justice, ne remet pas en cause les règles existantes.(2)

1. Les systèmes juridiques exigeant la violation d'un droit subjectif

C'est le cas des droits allemand, anglais, italien et portugais. Toutefois, les droits allemand et anglais, à la différence des deux autres, interprètent très largement cette condition.

a. Les droits italien et portugais

En droit italien, la distinction entre intérêts légitimes (*interessi legittimi*) et droits subjectifs (*diritti soggettivi*) est une des particularités du système juridique. Elle détermine la répartition des compétences entre juges civils et juges administratifs : la protection des droits subjectifs relève de la protection des juridictions judiciaires; celle des intérêts légitimes dépend des juridictions administratives.

En vertu de l'article 28 de la Constitution italienne concernant la responsabilité extra contractuelle de la puissance publique, l'Administration est seulement responsable des atteintes portées aux "*diritti*" des administrés. Seuls les particuliers lésés dans leurs droits subjectifs peuvent donc agir en réparation, la réparation de la violation des intérêts légitimes n'étant pas

⁷⁸ R. Arnold, "L'influence de droit communautaire sur le droit administratif allemand" in "Droit administratif et Droit communautaire", A.J.D.A, 1996, numéro spécial, p.110, spé. p. 114.

organisée dans l'ordre juridique italien. Le législateur italien estime, en effet, que *"le sacrifice du particulier doit être toléré par lui-même sans compensation de la collectivité"*⁷⁹

Certains auteurs tels que I. Scotto⁸⁰, dénoncent cette différence de traitement qu'ils jugent injuste et inéquitable. Et ce, d'autant plus, que dans la pratique, délimiter le droit subjectif de l'intérêt légitime n'est pas toujours aisé *"en dépit de la précision de la dite délimitation au point de vue théorique"*⁸¹.

La jurisprudence de la Cour a provoqué *"une certaine désorientation d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence italiennes, et même quelques tentatives d'altération du partage des compétences juridictionnelles qui est lié à la distinction susdite ... On a essayé d'en déduire le dépassement de la dichotomie "droits subjectifs-intérêts légitimes" dans le sens qu'il faudrait transformer les seconds en "droits subjectifs", ou même les confondre tous deux dans une catégorie nouvelle et générale : celle des "droits subjectifs communautaires"*⁸².

Ces solutions paraissent extrêmes. Il suffit, en fait, de renforcer la protection des intérêts légitimes des particuliers et d'admettre dans le système juridique italien, *"le principe du dédommagement du préjudice aux intérêts légitimes"*⁸³.

La distinction entre droits subjectifs et intérêts légitimes n'est donc pas formellement remise en cause par les orientations jurisprudentielles de la Cour de justice; ce sont *"les modalités de protection des intérêts légitimes (qui) peuvent être influencées par ces orientations . Cela vaut par exemple, ... pour la réparation des préjudices portés aux intérêts légitimes fondés sur une disposition communautaire ... un tel renforcement des garanties judiciaires permet de réduire de beaucoup les différences entre les deux positions juridiques, au moins en ce qui concerne les conséquences de leur lésion"*.⁸⁴

⁷⁹ I. Scotto, *op. cit.*

⁸⁰ Voir article précité.

⁸¹ *Idem.*

⁸² A. Tizzano, "L'influence du droit communautaire sur le droit administratif italien" in "Droit communautaire et Droit administratif", A.J.D.A. 1996, N° spécial, p. 129, sp. p.135-137.

⁸³ Selon l'expression de A. Tizzano.

⁸⁴ A. Tizzano, *op. cit.* Comme le remarque l'auteur, cette solution est conforme à l'arrêt Salgoil (C.J.C.E. 19 déc. 1968, aff. 13/68, rec. p. 615) qui dit que les dispositions du droit communautaires directement applicables *"obligent les autorités, et notamment, les juridictions compétentes des Etats membres à sauvegarder les intérêts des justiciables affectés par une méconnaissance éventuelle desdites dispositions en leur assurant une protection directe et immédiate, et cela quel que puisse être le rapport existant en droit interne entre ces intérêts et l'intérêt public visé par la question; qu'il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour assurer cette protection et, à cet effet, de décider comment la position individuelle ainsi protégée doit être qualifiée"*.

Elle est également conforme à la volonté manifestée par le juge communautaire de ne pas intervenir dans les problèmes de compétence que peut soulever, au plan, national la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire. Ainsi, dans l'arrêt Bozetti (C.J.C.E., 9 juil. 1985, aff. 174/84, Rec. p. 2317), la Cour de justice affirme qu'il appartient *"à l'ordre juridique de chaque Etat membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause des droits individuels, dérivés de l'ordre juridique communautaire, étant entendu cependant que les Etats membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective à ces droits"*

Une telle évolution a été amorcée, semble-t-il, à l'occasion de la transposition de la directive-recours en matière de marchés publics, qui impose, notamment, que soient réparés les préjudices subis par un particulier du fait de la violation du droit communautaire ou des normes nationales d'exécution. Le législateur italien fait obligation, en effet, aux autorités adjudicatrices de réparer les préjudices qu'elles occasionneraient lors de procédures d'appel d'offre. Les particuliers qui s'estiment avoir été lésés dans leurs intérêts légitimes, peuvent, après avoir obtenu l'annulation de l'acte préjudiciable devant le juge administratif, agir en réparation devant le juge judiciaire.

Le législateur italien a donc choisi d'étendre la compétence du juge ordinaire aux violations des intérêts légitimes, plutôt que de donner pleine compétence au juge administratif. La procédure promet d'être longue et compliquée puisqu'elle contraint le requérant à saisir successivement deux juges différents. Elle a le mérite néanmoins, de créer dans un domaine donné, un précédent. Il reste donc à généraliser le principe du dédommagement pour lésion d'intérêts légitimes à l'ensemble des violations du droit communautaire par les autorités nationales, et plus largement à toute atteinte à un intérêt légitime communautaire ou national.

La majorité de la doctrine italienne se montre favorable à une telle généralisation. Selon elle, *"une telle différence de traitement entre positions juridiques similaires ou même identiques n'est pas acceptable : il en résulterait une discrimination non seulement d'une matière à l'autre, mais aussi à l'intérieure de la même matière (marchés "communautaires" et non "communautaire"). En conséquence, une telle différence se heurterait clairement au principe constitutionnel d'égalité"*⁸⁵.

Elle souhaite donc fortement que le renforcement de la protection des intérêts légitimes concerne uniformément et indifféremment toutes les hypothèses de préjudice aux intérêts légitimes, qu'ils soient ou non *"protégés par "l'ombrelle" du droit communautaire"*.⁸⁶

Il semblerait que le droit portugais⁸⁷ définisse également strictement la notion de "personne lésée". En effet, un Décret-Loi du 21 novembre 1967 relatif à la responsabilité extra contractuelle de l'Etat et des autres autorités de droit public, exigerait la violation d'une règle **spécialement** destinée à protéger les intérêts des administrés. Selon l'article 6 de ce Décret-Loi, par "règle", il faut comprendre non seulement les normes légales et réglementaires, mais aussi, les principes généraux du droit et les *"règles d'ordre technique et de prudence générale qui doivent être respectées"*.

⁸⁵ A. Tizzano, *op. cit.*, p. 137.

⁸⁶ Selon les termes employés par A. Tizzano.

⁸⁷ Voir F. Schockweiler. "Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne". R.T.D.E. 1990, p. 27. spé. p. 47-48.

La jurisprudence de la Cour de justice devrait, si ce n'est déjà fait, inciter le législateur portugais à élargir le champs de l'action en responsabilité à la violation des règles adoptées, non seulement dans l'intérêt public, mais aussi dans l'intérêt des particuliers.

Les droits allemand et anglais ne sont pas confrontés à ces difficultés : la définition du droit subjectif en Allemagne et en Espagne intègre déjà les intérêts légitimes et la définition du "tort" en Grande Bretagne est moins restrictive qu'elle paraît l'être de prime abord.

b. Les droits allemand, anglais et espagnol

Le droit allemand, comme nous avons pu déjà le constater, définit le concept de droit subjectif très largement comme "tout intérêt protégé par l'ordre juridique"⁸⁸.

La seule condition requise est donc qu'il existe une règle protégeant les intérêts que les particuliers invoquent. Peu importe que ces intérêts soient directement ou indirectement protégés par la norme violée.

Le droit anglais n'est pas aussi "limpide". En Grande Bretagne, le tort est "*l'atteinte à un droit protégé déterminé*"⁸⁹. Comme le soulignent M. Distel et C. Harlow, "*le droit des torts, dans ses formes traditionnelles, est en effet, un droit dont la fonction première est de réparer les atteintes aux droits subjectifs reconnus dignes de sa protection. Il cherche avant tout à déterminer les droits dont la violation entraîne une responsabilité. C'est la nature du droit atteint qui détermine la responsabilité et non le préjudice*"⁹⁰.

Le droit anglais paraît donc très restrictif puisque "*un droit subjectif n'est jamais reconnu en tant que soi mais seulement dans la mesure où il existe une procédure assurant la protection, un remède c'est à dire une action*". Il n'existe aucun principe général de responsabilité.

Reste à déterminer si cette conception est contraire à celle adoptée par la Cour de justice :

Il semblerait que les cas d'ouverture de la responsabilité extra contractuelle de l'Etat soient, en fait, assez larges. Tel est le cas du manquement à une obligation statutaire ("*Breach of statutory duty*") ou encore de l'abus de pouvoir de l'Administration publique ("*Misfeasance in public office*").

Les institutions publiques ou les représentants de la puissance publique sont responsables de tout manquement à une obligation statutaire. En d'autres termes, "*quand une institution*

⁸⁸ Voir M. Fromont et A. Rieg, "Introduction au droit allemand", T. II : "Droit public - Droit pénal", éd. Cujas, 1984, p. 175 ; H. Maurer, Manuel de Droit Administratif Allemand, traduction M. Fromont, L.G.D.J., 1994, p. 156-167.

⁸⁹ M. Distel et C. Harlow, "Légalité, illégalité et responsabilité de la puissance publique en Grande Bretagne", E.D.C.E. 1977, p. 336.

⁹⁰ Article précité.

*publique a un devoir qui lui est imposé par son statut, une action privée en vue d'obtenir des dommages-intérêts doit être mise à la disposition de toutes les victimes de l'infraction*⁹¹.

Cette règle vise à sanctionner les manquements à des "*obligations créées par la loi à l'égard d'individus déterminés pouvant s'en prévaloir*"⁹². Elle ne concerne pas "*les obligations instituées au bénéfice du public en général*"⁹³. Dès lors, pour reprendre les termes de la Cour de justice, elle protège les droits nés d'obligations imposées aux Etats par la loi.

Ont donc qualité pour agir en responsabilité, les particuliers dont les intérêts individuels, reconnus dignes d'être protégés, ont été violés, c'est à dire, les particuliers lésés dans leurs droits subjectifs *largo sensu*, intégrant les intérêts légitimes.

Les autorités publiques peuvent également voir leur responsabilité engagée pour abus de pouvoir, à condition qu'elles aient agi avec "malveillance".

La jurisprudence anglaise est très claire sur ce point :

*"... si un fonctionnaire abuse de sa position, que ce soit par action ou par omission, et que cela a pour conséquence de léser un particulier, une action en justice peut être engagée contre un tel fonctionnaire"*⁹⁴.

On peut considérer que le particulier est lésé dès lors qu'il est porté atteinte à un de ses intérêts protégés par l'ordre juridique anglais, c'est à dire un droit subjectif *stricto sensu* ou un intérêt légitime. C'est d'autant plus vrai que la définition du tort ne précise pas si l'intérêt déterminé doit être protégé directement et spécialement. On peut donc en déduire qu'il suffit que les intérêts des particuliers soient indirectement protégés par une norme pour qu'ils puissent demander réparation.

Pourtant, dans l'affaire Bourgoïn, la question a donné lieu à débat. Le juge Parker estimait que le droit tiré de l'article 30 était "*un droit à ne pas être soumis à une mesure entachée d'illégalité*"⁹⁵ dont la violation pouvait seulement être sanctionnée par un recours pour excès de pouvoir, car cet article s'adressait aux Etats et leur imposait l'obligation de ne pas prendre les mesures interdites par cette disposition. A l'inverse, le juge Oliver soutenait que l'article 30 conférait aux entreprises "*le droit d'exercer une activité commerciale sans interférence incompatible avec le traité*"⁹⁶ dont la violation pouvait être sanctionnée par l'exercice d'un recours en réparation. Ainsi, le juge Parker considérait que seule la violation d'un droit subjectif *stricto sensu* ouvrait un droit à réparation, contrairement au juge Oliver qui étendait l'exercice de ce droit à la violation des intérêts protégés.

⁹¹ A. Tatham. "Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre", C.D.E, 1995, p. 597.

⁹² M. Distel et C. Harlow, article précité, p.343.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Chief Justice Best, aff. Henry c. Mayor and Burgesses of lyme. English Reports. 1828, 130, p. 1001.

⁹⁵ A. Barav et D. Simon. *op. cit.*, R.M.C. 1987, spé. p. 171.

⁹⁶ *Ibid*.

Il semble qu'à l'avenir, seule cette seconde approche devra être retenue par le juge anglais pour se conformer aux exigences du droit communautaire.

Selon l'article 106-2 de la Constitution espagnole de 1978, "*les particuliers ont droit à être indemnisés, sauf cas de force majeure, de tout préjudice qu'ils ont subi dans leurs biens et droits comme conséquence du fonctionnement des services publics*"⁹⁷. Rédigé dans des termes très généraux, cet article n'exclut pas en soi la protection des intérêts légitimes. Il vise au contraire à favoriser l'indemnisation des particuliers, victimes du fonctionnement de l'Administration. La notion de "droit" auquel fait référence le texte constitutionnel doit donc, à notre sens, être interprété largement. C'est l'avis que semble partager J. L. Martinez Lopez-Muniz⁹⁸ qui constate que "*le droit communautaire n'a pas entraîné pour l'Espagne de changements*" dans le droit de la responsabilité administrative. Il souligne néanmoins que le législateur espagnol a étendu la responsabilité de l'Etat aux cas de non-respect du droit communautaire, conformément à l'arrêt Francovitch. Ce qui ne fait que renforcer l'adéquation de l'ordre juridique espagnol à la jurisprudence communautaire.

Dans l'ensemble, les autres droits nationaux reconnaissent qualité à agir à tout particulier lésé dans ses intérêts.

2. Les systèmes juridiques réparant l'atteinte à un intérêt

Il faut distinguer selon que ces ordres nationaux requièrent l'atteinte à un simple intérêt (a) ou se montrent plus exigeant, en prenant en compte seulement la violation d'un intérêt protégé, c'est à dire légitime (b).

a. L'atteinte à un intérêt simple

Au Luxembourg, pendant longtemps, la règle en vigueur était que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être encourue que lorsqu'il y avait lésion d'un véritable droit individuel et non d'un simple intérêt⁹⁹.

Le droit subjectif est défini comme "l'intérêt juridiquement protégé". En aucun cas, cette définition ne précise que l'intérêt doit être directement et immédiatement protégé. Comme en

⁹⁷ M. Schockweiler, article précité, p.36-37.

⁹⁸ "L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol" in "Droit administratif et Droit communautaire", A.J.D.A. 1996, N° spécial. p.118, spé. p. 123.

⁹⁹ Voir E. Arendt, "La responsabilité de la puissance publique en droit luxembourgeois", Pasicrisie luxembourgeoise, Tome XVI, 1936-1949, p. 1.

droit allemand, le concept de droit subjectif est donc entendu largement : il intègre les intérêts légitimes, protégés seulement de façon indirecte et médiate.

Aujourd'hui le droit luxembourgeois admet que la violation d'un simple intérêt puisse faire naître un droit à réparation. Il n'est plus nécessaire que la règle violée protège spécialement ou indirectement l'intérêt dont le particulier se prévaut pour que le recours en responsabilité lui soit ouvert.

Cette solution découle de l'article 1382 du Code Civil qui régit depuis toujours la responsabilité de l'Etat et des autorités publiques.

Comme l'explique G. Ravarani¹⁰⁰, *"l'article 1382 du CC, par la généralité de ses termes, permet ainsi de protéger dans l'ordre juridiques, toutes les valeurs dignes de protection. Le législateur, en édictant cette formule générale, a reconnu l'impossibilité de tout prévoir et, plus spécialement, de désigner d'avance, toutes les valeurs qui seraient appelées à devenir des droits; dans ce sens, l'article 1382 a un véritable effet créateur d'obligation : l'acte illicite peut faire naître un droit nouveau dans le chef de la partie lésée"*.

La seule condition est que l'intérêt soit licite : le recours est irrecevable s'il est exercé pour la sauvegarde d'une situation irrégulière ou immorale.

La définition de la notion de "personne lésée" en droit Luxembourgeois est donc plus large encore que celle donnée par la Cour de justice qui exige l'intérêt invoqué soit protégé directement ou indirectement, par la règle violée.

C'est sans incidence toutefois, dans la mesure où le juge communautaire fixe seulement un seuil minimal de protection. Il détermine les particuliers qui doivent, au moins, pouvoir agir en réparation. Il ne s'oppose pas à ce que les Etats dépassent ce seuil et ouvrent donc le droit à réparation à une catégorie plus étendue de personnes.

En Belgique et en France, le principe est également que l'atteinte à tout intérêt, dès lors qu'il est notamment personnel et licite, donne qualité à agir en responsabilité.

Les droits grecs, néerlandais et danois n'ouvrent l'action en responsabilité qu'aux particuliers qui peuvent se prévaloir de l'atteinte à un intérêt protégé.

b. L'atteinte à un intérêt protégé.

Aux termes des articles 105 et 106 de la Loi d'introduction au code Civil, l'Etat et l'ensemble des personnes morales de droit public sont responsable des actes ou omissions

¹⁰⁰ "La responsabilité civile de l'Etat et des Collectivités publiques", Pasirisie luxembourgeoise, 1992. T.28, p. 78, spé. p. 257-258.

contraire à la loi, commis par leurs organes dans l'exercice de leurs fonctions publiques, à moins que l'acte ou l'omission résulte de l'inobservation d'une disposition édictée dans l'intérêt public.

A ce sujet, M. Schockweiler¹⁰¹ note que la jurisprudence grecque n'est pas unanime en ce qui concerne l'interprétation de ces dispositions :

*"Un certain nombre de décisions n'ont exclu la responsabilité de l'Etat que si la norme violée tendait **exclusivement**¹⁰² à protéger les intérêts publics; un autre courant de la jurisprudence a accordé une portée plus large à la condition énoncée par l'article 105 de la Loi d'introduction au Code Civil, en admettant qu'il suffisait, pour dégager l'autorité publique de sa responsabilité, que la prescription méconnue par l'Administration vise **principalement**¹⁰³ l'intérêt public, même si, indirectement, elle pouvait servir les intérêts d'un particulier"*

Certaines juridictions grecques limitent donc la qualité pour agir en responsabilité à la lésion d'un droit subjectif *stricto sensu*, tandis que d'autres étendent la protection juridictionnelle aux intérêts légitimes. La jurisprudence de la Cour de justice ayant opté pour cette seconde solution, le juge grec sera contraint, tout du moins en matière communautaire, de s'y maintenir.

Au Danemark et au Pays -Bas, les particuliers lésés ne sont en droit d'introduire un recours en responsabilité que si la prescription violée était de nature à protéger l'intérêt de la victime.

Il suffit que les dispositions méconnues n'aient pas été uniquement établies dans l'intérêt public, mais aussi pour la protection de la personne lésée.

Ces ordres juridiques appliquent donc la définition retenue par la Cour de justice.

En conclusion, trois situations se présentent dans les ordres juridiques nationaux :

Certains ordres juridiques, tels que les ordres juridiques italiens et portugais, considèrent que l'action en responsabilité est uniquement ouverte aux personnes lésées dans leurs droits subjectifs strictement entendus.

Dans la grande majorité, toutefois, les droits nationaux sont conformes à la jurisprudence communautaire. Ils donnent qualité à agir en responsabilité à toute personne lésée dans un intérêt juridiquement protégé, qu'il le soit directement ou indirectement. Ce qui suppose que la règle violée prenne, au moins, en compte l'intérêt dont se prévaut le requérant.

D'autres Etats, enfin, offrent une protection maximale dans la mesure où tout particulier lésé dans un intérêt qui soit ou non juridiquement protégé, peut agir en réparation.

¹⁰¹ Article précité, p. 39-40.

¹⁰² Souligné par nous.

¹⁰³ *Idem*.

§2. Le délai de recours et la charge de la preuve

Les délais de prescription de l'action en responsabilité sont très différents d'un Etat à un autre. En la matière, la Cour de justice a posé le principe du délai raisonnable (A).

En règle générale, dans l'ensemble des Etats membres, c'est à la victime qu'il revient de prouver l'infraction de l'Etat au droit communautaire. Dès lors, l'effectivité du droit communautaire dépend de la faculté des justiciables à établir l'existence d'une violation de leurs droits "communautaires" par l'Etat. Le traité met à leur disposition certains instruments visant à faciliter la preuve des infractions étatiques. (B)

A - Le délai de recours

Le droit communautaire n'interdit pas d'opposer aux justiciables l'échéance des délais de recours applicables en droit national, à condition que ces délais soient raisonnables. Ces délais permettent de sauvegarder la sécurité juridique des particuliers.

Les délais de recours ont "*été institués en vue d'assurer la clarté et la sécurité des situations juridiques*"¹⁰⁴; ils évitent "*la remise en cause indéfinie des actes ... entraînant des effets de droit*"¹⁰⁵. La fixation de délais raisonnables "*constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique*"¹⁰⁶.

Il reste à déterminer dans quelle mesure, dans le cadre des actions en responsabilité, un délai de recours est raisonnable (1). L'effet utile du droit communautaire dépend également du point de départ du délai de prescription (2). La Cour de justice estimant, dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame*, que la protection offerte aux particuliers devant les juridictions nationales devait être équivalente à celle du juge communautaire, on peut supposer que l'appréciation du caractère raisonnable du délai et de son point de départ doit se faire par rapport aux règles applicables devant elle.

¹⁰⁴ Voir notamment, C.J.C.E, *Sophie Moussis / Commission*, (Aff. 227/83, Rec. p. 3133); C.J.C.E., *H. Müllens / Comité économique et social*, (Aff. 79/70, Rec. p. 689).

¹⁰⁵ C.J.C.E, *Commission c. Belgique*, (Aff. 156/77, Rec.p. 1881).

¹⁰⁶ C.J.C.E, 16 déc. 1976, *Rewe*, précité.

1. Le délai doit être raisonnable.

D'après l'article 43, alinéa 1, du statut de la Cour de justice, "*l'action en indemnité se prescrit par cinq ans à compter de la survenance du fait qui y donne lieu*".

Seraient donc raisonnables, conformément à la règle applicable dans le contentieux de la responsabilité devant le juge communautaire, les délais de prescription nationaux égaux ou supérieurs à cinq ans.

Certains ordres nationaux, sous l'influence du droit communautaire, seront donc amenés à prolonger leurs délais d'action.

Tel est le cas de l'Espagne où ce délai est de un an et du Portugal où le droit à indemnité se prescrit dans le délai de trois ans.

En Allemagne, il faut distinguer selon le régime de responsabilité. Dans le cadre de la responsabilité pour faute, le délai est de trois ans, tandis que dans le cadre de la responsabilité sans faute, il est de trente ans.

En Grande Bretagne, le principe veut que l'action en responsabilité soit prescrite au bout de trois ans. La règle connaît cependant des exceptions où le délai applicable est de six ans.

En Belgique, en Italie, aux Pays Bas et en Grèce, les règles en vigueur ne nécessitent aucun changement puisque les délais de recours sont de cinq ans.

En France, l'action en responsabilité se prescrit par trente ans¹⁰⁷. Toutefois, le délai ne court qu'à compter de la décision, implicite ou explicite, de l'Administration, refusant de faire droit à la demande du justiciable.

La possibilité ou l'impossibilité d'exercer, pour un particulier, ses droits ne dépend pas seulement de la durée du délai de prescription de l'action en responsabilité. Il dépend, dans une très large mesure, de la date à partir de laquelle le "délai raisonnable" commence à courir.

2. Le point de départ du délai

Selon l'article 43 du statut de la Cour de justice, les actions en responsabilité extra contractuelle contre la Communauté se prescrivent par cinq ans, "*à compter de la survenance du fait qui y donne lieu*".

La jurisprudence communautaire interprète largement ce texte. Elle considère que c'est la réalisation du dommage qui est le point de départ du délai de prescription.

¹⁰⁷ L'Administration peut toutefois opposer à l'action du requérant la prescription quadriennale.

C'est ce qu'affirme la Cour de justice, sans aucune équivoque, dans l'arrêt Birra Wührer du 27 janvier 1982¹⁰⁸ :

"Le délai de prescription de l'action en responsabilité de la Communauté ne saurait commencer à courir avant que ne soient réunies toutes les conditions auxquelles se trouve subordonnée l'obligation de réparation, notamment avant que le dommage à réparer soit concrétisé".

Dès lors, lorsque la responsabilité de la Communauté trouve sa source dans des actes normatifs, le délai de prescription *"ne saurait commencer à courir avant que les effets dommageables de cet acte ne se soient produits"*¹⁰⁹, ou encore, que *"les effets dommageables de cet acte se produisent par la concrétisation du dommage"*¹¹⁰.

Ce qui signifie concrètement qu' *"on ne saurait dès lors, opposer aux requérantes un point de départ de la prescription situé à une date antérieure à l'apparition des effets dommageables des actes illicites de la Communauté ... Cette considération empêche ... de situer le point de départ de la prescription au moment de l'entrée en vigueur des actes illicites de la Communauté et à plus forte raison; au moment de leur publication"*¹¹¹.

La jurisprudence de la Cour de justice se montre donc très favorable aux requérants. Elle l'est d'autant plus que le juge communautaire a déclaré, à propos du délai de prescription de l'action en responsabilité de la Communauté, que :

*"la prescription ne saurait être opposée à la victime d'un dommage qui n'aurait pu prendre connaissance du fait générateur de ce dommage qu'à une date tardive et n'aurait pu disposer ainsi, d'un délai raisonnable pour présenter sa requête ou sa demande avant l'expiration du délai de prescription"*¹¹².

Le juge communautaire estime que *"la date de la réalisation du dommage ne peut servir de point de départ que dans la mesure où la victime en avait eu connaissance"*. Il *"identifie clairement le point de départ de l'action à la date à laquelle la victime a eu connaissance du préjudice"*¹¹³.

Dans l'ensemble, les droits nationaux sont assez protecteurs. Ils peuvent être classés en trois catégories :

¹⁰⁸ C.J.C.E, 27 janv. 1982. Birra Wührer SpA et autres c. Conseil et Commission. (Aff. jtes 256 et 257, 265 et 267/80 et 5/81, Rec. p. 85)

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ C.J.C.E, 13 nov. 1984. Birra Wührer SpA et autres c. Conseil et Commission, (Aff. jtes 256 et 257, 265 et 267/80 et 5, 51/81 et 282/82, Rec. p. 3693)

¹¹¹ C.J.C.E, 27 janv. 1982, Birra Wührer SpA et autres c. Conseil et Commission, précité.

¹¹² C.J.C.E, 7 nov. 1985, Adams c. Commission, (Aff. 154/83, Rec. p. 3539)

¹¹³ F. Fines, thèse précitée. p. 215.

- Ceux qui retiennent comme point de départ du délai de prescription, le jour de la réalisation du dommage (Italie, Belgique, Pays Bas, Angleterre, Irlande).
- Ceux qui prennent en considération la date à partir de laquelle la réalisation du dommage aurait du être connue (Danemark, Ecosse)
- Ceux qui prennent en considération la date à partir de laquelle la réalisation du dommage a été connue (France, Allemagne).

Seules la France et l'Allemagne offrent une protection aussi étendue que le droit communautaire puisque le point de départ du délai de prescription correspond à la date à laquelle la victime a eu connaissance du préjudice. Les droits de la première catégorie le sont tout autant, à condition de considérer, comme la jurisprudence communautaire, que la date de réalisation du dommage est celle où elle a pu être connue par la victime.

Les droits écossais et danois ne sont conformes au droit communautaire que dans la mesure où la date à partir de laquelle la réalisation du dommage aurait du être connue est celle où la victime était en mesure de la connaître.

Dans le cas particulier des directives communautaires, la Cour de justice indique dans l'arrêt Emmott du 25 juillet 1991 que :

"le droit communautaire s'oppose à ce que les autorités compétentes d'un Etat membre invoquent les règles de procédure nationales relatives aux délais de recours dans le cadre d'une action engagée à leur encontre par un particulier, devant les juridictions nationale, ... aussi longtemps que cet Etat membre n'a pas transposé correctement les dispositions de cette directive dans son ordre juridique interne"¹¹⁴.

Conformément aux conclusions de son Avocat général, M. Mischo, le juge communautaire estime, en effet, que:

"Aussi longtemps que la directive n'est pas correctement transposée en droit national, les justiciables n'ont pas été mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits. Cette situation d'incertitude pour les justiciables subsiste même après un arrêt dans lequel la Cour a considéré que l'Etat membre en cause n'a pas satisfait à ses obligations au titre de la directive et même si la Cour a reconnu que l'une ou l'autre des dispositions de la directive est suffisamment précise et inconditionnelle pour être invoquée devant une juridiction nationale".

¹¹⁴ C.J.C.E, 25 juil. 1991, Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare et Attorney General. (Aff. C-208/90, Rec.p. I-4269).

Le délai de recours ne commence donc pas à courir à partir de la date où la directive aurait du être transposée, date à laquelle elle est susceptible d'avoir un effet direct, mais à partir de la date où elle est effectivement transposée.

M. Mischo était d'avis que la nature même de la directive s'opposait à la prise en considération de la date à laquelle elle aurait du être transposée comme point de départ du délai de recours :

*"En effet, le principe "nul n'est censé ignorer la loi" ne saurait être opposé aux particuliers s'agissant d'une directive non encore transposée. Une directive ne lie que l'Etat membre; elle n'est pas adressée aux particuliers. On ne saurait donc déduire de la directive en tant que telle des obligations pour les particuliers. Dès lors, elle ne peut pas non plus déclencher un délai de recours qui serait opposable à ces derniers"*¹¹⁵

Retenir, par contre, la date où la directive aurait du être transposée, c'est permettre aux autorités nationales d'exciper de la tardiveté de l'introduction de son recours en justice à un justiciable qui n'a été en mesure de connaître ses droits qu'au moment où la directive a été réellement transposée. C'est leur donner la possibilité de tirer profit de leurs manquements. Elles échappent à leurs responsabilités en invoquant l'irrecevabilité des recours en dommages-intérêts engagés à leur égard. Ce qui est contraire à l'effet utile du droit communautaire.

La Cour de justice a donc tenu compte du caractère particulier des directives communautaires pour fixer le point de départ du délai de prescription.

B - La charge de la preuve

La Cour de justice a déclaré incompatible avec le droit communautaire, toutes modalités de preuve rendant pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. Tel est le cas, en matière d'action en répétition d'indu, lorsque le contribuable a la charge d'établir que les taxes indûment payées n'ont pas été répercutées sur d'autres personnes¹¹⁶.

Dans l'ensemble des Etats membres, la charge de la preuve revient à la victime. Certaines exceptions peuvent exister néanmoins sous la forme de présomption de faute ou de responsabilité. Il appartient, dès lors, au défendeur de prouver qu'il n'est pas à l'origine du dommage.

¹¹⁵ Rec. p. I-4289.

¹¹⁶ C.J.C.E., 9 nov. 1983. San Giorgio c. Administration des Finances, (Aff. 199/82, Rec. p. 3595).

L'efficacité du droit communautaire dépend dans une large mesure de la possibilité pour les particuliers lésés d'apporter la preuve que l'Etat a bien violé des dispositions communautaires. Si l'Etat a fait l'objet d'un arrêt en constatation de manquement, le justiciable peut s'en prévaloir devant le juge national (1). En l'absence d'un tel arrêt, il reste l'utilisation de la voie préjudicielle (2).

1. La possibilité d'invoquer un arrêt en manquement

Contrairement à ce qu'on a pu croire, l'existence d'un arrêt en manquement n'est pas une condition de l'action en responsabilité contre l'Etat qui a violé le droit communautaire. En effet, comme nous l'avons constaté, l'arrêt Francovitch rompt avec le principe énoncé dans l'arrêt Humblet¹¹⁷. Par ailleurs, ce serait contraire à l'effet utile du droit communautaire. Une telle règle rendrait impossible, en l'absence d'un arrêt en constatation de manquement, la sanction de la violation des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. La protection des particuliers dépendrait de l'action de la Commission. Il faudrait, ensuite, attendre l'arrêt de la Cour de justice avant de pouvoir saisir le juge national. La procédure serait donc longue, compliquée et décourageante.

Tels sont, pour l'essentiel, les arguments avancés par le juge communautaire dans l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame¹¹⁸ pour justifier que l'existence d'un arrêt de la Cour constatant préalablement le manquement soit "*un élément certes déterminant, mais pas indispensable*" pour vérifier que la violation du droit communautaire, condition du droit à réparation, existe. Il estime, en effet, que "*subordonner la réparation du dommage à l'exigence d'une constatation préalable par la Cour d'un manquement au droit communautaire imputable à un Etat membre serait contraire au principe d'efficacité du droit communautaire, dès lors qu'elle exclurait tout droit à réparation tant que le manquement présumé n'a pas fait l'objet d'un recours introduit par la Commission en vertu de l'article 169 du traité et d'une condamnation par la Cour*".

La mise en cause de la responsabilité d'un Etat membre ne peut donc pas être subordonnée à l'existence d'un arrêt de manquement.

C'est également la position défendue par les Avocat généraux, G. Tesauro et P. Léger, dans leurs conclusions concernant ces deux affaires et l'affaire Hedley Lomas¹¹⁹. Selon P.

¹¹⁷ Voir nos développements Titre I, Partie I sur le principe de la responsabilité des Etats.

¹¹⁸ C.J.C.E, 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur SA / Factortame Ltd e.a., (Aff. jtes C - 46/93 et C - 48/93, non encore publié).

¹¹⁹ Dans ses conclusions concernant les affaires C- 46/93 et C- 48/93, M. Tesauro dit en effet, que "... contrairement à ce que certains Etats membres ont fait valoir au cours de la présente procédure, il n'y a aucune raison de subordonner l'action en responsabilité à une constatation préalable d'un manquement. A cet égard, il convient en effet de tenir compte de la marge de liberté dont la Commission bénéficie pour décider

Léger, "*l'existence d'un arrêt en manquement n'est pas une condition nécessaire à l'action en responsabilité*" pour la même raison d'efficacité du droit communautaire. Par contre, "*elle peut être une condition suffisante*" car, elle "*devrait permettre d'engager plus facilement la responsabilité de l'Etat*"¹²⁰.

En effet, la constatation par le Cour de justice de l'infraction étatique au droit communautaire constitue, pour le justiciable, un moyen de preuve de la violation de ses droits qu'il peut utiliser devant le juge national. Les requérants peuvent donc invoquer, à l'appui de leurs demandes en réparation, un arrêt en manquement rendu à l'encontre de son Etat membre. L'existence d'un arrêt en manquement "*souligne*", selon les termes de M. Rideau, "*l'obligation pour le juge national d'accorder la réparation du dommage causé ...*"¹²¹.

C'est pourquoi, la jurisprudence de la Cour de justice admet qu'un recours fondé sur l'article 169 du Traité soit recevable alors même que l'Etat a régularisé sa situation.¹²²

En l'absence d'un arrêt en manquement, la violation du droit communautaire peut être établie par l'utilisation de la voie préjudicielle. C'est une autre raison pour laquelle l'existence d'un arrêt en constatation de manquement ne saurait être une condition de l'action en responsabilité. L'Avocat général Léger considère, en effet, que "*poser une telle exigence reviendrait à ne pas tenir compte de la large autorité des arrêts préjudiciels en invalidité ou en interprétation*" car elle "*rendrait impossible l'action en réparation ... sans qu'il y ait lieu de poursuivre davantage l'examen de l'affaire*", dans l'hypothèse où l'incompatibilité avec le droit communautaire de l'acte de l'administration résulterait d'un arrêt rendu sur revoi préjudiciel et non d'un arrêt en manquement¹²³

2. L'utilisation de la voie préjudicielle.

Selon J.A. Usher¹²⁴, "*à part la question de l'uniformité de l'interprétation, ce qui caractérise la procédure de renvoi préjudiciel est son utilisation par des particuliers pour faire valoir leurs droits, même s'il appartient aux tribunaux nationaux, et non pas aux parties, de poser des questions*". Et il ajoute, que si, "*aux termes des articles 169 et 170, seuls la Commission et les Etats membres ont le droit de poursuivre les manquements d'un Etat*

s'il y a lieu ou non d'engager une procédure d'infraction, avec cette conséquence que les possibilités pour les particuliers d'obtenir une réparation seraient réduites sans contrôle" (point 81 des conclusions, non encore publiées).

¹²⁰ Conclusions présentées dans l'affaire Hedley Lomas (C.J.C.E, 23 mai 1996, non encore publié)

¹²¹ J. Rideau, "Droit institutionnel", *op. cit.*, p. 742.

¹²² Voir nos développements Partie I. Titre I.

¹²³ Conclusions précitées.

¹²⁴ J.A. Usher, "les renvois à titre préjudiciel" in "la réforme du système juridictionnel communautaire", éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. Etudes europ., 1994, p. 59.

membre devant la Cour de justice, ... les renvois en matière d'interprétation permettent aux particuliers, de contrôler indirectement les manquements des Etats membres".

L'Avocat général Warner rappelle, par ailleurs, dans ses conclusions sur l'affaire Foglia¹²⁵, qu' *"il existe deux principales voies pour porter devant la Cour la question de la conformité au droit communautaire d'une règle de droit ou d'une pratique administrative existant dans un Etat membre. L'une est la procédure entreprise par la Commission au titre de l'article 169 du traité. L'autre est le renvoi au titre de l'article 177, effectué par une juridiction de cet Etat dans une procédure à laquelle l'autorité compétente de cet Etat est partie"*.

La voie préjudicielle est donc un moyen auquel peut recourir le requérant afin d'établir, avec la collaboration du juge national et du juge communautaire, la violation de ses droits "communautaires" par les autorités d'un Etat.

Elle permet d'assurer l'application du droit communautaire *"en ouvrant au juge un moyen d'éliminer les difficultés que pourrait soulever l'exigence de donner au droit communautaire son plein effet dans le cadre des systèmes juridictionnels des Etats membres"*¹²⁶ et notamment d'éliminer le problème de la preuve qui pourrait se poser au justiciable (tout au moins en ce qui concerne la violation du droit communautaire).

Le juge communautaire va plus loin et déclare que l'article 177 du traité C.E.E. *"confère aux juridictions nationales la faculté, et le cas échéant leur impose l'obligation de renvoi préjudiciel, dès lors que le juge constate, soit d'office, soit à la demande des parties, que le fond du litige comporte un point visé par son premier alinéa"*¹²⁷.

La Cour de justice a ainsi jugé que les règles nationales de procédure ne pouvaient pas compromettre la faculté du juge de saisir d'un recours préjudiciel. Au contraire, le juge national *"doit avoir la liberté de se faire éclairer sur la portée des dispositions pertinentes du droit communautaire par la procédure de l'article 177"*¹²⁸.

Elle facilite par là même la preuve de l'infraction étatique non seulement en laissant toujours ouverte au justiciable la voie préjudicielle mais aussi en écartant tout obstacle qui pourrait empêcher le juge national de donner suite à la demande. Par ailleurs, en reconnaissant aux juridictions nationales la faculté de saisir d'office le juge communautaire d'une question préjudicielle, la Cour du Luxembourg permet au juge national d'aider les requérants à prouver que leurs droits "communautaires" ont bien été violés par l'Etat.

¹²⁵ C.J.C.E., 11 mars 1980, Foglia c. Novello, (Aff. 107/79, Rec. p. 745).

¹²⁶ C.J.C.E., 16 janv. 1974, Rheinmühlen, (Aff. 166/73, Rec. p. 33, spé. 38); C.J.C.E., 24 mai 1977, Hoffmann la Roche, (Aff. 107/76, Rec. p. 557, spé. 573).

¹²⁷ C.J.C.E., 16 janv. 1974, Rheinmühlen, précité.

¹²⁸ C.J.C.E., 16 janv. 1987, Foglia c. Novello, (Aff. 244/80, Rec.p. 3045).

Mais l'utilisation de la voie préjudicielle par les juges nationaux donne également à la Cour de justice l'occasion de "*pousser toujours plus loin sa jurisprudence*"¹²⁹.

Très récemment et à plusieurs reprises, les juges nationaux ont questionné la Cour du Luxembourg à la fois sur la portée du principe de responsabilité énoncé dans l'arrêt Francovitch et sur les conditions d'engagement de cette responsabilité. La Cour, tout en confirmant dans chacune de ses décisions la généralité du principe¹³⁰, n'a pas hésité à "communautariser" le régime de la responsabilité extra contractuelle des Etats membres du fait du droit communautaire. Elle fixe, en effet, les conditions substantielles "*nécessaires et suffisantes*" pour engendrer, au profit des particuliers, le droit d'être indemnisés.

La transposition de cette jurisprudence dans les ordres juridiques nationaux risque de créer certains bouleversements et de mettre en cause certains principes bien établis tel que la responsabilité du législateur. Une certaine mutation des droits nationaux de la responsabilité extra contractuelle de la puissance publique est à prévoir.

¹²⁹ Selon les termes employés par J- C. Bonichot, *op. cit.*

¹³⁰ Voir nos développements Partie I, Titre I.

CHAPITRE SECOND : LA MUTATION DES DROITS NATIONAUX DE LA RESPONSABILITE

La consécration du principe de la responsabilité des Etats membres du fait du droit communautaire a soulevé le délicat problème des conditions substantielles à satisfaire pour que la victime du préjudice puisse se voir reconnaître un droit à réparation.

Tout d'abord, il s'agissait de déterminer si les conditions de la responsabilité étaient, sous réserve des limites fixées par la jurisprudence de la Cour de justice, celles propres à chaque ordre juridique national ou si, c'était le droit communautaire lui-même qui devait établir les conditions de fond suffisantes pour que l'Etat membre défaillant soit tenu de réparer les dommages causés.

Tous les Avocats généraux appelés à s'interroger sur la question se sont prononcés en faveur de la "communautarisation" du régime de la responsabilité des Etats membres.

La "communautarisation" du régime de la responsabilité des Etats membres permet, en effet, d'assurer une protection *"sinon tout à fait uniforme, du moins homogène"* aux particuliers, tandis que le renvoi aux droits nationaux, en raison de leur diversité, *"risquerait d'avaliser un système discriminatoire, dans la mesure où, pour une même violation, la protection offerte aux ressortissants communautaires serait inégale, voire inexistante pour certains d'entre eux"*¹³¹

La Cour de justice a adopté cette solution. Elle définit les conditions suffisantes pour engendrer au profit des particulier un droit à obtenir réparation en cas de violation du droit communautaire par les autorités nationales.

La Cour de Luxembourg ne veut définir, en principe, que les conditions d'engagement de la responsabilité des Etats et renvoie pour le reste au droits nationaux. Ainsi les droits nationaux interviennent-ils en complément. Ils doivent déterminer, outre les règles procédurales de l'action en responsabilité, celles régissant le dommage et sa réparation. Le juge communautaire est très clair sur ce point. Après avoir énoncé les conditions substantielles, nécessaires et suffisantes pour mettre en cause la responsabilité des Etats, il indique que :

*"Sous cette réserve, c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé par la violation du droit communautaire qui lui est imputable ..."*¹³²

¹³¹ G. Tesaro, conclusions précitées rendues sur les affaires C- 46/93 et C -48/93.

¹³² Voir les arrêts Francovitch et Brasserie du Pêcheur/Factortame.

Le renvoi au droit national reste toutefois conditionnel : les règles nationales ne sauraient être moins favorables que celles concernant des réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre difficile ou pratiquement impossible l'obtention de la réclamation. Sollicitée par les juges nationaux qui doutent que leur droit national réponde à ces exigences, la Cour du Luxembourg a néanmoins eu l'occasion d'apporter certaines précisions quant aux critères de l'indemnisation et donc de préciser la condition du dommage..

Ainsi, plus que subsidiaire, le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale est complémentaire : *"le droit national doit céder devant le droit communautaire, en ce qui concerne tant le principe de la responsabilité que les conditions essentielles d'engagement de cette responsabilité"*

La seule exception possible est l'hypothèse où les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat fixées par le droit nationales sont moins restrictives que celles dégagées par la Cour de justice. Si ces dernières sont nécessaires et suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation, ce ne sont que des conditions minimales. Le juge communautaires n'exclue donc pas que *"la responsabilité de l'Etat puisse être engagée dans des conditions moins restrictives sur le fondement du droit national"*.

Les conditions d'engagement de la responsabilité communautaire des Etats membres ne dépendent pas de l'auteur de la violation, comme dans les ordres juridiques internes. Peu importe que ce soit les autorités administratives ou le législateur qui aient violé le droit communautaire. La responsabilité de l'Etat est engagée dès lors qu'une violation du droit communautaire est à l'origine d'un dommage. Selon l'arrêt Francovitch, les particuliers lésés ont un droit à réparation si trois conditions sont réunies : une violation de leurs droits communautaires imputable aux autorités nationales (Section I), un dommage et un lien de causalité direct entre la violation et le dommage (Section II).

Section I : Le fait générateur de la responsabilité : la violation du droit communautaire

Section II : Le dommage et le lien de causalité

SECTION I : LE FAIT GENERATEUR DE LA RESPONSABILITE : LA VIOLATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Le fait générateur de la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat est la violation du droit communautaire. En vertu du principe consacré par l'arrêt Francovitch, *"les Etats sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire qui leurs sont imputables"*.

Cette formule conduit à se demander si toute violation du droit communautaire est susceptible de faire naître le droit à réparation. On peut d'autant plus s'interroger que dans l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame, la Cour de justice rappelle que *"le principe est valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un Etat membre ..."*¹³³.

En fait, dès l'arrêt Francovitch, la Cour de justice indique que *"les conditions dans lesquelles la responsabilité (des Etats membres) ouvre un droit à réparation dépendent de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé"*¹³⁴.

La généralité même du principe de la responsabilité des Etats membres excluait que "la nature de la violation du droit communautaire" puisse dépendre de l'auteur de l'infraction.

L'analyse de la jurisprudence Brasserie du Pêcheur / Factortame, confirmée par les arrêts British Telecom et Hedley Lomas, donnait à penser que c'était la nature de la compétence conférée aux Etats membres dans l'application du droit communautaire qui déterminait la nature de la violation. Si les autorités nationales avaient une compétence liée, il suffisait qu'une simple violation du droit communautaire cause un préjudice au particulier pour que l'Etat membre défaillant soit tenu de réparer le dommage. A l'inverse, si les Etats membres agissaient *"dans un domaine dans lequel il(s) dispos(aient) d'une large pouvoir d'appréciation, comparable à celui dont disposent les institutions communautaires pour la mise en oeuvre des politiques économiques"*¹³⁵, une violation suffisamment caractérisée était exigée comme dans le régime de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté du fait de son activité normative.

Toutefois, un arrêt très récent de la Cour, l'arrêt Dillenkoffer¹³⁶, met en cause cette analyse. Elle précise qu' *"en substance"*, les conditions de fond de la responsabilité communautaire des

¹³³ Point 32 de l'arrêt. C'est nous qui soulignons.

¹³⁴ Point 38 de l'arrêt Francovitch.

¹³⁵ Point arrêt Brasserie du pêcheur / Factortame.

¹³⁶ C.J.C.E., 8 oct. 1996, Erich Dillenkoffer e.a. c/ Bundesrepublik Deutschland, (Aff. jtes C- 178/94, 179/94, 188/94, 189/94 et 190/94, non encore publié).

Etats sont les mêmes quelle que soit la marge d'appréciation dont disposaient les autorités nationales. Les particuliers lésés ont donc un droit à réparation dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle communautaire violée leur confère des droits, que la violation soit suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation et le préjudice¹³⁷.

Ainsi la violation de n'importe quelle règle de droit communautaire n'entraîne pas automatiquement l'engagement de la responsabilité de l'Etat : la règle violée doit protéger les particuliers. Il faut également que cette violation soit suffisamment caractérisée, c'est à dire grave et manifeste.

Toute violation du droit communautaire n'est donc pas source de responsabilité pour les Etats membres (Sous Section I)

Par ailleurs, en exigeant une violation du droit communautaire, la Cour de justice exige-t-elle une faute, une illégalité ou une illégalité fautive ?

A quel comportement dommageable fait-elle concrètement référence ?

La question a son importance. Elle permet de définir le régime de la responsabilité des Etats membres du fait de la violation du droit communautaire et de déterminer notamment s'il peut être assimilé à un régime de responsabilité pour faute tel qu'il existe dans la plupart des systèmes juridiques nationaux. Sa solution conditionne l'incidence de la jurisprudence communautaire sur les droits nationaux de la responsabilité (Sous-Section II).

Sous Section I : Toute violation du droit communautaire n'engage pas la responsabilité de l'Etat

Sous Section II : La responsabilité des Etats membres du fait d'une violation du droit communautaire, une responsabilité pour faute ?

¹³⁷ Point 21 de l'arrêt Dillenkofer.

SOUS SECTION I :
TOUTE VIOLATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE N'ENGAGE PAS
LA RESPONSABILITE DE L'ETAT

Les exigences de la Cour de justice sont double : La violation du droit communautaire doit être suffisamment caractérisée (§1) et la règle violée doit protéger les particuliers. (§2). Toutefois on peut s'interroger sur la portée générale de l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée. En effet, tant dans les affaires Francovitch et Dillenkofer que dans les affaires Brasserie du Pêcheur, British Telecom et Hedley Lomas, c'était la carence de l'Etat législateur ou l'utilisation de son pouvoir normatif qui était en cause. Or, dans l'arrêt Dillenkoffer, la Cour de justice précise que dans ses arrêts Brasserie du Pêcheur / Factortame, British Telecom et Hedeley Lomas, "*eu égard aux circonstances de l'espèce*", la violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit conférant des droits aux particuliers est nécessaire pour mettre en cause la responsabilité des Etats membres¹³⁸. Elle indique également, bien que cette condition n'ait pas été explicitement mentionnée, qu'elle "*était néanmoins inhérente aux circonstances de l'affaire*"¹³⁹

Doit-on en déduire qu'une violation suffisamment caractérisée d'une règle communautaire protégeant les particuliers n'est exigée que dans l'hypothèse où les Etats membres ont méconnu le droit communautaire dans l'exercice de leur pouvoir normatif ?

C'est d'autant plus probable que la Cour de justice estime que "*les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité de l'Etat pour des dommages causés aux particuliers en raison d'une violation du droit communautaire ne doivent pas, en l'absence de justification particulières, différer de celles régissant la responsabilité de la Communauté dans des circonstances similaires*" car "*la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage*"¹⁴⁰. Or, dans le cadre du régime de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté, la violation du droit communautaire doit être suffisamment caractérisée et concerner une règle conférant des droits aux particuliers seulement lorsqu'est en cause l'activité normative des institutions communautaires dans le domaine de la politique économique.

Dans la mesure où la Cour de justice semble considérer, comme l'Avocat général Tesauo, que le régime dégagée au titre de l'article 215 du traité doit "*constituer en l'absence de règles*

¹³⁸ Point 21 de l'arrêt.

¹³⁹ Point 23 de l'arrêt Dillenkofer.

¹⁴⁰ Point 42 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

uniformes en la matière, un cadre de référence utile pour des règles communes sur la responsabilité des Etats"¹⁴¹, la portée de cette exigence dans le régime de la responsabilité communautaire des Etats membres devrait être limitée aux actes ou omissions normatives des autorités nationales.

Cela signifierait que pour les actes nationaux de pure exécution du droit communautaire, ce fondement ne serait pas exigé et que toute violation du droit communautaire suffirait pour engager la responsabilité des Etats membres, à condition toutefois que les autres conditions de fond soient remplies.

Néanmoins, les termes employés par la Cour de justice, dans l'arrêt Dillenkofer, sont assez ambigus. Elle ne met pas en cause l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit communautaire protégeant les particuliers dans l'hypothèse où l'Etat membre, *"au moment où il a commis l'infraction, n'était pas confronté à des choix normatifs et disposait d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voir inexistante"*¹⁴².

Doit-on comprendre que la responsabilité d'un Etat lié dans sa compétence d'application du droit communautaire ne peut être engagée que s'il a gravement et manifestement violé une norme communautaire conférant des droits aux particuliers ? Dans ce cas, l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée aurait une portée générale et concernerait également les actes de pure exécution du droit communautaire.

En fait, il ressort des termes même de l'arrêt Dillenkofer et des conclusions des Avocats généraux Tesauro et Léger qu'affirmer qu'une violation suffisamment caractérisée est nécessaire pour engager la responsabilité des Etats lorsqu'ils ont une compétence liée revient à considérer que toute infraction à une règle communautaire protégeant les particuliers suffit pour mettre en cause la responsabilité des autorités nationales. En effet, dans cette hypothèse, la Cour de justice estime, comme le lui suggéraient MM. Tesauro et Léger, que *"la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée"*¹⁴³ car les Etats, en méconnaissant *"des obligations dont la teneur est claire et sans ambiguïté dans tous leurs éléments"*¹⁴⁴, violent gravement et manifestement le droit communautaire. Dès lors, le comportement dommageable des autorités nationales constitue en lui-même une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire.

Cette approche de la jurisprudence de la Cour de justice n'est pas fondamentalement différente de celle que semblait avoir consacré, dans un premier temps, le juge communautaire. Si l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée n'est pas liée à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire des Etats, il n'en reste pas moins que l'appréciation de

¹⁴¹ Point 61 des conclusions sur l'affaire Brasserie du Pêcheur / Factortame.

¹⁴² Point 25 de l'arrêt.

¹⁴³ Point 25 de l'arrêt Dillenkofer.

¹⁴⁴ Selon les termes de G. Tesauro, point 84 des conclusions sur l'affaire Brasserie du Pêcheur / Factortame.

cette condition dépend de la liberté d'action dont disposaient les Etats membres pour appliquer le droit communautaire. En effet, *"en affirmant que les conditions dans lesquelles la responsabilité ouvre un droit à réparation dépend de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé, la Cour a en fait considéré que l'appréciation de ces conditions était fonction de chaque type d'action"*¹⁴⁵

L'exigence d'une violation du droit caractérisée est donc une condition générale du régime communautaire de la responsabilité des Etats membres du fait d'une infraction au droit communautaire. Cette violation doit concerner une règle de droit communautaire qui confère des droits aux particuliers.

§1. L'exigence d'une violation suffisamment caractérisée.

Deux types de situations peuvent se présenter au juge national selon que les Etats avaient ou non un large pouvoir d'appréciation pour mettre en oeuvre le droit communautaire.

Ainsi, si l'existence d'un pouvoir d'appréciation des autorités nationales ne commandent pas les conditions de la responsabilité des Etats, elle conditionne l'appréciation de l'existence d'une violation suffisamment caractérisée. Dans l'hypothèse où les autorités nationales ont violé, dans l'exercice de leur pouvoir normatif, le droit communautaire, *"le critère décisif pour considérer qu'une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la méconnaissance manifeste et grave par un Etat membre ... des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation"*¹⁴⁶. Par contre, si les autorités nationales n'étaient pas confrontées à des choix normatifs et n'avaient qu'une marge d'appréciation réduite, voire inexistante, *"la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée"*¹⁴⁷.

Les juges nationaux sont donc confrontés à une double difficulté : ils doivent, tout d'abord, mesurer la liberté d'action dont disposaient les autorités nationales ; ils doivent ensuite, dans l'hypothèse où leur marge d'appréciation s'avère importante, apprécier le degré de la violation commise. En effet, si les Etats ont une compétence liée, l'existence d'une violation suffisamment caractérisée doit être en quelque sorte présumée du seul fait de l'illégalité de l'acte ou de l'omission des autorités nationales car cette illégalité est en elle-même grave et manifeste. Ainsi, comme le préconisait G. Tesouro, la responsabilité des Etats

¹⁴⁵ Point 24 de l'arrêt Dillenkofer.

¹⁴⁶ Point 55 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

¹⁴⁷ Point 25 de l'arrêt Dillenkofer.

est plus facilement admise, comme dans le cadre de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté, lorsque la violation n'est pas liée à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire¹⁴⁸. C'est en tenant compte du large pouvoir d'appréciation dont disposent les institutions communautaires pour la mise en oeuvre des politiques européennes que la jurisprudence de la Cour de justice relative à la responsabilité extra contractuelle de la Communauté a été élaborée. L'exercice de l'activité normative de la Communauté ne doit pas être systématiquement entravée par la perspective d'actions en dommages et intérêts, chaque fois que les mesures prises dans l'intérêt général sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers. Toutefois, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation n'est pas pour autant un pouvoir arbitraire et incontrôlé. Il ne doit pas dépasser certaines limites et il doit pouvoir être sanctionné. C'est pourquoi, c'est seulement lorsque les institutions communautaires outrepassent ces limites que leur responsabilité peut être engagée du fait de l'exercice de leur pouvoir normatif. Par contre, en l'absence d'un large pouvoir d'appréciation, toute illégalité des actes ou omissions des institutions communautaires suffit à engager la responsabilité de la Communauté.

Rien ne justifie qu'il en soit autrement pour les Etats membres car la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire "*ne saurait varier à égalité de situations, selon qu'un Etat ou la Communauté est à l'origine du dommage*"¹⁴⁹.

Il convient donc de préciser non seulement le critère de la marge d'appréciation des Etats (A) ainsi que la notion de violation suffisamment caractérisée (B).

Auparavant, on peut remarquer que dans l'arrêt Dillenkofer, la Cour de justice ne parle pas expressément de "pouvoir discrétionnaire" des autorités nationales mais de "pouvoir normatif". En fait, quels que soient les termes employés, le juge communautaire vise à différencier les situations où les Etats doivent opérer de véritables choix pour mettre en oeuvre le droit communautaire, c'est à dire déterminer quelles sont les mesures les plus appropriées pour atteindre le résultat voulu par le législateur communautaire, et celles où ils ne sont pas confrontés à de tels choix. Il s'agit bien de distinguer les cas où les autorités nationales ont une large marge d'appréciation et ceux où, au contraire, leur compétence est liée. La Cour de justice entend donc strictement la notion de "pouvoir normatif". Il doit être conçu comme le pouvoir par lequel les Etats prennent des actes qui impliquent des choix politiques. Les juges nationaux, comme nous le verrons, doivent regarder si les Etats membres étaient confrontés à des situations comportant de tels choix lors de l'adoption des actes nationaux en cause.

¹⁴⁸ Point 67 des conclusions sur l'affaire Brasserie du Pêcheur / Factortame.

¹⁴⁹ Voir le point 68 des conclusions sur l'affaire Brasserie du Pêcheur / Factortame.

A - Le critère de la marge d'appréciation des Etats.

Pour reprendre les termes exacts de la Cour de justice, il faut que dans le domaine dans lequel il a agi, l'Etat dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

C'est donc le domaine dans lequel sont intervenues les mesures étatiques qui doit être pris en considération pour déterminer l'existence d'un pouvoir d'appréciation des autorités nationales (1). Cette approche est contestable (2).

Ce pouvoir d'appréciation doit être important. Tel n'est pas le cas lorsque le droit communautaire impose à l'Etat "*des obligations de résultat ou des obligations de comportement ou d'abstention réduisant parfois considérablement sa marge d'appréciation*"¹⁵⁰. Si l'Etat méconnaît l'une de ces obligations, il commet un manquement grave et manifeste au droit communautaire. C'est pourquoi, la simple violation du droit communautaire suffit à établir la violation suffisamment caractériser du droit communautaire et à engager la responsabilité de l'Etat dans ces hypothèses.

1. L'application du critère

Pour juger de la liberté d'action des autorités nationales, la Cour de justice regarde, en premier lieu, si les institutions communautaires sont intervenues dans le domaine concerné. En l'absence de réglementation communautaire, s'il ne s'agit pas d'une compétence exclusive de la Communauté, la matière relève de la compétence des Etats qui, dès lors, dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer les règles applicables.

Ainsi, dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur*, la Cour de justice constate qu' "*en l'absence d'harmonisation communautaire*", le législateur national disposait dans le domaine des denrées alimentaires, "*d'un large pouvoir d'appréciation pour édicter une réglementation relative à la qualité de la bien commercialisée*"¹⁵¹.

Dans l'affaire *Factortame*, la Cour du Luxembourg note que l'immatriculation des bateaux de pêche, est "*compte tenu de l'état de développement du droit communautaire*", un domaine qui "*relève de la compétence des Etats membres*" qui disposent, dès lors, d'un large pouvoir d'appréciation¹⁵².

¹⁵⁰ Point 46 de l'arrêt

¹⁵¹ Point 48 de l'arrêt.

¹⁵² Point 49 de l'arrêt.

Si les institutions communautaires sont intervenues dans la matière, le juge communautaire vérifie si la réglementation communautaire laisse néanmoins aux autorités nationale une certaine marge d'appréciation. Plus la "législation" communautaire est développée et plus la marge d'action des Etats membres est réduite car *"ils ne peuvent légiférer qu'à l'intérieur du cadre tracé par la législation communautaire"*¹⁵³.

Dans l'arrêt Factortame, la Cour de justice considère que la réglementation des activités de pêche est un secteur dans lequel *"la mise en oeuvre de la politique commune laisse une certaine marge d'appréciation aux Etats membres"*¹⁵⁴

Si la législation communautaire prend la forme d'une directive, la Cour de justice semble considérer qu'en vertu de l'article 189 du traité, les Etats ont toujours un large pouvoir d'appréciation. En d'autres termes, le fait qu'un secteur d'activité soit régi par une directive présuppose l'existence d'un pouvoir d'appréciation des autorités nationales.

Selon l'article 189 du Traité, *"la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens"*. En principe, les Etats membres disposent donc toujours d'une large marge d'appréciation lorsqu'il transpose une directive.

Faut-il en déduire que dans l'hypothèse où le secteur d'activité est géré par un règlement communautaire, aucun pouvoir d'appréciation ne peut être reconnu aux Etats ?

2. Une approche contestable

La Cour de justice applique, en fait, à la responsabilité des Etats, la solution retenue en matière de responsabilité extra contractuelle de la Communauté du fait de son activité normative de politique économique¹⁵⁵. Le juge communautaire a, en effet, tendance à considérer que dans ce domaine d'activité, les institutions communautaires ont toujours un

¹⁵³ P. Manin, "Les Communautés européennes. L'union européenne", Pédone, coll. Etudes internationales, N°6, 2e édition, 1996, p. 80.

¹⁵⁴ Point 49 de l'arrêt.

¹⁵⁵ P. Manin remarque que *"jusqu'à présent la Cour a toujours associé l'activité normative à des mesures de politiques économique"*, ce qui était tout à fait justifié, le traité C.E.E étant par définition un traité "économique". Toutefois, il observe à juste titre que ce n'est plus vrai pour le traité C.E et s'interroge sur l'extension du régime de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté du fait de son activité normative économique aux autres politiques communautaires (*op. cit.* p. 362).

Il semblerait que la Cour du Luxembourg ait l'intention d'étendre sa jurisprudence à l'ensemble des politiques communautaires puisque qu'elle dit que la responsabilité des Etats ne peut être engagée que dans les conditions où est engagée celle de la Communauté, lorsqu'ils disposent d'un pouvoir d'appréciation comparable à celui des institutions communautaires *"pour la mise en oeuvre des politiques communautaires"*. Elle fait référence à toutes les mesures de politique communautaire, quelles qu'elles soient, que la Communauté est conduite à adopter et pas uniquement aux mesures de politique économique.

large pouvoir d'appréciation et qu'elles sont donc toujours amenées à faire des choix politiques.

G. Tesauro n'est pas favorable à une telle "systématisation". De son avis, elle donne lieu à des applications de l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée "*qui laissent perplexes*".

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice montre, en effet, que ce régime a été appliqué non seulement pour des actes normatifs supposant un large pouvoir d'appréciation de leur auteur, mais aussi pour des actes qui se révèlent être, en fait, de simples actes d'exécution. Elle tient compte seulement du domaine dans lequel l'acte intervient. Elle n'opère pas de différence selon le contenu de l'acte et soumet un règlement de base au même régime qu'un règlement de pure exécution comme les règlements d'exécution de la Commission. Il suffit que l'acte soit pris dans le cadre de la politique économique, peu importe qu'il agisse d'un règlement de base ou d'une simple règle d'application. Cette approche est contestable dans la mesure où seuls les règlements de base opèrent des choix normatifs de politique économique.

La Cour se fonde sur l'évolution constante qui anime le domaine de la politique économique et la nécessité de faire face rapidement aux nouvelles situations qui se présentent. Dans ce contexte, "*la notion d'exécution doit être interprétée largement*" dans la mesure où elle n'exclut pas l'existence d'un large pouvoir d'appréciation. Elle doit permettre l'évolution et l'adaptation de la réglementation de base aux nouvelles données économiques. En ce sens, l'autorité exécutive, à savoir la Commission, fait des choix politiques.

C'est le cas en matière de politique agricole commune où "*la Commission (est) la seule à même de suivre de manière constante et attentive l'évolution des marchés agricole et d'agir avec l'urgence que requiert la situation*"¹⁵⁶.

Si dans de pareilles circonstances où la Commission jouit effectivement d'une latitude d'appréciation, l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée se justifie, il n'en est pas de même lorsqu'elle prend des actes de pure exécution.

Les mêmes critiques peuvent être formulées quant à l'application de cette jurisprudence à la responsabilité des Etats membres.

L'exemple le plus caractéristique est celui des directives : le fait qu'un secteur d'activité soit réglementé par une directive ne présuppose pas obligatoirement l'existence d'un pouvoir d'appréciation des Etats. En pratique, la portée des directives est variable. Si, en règle générale, les directives laissent une marge d'appréciation aux Etats, cette marge d'appréciation peut être plus ou moins étendue. Deux situations sont possibles : soit "*cette marge se limite à offrir la possibilité de choisir entre une ou une autre solution indiquée par*

¹⁵⁶ C.J.E. 11 mars 1987, Walter Rau Lebensmittelwerke / Commission. (Aff. jtes 279/84, 280/84 et 286/84, Rec. p. 1069.

la directive elle-même", soit *"la directive se limite effectivement à prescrire aux Etats d'atteindre un certain résultat"*¹⁵⁷.

Peut-on encore parler dans la première hypothèse de "large" pouvoir d'appréciation ?

Par ailleurs, on s'est rendu compte que, pour que le résultat recherché soit effectivement atteint, il fallait que les directives soient précises. Aussi, la Cour de justice a-t-elle été jusqu'à admettre que, si cela était nécessaire, la directive pouvait imposer aux Etats de *"réaliser une identité rigoureuse"* et ne laisser aucune *"marge d'appréciation aux instances nationales"*¹⁵⁸.

La directive peut être également "hybride" dans la mesure où seules certaines de ses dispositions peuvent laisser une marge d'appréciation aux autorités nationales.

L'existence d'un pouvoir d'appréciation des Etats devrait donc s'apprécier par rapport à la disposition dont se prévalent les requérants.

De même, les règlements communautaires ne sont pas toujours aussi exhaustifs que le laisse penser l'article 189 du traité C.E. Souvent, ils prévoient certaines mesures d'exécution que doivent prendre les Etats.

Cet élément devrait être pris en compte chaque fois qu'est mise en cause l'application d'un règlement par un Etat. Est-ce que le règlement donnait aux autorités nationales une marge d'appréciation dans l'application de la disposition violée?

G. Tesauro était favorable à une telle solution. Selon lui,

*"ce qui importe ce n'est pas, en tant que telle, la circonstance que dans un secteur déterminé les Etats disposent ou non d'un large pouvoir d'appréciation, mais plutôt l'ampleur des marges d'appréciation dont ils jouissent par rapport à la disposition particulière qui attribue un droit au particulier"*¹⁵⁹.

La Cour ne suit pas cette orientation. Dans l'arrêt *British Telecom*, elle ne s'intéresse à la disposition de la directive invoquée par les requérants que pour vérifier si elle a été transposée correctement. Elle ne met donc pas en cause l'existence du pouvoir d'appréciation de l'Etat mais son utilisation.

Dans l'arrêt *Hedley Lomas*, la Cour de justice tient compte du fait que la directive en cause est une directive d'harmonisation qui laisse seulement à l'entière appréciation des Etats les procédures de contrôle du respect de ses dispositions. Elle constate donc que la mesure litigieuse qui visait à sanctionner la violation par l'Espagne des prescriptions de la directive,

¹⁵⁷ P. Manin, *op. cit.*, p. 266.

¹⁵⁸ Voir notamment C.J.C.E., 23 nov. 1977, *Société Enka*, (Aff. 38/77, Rec. p. 2203); 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, (Aff. 102/79, Rec. p. 1473); 23 nov. 1989, *Provide*, (Aff. C - 150/88, Rec. p. 3891); 18 mars 1992, *Commission c. Grèce*, C - 29/90, Rec. p. 1971).

¹⁵⁹ Point 79 des conclusions *Brasserie du Pêcheur / Factortame*.

était intervenue dans un domaine dans lequel les Etats disposaient d'une large marge d'appréciation.

Dans les affaires Brasserie du Pêcheur / Factortame, la Cour du Luxembourg ne se réfère pas non plus à la marge d'appréciation laissée aux Etats par les dispositions conférant un droit aux particuliers, en l'espèce les articles 30, 6 et 52 du Traité. Il se réfère uniquement au domaine dans lequel est intervenue la mesure nationale.

D. Simon juge ces prises de position "*éminemment discutables*" dans la mesure où "*les Etats membres étaient ... en présence dans les deux cas d'obligations communautaires claires et inconditionnelles, résultant d'une part de l'article 30 et, d'autre part des articles 6 et 52 du traité CE, qui ne laissent en aucun cas aux Etats membres le choix discrétionnaire d'édicter des entraves à la libre circulation ou des discriminations en raison de la nationalité. L'effet direct de ces dispositions semble d'ailleurs difficilement conciliable avec la reconnaissance d'une marge d'appréciation qui remettrait en cause le caractère "juridiquement parfait" de la prohibition découlant du traité*"¹⁶⁰.

En fait, dans le raisonnement suivi par la Cour de justice, ces obligations communautaires sont des limites imposées au pouvoir d'appréciation des Etats par le traité¹⁶¹.

Cette approche est d'autant plus contestable que, dans le cadre de l'imputabilité du dommage, pour déterminer l'auteur de la violation, le juge communautaire regarde si la norme communautaire appliquée (et non, le domaine où elle est intervenue), accorde aux Etats un pouvoir d'appréciation¹⁶².

Etrangement, la Cour de justice fait figurer l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales au nombre des éléments que le juge national doit prendre en considération pour mesurer l'intensité de la violation. Ce qui conduit, comme nous le verrons, à un résultat quelque peu contradictoire.

Il reste à voir quelle conception retiendra le juge national. Tout dépend s'il veut ou non limiter l'obligation de réparation de l'Etat.

Que faut-il entendre par "violation suffisamment caractérisée" lorsque les Etats violent le droit communautaire "*dans l'exercice de leur pouvoir normatif*"?

¹⁶⁰ D. Simon, "La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire", A.J.D.A.. 1996, p. 489, spé. p. 496.

¹⁶¹ Voir *infra*. nos développements sur les limites imposées au pouvoir d'appréciation des Etats.

¹⁶² Voir Titre II, Partie I de la thèse.

B - La notion de "violation suffisamment caractérisée"

La Cour de justice indique que, lorsque les autorités nationales disposaient d'un large pouvoir d'appréciation pour mettre en oeuvre le droit communautaire, *"le critère décisif pour considérer qu'une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la méconnaissance grave et manifeste par un Etat membre, comme par une institution communautaire, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation"*¹⁶³.

Deux questions se posent dès lors. Tout d'abord, quelles sont les limites qui s'imposent au pouvoir d'appréciation des Etats membres ? (1). Ensuite, quand est-ce que ces limites sont manifestement et gravement méconnues ? (2)

1. Les limites imposées au pouvoir d'appréciation des Etats

Les Etats sont liés par les règles générales du Traité. ils doivent donc exercer leur pouvoir d'appréciation *"en conformité avec l'ensemble du système communautaire, principes généraux inclus"*¹⁶⁴. L'utilisation de leur pouvoir d'appréciation par les Etats ne doit pas contrevenir à l'une quelconque des règles communautaires existantes et ne pas rendre difficile la réalisation des buts du Traité.

Dans l'affaire Brasserie du Pêcheur, en interdisant d'une part, la commercialisation sous la dénomination de "bier" les bières légalement fabriquées dans d'autres Etats selon des méthodes différentes, et d'autre part, l'importation des bières contenant des additifs, le législateur allemand a violé l'article 30 du Traité et donc le principe de libre circulation des marchandises.

Dans l'affaire Hedley Lomas, le refus non justifié des autorités britanniques de délivrer des licences d'exportation constitue une restriction quantitative à l'exportation, contraire à

¹⁶³ Point 45 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame. Voir également, l'arrêt Dillenkofer où la Cour de justice dit qu' *"une violation est suffisamment caractérisée, lorsqu'une institution ou un Etat membre, dans l'exercice de son pouvoir normatif, a méconnu de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs"* (point 25 de l'arrêt). Cette formule est celle utilisée par le juge communautaire dans le cadre de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté : *"dans un contexte normatif caractérisée par l'existence d'un large pouvoir d'appréciation, indispensable à la mise en oeuvre d'une politique communautaire, la responsabilité de la communauté ne peut être engagée que si l'institution concernée a méconnu de manière manifeste et grave les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs"* (arrêt du 25 mai 1978, HNL e.a / Conseil et Commission. Aff. jtes 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 et 40/77. Rec. p. 1209. points 6).

¹⁶⁴ *Idem.*

l'article 34 du traité et au principe de libre circulation des marchandises. Estimant que les animaux exportés vivants vers l'Espagne subissaient dans les abattoirs de cet Etat un traitement contraire à la directive relative à l'étourdissement des animaux avant leur abattage, le ministère de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation du Royaume Uni avait systématiquement refusé de délivrer des licences pour l'exportation des ovins vivants vers l'Espagne. Il se fondait sur l'article 36 du traité qui permet de maintenir des restrictions à la libre circulation des marchandises justifiées par des raisons de protection de la santé et de la vie des animaux. La Cour de justice a estimé que le droit communautaire s'opposait à ce qu'un Etat membre invoque l'article 36 du traité C.E. pour justifier une limitation des exportations de marchandises vers un autre Etat membre, *"au seul motif que selon le premier Etat, le second ne respecte pas les prescriptions d'une directive communautaire d'harmonisation poursuivant l'objectif que le recours à l'article 36 tendrait à protéger, sans cependant prévoir de procédure de contrôle de leur application ni de sanction en cas de leur violation"*.

Il appartient, en effet, à chaque Etat membre de prendre, en application de la directive, les mesures nécessaires au respect sur leur territoire de l'obligation d'étourdissement des animaux avant l'abattage et d'opérer des contrôles dans les abattoirs. En l'absence de procédures communautaires de contrôle, chaque Etat doit apprécier quelles sont les mesures de contrôle les plus appropriées à prendre. Leur pouvoir d'appréciation est limité à ces mesures. Il ne leur permet nullement, en raison du principe de confiance légitime qui gouverne les rapports entre les Etats membres, lorsqu'ils mettent en oeuvre une directive communautaire dans leur droit interne, de prendre unilatéralement une mesure destinée à sanctionner une méconnaissance éventuelle par un autre Etat membre, des règles du droit communautaire.

Les autorités britanniques ont donc méconnu les limites qui s'imposaient à leur pouvoir d'appréciation.

Dans l'arrêt Dillenkofer, la Cour de justice dit que lorsqu'un Etat membre, *"en violation de l'article 189, troisième alinéa du traité, ne prend aucune des mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive, dans le délai que celle-ci a imparti, cet Etat méconnaît, de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs"*¹⁶⁵.

En effet, l'obligation de transposer une directive dans le délai imparti figure au nombre des obligations imposées par le Traité. En vertu de l'article 189 du Traité, l'Etat est obligé de prendre dans un certain délai toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive. Il n'a aucun pouvoir d'appréciation : il ne lui appartient pas de décider de l'opportunité de la transposition d'une directive. Sa compétence est liée. Or, dans ce cas, la

¹⁶⁵ Point 26 de l'arrêt.

simple infraction au droit communautaire suffit à engager la responsabilité de l'Etat. Par conséquent, l'article 189 du Traité ne confère un pouvoir discrétionnaire des Etats qu'en ce qui concerne le contenu des mesures de transposition. L'appréciation de l'existence d'une violation suffisamment caractérisée de la réparation diffère donc selon la violation dont a fait l'objet la directive, non transposition ou transposition incorrecte. Les autorités nationales ont donc bien, tant dans l'affaire Francovitch que dans l'affaire Dillenkofer, méconnues les limites qui s'imposaient à leurs pouvoirs.

Les limites du pouvoir d'appréciation des Etats peuvent également découler directement des dispositions communautaire à mettre en oeuvre. L'exercice du pouvoir d'appréciation ne doit pas aller au delà de ce que leur permettent ces dispositions. Dans cette hypothèse, pour déterminer si l'Etat a méconnu les limites qui s'imposaient à son pouvoir d'appréciation, il suffit de voir s'il a correctement interprété la norme communautaire en cause.

Dans l'affaire H.M. Treasury, la Divisional Court demandait si l'interprétation correcte de la directive 90/351, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, impliquait qu'il est loisible à un Etat membre, en vertu du pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu par l'article 189 du traité, de désigner lui-même, dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 8, paragraphe 1, de cette directive, les services de télécommunication exclus de son champ d'application, ou si cette détermination incombe aux entités adjudicatrices elles-mêmes.

En d'autres termes, le pouvoir d'appréciation des Etats membres s'étendait-il à la détermination des services de télécommunications exclus du champ d'application de la directive ?

La Cour de justice déduit de l'interprétation de l'article 8, alinéa 1, au regard des autres dispositions de la directive et de l'objectif qu'elle poursuit, *"qu'un Etat ne peut pas, lorsqu'il transpose la directive, déterminer les services de télécommunications exclus du champ d'application de la directive ..., cette prérogative appartenant aux entités adjudicatrices elles-mêmes"*.

Le Royaume Uni a donc méconnu les limites de son pouvoir d'appréciation en déterminant les services de télécommunications exclus du champ d'application de la directive.

Il faut cependant que cette méconnaissance soit grave et manifeste pour pouvoir engager sa responsabilité.

2. La méconnaissance grave et manifeste par un Etat des limites s'imposant à son pouvoir d'appréciation.

Que faut-il entendre par "méconnaissance manifeste et grave" ? (a)

Correspond-t-elle à la définition qu'en donne la jurisprudence de la Cour dans le cadre de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté ? (b)

a. La notion de "méconnaissance manifeste et grave"

La Cour de justice ne définit pas expressément cette notion dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame*. Elle indique seulement "*les éléments que la juridiction compétente peut être amenée à prendre en considération*" pour établir le caractère manifeste et grave de la violation¹⁶⁶

Doivent ainsi être pris en compte :

- 1) le degré de clarté et de précision de la règle violée
- 2) l'étendue de la marge d'appréciation que la règle violée enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires
- 3) le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé
- 4) le caractère excusable ou inexcusable de l'éventuelle erreur de droit
- 5) la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, l'adoption ou le maintien de mesures ou pratiques nationales contraires au droit communautaire.

Cette liste n'est pas, *a priori*, exhaustive puisque la Cour précise qu'ils figurent "*parmi*" les éléments à prendre en considération par les juridictions nationales.

Ces éléments permettent, en fait, de mesurer le caractère excusable de la violation commise. Constitue donc une méconnaissance manifeste et grave, toute violation flagrante et injustifiée et dès lors non excusable, des limites s'imposant au pouvoir d'appréciation des Etats.

On peut remarquer que, si la Cour de justice n'apprécie pas l'existence du pouvoir d'appréciation des Etats par rapport à la règle violée, elle invite les juges nationaux à regarder l'étendue de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales par la règle communautaire enfreinte pour qualifier la violation commise. Ce qui est assez contradictoire. Dans l'affaire *Hedley Lomas*, la Cour semble, en effet, se contredire en constatant dans un premier temps que "*la mesure litigieuse est intervenue dans un domaine dans lequel les Etats membres disposent d'une marge d'appréciation*" et dans dans un second temps, "*qu'au moment où il a commis l'infraction le Royaume Uni n'était pas confronté à des choix normatifs et ne disposait d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire*

¹⁶⁶ D. Simon, "La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire", A.J.D.A. 1996, p.489. spé. p. 496.

inexistante" et que, dans ces conditions, la simple illégalité "peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée" 167.

Le juge communautaire regarde donc quelle marge d'appréciation la norme violée donnait aux Etats pour apprécier le degré de la violation. Si elle est réduite ou inexistante, la méconnaissance de la règle est injustifiable. Les Etats devaient s'y conformer et la simple illégalité de la mesure nationale constitue en elle-même une violation suffisamment caractérisée.

La démarche de la Cour de justice laisse perplexe. Il suffisait d'apprécier directement la marge d'appréciation des autorités nationales par rapport à la disposition communautaire méconnue pour établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée. La solution préconisée par G. Tesouro devrait donc s'imposer. Elle permettrait de clarifier la démarche de la Cour et d'assurer la cohérence du régime de la responsabilité des Etats membres.

Cette approche aurait du être adoptée dans les affaires Dillenkofer Francovitch. En l'espèce, les Etats ont violé les dispositions de la directive en ne la transposant pas dans le délai imparti à cet effet. Si les Etats ont effectivement un pouvoir discrétionnaire pour adopter les mesures de transposition d'une directive, ils n'ont aucune marge d'appréciation en ce qui concerne le délai prescrit par la directive. Ils "*n'ont pas le choix de transposer ou de ne pas transposer*"¹⁶⁸ dans ce délai. Ils sont astreints à une obligation de comportement qui, selon la Cour de justice, réduit considérablement leur marge d'appréciation¹⁶⁹. Les Etats membres ont donc une compétence liée. Par ailleurs, en vertu de l'article 189 du traité, ils ont une obligation de résultat. En ne prenant pas, dans les délais, les mesures nécessaires pour appliquer la directive, les autorités nationales ne respectent pas cette obligation.

Aussi, la carence de l'Etat constitue-t-elle en elle-même une violation suffisamment caractérisée de la directive communautaire. Sans doute est-ce la raison pour laquelle le juge communautaire considère que, même si elle n'a pas été expressément mentionnée dans l'arrêt Francovitch, la condition d'une violation suffisamment caractérisée est "*inhérente aux circonstances de l'affaire*"¹⁷⁰ ou encore que "*la violation consistant dans la non transposition d'une directive est en tout état de cause de nature à faire naître, en présence des conditions déjà précisées par la Cour dans l'arrêt Francovitch, la responsabilité de l'Etat membre en cause et, donc, l'obligation de réparation vis à vis des particuliers lésés, sans qu'il soit nécessaire de procéder à d'autres vérifications*"¹⁷¹. En d'autres termes, "*là où l'Etat ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, là où il est lié par les dispositions d'une*

¹⁶⁷ D; Simon, *op. cit.*, p. 496.

¹⁶⁸ P. Léger, Point 154 des conclusions sur l'affaire Hedley Lomas.

¹⁶⁹ Voir point 46 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

¹⁷⁰ Point 23 de l'arrêt Dillenkofer.

¹⁷¹ Point 30 de l'arrêt Dillenkofer.

directive qu'il est tenu de transposer, la preuve d'une violation grave et manifeste d'une règle supérieure de droit ne peut être exigée"¹⁷².

L'étendue de la marge d'appréciation laissée aux Etats par la règle violée et l'éventuelle intervention d'une institution communautaire, notamment la Commission, sont également des éléments essentiels pour déterminer l'imputabilité du dommage. Ils ont déjà été longuement développés dans le cadre de l'étude consacrée à cette question et n'appellent pas d'autres commentaires¹⁷³.

i) le degré de clarté et de précision de la règle violée

La méconnaissance des limites de son pouvoir d'appréciation par l'Etat peut découler d'une mauvaise interprétation des dispositions communautaires qu'il devait mettre en oeuvre. L'auteur de l'acte nationale incriminé se trompe sur ce que ces dispositions lui permettent ou lui imposent de faire.

P. Léger considère que, dans l'hypothèse de la transposition maladroite ou légèrement erronée d'un texte communautaire complexe ou d'une mauvaise interprétation faite de bonne foi, *"il doit y avoir une place pour les fautes excusables : l'Etat membre peut ne pas être tenu pour responsable des maladresses ou de l'obscurité des textes communautaires dont seuls le Conseil ou la Commission sont comptables et que l'Etat membre ne fait qu'exécuter"*¹⁷⁴.

Selon l'arrêt *British Telecom*, cette méconnaissance est excusable si les dispositions en cause sont *"imprécises et supportaient raisonnablement l'interprétation qu'en a donné l'Etat"*¹⁷⁵.

L'interprétation de l'Etat doit donc être pertinente dans le sens où le contenu de la norme communautaire pouvait effectivement être interprétée en ce sens.

La pertinence de l'interprétation s'apprécie par rapport à l'ensemble de la réglementation communautaire dont émane la disposition ainsi que par rapport à l'objectif poursuivi par cette réglementation. Elle ne doit pas apparaître *"manifestement contraire"*¹⁷⁶.

Ainsi dans l'affaire précitée, la Cour de justice considère que le Royaume uni, en déterminant les services de télécommunications exclus du champ d'application de la directive, n'a pas méconnu manifestement les limites qui s'imposaient à son pouvoir d'appréciation car,

¹⁷² Point 157 des conclusions sur l'affaire *Hedley Lomas*.

¹⁷³ Voir *supra* le Titre II de la première partie consacré à l'imputabilité du dommage.

¹⁷⁴ Point 160 des Conclusions sur l'affaire *Hedley Lomas*.

¹⁷⁵ Point 43. de l'arrêt *British Telecom*.

¹⁷⁶ *Idem*.

"pareille interprétation n'était pas manifestement contraire au texte de la directive ni à l'objectif qu'elle poursuit"

Par ailleurs, elle juge les arguments sur lesquelles est fondée cette interprétation *"non dénués de toute pertinence"*. La violation n'est donc pas flagrante.

Dans l'affaire Denkavit, la Cour de justice remarque que la quasi-totalité des autres Etats membres ont adopté l'interprétation retenue par la République fédérale d'Allemagne. Cette interprétation n'est pas manifestement contraire au texte de la directive. En effet, la directive laisse aux Etats membres la faculté de soumettre de bénéfice de l'avantage fiscal à une période de participation minimale qu'ils sont libres de fixer mais qui ne peut dépasser deux ans. Elle ne précise pas clairement à quel moment cet avantage doit être accordé. L'octroi de la réduction de retenue à la fin de la période de participation minimale visait, conformément à l'article 1 de la directive, à lutter contre les abus résultant de participations prises dans le capital de sociétés dans le seul but de protéger des avantages fiscaux prévus et qui ne sont pas destinés à durer.

Cette interprétation n'est pas non plus manifestement contraire à l'objectif de la directive. Si cette mesure est assez restrictive, elle permet néanmoins d'alléger le régime fiscal des coopérations transfrontalières.

Par contre, la violation d'une disposition claire du droit communautaire ou déjà interprétée par la Cour n'est pas excusable. C'était le cas dans les affaires Francovitch et Dillenkofer où les autorités nationales ne pouvaient pas ne pas savoir qu'elles devaient, en vertu de l'article 189 du traité, transposer la directive dans le délai prescrit.

ii) le caractère excusable ou inexcusable de l'éventuelle erreur de droit

Lorsqu'ils édictent une norme dans un domaine où la Communauté n'est pas intervenue ou elle est seulement intervenue partiellement, les Etats peuvent également méconnaître les limites qui s'imposent à leur pouvoir d'appréciation en contrevenant aux règles communautaires existantes ou en rendant difficile la réalisation des buts du Traité.

Cette violation est excusable seulement si l'incompatibilité de la législation nationale au droit communautaire n'est pas manifeste. Elle n'est pas flagrante et peut donc se justifier.

Tel est le cas lorsque le législateur national ne pouvait pas savoir avec certitude qu'une telle mesure serait incompatible avec le droit communautaire.

Ainsi, dans l'affaire Brasserie du Pêcheur, la Cour de justice considère que les éléments d'appréciation dont disposaient le législateur allemand pour trancher la question de savoir si l'interdiction d'utiliser des additifs dans la fabrication de la bière était contraire à l'article 30 du

traité, n'étaient pas assez "*concluants*" au moment des faits¹⁷⁷. Par contre, sa jurisprudence cassis de Dijon ne laissait aucun doute sur la portée de l'article 30 du traité et donc, sur l'incompatibilité des dispositions législatives nationales relative à la dénomination du produit avec cet article. Dans cette hypothèse, la violation de l'article 30 peut donc "*difficilement être considérée comme une erreur (de droit) excusable*"¹⁷⁸.

iii) Le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé

L'Etat ne doit pas avoir méconnu volontairement les limites de son pouvoir d'appréciation. Il doit être de bonne foi. Il ne doit pas avoir eu conscience au moment des faits qu'il violait le droit communautaire ou qu'il causait un préjudice.

Dans l'affaire British telecom, la Cour estime que, dans la mesure où ni sa jurisprudence, ni la Commission n'avaient donné des indications quant à l'interprétation de la disposition en cause, le Royaume Uni a pu légitimement croire que son interprétation de la disposition en cause était correcte. Ce que confirme la pertinence de ses arguments, soutenus également par d'autres Etats membres.

Dans l'arrêt Denkavit, la Cour de justice relève que sa jurisprudence ne fournissait aucune indication sur l'interprétation à donner à la disposition de la directive en cause. Dès lors, "*le fait que, lors de la transposition de la directive, un Etat membre ait considéré qu'il était en droit d'exiger que la période de participation minimale soit déjà écoulée à la date de la distribution des bénéfices, ne saurait être considéré comme une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire ...*"¹⁷⁹

C'eut été différent si le contenu de cette disposition avait été précisé dans un arrêt préjudiciel en interprétation ou si la Commission ou le Conseil avait indiqué le sens à lui donner.

Le caractère intentionnel du manquement ou du préjudice est encore incontestablement établi lorsque un Etat fait perdurer une violation après le prononcé d'un arrêt constatant le manquement reproché. C'est pourquoi, dans l'affaire Brasserie du Pêcheur, "*il est en tout état de cause exclu que le gouvernement allemand puisse contester la gravité de la violation après l'arrêt du 12 mars 1987*"¹⁸⁰ qui condamnait la législation allemande comme constituant une mesure d'effet équivalent contraire à l'article 30 du traité.

¹⁷⁷ Point 59 de l'arrêt.

¹⁷⁸ *Idem*.

¹⁷⁹ Point 53 de l'arrêt.

¹⁸⁰ D. Simon, *op. cit.*, p. 497.

Il est également présumé lorsque, comme dans l'affaire Brasserie du Pêcheur, la jurisprudence antérieure du juge communautaire ne laissait aucun doute quant à l'incompatibilité de la mesure nationale avec le droit communautaire.

La Cour de justice considère, en effet, que la violation doit être tenue pour suffisamment caractérisée dès lors qu'elle "*a perduré malgré le prononcé d'un arrêt constatant le manquement reproché, d'un arrêt préjudiciel ou d'une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière, desquels résulte le caractère infractionnel du comportement en cause*"¹⁸¹. Du fait de l'intervention d'une décision du juge communautaire, une violation qui n'était pas flagrante et pouvait dès lors se justifier, devient inexcusable.

Le caractère intentionnel du préjudice est aussi incontestable lorsque l'Etat, comme dans l'affaire Factortame, n'a pas immédiatement pris des mesures provisoires ordonnées par la Cour de justice et visant à éviter sa réalisation ou son aggravation. Dans ce cas, la Cour de justice estime que ce fait doit être considéré "*comme constituant en lui-même une violation manifeste et donc suffisamment caractérisée du droit communautaire*"¹⁸².

Dans l'affaire Dillenkofer, le gouvernement allemand invoquait l'insuffisance du délai de transposition prescrit pour justifier son manquement. Toutefois, la Cour de justice rappelle que, selon sa jurisprudence¹⁸³, si le délai pour la mise en oeuvre de la directive s'avérait trop court, l'Etat membre aurait du demander à l'institution communautaire compétente sa prorogation¹⁸⁴. La carence du législateur national n'est donc pas justifiée. L'Etat a violé intentionnellement le droit communautaire en ne faisant rien pour l'éviter.

Par ailleurs, la République fédérale d'Allemagne estimait ne pas avoir réellement violé le droit communautaire en ne transposant pas dans le délai la directive en raison d'un arrêt de Bundesgerichtshof, celui du "paiement à l'avance". qui protégeait les acheteurs de voyages à forfait contre la faillite des opérateurs auprès desquels ils avaient acheté leurs voyages. Néanmoins, la Cour de justice a jugé cette jurisprudence insuffisante et dès lors, la République fédérale d'Allemagne ne pouvait pas renoncer à transposer la directive.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour démontre qu'une violation est justifiée lorsqu'elle est commise de bonne foi. Au moment des faits, l'Etat doit avoir effectivement pu ignorer qu'il méconnaissait les limites de son pouvoir d'appréciation. Une violation qui paraît

¹⁸¹ Point 57 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

¹⁸² Point 64 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

¹⁸³ Voir l'arrêt du 26 février 1976. Commission c./ Italie, (Aff. 52/75, Rec. p. 277) où la Cour dit à ce sujet que "*si le délai pour la mise en oeuvre d'une directive s'avère trop court, la seule voie compatible avec le droit communautaire consiste pour l'Etat membre intéressé, à prendre, dans le cadre communautaire, les initiatives appropriées en vue d'obtenir que soit arrêtée par l'institution communautaire compétente, la prorogation nécessaire du délai*" (point 12).

¹⁸⁴ Point 29 des conclusions.

évidente est dès lors difficilement justifiable et donc, difficilement excusable. Ce qui explique que le caractère manifeste d'une violation puisse présumer de son caractère grave et être qualifiée de violation suffisamment caractérisée.

La notion de "méconnaissance manifeste et grave" paraît donc moins restrictive dans le cadre de la responsabilité des Etats qu'en ce qui concerne la responsabilité de la Communauté.

b. Une notion moins restrictive que dans le cadre de la responsabilité extra contractuelle de la communauté

Dans le cadre de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté, la méconnaissance grave et manifeste des limites imposées aux pouvoirs attribués aux institutions est constituée par un comportement confinant à l'arbitraire et provoquant un dommage anormal et spécial¹⁸⁵:

Un comportement confinant à l'arbitraire est "*un comportement totalement injustifié*"¹⁸⁶. Selon G. Isaac, il doit s'agir d'un comportement inexcusable¹⁸⁷.

Le préjudice est spécial lorsque la méconnaissance de la réglementation atteint un groupe restreint et délimité de personnes. Il est grave, selon le juge communautaire, lorsqu'il dépasse les risques économiques inhérents aux activités concernées. L'exigence d'un préjudice grave et spécial sous-entend donc non seulement que la règle violée vise à protéger, à titre individuel, certaines personnes mais aussi, que le particulier lésé supporte, dans des limites raisonnables, sans pouvoir être indemnisé, certains effets préjudiciables à ses intérêts de l'acte normatif communautaire.

Dans le cadre de la responsabilité des Etats, seul un comportement confinant à l'arbitraire est requis.

La Cour de justice ne semble pas prendre en compte le préjudice subi pour apprécier le caractère manifeste de la violation. Au contraire, selon elle, exiger un préjudice spécial lorsqu'est en cause l'activité normative des Etats rendrait en pratique impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation, "*étant donné que les tâches incombant au législateur national concernent, en principe, la collectivité sans viser aucune personne ou catégorie de personnes qui puissent être considérées à titre individuel*"¹⁸⁸. Aussi condamne-t-elle la condition imposée par le droit allemand en cas de violation par une loi de dispositions

¹⁸⁵ Voir notamment C.J.C.E, 2 déc. 1971, Zuckerfabrik Schöppenstedt, (Aff. 5/71, Rec.p. 975); C.J.C.E, 25 mai 1978, Bayerische HNL, (Aff. jtes 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 et 40/77, Rec. p. 1209); C.J.C.E, 5 déc. 1979, Amylum, (Aff. jtes 116/77 et 124/77, Rec. p. 3497).

¹⁸⁶ Selon la définition de F. Fines, thèse précitée, p. 342.

¹⁸⁷ "Droit communautaire général", *op. cit.*, p.262.

¹⁸⁸ Point 71 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

nationales de rang supérieur, subordonnant la réparation au fait que l'acte ou l'omission du législateur vise une situation individuelle. Elle ne se prononce pas sur la nécessité d'un préjudice anormal.

Cette solution est satisfaisante. Elle empêche les Etats de se soustraire, comme les institutions communautaires, "*aux conséquences financières d'actes qui sont illégaux du fait du dépassement des limites de leurs compétences*"¹⁸⁹.

§2. La violation d'une règle communautaire protégeant les particuliers

La règle communautaire doit protéger les particuliers (A).

Dans le cadre de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté, le droit de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté, lorsque les institutions communautaires disposaient d'un large pouvoir d'appréciation, la règle violée doit également être une règle supérieure de droit communautaire. Tel n'est pas le cas pour les Etats membres; il suffit que la règle violée soit une règle de droit communautaire (B)

A - Une règle protégeant les particuliers

La règle violée doit attribuer des droits aux particuliers. Il suffit que la règle ait un effet protecteur à l'égard des particulier. La règle de droit dont la violation est alléguée doit tendre au moins partiellement à protéger les intérêts du requérant. La Cour de justice n'exclut donc pas qu'une disposition protégeant des intérêts généraux, protège également des intérêts particuliers¹⁹⁰. La violation d'une règle ne protégeant pas les particuliers n'est pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

Cette condition, clairement établie dans la jurisprudence de la Cour de justice, ne pose aucun problème s'agissant des dispositions communautaires ayant un effet direct qui ont pour objet et effet de créer des droits au profit des particuliers. Le fait que ces dispositions visent également à protéger des intérêts généraux n'a aucune incidence.

Dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factoratme*, la Cour de justice constate que cette condition est "*manifestement remplie en ce qui concerne l'article 30 du traité visé dans l'affaire C-46/93 et l'article 52 du traité, visé dans l'affaire C- 48/93. en effet, si l'article 30*

¹⁸⁹ F. Fines, Thèse précitée, p. 345-346.

¹⁹⁰ Voir *supra* nos développements sur la notion de "particulier lésé" dans le jurisprudence communautaire.

*impose une interdiction aux Etats membres, il n'engendre pas moins, pour les particuliers des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder (arrêt du 22 mars 1977, Iannelli et Volpi, 74/76, Rec. p. 557, point 13). De même, l'article 52 du traité confère par essence, des droits aux particuliers (arrêt du 21 juin 1974, 2/74, Rec. p. 631, point 25)"*¹⁹¹

La question est plus délicate en matière de directives qui, en principe, sont dépourvues d'effet direct :

La particularité des directives est qu'en principe, elles ne peuvent pas créer directement des droits au profit des particuliers. Elles doivent faire l'objet, au préalable, de mesures de transposition nationales. La règle ne connaît qu'une exception : la théorie de l'effet direct développée par la Cour, selon laquelle une directive peut créer directement des droits au profit des particuliers si ses dispositions sont claires et inconditionnelles.

Dans l'arrêt Francovitch, la Cour de justice précise que, pour que la non transposition d'une directive ouvre un droit à réparation, il faut non seulement que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit des particuliers, mais aussi, que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive.

Doit-on interpréter cette dernière exigence comme une exigence d'effet direct des directives ? Adopter une telle interprétation serait faire totalement abstraction des faits de l'espèce sur lesquels ont été énoncées des conditions. En effet, dans l'affaire Francovitch, la directive n'était pas susceptible d'être appliquée directement par le juge italien. Si elle était suffisamment précise en ce qui concerne les bénéficiaires et le contenu des garanties, elle laissait une marge d'appréciation trop étendue aux Etats quant à l'identification du débiteur des garanties, pour avoir un effet direct.

Ainsi, comme le remarquait M. Schockweiler, "*certaines directives, même si elles tendent incontestablement à voir conférer des droits aux particuliers, sont privées d'effet direct en raison de l'existence d'une certaine marge d'appréciation des Etats au niveau des modalités permettant d'assurer ces droits*"¹⁹². Dans les affaires Francovitch et Dillenkofer, si les dispositions des directives donnaient des droits aux particuliers, il appartenait aux autorités nationales de prendre les mesures nécessaires pour garantir ces droits.

Dès lors, en l'absence de mesures de transposition, les particuliers sont dans l'impossibilité d'agir en reconnaissance de ces droits, ne pouvant pas s'en prévaloir directement devant les juridictions nationales. Ce qui compromet fortement l'effet utile des directives.

Aussi, à défaut d'obtenir la réalisation de leurs droits, les justiciables peuvent demander une compensation en mettant en jeu la responsabilité de l'Etat qui les a privé de cette jouissance

¹⁹¹ Point 54 de l'arrêt.

¹⁹² F. Schockweiler, "la responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire". R.T.D.E., 1992, p. 43.

en ne transposant pas la directive. L'obligation de réparation de l'Etat est fondée par la violation par les autorités nationales de leur obligation de transposition.

Il en résulte que *"la directive, même si elle ne doit pas créer directement des droits individuels au profit de particuliers qu'ils peuvent faire valoir devant le juge national, leur confère du moins le droit de se prévaloir du fait qu'elle entendait leur voir conférer des droits par le biais de mesures nationales de transposition"*¹⁹³.

Encore faut-il être certain que l'objectif de la directive est d'attribuer des droits aux particuliers. C'est pourquoi le contenu de ces droits doit pouvoir être identifié sur la base des dispositions de la directive, afin de permettre au juge national non seulement de s'assurer de leur existence, mais aussi de pouvoir apprécier leur étendue. L'étendue des droits conférés par la directive détermine, en effet, l'étendue du préjudice subi par le particulier qui n'a pu en bénéficier.

La Cour de justice renforce dès lors la protection des particuliers. Elle ferme la brèche laissée ouverte par les conditions très strictes de l'effet direct des directives.

Désormais, elle reconnaît également des effets aux directives qui, bien que non transposées ni susceptibles d'être invoquées par voie de substitution¹⁹⁴, n'en sont pas moins source de droits pour les particuliers.

La condition de leur invocabilité à l'appui d'une action en responsabilité repose sur l'identification suffisamment précise des droits qu'elle consacre. Dans l'affaire Dillenkofer, le juge communautaire estime que *"l'objectif de l'article 7 de la directive est de protéger les consommateurs, qui bénéficient ainsi du droit d'être remboursés ou rapatriés en cas d'insolvabilité ou de faillite de l'organisateur auprès duquel ils ont acheté le voyage"*¹⁹⁵. La directive attribue donc des droits aux particuliers dont le contenu peut être suffisamment identifié.

La Cour du Luxembourg *"donne ainsi naissance à une nouvelle catégorie de directives"*¹⁹⁶.

Ce qui n'exclut pas pour autant qu'une directive d'effet direct puisse fonder un recours en responsabilité.

L'invocabilité de substitution ne permet pas toujours au justiciable de bénéficier, au moment opportun, des droits que lui confère le droit communautaire et d'éviter ainsi qu'il ne subisse un dommage du fait de la violation de ce droit par l'Etat. Il doit, par conséquent, pouvoir obtenir réparation, afin d'effacer les conséquences dommageables du défaut de transposition

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ Il faut distinguer deux hypothèses où une directive ne peut être invoquée directement devant le juge national. La première est réalisée lorsque les conditions de l'effet direct ne sont pas remplies. Néanmoins, il peut arriver que ces conditions soient remplies sans que pour autant le particulier puisse se prévaloir de la directive. La seconde est l'absence d'effet horizontal des directives. En effet, la Cour de justice n'admettant pas qu'une directive puisse imposer directement dans l'ordre juridique interne des obligations à des particuliers, le seul recours dont dispose le justiciable lésé est de mettre en cause la responsabilité de l'Etat qui, en omettant de prendre les mesures de transposition nécessaires, l'a privé de la jouissance de ses droits.

¹⁹⁵ Point 36 de l'arrêt Dillenkofer.

¹⁹⁶ X. Prétot, "Non transposition d'une directive et responsabilité de l'Etat", R.J.S., 1992, p. 21.

de la directive. La pleine efficacité du droit communautaire serait mise en cause si tel n'était pas le cas. Ce serait, par ailleurs, dénier au principe de la responsabilité des Etats membres une portée générale en limitant son application aux dispositions non directement applicables. telle n'était pas l'intention du juge communautaire¹⁹⁷.

La Cour de justice a donc entendu suppléer aux limites de la théorie de l'effet direct, tant pour ce qui est des directives dépourvues d'un tel effet que pour celles qui, au contraire, sont d'application directe.

Quelle que soit la marge d'appréciation dont disposaient les Etats dans l'application du droit communautaire, il suffit que la règle violée protège les particuliers. Il n'est pas nécessaire que ce soit une règle supérieure de droit communautaire, comme c'est le cas dans le régime de la responsabilité de la Communauté, lorsqu'une violation suffisamment caractérisée est exigée.

B - Une règle de droit communautaire

Depuis l'arrêt *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt*¹⁹⁸, la responsabilité de la Communauté du fait de son activité normative, ne peut être fondée que sur "*une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers*".

Selon l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame*, lorsqu'un Etat membre agit dans un domaine dans lequel il dispose d'un large pouvoir d'appréciation, comparable à celui dont disposent les institutions communautaires pour la mise en oeuvre des politiques communautaires,

*"le droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi, par les personnes lésées"*¹⁹⁹

La règle violée doit donc remplir une double condition dans le régime de la responsabilité de la Communauté. En plus de protéger les particuliers, ce doit être une règle supérieure de droit.

P. Cahier envisage cette seconde exigence sous deux angles différents²⁰⁰ :

¹⁹⁷ Voir *supra* nos développements sous Titre I, Partie I.

¹⁹⁸ C.J.C.E., 2 décembre 1971, (Aff. 5/71. Rec. p. 975).

¹⁹⁹ Point 51 de l'arrêt.

²⁰⁰ "Les éléments constitutifs de la responsabilité extra-contractuelle de la C.E.E." in *Mélanges Reuter*, 1981, p.127, spé. p. 135 et s.

Tout d'abord, on peut entendre par "règle supérieure de droit", des normes importantes de l'ordre juridique communautaire, par leurs fonctions et leur contenu, dont la violation entraînerait la responsabilité de la Communauté, alors que l'illégalité de normes secondaires n'aurait pas cette conséquence. Il peut s'agir, au contraire, tout simplement, de norme "*hiérarchiquement supérieure*" à l'acte incriminé.

La jurisprudence de la Cour a évolué d'une conception à l'autre. Dans un premier temps, elle s'est conformée à la définition la plus large c'est à dire celle de "normes hiérarchiquement supérieures". Ensuite, elle a considéré que pour qu'une règle communautaire soit "une règle supérieure de droit", il fallait que par son contenu et sa fonction, elle apparaisse comme une norme très importante de l'ordre juridique communautaire.

F. Fines en déduit que, "*la formule "règle supérieure de droit protégeant les particuliers" recouvre un ensemble qui s'étend des principes généraux du droit à celui de règles (essentiellement les dispositions du traité) qui revêtent une importance certaine dans le système communautaire dès lors que les uns et les autres intéressent les droits des particuliers*"²⁰¹.

C'est la raison pour laquelle, cette condition n'a pas été appliquée à la responsabilité "communautaire" des Etats membres ou du moins expressément énoncée.

La Cour de justice a suivi les conclusions de G. Tesauo qui contestait l'opportunité d'une telle solution en ce qui concerne la responsabilité des Etats du fait de la violation du droit communautaire. Selon lui, dans la mesure où "*l'obligation de réparation à la charge des Etats membres est imposée afin de garantir aux particuliers une protection effective des droits qu'ils tirent de dispositions communautaires, ... il ne serait pas aisé de rechercher des motifs qui légitimeraient une limitation de cette protection aux seuls cas de violation d'une catégorie particulière de dispositions, fussent-elles essentielles pour le système juridique communautaire*"²⁰².

Si cette solution n'est pas retenue, il n'y a pas lieu, par conséquent de préciser que la règle communautaire violée doit être "une règle supérieure de droit", puisque l'illégalité d'un acte "*implique - par sa définition - l'incompatibilité de cet acte avec une norme juridique de rang supérieur*"²⁰³. Or, de par sa primauté, le droit communautaire prévaut sur les droits nationaux. Il suffit donc que la règle violée soit une règle de droit communautaire, principes généraux inclus, protégeant les particuliers

²⁰¹ Thèse précitée, p. 330-338.

²⁰² Conclusions, point 76. .

²⁰³ *Idem*.

Quoiqu'il en soit, toute violation du droit communautaire n'est pas susceptible d'engager la responsabilité des Etats. Il faut toujours que la règle violée soit une règle de droit communautaire protégeant les particuliers. Lorsque les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation dans l'application du droit communautaire, il faut également que la violation soit suffisamment caractérisée.

On doit se demander si, à travers l'exigence d'une violation du droit communautaire, la Cour de justice n'exige pas, en fait, une faute de l'Etat. Dans ce cas, le régime de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire serait un régime de responsabilité pour faute.

SOUS SECTION II :
LA RESPONSABILITE DES ETATS MEMBRES DU FAIT D'UNE
VIOLATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE , UNE RESPONSABILITE
POUR FAUTE ?

En exigeant une violation du droit communautaire pour engager la responsabilité des Etats, la Cour de justice exige-t-elle une faute, une illégalité ou une illégalité fautive ?

A quel comportement dommageable fait-elle concrètement référence et dès lors, comment qualifier le régime de responsabilité "communautaire" des Etats? Est-ce un régime de responsabilité pour faute ? (§1).

La question est importante. Elle fixe en premier lieu les limites de la responsabilité des Etats du fait du droit communautaire. Elle conditionne, en second lieu, sa mise en oeuvre effective par les droits nationaux (§2).

§1. La définition du comportement dommageable

Que recouvre la notion de "violation du droit communautaire" utilisée par le juge communautaire ?

Bien que la Cour de justice ne cite pas le mot "faute", n'incite-t-elle pas les juridictions nationales à rechercher une faute des autorités étatiques ?

Tout dépend si on entend subjectivement ou objectivement le concept de "faute" (A).

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice montre que la conception retenue par le droit communautaire est essentiellement objective . Le comportement dommageable dans le cadre de la responsabilité des Etats peut donc se définir comme un comportement "objectivement" fautif.

A - Le concept de "faute"

L'approche du concept de "faute" peut être subjective (1) ou objective (2)²⁰⁴.

²⁰⁴ Voir J. Limpens, "La faute et l'acte illicite en droit comparé" *in* "Droit positif", Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, T. II. . Sirey, 1963, p. 723.

1. La conception subjective de la faute

Selon F. Fines, *"la conception subjective de la faute signifie que dans la faute est intégré un élément psychologique de culpabilité. La faute apparaît alors comme une conduite socialement blâmable en ce qu'elle résulte de la violation consciente de la règle de droit par une volonté libre"*²⁰⁵. La faute subjective suppose donc *"un jugement moral porté sur le comportement de l'organe qui a violé la règle communautaire"*²⁰⁶

La faute, entendue subjectivement, est donc *"un élément qui s'ajoute à la violation de la disposition en cause ... en qualifiant la conduite qui donne lieu à la violation"*²⁰⁷.

L'illégalité de l'acte ou de l'omission n'est pas fautive en elle-même. La conception subjective de la faute suppose donc la recherche de la culpabilité de l'auteur de la violation, soit parce qu'il a été négligeant, soit parce qu'il a intentionnellement violé la règle de droit.

Dans cette hypothèse, la responsabilité des autorités publiques ne peut être engagée que dans le cas d'une illégalité fautive : l'acte ou l'omission doit être à la fois illégal et fautif.

2. La conception objective de la faute

Dans la conception objective, la faute *"résulte de la simple contrariété au droit sans qu'aucune appréciation morale n'intervienne"*²⁰⁸. La faute objective est donc *"constituée par le seul fait de violer la règle de droit"*²⁰⁹.

La faute est donc assimilée à l'illégalité de l'acte ou de l'omission.

La faute se révèle strictement objective dans le cadre de l'action en responsabilité extra contractuelle de la Communauté. Elle est définie comme *"une violation des obligations communautaires"*²¹⁰.

Cette définition s'applique également à *"la violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers"*. Dans ce cas, la Cour de justice recherche un comportement confinant à l'arbitraire. Un tel comportement fautif résulte de la violation de l'obligation faite aux institutions communautaires de ne pas dépasser les limites de leur pouvoir discrétionnaire. Or ces limites sont constituées par les règles de compétences qui s'imposent aux institutions communautaires, mais aussi les règles générales du traité. Comme les Etats

²⁰⁵ Thèse précitée, p. 174.

²⁰⁶ L. Dubouis. "La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté", R.F.D.A. 1996, p. 583., spé. p. 586.

²⁰⁷ G. Tesaro. Conclusions des affaires Brasserie du Pêcheur / Factortame. Point 85.

²⁰⁸ F. Fines, thèse précitée, p. 174.

²⁰⁹ L. Dubouis, *op. cit.*, p. 586.

²¹⁰ Voir F. Fines. thèse précitée, p. 370 - 384.

membres, les organes communautaires doivent exercer leur pouvoir d'appréciation en conformité avec l'ensemble du système communautaire, y compris les principes généraux. Il importe peu que l'institution communautaire ait volontairement ou non transgressé ces limites, il suffit que l'utilisation du pouvoir discrétionnaire ne soit pas conforme à la légalité communautaire.

Cette analyse correspond à celle de R. Chapus à propos du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives en France :

"Le pouvoir discrétionnaire apparaît comme n'étant pas arbitraire par le seul fait ... que le choix ouvert à l'autorité compétente n'est jamais qu'un choix entre des décisions ou des comportements également conformes à la légalité. le pouvoir discrétionnaire ne peut en aucun cas permettre la commission d'illégalités et c'est ainsi pacifiquement que principe de légalité et pouvoir discrétionnaire coexistent.

C'est d'autant plus certain que des règles s'imposent à l'autorité administrative adoptant la solution de son choix. elle ne peut exercer ce choix n'importe comment ... il ne doit être entaché ni d'erreur de droit, ni d'erreur de fait, ni de détournement de pouvoir, ni d'erreur manifeste d'appréciation.

*C'est dire que le choix de la décision opportune doit être légalement fait. en d'autres termes, c'est dans la légalité que ce que recommande l'opportunité doit être apprécié."*²¹¹

Dans le cadre de l'action en responsabilité des Etats du fait de la violation du droit communautaire, le comportement dommageable apparaît également comme un comportement "objectivement" fautif.

B - Un comportement "objectivement" fautif.

Selon D. Simon, *"la solution retenue par le juge communautaire ... consiste à écarter toute prise en considération du comportement subjectif des autorités nationales, pour fonder la responsabilité sur la constatation objective d'une violation - le cas échéant qualifiée - de la légalité communautaire. ce n'est pas l'intention de l'auteur de la mesure nationale illicite, mais la violation du droit communautaire par elle-même, qui détermine l'obligation de réparer"*.

En fait, il apparaît que la conception de la faute adoptée par la Cour de justice est objective (1).

²¹¹ R. Chapus, "Droit administratif général", Montchrestien, 9e éd., 1995, n° 1076, p. 932.

Néanmoins, le juge communautaire n'exclut pas que certains éléments subjectifs puissent être pertinents pour apprécier si une violation du droit communautaire est ou non caractérisée. Toutefois, ces éléments étant appréciés sur la base de critères très objectifs, l'engagement de la responsabilité des Etats reste soumise à l'existence d'une faute objective des autorités nationales(2).

1. Une conception objective de la faute.

La faute peut être définie, comme dans le cadre de l'action en responsabilité extra contractuelle de la Communauté, comme "la violation des obligations communautaire". elle est liée, pour reprendre les termes employés par G. Tesauro, "*à la disposition qui est présumée enfreinte ou encore identifiée avec le contenu de cette disposition*".

Elle est établie, en effet, dès lors qu'il est prouvé que les autorités nationales ont méconnu une règle de droit communautaire. L'illégalité de l'acte ou de l'omission présume donc du comportement fautif de l'Etat.

Il est vrai que, si le droit communautaire impose des obligations de résultat ou des obligations de comportement ou d'abstention aux autorités nationales, la Cour de justice ne subordonne pas la responsabilité de l'Etat à la preuve d'une négligence ou d'une faute intentionnelle de l'auteur de la violation.

Si la disposition violée comportait une obligation de résultat, la violation de cette obligation, constituée à partir du moment où les autorités nationales n'ont pas réussi à atteindre le résultat voulu, suffit par elle-même à fonder la responsabilité de l'Etat.

Si la disposition enfreinte était une règle de conduite et qu'elle prescrivait, par exemple, une obligation de diligence²¹², "*la faute n'est plus un élément subjectif caractérisant la conduite de l'Etat qui a déterminé la violation et, partant, le dommage injuste, mais constitue précisément l'objet de la violation. en effet, la violation de l'obligation de diligence consiste exactement dans un comportement négligent, donc dans une conduite fautive, avec cette conséquence que la faute, n'est plus une composante subjective du comportement, mais l'objet du fait illicite*"²¹³.

Il y a donc confusion totale entre la faute et l'illégalité. Conformément au droit administratif français, toute illégalité de l'acte ou de l'omission est constitutive par elle-même d'une faute. La Cour de justice adopte donc une conception strictement objective de la faute.

Lorsque l'Etat disposait d'un large pouvoir d'appréciation, la faute résulte de la violation par les autorités nationales de l'obligation de ne pas dépasser les limites qui s'imposent à leur

²¹² Selon l'exemple de G. Tesauro.

²¹³ G. Tesauro, conclusions dans les affaires C- 46/93 et C-48/93, point 89.

pouvoir d'appréciation. En ce sens, c'est l'utilisation illégale du pouvoir d'appréciation qui fonde la responsabilité.

Toutefois, dans cette hypothèse, toute illégalité n'est pas fautive. La méconnaissance de ces limites doit être grave et manifeste et donc inexcusable.

Si on se réfère aux éléments qui, selon la Cour de justice, peuvent être pris en considération par les juridictions nationales pour mesurer l'intensité de la violation, on constate que si certains de ces éléments, portant sur le contenu de la disposition violée, sont purement objectifs, d'autres sont au contraire "des éléments subjectifs de la conduite de l'Etat"²¹⁴.

2. La prise en considération d'éléments subjectifs de la conduite de l'Etat

Certains éléments²¹⁵ à prendre en compte pour établir s'il y a méconnaissance manifeste et grave des limites du pouvoir d'appréciation, "*se rapprochent de la faute au sens subjectif*"²¹⁶.

Le juge communautaire invite, en effet, les juges nationaux à rechercher si l'auteur de la violation était de bonne foi.

Néanmoins, il ne s'agit pas de rechercher "ce qu'avait précisément en tête" les autorités nationales mais d'établir si au moment des faits, elles auraient du **normalement** savoir qu'elles violaient le droit communautaire soit en raison de l'existence d'un arrêt en constatation de manquement ou d'une jurisprudence bien établie condamnant les agissements en cause, soit, en raison d'une décision préjudicielle ou d'indications de la Commission éclaircissant la disposition communautaire imprécise ou encore, en raison de la clarté et de l'absence d'ambiguïté des dispositions communautaires à mettre en oeuvre.

Par contre, la conduite de l'Etat peut ne pas être blâmable si "*les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, l'adoption ou le maintien de mesures ou pratiques nationales contraires au droit communautaire*".

Ainsi la bonne foi de l'Etat est établie grâce à des critères objectifs. En ce sens, le comportement dommageable reste objectivement fautif²¹⁷.

En fait, la définition du comportement dommageable retenue par la Cour de justice est celle de l'acte illicite :

²¹⁴ Selon l'expression de G. Tesaro. point précité.

²¹⁵ Le caractère intentionnel du manquement ou du préjudice ou encore, l'intervention d'une institution communautaire.

²¹⁶ L. Dubouis, *op. cit.*, p. 592.

²¹⁷ Voir les développements de G. Tesaro sur cette question dans ses conclusions sur les affaires Brasserie du Pêcheur et Factortame, Point 86 à 90.

En effet, l'acte illicite est "*un acte contraire à la loi, à une obligation préexistante, à un devoir, voire une atteinte au droit d'autrui*"²¹⁸. Or, lorsque le juge communautaire subordonne le droit à réparation des particuliers à la violation, par l'Etat, des droits que leur confère le droit communautaire, il exige un comportement des autorités nationales portant atteinte aux droits des particuliers. Lorsque la violation du droit communautaire doit être suffisamment caractérisée, le comportement "objectivement" fautif se définit comme "*l'atteinte au droit et le fait d'avoir aperçu ou pu apercevoir que l'on portait atteinte au droit d'autrui*"²¹⁹.

Le régime de la responsabilité des Etats membres du fait d'une violation du droit communautaire peut donc être assimilé à un régime de responsabilité pour faute, basé sur une conception objective de la faute.

L'exigence d'une faute objective pour engager la responsabilité des Etats a des conséquences plus ou moins importantes dans les ordres juridiques nationaux :

§ 2. Les incidences de la définition du comportement dommageable sur les régimes nationaux de la responsabilité

Les conditions de mise en jeu de la responsabilité "communautaire" de l'Etat énoncées par la Cour de justice, ne sont que des conditions minimales. Elles sont "*nécessaires et suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation, sans pour autant exclure que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée dans des conditions moins restrictives sur le fondement du droit national*"²²⁰.

Les juges nationaux sont donc obligés d'appliquer le régime de responsabilité défini par le juge communautaire seulement si leurs droits nationaux s'avèrent moins favorables aux particuliers. Si les règles nationales sont, au contraire, moins restrictives, ils ont le choix entre les deux régimes.

Les droits nationaux entendent ainsi plus ou moins largement la notion de "faute". Les incidences de la définition du comportement dommageable sont dès lors très variables d'un système juridique à l'autre. Elles peuvent être négligeables ou à l'inverse, entraîner une véritable mutation du fait générateur de la responsabilité dans certains Etats.

²¹⁸ Selon la définition de J. Limpens, *op. cit.*, p. 727.

²¹⁹ Conformément à la définition de la faute de Demogue (Obligations, t. III, n° 225), citée par J. Limpens, article précité, p. 739.

²²⁰ Point 66 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

Les droits nationaux traitent également différemment la responsabilité de l'Administration et celle du législateur alors que, dans la jurisprudence de la Cour de justice, la nature de la violation du droit communautaire ne dépend pas de la nature de l'autorité qui agit. Les Etats ne peuvent pas "*exciper de ce que la violation de la règle communautaire est imputable au pouvoir législatif et non au pouvoir exécutif pour se soustraire à l'obligation de réparer le dommage qu'il(s) (ont) infligé aux particuliers*"²²¹.

La responsabilité de l'Etat législateur est sans aucun doute le problème le plus délicat auquel sont confrontés les juges nationaux. C'est sur ce point que l'arrêt Francovitch a soulevé le plus d'inquiétude. C'est une des questions essentielles soulevées dans les affaires Brasserie du Pêcheur et Factortame. La réponse de la Cour de justice est sans appel : l'Etat doit indemniser les particuliers même lorsque le dommage causé par la violation est imputable au législateur. Les droits nationaux sont donc appelés à lever l'immunité du législateur national ou, tout du moins, à lever les limites qui encadrent l'engagement de sa responsabilité.

Des problèmes différents se posent donc selon qu'est en cause le comportement du législateur national ou celui de l'Administration. C'est pourquoi il paraît opportun de rétablir cette distinction pour étudier les répercussions de la jurisprudence communautaire sur des droits nationaux de la responsabilité.

A - Les incidences de la définition du comportement dommageable sur les régimes nationaux de la responsabilité de l'Administration

Une étude de droit comparé s'impose (1) pour mesurer les effets de la jurisprudence communautaire sur les droits nationaux de la responsabilité (2).

1. Le fait générateur dans les systèmes de responsabilité nationaux

La responsabilité est, en général, fondée sur un acte illicite qui peut être un acte fautif (a), un acte illégal et fautif (b), un acte illégal (c) ou un tort (d).

Il faut également préciser que dans l'ensemble des Etats membres, tant les actes individuels que les actes réglementaires sont susceptibles d'engager leur responsabilité. La responsabilité de l'Administration du fait d'actes à caractère normatifs est donc admise.

²²¹ L. Dubouis, *op. cit.*, p. 585.

a. Un acte fautif

Plusieurs remarques peuvent être faites :

Tout d'abord, lorsque la faute est purement objective, on se rapproche des systèmes de responsabilité fondés sur l'illégalité.

Ensuite, lorsque la faute suppose la recherche de la culpabilité de l'auteur de l'infraction c'est à dire une conduite intentionnelle ou négligente de l'Etat, les critères d'appréciation sont souvent objectifs. Le juge national doit vérifier si les autorités nationales ont eu une conduite normale. Si une règle de droit impose une obligation à l'Etat, l'écart de conduite consiste alors à ne pas la respecter. Il y a manquement à une obligation. Dans ce cas, le comportement fautif se rapproche du comportement illégal. Il est anormal dans la mesure où il est contraire à une règle de droit imposant aux autorités nationales une conduite déterminée. Il est fautif car illégal.

En France, depuis l'arrêt Driancourt, toute illégalité est une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat, même si elle résulte d'une simple erreur d'appréciation. Néanmoins, si l'illégalité est purement formelle et procédurale et que l'acte est justifié au fond "*en ce sens qu'*" (il) *aurait pu être pris légalement en respectant les règles d'ordre procédural*"²²², elle n'entraîne pas la responsabilité des autorités nationales.

En Belgique, en vertu de l'article 1382 du Code Civil, la responsabilité extra contractuelle de l'Administration est une responsabilité pour faute. A l'origine, les juridictions belges définissaient le comportement fautif comme "*une erreur de conduite que n'aurait pas commise une personne avisée et placée dans les mêmes circonstances*"²²³. Aussi, si un individu se trouvant dans la même situation aurait également commis l'erreur en cause, le juge national ne retenait pas la faute. Aujourd'hui la jurisprudence admet que l'illégalité de l'acte constituait par elle même une faute, même si tout agent de l'Etat aurait eu un comportement identique dans des circonstances similaires. La jurisprudence belge est donc passée d'une conception subjective de la faute à une conception plutôt objective comme en droit français.

Au Luxembourg, c'est également le droit commun de la responsabilité civile (article 1382 et s. C.C) qui régit la responsabilité extra contractuelle de la Puissance Publique. Selon le Code Civil, les actes administratifs, qui peuvent être imputés à un comportement fautif ou négligent des autorités nationales, engagent la responsabilité de l'Etat. Dans un premier temps, la jurisprudence exigeait une faute distincte de l'illégalité de l'acte. Le comportement fautif était "*un comportement inexcusable que n'aurait pas adopté un fonctionnaire normalement*

²²² M. Schockweiler, *op. cit.*, p. 38.

²²³ Selon les termes employés par M. Schockweiler, *op. cit.*, p. 32.

diligent"²²⁴ ou encore, il était constitué "*par un décalage ... entre la fonction organisée et la conduite effective de l'Administration*"²²⁵. Actuellement, comme en France et en Belgique, la jurisprudence admet que la responsabilité de l'Administration soit engagée à la suite d'une simple erreur d'interprétation ou d'appréciation. Peu importe que le fonctionnaire ait été ou non négligent, l'illégalité de l'acte est en elle même fautive. Toutefois, si l'illégalité est purement formelle ou procédurale ou ne présente pas un certain degré de gravité, elle n'est pas source de responsabilité. La faute est donc devenue objective comme en Belgique.

Par ailleurs, la loi du 1^{er} Septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des Collectivités locales met en place un régime de responsabilité fondé sur le principe de l'égalité devant les charges publiques. Les requérants doivent prouver qu'ils ont subi un préjudice en raison de "fonctionnement défectueux des services" de l'Etat ou autres personnes morales de droit public tant administratives que judiciaires. Ils doivent démontrer que "*le service, dans son ensemble, n'a pas fonctionné correctement, conformément à la mission qui lui est impartie*"²²⁶. Ils n'ont donc pas à établir qu'un fonctionnaire déterminé a commis une faute. La faute est appréciée selon un critère objectif.

En Italie, c'est l'article 28 de la Constitution italienne qui prévoit la responsabilité civile de l'Etat et des autres autorités publiques. Alors que le droit commun impose aux requérants d'apporter la preuve d'une faute ("*colpa*" au sens de négligence) ou d'un dol ("*dolo*"), une violation du droit suffit à engager la responsabilité de l'Administration à condition que l'acte illégal porte atteinte à un droit subjectif de l'administré. En fait, la faute est objective. elle est présumée du fait de l'illégalité de l'acte. Plusieurs auteurs italiens vont dans ce sens. Selon R. Ianiotta,

*"le problème de la faute peut être considéré comme résolu parce que la loi a été peu à peu modifiée dans le sens de la faute objective indépendante de l'administration de la preuve de la faute ou du dolus de la part de la personne responsable"*²²⁷

M. Zanobini²²⁸ s'exprime sur la question dans des termes identiques. Selon lui, la faute résulte du comportement incompatible de l'agent avec la règle qu'il aurait du respecter.

S. Galeotti estime donc que

²²⁴ *Idem*, p. 43.

²²⁵ A. Loesch, dans son étude sur la responsabilité administrative de l'Etat, cité par E. Arendt, article précité, p. 462.

²²⁶ M. Schockweiler, *op. cit.*, p. 44.

²²⁷ R. Iannota, "La responsabilité de l'Etat dans le droit de l'Italie", Rapport présenté au colloque de droit européen consacré à "La responsabilité de l'Etat...", Section des publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980, p. 148-150

²²⁸ Zanobini, "Corso di diritto amministrativo", I, Naples, 8e éd., 1958.

"il devient non erroné mais superflu de constater la présence chez l'agent du dol ou de la faute chaque fois que le fait ou l'acte illicite est lié au non respect d'une norme juridique concernant l'activité de l'Administration"

Dès lors, on peut en déduire avec F. Fines que *"lorsque le comportement dérive de l'inobservation de normes techniques ou de canons de prudence commune, la faute ou le dol doit être démontré"*²²⁹.

Au Danemark, ce sont également les règles du droit commun de la responsabilité des particuliers qui s'appliquent. La responsabilité de l'Etat est donc liée à la preuve d'une faute de l'auteur de l'acte préjudiciable. Est constitutif d'une faute, un comportement négligent ainsi qu'un *"manquement aux obligations élémentaires de prudence et de précaution"*²³⁰.

M. Schockweiler remarque toutefois que *"si l'acte jugé illégal n'entraîne pas nécessairement l'obligation pour son auteur, de réparer le dommage causé ... l'illégalité de l'acte a l'origine du dommage constitue, en fait, une forte présomption de faute"*²³¹.

On tend alors vers une conception objective de la faute.

En Espagne, la responsabilité de la Puissance Publique est engagée en cas de fonctionnement anormal de l'Administration. Les services publics sont responsables de tout préjudice du fait de leur fonctionnement et la faute est appréciée par rapport aux *"standard de rendimiento medio del servicio de que se trate"* c'est à dire de ce que l'on peut exiger d'un fonctionnement moyen d'un service équivalent. Le critère de la faute est donc objectif. dans la mesure où il ne s'agit pas de faire la preuve d'un élément mental tel que la volonté de nuire au requérant²³².

b. Un acte illégal et fautif

L'acte doit être à la fois illégal et fautif pour engager la responsabilité de l'Etat. La faute dans cette hypothèse est subjective. Elle est un élément qui s'ajoute à l'illégalité pour qualifier la conduite de l'auteur de l'infraction. Outre l'illégalité de l'acte, le requérant doit prouver que son auteur a agi intentionnellement ou par négligence.

²²⁹ F. Fines, Thèse précitée, p. 166.

²³⁰ M. Schockweiler, *op. cit.*, p. 34.

²³¹ *Idem.*

²³² Voir, E. Garcia de Enterría et T.R. Fernandez, "Curso de derecho administrativo", cuarta edición, civitas, Madrid, 1983; J. Leguina, "La responsabilité de l'Etat ...", Section des publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980, p. 35.

En Allemagne, le comportement est illicite quant il n'est pas conforme aux devoirs de la fonction de l'agent lesquels sont définis non seulement par les lois et règlements, mais aussi par les circulaires et instructions internes, à condition que ces devoirs lui incombent non seulement dans l'intérêt général mais aussi dans l'intérêts des particuliers. Les normes et instructions doivent donc être protectrices. Il est nécessaire cependant que l'agent ait agi avec intention ou par négligence.

En raison de la difficulté pour les requérants de prouver l'intention ou la négligence, le jurisprudence allemande admet désormais qu'il suffit de démontrer que le comportement illégal de l'Administration est incompatible avec le soin qu'on attend normalement de quelqu'un qui détient une fonction publique. Ainsi, La faute est assimilée à un comportement non conforme aux devoirs de vigilance normale. Une présomption de faute est toutefois instituée par le §2, alinéa 1 de la loi de 1981 lorsque l'intervention illégale porte sur un droit fondamental tel que la propriété.

Le critère de la faute est donc objectif. D'autant que selon B. Bender²³³, les soins et l'attention requis pour déterminer la faute se mesurent par rapport aux capacités et aux connaissances d'un agent raisonnablement prudent.

Aux Pays Bas, l'article 1401 du Code Civil ("Burgerlijk Wetboek") s'applique à la responsabilité des personnes publiques. Tout acte illicite, qui cause un préjudice à autrui, exige que celui, qui l'a provoqué par sa faute, le répare. Une illégalité fautive est donc exigée.

Le comportement illégal doit s'entendre depuis une décision de la Cour de Cassation néerlandaise (le Hoge Raad) de 1919 comme un comportement contraire au droit.

La faute est définie par la jurisprudence comme un acte justifiant un reproche à l'égard de l'agent.

Néanmoins, la réparation peut être obtenue devant le juge administratif et notamment devant le Conseil d'Etat. Dans ces hypothèses l'illégalité suffit. Selon R. Fernhout, en effet,

*"dans les recours administratifs, les motifs de recours sont les principes de légalité et d'efficacité. Devant la juridiction administrative, les motifs sont la violation du droit et des règlements, le détournement de pouvoir, le caractère non raisonnable et la violation des principes généraux d'une bonne administration"*²³⁴.

Au Portugal, l'article 2, paragraphe 2 du décret-loi n°48051 du 21 novembre 1967, non modifié par la Constitution de 1976, prévoit que *"l'Etat et les autres personnes morales de droit public répondent, sur le plan civil, à l'égard des tiers, des atteintes portées aux droits de*

²³³"La responsabilité en droit allemand", Rapport présenté au colloque de droit européen consacré à "La responsabilité de l'Etat...", Section des publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980, p. 15 - 33.

²³⁴"La responsabilité de l'Etat aux Pays Bas", Rapport présenté au colloque de droit européen consacré à "La responsabilité de l'Etat...", Section des publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980, p.154-157.

ces derniers ou aux dispositions légales destinées à protéger leurs intérêts, par suite d'actes illicites, fautivement commis par leurs organes ou agents administratifs dans l'exercice de leurs fonctions et en raison de cet exercice".

Sont des actes illicites selon l'article 6 du décret-loi, *"les actes juridiques qui violent les normes légales et réglementaires ou principes généraux applicables ainsi que les actes matériels qui contreviennent à ces normes et aux principes ou encore aux règles d'ordre technique et de prudence générale qui doivent être respectées"*.

La faute est appréciée au regard du comportement d'un "bon père de famille". Son critère est donc objectif.

c. Un acte illégal

En Grèce, aux termes des articles 105 et 106 de la Loi d'introduction au Code Civil, l'engagement de la responsabilité de l'Administration suppose un acte d'exercice de la puissance publique ou une omission préjudiciable illégale. L'existence d'une faute n'est pas exigée. Une illégalité non fautive entraîne donc la responsabilité de la Puissance Publique.

Toutefois, F. Fines note, en se référant aux propos de W. Skouris, que

*"il peut arriver que la Cour de Cassation n'hésite pas à s'appuyer sur la faute lorsqu'il lui paraît incertain que l'Administration ait violé par action une disposition précise. De même, la Cour a parfois admis que la responsabilité de la puissance publique repose sur la violation par les fonctionnaires de leurs obligations de service"*²³⁵

Dans ce dernier cas, le comportement est illégal car il n'est pas conforme au comportement normal que les autorités administratives auraient du avoir. On rejoint l'idée de faute.

d. Un tort

En Grande Bretagne, le droit commun de la responsabilité, le droit des torts, s'applique à la réparation des dommages causés par les activités de la puissance Publique.

Toute illégalité, même si elle crée un dommage, n'entraîne pas la responsabilité des autorités nationales car elle *"n'implique pas nécessairement l'atteinte à un droit protégé par la Law of torts dont peut se prévaloir la victime d'un dommage"*²³⁶.

La décision légale en droit anglais est *"celle qui non seulement émane d'un organe compétent, mais qui est conforme à la loi et au but dans lesquels les pouvoirs ont été conférés"*²³⁷.

²³⁵ Thèse précitée, p. 168.

²³⁶ C. Harlow et M. Distel, *op. cit.*, p. 341.

²³⁷ *Idem*, p. 338.

Ainsi, comme le remarque M. Schockweiler, *"la notion d'illégalité n'existe pas comme telle en droit anglais, mais se confond avec celle plus large d'excès ou, plutôt, d'abus de pouvoir (acte pris ultra vires). elle consiste en un dépassement de la part d'un détenteur d'un pouvoir conféré par la loi, des limites imparties à celui-ci"*²³⁸

Seule la responsabilité pour violation d'une obligation légale (Break of Statutory duty) coïncide avec une illégalité. C'est en 1842, dans l'affaire *Ferguson v. Earl of Kinnoul*, que Lord Chancellor a posé le principe :

*"quand une personne a un important devoir à remplir, il ne peut s'y dérober et s'il néglige ou refuse de le faire, et qu'un individu en subit les conséquences, cela fonde ce dernier à demander des dommages et intérêts en compensation du préjudice subi"*²³⁹

Dans le cadre d'une action en responsabilité pour manquement d'une obligation légale, le requérant doit donc prouver que le défendeur a enfreint ses obligations statutaires.

Dans les autres cas, les actions sont fondées sur la conduite intentionnelle ou la négligence.

Winfield et Jolowicz définissent la négligence comme *"la violation d'une obligation légale de vigilance dont résulte un préjudice non désiré par son auteur"*²⁴⁰. La négligence est donc *"tout manquement à l'obligation de soin raisonnable ("due care") de l'Administration"*²⁴¹ ou encore, *"la méconnaissance d'un devoir légal d'attention"*²⁴².

M. Schockweiler note toutefois que *"dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, une simple erreur de jugement ne suffit pas pour engendrer la responsabilité dans le chef de l'auteur de l'acte. L'acte doit être à un tel point négligeant ou déraisonnable qu'il équivaut à un abus ou à un excès de pouvoir"*²⁴³.

L'Administration est également responsable pour tout acte de "misfeasance in public office" c'est à dire en cas d'abus de pouvoir malveillant ou de mauvaise administration délibérée. Il s'agit de réparer *"les abus de pouvoir ou usage (malveillant) de puissance par les autorités publiques ou les fonctionnaires"*²⁴⁴. Toutefois, il faut que le fonctionnaire ait agi avec "malveillance".

Au sens stricte, la malveillance est l'intention de nuire au plaignant. Dans l'affaire *Dunlop v. Woollahra Municipal Council*, cette notion a été assouplie puisque le juge britannique a rejeté la demande de dommage et intérêt au motif que :

²³⁸ Article précité, p. 49.

²³⁹ English reports, 1842, 9, p. 523. Voir également *Pickering v. James*, Law Reports, Common Pleas, 1873, p. 503.

²⁴⁰ "On torts", Rogers, 11e éd., 1979, p. 45.

²⁴¹ M. Schockweiler, *op. cit.*, p. 50.

²⁴² F. Fines, thèse précitée, p. 172.

²⁴³ Article précité, p. 50.

²⁴⁴ A. Tatham, "Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre", C.D.E., 1993, p. 597.

*"sans trace de malice, prendre dans l'ignorance de son invalidité une résolution qui est dépourvue de tout effet légal ne revient pas à faire preuve de "malveillance", élément nécessaire pour ce délit"*²⁴⁵

La malveillance, intention de nuire à autrui, peut donc être présumée lorsqu'il est établi que l'auteur de l'acte préjudiciable avait conscience qu'il n'avait pas pouvoir d'entreprendre l'action incriminée. Les pouvoirs détenus par l'autorité publique ne devant être exercés que pour le bien public, l'abus de l'Administration engendre donc par lui-même le délit de malveillance²⁴⁶.

Ainsi malveillance et connaissance sont interchangeable car *"il n'y a aucune distinction pertinente entre le cas où un fonctionnaire accomplit un acte qu'il n'a pas pouvoir d'accomplir dans l'objectif de léser A ... et le cas où un fonctionnaire accomplit un acte qu'il sait n'avoir pas pouvoir d'accomplir dans l'objectif de conférer des avantages à B mais qui a pour conséquence réelle et prévisible de léser A"*²⁴⁷.

Une action en réparation est donc possible lorsque un agent excède sciemment ses pouvoirs.

2. Les effets de la jurisprudence communautaire dans les droits nationaux.

Dès lors que les Etats membres ont adopté la faute objective ou l'illégalité comme fait générateur de responsabilité, les juges nationaux doivent simplement étendre le contrôle de la légalité des mesures prises par les autorités administratives ou exécutives aux normes communautaires.

Rien ne les obligent à exiger la preuve d'une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire lorsque la décision ou l'omission préjudiciable intervient dans un domaine où l'Administration disposait d'un pouvoir discrétionnaire ou lorsqu'est en cause un acte à caractère normatif des autorités exécutives. Les conditions fixées par la Cour de justice sont des conditions minimales. Il s'agit seulement d'un "standard minimum". Elles ne s'imposent que dans la mesure où les règles applicables dans les systèmes nationaux de la responsabilité sont plus restrictives et assurent dès lors une protection moins efficace et effective des droits des particuliers.

Il faut préciser néanmoins, en se basant notamment sur le droit administratif français, que l'étendue du contrôle juridictionnel dans les Etats varie selon la liberté d'action des autorités administratives. L'assujettissement au principe de légalité est, en effet, moins rigoureux si l'acte a été pris dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

²⁴⁵ Law Reports, Appeal Cases, 1982, p. 182.

²⁴⁶ Voir Court of Appeal, Jones v. Swansea, All England Reports, 1989, 3, p. 162.

²⁴⁷ Opinion du Juge Mann (Hight Court) dans l'affaire Bourgoin S.A v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, précitée.

Ainsi, en droit administratif français, il faut distinguer le contrôle de légalité "normal" et le contrôle de légalité "restreint". Le principe est que " *si l'autorité administrative compétente exerce en opportunité" ses attributions lorsqu'elle dispose du pouvoir discrétionnaire, "la décision qu'elle prend ne doit pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation ou être entachée de détournement de pouvoir"*²⁴⁸.

La jurisprudence fait apparaître que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation accompagne celui de l'erreur de fait, de l'erreur de droit et du détournement de pouvoir. L'administration ne doit donc pas apprécier les faits ou les règles de droit à la base de ses actes de façon manifestement erronée. Elle ne doit pas davantage avoir manifestement exercé son pouvoir dans un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré. L'examen du but dans lequel l'autorité administrative a agi conduit à rechercher quels ont été ses mobiles, son intention, ce qu'elle avait en tête. Il conduit donc à rechercher un élément subjectif, d'ordre psychologique. Il s'agit donc d'établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée telle que définie par le juge communautaire.

Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice contraint le juge national à apprécier cet élément psychologique sur la base de critères objectifs. En effet, si la Haute juridiction communautaire reconnaît que "*certaines éléments objectifs et subjectifs, qui dans le cadre d'un système juridique national, peuvent être rattachés à la notion de faute, sont pertinents pour apprécier si une violation du droit communautaire est ou non caractérisée*", elle interdit expressément aux juges nationaux de subordonner l'obligation de réparer les dommages causés aux particuliers "*à une condition tirée de la notion de faute allant au-delà de la violation suffisamment caractérisée*"²⁴⁹. Ce qui signifie également que dans l'hypothèse où les autorités nationales ont une compétence liée, l'illégalité de l'acte ou de l'omission doit suffire à engager la responsabilité de l'Etat et qu' "*on ne saurait subordonner la réparation du dommage ... à l'existence d'une faute intentionnelle ou d'une négligence dans le chef de l'organe étatique auquel le manquement est imputable*"²⁵⁰

L'exigence d'une appréciation manifestement erronée des faits ou du droit pour sanctionner l'exercice du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives traduit également la recherche d'une violation caractérisée des limites s'imposant à ce pouvoir.

Dans les affaires British télécom et Denkavit, le juge communautaire regarde, en fait, si les autorités nationales n'ont pas commis une erreur manifeste d'appréciation en interprétant la directive.

²⁴⁸ R. Chapus, "Droit administratif général", *op. cit.*, p. 935. L'auteur reprend en partie la formule jurisprudentielle usuelle.

²⁴⁹ Point 78 et 79 de l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame*.

²⁵⁰ Point 28 de l'arrêt *Dillenkofer*.

Lorsque les autorités administratives ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire, le contrôle de légalité est "normal" en ce sens que toute erreur d'appréciation est censurée et non pas seulement, les erreurs d'appréciation manifeste²⁵¹.

En droit administratif français, lorsque les autorités administratives disposent d'un pouvoir discrétionnaire, l'illégalité de l'acte doit donc être grave et manifeste pour engager leur responsabilité.

La jurisprudence communautaire n'a donc que peu d'incidences réelles sur le fait générateur de la responsabilité de l'Administration.

Dans le droit administratif hellénique, le contrôle de la légalité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire consiste, comme en France, "*à examiner le dépassement des limites extrême du pouvoir discrétionnaire, lequel constitue une violation de la loi*"²⁵². Il semblerait cependant qu'une violation caractérisée ne soit pas exigée, sauf dans le cas du détournement de pouvoir où la tendance général de la jurisprudence du Conseil d'Etat est de rejeter l'illégalité de l'acte s'il n'a pas été **clairement** démontré que "*l'organe administratif poursuit à dessein un but précis différent de celui qui est fixé par les dispositions correspondantes*"²⁵³.

Les mêmes remarques peuvent être faites quant aux critères d'appréciation du détournement de pouvoir que celles faites précédemment pour le droit administratif français.

Un problème particulier se pose cependant en France, celui de l'invocabilité des directives communautaires non transposées:

Le Conseil d'Etat français dénie, en effet, depuis l'arrêt d'Assemblée Cohn-Bendit²⁵⁴ et malgré la jurisprudence communautaire, tout effet direct des directives à l'égard des administrés. Les effets des directives communautaires sont subordonnés à l'existence de mesures nationales de mise en oeuvre. Les particuliers ne peuvent donc pas, en principe, fonder leur recours en annulation d'une décision prise à leur encontre, directement et exclusivement sur l'incompatibilité de la décision avec les objectifs de la directive. Le principe de l'arrêt Francovitch risque donc d'avoir une portée limitée en ce qui concerne les préjudices découlant de la non transposition d'une directive, les particuliers lésés ne pouvant pas faire valoir leurs droits devant le juge national. La Haute juridiction administrative sera donc forcée, à terme, d'admettre qu'une directive non transposée soit susceptible de produire certains effets et dès

²⁵¹ Voir R. Chapus, "Droit administratif général", *op. cit.*, p. 934 et s.

²⁵² E. Spiliotopoulos, "Droit administratif hellénique", L.G.D.J., 1991, p. 360 et s.

²⁵³ *Idem*, p. 364-365.

²⁵⁴ CE. Ass., 22 décembre 1978, p. 524, A.J.D.A. 1979, n°3, p.27, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau, D. 1979, p. 155, concl. B. Genevois, note B. Pacteau, D. 1979, IR, p. 89, obs. P. Delvolvé. G. Pal. 1979, p. 212, note D. Ruzié, Journal Clunet 1979, p. 591, note B. Goldman, J.C.P. 1979, n° 19158. note R. Kovar, R.C.D.I. privé 1979, p. 649, note A. Lyon-Caen, R.M.C. 1979, p. 104, note J. Boulouis. R.T.D.E 1979, p. 157, note L. Dubouis.

lors, puisse être invoquée devant le juge administratif, comme l'a déjà fait la Cour d'Appel de Paris dans l'arrêt Dangeville²⁵⁵.

Les Etats membres dont les systèmes de responsabilité sont basés sur l'illégalité fautive ou une faute subjective sont, par contre, contraints d'adopter une conception objective de la notion de violation du droit communautaire, à l'instar de leur droit commun, lorsque les autorités administratives ne disposent pas d'un pouvoir d'appréciation.

L'arrêt Dekker²⁵⁶, qui concernait le droit néerlandais de la responsabilité, va dans ce sens :

Dans cette affaire, le juge néerlandais voulait savoir si un recours dirigé contre un employeur qui avait enfreint le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, pouvait être rejeté, conformément au droit national, en l'absence d'une faute qui lui était imputable. Mme Dekker ainsi que les gouvernements néerlandais et britannique et la Commission faisaient valoir que, dès lors que la violation du principe d'égalité de traitement était établie, celle-ci devait suffire à engager la responsabilité de l'employeur. La Cour de justice a adopté cette solution. Elle a suivie l'approche de son Avocat général, M. Darmon, qui estimait que :

"ce serait contrarier l'effet utile des disposition de la directive s'il était exigé, en présence d'une discrimination violant le texte communautaire, de faire également la preuve d'une faute distincte commise par l'employeur. certes le droit de la responsabilité civile "classique" suppose l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Il nous semble cependant que dans une telle hypothèse, la faute est constituée par la violation même de la norme communautaire, c'est à dire l'acte ou le comportement discriminatoire".

Le principe de l'effet utile qui commande les modalités d'exercice de la responsabilités des Etats membres impose donc aux ordres juridiques nationaux, dont le fait générateur est l'illégalité fautive ou la faute subjective, de considérer que toute illégalité constitue, en elle même, une violation grave et manifeste du droit communautaire lorsque les autorités nationales ont une marge d'appréciation réduite ou inexistante.

C'est d'autant plus vrai que la preuve d'une culpabilité distincte de l'auteur de l'acte est difficile et rendrait souvent pratiquement impossible l'exercice des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire. Lorsque l'Administration ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation, la faute doit donc être constituée, voire présumée, par la violation même de la norme communautaire.

Il en va différemment lorsque les Etats disposaient d'un large pouvoir d'appréciation. Dans ce cas, la violation suffisamment caractérisée du droit communautaire peut, dans une certaine mesure, s'apparenter une illégalité fautive ou supposer l'existence d'une faute subjective.

²⁵⁵ Voir *infra* nos développements.

²⁵⁶ C.J.C.E. 8 novembre 1990, Dekker (Aff. C- 177/88, Rec. p. I-3941).

La méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent au pouvoir d'appréciation des Etats sous entend, en effet, que soit démontrée la mauvaise foi de l'auteur de l'acte ou de l'omission. Cependant, la bonne foi de l'Administration doit être établie selon des critères objectifs afin d'en faciliter la preuve.

La jurisprudence communautaire ne s'oppose donc pas, dans cette hypothèse, à ce que la réparation du préjudice soit subordonnée à l'existence d'une faute, à condition que cette faute n'aille pas au-delà d'une violation suffisamment caractérisée, sinon ce serait imposer une condition supplémentaire qui remettrait en cause le droit à réparation qui trouve son fondement dans l'ordre juridique communautaire.

Telle est la réponse de la Cour de justice au juge allemand qui lui demandait dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur*, s'il pouvait subordonner, conformément au droit national, la réparation du préjudice à l'existence d'une faute intentionnelle ou de négligence dans le chef de l'organe étatique auquel le manquement est imputable.

Les juges nationaux doivent donc apprécier objectivement la faute. Ils doivent déterminer si l'Administration pouvait ou devait avoir conscience qu'elle outrepassait les limites de son pouvoir d'appréciation. Si tel est le cas, comme lorsqu'il existe un arrêt en constatation de manquement ou une jurisprudence communautaire bien établie, l'intention ou la négligence sont présumées.

Selon A. Tatham, *"l'affaire Francovitch met en cause la solution adoptée dans l'affaire Bourgoïn"* où *"la Court of Appeal soutint que la réparation en dommages-intérêts n'était pas utilisable contre la Couronne ou ses ministres dans les poursuites pour violation de l'article 30, sauf le cas d'une malveillance"*²⁵⁶. L'auteur estime à juste titre, que la condition de malveillance est *"un obstacle inacceptable"* à la jouissance des droits conférés par le droit communautaire car, *"il est difficile de convaincre la cour qu'un ministre a agi de mauvaise foi"*.

C'est donc contraire à la protection efficace des droits individuels dérivant du droit communautaire.

Il en conclut que *"le délit de manquement à une obligation statutaire pourrait retrouver sa position de moyen principal à la disposition des requérants réclamant devant les tribunaux anglais des dommages-intérêts pour perte occasionnée par une violation du droit communautaire"*²⁵⁷.

Il ne fait aucun doute que cette solution s'impose en l'absence d'un pouvoir d'appréciation des autorités administratives.

Par contre, si elles disposent d'un tel pouvoir, soumettre la réparation en dommages-intérêt à la condition de malveillance rejoint, dans une certaine mesure, l'exigence d'une violation

²⁵⁶ Article précité, p. 625.

²⁵⁷ *Idem*, p. 626.

suffisamment caractérisée du droit communautaire. Néanmoins, la malveillance doit être entendue au sens de mauvaise foi c'est à dire "*la connaissance de la nature ultra vires de l'acte contesté*"²⁵⁸. Considérer que la malveillance implique la preuve d'une rancune ou d'une volonté vindicative reviendrait à subordonner l'obligation de réparer à une faute allant au-delà de la violation suffisamment caractérisée du droit communautaire. Pour la même raison, la connaissance de la nature ultra vires de l'acte doit être appréciée objectivement. Il s'agit seulement de déterminer si l'auteur de l'acte aurait pu ou aurait du normalement savoir qu'il violait les limites de son pouvoir.

Mais, le juge britannique peut aussi décider d'écarter la condition de malveillance et de fonder la responsabilité de la puissance publique uniquement sur le délit de manquement à une obligation légale.

Il peut également instituer un nouveau tort : le délit de manquement au droit communautaire et appliquer ainsi, purement et simplement, les conditions fixées par la jurisprudence communautaire.

Ils semblerait que ces deux dernières solutions soient les seules envisageables lorsqu'est en cause la responsabilité de l'Etat législateur. La Cour de justice estime, en effet, que :

*"l'éventuelle condition, qu'impose, en principe, le droit anglais pour que soit mis en cause la responsabilité de la puissance publique, d'apporter la preuve d'un abus de pouvoir dans l'exercice d'une fonction publique (misfeasance in public office), lequel abus est inconcevable dans le chef du législateur, est également de nature à rendre en pratique impossible l'obtention de la réparation des dommages résultant de la violation du droit communautaire lorsque celle-ci est imputable au législateur national"*²⁵⁹

La plupart des ordres juridiques nationaux admettent, à côté de la responsabilité pour faute ou illégalité, une responsabilité strictement objective dans la mesure où elle est engagée alors que l'acte ou l'omission préjudiciable est licite. Le fondement de cette responsabilité est double :

- le risque créé par une activité, de choses ou de méthodes dangereuses (Espagne, France, Portugal, Allemagne, Grande Bretagne). Il faut y inclure la responsabilité sans faute au profit des collaborateurs occasionnels des services publics.

- L'égalité, et notamment, l'égalité des citoyens devant les charges publiques (France, Portugal, Italie, Allemagne, Belgique, Pays Bas). Dans ce cas, le requérant doit démontrer qu'il a subi un préjudice anormal et spécial.

Il faut noter qu'en Espagne, la responsabilité d'actes administratifs légaux est admise de façon générale.

²⁵⁸ *Idem*, p. 622.

²⁵⁹ Point 73 de l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame*.

A priori, la Cour de justice ne s'oppose pas à ce que la responsabilité des Etats puisse également être mise en cause sur ces bases. C'est rompre l'égalité de traitement entre les Etats membres et la Communauté puisque la jurisprudence communautaire ne consacre pas la responsabilité sans faute des institutions communautaire.

Le problème se pose différemment dans le cadre de la responsabilité de l'Etat législateur qui, lorsqu'elle est reconnue, est souvent limitée à une responsabilité sans faute.

B - Les incidences de la définition communautaire du comportement dommageable sur les droits nationaux de la responsabilité du législateur

Les principes qui prévalent dans les Etats membres sont ceux de l'irresponsabilité et/ou de la responsabilité limitée du législateur national²⁶⁰.(1). La jurisprudence communautaire implique donc une révision des principes traditionnels des systèmes juridiques nationaux (2).

1. Les systèmes juridiques nationaux

En Allemagne, l'irresponsabilité du législateur national est le principe, sauf si une loi spéciale prévoit expressément la responsabilité directe pour faute législative. Sinon, le requérant peut fonder la responsabilité de l'Etat sur la faute de l'Administration qui a exécuté la loi irrégulière.

Une partie de la doctrine allemande considère néanmoins, selon M. Schockweiler, que l'article 34, alinéa 1, de la Loi fondamentale (identique aux termes de l'article 839 du BGB) visait à assurer "*non seulement la soumission de l'Administration à la légalité, mais également la prééminence de la Loi Fondamentale et la protection des droits fondamentaux du citoyen face à la Puissance Publique*"²⁶¹. Dès lors, tout acte administratif, législatif ou judiciaire ne devrait pas, en principe, méconnaître les droits garantis par la Loi Fondamentale sous peine d'engager la responsabilité de l'Etat.

Toutefois, dans une décision du 12 mars 1987, le Tribunal Fédéral Suprême en matière civile a affirmé qu'il n'est pas concevable d'engager une action en responsabilité contre l'Etat pour les conséquences dommageables de lois dont le contenu est contraire à la Loi Fondamentale²⁶².

Par ailleurs, la réparation du préjudice né de violation par une loi de dispositions nationales d'un rang supérieur est également subordonné au fait que l'acte ou l'omission du législateur vise une situation individuelle. le préjudice doit donc être spécial.

²⁶⁰ Voir nos développements sur l'auteur de la violation, Titre I, Partie I.

²⁶¹ " Le régime de la responsabilité ...", article précité.

²⁶² *Juristenzeitung*, 1987, p. 1024.

En France, le législateur n'encourt aucune responsabilité pour sa carence. La responsabilité du fait des lois est une responsabilité sans faute, fondée sur le principe de l'égalité devant les charges publiques²⁶⁴. Elle dépend de la volonté du législateur, c'est à dire de l'auteur du dommage, qui peut exclure, dans le texte même de l'acte législatif, la réparation des préjudices causés. Le professeur Chapus souligne à ce sujet qu' "*étant donné le rang des dispositions législatives ... dans la hiérarchie des normes juridiques, le juge administratif ne pourra que s'incliner devant de telles dispositions exonérant (expressément ou implicitement) par avance l'Etat de la responsabilité qu'il pourrait, selon le droit commun, encourir*"²⁶⁵. A la volonté du législateur, s'ajoute l'exigence d'un préjudice anormal et spécial. La responsabilité du fait des lois est donc très limitée.

Au Luxembourg, la responsabilité de l'Etat législateur ne pose aucun problème dès lors que la loi elle-même prévoit que les personnes victimes d'un préjudice du fait de ses dispositions puissent être indemnisées. le droit à indemnisation trouve donc son fondement dans la loi elle-même. En l'absence de dispositions expresses, par contre, le juge luxembourgeois refuse, en principe, de connaître des actions en responsabilité dirigées contre le législateur national "*au motif que ce serait s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, en procédant à un contrôle détourné de la loi, et censurer l'Etat souverain qui, dans son essence, doit rester discrétionnaire et irresponsable*"²⁶⁶.

Après avoir constaté qu'en l'espèce, la loi ne prévoyait pas d'indemnisation et qu'il résultait des travaux parlementaires que le législateur voulait exclure tout dédommagement, la Cour d'appel a ainsi jugé que :

*"l'acte législatif, par excellence, émanation de l'Etat, puissance publique, est, par là, incapable d'entraîner l'attribution de dommages et intérêts"*²⁶⁷

La responsabilité de l'Etat du fait des lois dépend donc, comme en droit français, de la volonté du législateur, auteur de l'infraction.

²⁶⁴ CE. 14 janvier 1938. Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette", Rec. leb. p. 25. Voir également A. Amselek, La responsabilité de la personne publique responsable d'après la jurisprudence administrative" in Mélanges Eisenmann. cujas, 1975, p. 233; T. Débard, "L'égalité des citoyens devant les charges publiques : fondement incertain de la responsabilité administrative", D. 1987, chron., p. 157; G. Morange, "l'irresponsabilité de l'Etat législateur (évolution et avenir)", D. 1962, chron. p. 163.

²⁶⁵ "Droit administratif général", *op. cit.*, p. 1202.

²⁶⁶ M. Schockweiler, "Le dommage causé par suite d'une violation du droit communautaire par l'autorité publique et sa réparation en droit luxembourgeois", Pas. Lux., T. 28, 1990-1992, p. 36, spé. p. 38.

²⁶⁷ Cour d'appel du 1er avril 1987, Poos / Grand-Duché, Pasicrisie luxembourgeoise, n° L/1987, p. 68. Voir également G. Ravani, précité, p. 234 et s.

En Belgique, c'est le principe de l'irresponsabilité du législateur national qui prévaut en raison de la suprématie absolue reconnue au pouvoir législatif²⁶⁸. C'est également le cas aux Pays Bas, en Grande Bretagne et en Italie.

La loi est l'expression de la volonté générale, elle ne peut mal faire. C'est d'autant plus étonnant que dans certains de ces pays comme l'Italie, il existe un contrôle de constitutionnalité des Lois. Cependant cette compétence n'appartient pas aux juges ordinaires et l'inconstitutionnalité d'une loi n'entraîne pas la responsabilité de l'Etat : "*l'adoption d'une loi non conforme à la constitution ne saurait être assimilée (apparemment) en elle même à un comportement qui porterait atteinte aux particuliers*"²⁶⁹

En Grèce, au contraire, l'article 105 de la Loi d'introduction au Code civil, ne paraît pas exclure que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée pour des actes ou des omissions du législateur. Jusqu'à présent, le rejet des demandes s'explique par le fait que les lois en cause concernaient uniquement l'intérêt public et non l'intérêt du requérant.

Au Danemark, la question n'est pas non plus tranchée. *A priori*, rien ne s'oppose à ce que la responsabilité de l'Etat législateur ne puisse pas être mise en jeu dans la mesure où les juridictions civiles sont compétentes pour constater l'inconstitutionnalité d'une loi.

En Espagne, l'article 106, alinéa 2, de la Constitution de 1978 vise seulement les dommages résultant du fonctionnement des services publics. Il semble donc que l'indemnisation des préjudices imputables au législateur ne soit pas envisageable.

Par contre, l'article 22 de la Constitution portugaise fait référence aux "titulaires des organes de l'Etat" sans autre précision. La responsabilité de l'Etat législateur devrait donc, en principe, pouvoir être mise en cause.

M. Schockweiler estime que le Décret-Loi ne mentionnant que les actes administratifs, la responsabilité du fait des lois paraît seulement devoir être admise sur la base de l'égalité des citoyens devant les charges publiques consacré par l'article 13 de la Constitution²⁷⁰. Il s'agirait donc d'une responsabilité sans faute nécessitant l'existence d'un préjudice anormal et spécial. Toutefois, à notre connaissance, la question n'a pas encore été tranchée par les juridictions nationales.

²⁶⁸ Voir M. Leroy, "Responsabilité des Pouvoirs publics du chef de la méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif" in "La responsabilité des pouvoirs publics", Bruylant, 1991, p. 299.

²⁶⁹ F. Fines, thèse précitée, p. 131.

²⁷⁰ Article précité.

2. Les effets de la jurisprudence communautaire sur les droits nationaux.

L'Etat législateur est, selon la jurisprudence communautaire, responsable de ses actes et de ses omissions contraires au droit communautaire. L'irresponsabilité et la responsabilité limitée du législateur est donc remise en cause dans les ordres juridiques nationaux s'agissant des infractions au droit communautaire.

Dans les Etats tels que la Grèce et le Danemark où la responsabilité de l'Etat législateur ne paraît pas, en règle générale, exclue, l'application des décisions de la Cour de justice ne doit pas soulever davantage de problème qu'en ce qui concerne la responsabilité de l'Administration.

Dans les autres Etats membres, la jurisprudence communautaire impose une "révision"²⁷¹ des principes traditionnels de leurs systèmes juridiques (a). Toutefois, cette "révision" n'est pas sans présenter certaines difficultés (b).

a. La "révision" des principes traditionnels des systèmes juridiques nationaux.

Alors que dans certains Etats, l'irresponsabilité du législateur est le principe, d'autres n'admettent sa responsabilité que dans des limites très étroites.

La responsabilité de l'Etat est, en effet, en premier lieu, subordonnée à la volonté du législateur. Dans les systèmes juridiques qui ne reconnaissent que la responsabilité sans faute du législateur pour rupture de l'égalité devant les charges publiques²⁷², l'exigence d'un préjudice anormal et spécial s'ajoute à cette première condition.

Ces solutions ne sont pas adaptées à la protection efficace et efficiente des droits conférés aux particuliers par l'ordre juridique communautaire. Tout d'abord parce que *"la primauté de la règle communautaire et des droits qu'elle a conférés aux particuliers impose la réparation du dommage quelle qu'ait pu être la volonté du législateur et non pas seulement à l'invitation de ce dernier"*²⁷³. Ensuite, parce que tout préjudice subi par les particuliers du fait de la violation de leur droit par un acte ou une omission du législateur doit pouvoir être réparé.

La Cour de justice condamne l'exigence d'un préjudice anormal et spécial car cette condition rend *"en pratique impossible ou excessivement difficile la réparation effective des dommages résultant de la violation du droit communautaire étant donné que les tâches incombant au législateur national concernent, en principe, la collectivité sans viser aucune personne ou catégorie de personnes qui puissent être considérées à titre individuel"*²⁷⁴.

²⁷¹ Selon les termes empruntés à L. Dubouis, *op. cit.*, p. 587.

²⁷² L'Etat peut ainsi être tenu de compenser les charges particulières que des lois font supporter à certains membres de la collectivité au nom de l'intérêt général.

²⁷³ L. Dubouis, *op. cit.*, p. 588.

²⁷⁴ Point 71 de l'arrêt *Brasserie du Pêcheur/Factortame*.

Les droits nationaux où la règle est l'irresponsabilité du législateur, doivent lever l'immunité de l'Etat législateur et le soumettre sa responsabilité du fait de la violation du droit communautaire, aux mêmes conditions que celles de l'Administration²⁷⁵.

Ceux qui ne reconnaissent qu'une responsabilité limitée à l'Etat législateur doivent désormais sanctionner la carence et les actes du législateur de la même manière que ceux des autorités administratives :

Les Etats, comme la France, qui refusent l'engagement de la responsabilité de la puissance publique en cas de carence du législateur sont donc forcés de l'admettre, tout du moins en ce qui concerne les violations du droit communautaire.

Les droits nationaux qui n'admettent qu'une responsabilité sans faute du fait des lois, doivent également fonder sa responsabilité sur la faute ou l'illégalité.

Enfin, l'engagement de la responsabilité de l'Etat ne doit plus dépendre du bon vouloir du législateur. Il doit être le principe et non plus l'exception.

Ces solutions ne s'imposent pas sans difficulté.

b. Les difficultés de la "révision"

Une telle évolution suppose que le juge national puisse contrôler la loi et plus largement, les agissements du législateur. Or là est la difficulté essentielle rencontrée dans les Etats où les juges se montrent réticents à "*apparaître comme censeur(s) de la loi*"²⁷⁶.

Pourtant une telle difficulté ne devrait pas exister dans les Etats membres qui ont reconnu la supériorité du traité et du droit communautaire dérivé sur la loi.

M. Chapus souligne, en effet, que :

*"Apprécier une loi comme n'étant pas compatible avec une norme supérieure (et qu'elle devait respecter) c'est en faire ressortir l'irrégularité. en d'autres termes, c'est reconnaître que le législateur (et il ne faut pas hésiter devant la simplicité expressive du terme) a commis une faute. C'est ainsi que, dans l'hypothèse ici considérée, la responsabilité de l'Etat pour faute du législateur est tout à fait concevable"*²⁷⁷

²⁷⁵ La nature de la violation et donc les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat ne dépendant pas de l'auteur de la violation.

²⁷⁶ Selon l'expression de L. Dubouis, *op. cit.*, p. 588.

²⁷⁷ *Op. cit.*, p.1207-1208. Voir également, M. Schockweiler qui tient des propos similaires en ce qui concerne l'admission en droit Luxembourgeois de la responsabilité du législateur pour violation de droit communautaire ("Le dommage causé par suite d'une violation du droit communautaire par l'autorité publique et sa réparation en droit luxembourgeois", *op. cit.*).

Pourtant, jusqu'à présent, le Conseil d'Etat français persiste à ne pas admettre la responsabilité pour faute du législateur. Les arrêts rendus par l'Assemblée du Conseil d'Etat le 28 février 1992²⁷⁸ dans l'affaire des tabacs en témoignent (i).

La Cour administrative d'Appel de Paris, par contre, n'a pas hésité, dans l'arrêt Dangeville, à reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait d'une loi incompatible avec une directive communautaire (ii).

i) Les arrêts Rothmans et Arizona Tobacco du 28 février 1992.

Une directive communautaire était intervenue dans le cadre de l'aménagement progressif des monopoles nationaux à caractère commercial imposé par l'article 37 du traité CEE, pour fixer les principes de l'harmonisation de la fiscalité applicable aux tabacs et incluait des dispositions relatives au régime des prix²⁷⁹. Cette directive fut transposée en France par une loi du 24 mai 1976 portant aménagement du monopole des tabacs manufacturés. Cette loi disposait dans son article 6 que le prix du détail, unique sur l'ensemble du territoire pour chaque produit, devait être fixé selon les modalités fixées dans un décret en Conseil d'Etat. Celui-ci prévoyait qu'il appartenait au ministre des finances de fixer ce prix. Il s'avérait donc que la loi, en donnant au ministre un pouvoir discrétionnaire en matière de fixation des prix, était contraire au régime de liberté des prix institué par la directive. Les fabricants de tabacs établis dans d'autres Etats de la Communauté s'étaient plaints au ministre au motif que les prix maxima fixés étaient trop bas et leur occasionnaient d'importantes pertes financières. A la suite, notamment, du refus implicite de celui-ci d'augmenter le prix du tabac, ils ont engagé devant le tribunal administratif de Paris des actions en réparation contre l'Etat du préjudice subi. Le rejet de leurs demandes les a conduit à faire appel.

La Haute juridiction administrative reconnaît bien la responsabilité de l'Etat pour violation d'une directive mais en imputant le préjudice aux décisions ministérielles et non à la loi elle-même. Comme le remarque le Professeur Kovar, "*cette démarche habile lui permet d'éviter d'entrer dans le débat sur le fondement de la responsabilité de l'Etat pour violation législative du droit communautaire*"²⁸⁰.

Cette solution était celle proposée par Mme Laroque dans ses conclusions. Le Commissaire du gouvernement fonde la faute du ministre sur l'obligation qui lui incombait, en vertu de la primauté du droit communautaire, d'écarter l'application d'une loi contraire au traité et au droit communautaire dérivé :

²⁷⁸ C.E. A. 28 fév. 1992, SA. Rothmans International France et SA Philip Morris et CE.A. Société Arizona Tobacco et SA Philip Morris France, p. 81, concl. M. Laroque, A.J.D.A., 1992, p.210 concl. M. Laroque.

²⁷⁹ directive n° 72/464/CEE du 19 décembre 1972, JOCE n° L. 303 du 31 décembre 1972.

²⁸⁰ R. Kovar, "Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire", D. 1992, chron., p.208, spé. p. 212.

"l'autorité gouvernementale ou administrative qui se voit attribuer, comme en l'espèce, par le législateur un pouvoir réglementaire, qui n'est pas compatible avec une norme internationale, et que de surcroît, elle n'est pas tenue d'utiliser dans un sens contraire à cette norme, ne peut légalement en user, dès lors qu'elle doit, d'elle-même, faire prévaloir la norme internationale sur la loi interne. L'illégalité de la décision administrative du dommage ne procède donc pas dans ce cas directement de la loi, mais du comportement de l'autorité administrative.

L'illégalité des décisions réglementaires de fixation des produits du tabac ... tient à ce que le ministre de l'économie et des finances a cru pouvoir légalement, mais à tort, faire usage d'une attribution que lui reconnaissait (sans lui en imposer d'ailleurs les conditions d'utilisation) le législateur alors qu'il aurait dû se placer en dehors du champ d'application du régime spécifique de la loi du 24 mi 1976 qui n'était pas compatible avec la directive communautaire du 19 décembre 1972.

C'est donc l'acte réglementaire illégal lui-même, qui s'est interposé entre la loi et l'administré, qui est le fait générateur direct du préjudice de ce dernier"²⁸¹

En fait, le Commissaire du gouvernement applique les principes dégagés par la jurisprudence administrative relative à la responsabilité du fait des lois. En vertu de ces principes, la responsabilité de l'Etat législateur n'est encourue que si son application directe est à l'origine du dommage ou si elle est appliquée à travers des règlements, ou des décisions individuelles dans les cas où la compétence est liée. En revanche, si l'administration, comme en l'espèce, n'a reçu qu'une simple faculté d'agir, le fait générateur de la responsabilité de l'Etat réside dans l'acte administratif et non la loi²⁸².

Il est intéressant de noter que Mme Laroque se place sur le terrain de la responsabilité pour faute et non plus, comme dans l'affaire Alivar, sur celui de la responsabilité sans faute. Elle estime que dans cette affaire, l'application du régime de la responsabilité sans faute se justifiait par "*les graves motifs d'intérêt général*" qui avaient conduit l'administration à méconnaître le droit communautaire. Selon ses propres termes, les mesures nationales adoptées avaient donc été jugées légales en raison des motifs d'intérêt général d'ordre supérieur qui les inspiraient, les autorités administratives ayant dû faire face d'urgence à une situation de crise avec les moyens dont elles disposaient alors. Dans l'affaire des tabacs, au contraire, le ministre ne se trouvait pas dans une telle situation. Dès lors, l'illégalité qu'il a commise en prenant les

²⁸¹ Rec. Lebon, 1992, p. 82, spé. p. 92 - 93.

²⁸² Voir CE. S. 18 déc. 1981, Ministre de la culture et de la communication, p. 478, A.J.D.A. 1982, p. 261, concl. B. Stirn; CE. S. 25 janvier 1963, Ministre de l'intérieur c. Bovero, p. 53; CE. S. 15 février 1961, Werquion, R.D.P. 1961, p. 321, concl. M. le Président Braibant.

Voir également M. le Président Kahn, "l'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois", E.D.C.E., 1962, p.63.

mesures contestées *"est fautive et susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat à l'égard des sociétés requérantes, dès lors qu'elles ont subi un préjudice ouvrant droit à réparation"*²⁸³.

Le Commissaire du gouvernement ne revient donc pas sur la jurisprudence Alivar fortement contestée par la doctrine. Il la présente comme un nouveau cas de responsabilité sans faute fondée, non plus sur le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, mais sur l'intérêt général. Il conçoit parfaitement que cette solution puisse à nouveau être appliquée si les circonstances de l'espèce le justifient.

Si le Conseil d'Etat n'aborde pas de front la question du fondement et du régime de la responsabilité de l'Etat législateur du fait de la violation du droit communautaire, c'est essentiellement parce qu'il refuse de constater l'illégalité de la loi. En effet, selon Mme Laroque; l'arrêt Nicolo ne doit pas être interprété comme *"posant le principe d'un contrôle de la légalité du juge sur la loi, qui pourrait aboutir à la censure de celle-ci"*²⁸⁴

On peut remarquer, qu'à aucun moment, le juge administratif ne se réfère à l'arrêt Francovitch qui venait d'être rendu par la Cour de justice. D. Simon en déduit que *"le Conseil d'Etat a manifestement voulu écarter toute référence à un fondement communautaire de la responsabilité de l'Etat et s'est délibérément placé sur le terrain du droit français pour établir la base du droit des requérants à réparation"*²⁸⁵. Il est vrai que le principe posé par la Cour de justice concernait un cas de non transposition d'une directive communautaire et non pas, comme en l'espèce, une transposition incorrecte. Or, il faut bien reconnaître que les juridictions nationales ont eu quelques difficultés à mesurer la portée du principe de la responsabilité des Etats membres du fait du droit communautaire. Toutefois, cette justification est mince, d'autant plus que, *"la reconnaissance de l'idée selon laquelle le droit à indemnité "trouve directement son fondement dans le droit communautaire" n'aurait pas eu pour conséquence d'imposer une révision déchirante des conditions de la responsabilité administrative en droit français, dans la mesure où la Cour de justice a clairement admis, conformément au principe de l'autonomie procédurale du droit interne, que c'est "dans le cadre du droit national que la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudices causé"*²⁸⁶.

Le Commissaire du gouvernement se distingue du Conseil d'Etat sur ce point, dans la mesure où il fait référence à la jurisprudence communautaire. Néanmoins, elle n'envisage nullement que la responsabilité du législateur puisse être engagée pour faute. Elle tient compte cependant des précisions apportées par la Cour de justice quant aux conditions de fond et de

²⁸³ *Idem.*

²⁸⁴ Conclusions, p. 93.

²⁸⁵ "Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : "ad augusta per augusta" ?", Europe, avril 1992, p.1, spé. p. 3.

²⁸⁶ D. Simon, *op. cit.*, p. 3.

forme de la responsabilité de l'Etat qui ne doivent pas être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne ni être aménagées de manière à rendre impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation. Elle en conclut pour les mêmes raisons que nous que si le Conseil d'Etat juge que "*l'illégalité des décisions réglementaires critiquées procède directement de la loi et est de nature à engager la responsabilité de l'Etat*", il devra créer un nouveau régime de responsabilité sans faute de l'Etat législateur²⁸⁷.

La solution de l'arrêt Rothmans est critiquable dans la mesure où elle tend à imposer à tout fonctionnaire "*si infime soit-il de vérifier systématiquement, avant de prendre une décision, sa légalité au regard du droit communautaire*"²⁸⁸.

Elle est contradictoire avec l'arrêt Morgane du 11 janvier 1991²⁸⁹ dans lequel le Conseil d'Etat a refusé qu'il soit imposé au juge administratif, examinant la légalité des décisions administratives, de soulever d'office la contrariété d'une règle interne avec le droit communautaire.

La Cour d'appel de Paris n'a pas suivi cette "ligne de conduite" dans l'arrêt Dangeville du 1er juillet 1992²⁹⁰ :

ii) L'arrêt Dangeville du 1er juillet 1992.

Dans cette affaire, la Société Dangeville demandait réparation du préjudice que lui avait occasionné le paiement, au cours de l'année 1978, de la TVA sur les commissions perçues par elle, des compagnies d'assurance en rémunération de son activité de courtier, conformément à la loi fiscale en vigueur jusqu'au 31 décembre 1978. Cette imposition était contraire à la sixième directive communautaire TVA qui prévoyait l'exonération des opérations d'assurance et de courtage à compter du 1er janvier 1978.

La demande de la société, fondée sur cette directive, avait été, dans un premier temps, rejetée par le Tribunal administratif et le Conseil d'Etat en application de la jurisprudence Cohn Bendit. Il est vrai, par ailleurs, qu'au moment où le jugement du Tribunal a été rendu, ni la jurisprudence Nicolo, ni les arrêts Boisdet et Rothmans n'étaient encore intervenus. La Cour de justice n'avait pas non plus encore consacré dans l'arrêt Francovitch, le principe de la responsabilité des Etats membres du fait de la violation du droit communautaire. Du fait de

²⁸⁷ Conclusions, p. 93.

²⁸⁸ Conclusions du Commissaire de gouvernement F. Bernault sur l'affaire Dangeville, Revue Fiscale 1992, n° 1665, p. 1422.

²⁸⁹ Rec. Leb. p. 9; Droit Fiscal 1991, n° 30, comm. 1576 ; R.F.D.A. 1991, p. 652, concl. D. Hagelsteen.

²⁹⁰ CAA Paris, 1er juil. 1992, Société Jacques Dangeville, p. 558, A.J.D.A., p. 768, obs. Prétot, DA 1992, n° 394, Dr. Fiscal 1992, n° 33, n° 1665, p. 1420, concl. F. Bernault, J.C.P. 1993, I, n° 3645, chron. E. Picard.

cette évolution de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence communautaire favorable à la requérante, *"la voie était ouverte et confortablement signalée"*²⁹¹ lorsque l'affaire est arrivée devant la Cour d'Appel.

Cette juridiction est toutefois allée plus loin que l'arrêt Rothmans puisqu'elle considère que la non transposition d'une directive par l'Etat législateur est, en elle-même, de nature à engager la responsabilité de la Puissance Publique. Sans pour autant nommer le législateur, elle constate expressément que le préjudice indemnisable résulte du comportement illicite de l'Etat. Ce qui revient, en réalité, comme le remarque D. Simon, *"à admettre la responsabilité de l'Etat pour faute dans l'exercice du pouvoir législatif"*²⁹².

Le raisonnement de la Cour d'Appel est très intéressant puisque, contrairement au Conseil d'Etat dans l'arrêt Rothmans, elle fonde directement sa décision sur le droit communautaire et les obligations qui en découlent pour les Etats membres :

"Considérant qu'il résulte des stipulations du Traité instituant la C.E.E., et notamment de son article 5, que l'Etat français est tenu de prendre toutes les mesures propres à assurer l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu dudit traité; que parmi ces obligations se trouve celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire soit directement, soit, à défaut, en assurant la réparation effective des préjudices qui en ont résulté; que par suite, la circonstance qu'un contribuable se prétendant taxé sur le fondement d'une disposition législative incompatible avec les objectifs d'une directive communautaire ait d'abord déféré en vain l'imposition en cause au juge de l'impôt, lequel n'a pas admis la possibilité d'invoquer utilement cette incompatibilité, ne saurait par elle-même, faire obstacle à ce que l'intéressé soit recevable à demander, sur le fondement des obligations résultant du traité précité, la réparation du préjudice découlant pour lui de l'absence de transposition en droit interne des objectifs de la directive."

La Cour d'Appel donne donc à l'obligation de réparer de l'Etat un fondement communautaire. Implicitement elle se réfère à l'arrêt Francovitch à deux niveaux différents : Tout d'abord, quant au principe même de la responsabilité de l'Etat; ensuite, quant à la recevabilité de l'action en réparation.

Le juge précise, en effet, que la circonstance qu'un contribuable, se prétendant taxé sur la bases d'une disposition législative incompatible avec les objectifs d'une directive, ait essayé, en vain, d'obtenir la restitution des sommes versées, *"ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé soit recevable à demander réparation"*. En principe, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat²⁹³, un contribuable est irrecevable à demander une indemnité en raison d'un préjudice causé par une

²⁹¹ Droit fiscal, 1992, Vol. 2, n° 1665.

²⁹² Europe, 1992, n° 445, p.7 .

²⁹³ Voir notamment, l'arrêt Delphin du 11 oct. 1978, Rec. leb. p. 360.

imposition définitive. Tel est le cas, lorsqu'une demande de restitution de la TVA a été définitivement rejetée. Or la Cour de justice condamne les règles nationales qui rendent excessivement difficile ou impossible l'obtention de la réparation lorsque l'application d'une réglementation communautaire est en cause. Dès lors, juger l'action en dommages-intérêts irrecevable aurait violé "*l'esprit de la jurisprudence communautaire*"²⁹⁴ en empêchant la société requérante de faire valoir ses droits. C'eut été également couvrir le comportement illicite de l'Etat en ne le sanctionnant pas.

La Cour d'appel s'est donc écartée de la solution Rothmans. Il lui était difficile toutefois de faire autrement dans la mesure où, contrairement au ministre dans l'affaire des tabacs, les autorités fiscales ne disposaient d'aucun pouvoir d'appréciation dans le recouvrement des taxations imposées par la loi fiscale. Or, il découle de la jurisprudence administrative que, lorsque les autorités administratives ont une compétence liée, les préjudices nés des décisions individuelles ou des règlements d'application de la loi sont imputables au législateur. Cette solution est d'autant plus appréciable que la juridiction nationale à elle-même constaté le manquement de l'Etat à la directive, aucun arrêt de la Cour de justice n'étant intervenu en ce sens.

Le Professeur R. Chapus qualifie cette solution de "banale", au regard du droit français, compte tenu de la jurisprudence Nicolo de 1989²⁹⁵. Selon lui, "*si elle se trouve satisfaite à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, elle doit être considérée comme n'en procédant pas*"²⁹⁶

Il reste à voir, si cette décision, en tout point conforme à la jurisprudence communautaire²⁹⁷, sera entérinée par le Conseil d'Etat. Si tel est le cas, elle remettra

²⁹⁴ D. Simon, *op. cit.*, p.7.

²⁹⁵ CE. Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, p. 190, concl. P. Frydman; A.J.D.A. 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste et p. 788, note D. Simon; D.1990, p. 135, note P. Sabourin; Journal Clunet 1990, p. 5, note F. Dehaussy; R.F.D.A. 1989, p. 813, concl., note B. genevois; R.F.D.A. 1990, p. 267, obs. D. Ruzié; R.T.D.E 1989, p. 771, concl., note G. Issac.

Dans ce "grand arrêt de la jurisprudence administrative", le Conseil d'Etat français reconnaît, en vertu du droit français, que les traités internationaux qui y ont été régulièrement introduits, sont supérieurs aux lois, même postérieures, qui ne s'accordent pas avec eux. Il accepte donc d'être le juge de la conformité des lois aux normes internationales, conformément à l'article 55 de la Constitution.

Par normes internationales, il ne faut pas seulement entendre les traités, mais aussi les normes qui en dérivent et notamment les règlements et directives communautaires (voir pour les règlements : C.E., 24 sept. 1990, Boisdet, p. 250, A.J.D.A. p. 863, chron. E. Honorat et R. Schwartz, L.P.A. 12 octobre 1990, p. 15, concl. M. Laroque, R.F.D.A. 1991, p. 172, note L. Dubouis; pour les directives : CE. Ass. 28 fév. 1992, SA Rothmans International France (affaire des tabacs), p. 80, concl. M. Laroque, A.J.D.A. 1992, p. 210 concl., et p.329, chron. C. Maugué et R. Schwartz, J.C.P. 1992, n° 21859, note G. Teboul, L.P.A. 10 avril 1992, p. 18, note T. Celerier, R.F.D.A 1992, p. 425, note L. Dubouis).

²⁹⁶ *Op. cit.*, p. 1207-1208.

²⁹⁷ La Cour d'Appel retient, en effet, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, la responsabilité de l'Etat pris globalement. Elle donne donc à la notion d'Etat "*la conception globalisante*" qui est celle du juge

définitivement en cause la jurisprudence Cohn Bendit. En effet, cette solution revient à admettre implicitement qu'une directive puisse être directement, en l'absence de mesures nationales, de transposition, invoquée devant le juge administratif pour fonder une action en responsabilité.

Cependant, il se peut que le Conseil d'Etat, tout en entérinant la solution de la Cour d'Appel, continue à appliquer celle de l'arrêt Rothmans lorsque les autorités administratives ont, en vertu d'une disposition législative contraire au droit communautaire, un pouvoir discrétionnaire.

Il n'en reste pas moins que l'arrêt Dangeville est le premier à fonder la responsabilité de l'Etat sur la faute du législateur. Il est le premier pas vers une transformation du droit administratif de la responsabilité.

D'autres Etats membres, telle que l'Allemagne, conçoivent aussi que le requérant puisse fonder la responsabilité de l'Etat sur la faute de l'Administration qui a exécuté la loi irrégulière. Ils pallient ainsi aux inconvénients d'une responsabilité très restrictive, sinon inexistante du législateur quant à la protection des droits des administrés. La généralisation de cette solution pourrait leur permettre de contourner un certain temps le problème de la responsabilité pour faute du législateur.

Lorsque la victime a prouvé que l'Etat a commis une "faute", encore faut-il qu'elle établisse que la violation du droit communautaire est la cause directe du dommage qu'elle a subi et que le dommage soit réparable.

Il convient donc d'examiner, à présent, les deux autres conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres : le lien de causalité et le dommage.

communautaire (selon l'expression de F. Bernault, conclusions précitées, p. 1421). Le juge administratif utilise également les termes employés par la Cour de justice comme l'y avait invité son commissaire du gouvernement : elle ne parle pas d'acte illégal ou fautif, mais de "situation illicite". Elle se réfère donc à la notion plus neutre d'illicéité consacrée dans l'arrêt Francovitch qui, selon le commissaire du gouvernement, F. Bernault, est de nature "*à faire ressortir très exactement l'idée de responsabilité pour faute à raison de l'application d'une loi incompatible (avec le droit communautaire) ...*" (Conclusions précitées, Revue Fiscale 1992, p. 1427).

SECTION II : LE DOMMAGE ET LE LIEN DE CAUSALITE

L'exigence d'un lien de causalité et l'existence d'un dommage sont les deux autres conditions du droit à réparation.

Le lien de causalité est une condition nécessaire de la responsabilité dans la mesure où l'Etat ne doit être tenu de réparer que les dommages qu'il a causés. Le dommage, quant à lui, est, selon les termes de T. Debard, "*l'alpha et l'omega*" de l'action en responsabilité puisqu'il est à son origine et qu'elle s'achève par sa réparation"²⁹³.

Ces deux conditions sont étroitement liées. Ce qui justifie qu'elles soient étudiées ensemble.

L'établissement du lien de causalité permet, en effet, de rattacher le préjudice subi par le requérant aux agissements des autorités nationales. Il s'agit de démontrer que le dommage est lié au fait dommageable imputé à l'Etat. La victime doit donc établir un lien de cause à effet entre le dommage qu'elle invoque et le fait des autorités nationales. Autrement dit, il s'agit d'établir l'existence du droit à réparation du requérant vis à vis des autorités nationales. L'absence de lien de causalité exclut toute obligation de réparer à charge de l'Etat, puisque le fait qui lui est reproché n'est pas à l'origine du dommage.

En fait, exiger un lien de causalité entre le fait générateur, c'est à dire la violation du droit communautaire et le dommage, revient à exiger un dommage direct. (§1)

Tout dommage n'est donc pas réparable. Ainsi, étudier la condition du dommage, c'est également examiner l'étendue et les modalités de sa réparation. (§2)

§1. Le lien de causalité.

Le lien de causalité doit être direct (A). Toutefois, la Cour de justice admet que le rapport de cause à effet puisse être rompu, notamment par les agissements de la personne lésée (B).

²⁹³ Thèse précitée, p. 475.

A - L'exigence d'un lien de causalité direct

Le préjudice allégué doit être la conséquence directe du fait dommageable imputé à l'Etat. Les juridictions nationales doivent "*vérifier s'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées*"²⁹⁴. La Cour de justice pose ainsi l'exigence d'un lien de causalité direct. Seuls les dommages directs sont réparables. La responsabilité de l'Etat ne peut être retenue que "*pour les dommages qui sont une suite immédiate, stricte et nécessaire du fait dommageable*"²⁹⁵ qui lui est imputable.

Par contre, si les agissements des autorités nationales sont seulement la cause indirecte du dommage, il ne saurait y avoir indemnisation.

D. Simon juge cette limitation de la protection juridictionnelle aux dommages directs contestable. Il considère cet encadrement de l'autonomie procédurale des Etats discutable. Selon lui, s'il est vrai que "*la plupart des droits nationaux de la responsabilité, comme d'ailleurs, les règles applicables en matière de responsabilité extra contractuelle de la Communauté, comportent une telle exigence et refusent généralement le remboursement des préjudices par ricochet, on voit mal sur ce point au nom de quoi le droit communautaire serait fondé à imposer au juge interne une limitation de cette nature, qui n'est en rien justifiée par le souci de protection juridictionnelle*"²⁹⁶.

La conception de la causalité directe retenue par la Cour de justice est celle qu'elle applique également à la responsabilité extra contractuelle de la Communauté (1). En fait, cette théorie est très proche de celle de la causalité adéquate appliquée dans la plupart des Etats membres (2).

1. La théorie de la causalité directe dans la jurisprudence communautaire.

L'acte ou l'omission des autorités nationales doit avoir joué un rôle déterminant dans la réalisation du dommage. Il ne suffit pas, par conséquent, que leur comportement ait seulement contribué au dommage. Le requérant doit démontrer que le fait reproché à l'Etat est une condition nécessaire au dommage.

²⁹⁴ Point 65 de l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame*. Voir également, point 21 de l'arrêt *Dillenkofer* et point 48 de l'arrêt *Denkavit*.

²⁹⁵ F. Fines, thèse précitée, p. 400.

²⁹⁶ Article précité, p. 498.

F. Fines résume ainsi la démarche suivie par la Cour de justice dans le cadre de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté pour vérifier si les agissements des institutions communautaires sont la cause directe ou non du préjudice subi par la victime :

" La CJCE va reconstituer la situation de la requérante. pour cela, elle part de l'acte incriminé et se demande si la situation du requérant aurait été nécessairement différente si celui-ci n'avait pas été pris. Elle recherche donc si la Communauté avait la faculté et le pouvoir de modifier la situation du demandeur : si le juge estime qu'elle aurait été vraisemblablement différente de ce qu'elle a été en fait, il en déduit que l'activité communautaire est la cause directe du dommage; mais si tel n'est pas le cas, alors la responsabilité communautaire est exclue"²⁹⁷.

Car, comme l'a affirmé le juge communautaire dans l'arrêt Dumortier Frères SA., aucune obligation de réparer *"toutes les conséquences préjudiciables mêmes éloignées d'une situation normative illégale"*²⁹⁸ ne pèse sur la Communauté.

La théorie de la causalité directe permet donc au juge de porter une appréciation très subjective de la situation de la victime. Il n'en est pas de même en ce qui concerne la théorie de la causalité adéquate, appliquée dans la plupart des Etats membres, plutôt basée sur le critère objectif de la "normalité". Néanmoins, ces deux conceptions du lien de causalité ont la même finalité : apprécier le caractère direct du dommage.

2. La conception de la causalité dans les Etats membres.

Deux conceptions de la causalité prévalent dans les ordres juridiques nationaux : la théorie de l'équivalence des conditions (a) et celle de la causalité adéquate (b).

a. La théorie de l'équivalence des conditions

Dans la théorie de l'équivalence des conditions, on part du principe que *"l'antécédent ou l'ensemble des antécédents, dont le phénomène appelé effet, est invariablement et inconditionnellement le conséquent"*²⁹⁹.

Ainsi toutes les conditions ayant contribué à la réalisation du dommage ont une même importance et sont considérées comme en étant les causes. Il suffit donc de démontrer qu'un

²⁹⁷ Thèse précitée, p. 402-403.

²⁹⁸ C.J.C.E. 4 oct. 1979. (Aff. jtes 64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, Rec. p. 3091, att. 20 et 21).

²⁹⁹ J.S. Mill, "Logique", Livre III. Ch. V.

fait a concouru à la réalisation du dommage pour établir l'existence du lien de causalité car *"tout fait en l'absence duquel le dommage final ne serait pas intervenu a la même valeur causale; tout ce qui a été une condition du dommage est de valeur équivalente"*³⁰⁰.

Contrairement à la théorie de la causalité directe développée par la Cour de justice, aucune sélection n'est opérée entre les différentes conditions du dommage.

Si cette théorie a le mérite de la simplicité, elle est, comme l'explique P. Vialle, *"très envahissante"* dans la mesure où *"elle oblige à tenir compte de tous les antécédents aussi insignifiants ou éloignés dans le temps qu'ils soient. On aboutit ainsi à une multiplication des causes juridiques; chacune engage la responsabilité de son auteur, parce qu'il n'est pas dans le pouvoir du juge qui a adopté un tel système de référence de mettre un terme aux réactions en chaîne"*³⁰¹.

La victime est donc assurée d'obtenir réparation dès lors que le fait imputé à l'Etat a joué un rôle dans la réalisation du dommage qu'elle a subi. Sans doute est-ce le point le plus positif de cette conception qui offre aux particuliers une protection très étendue. Elle présente, par contre, l'inconvénient majeur d'entraîner des conséquences excessives pour l'auteur du fait dommageable qui peut se voir condamner à la réparation intégrale du préjudice, alors même que son comportement n'a pas été déterminant sans la réalisation du dommage.

b. La théorie de la causalité adéquate.

Elle suppose, au contraire, une sélection entre les différents faits qui ont contribué au dommage. Toutes les conditions du dommage n'ont pas la même valeur causale et celui-ci est attribué *"à celui des faits dont on peut estimer, d'après l'expérience que l'on a du "cours normal des choses", qu'il avait une vocation particulière à le provoquer"*³⁰².

Par conséquent, le dommage doit être la conséquence normale du fait imputé à l'Etat. En ce sens, le lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage est direct. C'est donc le critère de la "normalité" qui guide l'appréciation de la causalité.

Cette théorie est très proche de celle de la causalité directe. Le juge recherche dans les deux cas si le fait reproché à l'Etat est une cause essentielle du dommage qu'il avait vocation à provoquer. Ces deux théories aboutissent à ne réparer que les dommages directs.

Toutefois, la théorie de la causalité adéquate est plus objective. Si elle laisse au juge une large marge d'appréciation, la subjectivité de son analyse est limitée en raison de caractère objectif

³⁰⁰ F. Fines, thèse précitée, p. 194.

³⁰¹ Article précité, p. 1258.

³⁰² R. Chapus, "Droit administratif général", *op. cit.*, n° 1219, p. 1094..

du critère utilisé. Il ne s'agit plus d'une appréciation *in concreto* mais *in abstracto* de la situation de la personne lésée.

Cette théorie, conforme à l'exigence d'un lien de causalité direct, est donc plus favorable aux requérants et la Cour de justice ne devrait pas s'opposer à son application à la responsabilité "communautaire" des Etats.

Une dernière théorie de la causalité a été avancée : celle de la cause la plus proche, en vertu de laquelle c'est la proximité dans le temps de la cause par rapport à la survenance du dommage qui est déterminante. Elle "*part du principe qu'aussi longtemps que ce dernier élément de la chaîne fait défaut, les choses restent en l'état*" et donc "*qu'il faut cet ultime coup de pouce pour que l'événement se produise*"³⁰³. Elle conduit à considérer que le dommage résulte directement du dernier fait et indirectement de ceux qui l'ont précédés : c'est l'antécédent immédiat qui détermine la cause du dommage.

Si cette théorie présente l'avantage d'être d'application simple, elle est source d'injustice en faisant porter le poids de la responsabilité au dernier fait, alors que sa gravité et son caractère essentiel peuvent être bien inférieurs à ceux qui lui sont antérieurs.

La solution la plus satisfaisante se révèle être la théorie de la causalité adéquate qui se rapproche le plus de celle développée par le juge communautaire. C'est cette théorie qui est appliquée dans la plupart des Etats membres. C'est le cas notamment en Allemagne, en France, en Italie, au Luxembourg, au Danemark, en Grèce, au Portugal et en Espagne :

En Allemagne, l'application de la causalité adéquate ne fait aucun doute : c'est l'aptitude générale de l'acte ou de l'omission de l'Administration à provoquer le dommage qui, selon la jurisprudence, doit être prise en considération. Les agissements des autorités nationales doivent donc comporter, en eux-mêmes, et non pas seulement dans les circonstances particulières de l'espèce, la possibilité effective du résultat.

En Italie, le fait illicite doit être normalement apte à produire le dommage. c'est également le cas au Danemark où c'est la probabilité de l'effet de l'acte ou de l'omission de l'Administration qui est pris en compte pour rechercher le lien de causalité.

En Grèce, la relation de cause à effet entre le fait dommageable et le dommage existe "*lorsque selon l'expérience commune et la raison, l'acte ou l'omission, au moment et dans les conditions où il a eu lieu, était propre, selon un pronostic objectif et conformément au cours naturel des choses, à provoquer le préjudice*"³⁰⁴.

³⁰³ P. Vialle, *op. cit.*, p. 1267.

³⁰⁴ E. Spiliotopoulos, "Droit administratif hellénique", *op. cit.*, p. 166, n° 221.

En Espagne, le dommage doit être la conséquence "directe, immédiate et exclusive" du fonctionnement normal ou anormal de l'Administration. *A priori*, cette conception de la causalité se rapproche davantage de celle de la causalité directe. Cependant, la référence au fonctionnement normal ou anormal de l'Administration introduit un élément objectif qui laisse à penser que c'est plutôt la théorie de la causalité adéquate à laquelle il est fait référence.

Aux Pays Bas, il semblerait également que ce soit cette théorie qui s'applique, bien que les termes du nouveau Code Civil ne soit pas très clairs sur ce point :

*"il y a lieu à réparation lorsque la connexité entre l'événement générateur et le dommage est telle qu'il y a lieu, compte tenu de la nature de la responsabilité et celle du dommage, d'imputer à l'agent la production du dommage"*³⁰⁵.

Fallait-il entendre par connexité, cause directe ou proximité de la cause ? La jurisprudence s'est plutôt prononcée en faveur de la théorie de la causalité adéquate puisque, selon M. Van Wassenae Van Catwijck³⁰⁶, le dommage doit être *"typique de la catégories d'événements dont fait partie l'événement dont l'auteur est tenu pour responsable"*.

Le droit belge se démarque des autres droits nationaux. De l'avis de F. Fines, il consacrerait la théorie de l'équivalence des conditions.

La conception de la causalité retenue généralement par le juge est, en effet, que *"le lien qui unit la faute au dommage revêt un caractère de nécessité lorsque le dommage tel qu'il se présente **in concreto** ne se serait pas réalisé sans la faute"*

Selon nous, cette conception est plus proche de celle de la causalité directe adoptée par le juge communautaire car elle repose sur une appréciation subjective du caractère nécessaire du fait dommageable. Cette interprétation semble confirmée par l'utilisation faite, par certaines juridictions belges, de la causalité adéquate qui suppose, non plus une appréciation subjective, mais une appréciation objective du caractère nécessaire de la faute commise.

Il peut s'avérer que la production du dommage soit le résultat direct d'une pluralité de causes. Dans ce cas, le lien de causalité entre le fait de l'Etat et le dommage peut être altéré, voire rompu, par l'intervention de causes étrangères dans la réalisation de préjudice.

³⁰⁵ Art. 6.1.9.4. du Code civil néerlandais, traduit par M. Van Wassenae Van Catwijck.

³⁰⁶ "Rapport des Pays-Bas", présenté dans l'étude "Faute et lien de causalité de la responsabilité délictuelle", Institut de droit comparé. Ed. Pédone, Paris, 1983, p. 97.

B - L'altération ou la rupture du lien de causalité : les causes étrangères.

L'Etat peut chercher à écarter le rapport de causalité en invoquant que le fait qui lui est reproché n'est pas la seule cause, ni la cause déterminante du dommage. Il doit, dès lors, faire la preuve d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable.

Plusieurs causes étrangères sont reconnues dans les ordres juridiques nationaux dont la conséquence est d'atténuer ou d'exclure la responsabilité des autorités nationales. Trois causes peuvent être distinguées : le fait ou la faute de la victime, la force majeure et le fait d'un tiers (1).

Dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame*, la Cour de justice admet que l'attitude de la victime puisse exonérer partiellement ou totalement l'Etat (2).

1. Les causes étrangères dans les droits nationaux de la responsabilité.

Elles sont au nombre de trois : la faute de la victime (a), la force majeure (b) et le fait d'un tiers (c).

a. La faute de la victime.

En France, si le dommage apparaît comme procédant exclusivement du comportement de la victime, le défendeur est exonéré de toute responsabilité. Si la victime a seulement contribué à sa réalisation, concurremment avec le fait du défendeur, la responsabilité de ce dernier n'est engagée que dans la mesure où son fait a causé le dommage³⁰⁷.

En Grèce, selon l'article 300 du Code Civil sur la faute "concurrente", qui s'applique également à la responsabilité extra contractuelle de l'Administration, "*le tribunal peut ne pas allouer de réparation ou peut en diminuer le montant si la personne lésée a contribué, par sa propre faute, au dommage ou à son extension, de même que si elle a négligé ou évité de limiter ce dommage*"³⁰⁸.

En Grande Bretagne, la réparation du dommage est également répartie en fonction des torts respectifs de la victime et de l'Administration.

Les mêmes solutions s'imposent en Belgique, aux Pays Bas, au Danemark et au Portugal.

³⁰⁷ Voir R. Chapus, *op. cit.* p. 1099, n° 1222, p. 1098-1100.

³⁰⁸ E. Spiliotopoulos, *op. cit.*, p. 172, n° 233.

En Espagne, comme le remarque F.Fines, le dommage doit être la conséquence exclusive du fait de l'Administration. Aussi, la faute de la victime entraîne-t-elle l'exonération totale de l'Administration. L'auteur note toutefois, quelques exceptions dans la jurisprudence espagnole où l'Etat n'a été que partiellement exonéré.

En Italie et en Allemagne, comme en Grèce, la personne lésée peut ne pas être indemnisée si elle a négligé de prévenir ou de limiter le dommage, alors qu'elle pouvait le faire. Elle est donc tenue par un devoir de vigilance et de diligence³⁰⁹. Tel est le cas si elle n'a pas utilisé en temps utile les voies de droit qui étaient à sa portée pour sanctionner le comportement illégal de l'Administration et empêcher qu'il ne lui soit trop préjudiciable. En Allemagne, la victime ne peut plus intenter une action en responsabilité si elle n'a pas auparavant intenté une action en interdiction d'un acte administratif dommageable. Dans ces Etats, il incombe donc à la victime d'avoir un comportement vigilant et diligent consistant à adopter toute mesure de nature à éviter le dommage ou tout du moins à en limiter l'étendue.

b. La force majeure.

Est constitutif d'un cas de force majeure, tout événement "*raisonnablement, absolument inattendu et absolument imparable*"³¹⁰.

Il doit s'agir avant tout d'un événement extérieur, étranger au défendeur, c'est à dire à l'Administration.

Au Danemark et en Belgique, la théorie de l'état de nécessité se rapproche de la force majeure.

Tant l'un que l'autre sont exonératoire de responsabilité. Ainsi, en Grèce, "*l'acte matériel ou l'omission dommageable illégal ne fonde pas la responsabilité de la personne morale publique s'il a eu lieu en vue de faire face à des situations dangereuses, dans des circonstances objectives constituant une force majeure*"³¹¹.

En France, l'exonération peut être seulement partielle si la force majeure a seulement contribué, avec le fait de l'Administration, à la réalisation du dommage.

³⁰⁹ Art. 1227, al. 2, du CC en Italie et Art. 839 du B.G.B en Allemagne.

³¹⁰ Selon la définition de R. Chapus. *op. cit.*, n° 1220, p. 1096.

³¹¹ E. Spiliotopoulos, *op. cit.*, p. 168, n°225.

c. Le fait d'un tiers.

Le principe est que tous les coauteurs fautifs d'un même dommage doivent participer, à hauteur de leur responsabilité, à l'indemnisation intégrale de la victime. En règle générale, le système de la responsabilité in solidum s'applique.

La Cour de justice a jugé, dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame*, que le juge national pouvait tenir compte de l'attitude de la personne lésée pour déterminer le préjudice indemnisable, dès lors qu'il le fait dans des litiges semblables de nature interne. Elle ne s'est pas prononcée sur le cas de la force majeure. Il semblerait, par contre que le fait d'un tiers soit admis car le juge communautaire retient au nombre des éléments à prendre en considération pour évaluer le degré de la violation du droit communautaire, l'intervention éventuelle des institutions de la Communauté. Dans ce cas, le problème de causalité recoupe celui de l'imputabilité du dommage que nous avons déjà longuement examiné.

2. L'attitude de la victime, cause exonératoire de la responsabilité de l'Etat.

Dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / factortame*, la Cour de justice déclare que *"pour déterminer le préjudice indemnisable, le juge national peut vérifier si la personne lésée a fait preuve d'une diligence raisonnable pour éviter le préjudice ou en limiter la portée et si notamment, elle a utilisé en temps utile toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition"*³¹²

Le lien de causalité entre l'acte ou l'omission illicite et le dommage subi peut donc être rompu totalement ou partiellement par le comportement fautif de la victime.

L'attitude de la personne lésée est fautive dès lors qu'elle n'a pas fait preuve d'une diligence raisonnable pour éviter ou limiter le dommage. Elle a donc un devoir de vigilance ou de diligence ou encore, un "duty of care".

La Cour de justice étend à la responsabilité extra-contractuelle des Etats, la solution qu'elle a consacrée dans l'arrêt *Mulder*, dans le cadre de l'article 215 du Traité C.E.E, en se basant sur les droits nationaux. A ce titre, elle qualifie l'obligation de diligence imposée à la victime de "principe général commun aux systèmes juridiques des Etats membres".

³¹² Point 84 de l'arrêt.

L'appréciation de comportement de la victime par le juge doit être objective. L'exigence d'un comportement raisonnablement diligent présuppose une analyse *in abstracto* de l'attitude de la personne lésée. Le juge doit comparer le comportement de la victime au type normal de conduite qu'elle aurait du avoir. Il s'agit donc de se référer à un comportement standard qu'aurait du avoir tout justiciable placé dans la même situation que le requérant.

Le manquement de la victime à l'obligation de diligence rompt et n'altère pas seulement le lien de causalité entre le fait de l'Etat et le dommage. Il est donc une cause d'exonération totale de la responsabilité de l'Etat. La Cour de justice précise, en effet, que la personne lésée doit avoir un comportement raisonnablement diligent "*au risque de supporter elle-même le dommage*".

Toutefois, rien ne s'oppose à ce que les juges nationaux reconnaissent seulement une exonération partielle dans le mesure où cette solution est favorable à la victime.

La Cour de justice estime notamment que constitue un comportement négligent de la personne lésée, la non utilisation dans les délais des voies de recours qui étaient à sa disposition pour éviter ou limiter le préjudice. Le fait, pour la victime, de ne pas avoir préalablement exercé les voies de droit existantes contre l'acte ou l'omission préjudiciable des autorités nationales peut donc exclure la responsabilité de l'Etat.

L'action en responsabilité est, par conséquent, subordonnée à l'exercice préalable d'un recours en annulation qui permet de paralyser et neutraliser les effets de l'acte ou de l'omission illégal.

L'action en indemnité apparaît donc comme "*la dernière ressource laissée au particulier, c'est à dire, la voie à utiliser lorsqu'il ne lui est plus possible de parvenir autrement à un résultat utile*"³¹³. Cette jurisprudence s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt Miret où la subsidiarité de l'action en responsabilité a déjà été consacrée par la Cour de justice.

Les Etats membres tels que l'Italie, la Grèce et l'Allemagne peuvent donc continuer à soumettre le droit à réparation à l'utilisation préalable des voies de droit dont dispose la victime pour éviter ou limiter le dommage.

Les Etats qui, au contraire, reconnaissent une autonomie absolue entre action en responsabilité et action en annulation, laissant ainsi aux particuliers le choix de celle qui lui paraît la plus adaptée à la protection de ses intérêts, sont libres de conserver cette position. La victime est dans une situation plus "confortable" puisqu'il ne pourra pas lui être reproché de ne pas avoir cherché à faire annuler l'acte ou l'omission illégale de l'Administration.

A quelle réparation la victime peut-elle prétendre ?

³¹³G. Tesaro, Point 104 des conclusions sur les affaires Brasserie du Pêcheur / Factortame.

§2. Le dommage et sa réparation.

Quels sont les dommages réparables (A). Quelle est l'étendue de la réparation à laquelle le requérant a droit (B).

A - Le dommage réparable

Tout dommage ne donne pas lieu à réparation. le dommage n'est réparable qu'à certaines conditions (1). La nature du dommage a également son importance (2).

1. Les conditions du dommage réparable.

En exigeant un lien de causalité direct, le juge communautaire exige implicitement que le dommage soit direct. C'est la première condition du dommage réparable.

Il ressort du droit des Etats membres, mais aussi de la jurisprudence communautaire intervenue dans le cadre de l'article 215 du traité C.E.E., que le préjudice doit être également certain.

Dans la plupart des Etats membres, comme dans la jurisprudence communautaire, cette exigence ne signifie pas que le préjudice doit obligatoirement être actuel. Le préjudice futur n'est pas exclu à condition d'être suffisamment certain.

Un dommage incertain est un dommage "*dont la réalisation n'est qu'une éventualité*"³¹⁴. un dommage futur n'est donc indemnisable que dans la mesure où il est suffisamment prévisible ou encore s'il paraît inévitable. Il ne doit pas être aléatoire, au sens d'hypothétique.

La Cour de justice applique également cette règle qu'elle considère comme "un principe général commun aux droits des Etats membres".

Le dommage certain recouvre ainsi deux hypothèses : un dommage né et actuel, mais également, un dommage futur mais prévisible.

La perte d'une chance est constitutive d'un préjudice certain s'il s'agit d'une chance sérieuse et réelle.

Certains ordres nationaux et le droit communautaire requièrent, dans certains cas, que le préjudice soit anormal et spécial.

³¹⁴ R. Chapus, *op. cit.*, n° 1214, p. 1086.

La notion de préjudice anormal ne doit pas être interprétée comme *"un dommage qui n'aurait pas du arriver"* mais comme *"un dommage qui n'a pas à être supporté par la personne qui en a été victime"* et *"qui excède ce qu'elle doit prendre en charge"*³¹⁵.

Ces deux conditions du dommage sont, toutefois, généralement exigées dans le cadre de la responsabilité sans faute de la Puissance publique (Espagne, Portugal, Luxembourg, Belgique, France).

En Allemagne, par contre, elles s'appliquent alors même que l'acte ou l'omission de l'Administration³¹⁶ ou du législateur est illégal. Ainsi, le dommage causé par une loi violant des dispositions nationales de rang supérieur ne peut donner lieu à réparation que si la loi en cause visait expressément et individuellement la ou les personnes lésées.

La Cour de justice a condamné dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame* une telle restriction au motif que *"les tâches incombant au législateur national concernent, en principe, la collectivité sans viser aucune personne ou catégorie de personnes qui puissent être considérée à titre individuel"*. La condition de spécialité du dommage, imposée par le droit allemand, rend donc en pratique *"impossible ou excessivement difficile la réparation effective des dommages résultant de la violation du droit communautaire"*.

Dans ses conclusions sur l'affaire *Lomas*, l'Avocat général. Léger se déclarait, au contraire, favorable à la limitation de la responsabilité de l'Etat législateur aux dommages anormaux et spéciaux, en raison du caractère très général de la loi :

*"Par définition, la loi vise un nombre étendu de destinataires. c'est pourquoi le droit communautaire ne saurait s'opposer à ce qu'un Etat membre exige, pour que sa responsabilité puisse être mise en cause, que le préjudice soit spécial, ne concerne qu'un nombre restreint de victimes, et qu'il soit anormal, par exemple, en dépassant les risques normaux inhérents aux activités d'entrepreneur dans le secteur concerné"*³¹⁷

L'Avocat général Tesouro est, quant à lui, opposé à une telle limitation de la responsabilité des autorités nationales :

"Il serait assurément excessif d'exiger des particuliers lésés par des actes illégaux que le préjudice qu'ils ont subi ait un caractère anormal et spécial, avec cette conséquence de laisser à leur charge non seulement les effets de faible importance, mais également ceux communs à une catégorie de personnes qui n'est pas vraiment restreinte. En

³¹⁵ P. Amselek, "La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative" in *Recueil d'Etudes en hommage à C Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 233.

³¹⁶ La Cour fédérale allemande considère, en effet, les atteintes illégales au droit fondamental de propriété comme des expropriations, dès lors qu'elles auraient constituées tant par leur contenu que par leurs effets, des expropriations si elles avaient été légales et lorsqu'elles imposent, à l'intéressé, une charge particulière. Le dommage causé par l'action de l'Administration doit donc être anormal.

³¹⁷ Point 178 des conclusions.

somme, nous estimons que l'idée d'une franchise pour les préjudice mineurs, est, dans le cas qui nous occupe, une mauvaise idée"³¹⁸

Selon lui,

*"... des conditions relatives à la nature du dommage, qui sont par ailleurs susceptibles de conduire à la négation même du droit à réparation, ne trouvent aucun fondement ni raison lorsque le dommage allégué est lié non pas à une activité licite mais à une activité illicite."*³¹⁹

Il estime, en effet, que :

"...fait obstacle à l'acceptation du critère de la gravité de la lésion patrimoniale le fait qu'une mesure illégale constituant une violation manifeste et grave, contraire à une disposition du système et contraire également aux droits subjectifs qu'elle garantit, doit donner lieu à réparation pour rétablir l'équilibre affecté par cet acte de caractère illégal, et cela, indépendamment de la gravité du préjudice ...

*... il ne semble pas possible de limiter la responsabilité des Etats aux cas dans lesquels des sujets de droit ou des groupe de sujets de droit sont spécifiquement déterminés et, par contre, de l'exclure là où l'acte normatif vise une large catégorie de sujets de droit. En effet, s'il est vrai que l'on pourrait, à bon droit, soutenir que des exigences tenant à l'intérêt public conduisent à exclure la réparation du préjudice subi par de larges catégories de personnes, notamment en vue d'éviter de lourdes charges financières, il est tout aussi vrai qu'une telle construction repose sur de simples considérations d'opportunité. il resterait en effet, à se demander, étant donné que la responsabilité est subordonnée à la violation grave et manifeste d'une règle supérieure de droit qui a engendré des droits subjectifs, sur la base de quel motif le titulaire du droit à réparation obtiendrait satisfaction en fonction du nombre des autres titulaires du même droit violé."*³²⁰

La Cour de justice semble avoir été convaincue, tout du moins en ce qui concerne la spécialité du dommage, par les arguments de son avocat général. La position du juge communautaire peut paraître surprenante lorsque l'on sait qu'il subordonne, lui-même, la réparation des dommages causés par les actes normatifs de la Communauté à l'existence d'un préjudice spécial. Pourtant, les critiques émises par M. Tesouro peuvent lui être opposées. Ce qui fait dire à l'Avocat général que *"cette conclusion devrait valoir également dans le cas de la*

³¹⁸ Point 93 des conclusions.

³¹⁹ Point 95 des conclusions.

³²⁰ Point 94 des conclusions.

*responsabilité non contractuelle de la Communauté*³²¹. Il invite donc le juge communautaire à modifier sa jurisprudence dans ce sens.

Quoiqu'il en soit, le droit allemand doit donc écarter la condition de la spécialité du dommage chaque fois que la loi viole le droit communautaire. Dès lors que le dommage est direct et certain, il doit être réparé.

2. La nature du dommage.

Selon les atteintes qu'il porte aux personnes lésées, le dommage peut être de nature différente. S'il affecte le patrimoine ou les biens de la victime, le dommage est matériel. Si, au contraire, il affecte les droits extra-patrimoniaux de la victime, il est moral.

Le dommage matériel peut être purement financier ou économique. Tel est le cas lorsque c'est uniquement "*le portefeuille de la victime qui subit une perte*"³²². La réparation de ce type de dommage n'est pas uniformément reconnue dans tous les Etats membres (1).

Interrogée sur ce point par le juge allemand dans l'affaire Brasserie du Pêcheur / Factortame, la Cour de justice s'est prononcée en faveur de sa réparation (2).

a. La réparation du dommage purement financier ou économique dans les Etats membres.

Traditionnellement on distingue deux types de dommages matériels purement financiers ou économiques : la perte éprouvée (*le damnum emergens*) et le manque à gagner (*le lucrum cessans*).

Le *damnum emergens* est constitué par "*l'appauvrissement subi par le patrimoine de la victime du fait de l'acte dommageable*"³²³. Le fait dommageable est donc à l'origine d'une diminution du patrimoine de la personne lésée.

Dans le cas du *lucrum cessans*, il est porté atteinte à la croissance du patrimoine de la victime. Sans le fait dommageable, le patrimoine se serait accru. Le manque à gagner "*représente (donc) la mesure dans laquelle cet acte dommageable a empêché un accroissement du patrimoine considéré*"³²⁴.

³²¹ Point 95 des conclusions.

³²² J. Herbots, "le duty of care et le dommage purement financier en droit comparé". R.D.I.C. 1985, p. 7, spé. p. 8.

³²³ T. Debard, thèse précitée, p. 499.

³²⁴ *Idem*, p. 500.

Certains ordres juridiques nationaux, tels que l'Allemagne et la Grande Bretagne, n'admettent que modérément la réparation du dommage purement financier ou économique.

Trois articles du Code civil peuvent être invoqués, en Allemagne, en vue de la réparation d'un tel préjudice :

En principe, en vertu de l'article 823, alinéa 1 B.G.B, la perte financière ne peut être dédommée que si elle est la conséquence d'un dommage "*à un des intérêts énumérés*", c'est à dire si elle découle de l'atteinte portée à la propriété, au corps humain ou encore, à un droit similaire.

Néanmoins, la jurisprudence allemande a cherché à contourner cette règle restrictive en interprétant largement la notion de droit similaire. Depuis 1954, elle inclut notamment dans cette notion, le droit à "*une entreprise établie et opérationnelle*"³²⁵. Le plaignant peut, dès lors, invoquer ce droit similaire pour être dédommager des pertes purement financières, tels que des bénéfices manqués, que lui a causé les agissements d'un tiers. En 1951, le juge allemand avait tenté d'étendre la notion de droit similaire à toute perte purement financière, mais cette jurisprudence n'avait pas été suivie.

L'article 823, alinéa 2 B.G.B autorise la réparation du dommage purement économique ou financier si une loi vise expressément à protéger certains individus ou groupe d'individus contre ce type de dommage.

Enfin, selon l'art. 826 B.G.B., une perte purement économique ou financière est toujours dédommée si le demandeur démontre que le défendeur avait conscience que son comportement pouvait lui causer un tel dommage. Le critère utilisé pour apprécier le comportement fautif de l'auteur de l'acte ou l'omission préjudiciable est objectif³²⁶.

La protection des particuliers contre les dommages matériels purement économiques ou financiers est donc limitativement admise en Allemagne. Elle l'est également en Grande Bretagne où la perte purement financière n'est réparée, en principe, que si elle la conséquence d'une atteinte à la personne ou à un bien, à condition, toutefois, qu'elle soit raisonnablement prévisible. Néanmoins, il semblerait que le dommage purement financier ou économique puisse, tout de même, comme en droit allemand, donner directement lieu à réparation si le requérant démontre que le préjudice qui lui a été causé est précisément celui que voulait lui éviter le législateur en imposant l'obligation qui a été violée par le défendeur.

A priori, dans les autres Etats membres, la réparation de dommage purement financier ou économique ne soulève aucun problème spécifique. Elle n'en pose pas davantage en droit communautaire.

³²⁵ Voir J. Herbots, article précité, p. 11 et s.

³²⁶ *Idem*.

b. La position de juge communautaire.

La jurisprudence communautaire accepte également de réparer les dommages purement financiers ou économiques, à condition toutefois, que les pertes subies soient anormales lorsqu'est en cause un acte normatif et dépassent donc "les risques inhérents aux activités économiques" concernées.

En outre, la Cour de justice ne prend en considération le manque à gagner que s'il présente un degré de certitude suffisant. Elle exige que "*la chance perdue soit réelle et sérieuse*"³²⁷.

Le manque à gagner résultant d'une opération qui n'a pu avoir lieu, la Cour de justice veut éviter la réparation de dommages économiques de nature spéculative.

En fait, la Cour de justice ne fait que rappeler que le dommage, pour être réparable, doit être certain.

Exclure totalement la réparation du dommage purement économique ou financier alors que les litiges découlant de l'application du droit communautaire sont essentiellement d'ordre économique ou commercial, n'est pas conforme au principe de la protection réelle et efficace des droits des particuliers. C'est pourquoi la Cour de justice répond au juge allemand, qui lui demandait si la réparation du dommage matériel pouvait être limitée par une réglementation nationale aux dommages causés à certains biens, que :

*"l'exclusion totale, au titre du dommage réparable, du manque à gagner ne peut être admise en cas de violation du droit communautaire. En effet, spécialement à propos de litiges d'ordre économique ou commercial, une telle exclusion du manque à gagner est de nature à rendre, en fait, impossible, la réparation du dommage"*³²⁸.

Le Professeur Dubouis s'interroge sur la portée à donner à la réponse du juge communautaire. Ne limite-t-elle pas la prise en considération du manque à gagner aux litiges de nature économique ou commercial ?

En fait, nous ne pensons pas que c'était l'intention du juge communautaire. Le terme "spécialement" doit être compris au sens de "plus particulièrement". Il n'exclut donc pas que le manque à gagner puisse être dédommagé dans le cadre de litiges d'ordre social par exemple, telle que la perte de revenus ou salaires. La Cour de justice veille seulement à replacer sa réponse dans le contexte commercial de l'espèce : le juge allemand voulait savoir concrètement si la législation allemande pouvait exclure la réparation de l'atteinte portée aux chances de commercialiser des produits.

³²⁷ F. Fines, thèse précitée, p.416.

³²⁸ Point 87 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

C'est également l'avis de M. Dubouis pour qui *"cette formule ne doit pas être prise comme constituant une position de principe et doit être replacée dans le cadre de la question posée par la Cour"*³²⁹.

On peut remarquer, cependant, que la Cour de justice n'est opposée qu'à une exclusion totale du manque à gagner. Elle admet donc que le dédommagement du *lucrum cessans* puisse être limitée ou du moins, qu'il soit enfermé dans certaines conditions. Et pour cause, puisqu'elle même n'accepte de le réparer que s'il présente un degré de certitude suffisant.

Le juge communautaire laisse donc, apparemment, au juge national une certaine marge d'appréciation pour déterminer quant est-ce que le manque à gagner est réparable.

En fait, on peut s'interroger sur la réalité de cette liberté.

La Cour de justice a fixé, en effet, les conditions minimales de la responsabilité "communautaire" des Etats, en se basant sur celles de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté. Il ne saurait en être autrement en ce qui concerne celle du préjudice. Dès lors qu'elle accepte de prendre en considération le manque à gagner lorsqu'il est suffisamment certain, ne doit on pas considérer qu'il doit en être de même devant les juridictions nationales ? Dans ces conditions, les juges nationaux verraient leur marge d'appréciation réduite à l'appréciation du degré de certitude du manque à gagner.

L'Avocat général Léger conclut en ce sens. Selon lui, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, *"le préjudice peut consister en un manque à gagner ou même une "perte de chance" mais il doit être certain. Un préjudice reposant "sur des éléments de nature essentiellement spéculative n'est pas réparable"*³³⁰.

Si cette interprétation de la jurisprudence Brasserie du Pêcheur/ Factortame se confirme, la réparation du dommage purement financier ou économique devra être la règle et non plus l'exception en droit allemand et en droit anglais. Ces droits devront admettre que ce type de dommage puisse être directement réparable lorsqu'est en cause le droit communautaire. Ces dommages ne devront plus être pris en compte seulement lorsqu'ils sont la conséquence d'atteintes à un bien ou à la personne, ou encore, lorsque le législateur le prévoit.

Le juge allemand n'aura plus besoin, tout du moins s'agissant de la violation du droit communautaire, d'édifier des constructions jurisprudentielles pour pouvoir indemniser les victimes en interprétant largement les textes. La décision de la Cour de justice conduira peut-être à étendre définitivement la notion de droit similaire à toute perte purement économique ou financière en droit allemand.

Lorsque le dommage remplit les conditions exigées, il doit être réparé par l'Etat :

³²⁹ Article précité, p. 595.

³³⁰ Point 183 des conclusions. L'Avocat général se réfère à l'arrêt Kampfmeyer, précité.

B - La réparation du dommage.

Dès l'arrêt Francovitch, la Cour de justice affirme que c'est le principe de l'autonomie procédurale qui s'applique en la matière, à la double condition que les règles nationales ne soient pas discriminatoires ni ne rendent en pratique excessivement difficile voire impossible la protection des particuliers :

*"C'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé par la violation du droit communautaire qui lui est imputable".*³³¹

Les modalités de la réparation dépendent donc de chaque ordre juridique national. Dès lors, si généralement l'indemnisation de la victime est faite en argent, sous forme de dommages-intérêts, il n'est pas impossible, comme le prévoit certains droits nationaux, que la réparation se fasse en nature. Dans cette hypothèse, le juge national ordonne à l'Administration de prendre toutes les mesures nécessaires pour rétablir le *statu quo ante* et donc de restaurer la situation antérieure (Espagne, Pays Bas, Belgique, Allemagne).

La Cour de justice a toutefois apporté quelques précisions "*non négligeables*"³³² sur l'étendue tant matérielle (1) que "temporelle" (2) de la réparation.

1. L'étendue matérielle de la réparation

Quels sont les critères qui s'imposent aux juridictions nationales pour fixer le montant de la réparation ?

La question est importante car elle donne "*la mesure de l'effectivité de la protection des droits à laquelle les victimes peuvent s'attendre*"³³³.

Selon M. Léger, "*en cas de responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire, la réparation du préjudice subi par la victime doit être intégrale. Le principe de la "restitutio in integrum" permet seul de reconstituer le patrimoine de la victime dans l'état où il se serait trouvé si le droit communautaire n'avait jamais été violé*"³³⁴.

M. Tesouro partage cet avis :

³³¹ Précité.

³³² Selon l'appréciation de D. Simon, *op. cit.*, p. 498.

³³³ L. Dubouis, *op. cit.*, p. 594.

³³⁴ Point 186 des conclusions dans l'affaire Lomas.

*"il est tout à fait clair que la réparation du préjudice ne saurait être purement symbolique, mais doit correspondre au préjudice subi. C'est une exigence liée à la raison d'être même de l'action en responsabilité qui consiste précisément à assurer le rétablissement de la situation patrimoniale de la personne lésée"*³³⁵.

L'avocat général fait implicitement référence au principe de la restitution intégrale en vertu duquel des dommages-intérêts doivent être *"exactement ajustés à l'étendue et à la valeur du préjudice à réparer"*³³⁶. Il en résulte qu'à la suite du dommage qu'elle a subi, la victime n'est ni enrichie, ni appauvrie.

Dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur / Factortame*, la Cour de justice indique seulement que *"la réparation des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire doit être adéquate"*³³⁷.

Est adéquate, selon sa définition, toute réparation *"de nature à assurer une protection effective de leurs droits"*³³⁸.

Comme le souligne le Professeur. Dubouis, le juge communautaire donne *"une indication directrice générale concernant l'étendue de la réparation"*³³⁹.

Il s'agit en effet d'une directive qui doit guider les juges nationaux dans la fixation de la réparation de tous les préjudices dont peut être victime un particulier du fait de la violation de ses droits communautaires.

Si la Cour de justice avait parlé de réparation intégrale, elle aurait uniquement visé la réparation des dommages matériels qui, il est vrai, sont ceux auxquels les particuliers sont le plus fréquemment exposés dans le cadre du droit communautaire.

En effet, la mise en oeuvre du principe de la *"restitutio in integrum"* suppose qu'il soit possible de mesurer pécuniairement le dommage subi. Il s'adresse donc plus particulièrement aux dommages matériels *"qui se résolvent en une perte pécuniaire qu'il est possible de mesurer"*³⁴⁰. Et le Professeur Chapus en déduit que ce principe *"n'a de sens que relativement aux dommages matériels"* car, *"s'agissant des préjudices moraux, qui n'ont pas de valeur pécuniaire objective, tout dépend de la subjectivité des juges"*³⁴¹. qui peuvent estimer qu'ils sont suffisamment réparés par l'allocation du franc symbolique ou que l'octroi d'une somme plus substantielle est nécessaire. Il revient au juge d'apprécier quel est le montant de la réparation la plus appropriée et donc la plus adéquate.

³³⁵ Point 118 des conclusions dans les affaires *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame*.

³³⁶ R. Chapus, *op. cit.*, n° 1230, p. 1107.

³³⁷ Point 82 de l'arrêt.

³³⁸ *Idem*.

³³⁹ Article précité, p. 595.

³⁴⁰ R. Chapus, *op. cit.*, n° 1230, p. 1107.

³⁴¹ *Idem*.

Dès lors, selon nous, lorsque le préjudice à dédommager est matériels, l'exigence d'une réparation intégrale recouvre celle d'une réparation adéquate pour les différentes raisons exposées par MM. Léger et Tesouro.

Cette approche est confirmée par l'arrêt Marschall II du 2 août 1993³⁴² où la requérante demandait à être indemnisée du préjudice financier et moral que lui avait occasionné son licenciement discriminatoire. En raison d'une législation nationale, le tribunal chargé de la réparation ne lui avait accordé qu'un dédommagement plafonné dont le montant était très inférieur à l'évaluation de la perte financière subie. Ce qui revenait, en fait, à lui allouer une indemnisation symbolique. La juridiction d'appel avait saisi la Cour de justice pour savoir si la législation nationale en question était contraire à l'article 6 de la directive 76/207/CEE (relative à la mise en oeuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la formation, la promotion professionnelle et les conditions de travail) qui prévoyait que toute personne ayant fait l'objet d'une discrimination illégale pouvait réclamer en justice le versement de dommages-intérêts à titre de réparation.

La réponse de la Cour est très claire :

"Lorsque, en cas de licenciement discriminatoire, une réparation pécuniaire est la mesure retenue pour rétablir ladite égalité, une telle réparation, doit être intégrale et ne saurait être limitée, à priori, quant à son montant".

A défaut de la réintégration de Melle Marshall dans ses fonctions, son préjudice financier aurait donc du être intégralement réparé, conformément à l'évaluation qui en avait été faite.

Le juge communautaire émet, cependant, une réserve lorsqu'il précise que le montant ne saurait être, *à priori*, limité. il n'écarte donc pas totalement le plafonnement de l'indemnité allouable dans certains cas particuliers.

En fait, il lui était difficile d'imposer le principe de la restitution intégrale sans prévoir de dérogations, alors que certaines directives du Conseil, comme l'ont fait remarquer les défendeurs, fixent une limite maximale de l'indemnisation.

Si, en l'espèce, la Cour de justice condamne la législation nationale, c'est parce que la directive invoquée par la requérante ne prévoyait pas une telle limitation. Elle en déduit, dès lors, que la réparation pécuniaire *"doit être adéquate" en ce sens où elle doit permettre de compenser intégralement les préjudices effectivement subis du fait du licenciement discriminatoire, selon les règles nationales applicables*³⁴³.

S'il appartient au juge national d'apprécier quant le préjudice moral peut être considéré comme intégralement réparé, il ne fait aucun doute que le préjudice financier ne peut l'être que si le

³⁴² Aff. C- 271/91, Rec.p. I-4367.

³⁴³ Point 26 de l'arrêt.

montant de l'indemnisation correspond au montant de la perte pécuniaire estimé. Dans le cas du préjudice matériel, c'est donc le principe de la réparation intégrale qui doit être appliqué.

Doit-on tirer comme conclusion de cet arrêt que c'est le principe de la *restitutio in integrum* qui s'applique, à moins que le droit communautaire n'en décide autrement en fixant une limitation maximale de l'indemnisation ?

Dans ses conclusions sur cette affaire, l'Avocat général Van Gerven soutenait qu'une réparation adéquate n'était pas forcément une réparation intégrale. Le montant de l'indemnisation pouvait donc légitimement être limité.

Selon lui, *"l'idée que le dédommagement doit être "adéquat" au préjudice subi signifie ... que la Cour est disposée à se contenter d'une indemnité ne couvrant pas l'intégralité du dommage. en d'autres termes, le dédommagement doit être adéquat au préjudice subi, mais il ne doit pas lui correspondre exactement"*³⁴⁴.

Et il précise que la définition d'une limitation maximale d'indemnisation au niveau national n'est pas incompatible avec le droit communautaire *"à condition, toutefois, que cette limitation soit fixée à un niveau suffisamment élevé pour ne pas priver la sanction de son caractère "effectif, proportionnel et dissuasif" et l'empêcher d'être adéquate au préjudice résultant normalement de la violation concernée"*³⁴⁵. Ce n'est pas le cas d'une indemnisation symbolique, très inférieure au préjudice évalué.

En tout état de cause, la Cour de justice ne partage pas ce point de vue. elle adhère, comme dans le cadre de l'article 215 T.CEE, à ce qu'elle estime être un principe général commun aux droits des Etats membres³⁴⁶. L'application du principe de la réparation intégrale ne devrait pas, par conséquent, poser de problème particulier dans les Etats membres.

Il reste à définir le moment où naît l'obligation de réparation des Etats. Cette obligation peut-elle être limitée dans le temps par les droits nationaux ?

2. L'étendue dans le temps de l'obligation de réparer des Etats membres.

A quelle date le dommage doit-il être évalué? Tout dépend du moment où naît l'obligation de réparation (a).

³⁴⁴ Point 17 des conclusions.

³⁴⁵ *Idem*.

³⁴⁶ voir notamment l'arrêt Mulder du 19 mai 1992, précité, où le juge communautaire dit que *"le montant des indemnités dues par la Communauté doit correspondre aux dommages causés par celle-ci ..."* (point 34 de l'arrêt). En l'espèce, il était question de réparer le préjudice financier subi par des producteurs de lait qui n'avaient pu reprendre la commercialisation du lait à la fin de leur engagement de non commercialisation ou de reconversion.

Le droit national peut-il limiter l'étendue dans le temps de la réparation ? (b)

a. Le moment où naît l'obligation de réparation

Le juge national demandait à la Cour de justice si le dommage réparable s'étendait aux préjudices subis antérieurement au prononcé d'un arrêt constatant l'existence du manquement de l'Etat.

La réponse du juge communautaire sur ce point est sans appel :

*"le droit à réparation existe sur le fondement du droit communautaire dès lors que les conditions indiquées ... sont remplies"*³⁴⁷.

Par conséquent, l'obligation de réparation ne saurait, par conséquent, être subordonnée à l'existence d'un arrêt en constatation de manquement pour les raisons déjà invoquées. Si les conditions d'engagement de la responsabilité sont réunies, la victime a un droit à réparation. L'existence d'un arrêt en constatation de manquement *"ne revêt donc aucune importance aux fins de la détermination du moment à partir duquel l'Etat est tenu de réparer les dommages causés par une violation qui lui est imputable"*³⁴⁸. Il en découle que *"l'obligation de réparation des Etats ne saurait être limitée aux seuls dommages subis postérieurement au prononcé d'un arrêt de la Cour constatant le manquement"*³⁴⁹.

A partir de quel moment naît dès lors l'obligation de réparer ? Selon M. Tesauro, tout dépend si la disposition du droit communautaire violée est ou non claire et précise ou "clarifiée" par la Cour de justice. Lorsque la disposition enfreinte est claire et précise ou a déjà été clarifiée, l'obligation de réparation naît à partir du moment où le fait dommageable s'est produit. Par contre, *"lorsqu'il s'agit d'une situation juridique incertaine, ce n'est qu'après l'intervention clarificatrice du juge national ou communautaire que l'Etat défaillant pourra être tenu de réparer le dommage"*, si *"il n'a pas mis fin à la violation dans des délais raisonnables et seulement par rapport aux dommages intervenus après cette intervention"*³⁵⁰.

Deux remarques peuvent être faites :

La première est qu'un Etat qui a, en toute bonne foi, comme dans l'affaire British Telecom, mal transposé une directive, n'est pas tenu de réparer les dommages éventuels qu'il a pu occasionner, car il n'a pas commis une violation suffisamment caractérisée du droit

³⁴⁷ Point 92 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

³⁴⁸ M. Tesauro, point 112 des conclusions.

³⁴⁹ Point 96 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

³⁵⁰ Point 112 des conclusions.

communautaire. La violation existe mais elle n'est pas grave et manifeste dans le mesure où la directive pouvait donner lieu à une telle erreur d'interprétation. La violation ne fait donc pas naître d'obligation de réparation à la charge des autorités nationales tant que le juge n'est pas intervenu pour clarifier la directive. Ce n'est qu'après son intervention "clarificatrice", si l'Etat ne prend pas les mesures nécessaires dans un délai raisonnable, que sa responsabilité peut être engagée. Dans ce cas, la transposition erronée ne peut plus être justifiée par l'absence de clarté et de précision de la disposition communautaire en cause. Elle n'est plus excusable.

La seconde est que, si la norme communautaire a déjà été clarifiée avant d'être violée par l'Etat, alors elle entre dans la catégorie des normes claires et précises. Son application ne doit donc poser aucun problème d'interprétation et le droit à réparation des personnes lésées naît dès sa violation par les autorités nationales.

En fait, ces deux solutions sont très proches. Elles reviennent toutes deux à considérer que l'obligation de réparation naît à partir du moment où se produit le fait dommageable. Tant qu'une norme communautaire n'a pas été clarifiée, sa violation peut être excusable et elle n'est pas dommageable. Ce n'est plus le cas après clarification. Le moment où la violation de cette norme devient dommageable est celui où elle a été clarifiée par le juge. C'est pourquoi l'obligation de réparation ne peut naître qu'après l'intervention clarificatrice du juge.

En effet, si le fait n'est pas dommageable, les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat ne sont pas remplies et le droit à réparation n'existe pas.

La solution préconisée par M. Tesouro est donc en tout point conforme à la jurisprudence de la Cour de justice.

Cette solution peut poser problème lorsque le dommage résulte de la mauvaise transposition d'une directive.

Depuis l'arrêt *Francovitch*, à l'expiration du délai de transposition, une directive, dépourvue d'effet direct³⁵¹, peut être invoquée par les particuliers lorsqu'elle leur confère des droits "identifiables".

En cas de transposition erronée mais non tardive d'une telle directive, les dommages survenus antérieurement à l'expiration du délai de transposition sont-ils réparables ?

Si l'adoption de mesures de transposition incorrectes est inexcusable en raison d'une intervention clarificatrice du juge, les dommages causés postérieurement à cette intervention mais antérieurement à l'expiration du délai de transposition sont-ils réparables ?

Plus généralement, les dommages causés par des mesures de transposition erronées d'une directive quelle qu'elle soit, avant l'expiration du délai de transposition, sont-ils réparables ?

³⁵¹ Etant entendu que dans ce cas, les dispositions de la directive ne sont pas suffisamment claires, précises et inconditionnelles.

A priori, dans toutes ces hypothèses, la réponse devrait être négative. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, les particuliers ne peuvent pas "*remettre en cause, en se fondant sur la directive, le fait qu'un Etat, après avoir mis en oeuvre par anticipation une directive, prenne un acte contraire, alors que le délai n'est toujours pas expiré*"³⁵². Tout comme le manquement d'un Etat ne pourra être sanctionné par un arrêt de la Cour de justice qu'une fois le délai de transposition échu³⁵³.

Les directives ne sont donc susceptibles de produire des effets à l'égard des particuliers qu'après expiration du délai de transposition, ce délai ayant un caractère impératif. Par conséquent, un Etat ne peut être contraint de se conformer aux dispositions d'une directive avant la fin du délai. Il ne saurait donc être tenu à une quelconque obligation de réparation pour les dommages survenus avant cette date du fait de son manquement aux dispositions de la directive. Peu importe que ce manquement soit inexcusable en raison de la clarté ou de la clarification des dispositions violées.

C'est seulement si son manquement a perduré au delà du délai de transposition qu'il peut être amené à rendre des comptes pour les dommages occasionnés à un particulier postérieurement, et non antérieurement, à cette échéance.

C'est d'autant plus vrai que les Etats ne sont juridiquement liés par le but d'une directive qu'à l'expiration de son délai de transposition.³⁵⁴

Pourtant ces questions ont donné lieu à discussion :

Certains soutiennent que l'obligation de réparation de l'Etat pourrait naître légitimement avant même la fin du délai de transposition, en cas de transposition manifestement erronée, c'est à dire en cas de violation de dispositions claires ou clarifiées.

L'article 5, alinéa 2, du Traité stipule, en effet, que les Etats membres doivent s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité. Il ne prévoit aucune condition ni exception à la règle.

Il est vrai, également, que l'institution d'un délai de transposition vise à donner aux autorités nationales le temps de pouvoir prendre les mesures adéquates pour atteindre les résultats assignés par la directive. Elles doivent donc veiller à adopter des mesures appropriées. S'il ne peut leur être reproché de commettre des erreurs lorsque les dispositions à transposer manquent de clarté, il en va autrement si ces dispositions sont claires ou ont été clarifiées.

Dans ces conditions, une mesure de transposition manifestement erronée, à l'origine d'un dommage, devrait pouvoir engendrer une obligation à réparation à l'égard de son auteur, que le délai de transposition soit ou non expiré. Dans tous les cas, en effet, elle constitue une

³⁵² Voir CJCE, arrêt du 6 juin 1970, Frantz Grad, précité.

³⁵³ Voir CJCE, arrêt du 22 fév. 1979, Commission c. Italie, (Aff. 163/78, Rec. p. 771).

³⁵⁴ Voir en ce sens, C. Bertrand, "La responsabilité des Etats membres en cas de non transposition des directives communautaires", RDP, 1994, p. 1523.

violation suffisamment caractérisée du droit communautaire³⁵⁵. Les dommages survenus antérieurement à la fin du délai devraient donc être pris en considération et réparés³⁵⁶. Le préjudice devrait ainsi être évalué à la date où la mesure préjudiciable a été adoptée et non pas à celle où le délai de transposition a pris fin.

Il reste à savoir ce que décidera la Cour de justice si le problème lui est soumis, par voie préjudicielle, par les juridictions nationales.

Si le juge communautaire se prononce en faveur de cette dernière solution, il remet en cause, en grande partie, sa jurisprudence sur l'invocabilité des directives et le caractère impératif du délai de transposition. Nous ne sommes pas certains qu'il soit prêt à le faire, sinon pour assurer aux particuliers la protection la plus effective qui soit.

La responsabilité des Etats du fait de la violation du droit communautaire risque, sans aucun doute, d'avoir des conséquences financières considérables. Un des moyens efficaces pour limiter ces conséquences financières est de limiter les effets de l'arrêt de la Cour de justice dans le temps. Ce procédé a déjà été utilisé dans l'affaire Roquette.

Le gouvernement allemand, dans l'affaire Brasserie du Pêcheur, a interrogé la Cour de justice quant à la possibilité de "*limiter le dommage réparable à charge éventuellement de la RFA aux seuls dommages survenus après le prononcé de l'arrêt de la présente affaire, pour autant que les victimes n'ont pas engagé auparavant une action en justice ou une réclamation équivalente*"³⁵⁷.

Cette question vise donc à priver d'effet rétroactif l'arrêt de la Cour de justice et à limiter dans le temps l'obligation de réparation de l'Etat.

b. La limitation dans le temps de l'obligation de réparation

La Cour de justice refuse implicitement que le juge national puisse limiter l'obligation de réparation de l'Etat aux dommages à venir ou à ceux faisant déjà l'objet d'une demande d'indemnisation. Selon sa jurisprudence Denkavit, "*la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation, si par ailleurs, les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies*"³⁵⁸.

³⁵⁵ Voir notre analyse de l'affaire BritishTelecom.

³⁵⁶ Voir en ce sens, Bebr Gerhard, "development of judicial control of the European Communities", Dordrecht. M. Nijhoff, 1981, p. 588.

³⁵⁷ Point 97 de l'arrêt.

³⁵⁸ C.J.C.E, 27 mars 1980, (aff. 6/79, Rec.p. 1205, point 16).

Les seules limitations qui peuvent donc être opposées à l'obligation de réparation de l'Etat sont celles découlant des règles nationales, conformément au principe de l'autonomie procédurale qui s'applique en la matière.

C'est ce que rappelle le juge communautaire dans l'arrêt Brasserie de Pêcheur/ Factortame :

*"C'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé"*³⁵⁹.

Dès lors, si l'obligation de réparation doit être limitée dans le temps pour prendre en compte les exigences du principe de sécurité juridique invoqué par le juge allemand, cette limitation relève uniquement *"des conditions de fond et de formes fixées par les diverses législations nationales en matière de réparation des dommages"*³⁶⁰.

Le juge communautaire fait notamment référence aux règles de prescription et de délai dans lesquelles sont enfermées les actions en réparation des particuliers dans les Etats membres³⁶¹. Les personnes lésées ne sont donc plus recevables à demander le dédommagement du préjudice qu'elles ont subi, lorsque leur action est prescrite ou hors délai.

L'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame s'impose donc pleinement aux juridictions nationales. Le juge communautaire aurait pu, pourtant, comme dans l'affaire Roquette, limiter la possibilité, pour les particuliers, d'invoquer une décision préjudicielle.

La Cour de justice s'est, en effet, reconnue, bien qu'exceptionnellement, la faculté de limiter la portée de ses arrêts préjudiciels dans le temps *"par application du principe général de sécurité juridique"*³⁶², lorsqu'ils risquent d'entraîner des *"troubles graves ... pour le passé dans les relations juridiques établies de bonne foi"*.

Or, en l'espèce, la constatation de l'existence d'une violation suffisamment caractérisée exclue, en elle-même, la bonne foi de son auteur. Là est peut être la justification du refus de la Cour de justice de limiter dans le temps l'obligation de réparation de l'Etat.

³⁵⁹ Point 98 de l'arrêt.

³⁶⁰ Point 98 de l'arrêt.

³⁶¹ Voir nos développements sur ces questions, Chap. II, Titre II, Partie II.

³⁶² Voir notamment l'arrêt Denkavit, précité. Voir également C.J.C.E., 8 avril 1976. Defrenne c. Sabena, (Aff. 43/75, Rec. p. 455)

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

La jurisprudence de la Cour de justice donne l'impression d'être imprécise et en évolution. En fait, si la Haute juridiction n'hésite pas à revenir sur ses solutions jurisprudentielles, elle est prisonnière des formules qu'elle utilise. Il est, dès lors, souvent difficile de percevoir la cohérence de ses décisions. Il faut vérifier, lorsque la Cour de justice reprend la formulation des arrêts précédents, si elle lui donne le même contenu. Ainsi, de l'arrêt Francovitch à l'arrêt Dillenkofer, en passant par l'arrêt Brasserie du pêcheur / Factortame, la notion de violation suffisamment caractérisée a évolué.

Par ailleurs, l'élaboration du régime communautaire de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire s'est faite au fil des espèces. La Cour de justice était obligée de répondre à une question précise du juge national tout en faisant attention de ne pas mettre en cause la construction précédente. Elle devait donc apporter une réponse à des problèmes particuliers, tout en construisant un régime général. C'est pourquoi, sa démarche paraît hésitante.

La "communautarisation" des conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire n'exclut pas totalement l'application des droits nationaux. La jurisprudence de la Cour de justice est "un standard minimum" de protection des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire. Si les règles de la responsabilité de la puissance publique en vigueur dans les ordres juridiques nationaux sont moins restrictives, et dès lors plus protectrices, les juges nationaux, chargés de la mise en oeuvre des conditions fixées par le juge communautaires, sont libres de les appliquer.

L'influence de la jurisprudence communautaire sur les droits nationaux de la responsabilité est donc variable d'un Etat à l'autre. Elle n'entraîne pas systématiquement leur mutation.

L'apport essentiel de cette jurisprudence concerne la responsabilité du législateur national. Le principe de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire est valable pour toute hypothèse de violation, quel que soit l'organe de l'Etat qui en est l'auteur. Il en résulte que, contrairement aux ordres juridiques nationaux, le juge communautaire ne fait aucune distinction selon que la violation est le fait d'une autorité administrative ou du législateur.

Désormais, le législateur doit pouvoir être sanctionné pour toute omission ou action violant le droit communautaire, au même titre que l'Administration. Ce qui risque de provoquer une

véritable révolution dans la plupart des droits nationaux qui, jusqu'à présent, n'admettaient que très limitativement, sinon pas du tout, une telle responsabilité. Dès lors, la jurisprudence communautaire inclut non seulement dans le principe de la responsabilité des Etats membres, celui de la responsabilité de l'Etat législateur, mais elle détermine également le régime de cette responsabilité.

Néanmoins, il ne faut pas oublier que c'est seulement dans le contexte communautaire que l'immunité du législateur national est totalement levée. Elle subsiste pour les litiges purement internes. Tous les justiciables d'un Etat membre ne sont pas également protégés devant la loi. Seuls ceux qui peuvent se prévaloir d'une violation du droit communautaire, peuvent réellement prétendre, si les conditions de la responsabilité sont remplies, au dédommagement du préjudice qu'à pu leur occasionner l'acte ou la carence du législateur.

Ainsi, les droits nationaux qui, jusqu'à présent, ne reconnaissaient que la responsabilité sans faute du législateur sont-ils contraint d'admettre désormais que la responsabilité de ce dernier puisse être engagée sur le fondement de la faute.

Par ailleurs, en raison de la portée très générale du principe de l'arrêt Francovitch, on peut s'interroger sur la responsabilité encourue par le pouvoir constituant des Etats membres. Une norme constitutionnelle violant le droit communautaire peut-elle engager la responsabilité des Etats ?

Le principe de primauté ne souffre aucune exception. Il s'impose aux Constitutions des Etats comme à toute autre norme nationale. Dès lors que la règle communautaire est en vigueur, elle lie tous les organes de l'Etat, quels qu'ils soient. Dans ces conditions, *"l'obligation de réparer s'impose donc logiquement même si le dommage causé par la violation de la règle communautaire trouve son origine dans une disposition constitutionnelle ou dans l'absence de disposition constitutionnelle"*³⁶³.

La reconnaissance d'une telle responsabilité risque de poser d'importants problèmes dans les ordres juridiques nationaux qui, comme la France, dénie aux juges ordinaires la faculté de se prononcer sur la compatibilité d'une norme constitutionnelle. Elle suppose que la *"faillibilité du pouvoir constituant"*³⁶⁴ soit admise, après celle du législateur.

³⁶³ L. Dubouis, *op. cit.*, p. 589.

³⁶⁴ Selon les termes du Professeur Dubouis, *op. cit.*, p. 589.

CONCLUSION GENERALE

Si la consécration d'un droit à réparation au profit des particuliers a incontestablement un effet curatif, elle a également un effet préventif : la menace d'une condamnation en responsabilité incite les Etats membres à limiter les infractions au droit communautaire. Elle risque, dès lors, d'avoir des conséquences sur le fonctionnement de ces derniers. Certains Etats, tels que la Belgique ou l'Espagne, ont déjà mis en place des mécanismes leur permettant de prévenir ou de sanctionner les manquements imputables aux entités territoriales, compte tenu des conséquences financières considérables qu'ils peuvent avoir. Le développement de ces mécanismes dans les autres Etats favoriserait incontestablement l'application immédiate et uniforme du droit communautaires dans les ordres juridiques nationaux.

Toutefois, les effets de la jurisprudence de la Cour de justice dépassent le cadre des Etats membres. Selon le Professeur Dubouis, *"l'arrêt Brasserie du Pêcheur marque une évolution sans doute encore plus importante pour le régime de la responsabilité de la Communauté que pour celui des Etats"*³⁶⁵ :

En effet, le régime de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté du fait de son activité normative est jugé trop restrictif. Il ne permet pas d'assurer aux particuliers une protection suffisante de leurs "droits communautaires" car il conduit, le plus souvent, à écarter la responsabilité des institutions communautaires lorsqu'est en cause l'exercice de leur pouvoir normatif. La Cour se réfère aux régimes de l'Etat législateur élaborés par les droits nationaux pour justifier sa jurisprudence. Comme eux, elle vise, avant tout, à protéger la fonction législative en respectant *"le large pouvoir d'appréciation, indispensable à la mise en oeuvre d'une politique communautaire, dont disposent les institutions dans l'exercice de leur pouvoir normatif"*³⁶⁶.

S'il est vrai que la plupart des ordres juridiques nationaux exige la preuve d'un préjudice spécial et grave, c'est uniquement dans le cadre de la responsabilité sans faute du législateur. Cette condition n'est pas adaptée à la responsabilité pour faute dans la mesure où tout dommage, dès lors qu'il est direct, doit pouvoir être indemnisé. Or, le régime de l'article 215, alinéa 2, du traité est un régime de responsabilité pour faute.

³⁶⁵ Article précité, p. 593.

³⁶⁶ Point 45 de l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame.

La Cour de justice impose donc au requérant non seulement de démontrer que la Communauté a manifestement méconnu le droit communautaire, mais également, que cette violation lui a causé un préjudice grave et spécial. Ce qui fait dire à M. Dubouis que *"si l'on transposait en droit français cela équivaudrait à ajouter à une exigence caractéristique d'un régime de responsabilité pour faute, la faute lourde, des conditions tenant au préjudice, spécialité et anormalité, qui sont le propre de la responsabilité sans faute"*³⁶⁷.

On a vu, par ailleurs, que la Cour du Luxembourg limitait l'obligation de réparation du législateur communautaire à la violation des "règles supérieures" de droit protégeant les particuliers.

Dans l'arrêt Brasserie du Pêcheur / Factortame, la Cour de justice déclare que les conditions de la responsabilité des Etats membres et celles de la responsabilité des institutions européennes doivent être les mêmes dans des situations identiques. Ce qui implique obligatoirement une évolution du droit de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté. En effet, si le régime de responsabilité des Etats est calqué essentiellement sur celui des institutions communautaires, on remarque néanmoins un assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité :

La violation d'une "règle supérieure" protégeant les droits des particuliers n'est pas exigée. la violation de toute règle de droit communautaire conférant des droits aux justiciables suffit.

La condition d'un préjudice spécial et anormal ne figure pas au nombre des conditions faisant naître un droit à réparation.

On peut donc conclure avec le Professeur Dubouis que *"la consécration de la responsabilité de l'Etat législatif est l'occasion d'une évolution profonde de cette jurisprudence fort contestée"*³⁶⁸ *au sein même de la juridiction communautaire"*³⁶⁹.

Toutefois, il reste à voir si les arrêts rendus par les juridictions communautaires dans le cadre de l'article 215 du Traité iront dans ce sens. Si cette évolution est confirmée, l'exigence de violation d'une règle supérieure de droit ainsi que celle d'un préjudice spécial et anormal devraient disparaître.

Un tel revirement jurisprudentiel permettrait d'assurer la nécessaire cohérence d'ensemble du régime de la responsabilité extra-contractuelle dans le système communautaire ainsi que l'égalité des Etats membres et des Institutions communautaires devant les normes communautaires. Il n'est pas admissible, en effet, que les Etats membres voient leur responsabilité plus facilement engagée que celle de la Communauté.

³⁶⁷ Article précité, p. 594.

³⁶⁸ L'auteur fait référence à la jurisprudence relative à la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté.

³⁶⁹ L. Dubouis, *op. cit.*, p. 594. La professeur Dubouis fait notamment référence aux critiques de l'Avocat général Darmon dans ses conclusions sur l'affaire Cato, (C.J.C.E., 8 avr. 1992, Cato c. Commission, précité).

On peut se demander si cette évolution pourrait aller jusqu'à la reconnaissance d'une responsabilité sans faute des institutions communautaires telle qu'elle existe dans les Etats membres. En effet, la jurisprudence de la Cour de justice fixe seulement le seul minimum de protection qui doit être assuré aux particuliers. Elle n'interdit pas au juge de le dépasser et notamment, de condamner l'Etat à réparer les risques spéciaux ou les charges particulières qu'ont du supporter certains membres de la collectivité du fait de la mise en oeuvre du droit communautaire. On peut dès lors supposer que, conformément aux règles de l'imputabilité, dans l'hypothèse où les Etats n'ont aucun pouvoir d'appréciation quant aux mesures nationales d'exécution à prendre, de tels dommages pourraient être imputés à la Communauté.

BIBLIOGRAPHIE

I. Manuels, Traités, Ouvrages, Thèses, Mémoires, Cours

- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA**, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français, thèse, Bordeaux I, 1994.
- J-M AUBY et M. FROMONT**, Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne. Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Dalloz 1971.
- A. BARAV et G. VANDERSANDEN**, Contentieux communautaire, Bruylant, 1977.
- A. BARAV**, La fonction communautaire du juge national, thèse, 1983.
- S. BELAID**, Essai sur le pouvoir créateur et normateur du juge, L.G.D.J. 1974.
- M. BLANQUET**, L'article 5 du Traité C.E.E., L.G.D.J, Bibliothèque de Droit international et communautaire, Tome 108, 1994.
- J. BOULOUIS**, Droit institutionnel de l'Union Européenne, Montchrestien, Précis Domat Droit public, 5e éd., 1995
- J. BOULOUIS et R-M CHEVALLIER**, Les grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, Tome I, Dalloz, 5e éd., 1991.
- L. BURGORGUE-LARSEN**, L'Espagne et la Communauté européenne. L'Etat des autonomie et le processus d'intégration européenne, Université de Bruxelles, Coll. Etudes européennes, 1995.
- R. CHAPUS**, Droit administratif général, Monchrestien, 9e éd., 1995.
- R. CHAPUS**, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 5e éd., 1995.
- R.M CHEVALLIER** : voir J. BOULOUIS.
- COLLOQUE DE DROIT EUROPEEN (9e)**, La responsabilité de l'Etat et des Collectivités publiques régionales et locales pour les dommages causés par leurs agents et leurs services administratifs, Section des publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980.
- T. DEBARD**, L'action en responsabilité extracontractuelle devant la Cour de justice des Communautés européennes, thèse, Lyon III, 1984.
- P. DELVOLVE et G. VEDEL**, Droit administratif, PUF, Thémis, 11e éd., 1990.
- L. DI QUAL**, La compétence liée, thèse, Lille, L.G.D.J. 1964.
- M. FLAMME**, Cours de Droit administratif, PUB, 1977-1978.
- F.I.D.E.**, La subsidiarité en droit communautaire, XVIe Congrès, Rome, Vol. 1, 1994.
- F.I.D.E.**, La sanction des infractions au droit communautaire, XVe Congrès, Lisbonne, 1992.
- F. FINES**, Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne, L.G.D.J, Bibliothèque de Droit international, Tome 101, 1990.
- M. FROMONT et A. RIEG**, Introduction au droit allemand, Tome II : Droit public - Droit pénal, Cujas, 1984.
- M. FROMONT** : voir J-M AUBY.

- E. GARCIA DE ENTERRIA et T.R. FERNANDEZ**, Curso de derecho administrativo, cuarta edicion, civitas, Madrid, 1983.
- R. JOLIET**, Le droit institutionnel des Communautés européennes, Faculté de Liège, 1981.
- G. ISSAC**, Droit communautaire général, Masson, Coll. Droit Science économique, 4e éd, 1994.
- JOLOWICZ**, Droit anglais, Dalloz,
- JOLOWICZ et WINFIELD**, On tort, Rogers, 11e éd., 1979.
- R. LECOURT**, L'Europe des juges, Bruylant, 1976.
- J-V LOUIS** : voir J. MEGRET
- P. MANIN**, Les Communautés européennes, l'Union européenne, Pédone, Coll. Etudes internationales, 2e éd., 1996, n°6.
- H. MAURER** (traduction M. Fromont), Manuel de Droit administratif allemand, L.G.D.J. 1994.
- J; MEGRET, M. WAELBROEK, J.V LOUIS et G. VANDERSANDEN**, Le droit de la Communauté économique européenne. Vol. 10 : Les actes des institutions, Université de Bruxelles, Coll. Etudes européennes, , 1993.
- J-S MILL**, Logique, Livre III, Ch. V.
- P. PESCATORE**, Le droit de l'intégration, Sijthoff, Coll. de Droit international, 1972.
- F. PICOD** : voir J. RIDEAU
- L. PLOUVIER**, Les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques, Bruylant, 1975.
- J. RIDEAU**, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, L.G.D.J. 1994.
- J. RIDEAU et F. PICOD**, Code des procédures communautaires, Litec, 1995.
- A. RIEG** : voir M. FROMONT.
- M. ROSTANE**, Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire, thèse, Rennes I, 1994.
- D. SIMON**, L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, thèse, Nancy II, 1979.
- E. SPILIOPOULOS**, Droit administratif hellénique, L.G.D.J. 1991
- J. SCHWARZE**, Droit administratif européen, Office des publications officielles des Communautés européennes, Bruylant, 1994.
- P-H TEITGEN**, Droit institutionnel communautaire, Les cours de droit, 1977-1978.
- G. VANDERSANDEN** (sous la direction de), La réforme du système juridictionnel communautaire, Université de Bruxelles, Coll. Etudes européennes, 1994.
- G. VANDERSANDEN** : voir A. BARAV et J. MEGRET.
- G. VEDEL** : voir P. DELVOLLE.
- M. WAELBROEK** : voir J. MEGRET
- C. WEISSE**, Le sursis à exécution devant la Cour de justice des Communautés européennes et devant le juge administratif français, mémoire D.E.A. Metz, 1992.
- W. WILSON**, L'Etat, éd. Giard et Brière, 1902, Tome II.
- WINFIELD** : voir JOLOWICZ.
- ZANOBINI**, Corso de diritto amministrativo, I, Naples, 8e éd., 1958.
- J. ZILLER**, Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze, Montchrestien, Domat Droit Public, 1993.

II. Articles, rapports, études, chroniques et notes de jurisprudence :

- P. AMSELEK**, La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative *in* Recueil d'Etudes en hommage à C. EISEMANN, Cujas, 1975, p. 233.
- E. ARENDT**, La responsabilité de la puissance publique en droit luxembourgeois, Pasricrisie luxembourgeoise, Tome xvi, 1936-1949, p. 1.
- J. ARNOLD**, L'influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand *in* Droit administratif et Droit communautaire, A.J.D.A. 1996, Numero spécial, p. 110.
- J-B AUBY**, Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires, D.A. 1992, p. 1.
- J-B AUBY**, note sous l'arrêt Zuckerfabrick, J.C.P. 1991, I, N°3530.
- E. BAPTISTE** : voir E. HONORAT.
- A. BARAV et D. SIMON**, La responsabilité de l'Administration nationale en cas de violation de droit communautaire, R.M.C. 1987, p. 165.
- A. BARAV et D. SIMON**, Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales : les enjeux de l'affaire Factortame, R.M.C. 1990, p. 591.
- A. BARAV**, La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire *in* L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à J. BOULOUIS, Dalloz, 1991, p. 1
- A. BARAV**, La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", C.D.E. 1981, p. 507.
- A. BARAV**, note sous l'arrêt Francovitch Bonifaci, J.C.P. 1992, I, N° 21783.
- G. BEBR**, development of judicial control of the european Communities, Dordrecht M. Nijhoff, 1981, p. 588.
- B. BENDER**, La responsabilité en droit allemand, Rapport présente au 9e colloque de droit européen consacré à "la responsabilité de l'Etat ...", Section des publications de Conseil de l'Europe, 1980, p. 15.
- J-L BERGEL**, "La loi du juge", dialogue ou duel ? *in* Etudes offertes à P. KAYSER, Presse Universitaire d'Aix Marseille, 1979, p. 21.
- C. BERTRAND**, La responsabilité ds Etats membres en cas de non transposition des directives communautaires, R.D.P. 1994, p. 1523.
- J. BIANCARELLI**, note sur l'affaire Bourgoin, R.M.C. 1986, p. 150.
- J-C BONICHOT**, Le droit communautaire et le droit administratif français *in* Droit administratif et Droit communautaire, A.J.D.A, 1996, Numero spécial, p. 15.
- J-C BONICHOT**, Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire, R.F.D.A. 1990, p. 912.
- J-C BONICHOT**, note sous l'arrêt Ministre du Travail / Heisch, D. 1987, p. 460.
- J-C BONICHOT**, commentaires sur l'arrêt Heylens, Rev. jur. et éco. du sport, 1988, p. 3.
- J-C BONICHOT** : voir Y. GALMOT, F. GREVISSE et M. (de) GUILLENCHMIDT.
- J. BOULOUIS**, Renvoi en interprétation, Encyclopédie Dalloz de Droit communautaire, 1991, Vol. II.
- J. BOULOUIS**, A propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes *in* Le juge et le Droit public, Mélanges offerts à M.WALINE, L.G.D.J. 1974, p. 149.
- J; BOULOUIS**, note sous l'arrêt Cohn Bendit, R.M.C. 1979, p. 104.
- M-C BOUTARD-LABARDE**, observations sous l'arrêt Heylens, J.D.I. 1988, p. 517.
- P. CABANES** : voir D. LABETOULLE.

- H. CALVET**, Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire *in* Droit administratif et droit communautaire; A.J.D.A. 1996, Numéro spécial, p. 92.
- G. CANIVET et J-G HUGLO**, L'obligation du juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schinjdell et Peterbroek, Europe, avril 1996, p. 1.
- A. CARNELUTTI**, L'arrêt Francovitch Bonifaci. L'obligation des Etats membres de réparer les dommages causés par les violations du droit communautaire, R.M.U.E. 1992, N°1, p. 187.
- H. CHAVRIER, E. HONORAT et GERAUD de BERGUES**, Actualité du droit communautaire, commentaires sur l'arrêt Atlanta, A.J.D.A. 1996, p. 273.
- J-D COMBREXELLE** : Voir F. GREVISSE.
- L. CONSTANTINESCO**, Les problèmes résultant de la responsabilité extra-contractuelle concomitante de la Communauté et d'un Etat membre, Commission des Communautés européennes, Coll. Etudes, Série Concurrence-Rapprochement des législations, N° 34.
- V. CONSTANTINESCO**, Le principe de subsidiarité : un principe obligé vers l'Union Européenne ? *in* L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à J. BOULOUIS, Dalloz 1991, p. 35.
- T. DEBARD**, L'égalité des citoyens devant les charges publiques : fondement incertain de la responsabilité administrative, D. 1987, Chron., p. 157.
- F. DECHAUSSEY**, note sous l'arrêt Nicolo, Journal de Clunet, 1990, p.5.
- P. DELVOLVE**, Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats *in* Mélanges Perrot, Dalloz, 1995, p. 85.
- P. DELVOLVE**, observations sur l'arrêt Cohn Bendit, D. 1979, IR, p. 89.
- M. DISTEL et C. HARLOW**, Légalité, illégalité et responsabilité de la puissance publique en Grande Bretagne, E.D.C.E. 1977, p. 336.
- L. DUBOIS**, La responsabilité de l'Etat pour dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire, R.F.D.A. 1992, p. 1.
- L. DUBOIS**, note sous l'arrêt Cohn Bendit, R.T.D.E. 1979, p. 157.
- L. DUBOIS**, note sous l'arrêt Boisdet, R.F.D.A. 1991, p. 172.
- L. DUBOIS**, note sous l'arrêt Rothmans, R.F.D.A. 1992, p. 425.
- L. DUBOIS**, commentaires sur l'arrêt Nicolo, R.F.D.A. 1989, p. 1000.
- L. DUBOIS**, commentaires sur l'arrêt Heylens, R.F.D.A. 1988, p.691.
- L. DUBOIS**, Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes : objet et portée de la protection, R.I.D.C. 1982, p. 601.
- L. DUBOIS**, La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté, R.F.D.A. 1996, p. 583.
- C. DUBOUY**, Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français, J.C.P, éd. gén., 1992, doct. 3616.
- O. DUE**, La protection juridictionnelle dans les Communautés européennes *in* Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Estudios en homenaje al profesor Don Manuel DIEZ DE VELASCO, Tecnos, 1993, p. 855.
- J. DUTHEIL de La ROCHERE**, L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques, R.T.D.E. 1986, p. 440.
- O. DUTHEILLET de LAMOTHE et Y. ROBINEAU**, chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1979, p. 27.
- E.D.C.E.**, Les Collectivités territoriales, sujets du droit communautaire, Rapport Public du Conseil d'Etat, 1992, N°44, p. 245.
- M. FAVOREU**, commentaires sur l'arrêt Nicolo, R.F.D.A. 1989, p. 993.

- R. FERNHOUT**, La responsabilité de l'Etat dans le droit des Pays-Bas, Rapport présenté au 9e colloque de droit européen consacré à "la responsabilité de l'Etat ...", Section des publications du Conseil de l'Europe, 1980, p. 154.
- F. FINES**, note sous l'arrêt Vreugdenhil BV, J.C.P., Ed. G., 1993, II, N°22093.
- F. FINES**, note sous l'arrêt Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris, R.D.P. 1992, p. 1480.
- J-C FOURGOUX**, note sous l'arrêt Factortame, D. 1990, p. 547.
- E-W FUSS**, La responsabilité des Communautés européennes pour le comportement illégal de leurs organes, R.T.D.E. 1981, p. 1.
- Y. GALMOT et J-C BONICHOT**, la C.J.C.E. et la transposition des directives en droit national, R.F.D.A. 1988, p.
- Y. GALMOT**, Directives et règlements en droit communautaire, C.J.E.G. 1990, p. 73.
- Y. GALMOT**, Remarques sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes, R.F.D.A. 1990, p. 255.
- B. GENEVOIS**, commentaires sur l'arrêt Nicolo, R.F.D.A. 1989, p. 824.
- B. GENEVOIS**, note sous l'arrêt Alivar, A.J.D.A. 1984, p. 396.
- B. GOLDMAN**, note sous l'arrêt Cohn Bendit, Journal Clunet, 1979, p. 591.
- F. GREVISSE et J-C BONICHOT**, Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres *in* L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à J. BOULOUIS, Dalloz, 1991, p. 297.
- F. GREVISSE, J-D COMBREXELLE et E. HONORAT**, Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des Etats membres dans l'élaboration et la mise en oeuvre du droit communautaire : compétences respectives de la Cour de justice des Communautés européennes et des juridictions nationales *in* Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Estudios en homenaje al profesor Don Manuel DIEZ DE VELASCO, Tecnos, 1993, p. 933
- G. GRIMAUX**, note sous l'arrêt Le comptoir agricole du Pays bas-normand, D. 1973, II, p. 481.
- GUERAUD DE BERGUES** : Voir H. CHAVRIER.
- M. (de) GUILLENCHMIDT et J-C BONICHOT**, observations sur l'arrêt Zuckerfabrick, Les petites affiches, N°62, 1991, p. 28.
- M. (de) GUILLENCHMIDT et J-C BONICHOT**, observations sur l'arrêt Vreugdenhil BV, Les petites affiches, 16 sept. 1992, p. 11.
- C. HARLOW** : voir M. DISTEL.
- M. HECQUARD- THERON**, La notion d'Etat en droit communautaire, R.T.D.E. 1990, p. 693.
- J. HERBOTS**, Le duty of care et le dommage purement financier en droit comparé, R.I.D.C. 1995, p. 7.
- E. HONORAT et E. BAPTISTE**, chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1989, p. 756.
- E. HONORAT et R. SCHWARTZ**, chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1990, p. 863.
- E. HONORAT** : voir F. GREVISSE.
- F. HUBEAU**, La répétition de l'indu en droit communautaire, R.T.D.E. 1981, p. 442.
- J-C HUGLO** : voir G. CANIVET.
- R. IANNOTA**, La responsabilité de l'Etat dans le droit de l'Italie, Rapport présenté au 9e colloque de droit européen consacré à "la responsabilité de l'Etat ...", Section des publications du Conseil de l'Europe, 1980, p. 148.
- G. ISAAC**, La reconnaissance communautaire de l'entité régionale *in* Les régions de l'espace communautaire, Presse universitaires de Nancy, 1992, p. 29.
- G. ISSAC**, note sous l'arrêt Nicolo, R.T.D.E. 1989, p. 771.
- G. ISSAC**, note sous l'arrêt Cohn-Bendit, C.D.E. 1979, p. 265.

- G. ISSAC**, La modulation par la Cour de justice des Communautés européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité, C.D.E. 1987, p. 444.
- J-P JACQUE**, La subsidiarité en droit communautaire, Rapport au XVI e Congrès de la F.I.D.E, Rome, Vol. 1, 1994, p.
- L. JONES**, The non-contractual liability of the EEC and the availability of an alternative remedy in the national courts, Legal Issues for European Integration, 1981/1, p. 6.
- M. KAHN**, L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois, E.D.C.E. 1962, p. 63.
- R. KOVAR**, Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et des décisions du droit communautaire *in* Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Université Libre de Bruxelles, Larcier, 1978, p. 245.
- R. KOVAR**, Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire, D. 1992, chron. p. 208.
- R. KOVAR**, L'évolution de l'article 177 du traité CE *in* La réforme du système juridictionnel communautaire, Université de Bruxelles, Coll. Etudes européennes, 1994, p. 35.
- R. KOVAR**, note sous l'arrêt Cohn Bendit, J.C.P., Ed. G, 1979, N° 19158.
- R. KOVAR**, note sous l'arrêt Nicolo, D. 1990, p. 57.
- R. KOVAR**, L'effectivité interne du droit communautaire, Rapport au colloque de Liège sur "La Communauté et ses Etats membres", janvier 1973, p. 4.
- H. LABAYLE**, L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers, R.T.D.E. 1992, p. 619.
- D. LABETOULLE et P. CABANES**, chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1971, p. 247.
- R. LECOURT**, Qu'eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? *in* L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à J. BOULOUIS, p. 349.
- R. LECOURT**, Le rôle unificateur du juge dans la Communauté *in* Etudes de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à P-H. TEITGEN, 1984, p. 223.
- J. LEGUINA**, La responsabilité en droit espagnol, Rapport présenté au 9e Colloque de droit européen consacré à "la responsabilité de l'Etat ...", Section des publications du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980, p. 35.
- Y. LEJEUNE**, Le droit fédéral belge des relations internationales, R.D.I.P. 1994, p. 577.
- M. LEROY**, Responsabilité des Pouvoirs publics du chef de la méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif *in* La responsabilité des pouvoirs publics, Bruylant, 1991, p. 299.
- X. LEWIS**, L'influence du droit communautaire sur le droit administratif anglais *in* Droit administratif et Droit communautaire, A.J.D.A. 1996, Numéro spécial, p. 124.
- J. LIMPENS**, La faute et l'acte illicite en droit comparé *in* Droit positif, Mélanges en l'honneur de J. DABIN, Tome II, Sirey, 1963, p. 723.
- F. LORRENS**, Observations sur l'arrêt Pottiers et autres, D. 1986, IR, p. 353.
- A. LYON-CAEN**, note sous l'arrêt Cohn Bendit, Rev. crit.dr.internat.privé 1979, p. 104.
- G. LYSEN**, Three questions on the non-contractual liability of EEC, Legal Issues of European Integration, 1985/2, p. 86.
- P. MANIN**, L'invocabilité des directives : quelques interrogations, R.T.D.E. 1990, p. 699.
- J-L MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ**, L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol *in* Droit administratif et Droit communautaire, A.J.D.A. 1996, Numéro spécial, p. 118.
- C. MAUGUE et R. SCHWARTZ**, chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1992, p. 329.

- J. MERTENS de WILMARS**, L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaires par les autorités nationales et les particuliers, C.D.E. 1981, p. 379.
- J. MERTENS de WILMARS**, La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire, C.D.E., p. 135.
- P. Le MIRE**, note sous l'arrêt Factortame, A.J.D.A. 1990, p. 832.
- P. Le MIRE**, note sous l'arrêt Zuckerfabrick, A.J.D.A. 1991, p. 237.
- F. MODERNE**, Recherches sur l'obligation in solidum dans le jurisprudence administrative, E.D.C.E. 1974, p. 13.
- F. MODERNE**, Etrangère au pouvoir du juge l'injonction, pourquoi le serait-elle ?, R.F.D.A. 1990, p. 112.
- F. MODERNE**, Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge, R.F.D.A. 1996, p. 43.
- G. MORANGE**, L'irresponsabilité de l'Etat législateur (évolution et avenir), D. 1962, Chron., p. 163.
- J. MOREAU**, L'influence du développement de la construction européennes sur le droit français de la responsabilité de la Puissance publique *in* L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à J. BOULOUIS, Dalloz 1991, p. 409.
- D. MORENO**, note sous les arrêts Chambre de commerce et de l'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées et Société Stentofon Communications, quot. jur, 14 mars 1996, N°22, p. 5.
- R. ORMAND**, L'utilisation de la méthode d'interprétation des traités selon leur "effet utile" par la CJCE", R.T.D.E. 1976, p. 624.
- B. PACTEAU**, note sous l'arrêt Cohn Bendit, D. 1979, p. 155.
- B. PACTEAU**, note sous l'arrêt Société "les fils de Henri Ramel", J.C.P. 1981, N° 19500.
- P. PESCATORE**, Jusqu'où le juge peut-il aller trop loin ? *in* Liber Amicorum Olé DUE, GAD, 1974, p. 311.
- P. PESCATORE**, Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communautaires, Il Foro Padano, oct. 1972, N°10.
- P. PESCATORE**, Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe, R.I.D.C. 1974, p. 5.
- P. PESCATORE**, Le recours de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres, R.I.D.C. 1980, p. 337.
- P. PESCATORE**, Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation de la Cour de justice; contributions à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux *in* Miscellanea W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, 1972, Tome II, p. 325.
- P. PESCATORE**, La carence du législateur communautaire et le devoir du juge *in* Rechtsvergleichung Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für L-J CONSTANTINESCO, Carl Heymans Verlag, 1988, p. 941.
- E. PICARD**, note sous l'arrêt Dangeville, J.C.P. 1993, I, N° 3645.
- J.E.M. PORTALIS**, discours préliminaire sur le projet du Code Civil, p.6.
- B. POUJADE**, L'article L 22 du code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel : un espoir déçu ?, D. 1996, chron. p. 211.
- X. PRETOT**, Non transposition d'une directive et responsabilité de l'Etat, R.J.S. 1992, p. 21.
- X. PRETOT**, note sur l'arrêt Dangeville, A.J.D.A. 1992, p. 768.
- J. RIDEAU**, Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire, A.F.D.I. 1972, p. 864.
- J. RIDEAU**, Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux, d. 1974, chron. XIX, p. 147.

- J. RIDEAU**, Communauté de droit et Etats de droit *in* Humanité et droit international, Mélanges R-J DUPUY, Pédone, 1991, p. 249.
- J. RIDEAU**, Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes ; techniques de protection, R.I.D.C. 1982, p. 583.
- J. RIDEAU**, Droit communautaire et droit administratif, la hiérarchie des normes *in* Droit administratif et Droit communautaire, A.J.D.A. 1996, Numéro spécial, p. 6.
- Y. ROBINEAU** : voir O. DUTHEILLET de LAMOTHE.
- M. RONCIERE**, L'article L 22 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel : innovation et interrogations, Les petites affiches, 12 août 1994, N°96, p. 7.
- P. SABOURIN**, note sous l'arrêt Nicolo, D. 1990, p. 135.
- J.A.A. SALMON**, Quelques observations sur les lacunes en droit international public, Revue Belge de Droit international, 1967, Vol. III, p. 440.
- F. SCHOCKWEILER**, La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire, R.T.D.E. 1992, p. 27.
- F. SCHOCKWEILER (avec la collaboration de G. WIVENES et J.M. GODART)**, Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne, R.T.D.E. 1990, p. 27.
- F. SCHOCKWEILER**, Le dommage causé par la suite d'une violation du droit communautaire par l'autorité publique et sa réparation en droit luxembourgeois, Pasirisie luxembourgeoise, Tome 28, 1990-1992, p. 36.
- F. SCHOCKWEILER**, L'emprise du droit communautaire sur les pouvoirs du juge national, Bulletin du cercle François Laurent, Bulletin III, 1991, p. 51.
- F. SCHOCKWEILER**, Effets des directives non transposées en droit national à l'égard des particuliers *in* Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Estudios en homenaje al profesor Don Manuel DIEZ DE VELASCO, Technos, 1993, p. 1201.
- R. SCHWARTZ** : voir E. HONORAT et C. MAUGUE.
- I. SCOTTO**, Droit subjectif et intérêt légitime comme critère de compétence des tribunaux judiciaires et administratifs, Annales de la Faculté de droit de Liège, 1967, p. 51.
- D. SIMON**, L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la CJCE : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges ? *in* Du droit national au droit de l'intégration, Liber Amicorum P. PESCATORE, Nomos Verlag, 1987, p. 651.
- D. SIMON**, Droit communautaire et responsabilité de la Puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?, A.J.D.A. 1993, p. 235.
- D. SIMON**, Recours en constatation de manquement, Juris Classeur Europe, 1991, fasc. 380.
- D. SIMON**, La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire, A.J.D.A. 1996, p. 489.
- D. SIMON**, Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : "ad augusta per augusta" ?, Europe, avril 1992, p. 1.
- D. SIMON**, Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives, Europe, 1991, N°2, p. 1.
- D. SIMON**, Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose *in* L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à J. BOULOUIS, Dalloz, 1991, p. 485.
- D. SIMON**, note sous l'arrêt Nicolo, A.J.D.A. 1989, p. 788.
- D. SIMON**, observations sur l'arrêt Atlanta, Europe, janvier 1996, N°18, p. 12.
- D. SIMON**, observations sur l'arrêt Miret, Europe, février 1994, N°52, p. 10.

- W. SKOURIS**, L'illégalité de l'action administrative comme fondement de la responsabilité de la Puissance publique en Grèce, Journées de la Société française de législation comparée, 1984, Numero spécial, Vol. 6, p. 51.
- P. SOLER-COUTEAUX**, note sous l'arrêt Société International Sales and Import Corporation BV, R.T.D.E. 1988, p. 100.
- P. SOLER-COUTEAUX**, note sous l'arrêt Société vinicole Berard, R.T.D.E. 1988, p. 109.
- K-P SOMMERMAN**, Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand, R.F.D.A. 1995, p. 1145.
- J-H STAHL et D. CHAUVVAUX**, Chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1995, p. 945.
- M. STASSINOPOULOS**, La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'Administration en droit hellénique, allemand et français, E.D.C.E. 1979-1980, N°31, p. 311.
- M. STOZZI**, Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes, R.T.D.E. 1994, p. 373.
- A. TATHAM**, Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre, C.D.E. 1995, p. 597.
- G. TEBOUL**, note sous l'arrêt Rothmans, J.C.P. 1992, II, N° 21859.
- P. TERNEYRE**, Le droit du contentieux des marchés publics dans la perspectives de leur ouverture aux opérateurs communautaires, Les petites affiches, 10 déc. 1990, N°148, p. 13.
- P. TERNEYRE**, L'émergence d'un recours contentieux du troisième type, A.L.D. 1992, p. 82.
- G. TESAURO**, La sanction des infractions au droit communautaire, Rivista di diritto europeo, 1992, p. 477.
- B. THOMAS**, Infractions et manquements des Etats membres au droit communautaire, R.M.C. 1991, p. 887.
- A. TIZZANO**, L'influence du droit communautaire sur le droit administratif italien *in* Droit communautaire et Droit administratif, A.J.D.A. 1996, Numero spécial, p. 129.
- A. TRABUCCI**, L'effet "erga omnes" des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes, R.T.D.E. 1974, p. 26
- J-A USCHER**, Les renvois à titre préjudiciel *in* La réforme du système juridictionnel communautaire, Université de Bruxelles, Coll. Etudes européennes, 1994, p. 59.
- M. VANDERMEEREN**, Le référé administratif précontractuel, A.J.D.A. 1994, Numero spécial, p. 91.
- A.J.O. VAN WASSENAER VAN CATWIJCK**, Rapport sur les Pays-Bas présenté dans l'étude "faute et lien de causalité de la responsabilité délictuelle", Institut de droit comparé, Pédone, 1983, p. 97.
- P. VIALLE**, Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative, R.D.P. 1974, p. 1243.
- D. VIGNES**, Note sur le contenu et la portée du traité sur l'Union Européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, A.F.D.I. 1991, p. 774.
- M. WALINE**, note sous l'arrêt Mergui, R.D.P. 1972, p. 234.
- M. WIVENES**, Rapport luxembourgeois pour le XV^e Congrès de la F.I.D.E., "La sanction des infractions au droit communautaire", Lisbonne, 1992, p. 277.
- J. ZILLER**, Droit administratif et droit communautaire : du bon usage du principe de subsidiarité, *in* Droit administratif, Mélanges R. CHAPUS, Montchrestien, 1992, p. 681.

III. Principales conclusions des Avocats généraux :

- M. CAPOTORTI**, conclusions sur l'affaire Granaria, Rec. 1979, p. 642.
- M. CAPOTORTI**, conclusions sur l'affaire Ireks-Arkady, Rec. 1979, Rec. p. 2976.
- M. DARMON**, conclusions sur l'affaire Cato, Rec. 1992, p. I- 2257.
- M. DARMON**, conclusions sur l'affaire Vreugdenhil, Rec. 1992, p.I- 1947.
- M. DARMON**, conclusions sur l'affaire Roquette frères, Rec. 1989, p. 1567.
- M. GAND**, conclusions sur l'affaire Kampffmeyer, Rec. 1967, p. 317.
- M. JACOBS**, conclusions sur l'affaire van Schijndel, Rec. 1995, p. I- 4707.
- M. JACOBS**, conclusions sur l'affaire Peterbroek, Rec. 1995, p. I- 4601.
- M. LAGRANGE**, conclusions sur l'affaire Da Costa, Rec.1963 p. 85.
- P. LEGER**, conclusions sur l'affaire Hedley Lomas, non encore publiées.
- M. MANCINI**, conclusions sur l'affaire Auer, Rec. 1983 p. 2751.
- M. MANCINI**, conclusions sur l'affaire Unifrex, Rec. 1984, p. 1982
- M. MANCINI**, conclusions sur l'affaire Boer Buizen BV, Rec. 1987, p. 3685.
- M. MAYRAS**, conclusions sur l'affaire Merkur, Rec. 1973, p. 1077
- M. MAYRAS**, conclusions sur l'affaire Debayser, Rec. 1978 p. 570
- M. MISCHO**, conclusions sur l'affaire Francovitch Bonifaci, Rec. 1991, p. I-5370.
- G. REISCHL**, conclusions sur l'affaire Russo, Rec. 1975, p.
- G. REISCHL**, conclusions sur l'affaire Sucrimex, Rec. 1980, p. 1299.
- M. ROEMER**, conclusions sur l'affaire Aktien-Zuckerfabrick, Rec. 1971, p. 991.
- M. ROEMER**, conclusions sur l'affaire République Fédérale d'Allemagne, Rec. 1963, p. 131.
- G. SLYNN**, conclusions sur l'affaire Marshall, Rec. 1986, p. 725.
- G. SLYNN**, conclusions sur l'affaire Asteris AE, Rec. 1988, p. 5527.
- M. TABUCCHI**, conclusion sur l'affaire Roquette, Rec. 1976, p. 689.
- G. TESAURO**, conclusions dans l'affaire Assurances de crédit et Compagnie belge d'assurance crédit SA, Rec. 1991, p. 1813.
- G. TESAURO**, conclusions sur les affaires Brasserie du Pêcheur / Factortame, non encore publiées.
- G TESAURO**, conclusions sur l'affaire Dillenkofer, non encore publiées.
- G. TESAURO**, conclusions sur l'affaire British telecom, non encore publiées.
- M. VAN GERVEN**, conclusions sur l'affaire Foster, Rec. 1990, p. 3331.
- M. VAN GERVEN**, conclusions sur l'affaire Mulder e.a., Rec. 1992, p. I- 3094.
- M. VERLOREN VAN THEMAAT**, conclusions sur l'affaire Interagra, Rec. 1982, p. 2249.
- M. VERLOREN VAN THEMAAT**, conclusions sur l'affaire Ludwigshafener Walzmuhle Erling KG, Rec. 1981, p. 3263.
- M. WARNER**, conclusions sur l'aff. Dietz, Rec.1977, p. 2444.
- M. WARNER**, conclusions dans l'affaire Lesieur Cotelle, Rec. 1976, p. 391.

IV. Principales conclusions des commissaires du gouvernement :

- F. BERNAULT**, conclusions C.A.A. Paris, 1er juil. 1992, Société Jacques Dangeville, Dr. Fiscal, 1992, Vol. II, N°1665, p. 1420.
- J-C BONICHOT**, conclusions CE. 13 juin 1986, O.N.I.C., R.T.D.E. 1986, p. 533.
- M. BRAIBANT**, conclusions CE. S. 15 fév. 1961, Werquion, R.D.P. 1961, p. 321.
- P. CADENAS**, conclusions C.A.A. Nantes, 20 juin 1991, S.A. Druault, L.Q.J, 9 avr. 1992, N°29, p. 4.
- M. CHANTEPY**, conclusions CE. 3 nov. 1995, Chambre de commerce et de l'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées et CE. 3 nov. 1995, Société Stentofon Communications, C.J.E.G. 1996, p. 67 et R.F.D.A. 1995, p. 1077.
- R. DENOIX DE SAINT MARC**, conclusions CE. Ass. 23 mars 1984, Ministre du Commerce extérieur / Société Alivar, R.T.D.E. 1984, p. 341.
- P. FRYDMAN**, conclusions CE. Ass. 20 oct. 1989, Nicolo, Rec. p. 190.
- B. GENEVOIS**, conclusions CE. Ass. 22 déc. 1978, Cohn-Bendit, D. 1979, p. 155; R.T.D.E. 1979, p. 169.
- E. GUILLAUME**, conclusions sur l'arrêt Ministre du travail / Heisch, R.F.D.A. 1987, p. 504.
- M-C HAGELSTEEN**, conclusions CE. S. 11 janv. 1991, S.A. Morgane, R.F.D.A. 1991, p. 652.
- M. LAROQUE**, conclusions CE. S. 13 déc. 1985, Société International Sales and Import Corporation BV, A.J.D.A. 1986, p. 174.
- M. LAROQUE**, conclusions CE. Ass. 28 fév. 1992, S.A. Rothmans International France et autres, A.J.D.A. 1992, p. 210.
- M. LAROQUE**, conclusions CE. 24 sept. 1990, Boisdet, L.P.A., 12 oct. 1990, N°123, p. 15.
- M. ROUGEVIN-BAVILLE**, conclusions CE. S. 19 mars 1971, Mergui, Rec. leb. p. 235.

TABLE JURISPRUDENTIELLE

I. DECISIONS DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES

Années 1960-1970 :

- C.J.C.E 16 décembre 1960, Humblet / Etat belge (Aff. 6/60, Rec. p. 1128)
- C.J.C.E. 19 février 1961, Commission des CE / République italienne (Aff. 7/61, Rec. p. 653).
- C.J.C.E. 14 juillet 1961, Société commerciale A. Vloeberghs / Haute Autorité (Aff. jtes 9 et 12/60, Rec. p. 391).
- C.J.C.E. 5 février 1963, Van Gend en Loos / Administration fiscale néerlandaise (Aff. 26/62, Rec. p. 3).
- C.J.C.E. 5 décembre 1963, Usines Emile Henricot (Aff. jtes 23, 24 et 52/63, Rec. p. 431).
- C.J.C.E. 14 juillet 1964, Kampffmeyer (Aff. 5, 7 et 13 à 24/66, Rec. p. 317).
- C.J.C.E. 15 juillet 1964, Costa / ENEL (Aff. 6/64, rec; p. 1161).
- C.J.C.E. 2 décembre 1964, Demoiselle Dingemans / Sociale Verzekeringsbank Amsterdam (Aff. 24/64, Rec. p. 1273).
- C.J.C.E. 1er juillet 1965, Toepfer et Getreide- Import Gesellschaft / Commission (Aff. jtes 106 et 107/63, Rec. p. 525).
- C.J.C.E. 16 juin 1966,, Compagnie des Forges de Châtillon / Haute Autorité (Aff. 54/65, Rec. p. 280).
- C.J.C.E. 3 avril 1968, Molkerei Zentrale (Aff. 28/67, Rec. p. 212).
- C.J.C.E. 4 avril 1968, Firma Gebrücker Lück (Aff. 34/67, Rec. p. 360).
- C.J.C.E. 19 décembre 1968, Salgoil (Aff. 13/68, Rec. p. 661).
- C.J.C.E. 6 juin 1970, Frantz Grad (Aff. 9/70, Rec. p. 825).

Année 1971 :

- C.J.C.E. 1er février 1971, Norddetsches Vieh und Fleischkontor / Hauptzollamt Hamburg St Annen (Aff. 39/70, Rec. p. 49).
- C.J.C.E. 28 avril 1971, Alfons Lütticke GmbH / Commission (Aff. 4/69, Rec. p. 325).
- C.J.C.E. 2 décembre 1971, Aktien Zuckerfabrick Schoppenstedt / Conseil des CE. (Aff. 5/71, Rec. p. 975).
- C.J.C.E. 15 décembre 1971, International Fruit Compagny / Produktschap voor Groeten en Fruit (Aff. jtes 51 à 54/71, Rec. p. 1107).

Année 1972 :

- C.J.C.E. 6 juin 1972, Schlüter (Aff. 94/71, Rec. p. 307).
 C.J.C.E. 13 juin 1972, Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit SA et Grands Moulins de Paris SA / Commission (Aff. jtes 9 et 11/71, Rec. p. 391).
 C.J.C.E. 25 octobre 1972, Haegeman (Aff. 96/71, Rec. p. 1005).

Année 1973 :

- C.J.C.E. 7 février 1973, Commission des CE / République italienne (Aff. 39/72, Rec. p. 101).
 C.J.C.E. 8 février 1973, Commission des CE / République italienne (Aff. 30/72, Rec. p. 161).
 C.J.C.E. 24 octobre 1973, Merkur (Aff. 43/72, Rec. p. 1055).
 C.J.C.E. 11 décembre 1973, Lorenz (Aff. 120/73, Rec. p. 1484).

Années 1974 - 1975 :

- C.J.C.E. 16 janvier 1974, Rheinmühlen (Aff. 166/73, Rec. p. 33).
 C.J.C.E. 2 juillet 1974, Holz et Willemsen GmbH (Aff. 153/73, Rec. p. 675).
 C.J.C.E. 14 mai 1975, C.N.T.A. / Commission (Aff. 74/74, Rec. p. 533).
 C.J.C.E. 26 novembre 1975, Société des Grands Moulins des Antilles (Aff. 99/74, Rec. p. 1531).

Année 1976 :

- C.J.C.E. 22 janvier 1976, Carmine Russo / AIMA (Aff. 60/75, Rec. p. 45).
 C.J.C.E. 26 février 1976, Commission / Italie (Aff. 52/75, Rec. p. 277).
 C.J.C.E. 17 mars 1976, Lesieur Cotelle (Aff. jtes 67 à 85/75, Rec. p. 391).
 C.J.C.E. 8 avril 1976, Defrenne / Sabena (Aff. 43/75, Rec. p. 455).
 C.J.C.E. 21 mai 1976, Société Roquette frères (Aff. 26/74, Rec. p. 677).
 C.J.C.E. 16 décembre 1976, Rewe (Aff. 33/76, Rec. p. 1989).
 C.J.C.E. 16 décembre 1976, Comet BV (Aff. 45/76, Rec. p. 2043).

Année 1977 :

- C.J.C.E. 2 février 1977, Amsterdam Bulb (Aff. 50/76, Rec. p. 137).
 C.J.C.E. 1er mars 1977, Société pour l'exportation du sucres / Commission (Aff. 88/76, Rec. p. 709).
 C.J.C.E. 22 mars 1977, Steinike et Weinling / république fédérale d'Allemagne (Aff. 78/76, Rec. p. 595).
 C.J.C.E. 28 avril 1977, Jean Thieffry / Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris (Aff. 71/76, Rec. p. 764).
 C.J.C.E. 8 juin 1977, Merkur GmbH (Aff. 97/76, Rec. p. 1063).
 C.J.C.E. 23 novembre 1977, Société Enka (Aff. 38/77, Rec. p. 2203).
 C.J.C.E. 15 décembre 1977, Firma Gebrüder Dietz (Aff. 126/76, Rec. p. 2431).

Année 1978 :

- C.J.C.E. 2 mars 1978, Debayser SA (Aff. jtes 12, 18 et 21/77, Rec. p. 553).
 C.J.C.E. 9 mars 1978, Simmenthal (Aff. 106/77, Rec. p. 629).
 C.J.C.E. 10 mai 1978, Société pour l'exportation du sucres SA (Aff. 132/77, Rec. p. 1061).

C.J.C.E. 25 mai 1978, Bayerische HNL (Aff. jtes 83 à 94/76, 4, 15 et 40/77 et 49/79, Rec; p. 1209)

Année 1979 :

C.J.C.E. 7 février 1979, Gouvernement du Royaume des Pays-Bas / Commission (Aff. 11/76, Rec. p. 245).

C.J.C.E. 13 février 1979, Granaria (Aff. 101/78, Rec. p. 623).

C.J.C.E. 22 février 1979, Commission / Italie (Aff. 163/78, Rec. p. 771).

C.J.C.E. 25 septembre 1979, Commission / France (Aff. 232/78, rec; p. 2729).

C.J.C.E. 29 septembre 1979, Eridania (Aff. 239/78, Rec. p. 2749).

C.J.C.E. 4 octobre 1979, Ireks-Arkady (Aff. 238/78, Rec. p. 2955)

C.J.C.E. 4 octobre 1979, Interquell (Aff. jtes 261 et 262/78, Rec. p. 3045).

C.J.C.E. 4 octobre 1979, Dumortier (Aff. jtes 64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, Rec. p. 3091).

C.J.C.E. 4 octobre 1979, DGV (Aff. jtes 214, 242, 245, à 250/78, Rec. p. 3017).

C.J.C.E. 5 décembre 1979, Koninklijke Scholten-Honig NV (Aff. 143/77, rec; p. 3583).

C.J.C.E. 12 décembre 1979, Firma Hans-Otto Wagner (Aff. 12/79, Rec. p. 3657).

Année 1980 :

C.J.C.E. 27 février 1980, Just / Ministère des impôts et accises (Aff. 68/79, Rec. p. 501)

C.J.C.E. 27 mars 1980, Sucrimex SA et Westzucker GmbH / Commission des CE. (Aff. 133/79, Rec. p. 1299).

C.J.C.E. 27 mars 1980, Denkavit (Aff. 61/79, Rec. p. 1205).

C.J.C.E. 6 mai 1980, Commission / Belgique (Aff. 102/79, Rec; p. 1473).

C.J.C.E. 12 juin 1980, Express Dairy Foods Limited / Intervention Board for Agricultural Produce (Aff. 130/79, Rec. p. 1887).

C.J.C.E. 15 octobre 1980, Roquette frères (Aff. 145/79, Rec. p. 2917).

C.J.C.E. 25 novembre 1980, Royaume de Belgique / Commission (Aff. 820/79, Rec. p. 3537).

Année 1981 :

C.J.C.E. 27 janvier 1981, République italienne / Commission (Aff. 1251/79, Rec. p. 205).

C.J.C.E. 13 mai 1981, International Chemical Corporation / Administration des Finances (Aff. 66/80, Rec. p. 1191).

C.J.C.E. 7 juillet 1981, Rewe (Aff. 158/80, Rec. p. 1805).

C.J.C.E. 20 octobre 1981, Commission des CE / Belgique (Aff. 137/80, Rec. p. 2393).

C.J.C.E. 11 novembre 1981, IBM / Commission (Aff. 60/81, Rec. p. 2651).

C.J.C.E. 16 décembre 1981, Foglia / Novello (Aff. 244/80, Rec. p. 3045).

C.J.C.E. 17 décembre 1981, Ludwigshafener Walzmühle (Aff. jtes 197 à 200, 243, 245 et 247/80, Rec. p. 3211).

Année 1982 :

C.J.C.E. 27 janvier 1982, Birra Wührer SpA (Aff. jtes 256 et 257, 265 et 267/80 et 5/81, Rec. p. 85).

C.J.C.E. 25 mars 1982, Moskel (Aff. 45/81, Rec. p. 1129).

C.J.C.E. 10 juin 1982, Compagnie Interagra SA / Commission (Aff. 217/81, Rec. p. 2233).

C.J.C.E. 15 juillet 1982, Commission des CE. / Royaume-Uni (Aff. 40/82, Rec. p. 2793).

C.J.C.E. 26 octobre 1982, Einberger (Aff. 240/81, Rec. p. 3699).

C.J.C.E. 14 décembre 1982, Procureur de la République / Waterkeyn (Aff. jtes 314, 316/81 et 38/82, Rec. p. 4337).

Année 1983 :

C.J.C.E. 22 mars 1983, Commission des CE. / France (Aff. 42/82, Rec. p. 1013).

C.J.C.E. 21 septembre 1983, Deutsche Milchkontor GmbH / République Fédérale d'Allemagne (Aff. jtes 205 à 215/82, Rec. p. 2633).

C.J.C.E. 22 septembre 1983, Aurer / Ministère public (Aff. 271/82, Rec. p. 2727).

C.J.C.E. 3 novembre 1983, San Giorgio (Aff. 199/82, Rec. p. 3595).

C.J.C.E. 29 novembre 1983, Roussel Laboratoria BV (Aff. 181/82, Rec. p. 3849).

C.J.C.E. 15 décembre 1983, Rienks (Aff. 5/83, Rec. p. 4233).

Année 1984 :

C.J.C.E. 10 avril 1984, Von Colson et Kamann (Aff. 14/83, Rec. p. 1891).

C.J.C.E. 12 avril 1984, Unifrex (Aff. 281/82, Rec. p. 1975).

C.J.C.E. 30 mai 1984, Eximo (Aff. 62/83, Rec. p. 2295).

C.J.C.E. 5 décembre 1984, SA. Biovilac NV (Aff. 59/83, rec; p. 4087).

C.J.C.E. 13 novembre 1984, Birra Wührer SpA (Aff. jtes 256, 257, 265 et 267/80 et 5, 51/81 et 282/82, Rec. p. 3693).

Année 1985 :

C.J.C.E. 18 juin 1985, Steinhauser / Ville de Biarritz (Aff. 197/84, Rec. p. 1819).+

C.J.C.E. 9 juillet 1985, Bozetti (Aff. 179/84, Rec. p. 2301).

C.J.C.E. 19 septembre 1985, République hellénique / Commission (Aff. 192/83, Rec. p. 2791).

C.J.C.E. 7 novembre 1985, Adams / Commission (Aff. 154/83, Rec. p. 3539).

Année 1986 :

C.J.C.E. 20 février 1986, Commission des CE / République italienne (Aff. 309/84, Rec. p. 599).

C.J.C.E. 26 février 1986, Krohn and Co. Import-Export / Commission (Aff. 175/84, Rec. p. 753).

C.J.C.E. 26 février 1986, Marshall (Aff. 152/84, Rec. p. 723).

C.J.C.E. 5 mars 1986, Wünsche Handelsgesellschaft GmbH / République Fédérale d'Allemagne (Aff. 69/85, Rec. p. 947).

C.J.C.E. 15 mai 1986, M. Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (Aff. 222/84, Rec. p. 1651).

C.J.C.E. 15 octobre 1986, Commission des CE / Italie (Aff. 168/85, Rec. p. 2945).

Année 1987 :

C.J.C.E. 10 mars 1987, Commission / république italienne (Aff. 199/85, Rec. p. 1039).

C.J.C.E. 11 mars 1987, Walter Rau (Aff. jtes 279, 280, et 286/84, Rec. p. 1069).

C.J.C.E. 7 juillet 1987, Etoile commerciale et C.N.T.A. / Commission (Aff. jtes 89 et 91/86, Rec. p. 3005).

C.J.C.E. 29 septembre 1987, De Boer Buizen BV (Aff. 81/86, Rec. p. 3677).

C.J.C.E. 15 octobre 1987, Heylens (Aff. 222/86, Rec. p. 4097).
 C.J.C.E. 22 octobre 1987, Foto Frost (Aff. 314/85, Rec. p. 4199).

Année 1988 :

C.J.C.E. 2 février 1988, Van der Kooy / Commission (Aff. jtes 67/85, 68/85 et 70/85, Rec. p. 219).
 C.J.C.E. 2 février 1988, Bruno Barra / Etat belge et ville de Liège (Aff. 309/85, rec. p. 355).
 C.J.C.E. 4 février 1988, Murphy (Aff. 157/86, Rec. p. 673).
 C.J.C.E. 25 février 1988, Raiffeisen Hauptgenossenschaft / BALM (Aff. 199/86, Rec. p. 1169).
 C.J.C.E. 24 mars 1988, Commission des CE / République hellénique (Aff. 240/86, Rec. p. 1835).
 C.J.C.E. 28 avril 1988, Mulder (Aff. 120/86, Rec. p. 2321).
 C.J.C.E. 28 avril 1988, Von Deetzen (Aff. 170/86, Rec. p. 2355).
 C.J.C.E. 29 juin 1988, Van Landschoot (Aff. 300/86, Rec. p. 3443).
 C.J.C.E. 29 juin 1988, Deville / Administration des Impôts (Aff. 240/87, Rec. p. 3513).
 C.J.C.E. 27 septembre 1988, Asteris AE (Aff. jtes 106 à 120/87, Rec. p. 5515).

Année 1989 :

C.J.C.E. 2 février 1989, Commission des CE / Italie (Aff. 22/87, Rec. p. 143).
 C.J.C.E. 14 février 1989, Star Fruit Compagnie SA / Commission (Aff. 247/87, Rec. p. 291).
 C.J.C.E. 30 mai 1989, Roquette frères (Aff. 20/88, Rec. p. 1153).
 C.J.C.E. 21 septembre 1989, Commission / République hellénique (Aff. 68/88, rec. p. 2965).
 C.J.C.E. 23 novembre 1989, Provide (Aff. C- 150/88, Rec. p. 3891).

Année 1990 :

C.J.C.E. 17 mai 1990, Société nationale interprofessionnelle de la tomate e.a / Commission (Aff. C- 87/89, Rec. p. I- 1981).
 C.J.C.E. 6 juin 1990, AERPO e.a / Commission (Aff. C- 119/88, Rec. p. 2189).
 C.J.C.E. 19 juin 1990, Factortame (Aff. C- 213/89, Rec. p. I- 2433).
 C.J.C.E. 12 juillet 1990, A. Foster / British Gas plc (Aff. C- 188/89, Rec. p. I- 3313).
 C.J.C.E. 8 novembre 1990, Dekker (Aff. C-177/88, Rec. p. I-3941).

Année 1991 :

C.J.C.E. 21 février 1991, Zuckerfabrik (Aff. jtes C- 143/88 et C- 92/89, Rec. p. I- 415).
 C.J.C.E. 26 février 1991, Commission des CE / Italie (Aff. C-120/88, Rec. p. I- 621).
 C.J.C.E. 26 février 1991, Commission des CE. / Espagne (Aff. C- 119/89, Rec. p. I- 641).
 C.J.C.E. 26 février 1991, Commission des CE / Grèce (Aff. C- 159/89, Rec. p. I- 691).
 C.J.C.E. (ord.) 3 mars 1991, Emeralt Meats Limited (Aff. C- 66/91 et C- 66/91R, Rec. p. I- 1143).
 C.J.C.E. 18 avril 1991, Les Assurances du crédit et Compagnie belge d'assurance crédit SA (Aff. C- 63/89, Rec. p. I- 1799).
 C.J.C.E. 11 mai 1991, Commission des CE / République italienne (Aff. C- 246/88, Rec. p. I- 2049).
 C.J.C.E. 11 juin 1991, Commission des CE / Belgique (Aff. C- 290/89, Rec. p. I- 2851).

C.J.C.E. 11 juillet 1991, Verhopen e.a / Sociale Verzekeringsbank (Aff. jtes C- 87, 88, 89/90, Rec. p. I- 3757).

C.J.C.E. 25 juillet 1991, Theresa Emmott / Minister of Social Welfare Attorney General (Aff. C- 208/90, Rec. p. I- 4269).

C.J.C.E. 19 novembre 1991, Francovitch et Bonifaci / République italienne (Aff. jtes C- 6/90 et C-9/90, Rec. p. I- 5357).

Année 1992 :

C.J.C.E. 13 mars 1992, Industrie en Handelonderneming Vreugdenhil BV / Commission (Aff. C- 282/90, Rec. p. I- 1937).

C.J.C.E. 18 mars 1992, Commission / Grèce (Aff. C- 29/90, Rec. p. I- 1971).

C.J.C.E. 8 avril 1992, Cato (Aff. C- 55/90, Rec. p. I- 2533).

C.J.C.E. 19 mai 1992, Mulder e.a / Commission et Conseil (Aff. jtes C- 104/89 et C- 37/90, rec. p. I- 3061).

Année 1993 :

C.J.C.E. 2 août 1993, Commission des CE / Pays-Bas (Aff. C- 303/92, Rec. p. I- 4739).

C.J.C.E. 2 août 1993, Marshall / Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Aff. C- 271/91, Rec. p. I- 4367).

C.J.C.E. 13 décembre 1993, Commission des CE / Italie (Aff. C- 33/90, Rec. p. I- 5987).

C.J.C.E. 16 décembre 1993, Teodoro Wagner Miret / Fondo de garantia Salarial (Aff. C- 334/92, rec. p. I- 6911).

Années 1994 - 1995 :

C.J.C.E. 13 avril 1994, Banks (Aff. C- 128/92, Rec. p. I- 1209).

C.J.C.E. 14 juillet 1994, Paola Faccini Dori / Recreb Srl (Aff. c- 91/92, Rec. p. I- 3325).

C.J.C.E. 14 décembre 1995, SCS Peterbroek e.a / Etat Belge (Aff. C- 312/93, Rec. p. I- 4599)

C.J.C.E. 14 décembre 1995, Jeroen Van Schijndel e.a. (Aff. jtes C- 430 et 431/93, rec. p. I- 4705).

Année 1996 :

C.J.C.E. 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur -Factortame (Aff. jtes C- 46/93 et C- 48/93, non encore publié).

C.J.C.E. 26 mars 1996, The Queen / H.M treasury, ex parte British Telecommunication plc (Aff. C- 392/93, non encore publié).

C.J.C.E. 23 mai 1996, The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas Ltd (Aff. C- 5/94, non encore publié)

C.J.C.E. 8 octobre 1996, Erich Dillenkofer e.a. / République Fédérale d'Allemagne (Aff. jtes C- 178/94, C- 179/94, C- 188/94, C- 189/94 et C- 190/94, non encore publié).

C.J.C.E. 17 octobre 1996, Denkavit International BV., VITIC Amsterdam BV et Voormeer BV / Bundersamt für Finanzen (Aff. jtes C- 283/94, C- 291/94 et C- 292/94, non encore publié).

II. DECISIONS DES JURIDICTIONS NATIONALES

BELGIQUE :

CE. 15 décembre 1961, Matte, R.J.D.A. 1962, p. 131.
 C. Cass, 27 mai 1971, Etat Belge / SA Fromagerie franco-suisse Le Ski, J.T 1971, p. 460.
 T.P.I. de Bruxelles, 4e ch, 9 février 1990, Boccia et autres / Etat Belge, J.L.M.B. 1990, p. 766.
 T.P.I. de Bruxelles, 4e ch, 9 février 1990, Michel et autres / Office des Pensions et l'Etat Belge.

FRANCE :

TC. 27 octobre 1931, Société Pommier, Rec. leb. p. 1173.
 CE. 14 janvier 1938, Société Anonyme des produits laitiers "La Fleurette", Rec. leb. p. 25.
 CE. 21 février 1958, Société des établissements Gaumont, Rec. leb. p. 124.
 CE. 6 mars 1959, Gros, Rec. leb. p. 157.
 CE. S. 8 janvier 1960, Laiterie Saint-Cyprien, Rec. leb. p. 10.
 CE. S. 15 février 1961, Werquion, R.D.P. 1961, p. 321.
 CE. S. 25 janvier 1963, Ministre de l'intérieur / Bolero, Rec. leb. p. 53.
 CE. 26 janvier 1968, Société "Maison Génestal".
 CE. S. 19 mars 1971, Mergui, Rec. leb. p. 235.
 CE. 5 novembre 1971, Le comptoir agricole du Pays bas-normand.
 CE. 26 janvier 1973, Ville de Paris / Driancourt, Rec. leb. p. 78.
 CE. 22 mai 1974, Charrois, Rec. leb. p. 298.
 CE. 11 octobre 1978, Delphin, Rec. leb. p. 360.
 CE. Ass. 22 décembre 1978, Cohn-Bendit, Rec. leb. p. 524.
 CE. 7 décembre 1979, Société "Les fils de Henri Ramel", Rec. leb. p. 456.
 CE. S. 18 décembre 1981, Ministre de la culture et de la Communication, Rec. leb. p. 478.
 CE. Ass. 23 mars 1984, Ministre du commerce extérieur / Société Alivar, Rec. leb. 128.
 T.A. Strasbourg, 5 juin 1984, Société Tresch-Alcasaves, C.M.L.R. 1986, p. 625.
 T.A Pau, 12 novembre 1985, Steinhauser / Ville de Biarritz, Rec. leb. p. 473.
 CE. s. 13 décembre 1985, Société International Sales and Import Corporation BV, Rec. leb. p. 376.
 CE. 7 février 1986, Pottiers et autres, Rec. leb. p. 610.
 T.A. Dijon, 15 avril 1986, Société vinicole Berard, Rec. leb. p. 311.
 CE. 7 octobre 1987, Ministre de la Culture / Consorts Genty, R.F.D.A. 1988, p. 854.
 CE. Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. leb. p. 190.
 CE. 24 septembre 1990, Boisdet, Rec. leb. p. 250.
 C.A.A. de Nantes, 20 juin 1991, SA Duault / Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget, A.J.D.A. 1992, p. 172.
 CE. Ass. 28 février 1992, SA Rothmans International France et SA Philip Morris, Rec. leb. p. 81.
 CAA. Paris, 1er juillet 1992, Société Dangeville, Rec. leb. p. 558.
 CE. 14 décembre 1994, Gouvernement suisse, A.J.D.A. 1995, p. 56.
 CE. 30 novembre 1995, Chambre de commerce et de l'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, C.J.E.G. 1996, p. 67.

CE. 30 novembre 1995, Société Stentofon Communications, C.J.E.G. 1996, p. 67.
 TA. Bastia, ord. du 5 janvier 1996, SARL Kyrnair.
 CE. 17 janvier 1996, SA Atelier Mériguët-Carrère.
 CE. 8 mars 1996, Société CGC Entreprise.

ROYAUME-UNI :

Chief Justice Best, aff. Henry / Mayor and Burgesses of Lyme, English Reports, 1828, n° 130, p. 1001.
 English Court of Appeal, aff. Dunlop / Woollahra Municipal Council, Law Reports, Appeal Cases, 1982, p. 182.
 English High Court, 1er octobre 1984, Bourgoïn SA / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, C.M.L.R. 1985, p. 528.
 English Court of Appeal, 29 juillet 1985, Bourgoïn SA. / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, C.M.L.R. 1986, p. 267.
 English Court of Appeal, aff. Jones / Swansea, All England Reports, 1989, p. 162.
 House of Lords, M/Home office, AC. 1994, I, 377.

ITALIE :

Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, 27 septembre 1978, Foro it, 1980, III, n°181, p. 34 et 25 oct. 1978, T.A.R 1978, I, n° 435, p. 4624.

LUXEMBOURG :

Cour d'appel, 1er avril 1987, Poos / Grand Duché, Pasicrisie luxembourgeoise, n° L/1987, p. 68.