

LA RESPONSABILITÉ  
DES ÉTATS MEMBRES VIS-À-VIS  
DES PARTICULIER POUR VIOLATION  
DU DROIT COMMUNAUTAIRE  
ET SA MISE EN ŒUVRE  
PAR LES JURIDICTIONS NATIONALES

PAR

Ercüment TEZCAN

DOCTEUR EN DROIT  
UNIVERSITÉ GALATASARAY (ISTANBUL/TURQUIE)

SOMMAIRE

- I. — UNE RESPONSABILITÉ FONDÉE SUR LA VIOLATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE
- A. *Création et mise à la disposition du juge national du principe de responsabilité*
  - B. *L'autonomie dont bénéficie le juge national dans ce cadre*
- II. — UNE RESPONSABILITÉ MISE EN ŒUVRE PAR LE JUGE NATIONAL
- A. *Le système anglais : les difficultés résultant pour le juge du carcan de la procédure*
  - B. *Le système belge : une solution conforme à la lettre et à l'esprit du droit communautaire*
  - C. *Le système français : du conflit à une solution satisfaisante*

1. Avec la création des Communautés Européennes une nouvelle branche de droit qu'on appelle le droit communautaire a vu le jour. L'une des particularités de ce droit consiste dans le fait que les particuliers en retirent des droits et obligations. De ce fait à côté des États membres et institutions communautaires ils sont eux aussi sujets de ce droit. La question qui vient à l'esprit est de savoir si les particuliers disposent de recours judiciaires vis-à-vis de la puissance publique pour la protection de ces droits. En termes plus clairs, la question revient à se demander si les particuliers ont la possibilité d'intenter une action en justice en cas de violation de leurs droits communautaires par un État membre. Même si théoriquement une réponse positive à cette question s'impose, sa mise en œuvre n'en soulève pas moins

des difficultés. Si l'on cherche des dispositions explicites sur ce sujet dans les traités communautaires, l'effort sera vain. Du côté de la Cour, la situation n'est guère favorable aux particuliers : d'une part, l'article 173 ne permet pas aux particuliers, selon la Cour de Justice, d'attaquer en annulation les actes étatiques (1) ; d'autre part, ils sont dans l'impossibilité d'accéder à la procédure de l'article 169. Certes, ils peuvent formuler des plaintes devant la Commission s'ils sont victimes d'une violation du droit communautaire de la part des autorités nationales ; mais ils ne peuvent toujours pas intenter de recours en annulation ou en carence contre un éventuel refus de la Commission de donner suite à leur plainte (2). Cela revient en dernière analyse à accepter le monopole des États et de la Commission pour intenter un recours en manquement contre un État membre « fautif ». Par ailleurs, dans le cadre de l'article 215, alinéa 2 du traité C.E.E., la Cour a énoncé, à plusieurs reprises, qu'elle refusait de connaître des recours dirigés contre des actes dommageables imputables aux seules autorités nationales (3).

2. Contrairement à la situation désavantageuse rencontrée devant la Cour de Justice, les particuliers ont une position plus confortable devant le juge interne. Conformément au principe de décentralisation judiciaire (4), seules les juridictions nationales ont à connaître des litiges opposant les particuliers entre eux ou aux instances étatiques alors même que ce contentieux aurait incidemment, voire principalement, pour objet l'application du droit communautaire. Dès lors, si le principe même de la responsabilité de la puissance publique est fondé sur le droit communautaire (I), sa mise en œuvre sera effectuée par le juge national (II).

#### I. — UNE RESPONSABILITÉ FONDÉE SUR LA VIOLATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

3. Juge commun du droit communautaire, le juge national a une lourde responsabilité lorsque les justiciables, victimes d'une violation du droit communautaire se présentent devant lui. Mais il n'est pas sans moyens pour satisfaire à cette demande. En effet, la Cour de Justice, pour « com-

(1) Cf., C.J.C.E., 22 mars 1990, *Triveneta Zuccheri e.a. c/ Commission*, aff. C-347/87, *Rec.*, p. 1104.

(2) Sur le pouvoir d'appréciation de la Commission dans le cadre de l'article 169 voir notamment C.J.C.E., 1<sup>er</sup> mars 1966, *Lutticke GmbH c/ Commission*, aff. 48/65, *Rec.*, p. 27 ; C.J.C.E., arr. 14 juillet 1989, *Star Fruit Company*, aff. 247/87, *Rec.*, p. 300 ; C.J.C.E., arr. 17 mai 1990, *Sonito e.a. c/ Commission*, aff. C-87/89, *Rec.*, p. 1981 ; C.J.C.E., arr. 12 juin 1992, *Asia Motor France c/ Commission*, aff. C-29/92, *Rec.*, p. I-3936.

(3) Voir notamment C.J.C.E., arr. 13 février 1979, *Granaria*, aff. 101/78, *Rec.*, p. 623.

(4) R. KOVAR, « Les États membres et la compétence de la Cour », in *la C.J.C.E. et les États membres*, journée d'études organisée par l'Ass. belge pour le droit européen et l'Institut d'Etudes européennes, éd. U.L.B., 1981, sp. p. 38.

penser » en quelque sorte la situation désavantageuse que le particulier rencontre devant les instances communautaires, lui donne des indications pour établir le principe de responsabilité de la puissance publique pour violation du droit communautaire. Mais, si le juge communautaire est soucieux de livrer des indications pour créer ce principe et pour le mettre à la disposition de son collègue national (A), il n'en a pas moins pris soin de préciser l'autonomie dont bénéficie ce dernier pour la mise en œuvre de ce principe (B).

A. — *Création et mise à la disposition du juge national  
du principe de responsabilité*

Ce sont les articles 169 (1) et 177 (2) du traité C.E.E., deux leviers à la disposition du juge communautaire, qui lui ont permis de donner des indications à l'adresse du juge national.

1. *Utilisation de l'article 169 pour la création du principe de responsabilité*

a) *Les efforts de la Cour de Justice dans ce cadre*

1° *La situation avant l'arrêt Waterkeyn*

4. Pris au pied de la lettre, l'article 169 prévoit simplement le mécanisme à déclencher lorsqu'un État membre manque à une de ses obligations résultant du droit communautaire. Le caractère objectif de cette voie de droit est sans conteste. Toutefois, la Cour de Justice a affirmé dès 1960 dans l'arrêt *Humblet* que

« si la Cour constate dans un arrêt qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un État membre est contraire au droit communautaire, cet État est obligé (...) aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire » (5).

Dans le même sens, la Cour de Justice, dans les arrêts du 5 mai 1970 (6) et du 18 novembre 1970 (7) a utilisé la première fois le terme de responsabilité dans le cadre du recours en manquement. Certes, la Cour, en utilisant ce terme, entendait le principe de responsabilité vis-à-vis de l'article 169 ; elle ne visait pas la réparation du préjudice subi par un particulier. Toutefois, le terme utilisé par la Cour, malgré le caractère objectif du recours en

(5) Cf., arr. 16.12.1960, *Jean-E. Humblet c/ État belge*, aff. 6/60, *Rec.*, sp. p. 1146.

(6) Cf., aff. 77/69, *Commission c/ Belgique*, *Rec.*, XVI, p. 237.

(7) Cf., aff. 8/70, *Commission c/ Italie*, *Rec.*, XVI, p. 961.

manquement, avait tout de suite attiré l'attention des auteurs les plus éminents de la doctrine (8).

Par l'arrêt du 13 juillet 1972 (9), la Cour de Justice a davantage explicité sa position sur l'effet des arrêts rendus dans le cadre du recours en manquement. Ce qui était en question dans cette affaire était le problème de la portée de l'arrêt précédemment rendu dans l'affaire 7/68 (10). Mais en réalité, comme l'affirment M<sup>me</sup> Gayet et M. Simon, la Cour se trouvait confrontée indirectement à une autre question : dans la mesure où elle avait conclu, à la suite d'un recours introduit au titre de l'article 177 (11), à l'applicabilité directe de l'article 16 C.E.E., on pouvait légitimement se demander si l'effet direct de la norme communautaire n'aurait pas une incidence sur la solution de l'affaire portée devant la Cour dans le cadre de l'article 169 (12). L'Avocat général a écarté cette éventualité en affirmant : « l'arrêt préjudiciel 18/71 et le fait que vous avez déclaré dans celui-ci que l'article 16 du traité de la C.E.E. produit (...) des effets immédiats dans les rapports entre les États membres et leurs justiciables, n'ont aucune influence sur la présente instance » (13). La Cour, pour sa part, fondait son argumentation à la fois sur l'arrêt de manquement précédent et sur l'effet direct reconnu à l'article 16, puisqu'elle mentionnait ces deux éléments l'un après l'autre dans l'arrêt (14). Toutefois, le commencement de l'attendu 6 par « s'agissant d'une règle communautaire directement applicable » laissait supposer une préférence sur l'effet direct plutôt que sur l'arrêt de manquement précédent dans le raisonnement de la Cour.

5. L'ordonnance du 28 mars 1980 dans l'affaire viande ovine (15)a dissipé tous les doutes dans ce contexte. En effet, la Cour a affirmé dans cette ordonnance que

« la constatation, dans un arrêt revêtu de l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'État membre concerné, d'un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire implique pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité et, le cas échéant, obligation de prendre toutes dispositions pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire. Il s'ensuit que, par le seul effet de l'arrêt portant constatation du manquement, l'État membre concerné est tenu de prendre, sans pouvoir oppo-

(8) Cf., P. PESCATORE, « Responsabilité des États membres en cas de manquement aux règles communautaires », *Il foro padano*, 1972, parte quarta, pp. 9-22. Voir également, D. RUZÍÉ, obs. sous C.J.C.E., 18 nov. 1970, *J.C.P.*, 1971, jurisp. n° 16944 ; V. CONSTANTINESCO, Chr. de jurisp. de la C.J.C.E., *J.D.I.*, 1972, p. 696 ; M.-F. GAYET et D. SIMON, obs. sous C.J.C.E., 13 juillet 1972, *C.D.E.*, 1973, p. 301.

(9) Cf., aff. 48/71, *Commission c/ Italie, Rec.*, 1972, p. 529.

(10) Cf., arr. 10 déc. 1968, *Com. c/ Italie, Rec.*, XIV, p. 617.

(11) Cf., arr. 26 oct. 1971, *Eunomia di Porro c/ Ministère de l'instruction Publique de la République italienne*, aff. 18/71, *Rec.*, XVII, p. 811.

(12) Cf., article cité, *C.D.E.*, 1973, p. 303.

(13) Cf., Conclusions, *Rec.*, 1972, p. 539.

(14) Cf., point 5 de l'arrêt, *Rec.*, 1972, p. 534.

(15) Cf., aff. jointes 24 et 97/80R, *Com. c/ France, Rec.*, 1980, p. 1330.

ser aucun obstacle de quelque nature qu'il soit, toutes les mesures propres à éliminer le manquement » (16).

De cette affirmation de la Cour, il est possible de tirer deux conclusions : d'une part, l'autorité de la chose jugée d'un arrêt de manquement concerne tous les organes de l'État concerné et s'impose donc non seulement au pouvoir exécutif, mais également au législateur et aux juridictions ; d'autre part, toutes ces autorités doivent — dans l'hypothèse où le fait de ne pas appliquer la prescription nationale contraire au droit communautaire n'est pas adéquat ou ne suffit pas pour assurer le plein effet du droit communautaire — prendre toutes les autres dispositions appropriées à cette fin. On ne voit pas, avec l'Avocat général M. Mischo, « pourquoi ne devraient pas figurer parmi ces dispositions, des mesures destinées à réparer le préjudice du fait de la violation, par l'État, des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire » (17).

Il apparaît ainsi rassurant — avec la disparition de la mention de l'applicabilité directe de la disposition communautaire concernée — que désormais l'arrêt de manquement, indépendamment du fait que la disposition communautaire violée ait ou non une applicabilité directe, donne un titre suffisant au juge interne sur la base de la primauté du droit communautaire.

## 2° Les éclaircissements apportés par l'arrêt *Waterkeyn*

6. De la lecture attentive de l'arrêt *Waterkeyn* (18) ressort également la solution consacrée dans l'affaire viande ovine. Cette affaire, on le sait, est le prolongement de l'affaire dite des boissons alcooliques (19).

Les observations présentées devant la Cour dans cette affaire se sont focalisées sur le point de savoir quelle portée devait être reconnue à l'arrêt de manquement. Si le Comité national de défense contre l'alcoolisme, le gouvernement français et la Commission étaient favorables à une portée limitée de l'arrêt de manquement rendu le 10 juillet 1980, les prévenus (devant le tribunal de grande instance de Paris) ont développé l'idée d'une portée pleine et entière (20).

En présence des observations variées et abondantes présentées par les deux parties, la Cour en reprenant et en précisant au fond sa jurisprudence a adopté une « formulation moins provocante » (21) pour la solution du litige. La prudence de la Cour transparaît dans la rédaction même de l'ar-

(16) Cf., *ibid.*, p. 1333.

(17) Cf., Conclusions dans l'affaire *Francovich*, *Rec.*, 1991, p. I-5390, point 59.

(18) Arr. du 14 déc. 1982, aff. jointes 314 à 316/81 et 83/82, *Rec.*, p. 4337.

(19) Arr. du 10 juillet 1980, aff. 152/78, *Com. c/ France*, *Rec.*, 2299.

(20) Voir notamment les observations présentées par M<sup>me</sup> Marie-Denise Bésard et la Société « Groupe Express » et par M. Radolphe Joël et la Société Cusenier, *Rec.*, 1982, pp. 4348-4350.

(21) Cf., G. ISAAC, *R.T.D.E.*, 1983, p. 476.

rêt, puisque la formulation énergique de 1972 — selon l'expression de M. le Professeur Isaac (22) — de « prohibition de plein droit d'appliquer... » n'y figure pas. N'y figure pas non plus la formule ambiguë de « l'inapplicabilité directe des dispositions nationales reconnues incompatibles » suggérée par le tribunal de grande instance de Paris. Toutefois, on peut avancer l'idée que la Cour, au lieu d'énoncer sèchement la formulation de « prohibition de plein droit », a préféré contacter directement les organes compétents sans passer par le relais étatique. La prudence de la Cour trouve son point extrême lorsqu'elle affirme que

« les arrêts rendus en vertu des articles 169 et 171 ont pour objet en première ligne de définir les devoirs des États membres en cas de manquement à leurs obligations. Des droits au profit des particuliers découlent des dispositions même de droit communautaire ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne des États membres » (23).

Il est sans doute extrêmement regrettable de voir que la Cour utilise une telle formulation « quelque peu maladroite » (24). Cette maladresse, précisément, a causé des « interprétations hasardeuses », selon lesquelles la Cour, par cette formulation, a voulu « écarter le droit pour les justiciables d'invoquer, devant les juridictions nationales, l'autorité de l'arrêt de manquement en vue de fonder une action en indemnité » (25). Mais au fond était-ce vraiment l'intention de la Cour ? Sûrement pas. Essayons alors de comprendre ce qui a motivé cette précision. À notre avis, la Cour, par cette formulation, n'a d'abord voulu précisé que ce qui revenait à l'applicabilité directe et ce qui revenait à l'arrêt de manquement. C'est dire que les droits pour les particuliers naissent à partir du moment où la disposition communautaire directement applicable a été édictée. Accepter la solution inverse (i.e. la naissance des droits pour les particuliers à partir de l'arrêt de manquement) reviendrait sans aucun doute à diminuer les effets de telles dispositions et serait gravement nuisible pour les particuliers lésés du fait qu'à chaque fois ceux-ci seraient obligés d'attendre l'arrêt de manquement pour se voir conférer des droits. On imagine bien combien cette solution serait malheureuse pour la protection des particuliers. On peut toutefois avancer inversement l'idée que derrière la précision faite par la Cour il y a une volonté de la part de celle-ci de répondre négativement aux argumentations un peu trop audacieuses des prévenus concernant l'applicabilité directe des arrêts de manquement.

Toutefois, la question qui vient tout de suite à l'esprit est de savoir si l'intervention d'un arrêt de manquement n'ajoute rien à la situation d'un particulier qui bénéficiait déjà de la protection des droits découlant d'une

(22) *Ibid.*

(23) Attendu 15 et 16.

(24) Cf., D. SIMON, « Le Conseil d'État et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », *R.T.D.E.*, n° 2/1992, pp. 265-283, sp. 276.

(25) Cf. D. SIMON, *ibid.*

disposition directement applicable. Nous répondrons à cette question, comme M. le Professeur Isaac, par l'affirmative, puisque la Cour indique clairement qu'il « incombe au juge national, en vertu de l'autorité qui s'attache à l'arrêt de la Cour, de tenir compte, s'il y a lieu, des éléments juridiques fixés dans celui-ci en vue de déterminer la portée des dispositions du droit communautaire qu'il a mission d'appliquer » (26). Partant de cette indication, le juge national doit suivre « non seulement l'interprétation du droit communautaire retenue dans les motifs de l'arrêt [de manquement], mais encore la qualification du droit national au regard de cette interprétation et, finalement, la déclaration d'incompatibilité qui figure dans son dispositif » (27). Si la disposition communautaire avec laquelle le texte national est incompatible est d'applicabilité directe, l'arrêt de manquement renforce cette applicabilité directe (28). Dans le cas contraire, l'arrêt de manquement constitue un titre (29) sur la base duquel le particulier lésé pourrait le cas échéant s'adresser à son juge national en vue d'engager la responsabilité de l'État qui n'a pas exécuté son obligation (30). C'est d'ailleurs cette interprétation qui assure la cohérence de cet arrêt avec la jurisprudence de « primes à l'abattage de vaches et à la non-commercialisation du lait » (31).

7. Au delà de ses péripéties et ses ambiguïtés, l'arrêt *Waterkeyn* constitue sans doute, comme l'affirment MM. R.M. Chevalier et V. Constantinesco, un tournant dans la reconnaissance au recours en manquement d'un caractère de recours de pleine juridiction dans lequel peut être mise en cause la responsabilité de l'État pour manquement à une obligation préexistante (32). C'est sans doute la raison pour laquelle la déclaration de responsabilité qui figurait autrefois rarement dans les arrêts de manquement a désormais acquis une intensité indéniable.

C'est le cas notamment tout au long des années 1980 des déclarations de responsabilité qui sanctionnent l'exécution tardive de l'obligation communautaire concrétisée par l'avis motivé de la Commission. Dans ce contexte,

(26) Cf., Le dernière phrase de l'attendu 15 de l'arrêt, p. 4361.

(27) Cf., G. ISAAC, *op. cit.*, p. 477.

(28) Dans cette hypothèse comme l'affirme M.D. SIMON la constatation juridictionnelle du manquement n'est pas un préalable nécessaire à un éventuel recours en responsabilité contre l'administration nationale. Cf., *art. cité*, *R.T.D.E.*, 1992, p. 277. Voir également du même auteur avec A. BARAV, *R.M.C.*, 1987, p. 167 ; R. KOVAR, *D*, chr., 1992, p. 211 ; F. SCHOCKWEILER, *R.T.D.E.*, 1992, p. 45 ; Av. gén. M.J. MISCHO, concl. dans l'aff. 6 et 11/90, *Francovich*, point 64, *Rec.*, 1991, p. I-5393 ; Av. gén. M.P. LEGER, concl. dans l'aff. 5/94, *The Queen c/ Ministry of Agriculture*, sp. points 176-177.

(29) Cf., D. SIMON et A. BARAV, *art. cité*, *R.M.C.*, 1987, p. 167.

(30) En ce sens A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, thèse, 1983, Univ. de Strasbourg, p. 160 ; J. RIDEAU, « Droit communautaire (la juridiction administrative au regard du) », *Encyc. Dalloz, Contentieux administratif*, 1991, t. I, pr. 64.

(31) Cf., arr. 7 févr. 1973, *Commission c/ Italie*, aff. 39/72, *Rec.*, p. 101.

(32) Cf., note sous l'arrêt *Waterkeyn*, *D.*, 1983, jurispr. p. 428.

à chaque fois que les États poursuivis ont excipé de l'irrecevabilité du recours de la Commission, la Cour de Justice a répondu que

« même au cas où le manquement a été éliminé postérieurement au délai déterminé en vertu du deuxième alinéa de l'article 169, la poursuite de l'action conserve un intérêt en vue d'établir la base d'une responsabilité qu'un État membre peut être dans le cas d'encourir, en conséquence de son manquement à l'égard, notamment, des particuliers auxquels cette violation du droit communautaire aurait causé un préjudice » (33).

Ainsi, la Cour de Justice, par un maniement habile, a fait du recours en manquement une voie pour établir l'illicéité de la disposition nationale vis-à-vis de la norme communautaire, alors que initialement celui-ci a été prévu par les auteurs des traités communautaires simplement pour faire constater par la Cour le manquement d'un État. Cette « déviation fonctionnelle » (34) facilite en dernière analyse la tâche du particulier, car lorsque celui-ci demande la réparation du préjudice devant son juge national il peut aisément invoquer l'arrêt rendu par la Cour à cet effet.

b) *Les efforts des autres institutions communautaires dans ce cadre*

8. Les efforts pour donner une portée encore plus grande aux arrêts en constatation de manquement pour la création du principe de responsabilité ne sont pas limités par la Cour de Justice. En effet, ce point a attiré l'attention des différentes institutions communautaires. Ainsi, par exemple, dans le cadre du Parlement européen, le rapport Sieglerschmidt se prononçait en 1983 pour l'obligation, au minimum, de réparer les préjudices causés par l'infraction, faute d'une sanction dans les traités à l'encontre des États membres. Pour cela, selon le rapporteur,

« la Commission devait exiger plus souvent des États membres, dans les recours qu'elle forme devant la Cour de Justice, la suppression, avec effet rétroactif, de l'infraction aux traités. La Cour de Justice pourrait alors, dans l'arrêt, adresser une invitation en ce sens aux États membres, lesquels — en vertu de l'article 171 du traité C.E.E. — seraient tenus de prendre les mesures que comporte ainsi l'exécution de l'arrêt, notamment de procéder aux dédommagements requis. Un tel arrêt comportant ainsi l'obligation de mettre fin avec effet rétroactif à l'infraction permettrait aux différentes victimes du préjudice de faire valoir plus facilement devant les juridictions nationales leurs droits à dommages-intérêts » (35).

De même, selon le rapporteur « même si la procédure de répression des violations des traités est une procédure objective, la Commission devrait

(33) Voir notamment, C.J.C.E., arr. 20.2.1986, aff. 309/84, *Commission c/ Italie, Rec.*, 599.

(34) Cf., Leontin-Jean CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, L.G.D.J., 1970, p. 140.

(35) Cf., PE Document de Séance du 10 janv. 1983, doc. 1-1052/82, point 49.

désormais protéger davantage des personnes intéressées qui sont ressortissants d'États qui ne respectent pas les traités » (36).

9. La Commission dans son avis du 21 octobre 1990 sur l'Union européenne partait, pour sa part, de l'idée que si la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité des États membres à l'égard des personnes qui en sont les victimes est effective, la menace qu'elle constitue pourra avoir bien souvent, à l'égard des États membres, une force dissuasive bien plus grande que le risque d'une condamnation à une sanction pécuniaire ou à une astreinte (37). Pour elle, deux moyens étaient envisageables à cet effet. Le premier est la reconnaissance expresse, par la Cour, dans son arrêt de manquement, que ledit manquement est de nature à engager la responsabilité de l'État membre à l'égard des personnes lésées. Ainsi, l'autorité de la chose jugée avec laquelle l'arrêt de manquement s'impose aussi aux tribunaux nationaux pourrait être de nature à faciliter la tâche des victimes afin d'obtenir réparation auprès d'eux. Le deuxième consistait à

« compléter l'article 5 du traité C.E.E., en y précisant les moyens que les droits internes doivent comporter pour prévenir les manquements et en réparer les conséquences [notamment, existence de voies de recours au profit des particuliers ; engagement de la responsabilité de la puissance publique à l'égard des victimes des manquements quelle que soit leur nature ou leur source (administrative ou législative) ; possibilité de mesures d'urgence propres à éviter les conséquences irréparables d'un acte fautif]. Le cas échéant, le pouvoir pour les institutions de prendre les mesures d'harmonisation ou de coordination nécessaires pourrait être prévu. Même si les dispositions à prendre en la matière doivent continuer à relever au premier chef des droits nationaux des États membres, il pourrait s'avérer nécessaire d'assurer entre ces droits un minimum de cohérence » (38).

10. Dans le même sens, la Présidence luxembourgeoise, lors des conférences intergouvernementales pour le TUE, proposait d'ajouter à l'article 5 un troisième alinéa dont le libellé est le suivant : « sur la base d'un rapport périodique établi par la Commission, les États membres et la Commission établissent une coopération étroite entre leurs services administratifs pour assurer la pleine application du droit communautaire » (39). Cet ajout, qui figurait encore dans le projet néerlandais de traité vers l'Union européenne présenté au CIG en septembre 1991 (40), a ensuite été remplacé (41) par une

(36) Cf., *ibid.*, point 51.

(37) Cf., Avis de la Commission du 21 oct. 1990 relatif au projet de révision du traité instituant la C.E.E. concernant l'union politique, in *Bulletin des C.E.*, suppl. 2/1991, p. 153.

(38) Cf., *ibid.*, p. 152.

(39) Cf., *Europe document*, n° 1722/1723 du 5 juillet 1991, p. 2.

(40) Cf., *Europe document*, n° 1733/1734 du 3 octobre 1991.

(41) Par le deuxième document néerlandais du 8 nov. 1991. Cf., *Europe document*, n° 1746 du 20.11.1991, p. 4.

déclaration assez détaillée relative à l'application du droit communautaire (42).

2. *Utilisation de l'article 177 pour la création du principe de responsabilité*

a) *Les premiers efforts dans ce cadre pour la protection des particuliers*

11. La « déviation fonctionnelle » que l'article 177 a connue dans ce contexte est plus intéressant encore que celle observée à propos de l'article 169. Les auteurs des traités avaient prévu cette voie de droit initialement pour que les juridictions nationales puissent interroger la Cour de Justice sur l'interprétation du droit communautaire lorsqu'elles éprouvent des difficultés dans l'application de celui-ci. Pris ainsi, le recours préjudiciel ne présentait aucune utilité pour la création du principe de responsabilité.

12. Toutefois, la digue s'est très tôt effondrée et la brèche a très vite été ouverte. En effet, la Cour, par deux arrêts rendus en 1963 (43) et en 1964 (44), a mis les choses au clair. Malgré les exceptions d'irrecevabilité formulées par les gouvernements nationaux dans ces deux affaires, la Cour a admis la recevabilité des questions posées par les juridictions nationales. De plus, en répondant aux questions de ces juridictions, elle a créé deux grands principes (i.e. l'applicabilité directe et primauté) qui ont joué un grand rôle pour la protection des particuliers. Désormais, le recours préjudiciel est devenu un moyen pour la protection des particuliers contre les violations étatiques. Tout au long des années 1970, ce problème a été, dans la plupart des cas, résolu par les deux principes (l'applicabilité directe et la primauté) dégagés par ces deux arrêts.

13. Dans le cadre du recours préjudiciel, la Cour a, la première fois, rencontré à proprement parler la question de responsabilité de l'État vis-à-vis des particuliers en 1976 dans l'affaire *Russo*. Dans cet arrêt elle a clairement affirmé qu'« au cas où un individu avait subi un préjudice du fait d'une intervention d'un État membre incompatible avec le droit communautaire, il incomberait à l'État d'en assumer à l'égard de la personne lésée les conséquences » (45). Quatre ans plus tard, dans l'affaire *Just* elle a également affirmé qu'au delà du droit à répétition stricto sensu,

« il serait également conforme aux principes du droit communautaire que les juridictions saisies de demandes de récupération prennent en considération (...), le préjudice qu'un importateur peut avoir subi du fait que des mesures

(42) Cette déclaration figure dans l'acte final du Traité de Maastricht sous le titre de déclaration n° 19.

(43) Cf., arr. 5.2.1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3.

(44) Cf., arr. 15.7.1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, X, p. 1141.

(45) Cf., arr. 22.1.1976, *Russo c/ AIMA*, aff. 60/75, *Rec.*, sp. p. 45.

fiscales discriminatoires ou protectrices ont eu pour effet de restreindre le volume des importations en provenance d'autres États membres » (46).

b) *La création du principe de responsabilité à proprement parler*

14. Tout au long des années 1980 la Cour a continué à délivrer les indications à l'attention du juge pour la protection des particuliers en suivant et élargissant sa jurisprudence concernant l'applicabilité directe et la primauté. Mais c'est dans l'arrêt *Francovich* du 19 novembre 1991 que le juge interne trouve une indication décisive en ce qui concerne le principe de responsabilité à proprement parler.

L'affaire *Francovich* (47) avait tout pour attirer l'attention des observateurs puisque, pour la première fois dans son histoire, la Cour était appelée à se prononcer sur la responsabilité des États membres vis-à-vis des particuliers pour manquement au droit communautaire déjà constaté par la Cour par un arrêt de manquement (48). L'autre élément qui rendait cette affaire importante était que la disposition communautaire invoquée n'avait pas d'effet direct.

15. Le débat se concentrait surtout, lors de la procédure devant la Cour et notamment dans les observations déposées, sur l'obligation de réparation en cas d'absence d'effet direct de la directive 80/987. Selon les requérants, par exemple,

« pour le cas où la Cour n'admettrait pas l'effet direct des dispositions de la directive, les éléments nécessaires et suffisants pour retenir une responsabilité de l'État à l'égard des bénéficiaires des dispositions de la directive sont, d'une

(46) Cf., arr. 27.2.1980, *Hans Just*, aff. 68/79, point 27 de l'arr.

(47) Cf., arr. 19 nov. 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, I-5357. Sur cet arrêt voir notamment J.-B. AUBY, *Dr. adm.*, 1992, pp. 1-3; A. BARAV, *J.C.P.*, éd. G., 1992, II, jurispr., 21783; J. BLAISE et C. ROBIN, *R.A.E.*, n° 2/1992, p. 99; J.-C. BONICHOT et M. DE GUILLENSCHMIDT, *Les Petites affiches*, 28 janv. 1992, n° 13, pp. 18-21; A. CARNELUTTI, *R.M.U.E.*, 1992, n° 1, pp. 187-192; L. CARTOU, *Les petites affiches*, 4 mars 1992, n° 28, p. 20; V. CONSTANTINESCO, *J.D.I.*, 1992, pp. 426-430; L. DUBOIS, *R.F.D.A.*, 1992, pp. 1-9; J.G. HUGLO, suivi annuel, vol. 1, sous la dir. de S.A. PAPPAS, I.E.A.P., Maastricht, 1993, p. 75; H. LABAYLE, *R.F.D.A.*, n° 4/1992, p. 632; P. LE MIRE, *A.J.D.A.*, 1992, pp. 145-149; B. MONGIN, *Droit et Patrimoine*, n° 4/1993, p. 60; X. PRÉTOT, *R.J.S.*, 1992, n° 1, pp. 21-25; F. SCHOCKWEILER, *R.T.D.E.*, n° 1/1992, pp. 27-50; D. SIMON, *J.C.P.*, éd. ent., 1992, I, 123 (également *Europe*, Déc. 1991, pp. 1-3). G. BEBR, *C.M.L.R.*, 1992, pp. 557-584; R. CARANTA, *C.M.L.R.*, 1995, p. 703; P. DUFFY, *Eur. Law Rev.*, 1992, pp. 133-138; H.M. GILLIAMS, *Public Procurement Law Rev.*, 1992, p. 292; K. PARKER, *Law Quarterly Rev.*, 1992, p. 181; H. SMITH, *Eur. Competition Law Rev.*, 1992, p. 129; J. STEINER, *Eur. Law Rev.*, févr. 1993, p. 3; E. SZYSCZAK, *Modern Law Rev.*, 1992, p. 690; J. TEMPLE LANG, *Fordham International Law Jour.*, 1992-1993, pp. 1-52. H.G. FISCHER, *EuZW*, 1992, p. 41; J. KARL, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1992, pp. 440-448; F. OSSENBUHL, *D.V.B.I.*, 1992, p. 993; S.U. PIEPER, *Neue Jur. Wochenschrift*, 1992, p. 2454; S. Schlemmer-Schulte et J. UKROW, *Europarecht*, 1992, pp. 82-95. A. BARONÉ, R. PARDOLESI, *Foro it.*, 1992, IV, col. 146; R. CARANTA, *Giur. it.*, 1992, p. 1169; L. DANIELE, *Foro it.*, 1992, IV, col. 173; F.M. DI MAJO, *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 501; P. MENGOZZI, *Riv. dir. int.*, 1994, p. 617; G. NORI, « La responsabilità 'comunitaria' dello Stato. Tra diritti soggettivi interessi legittimi », *Ordinamento comunitario e Pubblica Amministrazione*, dirigé par A. Massera, Bologne, 1994, p. 193.

(48) Cf., point I de conclusions de l'Avocat général M. MISCHO, *Rec.*, 1991, p. I-5371. Voir également X. PRÉTOT, *chr. R.J.S.*, n° 1/1992, p. 21; D. SIMON, *Europe*, déc. 1991, p. 1.

part le fait que l'État n'a pas respecté les dispositions de la directive et d'autre part, l'existence d'un préjudice subi par les travailleurs comme conséquences de l'omission d'agir de l'État membre » (49).

Citant, à l'appui de leur thèse, la jurisprudence *Russo* (50), les requérants concluaient finalement que même au cas où les dispositions d'une directive n'ont pas un effet direct, le juge national devra garantir à un particulier lésé un droit à être indemnisé.

De même, la Commission affirmait le droit à dédommagement à l'encontre de l'État qui a manqué à son obligation même si la disposition communautaire n'a pas de caractère inconditionnel et suffisamment précis. Selon elle, il résulterait d'une part des arrêts *Granaria* (51), *Interagra* (52) et *Asteris* (53) que la responsabilité des institutions communautaires relève de la compétence exclusive du juge communautaire, tandis que celle des organes du gouvernement national relève de la compétence du juge national ; d'autre part, la Cour de Justice avait déjà admis dans plusieurs arrêts en constatation de manquement la responsabilité de l'État à la suite de sa violation du droit communautaire. La Commission attirait ensuite l'attention sur l'arrêt *Russo* dans lequel la Cour a précisé que

« la différence entre le domaine de l'illicite et celui du droit à des dommages-intérêts, le premier étant plus vaste que le second. Un acte dont l'État doit répondre vis-à-vis de la Communauté n'implique pas forcément une responsabilité extracontractuelle à l'égard des particuliers. Cette responsabilité n'existe que si et dans la mesure où la disposition a pour but de protéger des intérêts particuliers, c'est-à-dire dans la mesure où cette disposition accorde un droit aux particuliers » (54).

Cette jurisprudence constituait aux yeux de la Commission une transposition de la limite que la Cour avait déjà reconnue à la responsabilité extracontractuelle des institutions à la responsabilité extracontractuelle de l'État pour violation du droit communautaire. Pour la Commission, en l'espèce, en ce qui concerne la demande de dédommagement contre l'État,

« le caractère incomplet de la directive quant à l'identité du débiteur est sans importance puisque les seules dispositions de la directive qui importent sont celles qui permettent d'établir si le travailleur en question peut légitimement prétendre à la garantie et celles qui chiffrent cette garantie » (55).

16. L'Avocat général M. Mischo a, pour sa part, fondé son raisonnement sur l'effet utile (ou effet voulu) de la disposition communautaire lorsque celle-ci n'a pas d'effet direct. Selon lui,

(49) Cf., Rapport d'audience, *Rec.*, 1991, p. I-5364, point 9.

(50) Cf., arr. 22 janv. 1976, aff. 60/75, *Rec.*, 45.

(51) Cf., arr. 13.2.1979, aff. 101/78, *Rec.*, 623.

(52) Cf., arr. 10.6.1982, aff. 217/81, *Rec.*, 2233.

(53) Cf., arr. 27.9.1988, aff. 106/87 à 120/87, *Rec.*, 5515.

(54) Cf., arr. 22.1.1976, précité. Dans le même sens l'Avocat général M. MISCHO, cf., point 57 de conclusions dans l'affaire *Francovich*, *Rec.*, 1991, p. I-5390.

(55) Cf., point 14 du rapport d'audience, *Rec.*, 1991, p. I-5367.

« 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'État membre destinataire » (56).

« En l'absence d'effet direct, l'exigence fondamentale de l'application uniforme du droit communautaire se trouverait du moins pour partie respectée si les particuliers, privés de leurs droits faute de transposition d'une directive, se voyaient accorder une compensation approximativement équivalente » (57).

Estimant que toute non-transposition d'une directive constitue « *ipso facto* une violation des articles 5 et 189 du traité, c'est-à-dire une illégalité, équivalent à une faute, qui doit être réparée par l'État lorsqu'elle a causé un préjudice à un particulier » (58), l'Avocat général a finalement conclu qu'au cas où

« la Cour a constaté qu'un État membre a manqué à ses obligations en ayant omis de transposer en droit interne des dispositions, même dépourvues d'effet direct, d'une directive, cet État 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'État » (59).

Quant à la Cour, elle a abordé le problème dans sa globalité, à savoir, l'existence et l'étendue d'une responsabilité de l'État pour des dommages découlant de la violation des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire. Elle a fondé son raisonnement — comme l'avocat général — sur l'effet utile de la disposition communautaire violée pour affirmer 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 État membre » (60).

Pour elle,

« la possibilité de réparation à charge de l'État membre est particulièrement indispensable lorsque — c'est le cas ici — le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'État 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 » (61).

(56) Cf., point 60 des conclusions, *Rec.*, 1991, p. I-5391.

(57) Cf., point 61 des conclusions, *ibid.*

(58) Cf., point 68 des conclusions, *Rec.*, 1991, p. I-5395.

(59) Cf., point 66 des conclusions, *Rec.*, 1991, p. I-5394.

(60) Cf., point 33 de l'arrêt.

(61) Cf., point 34 de l'arrêt.

Finalement pour la Cour, « le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité » (62).

Ainsi, par l'arrêt *Francovich*, l'engagement de la responsabilité de l'État vis-à-vis du particulier en cas de défaut de transposition d'une directive trouvait une toute première clarification par l'exigence de trois conditions nécessaires et suffisantes : d'abord, il faut que la directive comporte attribution de droits au profit des particuliers ; ensuite, il faut que le contenu de ces droits puisse trouver une identification claire sur la base de cette directive ; enfin, il faut qu'il y ait un lien de causalité entre la violation et le dommage (63).

17. La voie ouverte par cet arrêt est particulièrement prometteuse. Dans des arrêts rendus postérieurement à celui-ci, la Cour suit le même raisonnement. Dans la première affaire, relative toujours à la directive sur la protection des travailleurs contre l'insolvabilité de leur employeur (64), la Cour, conformément aux conclusions de son Avocat général M. Lenz (65), a indiqué que

« dans le cas où le droit national, même interprété à la lumière de ladite directive, ne permettait pas d'assurer au personnel de direction [d'une entreprise qui a déclaré faillite] les garanties que [la directive] prévoit, le personnel de direction a le droit de demander réparation, à l'État concerné, des dommages subis du fait de l'inexécution de la directive en ce qui le concerne » (66).

Dans la deuxième affaire (67), la Cour a indiqué également que

« dans l'hypothèse d'un licenciement discriminatoire en violation de l'article 5, paragraphe 1 de la directive 76/207, le rétablissement de la situation d'égalité ne pourrait être réalisé à défaut d'une réintégration de la personne discriminée [ que par une] réparation pécuniaire du préjudice subi » (68).

c) *Des précisions nouvelles pour la mise en œuvre du principe de responsabilité*

18. Deux autres affaires relatives à l'étendue de la responsabilité de l'État en dehors de la transposition des directives (69) ont donné à la Cour

(62) Cf., point 35 de l'arrêt. La Cour invoque également à ce propos l'article 5 du traité. Cf., point 36 de l'arrêt.

(63) Cf., point 40 de l'arrêt.

(64) Cf., arr. 16.12.1993, aff. C-334/92, *Teodore Wagner Miret c/ Fondo de garantia salarial*, *Rec.*, I-6911. À propos de cet arrêt voir, D. SIMON, A. RIGAUX, *Europe*, Février 1994, p. 9.

(65) Cf., point 22 de conclusions.

(66) Cf., point 23 de l'arrêt.

(67) Cf., arr. 2 août 1993, aff. C-271/91, *M.H. Marshall c/ Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, Rec.*, I-4367.

(68) Cf., point 25 de l'arrêt, *Rec.*, I-4408. Pour le critique de cet arrêt voir D. SIMON et A. RIGAUX, « L'arrêt Marshall II et l'effet des directives : une solution d'espèce à une question de principe », *Europe*, Octobre 1993, pp. 2-3.

(69) Il s'agit des affaires C-46/93, *Brasserie Pêcheurs SA c/ RFA* et C-48/93 *The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame limited et autres*. Ces deux affaires ont été jointes par ordonnance du 22 mars 1993 du président de la Cour. La Cour a rendu son arrêt le 5 mars 1996, conclusions de l'avocat général M. TESAURO.

la possibilité d'affiner sa jurisprudence concernant la responsabilité de l'État vis-à-vis du particulier pour violation du droit communautaire. Comme l'affirme M. le Professeur Denys Simon

« le juge communautaire était confronté [dans ces deux affaires] à des questions essentielles concernant la portée des exigences imposées par le droit communautaire en matière de responsabilité de l'État du fait de la violation du droit communautaire par les autorités nationales » (70).

L'un des premiers apports essentiels de l'arrêt du 5 mars 1996 dans les affaires jointes *Brasserie du Pêcheur-Factortame III* est l'affirmation par la Cour de Justice de sa compétence pour établir les principes afférents à l'existence et à l'étendue de la responsabilité des États membres. Sur ce point la tâche de la Cour n'était guère facile, car le gouvernement allemand avançait l'idée que la consécration d'une obligation générale de réparation ne pourrait procéder que d'une initiative législative des institutions communautaires, voire d'une révision formelle des traités (71). Toutefois la Cour, en suivant le même raisonnement que dans les affaires *Van Gend en Loos* et *Costa c/ ENEL* a affirmé d'une part qu'il s'agissait d'une question d'interprétation du traité relevant de l'article 177 et que d'autre part en vertu de l'article 164 elle avait la mission d'assurer l'interprétation du traité. Écartant ainsi fermement cet argument elle s'est reconnue compétente en la matière (72).

En ce qui concerne la base juridique du droit à réparation, la Cour est aussi explicite. Affirmant l'autonomie du droit à réparation par rapport à la fois à l'effet direct de la norme communautaire (73) et à la constatation préalable de la violation étatique par un arrêt de manquement (74), elle a fondé l'obligation de réparation sur la primauté du droit communautaire. Pour elle, « le droit communautaire impose le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables » (75).

Les deux autres apports de cet arrêt concernent les conditions de naissance du droit à réparation d'une part ; les éléments de responsabilité d'autre part. Sur le premier point, faisant une distinction entre les cas où les instances nationales disposent d'un véritable pouvoir discrétionnaire et les cas où elles disposent d'une compétence liée, la Cour a procédé à « un 'cadrage' particulièrement serré de l'autonomie procédurale des États membres » (76). Dans le premier cas, le droit à réparation naît dès lors que

(70) Cf., La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire, *A.J.D.A.*, 1996, p. 489, sp. 491.

(71) Cf., rapport d'audience, point 32.

(72) Cf., point 25 de l'arr.

(73) Cf., points 20-21 et 22 de l'arr.

(74) Cf., points 94 et 95 de l'arr.

(75) Cf., point 17 de l'arr.

(76) Cf., D. SIMON, *A.J.D.A.*, 1996, précité, p. 494.

les justiciables peuvent invoquer une atteinte à un droit protégé, que la violation à l'origine du dommage est *suffisamment caractérisée* et qu'existe un lien de causalité entre la violation et le préjudice subi (77). La question qui vient à l'esprit à ce propos est de savoir ce qu'il faut entendre par « la violation suffisamment caractérisée ». Pour la Cour, le critère décisif pour considérer qu'une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la méconnaissance manifeste et grave, par un État membre comme par une institution communautaire des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation (78). La Cour donne au juge national un certain nombre d'indices de nature à établir l'évidence et la gravité de l'infraction. C'est ainsi que les juridictions nationales devront prendre en considération le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire (79) lorsqu'il statue sur une violation du droit communautaire par les instances étatiques. À côté de ces indices, la Cour donne également les caractéristiques d'une violation manifestement caractérisée. Ainsi, une violation est manifestement caractérisée lorsqu'elle a perduré malgré la 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 (80). On peut également ajouter à ces caractéristiques le fait d'absence d'exécution immédiate, par les autorités nationales, d'une ordonnance de la Cour indiquant les mesures provisoires (81) ou la non transposition d'une directive dans le délai imparti (82). Par contre le simple erreur d'interprétation d'une disposition communautaire dans une situation équivoque ou en l'absence d'une position précise de la part de la Cour sur cette disposition ne constitue pas une violation suffisamment caractérisée (83).

Dans le deuxième cas (i.e. dans le cas d'une compétence liée), la responsabilité de l'État est engagée du seul fait de la violation d'une obligation

(77) Cf., point 51 de l'arrêt.

(78) Cf., point 55 de l'arr.

(79) Cf., point 56 de l'arr.

(80) Cf., point 57 de l'arr.

(81) Cf., point 64 de l'arr.

(82) Cf., arr. 8 octobre 1996, aff. jointes C-179/94, C-188/94 et C-190/94, *Eric Dillenkofer e.a.*, point 29, non encore publié.

(83) Cf., arr. 26 mars 1996, aff. C-392/93, *The Queen et H.M. Treasury ex parte British Telecommunications plc.*, points 43 à 46.

claire, précise et inconditionnelle (84). Il faut dire qu'ici le souci de la Cour était en quelque sorte d'harmoniser, au nom de la congruence structurelle, les conditions de la responsabilité selon qu'il s'agit de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté elle-même ou qu'il s'agit de la responsabilité étatique.

En ce qui concerne les éléments de responsabilité, la Cour a d'emblée « écarté toute prise en considération du comportement subjectif des autorités nationales pour fonder la responsabilité sur la constatation objective d'une violation » (85). Ensuite, elle a énergiquement affirmé que l'obligation de réparation ne peut être subordonnée au fait que la norme vise une situation individuelle ou ait pour objet de protéger les droits individuels (86). Enfin, la Cour exige qu'il y ait un lien de causalité *direct* entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées (87).

Pour finir il faut dire que la Cour de Justice a procédé, par des touches successives dans le cadre de l'article 177, à la création d'un principe de responsabilité et à un « véritable encadrement des régimes nationaux de la responsabilité qui, à certains égards, s'apparente à l'élaboration d'un véritable régime communautaire de la responsabilité des États membres » (88). Cette jurisprudence est sans doute le fruit du contexte propice créé par l'article 177.

#### B. — *L'autonomie dont bénéficie le juge national dans ce cadre*

19. La possession par le juge interne des éléments relatifs au principe de responsabilité rappelle une opération de captage qui s'effectue en deux temps. D'abord, le message (i.e. la condamnation de l'État) est relaté par l'émetteur qui n'est autre que la Cour de Justice. Ce message, qu'il soit diffusé sur les ondes de l'article 169 ou qu'il soit diffusé sur les ondes de l'article 177, a un caractère obligatoire et lie tous les organes de l'État.

Une fois le message relaté c'est au juge interne qu'il incombe de le prendre en considération. Cette obligation trouve son fondement dans l'article 5 du traité C.E.E. En effet, au titre de l'obligation de coopération de l'article 5 (89), les juridictions nationales ont le devoir de protéger l'effectivité des droits directement issus du droit communautaire en accordant une réparation aux particuliers, titulaires de ces droits, qui auraient été lésés

(84) Cf., arr. 23 mai 1996, aff. C-5/94, *The Queen c/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : Hedley Lomas Ltd.*, point 28, *Rec.*, p. I-2553.

(85) Cf., D. SIMON, *ibid.*, p. 498.

(86) Cf., point 71 et 72 de l'arr.

(87) Cf., point 51 de l'arr.

(88) Cf., D. SIMON, *ibid.*, p. 499.

(89) Cf., Marc BLANQUET, *L'article 5 du traité C.E.E.*, L.G.D.J., 1995, sp. pp. 66-68.

par une violation du droit communautaire dont se serait rendu coupable l'État membre.

Mais tout de suite se pose une question : quel sera la procédure par laquelle le juge interne fera droit à cette demande ? Si par principe c'est par son droit procédural national que le juge doit accomplir cette tâche (1), il n'en reste pas moins que les exigences de la protection des particuliers peuvent parfois imposer des limitations (2).

1. *L'acceptation de l'autonomie procédurale du juge interne : une compensation accordée faute d'un droit procédural communautaire*

20. Au point 42 de l'arrêt *Francovich* la Cour « envoie la balle » au juge interne avec une formulation suffisamment explicite : « c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice subi ».

Cette prise de position de la Cour n'est pas étonnante, puisqu'elle avait déjà optée dans l'affaire *Humblet* en énonçant « qu'il appartient à la législation interne de décider si une perception indue donne droit à des intérêts compensatoires » (90). De même dans l'arrêt *Russo*, elle admet le principe de l'autonomie procédurale pour la mise en œuvre de la responsabilité de l'État au cas où un individu aurait subi un préjudice du fait d'une intervention d'un État membre incompatible avec l'organisation commune du marché agricole (91). En outre, en ce qui concerne le droit d'un opérateur économique d'exiger en justice que les autorités d'un État membre imposent à des tiers le respect d'obligations résultant de la réglementation communautaire, dans une situation juridique déterminée, alors que cet opérateur n'y est pas impliqué, mais est économiquement lésé par cette inobservation du droit communautaire, la Cour a pris soin de préciser que

« si le traité 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 du droit autres que celles établies par le droit national » (92).

21. L'embarras dans lequel se trouve la Cour se comprend aisément, puisque les traités communautaires ne contiennent aucune disposition explicite sur la procédure à suivre pour le juge interne lorsqu'il a à régler des litiges qui portent sur l'application du droit communautaire. On peut s'interroger sur les raisons de l'absence d'une disposition explicite à cet égard. La principale explication tiendra sans doute à la particularité des rapports de droit existant entre les États et les institutions. Les auteurs des

(90) Cf., arr. 16.12.1960, précité, *Rec.*, 1147.

(91) Cf., arr. 12 janv. 1976, *Russo c/ Aima*, aff. 69/75, *Rec.*, 45.

(92) Cf., arr. 7.7.1981, aff. 158/80, *Rewe — Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Stel-fer c/ Hauptzollamt Kiel*, *Rec.*, 1805, point 54.

traités ont été, semble-t-il, hésitants, à de rares exceptions près, à donner des compétences d'exécution aux institutions communautaires. La conséquence logique de cette situation est que le rôle des institutions communautaires se borne pour l'essentiel à la conception, à l'élaboration de normes communautaires et au contrôle de leur exécution par les États membres, réserve faite, évidemment, du rôle de la Commission dans l'application du droit de la concurrence aux particuliers. Comme le rappelle l'article 5 du traité C.E.E., l'exécution proprement dite des actes des institutions de la Communauté incombe aux États. Si l'on met à part l'harmonisation dans certains domaines très précis (93), il n'y a pas de législation au niveau communautaire permettant de définir les modalités procédurales appropriées pour garantir la protection des droits des particuliers.

22. Ce vide juridique, si l'on ose dire, contraint la Cour de Justice à se retourner vers l'article 5 du traité — au terme duquel les États 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 — pour pouvoir en déduire le principe du renvoi au droit national. Au fond du problème se trouve la question épineuse — non encore complètement résolue ni du point de vue théorique ni du point de vue pratique (94) — des implications concrètes de la primauté du droit communautaire. En effet, comme l'exprime fort bien M. le Professeur Vlad Constantinesco, si la Cour assure le soutien théorique à la primauté du droit communautaire c'est au juge national de l'assurer concrètement (95). Ainsi apparaît la problématique de l'articulation des ordres juridiques (communautaire et national). Or, au cœur même de cette problématique il y a une « contradiction fondamentale : d'une part, la nature de l'ordre juridique communautaire porte en elle-même une exigence intrinsèque de primauté ; mais d'autre part, la mise en œuvre de cette exigence ne peut pas être assurée par les instruments propres du droit communautaire et suppose par conséquent le concours des instruments juridiques du droit national » (96). La difficulté se focalise surtout

« sur les conditions de la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire : ces droits résultent en effet directement et immédiatement du droit communautaire qui impose que leur garantie soit effective ; en revanche, les juridictions nationales investies du devoir, en leur qualité de

(93) Notamment la directive 76/207/C.E.E. du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre 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 (*J.O.C.E.*, L 39, p. 40).

(94) Cf., D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ? », in *Mélanges Boulouis*, 1991, p. 481, sp. 483.

(95) Cf., « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité », in *Mélanges L.-J. Constantinesco (Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration)*, C.H. Verlag, Köln, 1983, sp. 122.

(96) Cf., D. SIMON, *op. cit.*, p. 484.

juges communautaires de droit commun, d'assurer concrètement la protection des droits issus du droit communautaire, exercent leur fonction dans un contexte procédural défini par le droit national, qui ne leur fournit pas toujours, et en toute hypothèse pas nécessairement, les moyens contentieux permettant le plein effet du droit communautaire » (97).

Dans ce contexte, la ligne de conduite acceptée par la Cour de Justice est révélatrice. En effet, celle-ci comme, l'affirme M<sup>me</sup> le Professeur Jacqueline Dutheil de la Rochère,

« tout en affirmant chaque fois que nécessaire le principe de l'autonomie procédurale des États, fait appel au devoir de collaboration de ceux-ci et procure aux juridictions nationales des guides de comportement de plus en plus précis, même s'il demeure encore de vastes domaines à explorer. L'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres est loin d'avoir disparu ; mais elle subit de plus en plus nettement les conséquences de la mise en œuvre quotidienne des principes de primauté et d'effet direct. Comme on a pu l'observer, certaines implications de la primauté ont de telles répercussions sur les institutions des États membres que leur compatibilité avec les systèmes juridiques nationaux peut apparaître aléatoire » (98).

Ainsi l'autonomie du juge interne devient limitée par l'impérative de protection des particuliers.

2. *Limitation de l'autonomie du juge interne : une exigence imposée par souci de protection des particuliers*

### 23. Comme l'affirment MM. Simon et Barav

« le postulat sur lequel repose la définition communautaire de l'office du juge national semble procéder de l'idée que les systèmes juridictionnels des États membres, supposés garantir dans chaque ordre juridique interne l'état de droit, offrent des moyens suffisants pour sauvegarder les droits individuels des justiciables » (99).

Toutefois cette prémisse ne s'avère pas toujours exacte. Il se peut parfois que les systèmes juridiques nationaux comportent des failles, des insuffisances ou des lacunes, et ne permettent par conséquent pas de garantir les droits des particuliers d'une façon exhaustive. C'est en imposant à la fois l'exigence de l'égalité de traitement (a) et l'interdiction de rendre pratiquement impossible l'exercice de droit engendré par le droit communautaire (b) que la Cour de Justice a essayé de remédier à cette situation « indésirable ».

(97) Cf., *ibid.*

(98) Cf., « La jurisprudence de la C.J.C.E. et la souveraineté des États », in *La constitution et l'Europe*, journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, Montchrestien, Paris, p. 256.

(99) Cf., « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales, les enjeux de l'affaire Factortame », *R.M.C.*, 1990, p. 591.

a) *Limitation résultant de l'égalité de traitement*

24. L'autonomie procédurale ne peut être acceptée que si elle assure le même traitement aux actions fondées sur le droit interne qu'aux actions fondées sur le droit communautaire du même genre. Énoncée pour la première fois par les arrêts *Rewe et Comet* (100), cette limitation est connue sous le nom de « principe de non-discrimination » (101) ou « principe d'équivalence » (102). Elle vise de prime abord à assurer une sorte de principe de non-discrimination juridictionnelle ou d'égalité de traitement judiciaire. Confirmée dans plusieurs décisions notamment les arrêts *Hans Just* (103), *Ferwerda* (104) *Salumi* (105), *Ariete* (106), *MIRECO* (107) ce principe exige par exemple qu'en ce qui concerne la répétition de l'indu, l'organisation des recours fondés sur le droit communautaire soit au moins aussi favorable que l'organisation des recours internes de même nature.

En ce qui concerne la responsabilité de la puissance publique à proprement parler, le principe de l'égalité de traitement a trouvé sa consécration dans l'arrêt *Francovich* par la formulation suivante :

« c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé par la violation du droit communautaire qui lui est imputable, étant entendu que les conditions fixées par la législation nationale applicable ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne ».

La même solution a été confirmée par l'arrêt *Brasserie du pêcheur & Factotame III* (108).

b) *Limitation résultant de l'interdiction de rendre pratiquement impossible l'exercice de droit engendré par le droit communautaire*

25. Par cette limitation, il est interdit aux États membres de réglementer les modalités de mise en œuvre des droits tirés du droit communautaire de telle sorte que le principe de protection des droits — découlant directement de la primauté du droit communautaire — serait remis en cause. Connu sous le nom de « principe d'effet utile » (109) ou de « principe d'effectivité » (110), énoncé également pour la première fois par les arrêts *Rewe et*

(100) Cf., point 5 de l'arr. *Rewe* ; point 13 de l'arr. *Comet*.

(101) Cf., Peter OLIVER, « Droit communautaire et les voies de recours nationales », *C.D.E.*, 1992, pp. 348-374, sp. 351.

(102) Cf., point 57 de conclusions de l'avocat général M.P. LEGER dans l'affaire C-5/94, *The Queen c/ Ministry of Agriculture*, précitée.

(103) Cf., point 27 de l'arr. *Rec.*, 1980, p. 523.

(104) Cf., point 10 de l'arr. *Rec.*, 1980, p. 629.

(105) Cf., point 20 de l'arr. *Rec.*, 1980, p. 1263.

(106) Cf., point 17 de l'arr. *Rec.*, 1980, p. 2556.

(107) Cf., point 16 de l'arr. *Rec.*, 1980, p. 2575.

(108) Arr. 5.3.1996, précité.

(109) Cf., P. OLIVER, *art. cité*, p. 351.

(110) Cf., Ph. LEGER, *concl. citées*, point 57.

*Comet* (111), ce principe a été ensuite renforcé par la Cour dans l'arrêt *San Giorgio* par l'affirmation suivante :

« seraient incompatibles avec le droit communautaire les aménagements de l'action en répétition de l'indu qui auraient pour effet de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention du remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire » (112).

Confirmé dans plusieurs arrêts, notamment dans les arrêts *Barra* (113), *Bianco* (114) et *Deville* (115) ce principe a désormais acquis un caractère absolu (116).

26. C'est ce caractère absolu qui a été consacré par l'arrêt *Brasserie du pêcheur & Factortame III*. Suscitées par les règles procédurales qui rendaient pratiquement impossible l'obtention de la réparation du préjudice subi du fait de la violation du droit communautaire, en droit anglais et allemand, ces affaires ont donné la possibilité à la Cour de Justice de prendre une position véritablement « révolutionnaire » sur ce point.

Dans le cadre de l'affaire *Brasserie du pêcheur* il s'agissait d'une violation du droit communautaire qui résultait du fait qu'une loi parlementaire formelle n'avait pas été adaptée aux normes du droit communautaire dont le rang est supérieur (en l'occurrence non-adaptation des articles 9 et 10 de la loi sur la bière allemande à l'article 30 du traité C.E.E.). C'est cette non-adaptation qui avait causé le préjudice aux importateurs français. Il s'agissait donc d'une hypothèse qui visait la responsabilité du législateur. Dans ce contexte, le législateur allemand n'adoptait avec le *Biersteuergesetz* (loi fiscale sur la bière) que des normes qui concernent la collectivité, sans viser aucune personne ou catégorie de personnes en particulier qui puissent être considérées comme des « tiers ». Or en droit allemand la responsabilité de l'État est soumise à l'exigence que le tiers puisse être considéré comme concerné par l'obligation violée, ce qui implique que l'État ne soit responsable que de la violation des obligations ayant pour destinataire un tiers (situation qui résulte de l'article 839 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*) et de l'article 34 de la loi fondamentale (*Grundgesetz*)). Dans ces conditions, les requérants se trouvaient dans l'impossibilité d'obtenir la réparation du préjudice subi du fait de cette violation.

C'est cette impossibilité qui a obligé le *Bundesgerichtshof* à poser à la Cour de Justice les deux premières questions préjudicielles.

Dans l'affaire *Factortame III* la situation était similaire. Les requérants se trouvaient lésés par la loi de 1988 sur la marine marchande (*Merchant Ship-*

(111) Cf., point 5 de l'arr. *Rewe* ; point 16 de l'arr. *Comet*, précités.

(112) Cf., point 14 de l'arr., précité.

(113) Cf., point 18 de l'arr., *Rec.*, 1988, p. 376.

(114) Cf., point 12 de l'arr., *Rec.*, 1988, p. 1118.

(115) Cf., point 12 de l'arr. *Rec.*, 1988, p. 3527. Obs. D. SIMON, *J.D.I.*, 1989, pp. 395-398.

(116) Pour des développements intéressants à ce propos, voir P. OLIVER, *art. cité*, sp. 351-354.

*ping Act 1988*). Mais malgré cette lésion ils n'avaient pas la possibilité d'obtenir la réparation, car, bien que la responsabilité de l'État en droit anglais soit fondée « sur l'abus de pouvoir dans l'exercice de la fonction publique » (*misfeasance in public office*) la *Court of Appeal* avait jugé dans l'affaire *Bourgoin v. Minister Agriculture, Fisheries and Food* (117) que l'État n'était pas tenu, en vertu tant du droit anglais que du droit communautaire, d'indemniser les victimes d'un comportement jugé par la Cour contraire au droit communautaire, au motif qu'il n'était pas prouvé que le ministre avait agi en ayant conscience de l'invalidité de l'acte en cause et qu'il avait l'intention ou conscience de causer un préjudice aux demandeurs. Dans ces conditions il était improbable qu'un recours en indemnité soit ouvert pour une perte purement financière causée par une négligence dans l'exercice de pouvoirs administratifs, et *a fortiori* de pouvoirs législatifs.

Estimant que si la jurisprudence résultant de l'arrêt *Bourgoin* devait être appliquée dans cette affaire, les demandeurs n'auraient aucun droit à réparation, la *Queen's Bench Division, Divisional Court* a apporté l'affaire devant la Cour.

À ces questions, la Cour de Justice a donné la réponse suivante : « le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est applicable lorsque le manquement reproché est attribué au législateur national » (118). Pour la Cour de Justice

« le juge national ne saurait, dans le cadre de la législation nationale qu'il applique, subordonner 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, allant au-delà de la violation suffisamment caractérisée du droit communautaire ».

Désormais, la limitation résultant de l'interdiction de rendre pratiquement impossible l'exercice de droit engendré par le droit communautaire est plus absolue que la limitation résultant de l'égalité de traitement car, comme l'affirme la Cour de Justice, une règle procédurale nationale qui rend pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention de réparation est condamnable même si elle s'applique également pour les demandes fondées purement sur le droit interne (119).

## II. — UNE RESPONSABILITÉ MIS EN ŒUVRE PAR LE JUGE NATIONAL

27. Comme nous avons affirmé plus haut, si à la suite de sa violation du droit communautaire, l'État devient responsable vis-à-vis du particulier qui

(117) Cf., 1986, Q.B. p. 716.

(118) Cf., point 36 de l'arr. du 5 mars 1996, précité.

(119) Cf., point 17 de l'arr. du 9.11.1983, *San Giorgio, Rec.*, 1983, p. 3614.

a subi un préjudice à cette occasion, la mise en œuvre de cette responsabilité sera faite par le juge interne. La raison est simple : d'une part, les traités des Communautés ne font en général aucune allusion à une quelconque responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire. Par voie de conséquence, la résolution du problème de responsabilité des États membres a été laissé aux réglementations nationales. D'autre part, plus spécifiquement, l'article 171 ne donne aucun pouvoir à la Cour de Justice pour condamner l'État membre poursuivi pour violation du droit communautaire à payer des dommages-intérêts à un particulier lésé à la suite de cette violation.

L'étude que nous allons mener vise à montrer, de façon comparative, les attitudes des juridictions nationales vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour de Justice. En termes plus clairs la question revient à savoir si les juges nationaux ont une réception suffisante des indications données par la Cour de Justice à leur intention. Parmi les facteurs qui sont déterminants à cet effet c'est le régime national de responsabilité de la puissance publique qui, selon nous, jouera le plus grand rôle. En conséquence, nous allons donner, chaque fois que nécessaire, des explications sur les droits nationaux de la responsabilité de la puissance publique.

Pour mieux cerner le problème qui nous occupe ici, nous avons choisi trois ordres juridiques nationaux dans lesquels la question de la mise en œuvre de responsabilité de la puissance à la suite de sa violation du droit communautaire a été particulièrement posée. Il s'agit en l'occurrence des ordres juridiques anglais, belge et français. Si le juge anglais connaît encore des difficultés résultant du carcan de la procédure (a), le juge français a, depuis quelques années, marqué un énorme progrès (c) sur la voie d'une solution « idéale » qu'offre le juge belge (b).

A. — *Le système anglais : les difficultés résultant  
pour le juge interne du carcan de la procédure*

1. *Un régime de responsabilité restrictif pour le juge*

28. C'est par le « *Crown Proceedings Act* » de 1947 qui a mis fin au fameux adage « le Roi ne peut mal faire » que la responsabilité de la puissance publique en droit anglais a été réglementée. Selon cette loi, la Couronne et les autorités publiques sont susceptibles d'encourir les mêmes responsabilités en matière civile que les particuliers. La loi fonde le régime ordinaire de responsabilité extracontractuelle sur la faute et la négligence.

Dans ce contexte, le droit anglais a une particularité en ce sens que la notion d'illégalité n'existe pas en tant que telle, mais se confond avec celle, plus large, d'excès ou, plutôt, d'abus de pouvoir (acte pris *ultra vires*). Cette notion

« consiste en un dépassement, de la part d'un détenteur d'un pouvoir conféré par la loi, des limites imparties à celui-ci. Il en est ainsi de l'acte pris dans le cadre d'une compétence attribuée par la loi mais pour des motifs subjectifs inacceptables, lorsque l'auteur s'est comporté de manière déraisonnable ou a violé des principes de la justice naturelle, essentiellement les droits de la défense, en ne donnant pas à l'administré concerné la possibilité d'exposer son point de vue » (120).

Pouvant se résumer ainsi, l'abus de pouvoir ne constitue pas, en tant que tel, une exigence ou un cas d'ouverture d'un recours en responsabilité extracontractuelle de l'autorité publique. La responsabilité de la puissance publique en droit anglais est plutôt basée sur le droit des « torts ». Selon la définition de Winfield « la responsabilité civile délictuelle (*tortious liability*) a pour cause la méconnaissance d'un devoir principalement déterminé par la loi ; ce devoir existe à l'égard des citoyens en général et sa violation peut faire l'objet d'une action en dommages-intérêts » (121).

Le droit anglais se caractérise par la multiplicité des formes pour la mise en œuvre de la responsabilité de la puissance publique. Dans ce contexte, l'autorité publique voit sa responsabilité engagée lorsqu'il y a une négligence ou une conduite intentionnelle (*misfeasance in public office*) de sa part ou lorsqu'elle a causé un préjudice par la violation d'une loi (*breach of statutory duty*).

## 2. *Le rôle joué par ce régime restrictif dans le cadre des réclamations basées sur le droit communautaire*

Ce sont des règles restrictives pour le juge interne dans ces différents régimes de responsabilité qui ont joué un rôle important dans les affaires où la responsabilité de la puissance publique anglaise pour violation du droit communautaire était en cause.

Dans ce contexte si l'affaire *Garden Cottage Foods* (a) donnait les premiers signes d'un éventuel affrontement entre le droit anglais et le droit communautaire, c'est l'affaire *Bourgoin* qui cristallise cette opposition (b)

### a) *L'affaire Garden Cottage Foods*

29. Dans cette affaire, la société *Garden Cottage Foods*, dirigée par un couple, avait pour objectif essentiel de l'achat et de la revente de beurre en gros et elle effectuait 90 % de ses achats auprès du *Milk Marketing Board* (ci-après M.M.B.). Le M.M.B. était un organisme public et était soumis au règlement du Conseil C.E.E. 804/68 sur l'organisation commune du marché

(120) Cf., F. SCHOCKWEILER, 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, pp. 27-74, sp. 49.

(121) Cf., A. TUNC, *La responsabilité civile*, Coll. études juridiques comparées, Economica, Paris, 2<sup>e</sup> éd. 1989, p. 15.

du lait et des produits laitiers. Tout a commencé lorsque M.M.B. qui, dans le cadre de sa nouvelle stratégie, avait choisi quatre distributeurs indépendants pour se charger des ventes de beurre à l'exportation a informé la société *Garden Cottage Foods* qu'à l'avenir elle devrait s'approvisionner auprès de ces quatre distributeurs. Cette nouvelle donnée entraînant des coûts supérieurs pour la société *Garden Cottage Foods*, celle-ci a immédiatement introduit contre M.M.B. une action en réparation pour violation de l'article 86 du traité C.E.E. et a demandé qu'une injonction soit adressée à cet organisme lui interdisant de refuser d'approvisionner la requérante en beurre (122).

L'affaire dont les faits peuvent ainsi être résumés s'est transformée en un véritable « imbroglio » dans le triangle *High Court-Court of Appeal-House of Lords*. La *High Court*, jugeant que l'octroi de dommages-intérêts constituait une compensation adéquate de la perte subie, par la société requérante, du refus de vente incompatible avec l'article 86 C.E.E., a décidé d'allouer les dommages-intérêts en refusant toutefois de prononcer une injonction à ce propos. Toutefois, la *Court of Appeal* a décidé tout à fait l'inverse, c'est-à-dire de refuser les dommages-intérêts et d'accepter l'injonction. La motivation de la *Court of Appeal* consistait dans le fait que des dommages-intérêts ne pouvaient pas être alloués du fait des conséquences dommageables pour un particulier du non-respect des exigences de l'article 86 C.E.E. Au fond du refus d'allouer des dommages-intérêts de la *Court of Appeal* il y avait, semble-t-il, de difficulté d'assimiler l'interdiction de l'abus de position dominante prévue par l'article 86 C.E.E. à la violation d'une obligation créée par la loi en droit anglais. Dans ces conditions, seule l'injonction était la forme de réparation possible aux yeux de la *Court of Appeal*. Finalement il a fallu la décision de la *House of Lords* pour voir enfin l'admission par le juge anglais de l'allocation de dommages-intérêts pour violation de l'article 86 du traité C.E.E. Elle a toutefois, par quatre juges contre un, confirmé le refus d'injonction prononcé par la *High Court*. Au delà de son contexte particulier, cette affaire montre bien la difficulté devant laquelle le juge anglais se trouve lorsqu'il s'agit d'allouer des dommages-intérêts pour violation du droit communautaire.

b) *L'affaire Bourgoin : cristallisation de l'opposition*

30. Cette difficulté va s'aggraver davantage dans l'affaire *Bourgoin* (123). L'originalité de cette affaire consistait dans le fait qu'il s'agissait d'un litige soulevé à propos d'un article ayant déjà été jugé d'applicabilité

(122) Cf., J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, A. SYNGELLAKIS, « L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques au cours de l'année 1983 », *R.T.D.E.*, 1985, p. 77, sp. p. 91.

(123) Cf., 1986, Q.B. p. 716, précitée.

directe (124) et dont la violation — par le Royaume-Uni — avait été auparavant constatée par la Cour de Justice (125).

Devant la *High Court* les requérantes ont soulevé trois moyens pour l'engagement de la responsabilité du ministère britannique de l'agriculture, de la pêche et de l'alimentation. Le premier consistait dans l'invocation de la violation d'une obligation imposée par la loi (*breach of statutory duty*). Le deuxième était la réalisation d'un tort innommé (*innominate tort*) du fait de la révocation de la licence d'importation. Le troisième était fondé sur l'existence d'une volonté de nuire de la part de l'autorité publique (*misfeasance in public office*).

31. En ce qui concerne le premier argument, de l'avis des requérantes, il s'agissait d'une mesure par laquelle le ministre compétent avait violé des droits conférés par l'article 30 C.E.E., car cet article était directement applicable. Par conséquent, c'était à la juridiction nationale de mettre en œuvre la protection juridique des droits découlant de cette disposition. Justement c'est à propos du degré de cette protection que se posait la question de savoir si cette situation ne pouvait donner lieu qu'à un recours en illégalité ou si elle imposait également que le requérant puisse introduire une action en dommages-intérêts.

Pour les requérantes, la *High Court*, en suivant la jurisprudence de la *House of Lords* dans l'affaire *Garden Cottage Foods*, devait admettre une action en réparation pour violation d'une obligation légale.

Face à cette argumentation, le ministère a soutenu d'une part que l'article 30 C.E.E. ne créait pas en son chef d'obligations légales, et d'autre part qu'à la différence de l'article 86 — dont il était question dans l'affaire *Garden Cottage Foods* — « l'article 30 n'avait pas pour objet de créer des avantages aux particuliers mais seulement de servir la Communauté tout entière par l'abaissement des entraves au commerce » (126).

Toutefois la *High Court* n'a pas été convaincue par l'argumentation du ministère. Pour faire droit aux requérantes, elle a placé le débat à la fois sur le terrain du droit anglais et sur celui du droit communautaire. En ce qui concerne le droit anglais, la *High Court* a estimé qu'un

« texte de loi qui crée des droits au bénéfice de particuliers, sans prévoir de recours spécifique pour garantir l'application de ces droits, ouvre la possibilité d'une action civile en réparation. Ce principe est clairement applicable en l'espèce où aucune procédure particulière n'est prévue pour garantir l'application du droit communautaire » (127).

(124) Cf., arr. 22 mars 1977, aff. 74/76, *Ianelli et Volpi, Rec.*, p. 557.

(125) Cf., arr. 15 juillet 1982, *Com. c/ Royaume-Uni*, Aff. 40/82, *Rec.*, p. 2793.

(126) Cf., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, A. SYNGELLAKIS, « Application du droit communautaire par les juridictions britanniques », *R.T.D.E.*, 1986, sp. p. 443.

(127) Cf., J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, A. SYNGELLAKIS, *ibid.*, p. 442.

En ce qui concerne le droit communautaire, la *High Court* a écarté l'argument de la défense selon lequel « seuls des droits clairs, précis et soigneusement définis pouvaient engendrer une obligation légale » (128). Selon elle, il serait incohérent de soutenir que l'article 30 n'est pas suffisamment clair pour fonder une action civile en dommages-intérêts en droit anglais alors même que la Cour avait d'une part déjà jugé que cet article était suffisamment explicite pour bénéficier de l'applicabilité directe (129), et d'autre part constaté le manquement vis-à-vis de cet article. Finalement la *High Court* a opté pour l'action en dommages-intérêts en jugeant qu'une simple déclaration à la suite d'un contrôle de légalité ne constituerait pas « une voie de droit satisfaisante dans la mesure où, faute de possibilité de procédure conservatoire — du type d'une déclaration intérimaire —, la déclaration ne pouvait intervenir que longtemps après que le dommage ait commencé à se produire » (130).

32. Le deuxième argument des requérantes, en l'occurrence le tort innommé, n'était pas très convaincant pour la *High Court*. Selon elle cette formulation était « obsolète » et ne faisait pas partie du droit anglais. « Il lui semblait au contraire que la violation du droit communautaire pouvait parfaitement fonder une action en réparation pour violation d'une obligation légale, et il n'était nullement nécessaire d'inventer une notion nouvelle de tort » (131).

33. Enfin, en invoquant la conduite intentionnelle (*misfeasance in public office*) du ministre, les requérantes ont soutenu d'une part que sa vraie intention était de protéger les producteurs anglais de dindes contre leurs concurrents français, et d'autre part que « le ministre savait au moment de sa décision de retrait des licences d'importation, qu'il agissait en violation de l'article 30 du traité C.E.E. » (132).

Pour le ministre compétent ces allégations ne suffisaient pas à établir sa responsabilité. Toutefois pour la *High Court* les choses étaient assez claires : « le comportement qui lui avait été décrit était celui d'un agent public qui, en connaissance de cause, avait accompli un acte qu'il savait illégal et dont il pouvait prévoir qu'il aurait des conséquences préjudiciables pour les requérantes » (133).

34. Le jugement de la *High Court* « a été favorablement accueilli par la doctrine » (134), car il dissipait les doutes que l'on pouvait avoir sur la suffisance des recours disponibles en droit anglais en cas de violation du droit

(128) Cf., J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, A. SYNGELLAKIS, *ibid.*

(129) Cf., art. 22 mars 1977, aff. 74/76, *Ianelli et Volpi*, précité, *Rec.*, p. 557.

(130) Cf., J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, A. SYNGELLAKIS, *ibid.*, p. 441.

(131) Cf., J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, A. SYNGELLAKIS, *ibid.*, p. 443.

(132) Cf., J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, A. SYNGELLAKIS, *ibid.*

(133) Cf., J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, A. SYNGELLAKIS, *ibid.*

(134) Cf., J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, A. SYNGELLAKIS, *ibid.*, p. 444.

communautaire. Mais comme l'affirment M<sup>mes</sup> J. Dutheil de la Rochère et A. Syngellakis (135), les espoirs qu'avait fait naître ce jugement ont été vite déçus, car la *Cour of Appeal* a fait droit (par deux juges sur trois) à l'appel intenté par le ministère en refusant, par un raisonnement « peu clair », toute valeur de précédent à l'arrêt *Garden Cottage Foods* sur la question de l'engagement de responsabilité de la puissance publique à la suite d'une violation du droit communautaire. Selon les juges Parker et Nourse (qui représentaient la position majoritaire au sein de la *Court of Appeal*), en l'absence de mauvaise foi de la part de l'administration, rien ne permettait de conclure que le particulier lésé dispose d'un recours en dommages-intérêts en droit anglais pour violation d'une obligation légale. Par ailleurs une exigence dans ce sens n'était nullement imposée par la jurisprudence de la Cour de Justice qui demandait seulement que les voies de droit ouvertes devant les juridictions nationales ne soient pas moins favorables que celles qui permettent de garantir le respect de dispositions nationales de niveau comparable.

Par conséquent, aux yeux de ces juges, « une simple violation de l'article 30 ne pouvait être sanctionnée que par un recours de droit public, c'est-à-dire de contrôle de légalité, permettant d'obtenir l'annulation de la mesure incriminée » (136). Selon eux, une voie de recours de droit privé (i.e. visant l'obtention de dommages-intérêts) était possible mais seulement en cas d'abus de pouvoir de la part de l'autorité publique. Or l'absence de preuve manifeste que l'autorité nationale entendait en premier ressort nuire aux intérêts des requérantes, c'est-à-dire qu'elle n'agissait pas *bona fide*, imposait d'écarter cette hypothèse. Dans ces conditions, pour la majorité de la *Court of Appeal*

« seule une illégalité aggravée par un détournement de pouvoir (*misfeasance in public office*) était susceptible de faire l'objet d'un recours de pleine juridiction. Un tel détournement de pouvoir (...) pouvait résulter soit de l'intention malicieuse de nuire aux intérêts du requérant soit de la conscience d'agir illégalement au moment où les mesures ont été prises » (137).

35. Tel n'est pourtant pas l'avis du juge Oliver (qui représentait la position minoritaire au sein de la *Court of Appeal*) pour qui il n'y avait aucune distinction logiquement défendable entre le droit tiré de l'article 86 et celui tiré de l'article 30. Selon lui, dans les deux cas il s'agissait du droit d'exercer une activité commerciale sans interférence incompatible avec le traité. Dans ces conditions, l'affaire *Garden Cottage Foods* constituait un précédent pertinent et l'ouverture d'une action permettant d'obtenir réparation s'imposait en cas de violation de l'article 30, pour les mêmes raisons qu'en cas de violation de l'article 86. Le juge dissident insistait d'autre part sur le fait

(135) Cf., J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, A. SYNGELLAKIS, *ibid.*

(136) Cf., N. DUNN, *La responsabilité de la puissance publique au Royaume-Uni en cas de violation du droit communautaire*, Mémoire de DEA, Univ. de Paris I, 1992, p. 39.

(137) Cf., D. SIMON, A. BARAV, *op. cit.*, p. 172.

que la seule protection effective consiste en la reconnaissance d'un droit à réparation en l'absence de mesures provisoires à l'égard de la Couronne.

36. Finalement, par la majorité des juges, la *Court of Appeal* infirmait ainsi le jugement de la *High Court*. Pour les requérantes seul restait ouvert le recours à la *House of Lords* qui, en sa qualité de juridiction statuant en dernier ressort, pouvait demander à la Cour de Justice de préciser l'étendue de l'obligation faite aux juridictions nationales de protéger les droits que les particuliers tirent directement du droit communautaire. Toutefois, une transaction conclue entre-temps entre l'administration et les sociétés requérantes, faisant bénéficier ces dernières d'une indemnité substantielle (138), a mis fin à ce « cafouillage ». Si cette transaction était évidemment la bienvenue pour les sociétés requérantes, elle n'en retardait pas moins la résolution du problème de la réparation de dommages devant les juridictions britanniques lorsqu'un arrêt en manquement avait déjà été rendu par la Cour de Justice.

c) *L'affaire Factortame III : vers une solution satisfaisante ?*

37. La même question s'est posée devant la *Queen's Bench Division, Divisional Court* à la suite de l'arrêt en manquement de la Cour de Justice rendu le 4 octobre 1991 dans l'affaire d'immatriculation de bateaux de pêche (139). À la suite de la condamnation du Royaume-Uni pour manquement, les sociétés requérantes dans l'affaire *Factortame* ont entamé un recours en réparation devant elle.

Comme nous avons exposé plus haut la *Divisional Court* a interrogé la Cour de Justice pour savoir dans quelle mesure et dans quelles conditions elle pouvait faire droit aux demandes des sociétés requérantes, car ainsi qu'il résulte de l'arrêt *Bourgoïn* de la *Court of Appeal*, pour la mise en cause de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire, il faut que le ministre compétent ait exercé son pouvoir en ayant conscience d'agir en infraction avec le droit communautaire et de porter ainsi préjudice aux opérateurs économiques concernés. Pour la *Divisional Court*, si elle devait appliquer le droit britannique, les demandeurs n'auraient aucun recours en indemnisation contre le *Secretary of State* (140). Comme nous l'avons souligné plus haut, ce renvoi a permis à la Cour de Justice de lever la condition restrictive de la mise en cause de la responsabilité de la puissance publique en droit anglais. Désormais c'est au juge anglais qu'il incombe d'appliquer cette jurisprudence de la Cour.

(138) En l'occurrence une somme de 3,5 millions de livres à titre de dommages-intérêts.

(139) Cf., aff. C-246/89, *Com. c/ Royaume-Uni, Rec.*, 1991, I-4585.

(140) Cf., R. JOLIET, « Coopération entre la C.J.C.E. et les juridictions nationales, orientations récentes de la jurisprudence », *J.T.D.E.*, 18.9.1993, n° 1, p. 6.

Pour conclure on peut dire que le juge anglais a des difficultés résultant de son ordre interne. Toutefois ces difficultés ne sont sans doute pas durables et, elles seront levées une par une.

B. — *Système belge : une solution conforme à la lettre et à l'esprit du droit communautaire*

1. *Un régime de responsabilité plutôt libéral*

38. En droit belge, comme en droit anglais, la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique obéit aux mêmes règles que celles qui régissent la responsabilité des particuliers. Ce régime unitaire de la responsabilité de la puissance publique et des particuliers est l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Cassation belge, car c'est elle qui en 1920 a déduit des articles 92 et 93 de la Constitution (141), le principe selon lequel la responsabilité de la puissance publique devait être soumise aux articles 1382 (142) et suivants du Code civil. Traitant du dommage causé par un bien faisant partie du domaine public d'une commune, la Cour, sur réquisition de l'avocat général Paul Leclercq, a renoncé à la distinction entre actes d'autorité et de gestion en affirmant :

« la Constitution a déferé aux Cours et Tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour l'objet des droits civils (...) ; par ces termes elle a mis sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, c'est-à-dire tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent ; en vue de réaliser cette protection la Constitution n'a égard ni à la qualité des parties contendantes ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droits mais uniquement à la nature du droit lésé. En conséquence, dès lors qu'une personne qui se dit titulaire d'un droit civil allègue qu'une atteinte été portée à ce droit, et qu'elle demande la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé, le pouvoir judiciaire peut et doit connaître de la contestation et il est qualifié pour ordonner, le cas échéant, la réparation du préjudice, même au cas où l'auteur prétendu de la lésion serait l'État, une commune ou quelque autre personne de droit public, comme aussi au cas où la lésion serait causée par un acte illicite d'administration publique » (143).

Ainsi, désormais l'administration se voyait obligée de réparer les lésions de droits civils causées par ses actes illicites même si ces actes correspondaient à l'exercice de la puissance publique (144). Comme l'écrit M. le Professeur R.O. Dalcq contrairement à ce qui se passe en Angleterre où les

(141) Article 92 : « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ».

Article 93 : « Les contestations qui ont pour objet des droits politiques [droits publics d'aujourd'hui] sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi ».

(142) Article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

(143) Arr. de la Cour de Cassation du 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193.

(144) Cf. J.M. AUBY et M. FROMONT, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la C.E.E.*, Jurisp. générale, Dalloz, 1971, sp. p. 142.

solutions de la jurisprudence n'ont pas suffi à établir un système cohérent — ce qui a finalement justifié l'intervention du Parlement par le *Crown Proceedings Act* de 1947 — les juridictions belges ont réalisé une évolution étonnante en la matière dans un pays de droit écrit (145).

Le régime ainsi établi est fondé sur la faute et la présomption de faute. La faute susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique consiste dans l'erreur de conduite que n'aurait pas commise une personne avisée et placée dans les mêmes circonstances.

2. *Des solutions qui s'inscrivent dans la ligne droite de la primauté du droit communautaire*

39. Plus spécifiquement, dans le cadre du contentieux de l'application du droit communautaire, les juridictions belges, contrairement aux juridictions anglaises et aux juridictions administratives françaises ont très tôt admis la primauté du droit communautaire sans difficulté. Cette acceptation a trouvé sa consécration dans le célèbre arrêt *Fromagerie Franco-Suisse « Le Ski »* de la Cour de Cassation (146).

40. Les arrêts récents rendus par les juridictions belges dans le cadre de la responsabilité de la puissance publique pour violation du droit communautaire s'inscrivent dans la voie « orthodoxe » tracée par le précédent « *Le Ski* ». C'est par exemple le cas de l'arrêt rendu le 9 février 1990 par le Tribunal de Première Instance de Bruxelles dans *l'affaire M.J. Michel et autres c/ Office des Pensions et l'État belge*.

Dans cette affaire, les demandeurs étaient tous des fonctionnaires ou anciens fonctionnaires du Secrétariat général du Conseil des Communautés européennes. Ils avaient cotisé, avant d'entrer au service de la Communauté, à une caisse de pension belge pour travailleurs salariés et/ ou pour travailleurs indépendants. Ils assignaient l'État belge devant le Tribunal de Première Instance pour lui demander la réparation du dommage moral subi du fait de la non-adoption des mesures nécessaires au transfert de l'équivalent actuariel ou du forfait de rachat des droits à la pension d'ancienneté.

L'annexe VIII du Statut des fonctionnaires des Communautés dans son article 11, paragraphe 2 a instauré un mécanisme dit de « transfert des droits à la pension » afin que les fonctionnaires des Communautés ne perdent pas leurs droits à la pension auxquels ils ont cotisé préalablement à leur entrée en fonction au service des communautés européennes.

(145) Cf., R.O. DALCQ, « La place de l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 mars 1963 dans la jurisprudence relative à la responsabilité de la puissance publique », in *Mélanges W.J. Ganshof van der Meersch*, 1972, t. III, sp. p. 26.

(146) Cour de Cass. (1<sup>re</sup> chambre), 27 mars 1971, *État belge c/ SA « Fromagerie Franco-Suisse Le Ski »*, *J.T.*, 1971, p. 460, *R.T.D.E.*, 1971, p. 500. Sur cet arrêt voir notamment J.A. SALMON, *J.T.*, 18 et 25 septembre 1971, pp. 509-520 et 529-535 ; P. PESCATORE, *C.D.E.*, 1971, pp. 561-586 ; L. PLOUVIER, *R.M.C.*, 1972, p. 171.

La Belgique n'ayant jamais adopté les mesures nécessaires pour assurer un tel transfert des droits à la pension aux Communautés, la Cour a constaté par l'arrêt du 20 octobre 1981 le manquement à l'obligation résultant de cette disposition (147).

Malgré cette condamnation, l'État belge a persisté dans son refus d'adopter les mesures d'exécution nécessaires, ce qui lui a valu une deuxième condamnation, cette fois pour manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 171 du traité en raison de la non-exécution de l'arrêt du 20 octobre 1981 (148).

Devant le Tribunal de Première Instance, l'État belge a fait valoir pour sa défense qu'un projet de loi relatif au transfert des droits à pension des fonctionnaires européens a été approuvé en Conseil des Ministres le 10 novembre 1989. Il en conclut finalement que « la mesure de l'intérêt des demandeurs de l'action intentée dépend du contenu de ce texte et ne peut être déterminée actuellement ».

Toutefois, pour le Tribunal, cette situation ne faisait pas obstacle à ce que les demandeurs puissent se prévaloir de leur intérêt, car d'une part l'attitude de l'État belge les privait de la « faculté de déterminer la date de leur pension et les obligeait à continuer leur carrière professionnelle en vue d'atteindre le taux maximum de la pension d'ancienneté », et d'autre part, elle impliquait qu'ils « s'acquittent pendant toute cette période de contributions supplémentaires non négligeables, afin d'obtenir le nombre nécessaire d'années ouvrant droit à ce taux maximum ». Par ailleurs, la carence du législateur a exclu la possibilité, pour les demandeurs déjà retraités, de « se voir verser une pension communautaire qui pourrait s'avérer plus avantageuse ».

Après avoir résumé jusque dans le détail, le déroulement du litige devant la Cour de Justice, le Tribunal place son raisonnement sur le terrain du droit communautaire en faisant une démonstration qui prend, en quelque sorte, la forme de cercles concentriques (i.e. allant du général au sujet spécifique du litige).

La démonstration rappelle en premier lieu que les traités ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les États membres ont limité l'exercice de leurs pouvoirs souverains dans les domaines que les traités communautaires déterminent. En deuxième lieu, par une référence explicite à l'arrêt « Le Ski », la primauté d'une norme communautaire en cas de conflit avec une norme de droit interne est fondée sur la nature même du droit communautaire. En troisième lieu, une référence explicite est faite à l'arrêt *Russo c/ Aïma* pour déterminer l'obligation de l'État d'assumer, à l'égard d'une personne lésée par une violation du droit communautaire, les conséquences de cette violation dans le cadre des dispositions du droit national

(147) Cf., arr. 137/80, *Com. c/ Belgique, Rec.*, 1981, p. 2393.

(148) Cf., arr. 3.10.1989, aff. 383/85, *Com. c/ Belgique, Rec.*, p. 3075. Concl. de l'av. gén. M.G. TESAURO et de M.G.F. MANCINI.

relatives à la responsabilité de l'État (149). En quatrième lieu, en s'approchant un peu plus de l'objet du litige, l'obligation des États membres de prendre des mesures, qui soient suffisamment efficaces pour que les droits conférés par une norme communautaire puissent effectivement être exercés est soulignée par une référence explicite à l'arrêt *Johnston* (150) de la Cour de Justice. Enfin, le tribunal trouve un dernier soutien dans les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme pour affirmer l'obligation d'assurer le contrôle juridictionnel des actes de la puissance publique.

À la suite de cette démonstration, donner le « coup de grâce » n'était qu'une « simple formalité » pour le Tribunal et il l'a fait en affirmant que « le retard mis par l'État belge à prendre les mesures indispensables, cause en soi un préjudice moral aux demandeurs et qu'il n'est pas admissible, dès lors, que l'État tarde indéfiniment et impunément à prendre les mesures nécessaires ».

41. La même démarche a également été suivie dans une affaire ultérieure par la Cour d'appel de Liège concernant le remboursement d'un droit indûment payé (151). Les demandeurs et intervenants originaires étaient tous des étrangers, ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne et qui réclamaient aux Universités de Liège, de Mons, à l'Université libre de Bruxelles, à l'Université catholique de Louvain, à l'État belge et à la Communauté française, le remboursement des droits d'inscription complémentaires qu'ils ont dû payer afin qu'eux-mêmes ou leurs enfants puissent poursuivre leurs études universitaires en Belgique.

La Cour d'appel a basé son raisonnement sur le principe de la responsabilité des États pour manquement à leurs obligations communautaires. De là le chemin était ouvert pour une démonstration magistrale, similaire à celle du Tribunal de Première Instance de Bruxelles en commençant d'abord par l'évocation de la création d'un nouvel ordre juridique qui avait engendré des droits au profit des particuliers, en poursuivant par le rappel de la primauté du droit communautaire par des références explicites aux arrêts *Costa c/ ENEL* et « *Le Ski* » pour arriver à l'obligation des juridictions nationales d'assurer cette primauté sur la base de l'arrêt *Simmenthal*.

C'est sur cette base que se fondait le principe de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire. Citant passage par passage l'arrêt *Francovich*, la Cour d'appel arrive finalement à la conclusion que dans le cas où la Cour de Justice constate qu'un acte législatif (ou administratif) d'un État est contraire au droit communautaire, cette constatation crée une double obli-

(149) Soulignons qu'à l'époque l'arrêt *Francovich* n'était pas encore rendu.

(150) Cf., arr. 15.5.1986, aff. 222/84, *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rec., p. 1651.

(151) Cf., arr. 25.1.1994, *Pass.*, 1994, II, p. 50.

gation pour l'État concerné : supprimer la règle irrégulière d'une part, effacer les conséquences de cette irrégularité d'autre part.

Comme rien n'est laissé au hasard, le raisonnement contient un deuxième volet basé sur le droit interne. Le tribunal commence par fonder sur l'article 92 de la Constitution belge sa compétence exclusive pour connaître « des contestations qui ont pour objet des droits civils, notamment celles relatives aux actions en réparation des dommages causés par les fautes des pouvoirs publics ».

Installée confortablement sur ces deux pivots, la solution pour la Cour d'appel était plus que logique et s'imposait par elle-même :

« aucune disposition constitutionnelle ou légale, aucun principe du droit, ni le principe de séparation des pouvoirs ne soustraient l'État, d'une manière générale, à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou par un de ses pouvoirs ou de ses organes dans l'accomplissement des actes qui relèvent de leurs fonctions ».

Pour finir il faut dire que le juge belge est suffisamment diligent et observe une certaine minutie pour satisfaire aux demandes de dommages-intérêts du fait de la violation du droit communautaire.

C. — *Système français :*  
*du conflit vers une solution satisfaisante*

1. *Un régime autonome de responsabilité de la puissance publique*

42. Issue d'une construction essentiellement prétorienne comme c'est le cas en Belgique, le régime français de responsabilité de la puissance publique se caractérise par différents points. En premier lieu, il s'agit d'un régime autonome par rapport au droit privé. Cet aspect essentiel du régime est acquis par la célèbre décision « *Blanco* » du Tribunal des Conflits de 1873 dans les termes suivants :

« la responsabilité de l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public n'est pas régie par les dispositions du Code civil qui règlent les rapports de particulier à particulier ; elle n'est ni générale, ni absolue, et a ses règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés » (152).

En deuxième lieu, c'est un juge spécifique à l'administration, le juge administratif qui est chargé des actions en réparation dirigées contre les collectivités publiques. Cette caractéristique découle également de la décision *Blanco* (153).

(152) Cf., TC, 8 février 1873, *Blanco*, Concl. David, *Rec. Dalloz*, 1873, III<sup>e</sup> partie, p. 17.

(153) Cf., *ibid.*

En troisième lieu, le régime de responsabilité de la puissance publique a connu un tel élargissement qu'il est possible désormais de parler de l'abandon du principe d'irresponsabilité de l'État (154).

## 2. Des difficultés spécifiques pour le juge français

43. Avec ce régime de responsabilité de plus en plus élargi, le droit français a toutefois connu des difficultés quant à l'engagement de responsabilité de la puissance publique pour violation du droit communautaire. Si la première difficulté résultait de la théorie de la « loi-écran », la deuxième était motivée par la volonté du juge administratif français d'affirmer son autonomie procédurale.

44. À la base de la première difficulté se trouvait le refus du Conseil d'État d'admettre la primauté du droit communautaire sur la loi postérieure. C'est ainsi que la demande d'indemnisation de Société International Sales and Support Corporation a été rejetée (155).

Ce problème a été résolu de manière définitive par l'arrêt *Nicolo* (156). C'est ainsi que la demande de la société *Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France* a pu être satisfaite (157).

45. À la base de la deuxième difficulté se trouvait la question de l'autorité de la chose jugée. Comme on le sait, en droit français, l'autorité de la chose jugée existe sous deux formes distinctes : l'autorité relative de la chose jugée et l'autorité absolue de la chose jugée. La première est régie par l'article 1351 du Code civil qui dispose : « l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre la même partie, et formée par elles et contre elles en la même qualité ». La deuxième implique pour sa part que la décision du juge s'impose alors même que la triple identité n'existe pas. Traditionnellement la première s'applique dans le cadre du contentieux subjectif, tandis que la

(154) Cf., F. FINES, *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté européenne*, L.G.D.J., Paris, 1990, p. 111.

(155) Cf., C.E., Sect. 13 déc. 1985, aff. *Société internationale Sales and Import Corporation B.V.*, *Rec.*, Leb. p. 376.

(156) Cf., C.E., ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.*, Leb., p. 190, concl. du com. du gouv. M.P. FRYDMAN, *R.T.D.E.*, 1989, p. 771.

(157) Cf., C.E., 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France ; SA Arizona Tobacco et SA Philip Morris*, *Rec.*, Leb. p. 78 ; également, *A.J.D.A.*, 1992, p. 210, concl. de M<sup>me</sup> M. LAROQUE. Sur cet arrêt voir notamment L. DUBOIS, *R.F.D.A.*, 1992, p. 425 ; F. FINES, *R.D.P.*, 1992, p. 1480 ; R. KOVAR, *D.*, 1992, chron. p. 207 ; C. MAUGUE et R. SCHWARTZ, *A.J.D.A.*, 1992, p. 329 ; D. SIMON, *Europe*, avril 1992, chron. p. 1 ; *R.T.D.E.*, 1992, p. 265 ; G. TEBOUL, *J.C.P.*, 1992, II, 21859.

deuxième trouve son application dans le cadre du contentieux objectif (158).

Comme l'affirme M<sup>me</sup> Jeannine Rodeville-Hermann le juge administratif, dans ses rapports avec la Cour de Justice « demeure maître de l'utilisation des différentes notions d'autorité de chose jugée » (159). Ainsi, le Conseil d'État utilise celle des deux notions qui lui permet de sauvegarder son indépendance dans ses relations avec le juge communautaire. Nous trouvons l'application de cette politique jurisprudentielle du Conseil d'État dans le cadre de l'article 177 C.E.E. Dans un document datant du 1986 (160), la juridiction affirme clairement sa position :

« selon la jurisprudence du Conseil d'État (même en ce qui concerne la Cour de Justice des Communautés européennes), les décisions des Cours Internationales ne peuvent avoir, en principe, que l'autorité relative de la chose jugée et ne peuvent, dès lors, lier le juge français dans la solution d'autres litiges » (161).

Cette difficulté a atteint son paroxysme dans la « trop célèbre » (162) affaire *Alivar*. Dans cette affaire, malgré un arrêt en manquement déjà rendu par la Cour de Justice, le Conseil d'État français, s'estimant tout à fait libre de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour, a décidé que la disposition jugée incompatible avec le droit communautaire était légale et par conséquent a conclu à la responsabilité sans faute de la puissance publique.

### 3. Vers une solution de plus en plus satisfaisante

46. La position prise par le Conseil d'État dans l'affaire *Alivar* a été vivement critiquée par la doctrine (163) et elle a finalement été abandonnée dans le cadre du contentieux de légalité par l'arrêt *Klöckner France* (164). Dans cette décision, le Conseil d'État a notamment affirmé qu'« un arrêt de la Cour de Justice condamnant en manquement la France à raison de la

(158) À ce propos, voir notamment J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, Paris, 1992, sp. p. 547 ; C. DEBBASCH et J.C. RICCI, *Contentieux administratif*, Dalloz, 1994, sp. pp. 454 à 461.

(159) Cf., « L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil Constitutionnel et la Cour de Justice des Communautés Européennes », *R.D.P.*, 1989, p. 1735.

(160) Cf., C.E. Section du rapport et des études, Droit international et Droit français, *N.E.D.*, n° 4803, Documentation française, avril 1986.

(161) Cf., *ibid.*, p. 31.

(162) Cf., D. SIMON, « Le Conseil d'État et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ? », *R.T.D.E.*, 1992, sp. p. 277.

(163) Cf., C.E., ass. 23 mars 1984, *Rec.*, Leb. p. 127. Sur cet arrêt voir notamment B. GENEVOIS, *A.J.D.A.*, 1984, p. 396 ; S. HUBAC et J.-E. SCHOETTI, *A.J.D.A.*, 1985, p. 536 ; M.R.B., *Gaz. Pal.*, 31 mai 1984, p. 331 ; B. PACTEAU, *Rev. adm.* 1985, p. 375 ; J.F. DAVIGNON, note citée, *J.C.P.*, 1985, II, 20423 ; P. BON et F. MODERNE, *D.*, 1986, I.R., p. 24 ; C. ROUSSEAU, *R.G.D.I.P.*, 1985, p. 187.

(164) Cf., C.E., 23 mars 1992, *Société Klöckner France, Req.*, n° 54806.

contrariété d'un règlement national avec une disposition a pour effet de rendre ce règlement 'de plano' inapplicable » (165).

47. On peut avancer à ce propos l'idée que c'est cet arrêt du Conseil d'État qui a encouragé la Cour administrative d'appel de Paris de rendre deux arrêts particulièrement importants dans les affaires *Société Jacques Dangeville* (166) et *Société John Walker* (167).

Dans la première affaire, la société anonyme « *Cabinet Jacques Dangeville* », courtier en assurances mettait précisément en cause les conséquences dommageables de l'absence de modification des dispositions législatives du Code général des Impôts à la suite de l'adoption de la 6<sup>e</sup> Directive en matière de TVA. Le juge était ainsi appelé à statuer plutôt sur la carence du législateur à modifier une loi pour se conformer au droit communautaire que sur la responsabilité du législateur à proprement parler.

La Cour administrative d'appel a fondé son raisonnement sur l'article 5. Pour elle

« il résulte des stipulations du traité instituant la C.E.E., et notamment de son article 5, que l'État français est tenu de prendre toutes les mesures propres à assurer l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu dudit traité ; 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 sont résultés ».

Dans ces conditions, la Cour administrative d'appel de Paris a retenu la situation illicite constituée par l'assujettissement irrégulier, au regard du droit communautaire, de la société comme cause de responsabilité et a admis la responsabilité de l'État dans son entier sans en préciser l'organe responsable.

Dans la deuxième affaire, il s'agissait d'une demande de réparation du préjudice subi, par les sociétés requérantes, du fait de l'incompatibilité avec l'article 95 C.E.E. — constatée par la Cour de Justice dans l'arrêt du 27 février 1980 (168) — à la fois des articles 403 et 406 A du Code Général des Impôts, dans leurs rédactions successivement applicables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1975, et du régime introduit par la loi de finances restrictives pour 1981, en créant des surtaxes applicables aux seuls alcools de grain et non aux eaux-de-vie de vins et de fruits.

(165) Voir également sur cet arrêt *R.J.F.*, 5/92, comm. n° 761.

(166) Cf., C.A.A. Paris, Plénière, 1<sup>er</sup> juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, *Rec.*, Leb. 1992, p. 558 ; concl. du comm. du gouv. M.F. BERNAULT, n<sup>os</sup> 89-2498, *Dr. Fiscal*, 1992, n<sup>os</sup> 33-38, pr. n° 1665. Sur cet arrêt voir également note D.F., *J.C.P.*, éd. E, II, n° 44, 1992, comm. n° 357, pp. 242-244 ; note D. SIMON, *Europe*, Déc. 1992, comm. n° 445 ; *R.J.F.*, 1992, n° 8-9, comm. n° 1280 ; note X. PRÉTOT, *A.J.D.A.*, 1992, p. 768 ; E. PICARD, *J.C.P.*, 1993, I, 3645, chron.

(167) Cf., C.A.A. Paris, *Société John Walker and Sous ltd.*, 12.11.1992, Rég. 91 PA n° 00378 ; *Dr. adm.*, mars 1993, n° 130 ; note D. SIMON, *Europe*, Juillet 1993, comm. n° 283.

(168) Cf., *Rec.*, 1980, p. 371.

La Cour administrative d'appel, en suivant le même raisonnement que dans l'affaire *société Jacques Dangeville*, s'est basée sur l'article 5 du traité C.E.E. pour affirmer l'obligation pour l'État d'« effacer les conséquences illicites résultant d'une violation du droit communautaire, en assurant la réparation effective du préjudice qui en a résulté ». Partant de ce principe, la responsabilité de l'État était susceptible, aux yeux de la Cour administrative d'appel, « d'être engagée en raison de la situation illicite créée par l'existence durant la période du 1<sup>er</sup> janvier 1975 au 1<sup>er</sup> février 1983, de dispositions incompatibles avec le traité ».

Toutefois, comme les requérantes n'ont pas pu démontré le caractère direct et certain du préjudice subi du fait de cette situation illicite, la Cour d'appel n'a pas satisfait à leur demande de réparation.

48. En attendant que le Conseil d'État consacre prochainement le même type de solutions, la Cour de Cassation a déjà « franchi le cap » dans ce domaine par son arrêt du 21 février 1995 (169). L'affaire qui a donné lieu à cette décision arrêt s'inscrit dans le « feuilleton » de la publicité pour les boissons alcoolisées qui avait singulièrement agité les juridictions de l'ordre judiciaire au début des années 1980 et qui était à l'origine du fameux arrêt *Waterkeyn*.

Juste après la condamnation de la France pour manquement à l'article 30 du traité par la Cour le 10 juillet 1980 (170), le ministre de la justice avait, par une circulaire du 10 octobre 1980, enjoint au ministère public d'engager systématiquement des poursuites pénales pour toute publicité effectuée pour un produit — y compris importé — en violation des dispositions du Code des débits de boissons. Estimant que cette circulaire était à l'origine des dommages se traduisant notamment par la diminution sensible de leurs ventes, certains importateurs de boissons alcoolisées ont alors intenté un recours en réparation du dommage contre l'État.

Pour venir jusqu'au prétoire de la Cour de Cassation il a fallu beaucoup de patience aux requérantes, puisque préalablement deux juridictions ont refusé leur demande. La première était le Tribunal administratif de Paris qui avait rendu le 17 janvier 1991 un jugement d'incompétence concernant les conclusions aux fins d'indemnité. La deuxième était la Cour administrative d'appel de Paris qui avait estimé d'une part qu'une telle faute lourde, pour engager la responsabilité, ne pouvait pas résulter des termes d'une circulaire interprétant le sens et déterminant la portée fût-ce de manière erronée, d'un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes. La

(169) Cass. com. 21.2.1995, n° 93-15.387, *Sociétés Distilleries France, John Walker and Sons Ltd, Tanqueray Gordon and Cie Ltd. c/ Agent judiciaire du Trésor Public et a.*, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, févr. 1995, 4<sup>e</sup> partie, n° 52, également *J.T.D.E.*, n° 19 du 18.5.1995. Sur cet arrêt voir notamment A. RIGAUX et D. SIMON, *Europe*, mai 1995, comm. n° 172 ; *R.J.F.*, 5/95, comm. n° 688 ; P.M. *L.Q.J.*, n° 27, 4 avril 1995, p. 6.

(170) Cf., aff. 152/78, *Com. c/ France, Rec.*, 1980, p. 2299.

Cour administrative d'appel avait retenu d'autre part « qu'en l'absence de poursuites pénales à l'encontre des sociétés requérantes, celles-ci ne pouvaient se prévaloir d'un préjudice trouvant sa cause dans la circulaire litigieuse » (171). C'est à propos de ces deux points que la question se posait devant la Cour de Cassation.

Sur le premier point, se plaçant d'emblée sur le terrain du droit communautaire et en appliquant la jurisprudence — consacrée par la formulation de « prohibition de plein droit d'appliquer, pour les autorités nationales une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité » — de la Cour de Justice du 13 juillet 1972, la Cour de Cassation a rejeté la thèse d'une simple erreur d'interprétation de l'arrêt de la Cour de Justice par le ministre de la justice.

Sur le deuxième point, la Cour de Cassation s'est livrée à une évaluation plus globale et plus réaliste de l'existence du lien de causalité pour conclure finalement que la menace même de poursuites pénales prévues les avait fait renoncer à organiser la publicité de leurs produits et, partant, leur avait fait subir un préjudice.

Au delà de son contexte particulier, cet arrêt contient plusieurs enseignements : tout d'abord, il affiche une fois de plus, la « révérence » de la Cour de Cassation envers la primauté du droit communautaire qui avait été entérinée définitivement par le fameux arrêt *Café Jacques Vabre*. Ensuite, l'autorité de l'arrêt en manquement en tant que tel est reconnue dans sa plénitude et, de manière la plus explicite, la responsabilité de l'administration est fondée sur sa méconnaissance. Par cette construction, l'autorité de la chose jugée de l'arrêt en manquement dans sa version la plus « orthodoxe » se trouve acceptée par la Cour de Cassation. Enfin, un dernier point attire l'attention dans l'acceptation du lien de causalité entre la menace de poursuites pénales ayant conduit à renoncer à l'organisation des publicités et le préjudice subi par les requérantes. Contrairement à la solution de l'arrêt *Société John Walker* dans lequel la Cour administrative d'appel de Paris n'avait pas jugé que le lien de causalité était suffisant entre l'assujettissement à une taxe et le préjudice subi pour permettre la réparation du dommage, la Cour de Cassation a fait œuvre de « logique non formaliste, qui s'inspire incontestablement du raisonnement retenu par le juge communautaire dans des circonstances analogues » (172).

En retenant cette solution, la Cour de Cassation a monté le niveau de perfection des juridictions françaises en ce qui concerne l'engagement de responsabilité de l'administration en présence d'un arrêt en manquement antérieur.

(171) Cf., A. RIGAUX et D. SIMON, *Europe*, mai 1995, comm. cité.

(172) Cf., A. RIGAUX et D. SIMON, *Europe*, mai 1995, comm. cité.

Pour finir il faut dire que le juge français avait au début connu des difficultés. Mais il surmonte de plus en plus ces difficultés pour arriver à une solution satisfaisante.

### CONCLUSION

49. Dans les pages qui précèdent nous avons essayé d'étudier la création du principe de responsabilité de la puissance publique pour violation du droit communautaire par la Cour de Justice et sa mise en œuvre par le juge interne. Cette mise en œuvre, il est vrai, a demandé et demande encore beaucoup d'effort de la part du juge interne. Dans ce sens, on peut parler d'une mise en œuvre « douloureuse » de cette responsabilité. Si cette mise en œuvre par le juge interne peut parfois s'avérer « douloureuse », elle n'en est pas moins efficace, car c'est elle qui, en dernier ressort, assure une protection effective aux particuliers lésés par une violation du droit communautaire imputable aux autorités nationales.

50. Dans ce contexte, le juge anglais est, de loin, le plus « mal loti ». Certes, comme l'affirme M<sup>me</sup> Florence Zampini, le juge anglais admet facilement

« qu'un arrêt constatant le manquement implique l'illégalité des mesures nationales. Toutefois, le problème essentiel reste celui attaché à la façon dont on a violé le droit individuel en question. Celle-ci déterminerait la nature du droit et subséquemment la procédure appropriée, en d'autres termes le degré de protection » (173).

C'est dans ce dernier domaine qu'entre en jeu le régime anglais de responsabilité de la puissance publique. Or pour des raisons tenant à l'insuffisance du contrôle juridictionnel de l'administration, l'ordre juridique anglais connaît un régime « restrictif » de responsabilité de la puissance publique. À cela s'ajoutent également la règle du « précédent », l'inadéquation des règles anglaises traditionnelles d'interprétation, et la nature publique ou privée — en droit anglais — des droits individuels découlant du droit communautaire qui compliquent davantage la tâche du juge interne dans l'engagement de responsabilité de la puissance publique pour violation du droit communautaire.

51. À l'inverse, le juge belge a, de loin, la position la plus confortable. À la base de cette position confortable, se trouvent sans doute le régime « sophistiqué » de responsabilité de la puissance publique et l'assimilation de la protection des droits d'origine communautaire à celle existant au plan interne. Dans ce cadre, jouent également la consécration rapide et exem-

(173) Cf., *La responsabilité de l'État du fait du droit communautaire*, thèse, Lyon, 1992, sp. p. 531.

plaire par la Cour de Cassation du principe de la primauté du droit communautaire et l'accueil favorable ou le « respect profond » accordé par le juge belge aux autorités des arrêts des juridictions européennes (que ce soit pour la C.J.C.E., ou pour la C.E.D.H.).

52. Quant au juge français, son destin a évolué de façon exemplaire depuis quelques temps. Alors qu'il vivait dans un « isolement total » jusqu'à la fin des années 1980, il est depuis lors, sorti de son « gouffre » pour arriver enfin, si l'on emprunte l'expression de M. le Professeur Paul Sabourin, à « mettre en ordre le Jardin à la Française » (174) On peut avancer ici, l'idée que l'intervention tardive de l'arrêt Nicolò a retardé cette évolution. Quoiqu'il en soit, la solution française constitue un bon exemple d'apprentissage réussi du droit communautaire dans toute son amplitude par le juge interne.

(174) Cf., « Le Conseil d'État face au droit communautaire, méthodes et raisonnements », *R.D.P.*, 1993, sp. p. 429.