



HAL
open science

La responsabilité de l'Etat du fait de l'action normative en droit administratif français

Stéphanie Juan

► **To cite this version:**

Stéphanie Juan. La responsabilité de l'Etat du fait de l'action normative en droit administratif français. Droit. Université Paul Verlaine - Metz, 2004. Français. NNT: 2004METZ005D . tel-01750225

HAL Id: tel-01750225

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01750225v1>

Submitted on 29 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



AVERTISSEMENT

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

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

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

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

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

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

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

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

UNIVERSITE DE METZ
UFR DROIT-ECONOMIE-ADMINISTRATION

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE - METZ	
N° inv.	2004014D
Cote	D/M3 04/05
Loc	

LA RESPONSABILITE DE L'ETAT
DU FAIT DE L'ACTION NORMATIVE
EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

Thèse pour le doctorat de droit public de l'Université de Metz
présentée et soutenue publiquement

par

Stéphanie JUAN

le 11 décembre 2004

Membres du jury

Monsieur Philippe BILLET, Professeur à l'Université de Metz

Monsieur Eric DELACOUR, Professeur à l'Université de Lyon III,

Rapporteur

Monsieur Jean-Claude RICCI, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III,

Rapporteur

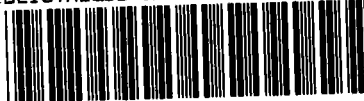
Monsieur Pierre TIFINE, Maître de conférences à l'Université de Metz,

Co-directeur de thèse

Monsieur Jérôme TREMEAU, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III,

Directeur de thèse

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE DE METZ



031 536026 0

UNIVERSITE DE METZ
UFR DROIT-ECONOMIE-ADMINISTRATION

LA RESPONSABILITE DE L'ETAT
DU FAIT DE L'ACTION NORMATIVE
EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

Thèse pour le doctorat de droit public de l'Université de Metz
présentée et soutenue publiquement

par

Stéphanie JUAN

le 11 décembre 2004

Membres du jury

Monsieur **Philippe BILLET**, Professeur à l'Université de Metz

Monsieur **Eric DELACOUR**, Professeur à l'Université de Lyon III,

Rapporteur

Monsieur **Jean-Claude RICCI**, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III,

Rapporteur

Monsieur **Pierre TIFINE**, Maître de conférences à l'Université de Metz,

Co-directeur de thèse

Monsieur **Jérôme TREMEAU**, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III,

Directeur de thèse

L'Université de Metz n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

Je tiens à adresser ici ma reconnaissance au professeur Jérôme Trémeau pour avoir accepté de diriger mes recherches comme pour les conseils qu'il a su me prodiguer.

Mes plus sincères remerciements vont également à Pierre Tifine pour la très grande disponibilité et l'attention dont il a fait preuve à mon égard tout au long de ces quatre années, ainsi que pour son soutien et ses précieuses remarques et critiques, lesquelles m'ont permis de réussir à mener ce travail jusqu'à son terme.

A mes parents, sans l'aide matérielle et le soutien moral desquels
ce travail n'aurait pas abouti.

A la mémoire d'Ado.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
Aff. jtes	Affaires jointes
AJDA	Actualité juridique de droit administratif (à partir de 1955)
Al.	Alinéa
Ann. Fac. ... (nom de ville)	Annales de la Faculté de droit de...
Art. préc.	Article précité
Ass.	Assemblée du contentieux
Assoc.	Association
BDEI	Bulletin du droit de l'environnement industriel
BGB	Code civil allemand
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
BJDU	Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
c/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cahiers Cons. constit.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CC	Conseil constitutionnel
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
Chron.	Chronique
Cie	Compagnie
CIJ	Cour internationale de justice
Civ.	Civil
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
Coll. Bib. constit. et de sc. politique	Collection bibliothèque constitutionnelle et de science politique
Coll. Bib. Dr. Int.	Collection bibliothèque de droit international et communautaire
Coll. Bib. Dr. Pub.	Collection bibliothèque de droit public
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Consid.	Considérant
Constit.	Constitution

Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPJI	Cour permanente de justice internationale
Cts	Consorts
C. urb.	Code de l'urbanisme
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DH	Dalloz hebdomadaire (de 1924 à 1940)
Doc. fr.	Documentation française
Doctr.	Doctrine
DP	Dalloz périodique (jusqu'en 1940)
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. env.	Droit de l'environnement
Dr. fisc	Droit fiscal
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
Env.	Environnement
Ets	Etablissements
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IR	Informations rapides
J.-Cl.	Juris-classeur
JCP, A	Juris-classeur périodique, édition administration et collectivités territoriales
JCP, G	Juris-classeur, édition générale
JDI	Journal de droit international
JO	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes (devenu Journal officiel de l'Union européenne le 1 ^{er} janvier 2003)
Jurispr.	Jurisprudence
Lég.	Législation
LGDJ	Librairie générale de droit et jurisprudence
LPA	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
n°	Numéro
Obs.	Observations
Op. cit.	Opere citato
Ord.	Ordonnance
p.	Page
PUF	Presse universitaire de France
Quot. jur.	Le quotidien juridique
RAE	Revue des affaires européennes
RCA	Responsabilité civile et assurances

RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec. CC	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. CE	Recueil des décisions du Conseil d'Etat
Rec. CJCE	Recueil des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes
R. et L.	Recueil et Lois
Rev. adm.	Revue administrative
Rev. Dr. rur.	Revue de droit rural
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RISA	Revue internationale de science administrative
RJC	Recueil de jurisprudence constitutionnelle
RJE	Revue juridique de l'environnement
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RMC	Revue du marché commun
RMUE	Revue du marché unique européen
RRJ	Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
RSA	Revue de science administrative
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Recueil Sirey
SC	Sommaires commentés
sect.	Section
Sté	Société
Somm.	Sommaire
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Traité CE	Traité des Communautés européennes
UE	Union européenne
Vol.	Volume
§	Paragraphe

SOMMAIRE

Introduction générale	10
<u>1^{ère} partie</u>	
La mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière	
48	
Titre 1^{er} - Une responsabilité objective visant à la conciliation des prérogatives de l'Etat et des droits des particuliers	52
Chapitre 1^{er} - Le choix naturel d'une absence de faute de l'Etat	54
Chapitre 2nd - Le choix apparent d'une protection des particuliers.....	114
Titre 2nd - Une responsabilité objective autonome orientée vers la protection de la latitude d'action de l'Etat	168
Chapitre 1^{er} - La protection de l'Etat par l'appréciation des conditions liées au texte à l'origine du dommage	170
Chapitre 2nd - La protection de l'Etat par l'appréciation des conditions liées au préjudice.....	244
<u>2^{nde} partie</u>	
La mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative violant le droit communautaire	
296	
Titre 1^{er} - Un régime de responsabilité créé par la Cour de justice conciliant primauté du droit communautaire et latitude d'action des Etats membres	300
Chapitre 1^{er} - Un principe de responsabilité initié par le juge communautaire	302
Chapitre 2nd - Une mise en œuvre du principe de responsabilité par les Etats membres sous l'influence du juge communautaire	354
Titre 2nd - Un régime de responsabilité orienté par le juge français vers la surprotection du législateur	414
Chapitre 1^{er} - La restriction dans la mise en œuvre du principe de responsabilité	416
Chapitre 2nd - L'évolution indispensable vers une responsabilité pour faute de l'Etat législateur	470
Conclusion générale	544
Bibliographie	554
Index	598
Tables des matières	602

INTRODUCTION GENERALE

1 - La notion de responsabilité vient du latin *responsum*, de *respondere*, qui signifie « se porter garant ». Apparue en France au XVIII^{ème} siècle, elle renvoi ainsi à l'idée de débiteur. Le responsable est celui qui répond de ses actes, qui en assume les conséquences de manière objective. Chargée à l'origine d'une très forte connotation morale¹, la responsabilité a, par la suite, préservé cette caractéristique chez les juristes et été entendue comme « *la sanction du manquement par l'Homme à une certaine conduite à laquelle il était obligé* »². Cette première acception va néanmoins être dépassée dès la fin du XIX^{ème} siècle du fait du développement de la logique de secours et de socialisation des risques. Sont alors apparus des mécanismes visant à aider, conformément à l'idée de justice, ceux qu'un injuste sort avait frappés. Il en sera ainsi des régimes de responsabilité objective visant à garantir aux victimes de dommages une réparation dont était débitrice la collectivité publique. La responsabilité devint de ce fait assimilable à une obligation de réparation pesant sur l'Etat. La procédure fut alors organisée dans une finalité unique : compenser la perte subie par un individu du fait du dommage lui ayant été indûment causé.

Il nous importe donc, dans le cadre de notre étude, de tenir compte de ces évolutions récentes afin de ne pas retenir une vision trop réductrice de la notion de responsabilité. Celle-ci ne doit pas se comprendre uniquement comme la réparation des préjudices causés par un comportement fautif, mais doit également englober « *ce pan important de l'activité réparatrice* »³ qu'est la garantie de réparation. C'est pourquoi nous retiendrons ici la définition proposée par Ch. Eisenmann, représentant selon nous la réponse la plus adéquate, lequel estimait que la responsabilité devait être plutôt définie comme « *l'obligation de réparer le dommage auquel on a une quelconque relation* »⁴.

¹ A l'origine, l'acte fautif rendait son auteur responsable, soit devant le tribunal de Dieu, dans le cadre de la morale chrétienne, soit au nom d'un manquement à une loi morale naturelle, dans le cadre de la morale laïque. Sur ce sujet, voir, V.-M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », in *La responsabilité à travers les âges*, Paris, Economica, 1989, p. 75.

² H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris, éd. L'Harmattan, 2001, p. 20.

³ *Idem*, p. 20.

⁴ La pensée de Ch. EISENMANN en matière de responsabilité se trouve, pour l'essentiel, rassemblée dans son étude intitulée, « Le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques », in JCP, 1949, G, I, n° 742 et n° 751. Voir également, J.-Cl. VENEZIA, « Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l'administration », in *La pensée de Ch. Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 207 et s.

2 - L'expression « responsabilité de l'Etat du fait de l'action normative » fait ainsi référence à l'ensemble des hypothèses dans lesquelles la responsabilité de l'Etat peut être engagée suite à un dommage causé à un particulier du fait d'une norme. Par le terme de norme, nous entendons l'expression d'une règle de droit. Du fait de la délimitation de notre étude au seul droit administratif français, il s'agit donc ici à la fois des lois au sens matériel, des décisions administratives individuelles et des conventions internationales. En ce qui concerne les lois au sens matériel, celles-ci englobent toutes les dispositions de caractère général, abstrait et permanent. Il s'agit des lois ordinaires en tant que textes votés par le Parlement dans les matières relevant du domaine de la loi défini à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, des lois de validation, des décrets vus comme les actes administratifs unilatéraux pris par les deux plus hautes autorités exécutives de l'Etat, et des règlements constitués par les textes de portée générale pris par le pouvoir exécutif avec valeur législative en vertu d'une disposition expresse de la Constitution (article 92), ainsi que des ordonnances de l'article 38 C.

S'agissant des conventions internationales, il est important de souligner ici que, si la définition usuelle englobe tous les accords destinés à produire des effets de droit à l'égard des Etats signataires, nous retiendrons ici pour l'essentiel les dispositions originaires et dérivées du droit communautaire dans la mesure où seules ces dernières entrent dans les limites de notre problématique, à savoir la mise en œuvre de la responsabilité en droit administratif français. La responsabilité internationale ne fera en effet pas partie du cœur de notre réflexion, même si l'évocation de quelques exemples comparatifs avec le droit communautaire pourra toutefois s'avérer utile. Un tel choix se justifie par le fait que la responsabilité internationale est tout d'abord essentiellement conçue comme une institution jouant d'Etat à Etat⁵. Les particuliers n'ont dès lors pas la possibilité d'agir afin de demander réparation des dommages subis par eux, la victime du préjudice ne pouvant en effet qu'être un autre sujet de droit international. L'exception majeure à l'heure actuelle est représentée par la Convention européenne des droits de l'homme pour le respect de laquelle un particulier peut agir directement contre un Etat⁶. Ensuite et surtout, si le droit international admet largement la responsabilité de l'Etat du fait de son action normative⁷, ce n'est jamais le juge national qui la

⁵ Pour une présentation des caractéristiques de la responsabilité de l'Etat législateur en droit international, voir P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 40 et s.

⁶ Pour l'affirmation du principe, voir CEDH, 13 juin 1979, *Marckx*, série A, n° 3, à propos de la législation belge sur le statut des mères célibataires et des enfants nés hors mariage. En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme va considérer cette législation comme contraire aux arts 8 et 14 de la Conv. EDH et ainsi reconnaître la responsabilité de l'Etat belge.

⁷ Dans un avis, rendu le 10 septembre 1923, dans l'affaire des « Colons allemands en Pologne », la Cour permanente de justice internationale estime, en effet, qu'une législation polonaise annulant les droits acquis des

constate mais un juge international. Dans l'hypothèse d'un litige tranché dans le cadre juridictionnel⁸, il est en effet de la compétence de la Cour internationale de justice ou d'un tribunal arbitral désigné par les parties au litige d'intervenir. Dès lors, la réparation de ces dommages ne rentre pas dans le cadre de notre étude consacrée à la mise en œuvre de la responsabilité dans l'ordre juridique français.

Enfin, par « action normative », nous entendons non seulement le comportement positif mais également l'absence des autorités étatiques qualifiées pour agir. Il nous faudra ainsi envisager les hypothèses de dommages causés du fait de l'application d'une norme comme de son absence. Si cette distinction ne paraît pas avoir d'importance considérable en ce qui concerne les lois en droit interne dans la mesure où il n'existe aucune obligation de légiférer, il en va tout autrement dans le cadre de la mise en œuvre du droit communautaire dans la mesure où la Cour de justice fixe des obligations à tous les organes étatiques, notamment en ce qui concerne la transposition des directives.

3 - De prime abord, la mise en œuvre de la responsabilité du fait de l'action normative paraît donc simple. Comme dans tout régime construit autour de l'idée de réparation, il importe à l'auteur de la norme source du dommage de répondre des conséquences de son comportement. C'est à lui d'en assumer la charge. Néanmoins, l'hypothèse qui nous concerne est particulière dans le sens où les dommages sont réputés avoir été causés par un organe étatique du fait de normes qui, pour la majeure partie, représentent l'exercice d'un pouvoir souverain. Il s'avère donc très délicat de constater l'existence d'un préjudice réparable directement lié au comportement d'un tel auteur.

Dès lors, avant de s'attacher directement à l'étude de la mise en œuvre de cette responsabilité en droit administratif français, il convient d'en cerner précisément tous les enjeux. Une telle compréhension ne peut se faire qu'en commençant par rappeler les difficultés auxquelles s'est confrontées le juge administratif dans le but de parvenir à accepter la conciliation d'une large réparation des dommages avec l'obligation mise à la charge du pouvoir normatif. Commençant par reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait de son action

ressortissants d'origine allemande est contraire aux dispositions du traité de Versailles sur les minorités et engage, dès lors, la responsabilité de la Pologne. Pour la Cour, il est ainsi « sans importance que les droits dont on allègue l'infraction découlent d'un acte législatif, judiciaire ou administratif » (cf. série B, n° 6, p. 25).

⁸ A noter que, la mise en œuvre de la responsabilité internationale intervient le plus souvent en pratique hors du cadre contentieux, c'est-à-dire par le biais de commissions chargées de surveiller l'exécution du droit international et d'aplanir les différends. Il s'agit alors, par exemple, d'un contrôle sur plaintes donnant lieu à des recommandations comme dans le cas du mécanisme institué pour le respect de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales dont le contrôle repose, non seulement sur un système de rapport biennal, mais aussi sur la possibilité accordée à la fois aux Etats et aux particuliers de saisir le Comité pour l'élimination de la discrimination (A ce sujet, voir, K. MICHELET, « La loi inconstitutionnelle », RFDA, 2003, p. 31, note n° 108).

normative uniquement dans le cas où l'auteur de la norme avait lui-même prévu une telle éventualité (§ 1), le juge va ensuite faire évoluer son raisonnement au cours du XX^{ème} siècle en consacrant un régime de responsabilité spécifique tenant compte du caractère des normes visées (§ 2). Cette reconnaissance en faveur des victimes va alors représenter une avancée considérable dans le domaine de la responsabilité. Toutefois, le contexte actuel est sensiblement différent de celui du XX^{ème} siècle à tel point que, sous l'influence directe du droit communautaire, le juge est aujourd'hui appelé à une nécessaire réflexion autour d'une responsabilité complémentaire et inédite (§ 3).

§ 1 : L'existence originelle d'une responsabilité déterminée par l'auteur de la norme

4 - Pendant plus d'un siècle, l'Etat est, dans la plupart des cas, irresponsable des conséquences dommageables subies par les particuliers du fait des lois, des règlements ou des conventions internationales. Une telle irresponsabilité ne cédait qu'à la condition que l'auteur de la norme ait lui-même expressement prévu la possibilité d'une réparation. Ce phénomène est due à la nature même de ces actes. Expression de la souveraineté, ils n'ont en effet pas à faire l'objet d'un quelconque examen par le juge. Ainsi, tout acte de valeur législative est en principe considéré comme intouchable (A), de même que toute convention internationale ne peut donner lieu à aucune réclamation contre l'Etat (B).

A - Tout acte de valeur législative est en principe intouchable

5 - L'affirmation de l'irresponsabilité de l'Etat législateur date d'une décision juridictionnelle très ancienne. Il s'agit de l'arrêt « Duchâtelier »⁹, rendu par le Conseil d'Etat, le 11 janvier 1838. L'affaire concernait le sieur Duchâtelier, fabricant de tabac factice, lequel demandait l'indemnisation du préjudice subi par lui à raison du vote de la loi du 12 février 1835 qui, afin de sauvegarder les intérêts du Trésor en assurant le rendement du monopole des tabacs, interdisait la fabrication, la circulation et la vente du tabac factice. La loi de 1835 étant restée muette sur la question d'une éventuelle indemnité pour ceux dont cette interdiction léserait les intérêts, le Conseil d'Etat ne s'est pas reconnu, dans le silence du texte, le pouvoir d'accorder une telle indemnité. Dans un considérant très net, la Haute juridiction affirme alors que « *l'Etat ne saurait être responsable des conséquences des lois qui, dans un intérêt*

⁹ CE, 11 janvier 1838, *Duchâtelier*, Rec. CE, p. 7.

général, prohibent l'exercice spécial d'une industrie (...) la loi du 12 février 1835, en déclarant interdite la fabrication du tabac factice, n'a ouvert aucun droit à une indemnité au profit des individus qui s'étaient précédemment livrés à cette fabrication ; que dès lors le sieur Duchâtelier ne peut prétendre à aucune indemnité ».

Cette décision de principe sera confirmée intégralement par de nombreuses applications postérieures. Nous pouvons ainsi citer les arrêts « Mathon »¹⁰ en date du 28 mai 1838 et « Ferrier »¹¹ rendu le 6 août 1852. On trouve également l'arrêt « Moroge »¹² relatif à l'établissement du monopole des allumettes par la loi du 2 août 1872 ou encore l'affaire « Payerne »¹³ à l'occasion de laquelle le Conseil d'Etat énonce qu'« aucune disposition législative n'autorise l'allocation d'indemnité au profit des notaires qui pourraient éprouver un préjudice par suite de modifications apportées aux circonscriptions territoriales par l'autorité compétente ; que dès lors c'est avec raison que notre ministre a déclaré non recevable la requête ».

De très nombreuses fois réaffirmée, cette jurisprudence ne va pas se limiter à énoncer l'irresponsabilité de l'Etat du fait d'une loi au sens formel du terme, c'est-à-dire entendue comme le texte voté par le Parlement. Elle concernera en effet également les règlements. Le Conseil d'Etat va ainsi rejeter les demandes d'indemnité présentées suite à des dommages causés par des règlements procédant à la suppression de distilleries de céréales¹⁴, au rétablissement de la liberté commerciale dans une profession réglementée¹⁵ ou à la désignation de la Guyane française comme siège d'établissements pénitentiaires¹⁶. Enfin, l'irresponsabilité vaudra aussi pour les décrets-loi¹⁷, les décisions individuelles¹⁸ ou générales¹⁹.

6 - Dégagée au début du XIX^{ème} siècle, cette règle de l'irresponsabilité va être intégralement maintenue au début du XX^{ème} siècle. Dans un arrêt « Société Premier et Henry »²⁰ rendu le 29 avril 1921, le Conseil d'Etat reproduit en effet fidèlement la formule de l'espèce « Duchâtelier ». L'affaire concernait le préjudice subi par ladite société, productrice

¹⁰ CE, 28 mai 1838, *Mathon*, Rec. CE, p. 106.

¹¹ CE, 6 août 1852, *Ferrier*, Rec. CE, p. 353.

¹² CE, 5 février 1875, *Moroge*, Rec. CE, p. 89.

¹³ CE, 13 janvier 1865, *Payerne*, Rec. CE, p. 52 ; S., 1865.2.20.

¹⁴ CE, 26 février 1857, *Cohen*, Rec. CE, p. 167 ; D., 1857.III.81.

¹⁵ CE, 30 juin 1859, *Bouchers de Paris*, Rec. CE, p. 442 ; D., 1860.III.10.

¹⁶ CE, 24 mai 1860, *Bouché*, D., 1860.III.41 : « Considérant qu'en désignant la Guyane française pour être le siège de ces établissements (pénitentiaires), l'administration a pris une mesure de gouvernement qui ne peut donner aux habitants de cette colonie le droit de réclamer une indemnité ».

¹⁷ CE, 4 avril 1879, *Goupy*, Rec. CE, p. 284.

¹⁸ CE, 8 mai 1822, *Benito*, R. et L., III.205 : « (...) la confiscation du troupeau a été prononcée par le chef de l'ancien gouvernement ; (...) cet acte souverain n'est pas susceptible d'être attaqué ».

¹⁹ CE, 23 août 1830, *Klein*, R. et L., II.739, à propos du refus de remboursement de droits de douane.

²⁰ CE, 29 avril 1921, *Société Premier et Henry*, Rec. CE, p. 424 ; S., 1923.3.14, note M. Hauriou.

d'absinthe, forcée d'abandonner son activité devenue illégale à la suite de la loi du 16 mars 1915²¹, confirmant le décret du 7 janvier de la même année, et interdisant la vente et la circulation de l'absinthe. Certaines dispositions de la loi prévoyaient expressément l'octroi d'une indemnité mais celles-ci concernaient uniquement deux catégories d'intéressés, à savoir d'une part, les petits cultivateurs à raison des stocks de plantes détenus par eux et devenant inutilisables du fait de la loi, et d'autre part, les débitants pour leurs stocks de liqueur prohibée. S'agissant des industriels, la loi prévoyait simplement la faculté pour eux de déclarer la consistance de leurs stocks, en vue d'une indemnisation éventuelle qui pourrait être consacrée par une loi ultérieure, loi qui n'a d'ailleurs jamais été votée. Saisi de la demande d'indemnité de la société à la suite du refus implicite du Ministre des Finances, le Conseil d'Etat, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Riboulet, va alors rejeter la requête en ces termes : « *Considérant que la loi du 16 mars 1915 qui, par mesure générale, a édicté l'interdiction de la fabrication de l'absinthe, n'a prévu l'allocation d'aucune indemnité pour les industriels dont les intérêts devaient être atteints par l'interdiction prononcée ; que si la loi du 29 du même mois a prescrit aux fabricants certaines déclarations en vue des dédommagements qu'une loi ultérieure pourrait éventuellement leur accorder, la mesure que le législateur s'est ainsi réservé le droit de prendre n'est pas intervenue jusqu'ici ; que la société requérante, d'autre part, n'invoque aucune obligation contractuelle, à laquelle la loi du 16 mars 1915 porterait atteinte* ».

Suivant cette ligne de jurisprudence, la Haute juridiction va également refuser par la suite toute indemnité pour la réparation des conséquences dommageables, pour certains commerçants, de la loi du 16 octobre 1919 « *qui, par mesure générale et en vue exclusivement de mettre fin à des abus constatés depuis longtemps, a frappé des peines prononcées au § 1^{er} de l'article 411 du Code pénal, ceux qui avaient acheté ou vendu habituellement des récépissés de nantissement des monts-de-Piété ou caisses de crédit municipal* »²². Il en sera de même concernant les textes législatifs sur le monopole provisoire de l'alcool²³ et les mesures prises par l'administration, en vertu de la loi du 22 avril 1916, pour organiser le service public du ravitaillement en charbon de l'industrie privée et de la population civile²⁴.

7 - Durant un siècle, l'Etat législateur apparaissait ainsi comme irresponsable. Néanmoins, son irresponsabilité n'était pas absolue ou totale. En effet, même à l'époque, il existait deux exceptions permettant au requérant d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi

²¹ JO, 17 mars 1915, p. 1407.

²² CE, 14 novembre 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissance du mont-de-Piété*, Rec. CE, p. 726.

²³ CE, 13 juillet 1923, *Fleury et Hauguel*, Rec. CE, p. 576.

²⁴ CE, 18 juillet 1924, *Embry*, Rec. CE, p. 707.

par lui du fait des conséquences dommageables d'un texte de valeur législative. La première dépendait exclusivement du législateur, tandis que la seconde fut créée par la jurisprudence. L'indemnisation était, d'une part, possible dans le cas où le Parlement l'avait lui-même prévue et réglementée. Il arrivait en effet que le législateur organise, dans le cadre de telle ou telle loi, et pour tel ou tel cas, l'indemnisation des personnes atteintes par l'entrée en vigueur des dispositions d'une loi nouvelle. Ici, seule une inscription expresse dans la loi permettait aux tribunaux d'accorder une indemnité. En effet, comme le souligne L. Duguit, si le législateur a « *comme le devoir moral* (d'établir le principe d'une indemnité), *il n'y est point juridiquement tenu ; s'il ne le fait pas, nul ne peut s'en plaindre* »²⁵. Parmi de nombreux exemples²⁶, nous pouvons citer l'article 10 de la loi du 1^{er} mai 1822, allouant une indemnité aux fabricants d'eaux-de-vie et d'esprits obligés, du fait de la loi, de s'installer en dehors de Paris, la loi du 9 mars 1918, relative au régime des loyers accordant une indemnité partielle pour perte de loyers aux petits propriétaires définis par son article 29 ou encore le décret du 30 octobre 1935²⁷, pris en vertu de la loi d'extension de compétence du Président de la République du 8 juin 1935, allouant une indemnité aux personnes atteintes par l'établissement du monopole des tabacs en Alsace et Lorraine.

Une indemnisation était, d'autre part, octroyée dans le cas où la situation d'un particulier, co-contractant de l'Etat, devenait plus onéreuse du fait de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. Lorsque les parties avaient prévu dans le contrat l'éventualité d'une augmentation des charges du fait d'une loi nouvelle, le juge se contentait d'accorder une indemnisation conformément aux dispositions contractuelles. En revanche, la situation se révélait bien plus intéressante dans l'hypothèse où le contrat n'envisageait pas une telle modification des charges. Dans ce cas, le droit à indemnité fut alors reconnu par les tribunaux aux co-contractants de l'Etat à condition que la loi en question soit spéciale à certaines catégories de personnes. Il en fut ainsi, dans les arrêts « *Compagnie PLM* » et « *Société Mines de Joudreville* »²⁸, intéressants le préjudice subi par des sociétés minières, concessionnaires de l'Etat, en raison des pouvoirs donnés par la loi du 27 juin 1880 aux préfets d'interdire les travaux souterrains à proximité d'une ligne de chemin de fer.

²⁵ L. DUGUIT, « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », RDP, 1910, p. 639.

²⁶ Pour de nombreux exemples, voir P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, Paris, Dalloz, 1938, p. 212.

²⁷ DP, 1935.4.383.

²⁸ Respectivement : CE, 27 juillet 1906, *Compagnie PLM*, Rec. CE, p. 702, concl. Teissier et CE, 2 mars 1932, *Société Mines de Joudreville*, Rec. CE, p. 246. Pour une justification de cette jurisprudence et une analyse détaillée de la position du commissaire du gouvernement TEISSIER, voir L. DUGUIT, « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », art. préc., p. 649 et s.

8 - Pendant très longtemps, la règle en vigueur équivalait donc, dans le silence des textes, à l'impossibilité d'engager la responsabilité de l'Etat législateur²⁹. Le Conseil d'Etat l'avait d'ailleurs très tôt assimilé dans la mesure où, dès son arrêt de principe « Duchâtelier », il énonçait qu'« aucune créance ne peut être réclamée au Trésor public qu'en vertu de contrats passés par l'Etat ou de dispositions formelles des lois »³⁰. Si le législateur ne l'avait pas décidé, les tribunaux ne pouvaient ainsi, sauf exception d'un contrat passé entre l'Etat et un particulier, accorder aucune indemnité aux individus lésés par une loi. Le juge n'avait en effet pas à interpréter le silence du législateur. Le seul pouvoir qui lui été reconnu était celui de rechercher, dans le texte même de la loi, si le législateur avait prévu une indemnité. Si tel n'était pas le cas, il devait rejeter purement et simplement la demande d'indemnité. Un tel principe pouvait être expliqué, selon J.-F. Brunet, par le fait que « le Parlement a pris une mesure dans l'intérêt général (...) le tribunal administratif n'est point juge de cette mesure, ni de son opportunité »³¹.

9 - S'agissant des tentatives de justification de cette irresponsabilité de l'Etat, celles-ci vont longtemps agiter la doctrine. L'argumentation a sensiblement évolué au fil du temps, toutefois tous les auteurs sont partis d'un constat identique : la loi n'est pas une norme tout à fait comme les autres. L'explication la plus communément avancée dès le début du XIX^{ème} siècle est celle de la souveraineté parlementaire³². La loi est envisagée comme l'acte de souveraineté par excellence. Emanant du Parlement, elle est l'expression de la volonté générale comme l'énonce l'article 6 de la Déclaration de 1789. Dès lors, comme le relève E. Laferrière, « la loi est un acte de souveraineté, et le propre de la souveraineté est de

²⁹ Pour des exemples de rejet de demandes d'indemnité formées par des particuliers ayant subi un préjudice du fait de la mise en œuvre d'une loi nouvelle, au motif que le texte était muet sur une telle possibilité, voir : CE, 29 avril 1921, *Société Premier et Henry*, préc. - CE, 13 juillet 1923, *Fleury et Hauguel*, préc. - CE, 14 novembre 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissance du mont-de-Piété*, préc. - CE, 18 juillet 1924, *Embry*, préc.

³⁰ CE, 11 janvier 1838, préc.

³¹ J.-F. BRUNET, *De la responsabilité de l'Etat législateur*, Thèse, Paris, 1936, p. 113.

³² Voir, notamment : L. MICHOU, « De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », RDP, 1895, p. 254 : « Dans notre organisation constitutionnelle, (...) la question de la responsabilité pour faute ne peut pas se poser à l'égard des actes du pouvoir législatif. Il est strictement vrai de dire que le législateur ne commet pas de faute au sens juridique du mot parce que son droit est sans limite d'ordre constitutionnel ou légal » - G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, éd. Dupont, 1906 : « Les lois (...) constituent (...) au premier chef, des actes de souveraineté, et les dommages qu'elles causent aux particuliers ne peuvent, sauf disposition contraire, donner lieu à un acte en responsabilité contre l'Etat, ni devant la juridiction administrative, ni devant l'autorité judiciaire. Certes, un législateur soucieux du bon renom et du crédit du pays doit, autant qu'il le peut, éviter de porter, par les mesures qu'il édicte, une atteinte inutile aux intérêts privés, et, quand la chose prêtée exige le sacrifice de droits individuels, il a le plus souvent le devoir moral d'indemniser les victimes du nouvel état de choses, ou de leur accorder une équitable compensation ; mais rien ne l'y oblige » - J.-F. BRUNET, *De la responsabilité de l'Etat législateur*, op. cit., p. 121 : « Cette jurisprudence du Conseil d'Etat était logique parce qu'était logique la confusion de la souveraineté et de l'irresponsabilité, voire de l'infailibilité à une époque où l'idée de faute était le fondement nécessaire de toute responsabilité. Le juge ne pouvait pas proclamer la responsabilité du législateur sans le déclarer en faute, sans le condamner », et p. 10 : « Le législateur reste l'interprète infailible d'une volonté supérieure qui lui dicte la loi ».

s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation (...) L'Etat est exempt de toute responsabilité pécuniaire quand sa fonction confine à la souveraineté. Lorsqu'il s'agit d'actes de puissance publique, la règle qui domine est celle de l'irresponsabilité »³³. Ce à quoi G. Scelle ajoute que « *la souveraineté étant conçue comme une notion absolue, celui qui peut juridiquement tout faire, parce qu'il ne reçoit de commandement légitime de quiconque, ne saurait évidemment faire quelque chose d'anti-juridique ni d'illégal : il est à l'abri de toute responsabilité* »³⁴. Tout recours contentieux contre la loi était donc exclu. L'idée d'une puissance illimitée de l'acte législatif était également légitimée par la notion d'intérêt général. Il était en effet admis que les citoyens obéissaient librement à la loi et sans se soumettre à aucune contrainte dans la mesure où l'action publique poursuivait un but d'intérêt général déterminé à l'avance par le peuple lui-même. Les citoyens n'étaient ainsi aucunement tiers à la loi, mais bien auteurs indirects de celle-ci par le jeu du système représentatif, donc indirectement responsables de leur sort en cas de dommage. Cette doctrine de la souveraineté et de l'irresponsabilité du Parlement sera renforcée par l'interprétation accordée à la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu³⁵. A la suite de la Révolution de 1789, cette séparation faisait du juge « *une simple bouche de la loi* », « *un serviteur de la loi* »³⁶ face à la domination du pouvoir législatif. L'article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790 envisageait en effet le juge comme un subordonné à la loi, interdisant aux tribunaux de suspendre son application. Un tel phénomène s'explique aisément par l'expérience des parlements pré-révolutionnaires, laquelle avait fait naître la peur du « juge-législateur ».

³³ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, LGDJ, 2nd éd., 1989, t. 2, p. 13. L'auteur ajoute que « le législateur peut seul apprécier d'après la nature et la gravité du dommage, d'après les nécessités et les ressources de l'Etat, s'il doit accorder cette compensation ; les juridictions ne peuvent pas l'allouer à sa place ; elles ne peuvent qu'en évaluer le montant d'après les bases et dans les formes prévues par la loi ».

³⁴ G. SCELLE, « A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Etude sur la responsabilité de l'Etat législateur », RDP, 1913, p. 650.

³⁵ Pour une telle interprétation, voir notamment, J.-F. BRUNET, *De la responsabilité de l'Etat législateur*, *op. cit.*, p. 7 : « Le législateur ne peut pas être responsable pour cette raison bien simple qu'il n'y a pas dans notre système constitutionnel de tribunal compétent pour juger de quelque manière que ce soit le Parlement et ses actes », et p. 121 : « (...) il ne peut pas être question, pour un tribunal quel qu'il soit, même pour le Conseil d'Etat, qui en même temps qu'un tribunal est un Conseil d'administration et de gouvernement, de condamner le pouvoir législatif sans sortir de ses attributions, sans bouleverser la règle de la séparation des pouvoirs qui est une des règles les plus fondamentales de notre droit public » - REVERCHON, concl. sur, CE, 28 novembre 1874, *Celse*, Rec. CE, p. 935 : « si donc le législateur, sciemment ou non, volontairement ou non, n'a pas pris de disposition en vue de faciliter par une indemnité la transition du régime ancien au régime nouveau, le juge ne peut que s'abstenir. En agissant autrement, il empiète sur le pouvoir législatif et viole la loi des 16 et 24 août 1790 sur la séparation des pouvoirs ».

³⁶ T. RENOUX, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », D., 1991, chron., p. 169. L'auteur ajoute que la pratique française a retenu une lecture de la théorie de Montesquieu « faisant de la séparation des pouvoirs un principe opposé au juge et non un principe de la garantie des droits par le juge ».

Puis, peu à peu, sous l'influence de la doctrine, ce dogme de l'irresponsabilité de la puissance publique va être fortement ébranlé. L'idée que la loi exprime la volonté générale, définie comme une volonté commune et raisonnable émanant de la Nation, va se révéler un concept sévèrement combattu. Héritée des pensées philosophiques de Rousseau³⁷, cette considération a été largement exploitée dans notre tradition juridique en vue de fonder la puissance souveraine du Parlement lui-même. R. Carré de Malberg démontrera ainsi que « *le système représentatif français a dévié du principe de la souveraineté nationale : en confondant la volonté générale avec la volonté législative parlementaire, il a fait du Parlement l'égal du souverain, ou plutôt, il l'a érigé effectivement en souverain* »³⁸. Dès lors, cette argumentation « *qui abuse de la logique verbale tirée de l'idée de représentation* »³⁹ mettra en lumière la réalisation d'un risque majeur : celui d'évoluer vers une volonté générale représentant la majorité ou le plus grand nombre⁴⁰. D'où la difficulté de maintenir l'argumentation selon laquelle le citoyen ne peut s'en prendre qu'à lui-même en cas de dommage causé par l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle puisque, selon le concept de souveraineté nationale, chaque citoyen ne participe pas individuellement à l'élaboration du texte. C'est en effet la Nation, entité juridique distincte des individus qui la compose, qui agit⁴¹. Ce constat déclenchera une large réflexion de la doctrine publiciste laquelle, sous l'égide de L. Duguit, affirmera la nécessité de limiter la souveraineté au motif qu'« *il existe, au dessus du Parlement, un droit supérieur que celui-ci ne peut violer* »⁴².

10 - Néanmoins, pour beaucoup d'auteurs, l'irresponsabilité devait malgré tout être maintenue en principe. Il était donc nécessaire de trouver une justification à l'irresponsabilité de l'Etat reposant sur un fondement plus solide que la souveraineté. Celle-ci viendra du fait que la loi est, par nature, un acte général et impersonnel. Elle se définit en effet classiquement, selon R. Carré de Malberg, comme « *une prescription qui ne vise ni un cas*

³⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, livre II, chapitre 6 : « La matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue ».

³⁸ R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984, p. 215.

³⁹ P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, op. cit., p. 213.

⁴⁰ Relevant ce risque, B. MATHIEU énonce ainsi que, « le mythe de la loi expression de la volonté générale cache la réalité selon laquelle la loi n'est que l'expression d'une majorité parlementaire » (cf. *La loi*, Paris, Dalloz, 1996, p. 13).

⁴¹ Voir, P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, op. cit., p. 213.

⁴² *Idem*, p. 194. L'auteur ajoute qu'« une argumentation qui tire l'irresponsabilité de l'idée de souveraineté parlementaire ne satisfait plus le publiciste du XX^{ème} siècle ». A ce sujet, voir également, L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, éd. A. Fontemoing, 1901, p. 613 : « on a compris que cette souveraineté de l'Etat ne pouvait être, en fait, une souveraineté absolue et sans limite » - G. SCHELLE, « A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Etude sur la responsabilité de l'Etat législateur », art. préc., p. 657 : « Le droit n'est pas dans l'esprit du législateur, il lui est extérieur et supérieur ; le législateur ne fait que le traduire, et peut-on affirmer qu'il ne se trompe jamais ? Ce serait admettre un nouveau genre de souveraineté, et plus dangereux que l'ancien, car la tyrannie du dogme est plus pernicieuse que celle de la force ».

particulier et actuel, ni telles personnes déterminées, mais qui est édictée d'avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes rentrant dans les prévisions abstraites du texte régulateur »⁴³. Dès lors, pour une partie importante de la doctrine⁴⁴, la loi ne peut causer que des dommages communs à tous les individus qu'elle concerne, elle ne crée jamais de dommage spécial. Promulguée dans l'intérêt général qui se confond avec l'intérêt de l'ensemble de la population, la loi ne peut ouvrir droit à la réparation du préjudice qu'elle cause sous peine de créer une responsabilité illimitée du législateur, ce qui n'est pas concevable. Une telle allusion à la nature intrinsèque de la loi va dès lors parallèlement se retrouver dans la jurisprudence administrative⁴⁵. L'irresponsabilité de l'Etat législateur sera également justifiée en doctrine par le fait que la loi se contente de « *constater l'évolution du droit* »⁴⁶. Les particuliers ne peuvent donc aucunement prétendre avoir un droit acquis à ce que le droit objectif demeure dans un état déterminé. S'ils peuvent profiter plus que d'autres d'un état de droit, ils ne peuvent élever de réclamation si cet état est modifié⁴⁷. G. Morange avancera enfin un dernier argument en rapport avec la mission même de la loi. Selon cet auteur, la loi « *doit réaliser, dans le cadre de l'Etat, d'incessants arbitrages entre groupes d'intérêts opposés. Il a été dit fort justement que gouverner, c'était choisir. Admettre le principe de l'indemnisation de ceux qui ont été sacrifiés dans de tels arbitrages, ce serait, bien souvent, remettre en cause l'arbitrage lui-même et introduire l'anarchie dans l'Etat en le paralysant* »⁴⁸. Le choix effectué par le législateur dans le contexte de différents intérêts contradictoires est en effet souvent un choix politique pouvant alors difficilement être apprécié juridiquement.

⁴³ R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit., p. 4.

⁴⁴ Voir notamment, L. DUGUIT, « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », art. préc., p. 640 - R. BONNARD, *Précis de Droit administratif*, Paris, Sirey, 1935, p. 96 - M. WALINE, *Manuel élémentaire de Droit administratif*, Paris, Sirey, 1936, p. 618 - C. CHAUMONT, « La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative », RDP, 1940, p. 208 - G. SCALLE, « A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Etude sur la responsabilité de l'Etat législateur », art. préc., p. 654 - J. KAHN, « L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois », in EDCE, 1962, p. 63. Pour une réaffirmation de cette idée dans la doctrine contemporaine, voir notamment : J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 19^{ème} éd., 2002, p. 304 - A. LAUBADERE, J.-Cl. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 830 - B. MATHIEU, *La loi*, op. cit., p. 77 - R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchretien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1375.

⁴⁵ Voir, par ex. : CE, 29 avril 1921, *Société Premier et Henry*, préc. : « La loi du 16 mars 1915, qui, par mesure générale (...), a édicté l'interdiction de fabrication de l'absinthe, n'a prévu l'allocation d'aucune indemnité » - CE, 14 novembre 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissance du mont-de-Piété*, préc. : « La loi du 16 octobre 1919, qui, par mesure générale (...), a frappé des peines (...) n'a prévu l'allocation d'aucune indemnité pour les commerçants dont les intérêts devaient être atteints par la mesure édictée ».

⁴⁶ Selon les termes employés par L. DUGUIT, in « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », art. préc., p. 642. L'auteur ajoute que « le droit n'est pas un ensemble de principes absolus et immuables, mais au contraire un ensemble de règles changeantes, variables avec les temps ».

⁴⁷ Exprimant cette opinion, voir J. BARTHELEMY, « Note, à propos du projet de réglementation de l'emploi du blanc de céruse, sur la responsabilité pécuniaire de l'Etat à raison du préjudice causé à une catégorie de citoyens par une réforme législative », RDP, 1907, p. 92 et s.

⁴⁸ G. MORANGE, « L'irresponsabilité de l'Etat législateur », D., 1962, chron., p. 166.

11 - Pendant très longtemps, l'irresponsabilité de la puissance publique était ainsi liée à l'exercice d'une activité souveraine. Les lois formelles comme les règlements échappaient en principe à tout recours en indemnité. Un tel raisonnement s'appliquait également aux conventions internationales.

B - Toute convention internationale ne peut en principe donner lieu à aucune réclamation contre l'Etat

12 - Selon une jurisprudence ancienne, les actes se rattachant aux relations entre l'Etat français et les Etats étrangers ne pouvaient faire l'objet d'aucun recours contentieux, que ce soit sur le plan de la légalité⁴⁹ ou de la responsabilité⁵⁰. Le Conseil d'Etat se refusait ainsi à examiner la validité des traités⁵¹, leur sens et leur portée⁵², l'interprétation qu'en donne le gouvernement français⁵³, les actes relatifs à la négociation, à la signature et à la ratification⁵⁴, comme il se déclarait incompétent pour connaître des dommages consécutifs à l'échec de négociations diplomatiques⁵⁵ ou à la conclusion d'un traité⁵⁶. Une telle irrecevabilité était à l'époque fondée sur la théorie des actes de gouvernement. Pour justifier son refus de se prononcer, le juge administratif invoquait en effet la nature de ces accords internationaux, à savoir leur caractère politique marqué. A cela s'ajoutait le fait qu'en négociant avec un gouvernement étranger, et en concluant un accord, le gouvernement français agissait sous l'empire du droit international. Or, comme le soulignait M. Virally⁵⁷, le Conseil d'Etat, en tant que juridiction nationale, ne se reconnaissait pas qualifié pour appliquer ce droit. Dès lors, la seule possibilité pour un particulier lésé, de pouvoir obtenir réparation d'un dommage subi par lui du fait des conséquences d'une convention internationale, était le cas où l'accord international prévoyait lui-même une telle indemnisation⁵⁸.

⁴⁹ CE, 14 mars 1873, *Goulet*, S., 1875.2.87.

⁵⁰ Voir, notamment : CE, 5 décembre 1884, *Société Anonyme Belge des Chemins de Fer*, Rec. CE, p. 885 - CE, 7 novembre 1945, *Worms*, Rec. CE, p. 189 - CE, 1^{er} juin 1951, *Société des Etains et Wolfram du Tonkin*, Rec. CE, p. 312.

⁵¹ Voir, par ex. : CE, 5 août 1921, *Goffart*, Rec. CE, p. 833 - CE, 29 mars 1935, *Société Etudes*, DH, 1935, p. 368.

⁵² Voir, notamment : CE, 23 juillet 1924, *Paulat*, DP, 1925.III.29, note R. R. - CE, 21 juillet 1927, *Commune de Lanne*, DP, 1929.II.19, note M. Devaux - CE, 10 janvier 1930, *Société française radioélectrique et Compagnie générale de TSF*, Rec. CE, p. 25.

⁵³ Voir, par ex. : CE, 11 juin 1920, *Redrigo*, Rec. CE, p. 571 - CE, 22 novembre 1933, *Mamon*, Rec. CE, p. 1071.

⁵⁴ Voir, notamment : CE, 5 février 1926, *Dame Caraco*, Rec. CE, p. 125 - CE, 5 mars 1926, *Gramat*, DH, 1926, p. 306 - CE, 1^{er} juin 1951, *Société des Etains et Wolfram du Tonkin*, Rec. CE, p. 312.

⁵⁵ CE, 26 avril 1855, *du Penhoat*, Rec. CE, p. 313.

⁵⁶ CE, 31 décembre 1861, *Corso*, D., 1862.III.36.

⁵⁷ M. VIRALLY, « L'introuvable acte de gouvernement », RDP, 1952, p. 341.

⁵⁸ CE, 20 décembre 1836, *Brun c/ Ministre des Affaires étrangères*, R. et L., VI.472.

13 - Perçue comme une « *survivance de la raison d'Etat* »⁵⁹, la théorie des actes de gouvernement a suscité, dès l'origine, beaucoup de formules doctrinales critiques. Il en est ainsi de la part de L. Duguit selon lequel « *il faut bannir le mot et la chose de tout pays civilisé* »⁶⁰, tandis que G. Jèze parle de « *l'odieuse et injustifiable théorie des actes de gouvernement* »⁶¹. La doctrine plus récente a tenté de donner une explication juridique de ce refus jurisprudentiel d'examiner tout recours fondé sur le contenu d'une convention internationale, ses conditions de négociation ou d'exécution ou encore la légitimité de ses signataires. Mais ces recherches se révéleront assez décevantes si on en croit les termes employés par les auteurs. M. Virally parle en effet de « *l'introuvable acte de gouvernement* »⁶², pour M.-J. Donnedieu de Vabres « *la théorie des actes de gouvernement est pourtant fort simple ; il n'y en a pas* »⁶³, quant à R. Chapus, il se demande s'il s'agit d'un monstre ou d'une victime⁶⁴. Ce dernier auteur a d'ailleurs justifié le régime contentieux de ces actes par le fait qu'ils ressortent à la fonction gouvernementale, par opposition à la fonction administrative. Cette explication va paraître satisfaisante à certains auteurs⁶⁵, tandis qu'elle se heurtera, pour d'autres, à une objection très forte constituée par « *la difficulté de définir cette fonction et de distinguer les cas où les autorités agissent comme autorités gouvernementales et ceux où elles agissent comme autorités administratives* »⁶⁶.

14 - Sans véritable fondement objectif, la théorie des actes de gouvernement va donc être utilisée par le juge dans un souci de « *poser lui-même des limites à sa juridiction, parce qu'il ne veut pas pénétrer sur un terrain qui lui paraît plus ou moins politique* »⁶⁷. On dénote toutefois une évolution sensible dans les formules employées par le Conseil d'Etat pour rejeter les requêtes dirigées contre les conventions internationales. En effet, dès les premières décisions, l'irrecevabilité est affirmée de manière assez rigide. Pour les juges, il y a un certain automatisme à prononcer un refus dès lors que le recours concernait un accord international. La Haute juridiction administrative décidait ainsi que les conséquences d'un acte diplomatique « *ne peuvent par elles-mêmes donner ouverture à aucune réclamation contre*

⁵⁹ Selon les termes employés par, A. GROS, in *Survivance de la raison d'Etat*, Paris, Dalloz, 1932.

⁶⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., 1930, 5^{ème} vol., p. 736.

⁶¹ G. JEZE, « La réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre », RDP, 1915, p. 34.

⁶² M. VIRALLY, « L'introuvable acte de gouvernement », art. préc.

⁶³ M.-J. DONNEDIEU DE VABRES, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », in EDCE, 1949, p. 44.

⁶⁴ R. CHAPUS, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime », D., 1958, chron., p. 5.

⁶⁵ Voir, par exemple, J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984, t. 1, p. 77 et p. 79.

⁶⁶ A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 1963, p. 612.

⁶⁷ G. SOULIER, « Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », RDP, 1969, p. 1068.

l'Etat par la voie contentieuse »⁶⁸ ou que la signature d'un accord international et les conditions de son application « *ne peuvent pas servir de base à une action contentieuse devant le Conseil d'Etat* »⁶⁹. Puis, à partir du début des années soixante, il semble que le rejet des requêtes ne se fonde plus « *sur une irrecevabilité de l'action contentieuse, mais sur une règle de fond qui exclurait la responsabilité de l'Etat en raison des conventions internationales* »⁷⁰. Le Conseil d'Etat estime en effet que « *le préjudice qui a pu résulter pour le requérant, soit de la convention elle-même, soit de son application par les autorités vietnamiennes, n'est pas de nature à ouvrir droit à indemnité* »⁷¹ ou que la convention n'est pas « *en tout état de cause de nature à engager la responsabilité de l'Etat* »⁷².

15 - Selon les termes de Jurieu, le souverain est « *celui qui n'a pas besoin d'avoir raison pour valider ses actes* »⁷³. Il n'est ainsi soumis à aucun contrôle et n'a de comptes à rendre à personne. Or, depuis la fin du moyen âge, le véritable détenteur de la souveraineté se trouve être l'Etat, d'où l'absence d'étonnement à constater l'irresponsabilité de la puissance publique. Une évolution va toutefois s'amorcer du fait, non seulement, des exigences de l'Etat de droit, mais encore, d'une demande croissante de sécurité juridique. A la fin du XIX^{ème} siècle, le dogme de l'irresponsabilité de la puissance publique va enfin céder, emporté par le développement de la démocratie libérale laquelle autorisera une pression plus nette des citoyens sur l'Etat, comme une protection plus concrète des droits individuels, et conduira à admettre que les personnes morales de droit public peuvent se voir sanctionner. Néanmoins, devant la nature particulière des actes issus de la puissance publique, doctrine et jurisprudence vont converger vers la reconnaissance, au sein des règles administratives, d'une responsabilité spécifique⁷⁴ de l'Etat du fait de son action normative.

⁶⁸ CE, 5 décembre 1884, *Société Anonyme Belge des Chemins de Fer*, préc.

⁶⁹ CE, 1^{er} juin 1951, *Société des Etains et Wolfram du Tonkin*, préc.

⁷⁰ M. BERNARD, concl. sur, CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*, RDP, 1966, p. 777.

⁷¹ CE, 14 février 1962, *d'Argence*, Rec. CE, p. 107.

⁷² Voir, par ex. : CE, sect., 26 avril 1963, *Laurent*, Rec. CE, p. 247 ; D., 1964, p. 26, note Silvera ; RDP, 1962, p. 758, note Waline - CE, sect., 26 avril 1963, *Sieur Paoli*, AJDA, 1963, p. 247.

⁷³ Cité par J.-P. DUBOIS, in *La responsabilité administrative*, Paris, éd. La découverte, 1996, p. 14.

⁷⁴ C. BROUELLE affirme ainsi que c'est « dans la perspective du compromis que la question du principe de responsabilité du fait des lois s'est posée au juge : l'affirmation d'un tel principe était subordonnée à la découverte d'un régime qui n'attenterait pas à la qualité particulière de la loi, et n'excéderait pas la mission du juge » (cf. *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, p. 22).

§ 2 : La reconnaissance d'une responsabilité spécifique

16 - Préoccupée par l'idée de limiter l'irresponsabilité de l'Etat, en particulier dans l'hypothèse d'un dommage causé par une loi nouvelle, la doctrine française va s'efforcer de trouver un fondement juridique possible à la mise en œuvre d'une action en réparation. Suite au rejet de certains fondements se révélant insatisfaisants (A), une partie de la doctrine va s'intéresser de près au principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques (B). Selon quelques auteurs, cette notion constituerait le fondement adéquat à la reconnaissance d'une responsabilité de l'Etat législateur. L'évolution jurisprudentielle viendra confirmer ce raisonnement.

A - Les fondements juridiques rejetés

17 - Le début du XX^{ème} siècle va voir l'apparition de nombreux textes législatifs nouveaux édictés afin de répondre aux attentes issues du progrès industriel et commercial. La France entre alors dans l'ère de l'Etat providence, lequel se met à intervenir dans la plupart des domaines de la société. Face à cette très forte montée de l'Etat législateur dans la sphère des intérêts privés, la doctrine française va tenter de bâtir une théorie de la responsabilité de l'Etat dans le but de permettre la compensation pécuniaire des particuliers ayant subi un dommage du fait de la loi. Les auteurs s'interrogent à l'époque sur trois fondements possibles⁷⁵ : la faute, l'enrichissement du patrimoine collectif et le risque.

18 - S'agissant de la faute, celle-ci est considérée comme le fondement par excellence de la responsabilité, que ce soit en droit privé ou en droit public. Certains auteurs se refusent même à envisager un autre fondement⁷⁶. Dès lors, une partie de la doctrine va tenter de fonder une responsabilité de l'Etat législateur alignée sur le régime de la responsabilité civile. Mais

⁷⁵ A noter que deux autres propositions annexes ont également vu le jour. La première, énoncée par G. SCHELLE (cf. « A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Etude sur la responsabilité de l'Etat législateur », art. préc., p. 660), reposait sur une distinction entre les actes législatifs « normatifs » se contentant de constater le droit et pour lesquels aucune responsabilité ne devait être encourue, et les actes législatifs « constructifs » ajoutant au droit préexistant et pour lesquels le particulier devait pouvoir demander l'indemnisation de son dommage. La seconde proposition fut l'œuvre de L. DUGUIT (cf. *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, 1930, t. 3, p. 512 et s.). L'auteur affirmait que la loi interdisant ou restreignant une certaine activité pour l'organiser en service public monopolisé ou non doit donner lieu à l'ouverture d'une action en réparation, à la différence de la loi interdisant ou restreignant l'activité en vue simplement de protéger l'individu ou la nation.

⁷⁶ Voir, par ex., H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, éd. Bad Feilnbach, 2000.

cette proposition va très vite être fortement critiquée en raison de son impossibilité juridique et pratique. Depuis l'arrêt « Blanco »⁷⁷ en date du 8 février 1873, il est tout d'abord clairement admis que la responsabilité de l'administration « *ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier* » et que « *cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, (...) elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés* ». La responsabilité de l'Etat ne peut ainsi être fondée sur les principes fondamentaux du droit privé. De plus, il apparaît que l'idée même de faute dans le chef du législateur⁷⁸ soit juridiquement et politiquement impossible. A l'époque, une telle hypothèse est en effet doublement impensable dans la mesure où, non seulement, le législateur ne peut commettre de faute car son droit est sans limite, mais encore, il n'existe pas de contrôle de validité des lois, ni de limites à l'activité législative. Ceci est directement lié au fait que « *notre tradition constitutionnelle plaçait le juge dans une position trop inférieure vis-à-vis du pouvoir législatif pour qu'il puisse se livrer à un contrôle, de quelque nature que ce soit, sur les actes de celui-ci* »⁷⁹. Il convient encore de relever que la plupart des lois sont adoptées dans l'intérêt général et que donc seul le législateur lui-même est qualifié pour décider d'accorder ou non une indemnité en cas de dommage subi par un particulier du fait de l'application d'une loi nouvelle. Toute idée de faute est alors *a priori* exclue en présence d'un intérêt général⁸⁰. Enfin, certaines critiques à la responsabilité de l'Etat législateur sur le fondement de la faute se sont attachées aux conséquences financières de cette reconnaissance. Quel serait en effet l'impact sur les deniers publics si l'Etat était condamné à verser des dommages et intérêts à tous ceux ayant été lésés par des lois nouvelles ? Il en est ainsi de J. Barthélemy pour qui « *le progrès deviendrait impossible (...) si à chaque étape de sa marche en avant il devait payer un péage au privilégié qui profitait de la situation antérieure* »⁸¹.

⁷⁷ TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. CE, 1^{er} supplément, p. 61, concl. David ; D., 1873.3.20, concl. ; S., 1873.3.153, concl. ; *GAJA*, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2001, n° 1.

⁷⁸ A ce sujet, voir notamment : J. BARTHELEMY, « Note, à propos du projet de réglementation de l'emploi du blanc de céruse, sur la responsabilité pécuniaire de l'Etat à raison du préjudice causé à une catégorie de citoyens par une réforme législative », art. préc., p. 96 - P. DELVOLVE, *La responsabilité de la puissance publique du fait de ses actes réguliers*, Faculté de droit et des sciences économiques, Beyrouth, 1967, p. 615 - G. MORANGE, « L'irresponsabilité de l'Etat législateur », chron. préc., p. 163 - J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 1992, p. 262 - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 35.

⁷⁹ G. MORANGE, « L'irresponsabilité de l'Etat législateur », chron. préc., p. 163.

⁸⁰ Nous verrons, dans notre étude, que l'intérêt général est une notion quelque peu ambivalente. La jurisprudence du Conseil d'Etat la considère en effet, à la fois, comme un élément justifiant l'engagement de la responsabilité de l'Etat lorsque la charge imposée au particulier lésé l'est en son nom, et comme un élément permettant d'exclure l'indemnisation du dommage en cas de silence du texte de loi (cf. *infra*, § n° 47 et s.).

⁸¹ J. BARTHELEMY, « Note, à propos du projet de réglementation de l'emploi du blanc de céruse, sur la responsabilité pécuniaire de l'Etat à raison du préjudice causé à une catégorie de citoyens par une réforme législative », art. préc., p. 97.

19 - La proposition d'une responsabilité de l'Etat législateur fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause est, quant à elle, l'œuvre de M. Hauriou. Selon cet auteur, « *par exception (...) l'Etat peut être déclaré responsable dans deux cas : 1° si la mesure législative cache une opération financière de nature à enrichir le patrimoine administratif, 2° si elle vient modifier l'équilibre financier d'un contrat dans lequel l'Etat est partie, ce qui constitue le fait du prince* »⁸². En ce qui concerne la première hypothèse, le fondement de la responsabilité de l'Etat « *est dans le fait pour les patrimoines administratifs, de réaliser des profits au détriment des particuliers par l'effet de certaines lois. Un dommage causé sans faute, au cours d'une opération administrative, qui par un côté quelconque présente un caractère patrimonial, entraîne obligation à indemnité parce qu'il implique un enrichissement sans cause du patrimoine administratif* »⁸³.

Paraissant à première vue séduisante, cette théorie comporte néanmoins d'importantes faiblesses. La notion d'enrichissement sans cause semble tout d'abord trop étroite pour rendre compte de toutes les catégories de préjudices causés par les lois. Empruntée au droit civil, elle est en effet une notion « *essentiellement personnaliste et patrimoniale (...) liée à l'idée de bénéfice personnel et privé* »⁸⁴. Or, le profit de la collectivité n'est pas nécessairement patrimonial. Le bien public ne se résume pas en un tel bénéfice. Mais surtout, l'absence de cause est une formule inappropriée puisque la loi nouvelle répond à la satisfaction de l'intérêt général. Comme le remarque ainsi J.-F. Brunet, « *(...) cet enrichissement a une cause juridique qui résulte du droit pour le législateur, dans un intérêt fiscal ou autre, de substituer un droit nouveau au droit ancien même au détriment de quelques particuliers* »⁸⁵. Enfin, s'il est vrai que de nombreux arrêts font allusion au profit résultant pour la collectivité d'un changement de législation, cette allusion permet de démontrer que, du fait de l'intérêt général poursuivi, la responsabilité doit être exclue. Il en est ainsi par exemple de l'arrêt « Duchâtelier » dans lequel le Conseil d'Etat énonce que « *l'Etat ne saurait être responsable des conséquences des lois qui, dans un intérêt général, prohibent l'exercice spécial d'une industrie* »⁸⁶.

Tenant de remédier à ces lacunes, L. Duguit va proposer un élargissement de la théorie de M. Hauriou, consistant à substituer à la notion de profit réalisé par le patrimoine de

⁸² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, p. 508.

⁸³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, éd. Larose, 7^{ème} éd., 1911, p. 481.

⁸⁴ C. CHAUMONT, « La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative », art. préc., p. 211.

⁸⁵ J.-F. BRUNET, *De la responsabilité de l'Etat législateur*, Thèse, Paris, 1936, p. 51. Du même avis, voir P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, op. cit., p. 217-218.

⁸⁶ CE, 11 janvier 1838, *Duchâtelier*, Rec. CE, p. 7. Pour d'autres exemples, voir, C. CHAUMONT, « La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative », art. préc., p. 211.

la collectivité celle, plus vague, d'« intérêt collectif »⁸⁷. Cet auteur estime ainsi que l'Etat doit indemniser le particulier chaque fois que la loi qui l'affecte a été prise dans l'intérêt de la collectivité. Les mesures prises dans l'intérêt de la collectivité doivent être supportées par toute la collectivité et non pas uniquement par certains particuliers victimes de la loi nouvelle. Il ajoute que si le texte de loi n'a pas prévu l'allocation d'une indemnité, les tribunaux peuvent alors engager la responsabilité de l'Etat, dans la mesure où, leur permettre « *de juger la demande d'indemnité fondée sur le préjudice occasionné par l'application individuelle d'une loi (...), ne (leur) donne pas le pouvoir de critiquer l'œuvre du législateur* ». En effet, « *la question qui est posée devant eux n'est point celle de savoir si la loi viole ou non le droit, le droit supérieur au législateur, le droit constitutionnel ; la question est seulement de savoir si l'application individuelle de la loi n'a pas pour conséquence d'occasionner dans l'intérêt collectif un préjudice grave à un individu déterminé* »⁸⁸. Il est possible, là encore, d'émettre une critique dans le sens où, comme dans la théorie de M. Hauriou, la proposition de L. Duguit place au centre du débat, non pas la situation du particulier ayant subi le dommage, mais la question de l'intérêt de l'Etat⁸⁹.

20 - Face aux critiques que l'on peut formuler à l'égard de ces théories subjectives de la responsabilité de l'Etat législateur, la doctrine va envisager la mise en œuvre d'une responsabilité objective. L'idée est de permettre l'engagement de la responsabilité de l'Etat sur le fondement du risque. Dans une telle hypothèse, le centre d'intérêt devient l'existence d'un dommage sans égard à la nature du comportement de son auteur et toute nécessité de faute est par essence exclue. Une telle proposition comporte un avantage évident : celui de concilier la souveraineté parlementaire faisant du Parlement un organe infaillible et l'indemnisation des dommages causés du fait des lois nouvelles. La loi apparaît toujours comme une norme totalement acceptée mais sa mise en œuvre peut dans le même temps ouvrir une action en indemnité.

Certains auteurs pensent toutefois qu'il est difficile de faire entrer les cas de dommages issus d'une loi nouvelle dans cette notion de risque. Il en est ainsi de P. Delvolvé

⁸⁷ L. DUGUIT, « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », art. préc., p. 647 et s. Pour l'auteur, « ce n'est pas seulement lorsqu'il y a atteinte portée à une situation juridique subjective qu'il y a lieu à indemnité ; c'est toutes les fois qu'un préjudice est occasionné, dans l'intérêt de la collectivité, à un particulier qui ne se trouve pas dans une situation illicite ».

⁸⁸ L. DUGUIT, « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », art. préc., p. 648.

⁸⁹ Opinion émise par J.-F. BRUNET selon lequel, pour M. HAURIOU, « la responsabilité du législateur est fondée sur le bénéfice que réalise le patrimoine collectif, non sur le préjudice souffert par les particuliers. Or, c'est ce préjudice qui compte pour les individus et qui peut légitimer leur demande d'indemnité, non l'enrichissement du patrimoine collectif, puisque cet enrichissement au contraire, profite en quelque sorte à chaque membre de la collectivité nationale » (cf. *De la responsabilité de l'Etat législateur, op. cit.*, p. 52).

qui distingue trois aspects dans la théorie du risque⁹⁰. L'auteur parle tout d'abord de « risque-profit », entendu comme « *la responsabilité de l'administration lorsqu'elle tire avantage de l'activité qui a causé un dommage à la victime* ». Il évoque ensuite la notion de « risque-créé », relative à « *l'hypothèse d'une activité dangereuse volontairement entreprise par l'administration trouvant compensation dans une indemnisation sans faute des dommages causés aux victimes* ». Il termine enfin par la référence au « risque-social », lequel doit « *inciter le législateur à imputer à la puissance publique la réparation de certains dommages (...) qu'on ne saurait sans iniquité laisser peser sur ceux qui les ont subis* »⁹¹. Or, aucun de ces trois éléments ne correspond véritablement à l'hypothèse de dommages subis par des particuliers du fait de l'application d'une loi nouvelle. En effet, toujours selon P. Delvolvé, la première notion n'a vocation à s'appliquer qu'aux cas d'activités dont l'auteur tire directement avantage. Celle-ci ne peut donc pas englober les dommages issus de dispositions normatives puisque les particuliers visés par les mesures en cause en sont à la fois les destinataires et les bénéficiaires. La notion de « risque-créé » est toute aussi insatisfaisante dans la mesure où « *elle ne s'applique qu'à des activités matérielles présentant un danger grave pour les tiers* »⁹². Pour finir, le « risque-social » vise les dommages ne provenant pas de la puissance publique et dont le législateur veut imputer la réparation à certaines collectivités, ce qui n'est pas le cas en ce qui nous concerne.

21 - Du fait de leurs insuffisances, ces divers fondements n'ont donc pas permis, par eux-mêmes, la construction d'un régime de responsabilité de l'Etat. Néanmoins, ils ont eu le mérite d'entretenir les débats doctrinaux et de faire de l'engagement de la responsabilité de l'Etat un objectif primordial à atteindre. Quelques temps plus tard, le juge administratif va alors admettre expressément, pour la première fois, le principe d'une responsabilité de l'Etat du fait des lois⁹³. Suivant le raisonnement d'une partie des auteurs, cette responsabilité fut reconnue sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

⁹⁰ P. DELVOLVÉ, *La responsabilité de la puissance publique du fait de ses actes réguliers*, op. cit., p. 611 et s.

⁹¹ *Idem*, p. 612.

⁹² *Ibidem*, p. 618.

⁹³ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. CE, p. 25 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque.

B - La construction jurisprudentielle autour du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques

22 - Dès la fin du XIX^{ème} siècle, l'utilisation de la théorie du risque, permettant d'engager la responsabilité de l'Etat sans rechercher un comportement fautif de l'administration, faisait de l'irresponsabilité de l'Etat législateur un principe manifestement contestable. Une partie importante de la doctrine remettait en cause cette irresponsabilité, en invoquant une autre notion, source d'une responsabilité objective, à savoir celle d'égalité des citoyens devant les charges publiques⁹⁴, proclamée dans l'article 13 de la Déclaration de 1789. Il en est ainsi de P. Tirard, lequel dès 1906 dans sa thèse consacrée à la responsabilité de la puissance publique⁹⁵, énonce que si une loi cause un préjudice à quelques individus, c'est à la collectivité de réparer le dommage afin de rétablir l'équilibre rompu au détriment de ces individus et au bénéfice de l'ensemble des citoyens. En 1913, le professeur G. Scelle écrit, quant à lui, qu'« *il n'est pas vrai que seule la violation d'un droit subjectif puisse faire naître le droit à indemnité. La privation d'un pouvoir objectif dans l'intérêt de la collectivité doit être également, je dirai a fortiori, une cause d'indemnité, comme elle est une cause de préjudice, car le droit objectif n'est que la faculté de réaliser des bénéfices subjectifs et il serait contraire à l'égalité que quelques-uns en soient privés au bénéfice de tous* »⁹⁶. Pour sa part, en 1936, J.-F. Brunet estime, dans sa thèse, que lorsque certaines conditions sont réunies, le préjudice causé par une loi à certains individus doit être indemnisé. L'auteur fait en effet valoir que « (...) *quand il y a d'une part dommage spécial et d'autre part silence absolu du texte, on doit présumer que la volonté probable du législateur est d'indemniser les victimes de la loi pour cette raison simple que le législateur est supposé n'avoir point voulu faire une loi réactionnaire en contradiction avec les grands principes du droit et particulièrement avec le principe fondamental de l'égalité des citoyens devant les charges et les avantages sociaux* »⁹⁷. Enfin, pour P. Duez, le Parlement doit lui aussi obéir au droit. L'auteur affirme alors en 1938

⁹⁴ Pour une définition de ce principe, voir *infra*, § n° 151 et s.

⁹⁵ P. TIRARD, *De la responsabilité de la puissance publique. Essai d'une théorie générale*, Thèse, Paris, 1906, p. 139. L'auteur justifie sa position en affirmant que, « pour assurer le fonctionnement des services publics, des prélèvements sont effectués sur les patrimoines des particuliers dans les proportions déterminées par les lois : si donc, hors de ces proportions, l'un de ces patrimoines est atteint par un dommage causé par un service public, cette charge nouvelle devra être répartie entre tous les patrimoines afin que soient respectées les proportions légales (...) Quand l'Etat légifère, il remplit une fonction d'intérêt général, il prend les mesures qu'exige le fonctionnement de tous les services publics. Les dommages qu'il cause doivent rentrer dans le coût de ces services et être payés par tous ».

⁹⁶ G. SCELLE, « A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Etude sur la responsabilité de l'Etat législateur », RDP, 1913, p. 654.

⁹⁷ J.-F. BRUNET, *De la responsabilité de l'Etat législateur, op. cit.*, p. 84. L'auteur définit ici, deux ans avant son prononcé, quelques-unes des caractéristiques de la future jurisprudence « La Fleurette ».

que « (...) le fait d'émaner du Parlement n'est pas, pour un acte, une raison suffisante d'engendrer l'irresponsabilité de la puissance publique ; que l'acte doit être, au regard de la responsabilité, soumis au même traitement juridique que s'il émanait d'autres organes de l'Etat. Le Parlement est, comme ces autres organes, soumis au droit et l'on ne voit pas pourquoi, parce qu'il s'agit d'un acte parlementaire, le postulat de l'égalité des individus devant les charges publiques serait écarté »⁹⁸.

23 - Rencontrant ainsi un certain succès en doctrine, le principe de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques va dès lors faire évoluer peu à peu la jurisprudence du Conseil d'Etat. Dès la fin du premier conflit mondial, on dénote quelques arrêts précurseurs lesquels, s'ils maintiennent encore la règle de l'irresponsabilité de l'Etat législateur, contiennent néanmoins une motivation intéressante. Il en est ainsi de l'arrêt « Société Premier et Henry »⁹⁹ rendu le 29 avril 1921. L'affaire concernait ladite société, productrice d'absinthe, forcée d'abandonner son activité devenue illégale à la suite de la loi du 16 mars 1915¹⁰⁰. Les considérants par lesquels la Haute juridiction rejeta la demande de la société requérante révèlent une certaine originalité.

Dans le premier considérant, le juge se livre à un rappel de la règle contenue dans l'arrêt de principe « Duchâtelier »¹⁰¹ lequel énonce l'irresponsabilité de l'Etat législateur. Le Conseil d'Etat évoque en effet les deux exceptions pour lesquelles une indemnisation peut être accordée et conclue à leur inexistence en l'espèce : « *Considérant que la loi du 16 mars 1915 qui, par mesure générale, en vue exclusivement d'empêcher la confection de produits dangereux pour la santé publique, a édicté l'interdiction de la fabrication de l'absinthe, n'a prévu l'allocation d'aucune indemnité pour les industriels dont les intérêts devaient être atteints par l'interdiction prononcée ; que si la loi du 29 du même mois a prescrit aux fabricants certaines déclarations en vue des dédommagements qu'une loi ultérieure pourrait éventuellement leur accorder, la mesure que le législateur s'est ainsi réservé le droit de prendre n'est pas intervenue jusqu'ici ; que la société requérante, d'autre part, n'invoque aucune obligation contractuelle, à laquelle la loi du 16 mars 1915 porterait atteinte* ». Toutefois, il est important de remarquer qu'ici, afin de motiver son refus, le Conseil d'Etat n'invoque plus, comme il pouvait le faire antérieurement¹⁰², l'intérêt général poursuivi par la loi. Il fait allusion à un but plus précis à savoir la protection de la santé publique, ce qui fait

⁹⁸ P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, Paris, Dalloz, 1938, p. 195.

⁹⁹ CE, 29 avril 1921, *Société Premier et Henry*, préc.

¹⁰⁰ JO, 17 mars 1915, p. 1407.

¹⁰¹ CE, 11 janvier 1838, *Duchâtelier*, préc.

¹⁰² *Idem*.

dire à F. Goliard, que le juge « *semble rechercher une raison supplémentaire qui appuie son rejet de la responsabilité de l'Etat* »¹⁰³.

Le second considérant est encore plus intéressant dans le sens où le Conseil d'Etat adopte une formule qui n'existait pas dans ses décisions antérieures. Le juge indique « (...) *qu'en cet état, et alors qu'aucune circonstance n'est relevée qui soit susceptible de mettre en jeu la responsabilité pécuniaire de l'Etat, la Société Premier et Henry n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision implicite par laquelle le Ministre des Finances a rejeté sa demande d'indemnité* ». Il est permis de s'interroger sur le sens à donner à une telle formule. Le terme « circonstance » est en effet difficile à interpréter. On sait assurément que celui-ci ne peut renvoyer à la notion de faute dans la mesure où cette notion est insusceptible de s'exprimer dans la fonction législative. Définir positivement ce terme reste alors très hasardeux¹⁰⁴. Mais surtout, ce second considérant apparaît relativement inutile dans la mesure où l'absence de responsabilité de l'Etat se justifiait déjà par l'objectif de santé publique poursuivi par la loi. Tentant d'y trouver un intérêt, G. Jèze y voit une allusion au concept de spécialité du préjudice, lequel ne peut être retenu en l'espèce¹⁰⁵.

24 - Quelques arrêts succédant à la décision « Société Premier et Henry » reprendront en partie les grandes lignes du raisonnement du Conseil d'Etat accentuant encore un peu plus l'infléchissement du principe de l'irresponsabilité de l'Etat législateur. La Haute juridiction se référera ainsi de moins en moins au but d'intérêt général poursuivi par la loi, lui préférant la description dans chaque affaire de l'objectif précis du législateur¹⁰⁶. De même, la référence à la « *circonstance (...) susceptible de mettre en jeu la responsabilité pécuniaire de l'Etat* » sera réutilisée¹⁰⁷. Mais l'arrêt le plus significatif reste l'arrêt « Société Amann-Firmery »¹⁰⁸

¹⁰³ F. GOLIARD, *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, Thèse, Paris 2, 1995, p. 141.

¹⁰⁴ Dans sa thèse intitulée, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois* (Paris, 1950), J. DURANTOU se risque néanmoins à penser que, puisque la société requérante avait fondé sa requête sur les règles de la responsabilité sans faute, cette formule peut signifier un rejet en l'espèce de la responsabilité sans faute. Pour une critique de cette interprétation, du fait de la difficulté à définir les bases sur lesquelles se fonderait un tel refus, voir, F. GOLIARD, *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁵ G. JEZE, note sous, CE, Ass., 14 janvier 1938, 2 espèces, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette et Compagnie générale de la Grande Pêche*, RDP, 1938, p. 90. L'auteur affirme en effet qu'« on a pu, depuis la guerre, constater, dans les arrêts du Conseil d'Etat, une justification de la règle de non-responsabilité, dont les formules n'excluaient pas des exceptions à la règle générale si les circonstances faisaient apparaître un préjudice spécial ».

¹⁰⁶ Voir, par ex. : CE, 13 juillet 1923, *Fleury et Hauguel*, Rec. CE, p. 576, s'agissant de l'objectif de la défense nationale - CE, 14 novembre 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissance du mont-de-Piété*, Rec. CE, p. 726, concernant la volonté du texte de loi à mettre fin à des « abus constatés depuis longtemps ».

¹⁰⁷ CE, 13 juillet 1923, *Fleury et Hauguel*, préc. : « (...) les requérants ne justifiant, dans le fonctionnement du service public, d'aucun fait qui soit susceptible de mettre en jeu à leur égard la responsabilité pécuniaire de l'Etat ».

¹⁰⁸ CE, 16 mars 1934, *Amann-Firmery*, Rec. CE, p. 354.

rendu le 16 mars 1934. En l'espèce, le Conseil d'Etat repousse une demande d'indemnité pour absence de dommage. Il considère en effet « *qu'en admettant que les mesures prescrites par la loi du 8 avril 1931 ouvrent un droit à indemnité au profit des intéressés autres que les fabricants d'allumettes pour lesquels l'expropriation est expressément prévue par ladite loi, la société ne justifie d'aucun dommage qui serait résulté pour elle de l'application de la loi du 8 avril 1931* », laissant ainsi entendre que la responsabilité de l'Etat aurait pu être reconnue si les dispositions législatives en cause n'avaient pas eu pour objet de mettre fin à des situations ou à des activités critiquables.

25 - Le pas va être enfin franchi avec l'arrêt « Société anonyme des produits laitiers La Fleurette »¹⁰⁹ rendu le 14 janvier 1938, dans lequel le Conseil d'Etat reconnaît pour la première fois la responsabilité de l'Etat législateur dans le silence du texte de loi. A la suite du vote de la loi du 29 juin 1934 interdisant, dans un but de protection de l'industrie laitière, la fabrication et le commerce de tous les produits destinés aux mêmes usages que la crème et ne provenant pas exclusivement du lait, la société La Fleurette avait du renoncer à son activité, qui consistait en la fabrication d'une crème nommée « Gradine », composée de lait, de jaunes d'œufs et d'huile d'arachide. Le Ministre de l'Agriculture, n'ayant pas répondu à la demande d'indemnité formulée par la société, celle-ci déféra cette décision implicite de rejet au Conseil d'Etat. Dans un considérant explicite, la Haute juridiction décide que : « *l'interdiction ainsi édictée en faveur de l'industrie laitière a mis la société requérante dans l'obligation de cesser la fabrication du produit qu'elle exploitait antérieurement sous le nom de « Gradine » (...), dont il n'est pas allégué qu'il présentait un danger pour la santé publique ; que rien ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité ; qu'il suit de là que la société La Fleurette est fondée à demander que l'Etat soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice par elle subi* ».

Le Conseil d'Etat assortit ainsi la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat législateur de deux conditions. D'une part, et par analogie avec la démarche employée dans les arrêts précédents¹¹⁰, le juge examine tout d'abord si l'activité de la société ne portait pas atteinte à la santé publique ou n'était pas indigne moralement ou socialement de protection,

¹⁰⁹ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, préc.

¹¹⁰ Voir, notamment : CE, 29 avril 1921, *Société Premier et Henry*, préc. - CE, 13 juillet 1923, *Fleury et Hauguel*, préc. - CE, 14 novembre 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissance du mont-de-Piété*, préc.

auquel cas, conformément à la jurisprudence antérieure, l'indemnité aurait été refusée¹¹¹. De même, le juge s'assure que le législateur n'avait pas entendu exclure l'indemnité. Ici toutefois, il ne se contente pas d'interpréter sa volonté en se limitant au texte même de la loi, mais recherche cette volonté dans les travaux préparatoires comme dans l'ensemble des circonstances de l'affaire. D'autre part, le Conseil d'Etat vérifie que le préjudice subi par la société constitue « *une charge qui ne lui incombe pas normalement (...) cette charge créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité* ». Le juge exige ainsi que le préjudice présente la double caractéristique d'être anormal et spécial. En l'espèce, le préjudice subi par la société était à la fois anormalement grave, car celle-ci fut contrainte à la cessation totale de son activité, mais également spécial car il semble qu'elle fut la seule à être concernée par la loi.

S'agissant de la référence à l'intérêt général, il convient de remarquer que celle-ci est quelque peu critiquable en l'espèce. En effet, bien que toute loi vise normalement à satisfaire l'intérêt général, un tel intérêt n'est pas très manifeste en ce qui concerne la loi du 29 juin 1934. L'objectif du texte était surtout de « *protéger, dans une période de crise, les producteurs de lait nationaux contre la concurrence d'ersatz* »¹¹². Toujours est-il que la recherche de l'intensité de l'intérêt général poursuivi par la loi en cause sera désormais une constante dans la jurisprudence administrative. Ceci permet donc d'affirmer que la responsabilité de l'Etat du fait des lois est ici réellement reconnue par la Haute juridiction sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques¹¹³. Plus le lien entre un texte de loi et l'intérêt général sera distendu, plus le juge sera disposé à accorder réparation au particulier, victime d'un préjudice anormal et spécial.

La responsabilité de l'Etat législateur est ainsi construite par le Conseil d'Etat de la même manière que la responsabilité sans faute en matière administrative. En effet, comme le

¹¹¹ Voir, CE, 29 avril 1921, *Société Premier et Henry*, préc. - CE, 14 novembre 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissance du mont-de-Piété*, préc. A noter également que dans une décision rendue le même jour que l'arrêt « La Fleurette », le Conseil d'Etat va considérer que les requérants ne sauraient prétendre à l'allocation d'une indemnité en réparation du préjudice subi par eux, du fait du décret du 9 avril 1935 réglementant l'expropriation de l'alcool des îles de Saint-Pierre et Miquelon, et visant à supprimer des pratiques frauduleuses s'exerçant au détriment d'un pays étranger (cf. CE, Ass., 14 janvier 1938, *Compagnie générale de la Grande Pêche*, Rec. CE, p. 26 ; D., 1938.3. 41, concl. Roujou et note Rolland). Le Conseil d'Etat respecta ici la volonté du législateur en confirmant la suppression, sans indemnité, de l'activité de la Compagnie générale de la Grande Pêche qui consistait dans l'introduction en contrebande de spiritueux aux Etats-Unis.

¹¹² Selon les termes de F. GOLIARD, in *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, op. cit., p. 145. R. ODENT écrivit même, parlant de la loi du 29 juin 1934, qu'il s'agissait « de dispositions législatives arrachées à des assemblées trop enclines à céder aux pressions de certains intérêts particuliers » (cité par G. MORANGE, in « L'irresponsabilité de l'Etat législateur », D., 1962, chron., p. 167).

¹¹³ Bien que l'arrêt ne l'indique pas expressément, le commissaire du gouvernement ROUJOU l'avait ouvertement précisé : « (...) un dommage particulier qui a son origine dans (l'activité publique) et qui, rompant l'équilibre voulu par la Déclaration des Droits, porte atteinte à l'égalité des citoyens devant les charges de l'Etat, doit donner lieu à réparation » (cf. concl. sur, CE, Ass., 14 janvier 1938, 2 espèces, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette et Compagnie générale de la Grande Pêche*, D., 1938.3.44).

constate L. Rolland, on retrouve, dans l'arrêt « La Fleurette », le raisonnement qui a inspiré les arrêts des 28 mars 1919 « Regnault-Desroziers »¹¹⁴ et 30 novembre 1923 « Couitéas »¹¹⁵ à savoir que « *le préjudice anormal, exceptionnel, résultant du fonctionnement d'un organe étatique ne peut demeurer à la charge de la victime (...), le fardeau doit retomber sur la collectivité et être réparti entre ses divers éléments* »¹¹⁶.

26 - Suite à la décision « La Fleurette », les hypothèses de condamnation de la puissance publique à réparer, sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant les charges de l'Etat, les dommages résultant de son action normative régulière, vont se multiplier¹¹⁷. Il en sera ainsi tout d'abord pour les règlements, actes ayant la même portée générale et impersonnelle que la loi. Prudente, la jurisprudence s'engagera dans cette voie en admettant, dans un premier temps, implicitement et *a contrario*, la possibilité de déclarer l'administration responsable des conséquences dommageables de ses règlements réguliers¹¹⁸, avant de reconnaître expressément, dans un second temps, la responsabilité sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques¹¹⁹. Le juge administratif suivra ensuite le même raisonnement en ce qui concerne les actes administratifs individuels. La responsabilité de l'Etat fut reconnue sans fondement manifeste¹²⁰, avant d'être proclamée au nom du principe d'égalité devant les charges publiques¹²¹. Enfin, une nouvelle hypothèse de

¹¹⁴ CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, Rec. CE, p. 329 ; GAJA, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2001, p. 216 ; RDP, 1919, p. 239, concl. Corneille, note G. Jèze ; D., 1920.3.1, note Appleton ; S., 1918-1919.3.25, note M. Hauriou, concernant la responsabilité sans faute pour « les risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage ».

¹¹⁵ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. CE, p. 789 ; GAJA, *op. cit.*, p. 260 ; D., 1923.3.59, concl. Rivet ; RDP, 1924, p. 75 et p. 208, concl. et note Jèze ; S., 1923.3.57, note Hauriou et concl., concernant la responsabilité sans faute pour refus du concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice. Dans un considérant devenu classique, le Conseil d'Etat énonce que « (...) le justiciable nanti d'une sentence judiciaire (...) est en droit de compter sur la force publique pour l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré ; (...) si le gouvernement a le droit d'apprécier les conditions de cette exécution et de refuser le concours de la force armée tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui résulte de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé ».

¹¹⁶ L. ROLLAND, note sous, CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, D., 1938.3.43.

¹¹⁷ Pour une description de l'application du principe d'égalité devant les charges publiques en matière de responsabilité, voir, P. DELVOLVE, *La responsabilité de la puissance publique du fait de ses actes réguliers*, *op. cit.*, p. 624 et s.

¹¹⁸ CE, 22 octobre 1943, *Société des établissements Lacaussade*, Rec. CE, p. 231.

¹¹⁹ CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. CE, p. 113 ; AJDA, 1963, p. 209, chron. Gentot et Fourré ; RDP, 1963, p. 1019, note Waline.

¹²⁰ Voir, par ex. : CE, 2 novembre 1947, *Société Boulanger*, Rec. CE, p. 435 ; S., 1947.3.21, concl. Odent, note Mathiot - CE, 28 octobre 1949, *Société des ateliers du cap Janet*, Rec. CE, p. 450 ; JCP, 1950, G, II, n° 5861, concl. Delvolvé.

¹²¹ Voir, notamment : CE, 10 février 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Chauche*, Rec. CE, p. 108 (concernant une mesure individuelle d'un genre spéciale, à savoir le refus légal de concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice) - CE, 15 février 1961, *Werquin*, Rec. CE, p. 118 ; AJDA, 1961, p. 197, chron. Galabert et Gentot ; D., 1961, p. 661, note Weil ; JCP, 1961, G, II, n° 12259, note Auby ; RDP, 1961, p. 321, concl. Braibant et p. 1253, note Waline - CE, 29 juin 1962, *Société Manufacture des machines du Haut-Rhin*, Rec. CE, p. 432, concl. Ordonneau ; AJDA, 1962, p. 555, chron. Galabert et Gentot.

responsabilité sans faute de l'Etat sur ce fondement va être consacrée en matière de traités internationaux. L'Etat sera désormais susceptible d'engager sa responsabilité « *sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation des préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres Etats et incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne* »¹²².

Dans les années suivant l'arrêt « La Fleurette », un certain optimisme était ainsi permis dans la mesure où la responsabilité de l'Etat législateur était reconnue même en cas de silence du texte de loi et que cette jurisprudence s'était propagée à d'autres actes de souveraineté. Le premier réflexe était alors de considérer la décision « La Fleurette » comme « *une révolution en la matière (qui) détruit le principe de l'irresponsabilité* »¹²³. Néanmoins, la satisfaction allait être de courte durée dans le sens où, depuis 1938, l'application de la responsabilité sans faute donne lieu à un triste bilan. Le recensement des cas d'indemnisation montre en effet, qu'à l'heure actuelle c'est-à-dire en près de 70 ans d'existence, la responsabilité de l'Etat a été engagée, en tenant compte des arrêts de principe, huit fois du fait de l'application d'une loi¹²⁴, deux fois du fait de l'application d'un règlement¹²⁵ et enfin deux fois du fait de l'application des dispositions d'une convention internationale¹²⁶. Un tel constat pousse ainsi une partie de la doctrine à considérer que la jurisprudence « La

¹²² CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. CE, p. 257 ; GAJA, *op. cit.*, p. 600 ; RDP, 1966, p. 774, concl. Bernard et note Waline ; AJDA, 1966, p. 350, chron. Puissochet et Lecat ; D., 1966, p. 582, note Lachaume ; JCP, 1967, G, II, n° 15000, note Dehaussy.

¹²³ Selon les termes de C. CHAUMONT, in « La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative », RDP, 1940, p. 202.

¹²⁴ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, préc. - CE, 21 janvier 1944, *Sieurs Caucheteux et Desmont*, Rec. CE, p. 22 - CE, sect., 25 janvier 1963, *Bovero*, Rec. CE, p. 53 ; AJDA, 1963, p. 94, chron. Gentot et Fourré ; JCP, 1963, G, II, n° 13326, note Vedel (s'agissant d'une ordonnance) - CE, sect., 18 décembre 1981, *Ministre de la Culture et de la Communication c/ Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière (CAPRI)*, Rec. CE, p. 478 ; AJDA, 1982, p. 261, concl. Stirn ; RDP, 1982, p. 1449 - CE, 25 mars 1991, *Ministre de la Culture c/ SCI « La Cardinale »*, Rec. CE, T, p. 1183 - CAA Marseille, 24 février 1998, *Ministre de la Culture et de la Communication*, RFDA, 1998, p. 1133, obs. Le Berre - CAA Marseille, 23 novembre 1999, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Peretti*, req. n° 97MA00827 (s'agissant d'une loi de validation) - CAA Bordeaux, 26 février 2004, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, req. n° 03BX01757 (statuant sur renvoi après cassation à la suite d'un arrêt de section du Conseil d'Etat, en date du 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a.*, Env., 2003, comm. n° 84, note Gillig ; Dr. env., 2003, n° 12, p. 176, note Deliancourt ; D., 2003, jurispr., p. 2527, note Guillard ; JCP, 2003, G, II, n° 10173, note Jobart ; JCP, 2003, A, n° 1896, note C. Broyelle ; RFDA, 2004, p. 144, concl. Lamy, et p. 151, note P. Bon ; RMC, 2004, p. 106, note F. Chaltiel ; RJE, 2004, n° 2, p. 189, note S. Juan. Pour une confirmation, voir CE, 29 décembre 2004, *Ministre de l'Ecologie et du Développement durable c/ M. Delagrange*, req. n° 266888).

¹²⁵ CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, préc. - CE, 13 mai 1987, *Aldebert*, Dr. adm., 1987, n° 380 ; JCP, 1988, G, II, n° 20960, note Pacteau ; RFDA, 1988, p. 950, note Rihal.

¹²⁶ CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, préc. - CE, sect., 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ dame Burgat et a.*, Rec. CE, p. 452 ; AJDA, 1977, p. 30, chron., Nauwelaers et Fabius ; D., 1978, p. 76, note Vier et Lamoureux ; JCP, 1977, G, II, n° 18606, note Julien-Laferrière ; RDP, 1977, p. 213, concl. Massot.

Fleurette » n'a fait que créer « *une pseudo-responsabilité de l'Etat* », « *une simple limitation sur le plan pratique, d'une irresponsabilité maintenue en principe* »¹²⁷.

27 - Cet important décalage entre, d'une part, la reconnaissance d'un principe de responsabilité de l'Etat du fait de son action normative et, d'autre part, son application positive réduite nous paraît alors de fait très intéressant. Constituant le point de départ de notre réflexion, ce phénomène va nous amener à nous interroger sur les mécanismes par lesquels le juge administratif parvient à rejeter les demandes d'indemnisation présentées devant lui par les particuliers lésés par l'application régulière des normes étatiques. Comment cette responsabilité fondée sur l'égalité des citoyens devant les charges publiques, créée à l'origine dans un souci de permettre la protection des droits des particuliers tout en respectant la latitude d'action de l'Etat, s'est-elle focalisée au fil de la jurisprudence administrative sur le maintien des prérogatives de la puissance publique ? L'examen des décisions juridictionnelles nous permettra de constater que c'est par une appréciation rigoureuse des conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat que le juge administratif parvient à éviter la multiplication des cas d'indemnisation.

Mais comprendre par quels moyens la responsabilité de l'Etat du fait de son action normative va être limitée par les tribunaux ne suffit toutefois pas à expliquer la rareté des décisions octroyant réparation au particulier lésé. Reste en effet à comprendre les raisons poussant le juge administratif à agir ainsi. La recherche de ces raisons se révélera fondamentale dans la mesure il s'avère évident que tout n'est pas aussi simple que nous pourrions le croire. Il ne s'agira pas de tirer des conclusions hâtives en reprochant uniquement au juge une conduite empreinte de déférence à l'égard de l'Etat, mais bien de démontrer que l'existence d'éléments contradictoires difficilement conciliables ne rend pas aisée la tâche du juge. La mise en œuvre restreinte de la responsabilité de l'Etat du fait de son action normative exprime peut-être alors l'utopie de son concept.

28 - S'il est ainsi possible de comprendre la position rigoureuse du Conseil d'Etat en ce qui concerne la réparation des dommages causés par l'application de normes juridiques régulières, il nous semble beaucoup plus difficile de justifier les réticences actuelles du juge administratif à consacrer une pleine et entière responsabilité de l'Etat dans le cas où une

¹²⁷ G. MORANGE, « L'irresponsabilité de l'Etat législateur », chron. préc., p. 163. L'auteur ajoute que « le Conseil d'Etat n'a manqué aucune occasion (...), depuis 1938, de réduire la portée de l'assouplissement de sa jurisprudence antérieure, auquel il avait consenti dans l'arrêt La Fleurette. La mise en jeu de la responsabilité du fait des lois s'est heurtée à des obstacles que le libellé, très libéral, de cette décision de principe ne laissait point prévoir ». Du même avis, voir, C. CHAUMONT, « La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative », art. préc., p. 202.

norme, cette fois-ci irrégulière, causerait un dommage. Par irrégularité, nous entendons ici la violation de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire, comme le précise l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, une contrariété vis-à-vis des « *traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés* ». Une telle hypothèse doit en effet, selon nous, nécessairement ouvrir une réflexion autour de l'idée de reconnaissance d'un autre régime de responsabilité de l'Etat, lequel s'avérera non seulement différent de par son fondement, mais également inédit puisque applicable en cas de dommage causé par un texte de loi.

§ 3 : La nécessité d'une réflexion autour d'une responsabilité complémentaire et inédite

29 - Du fait de l'intégration du droit communautaire dans le bloc de légalité (A), il semble nécessaire pour le régime de responsabilité de l'Etat du fait des lois d'évoluer afin de répondre véritablement aux cas de dommages causés du fait d'un acte législatif incompatible. La réflexion autour de cette hypothèse devra alors selon nous conduire à proposer la consécration d'un nouveau mécanisme de responsabilité fondée et organisée néanmoins directement à partir de principes du droit interne. Ce régime de responsabilité sera ainsi le résultat d'une révolution juridique programmée (B).

A - Une réflexion induite par le droit communautaire

30 - Selon les termes de l'article 55 de la Constitution, « *les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* ». Interprétant ces dispositions, le Conseil constitutionnel reconnu, dans sa célèbre décision « IVG » du 15 janvier 1975¹²⁸, qu'il ne lui appartenait pas de garantir cette supériorité des traités sur la loi et énonça, par voie de conséquence, la compétence des juridictions ordinaires, administratives et judiciaires, pour appliquer elles-mêmes l'article 55 de la Constitution et faire ainsi prévaloir le traité sur la loi. Suite à cette décision et prenant le parti de la tradition, le Conseil d'Etat décida d'affirmer, pendant encore près de 15 ans, la

¹²⁸ CC, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, Rec. CC, p. 19 ; AJDA, 1975, p. 134, note J. Rivero ; D., 1975, p. 529, note L. Hamon ; RDP, 1975, p. 185, note L. Favoreu et L. Philip ; RMC, 1975, p. 69, note G. Druesne. Pour une réaffirmation, voir notamment : CC, n° 96-375 DC, 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec. CC, p. 60 ; JCP, 1996, G, n° 67931 ; RDP, 1996, p. 1147, note X. Prétot ; RFDC, 1996, p. 598, note P. Gaïa - CC, n° 98-405 DC, 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, Rec. CC, p. 326 ; AJDA, 1999, p. 14, chron., J.-E. Schoettl ; Cahiers Cons. constit., 1999, n° 6, p. 10.

supériorité de la loi nouvelle sur le traité, que celui-ci intéresse la matière communautaire¹²⁹ comme le droit international général¹³⁰. Dès lors, le moyen tiré de ce qu'un acte administratif méconnaissait un engagement international ne pouvait, à l'époque, être utilement invoqué lorsque cet acte avait été pris conformément à la loi postérieure puisque celle-ci faisait écran entre lui et l'engagement. Puis, conscient de sa résistance peu compatible avec les principes de l'article 55 et soucieux de mettre fin à sa totale opposition avec la jurisprudence communautaire¹³¹ comme judiciaire¹³², le Conseil d'Etat accepta enfin, dans l'arrêt « Nicolo » du 20 octobre 1989¹³³, d'examiner la compatibilité des lois avec les traités et, le cas échéant, de faire prévaloir ceux-ci sur les lois postérieures contraires. A partir de cette décision, le juge administratif se reconnaît donc compétent pour exercer ce qu'il est convenu d'appeler le contrôle de conventionnalité, lequel aboutit à la non-application au cas d'espèce des dispositions législatives considérées comme incompatibles.

Il convient de préciser ici que, bien que le droit communautaire ait été en cause dans l'espèce « Nicolo », le Conseil d'Etat ne s'est nullement fondé sur une quelconque spécificité de ce droit lui donnant « *le privilège naturel de pouvoir l'emporter sur celui des Etats*

¹²⁹ CE, sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, Rec. CE, p. 149 ; AJDA, 1968, p. 235, concl. N. Questiaux ; D., 1968, p. 285, note M. L. ; RGDIP, 1968, p. 1128, note C. Rousseau ; RTDE, 1968, p. 388, concl. et note C. Constantinidès-Mégret. Pour une réaffirmation, voir : CE, Ass., 22 octobre 1979, 2 espèces, *UDT et Election de l'Assemblée des Communautés européennes*, Rec. CE, p. 384-385 ; AJDA, 1980, p. 19, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer, et p. 39, note B. G. ; RDP, 1980, p. 531, concl. M.-D. Hagelsteen (1^{er} arrêt) et p. 541, concl. M. Morisot (2nd arrêt) - CE, Ass., 23 novembre 1984, *Roujansky*, Rec. CE, p. 383 ; AJDA, 1985, p. 216, concl. D. Labetoulle.

¹³⁰ Voir, par ex. : CE, 19 avril 1968, *Heid*, Rec. CE, p. 243 - CE, Ass., 31 octobre 1980, *Lahache*, Rec. CE, p. 403 ; D., 1981, p. 38, concl. B. Genevois ; JCP, 1982, G, n° 19732, note F. Dekeuwer-Defossez ; RDP, 1981, p. 216, note J. Robert ; Rev. adm., 1981, p. 38, note S. Rials.

¹³¹ Selon la Cour de justice des communautés européennes, le juge national est en effet tenu de laisser inappliquée toute disposition législative, même postérieure, contraire à une règle de droit communautaire (cf. CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, AJDA, 1978, p. 323, note J. Boulouis ; RTDE, 1978, p. 381, note D. Carreau, et p. 540, concl. G. Reischl).

¹³² Dès 1975, la Cour de cassation s'est en effet prononcée dans le sens de la supériorité des normes internationales sur les lois postérieures (cf. Cass. civ., 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, AJDA, 1975, p. 567, note J. Boulouis ; D., 1975, p. 497, concl. A. Touffait ; RDP, 1975, p. 1335, note L. Favoreu et L. Philip ; RGDIP, 1976, p. 960, note C. Rousseau).

¹³³ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. CE, p. 190, concl. P. Frydman ; AJDA, 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste, et p. 788, note D. Simon ; D., 1990, p. 135, note P. Sabourin ; JCP, 1989, G, n° 21371, concl. ; LPA, 11 décembre 1989, p. 11, note G. Lebreton ; RFDA, 1989, p. 813, concl., et note B. Genevois ; RFDA, 1990, p. 267, obs. D. Ruzié ; RMC, 1990, p. 389, note J.-F. Lachaume ; RTDE, 1989, p. 771, concl. et note G. Isaac. Voir également la transposition de cette solution en ce qui concerne les règlements communautaires : CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. CE, p. 250 ; AJDA, 1990, p. 863, chron. E. Honorat et R. Schwartz ; LPA, 12 octobre 1990, p. 15, concl. M. Laroque ; RFDA, 1991, p. 172, note. L. Dubouis - et les directives : CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France*, Rec. CE, p. 80, concl. Laroque ; AJDA, 1992, p. 210, concl., et p. 329, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; JCP, 1992, G, n° 21859, note G. Teboul ; LPA, 10 avril 1992, p. 18, note T. Celerier ; RFDA, 1992, p. 425, note L. Dubouis ; RDP, 1992, p. 1505, concl. ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : ad augusta per augusta », Europe, 1992, n° 4, p. 1 ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », RTDE, 1992, p. 265 ; R. KOVAR, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », D., 1992, chron., p. 207 .

membres »¹³⁴, mais a préféré justifier sa solution en intégrant dans les visas de sa décision l'article 55 de la Constitution. De ce fait, la solution nouvelle apparaît dotée de la portée la plus étendue, s'imposant non seulement à l'égard des normes de droit communautaire mais également à l'égard de toute norme du droit international liant la France. Dans le cadre de notre étude et comme nous l'avons justifié précédemment¹³⁵, nous nous intéresserons néanmoins uniquement à l'hypothèse de dommages causés du fait d'un conflit entre une loi et une norme de droit communautaire, dans la mesure où seule cette dernière entre dans les limites de notre problématique, à savoir la mise en œuvre de la responsabilité en droit administratif français.

31 - Depuis 1989, le Conseil d'Etat reconnaît donc la primauté des traités communautaires sur les lois internes tant antérieures que postérieures. L'extension de cette solution au droit dérivé interviendra quelques temps plus tard, à la fois pour les règlements communautaires¹³⁶ et pour les directives¹³⁷. Toutefois, l'arrêt « Nicolo » ne doit pas être considéré comme un « point d'arrivée » dans la jurisprudence administrative, mais bien comme un « point de départ »¹³⁸. Le principe de légalité communautaire doit en effet nécessairement être complété par un principe de responsabilité en cas de violation du droit communautaire par un Etat membre. Comme le souligne D. Simon, « *l'affirmation de la primauté inconditionnelle du droit communautaire, posée exclusivement en termes de conflits de normes, ne suffit pas à satisfaire les exigences d'application d'un droit, qui, par sa nature même, affecte les intérêts concrets des opérateurs économiques* »¹³⁹. Une telle affirmation se justifie par le fait que, selon la Cour de justice des Communautés européennes, le droit communautaire engendre des droits dans le chef des particuliers¹⁴⁰. Sous peine de conférer à ces droits une existence illusoire, il s'avère donc indispensable de les assortir de procédures

¹³⁴ Selon la formule employée par R. CHAPUS, in *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 160. Le Conseil d'Etat s'oppose ainsi, à la fois, à la Cour de cassation et à la Cour de justice des communautés européennes. En effet, dans son arrêt « Société des Cafés Jacques Vabre » (cf. préc.), le juge judiciaire avait justifié sa solution en invoquant, non seulement l'article 55 de la Constitution, mais également, s'agissant du droit communautaire, la « spécificité » de l'ordre juridique, « intégré à celui des Etats membres », créé par les traités constitutifs des Communautés, faisant ici directement référence à la formule de la Cour de justice des Communautés européennes selon laquelle le traité a institué « un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres et qui s'impose à leurs juridictions » (cf. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. n° 6/64, Rec. CJCE, p. 1141).

¹³⁵ Voir, *supra*, § n° 2.

¹³⁶ CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, préc.

¹³⁷ CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France*, préc.

¹³⁸ Selon les termes employés par D. SIMON dans sa note sous l'arrêt « Nicolo » (cf. AJDA, 1989, p. 792).

¹³⁹ D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », AJDA, 1993, p. 235.

¹⁴⁰ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. n° 26/62, Rec. CJCE, p. 3 : « (...) les Etats ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions (...) La Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international (...) dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants ».

permettant de garantir réellement leur protection, c'est-à-dire de « *préciser les solutions de nature à assurer effectivement la réparation des conséquences dommageables d'une éventuelle violation* »¹⁴¹. Le « *contentieux de la seconde génération* »¹⁴², concernant l'articulation des ordres juridiques communautaire et nationaux, appelle ainsi la mise en œuvre efficace d'une responsabilité de l'Etat en cas de méconnaissance des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire. Un tel principe apparaît comme faisant partie de l'ordre juridique communautaire dans son essence.

32 - Du fait de l'absence de disposition dans les traités constitutifs comme dans le traité de Maastricht, l'édification du principe de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire va être l'œuvre de la Cour de justice des Communautés européennes. Dans son désormais célèbre arrêt « Francovich » rendu le 19 novembre 1991, le juge de Luxembourg énonce que « *le droit communautaire impose le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* »¹⁴³. En l'espèce, la Cour affecte un double fondement à cette obligation de réparation : la spécificité de l'ordre juridique communautaire et ses principes corollaires d'effet direct et de primauté, d'une part, et l'article 10 (ex-article 5) du traité CE¹⁴⁴ selon lequel les Etats membres sont tenus d'une coopération loyale à l'égard de la Communauté, d'autre part.

Fixant ensuite précisément le régime de la responsabilité de l'Etat, la Cour de justice considère, à l'occasion de la décision rendue le 5 mars 1996 dans les affaires « Brasserie du pêcheur » et « Factortame III », que le principe est « *valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un Etat membre, et ce quel que soit l'organe de l'Etat membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement* »¹⁴⁵. Au nom de l'exigence fondamentale d'uniformité du droit communautaire, le juge de Luxembourg pose ainsi une obligation de réparation applicable dans toutes les hypothèses de violation du droit

¹⁴¹ D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 235.

¹⁴² *Idem*, p. 236.

¹⁴³ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402, point 37 ; LPA, 4 août 1993, n° 93, p. 32, note T. Larzul ; AJDA, 1992, p. 143, note P. Le Mire ; JCP, 1992, G, n° 21783, note A. Barav ; D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives », *Europe*, 1991, chron., p. 1 ; RFDA, 1992, p. 1, note L. Dubouis ; *Dr. adm.*, 1991, n° 537 ; JDI, 1992, p. 426, note Constantinesco ; J.-M. AUBY, « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », *Dr. adm.*, 1992, doctr., p. 1 ; RJDA, décembre 1991, p. 831, note Kessedjean ; F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTDE*, 1992, p. 27 ; *RMUE*, 1991, p. 4, note Mattera ; *RMUE*, 1992, p. 187, note Carnolutti.

¹⁴⁴ Une renumérotation des articles du traité CE a été introduite par le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

¹⁴⁵ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Facortame III*, aff. C-46/93, Rec. CJCE, p. I-1029, point 37.

communautaire, c'est-à-dire quelles que soient les normes communautaires considérées (originaires, dérivées ou jurisprudentielles) et la nature de la violation (action ou omission), mais également et surtout, quelle que soit l'autorité nationale susceptible de se voir imputer la violation. Le principe de l'arrêt « Francovich » s'applique donc également au législateur.

33 - Mais si la Cour de justice fixe ainsi dans les détails le principe de responsabilité des Etats membres, elle laisse en revanche au juge national le soin de trouver, dans son propre ordre juridique interne, les règles permettant d'accorder aux justiciables une réparation du dommage causé par l'activité de l'organe étatique en cause. L'existence de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres dans la mise en œuvre du principe de responsabilité pour violation du droit communautaire est ainsi explicitement reconnue par la Cour à l'occasion de son arrêt « Francovich »¹⁴⁶. Promu juge communautaire de droit commun, le juge national voit donc son statut et ses fonctions se transformer. Chargé d'assurer dans son ordre juridique le respect des effets de la primauté et de l'applicabilité directe du droit communautaire, le juge national se voit ainsi confier un rôle de contrôle et de sanction, lequel porte sensiblement atteinte à la souveraineté du législateur. La séparation des pouvoirs qui interdisait au juge administratif français d'apprécier la validité des lois adoptées par le Parlement ne joue alors plus de la même façon dans le cadre du droit communautaire puisque le juge se retrouve désormais obligé d'écarter toute norme nationale contraire et d'accorder réparation des dommages issus de cette contrariété. En tant que juge communautaire, le juge administratif se retrouve ainsi placé au-dessus de la loi et du législateur.

34 - Après la reconnaissance de la supériorité des traités sur la loi, le juge interne se voit donc aujourd'hui confronté à un nouveau défi : appliquer, dans son ordre interne, le principe de responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire fixé par la Cour de justice. Devant la singularité de l'hypothèse de dommages causés du fait d'une violation du droit communautaire par rapport à la jurisprudence « La Fleurette », la solution nous semble être nécessairement la consécration d'un nouveau mécanisme de responsabilité. Fondé et organisé néanmoins directement à partir de principes du droit interne, ce régime n'engendrera qu'une révolution juridique programmée.

¹⁴⁶ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, préc., point 42. La Cour précise en effet que, « c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé (...) en l'absence d'une réglementation communautaire, c'est à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre qu'il appartient de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ».

B - Une réflexion source d'une révolution juridique programmée

35 - Du fait de son importance et de son caractère délicat, la mission communautaire confiée au juge national constitue le point de départ de la seconde partie de notre réflexion. Le droit communautaire attend en effet du juge administratif français qu'il mette en cause le législateur dans le cas où celui-ci serait à l'origine d'un dommage né d'une violation du droit communautaire. De prime abord, l'examen comparé du régime de responsabilité créé par la Cour de justice avec celui existant en droit interne ne semble pas formellement dévoiler de contradiction puisque tous les deux consacrent l'existence d'une responsabilité de l'Etat à raison de son activité législative. Néanmoins, la recherche du fondement de chacun des régimes fait apparaître une différence fondamentale. A l'heure actuelle, en droit français, la responsabilité de l'Etat législateur est de façon exclusive une responsabilité sans faute fondée sur le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques, tandis que la Cour de justice résonne, quant à elle, en terme de violation du droit communautaire c'est-à-dire en terme de faute, même si elle n'emploie pas expressément ce concept¹⁴⁷. Ce décalage s'explique par les principes traditionnels de séparation des pouvoirs et de suprématie du pouvoir législatif lesquels sont encore considérablement enracinés dans l'ordre interne, tandis que l'ordre juridique communautaire fonctionne autour du principe de primauté de ce dernier¹⁴⁸. Dès lors, notre objectif va être de rechercher et de démontrer s'il est possible, et dans l'affirmative par quels moyens, concilier en droit français cette obligation communautaire de réparation avec une autorité du législateur encore très présente.

36 - L'examen de la jurisprudence administrative nous conduit à l'heure actuelle à un constat globalement négatif. Depuis 1991, date de l'affirmation du principe de responsabilité par la Cour de justice, le juge administratif français a eu plusieurs fois l'opportunité de consacrer la responsabilité de l'Etat du fait d'une loi inconstitutionnelle mais il s'est toujours refusé à le faire préférant adopter une réaction de défense. En ces occasions, il a en effet utilisé divers moyens procéduraux et règles juridiques afin d'éviter à tout prix d'imputer le dommage au législateur, restreignant alors considérablement la mise en œuvre du principe de

¹⁴⁷ La Cour de justice lui préfère en effet le terme de « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit. Voir, CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 51 : « (...) un droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées ».

¹⁴⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. n° 6/64, Rec. CJCE, p. 1141 ; B. DE WITTE, « Retour à Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », RTDE, 1984, p. 425.

responsabilité posé par la Cour de justice. C'est ainsi que dans sa décision « Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France »¹⁴⁹, intéressant la compatibilité de la loi du 24 mai 1976 avec la directive du 19 décembre 1972 et par voie de conséquence la responsabilité de l'Etat du fait de la violation de cette dernière, le Conseil d'Etat a, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement¹⁵⁰, procédé à une « *acrobatique délocalisation de l'imputation de la responsabilité* »¹⁵¹. En l'espèce, la Haute juridiction a ainsi considéré qu'il y avait lieu d'écarter l'application de la loi incompatible avec la directive, et que l'Etat engageait sa responsabilité du fait de l'illégalité de décisions ministérielles prises en application du décret du 31 décembre 1976, lui-même dépourvu de fondement juridique puisque pris sur le fondement de la loi. De la même manière, quelques temps plus tard, alors qu'il n'avait qu'à confirmer le raisonnement tenu par la Cour administrative d'appel de Paris¹⁵², le Conseil d'Etat est encore une fois passé à côté de la consécration d'une responsabilité pour faute de l'Etat législateur, se contenant en l'espèce de censurer l'arrêt d'appel sur un point de procédure¹⁵³. Enfin, tout récemment, dans un jugement qui ne convainc pas vraiment et paraît plutôt constituer une erreur de droit¹⁵⁴, le tribunal administratif de Paris a estimé que le juge administratif n'est pas compétent pour engager la responsabilité du législateur pour violation du droit communautaire.

¹⁴⁹ CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, Rec. CE, p. 78, concl. Laroque ; RFDA, 1992, p. 425, note L. Dubouis ; AJDA, 1992, p. 210, concl., et p. 329, chron. C. Maugüé et R. Schwartz ; RDP, 1992, p. 1505, concl. ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : ad augusta per augusta », Europe, 1992, n° 4, p. 1 ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », RTDE, 1992, p. 265 ; R. KOVAR, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », D., 1992, chron., p. 207 ; JCP, 1992, G, n° 21859, note G. Teboul ; LPA, 10 avril 1992, p. 18, note T. Celerier.

¹⁵⁰ Concl. M. LAROQUE, AJDA, 1992, jurisp., p. 210.

¹⁵¹ D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 241.

¹⁵² CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, Rec. CE, p. 558 ; Dr. fisc., 1992, n° 1665, p. 1420, concl. F. Bernault ; AJDA, 1992, note X. Prétot ; Europe, 1992, comm. n° 445, obs. D. S. ; JCP, 1993, G, I, n° 3645, obs. E. Picard. Pour une réaffirmation de la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat pour « situation illicite » du fait de la violation d'une disposition communautaire par un texte législatif, voir, CAA Paris, 12 novembre 1992, *Société John Walker and Sons*, Rec. CE, p. 789 ; Dr. adm., 1993, n° 130 ; Europe, 1993, comm. n° 283, obs. D. S. Pour une solution identique concernant la violation de la Conv. EDH, voir TA Paris, 11 octobre 2002, *Société Fipp*, AJDA, 2003, p. 955, note C. Deffigier.

¹⁵³ CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, Rec. CE, p. 399 ; AJDA, 1996, p. 380, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; Dr. adm., 1997, comm. n° 108, obs. G. G. ; RFDA, 1996, p. 1275 ; RTDE, 1997, p. 171, concl. G. Goulard ; RFDA, 1997, p. 1056, concl. ; Europe, 1996, comm. n° 453, obs. D. Simon ; LPA, 24 octobre 1997, n° 128, p. 17 (1^{ère} partie), et LPA, 27 octobre 1997, n° 129, p. 9 (suite et fin), note P. Cassia ; RJF, 1996, p. 799, chron. S. Austray.

¹⁵⁴ TA Paris, 7 mai 2004, *Association France nature environnement*, Europe, 2004, comm. n° 248, note E. Saulnier ; AJDA, 2004, p. 1878. En l'espèce, l'association requérante avait déféré au juge administratif la décision de refus opposée par le Premier ministre à la demande d'indemnisation qu'elle lui avait adressée du fait du préjudice matériel et moral qu'elle estimait avoir subi en raison de la violation par les pouvoirs publics français des dispositions de la directive 79/409/CEE du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages. En réponse, le tribunal administratif de Paris décide de faire partiellement droit à ce recours en condamnant l'Etat pour les agissements de l'autorité administrative, laquelle avait « à de nombreuses reprises depuis 1981, pris des arrêtés en la matière, incompatibles avec les objectifs définis par (la) directive ou refusé de prendre des arrêtés compatibles avec lesdits objectifs (...) ».

Cette timide jurisprudence peut - sauf cette dernière décision - *a priori* se comprendre dans la mesure où le juge administratif, très imprégné de sa mission traditionnelle, reste toujours soucieux de préserver le statut privilégié de la norme législative représentant la volonté générale. Néanmoins, il est possible de se demander si cette tendance ne va pas trop loin en tant qu'elle exprime peut être encore une totale déférence du juge à l'égard du législateur, laquelle paraît également transparaître dans le fait que le juge se livre à une autolimitation à l'occasion du contrôle de conventionnalité qu'il opère. L'engagement de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire ne fait en effet pas naître autant de résistances dans l'hypothèse de dommages causés directement par un acte administratif. Depuis les années 1980, pour les juges du fond¹⁵⁵, et 1990, pour le Conseil d'Etat¹⁵⁶, les tribunaux acceptent ainsi d'accorder réparation de tels dommages sur le fondement de la faute.

37 - Dès lors, conscient du statut particulier dont dispose la loi dans l'ordre juridique interne, il nous semble néanmoins indispensable que le juge administratif fasse évoluer sa vision sur le thème de la responsabilité de l'Etat législateur. Celui-ci ne pourra en effet pas indéfiniment lutter contre les conséquences de l'intégration européenne et sauvegarder la loi de toute responsabilité hormis celle du régime « La Fleurette ». Il lui faudra à terme envisager l'idée que le législateur, comme tout autre organe de l'Etat, doit répondre de ses manquements au droit communautaire dans le cas où ceux-ci auraient été source de dommages pour les particuliers. Selon nous, un tel constat devra ainsi nécessairement conduire à la reconnaissance, en droit interne, d'un régime de responsabilité pour faute de l'Etat, valable quel que soit l'organe à l'origine de la violation du droit communautaire.

Une telle proposition nous semble tout à fait réalisable à l'heure actuelle dans la mesure où le principe de primauté absolue et inconditionnelle du droit communautaire a considérablement réduit la toute puissance législative du Parlement. La loi est ainsi devenue une norme subordonnée, quittant le sommet de la hiérarchie des actes juridiques. De plus, les normes communautaires sont venues créer des obligations concrètes et fixer des délais précis pour le législateur national, s'agissant notamment de la mise en œuvre du droit

¹⁵⁵ Voir, notamment : TA Strasbourg, 5 juin 1984, *Société Tresch-Alsacaves*, Common Market Law Reports, 1986, p. 625 avec le texte français et la traduction anglaise du jugement - TA Dijon, 15 avril 1986, *Société vinicole Berard*, Rec. CE, p. 311 ; RTDE, 1988, p. 109, note P. Soler-Couteaux - CAA Nantes, 20 juin 1991, *SA Duault c/ Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget*, AJDA, 1992, p. 172, et p. 127, chron. J.-P. Jouguelet et J.-F. Gipoulon ; Europe, 1992, n° 86 - TA Pau, 12 novembre 1985, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, Rec. CE, T, p. 514 - CAA Nancy, 9 juillet 1991, *Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget c/ société Lefebvre et autres*, rec. CE, T, p. 1188.

¹⁵⁶ CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, préc. Pour une affirmation antérieure indirecte, voir CE, 20 juin 1988, *M. Aubin*, Rec. CE, p. 20 ; AJDA, 1988, p. 419, note X. Prétot ; JCP, 1989, G, II, n° 21169, note F. Moderne ; RTDE, 1989, p. 686, note V. Constantinesco.

communautaire par la transposition des directives. Dans cette hypothèse, le Parlement ne dispose plus que d'une marge d'appréciation très étroite¹⁵⁷. Enfin et surtout, une telle désacralisation de la loi s'inscrit dans un mouvement général de déclin de la norme législative¹⁵⁸. Dans le cadre du droit communautaire, le Parlement ne peut en effet plus légiférer dans tous les domaines étant donné que certaines de ses compétences ont été transférées à la Communauté. Depuis 1958, la loi subit également une perte de prestige semblable dans le cadre interne, dans le sens où malgré sa place fondamentale, elle est très largement soumise au respect d'autres normes qui la conditionnent notamment la Constitution¹⁵⁹. Pour finir, le Parlement joue un rôle souvent modeste dans l'initiative et le contenu de la loi¹⁶⁰.

38 - La seconde partie de notre étude tentera alors de démontrer qu'il serait possible d'envisager la création d'un nouveau régime de responsabilité de l'Etat législateur, lequel à côté du régime fondé sur la rupture d'égalité devant les charges publiques, répondrait parfaitement à l'hypothèse de dommages subis du fait de l'application d'une norme violant le droit communautaire. Ce nouveau régime serait donc complémentaire des règles de responsabilité définies par la jurisprudence « La Fleurette », le choix du régime de responsabilité à appliquer étant directement fonction du caractère purement interne (donc régulier) ou communautaire des normes à l'origine du dommage. Selon nous, une telle innovation en droit français ne pourrait néanmoins s'opérer que par le biais d'un régime de responsabilité tenant compte, non seulement de ses destinataires, mais également des difficultés liées à l'exécution des obligations communautaires. La solution la plus adéquate consisterait ainsi en la consécration d'un régime de responsabilité fondée sur la notion de faute qualifiée ou de faute d'une gravité suffisante, notion appréciée objectivement selon la marge de manœuvre dont dispose l'Etat membre pour mettre en œuvre le droit communautaire.

¹⁵⁷ Illustrant cette idée, M. l'avocat général MISCHO n'a ainsi pas hésité à affirmer, dans ses conclusions sur l'arrêt « Francovich », que « le législateur se trouve dans une situation proche de celle de l'administration chargée de l'exécution d'une loi ». (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc., point 47).

¹⁵⁸ Sur ce sujet, voir, P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 50 et s.

¹⁵⁹ Dans sa décision « Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie », le Conseil constitutionnel a, en effet, considéré que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » (cf. CC, n° 85-197 DC, 23 août 1985, Rec. CC, p. 25).

¹⁶⁰ La Constitution du 4 octobre 1958 a eu en effet pour objet de limiter la prééminence du Parlement dans le but de renforcer le pouvoir exécutif. Celle-ci contient ainsi une délimitation du domaine de compétence de la loi (art. 34) et du règlement (art. 37). Mais elle prévoit également, entre autres, l'inscription par priorité à l'ordre du jour des assemblées des projets de lois (art. 48), la possibilité pour le gouvernement de s'opposer à la recevabilité d'une proposition de loi qui tendrait à augmenter une charge publique ou diminuer les recettes de l'Etat (art. 40), la possibilité pour le gouvernement de contester le domaine d'application de la loi (art. 41), ainsi que la possibilité pour le gouvernement d'agir sur le vote du texte de loi (arts 44 al. 3, 45 et 49 al. 3).

Un tel régime permettrait ainsi de répondre aux exigences posées par l'arrêt « Francovich »¹⁶¹ puisque applicable quelle que soit l'hypothèse de violation du droit communautaire (action ou omission) comme l'organe à l'origine d'une telle méconnaissance, tout en apportant une solution inédite au problème de la réparation des dommages subis du fait de l'application d'un texte législatif. Fortement conscient du changement ainsi proposé, il nous semble néanmoins que cette proposition devrait être admise par le juge administratif sans que celui-ci ait à craindre de perdre son autonomie par rapport au juge communautaire. La construction d'un régime de responsabilité tel que nous l'envisageons pourrait en effet facilement se faire sur le fondement de l'article 55 de la Constitution et par transposition de règles nationales existantes, d'où son caractère programmé.

39 - Soucieux de rendre clairement compte des enjeux et perspectives ayant émergés de notre problématique, notre étude sur la responsabilité de l'Etat du fait de l'action normative en droit administratif français se découpera ainsi en deux parties distinctes. La première portera sur la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière (1^{ère} partie), tandis que la seconde traitera de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative violant le droit communautaire (2^{nde} partie).

¹⁶¹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, préc.

1^{ère} partie

<p>LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE DE L'ETAT DU FAIT D'UNE ACTION NORMATIVE REGULIERE</p>
--

40 - Tout citoyen vivant en société se doit de supporter une part des charges inhérentes à celle-ci. Ce principe apparaît naturel, dans le sens où seule une équitable répartition des charges entre tous les citoyens peut permettre à la société de fonctionner sans heurt. L'individu se doit ainsi de faire face, lui-même, aux conséquences induites par l'application des normes juridiques internes régulières, lorsque celles-ci viennent lui imposer de nouvelles charges. En effet, dans le cas où il se trouverait être le destinataire d'une mesure administrative comme dans celui où un texte de loi ou une convention internationale viendrait bouleverser sa situation, c'est à l'administré de s'adapter.

Ce principe ne vaut néanmoins que dans la mesure où, les charges induites par l'application de normes juridiques régulières, ne s'avèrent pas excessives. En effet, seules les charges incombant normalement à tout citoyen vivant en société devront être supportées par les individus. *A contrario*, toute charge excédant ce que chaque citoyen doit normalement supporter, ne devra pas lui être imposée. Dès lors, deux questions viennent immédiatement à l'esprit, celle de savoir qui devra supporter de telles charges exceptionnelles et sur quel fondement ?

41 - La réponse s'impose d'elle-même en ce qui concerne les personnes responsables, dans le sens où c'est tout naturellement à l'auteur de la norme juridique régulière que reviendra l'obligation de supporter la charge exceptionnelle créée par son intervention. S'agissant du fondement de la responsabilité, la solution semble aussi assez évidente, tout du moins en ce qui concerne l'exclusion d'un fondement improbable. L'engagement de la responsabilité pour faute de l'auteur de l'acte ou de la décision en cause apparaît en effet hors de propos, puisque la norme juridique est parfaitement régulière tant dans les formes que sur le fond. Aucune menace d'annulation ne pèse sur la norme incriminée. Dès lors, seule la responsabilité sans faute semble être appropriée. Dans la mesure où le préjudice subi par le citoyen provient du fait qu'il supporte des charges exceptionnelles, se trouvant ainsi dans une situation délicate comparée aux autres individus, la rupture du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques paraît bel et bien constituée.

42 - L'engagement de la responsabilité sans faute, pour rupture d'égalité devant les charges publiques de l'auteur de l'acte régulier à l'origine du dommage, semble donc être le mécanisme le plus approprié. En effet, autoriser une telle action au particulier lésé va lui permettre de prétendre à une indemnisation de son préjudice, en même temps que cette possibilité va protéger la personne publique en cause, dans le sens où son comportement ne

fera pas l'objet de critiques. Chaque intervenant semble alors y trouver son compte, laissant s'instaurer un certain équilibre entre l'Etat et les administrés. D'un côté, l'exclusion de la faute permet la conservation d'une liberté d'action pour la personne publique, puisque celle-ci se trouve délivrée de la crainte de voir son intervention sanctionnée et critiquée de manière systématique. D'un autre côté, le particulier ne subit par les contre-coups de cette absence de remise en cause de l'action étatique, dans le sens où le rejet de la faute n'est pas synonyme de rejet de la responsabilité.

43 - Néanmoins, cet équilibre apparent n'est pas toujours intégralement respecté dans la mesure où il est difficile pour le juge d'arbitrer en permanence entre des intérêts divergents. Le respect simultané de la latitude d'action de l'Etat et de la protection des droits des administrés apparaît quelques fois complexe, à tel point qu'un choix s'impose. Or, l'examen de l'abondante jurisprudence administrative laisse nettement apparaître le fait que la préférence des juges va plutôt vers la conservation des prérogatives de l'Etat.

En conséquence, la responsabilité objective du fait d'une action normative régulière, créée dans un souci d'équilibre entre les prérogatives de l'Etat et les droits des particuliers (Titre 1^{er}), s'avère en pratique plutôt orientée vers la protection de la latitude d'action de l'Etat (Titre 2nd).

TITRE 1^{er}

UNE RESPONSABILITE OBJECTIVE VISANT A LA CONCILIATION DES PREROGATIVES DE L'ETAT ET DES DROITS DES PARTICULIERS

44 - Face à la nécessité d'indemniser les préjudices subis par les administrés, du fait de l'action normative régulière, lesquels ne leur incombent pas normalement, la jurisprudence administrative s'est instinctivement tournée vers la responsabilité sans faute. Une telle position est facilement explicable dans le sens où, « *la responsabilité sans faute constitue ainsi un moyen pour l'administration de poursuivre des activités d'intérêt général d'une façon socialement plus acceptable dès lors qu'une compensation s'avère possible quand des intérêts particuliers sont lésés de façon trop importante* »¹⁶². Le juge se livre donc à un compromis entre la préservation de la latitude d'action de l'Etat et le droit pour les administrés de prétendre à une indemnisation de leur préjudice. Pour cela, il opte, d'une part, pour un refus de reconnaître la moindre faute à la charge de l'Etat et, d'autre part, pour un développement certain des mécanismes de protection des droits des particuliers.

Le régime de responsabilité du fait de l'action normative régulière résulte donc d'un choix naturel d'une absence de faute de l'Etat (Chapitre 1^{er}), en même temps qu'il témoigne d'un choix apparent d'une protection des particuliers (Chapitre 2nd).

¹⁶² P. FOMBEUR, « Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute », AJDA, 1999, n° spécial, p. 100.

CHAPITRE 1^{er}

LE CHOIX NATUREL D'UNE ABSENCE DE FAUTE DE L'ETAT

45 - Tout administré subissant une charge ne lui incombant pas normalement est en droit de demander à l'Etat réparation de son préjudice. Néanmoins, dans l'hypothèse où l'acte à l'origine du dommage est considéré comme régulier, l'engagement de la responsabilité de la personne publique ne pourra se faire que sur le terrain de l'absence de faute. En effet, qu'il soit constitué par un texte de loi, une convention internationale ou même une simple décision administrative, dans la mesure où l'acte incriminé ne peut être reconnu illégal, il ne peut pas, *a fortiori*, servir à l'engagement de la responsabilité pour faute de son auteur. Reste à savoir au nom de quoi l'acte à l'origine du dommage peut être qualifié de régulier ?

Il est permis d'apporter une double réponse à cette question dans la mesure où l'exclusion de la faute de l'auteur de l'acte incriminé peut se faire, soit au vu des objectifs poursuivis par cet acte, soit au vu des qualités reconnues intrinsèquement à la personne publique. En effet, dans le cas de dommages subis du fait des conséquences directes d'un texte de loi comme de ses mesures d'application, l'objectif d'intérêt général poursuivi par le texte fait obstacle à la reconnaissance d'un comportement fautif de son auteur. Cette notion d'intérêt général vient alors légitimer l'imposition de charges aux administrés. Parallèlement à cela, il est des cas où l'intervention étatique à l'origine du dommage est le fruit d'un comportement souverain. Une telle affirmation se vérifie à propos des lois du fait que le législateur est présumé ne pouvoir mal faire ou des conventions internationales du fait que leur incorporation régulière dans l'ordre juridique interne constitue le gage de leur légalité.

Ainsi, la recherche de la responsabilité de la personne publique en tant qu'auteur d'un acte juridique régulier se fera nécessairement sur un fondement non fautif, soit que l'intervention de celle-ci se révèle légitimée du fait des buts poursuivis (Section 1^{ère}), soit qu'elle apparaisse comme l'expression de la souveraineté (Section 2^{nde}).

SECTION 1^{ère} : Une intervention étatique légitimée

46 - L'intervention étatique, source d'un préjudice anormal et spécial¹⁶³, peut prendre deux formes distinctes, même si la conséquence est identique. Le préjudice subi par le particulier peut, tout d'abord, avoir pour origine une intervention positive d'un organe de l'Etat, c'est à dire l'édiction d'un acte. Mais le dommage peut aussi être issu d'une absence d'intervention, entendue comme l'impossibilité ou le refus d'agir de l'administration. Dans les deux cas, la responsabilité à rechercher sera une responsabilité sans faute, l'acte ou l'inaction pouvant être légitimé.

En effet dans le cas d'une loi ou d'un acte réglementaire imposant une charge anormale et spéciale à un administré, la responsabilité de l'auteur du texte devra être recherchée, à l'exclusion de toute faute, à condition que la charge créée l'ait été dans l'intérêt général. C'est cette notion d'intérêt général qui guidera la reconnaissance ou non du caractère régulier de la charge imposée et donc de l'acte. En ce qui concerne le cas d'une mesure administrative individuelle, le juge administratif a eu très souvent l'occasion de se prononcer sur la responsabilité de l'organe étatique dans le cadre de sa jurisprudence relative au refus de concours de la force publique à la mise en œuvre d'une décision de justice¹⁶⁴. Là encore, la responsabilité reconnue est une responsabilité non fautive à condition que le refus d'agir soit légitimé par des motifs d'ordre public.

Enfin, sur le fondement du même raisonnement, le juge administratif va conclure à l'absence de faute en cas d'impossibilité pour l'administration de faire respecter la réglementation en vigueur, réglementation qu'elle aura dans la plupart des cas elle-même édictée, faisant peser sur elle une simple obligation de moyens. Ici encore, le particulier lésé pourra néanmoins prétendre à une indemnité sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁶⁵.

La mise en cause de la responsabilité des organes de l'Etat du fait de leur action normative régulière est donc une responsabilité sans faute, celle-ci étant légitimée, soit par

¹⁶³ Sur la notion de préjudice anormal et spécial et son appréciation stricte par les juges, voir, *infra*, § n° 171 et s. et § n° 384 et s.

¹⁶⁴ Jurisprudence inaugurée par l'arrêt du Conseil d'Etat, en date du 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. CE, p. 789 ; D., 1923.3.59, concl. Rivet ; RDP, 1924, p. 75, concl., et p. 208, note G. Jèze ; S., 1923.3.57, concl. et note M. Hauriou.

¹⁶⁵ CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ sieur Sastre*, Rec. CE, p. 334, concl. Gentot ; JCP, 1972, G, I, n° 2246, note D. Loschak ; RDP, 1972, p. 443, note M. Waline ; Gaz. Pal., 1972.1.172, note J. Mégret - CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ sieur Navarra*, Rec. CE, p. 200, concl. Rougevin-Baville ; AJDA, 1974, p. 303, chron. M. Franc et M. Boyon ; D., 1974, p. 481, note J.-P. Gilli ; JCP, 1974, G, I, n° 1752, note G. Liet-Veaux ; RDP, 1974, p. 924, note J. de Soto.

l'intérêt général induit par la charge imposée au particulier (§1), soit par des circonstances légales (motifs d'ordre public ou obligation de moyens) guidant le refus comme l'impossibilité d'intervenir (§2).

§ 1 : Le texte impose une charge créée dans l'intérêt général

47 - La responsabilité du fait de l'action normative régulière doit être recherchée à l'exclusion de toute faute, sur le terrain de la rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁶⁶, dans la mesure où celle-ci se matérialise par une charge anormale et spéciale imposée à un particulier dans l'intérêt général, donc en toute légalité. Dès l'apparition de cette responsabilité, la notion d'intérêt général va être perçue comme le facteur principal de légitimation de l'intervention étatique¹⁶⁷, le juge administratif justifiant ainsi le rejet de toute faute.

Néanmoins au fil de sa jurisprudence, le Conseil d'Etat va prendre de plus en plus de recul par rapport à la notion, hésitant même à l'employer dans ses considérants¹⁶⁸. Celle-ci va continuer de guider l'action de l'Etat mais elle n'apparaît plus comme un élément permettant à coup sûr une mise en cause de la responsabilité sans faute de l'auteur de l'acte. En effet, le juge va utiliser de plus en plus souvent la notion d'intérêt général dans un but quelque peu différent, à savoir comme un simple indice permettant de présumer, en cas de silence du texte, que son auteur cherchait à exclure toute indemnisation.

48 - Face à cette évolution, la doctrine va s'interroger afin de comprendre les raisons de cette nouvelle jurisprudence et va dès lors opérer une distinction un peu particulière au sein même de la notion entre l'intérêt général « simple » et l'intérêt général dit « prééminent »¹⁶⁹.

Seule la charge créée dans l'intérêt général simple pourra alors ouvrir droit à indemnisation, à condition bien entendu que les autres conditions de la responsabilité sans faute soient réunies. D'où des difficultés supplémentaires pour le particulier souhaitant pouvoir bénéficier rapidement d'une indemnisation effective. A l'inverse, lorsque la charge créée le sera dans un intérêt général jugé prééminent (comme la salubrité publique, la sécurité publique, la moralité publique ou encore la santé publique), la responsabilité sans faute sera

¹⁶⁶ Sur la notion d'égalité devant les charges publiques, voir, *infra*, § n° 151 et s.

¹⁶⁷ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. CE, p. 25 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque - CE, Ass., 21 janvier 1944, *Sieurs Caucheteux et Desmont*, Rec. CE, p. 22 ; S., 1945.3.13, note A. B.

¹⁶⁸ CE, sect., 28 octobre 1949, *Société des Ateliers du Cap Janet*, Rec. CE, p. 450 ; JCP, 1950, G, II, n° 5861, concl. J. Delvolvé.

¹⁶⁹ Selon l'expression du professeur CHAPUS, in *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1373.

exclue laissant le particulier face à la difficile obligation de prouver un comportement fautif de l'Etat.

Envisagé comme une notion permettant d'exclure naturellement toute faute de l'Etat (A), l'intérêt général va ainsi apparaître, au fil du temps, comme un motif contestable permettant l'exclusion de l'indemnisation (B).

A - L'exclusion naturelle de la faute du fait de l'intérêt général

49 - La rupture d'égalité devant les charges publiques vient du fait que le particulier subit une charge anormale et spéciale. Une indemnisation est alors sans conteste envisageable sur le fondement de la responsabilité sans faute de l'auteur de l'acte, dans la mesure où la charge est à l'origine créée dans un but d'intérêt général. Mais bien que cette élément constitue une notion pilier dans la qualification de la charge imposée au particulier (2), elle n'en est pas moins une notion complexe à définir, voire même assez contradictoire (1).

1. *L'intérêt général : une notion contradictoire*

50 - La notion d'intérêt général s'avère essentielle puisqu'elle apparaît comme le critère de l'action de l'Etat, laquelle doit en effet avoir un but d'intérêt général pour être régulière. Ce constat peut être étayé par les propos de J. Chevallier¹⁷⁰ pour qui « *l'intérêt général est le principe de légitimation du pouvoir politique et le fondement de l'obéissance des gouvernés* ». Une fois satisfaite, cette condition de légalité fonde les moyens d'intervention de l'administration à savoir les prérogatives de puissance publique et autorise les restrictions aux droits et libertés individuelles, notamment en matière d'expropriation, de réquisition ou de droit de préemption. Ainsi, comme le fait remarquer D. Truchet¹⁷¹, à côté de l'aspect négatif des rapports entre l'intérêt général et l'action administrative, matérialisé par la théorie du détournement de pouvoir, il existe un aspect positif représenté par un rapport de conformité entre intérêt général et la légalité de l'acte.

51 - L'intérêt général constitue donc une notion déterminante pour appréhender l'action étatique, bien que tenter de la définir ne soit pas chose facile. Celle-ci fait en effet l'objet de nombreux synonymes comme intérêt public, utilité publique ou encore intérêt national, mais surtout elle n'est pas très précise. De cette imprécision naît un aspect plutôt

¹⁷⁰ J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'Administration française », RISA, 1975, p. 326.

¹⁷¹ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 125, 1977, p. 110.

contradictoire puisque l'intérêt général peut se définir, selon l'expression de F. Rangeon¹⁷², comme « *une somme consensuelle d'intérêts particuliers, et comme le dépassement dialectique de ces mêmes intérêts* ». Toute la difficulté de trouver une définition viendra alors de savoir si l'intérêt commun s'obtient en additionnant les intérêts individuels ou au contraire en dépassant ces intérêts pour les transcender dans une notion nouvelle et distincte.

52 - Cette question a donné lieu à deux conceptions de l'intérêt général selon que l'on se place du côté des individus ou non. On oppose ainsi traditionnellement l'approche utilitariste qui fait de l'intérêt général la somme algébrique des intérêts individuels, à l'approche volontariste selon laquelle l'intérêt commun est une notion à part, indépendante de la mise en commun des intérêts particuliers¹⁷³. La première conception est une transposition à la politique du mécanisme économique dit de « la main invisible » d'A. Smith. Selon cet auteur, chacun cherche à exercer pleinement ses aptitudes sans penser à l'utilité collective mais au final, sans le savoir ni le vouloir, chacun réalise l'intérêt de la société alors que ce n'était nullement dans ses intentions. Quant à la seconde, elle est issue de la pensée de J.-J. Rousseau et consacre l'idée selon laquelle « *croire que la raison nous porte miraculeusement à concourir au bien commun par la vue de notre propre intérêt est une illusion* »¹⁷⁴.

Dans la tradition politique française, l'intérêt général s'inscrit principalement dans la filiation volontariste. L'Etat est alors envisagé comme le garant naturel et légitime de l'intérêt commun, à charge pour lui de définir et de mettre en œuvre cette notion. Selon les termes de J. Chevallier¹⁷⁵, « *l'intérêt général n'est pas seulement l'addition d'une série d'intérêts particuliers : il introduit un élément de cohérence et de rationalité qui suffit à en faire autre chose que la somme de ses composantes* ».

53 - La question de la compatibilité entre l'intérêt général et les intérêts privés peut être en partie résolue en reprenant l'analyse faite par D. Truchet¹⁷⁶ pour qui, « *le droit administratif s'est édifié sur un postulat d'exclusion et de supériorité : l'administration ne peut agir exclusivement dans le but de satisfaire des intérêts privés, l'intérêt général est supérieur à ces derniers* ». A ceci près que, même lorsqu'on tranche entre la conciliation des intérêts privés et une notion transcendante, la conception de l'intérêt général peut être

¹⁷² F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 9.

¹⁷³ Conseil d'Etat, *Rapport public sur l'intérêt général*, EDCE, 1999, p. 253 et s.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 257.

¹⁷⁵ J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'Administration française », art. préc., p. 5.

¹⁷⁶ D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », in *EDCE*, 1999, p. 371.

trompeuse. En effet, elle peut désigner des besoins communs à toute la collectivité mais aussi ceux d'une partie seulement de la collectivité, voire d'un nombre restreint d'individus.

54 - La notion d'intérêt général s'avère donc complexe à définir mais possède une unité fonctionnelle capitale puisque c'est elle qui conditionne l'action de l'Etat. En effet, la légitimité du pouvoir ne repose pas sur son origine mais sur l'objet recherché, à savoir la protection de l'intérêt commun. La loi commande obéissance parce qu'elle est conforme aux principes de la justice et du bien, elle tire ainsi sa force de son contenu. On n'obéit plus aux gouvernants en tant que personnes mais en tant que détenteurs de l'autorité nécessaire issue de règles juridiques précises.

C'est sur ce postulat que la notion d'intérêt général va apparaître comme une notion pilier en matière de responsabilité sans faute. La charge imposée au particulier, et cause de la rupture d'égalité, sera légitime car guidée par l'intérêt général. L'auteur de l'acte ne sera alors coupable d'aucune faute, mais le préjudice anormal et spécial créé par ricochet devra néanmoins être indemnisé.

2. *L'intérêt général : une notion pilier*

55 - La création prétorienne de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière, suite à l'interprétation des textes comme du silence de leurs auteurs, met en lumière la notion de rupture d'égalité devant les charges publiques. Celle-ci naît de charges particulières imposées à certains membres de la collectivité du fait de l'activité étatique et génératrices pour eux d'un préjudice qualifié d'anormal et spécial.

Mais ce principe ne joue que si la charge imposée au citoyen l'est pour des motifs réguliers. C'est à ce stade que l'on va retrouver la notion d'intérêt général et son importance. Comme le précise J. Chevallier¹⁷⁷, « *l'intérêt général n'agit pas comme une limite à l'action administrative mais comme un mécanisme de légitimation : la référence à l'intérêt général permet à l'Etat de se présenter comme l'incarnation de la volonté populaire et de fonder son autorité sur le consentement des citoyens* ». Ainsi, dans les arrêts de principe construisant cette responsabilité du fait de l'action normative, le juge va reconnaître, du moins en apparence, le caractère régulier de l'intervention de l'Etat en se référant à l'intérêt général.

56 - Une telle illustration du recours à la notion d'intérêt général se retrouve en effet dès la naissance de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Le

¹⁷⁷ J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'Administration française », art. préc., p. 336.

juge administratif va ainsi tout d'abord s'appuyer sur la notion d'intérêt général lors de l'arrêt d'Assemblée « Société anonyme des produits laitiers la Fleurette »¹⁷⁸ rendu le 14 janvier 1938. La société des produits laitiers « La Fleurette » avait subi un préjudice suite au vote de la loi du 9 juin 1934, relative à la protection des produits laitiers, laquelle interdisait la fabrication et le commerce de tous les produits destinés aux mêmes usages que la crème et ne provenant pas exclusivement du lait. Son préjudice venait du fait que, par ce texte, la société avait été obligée d'interrompre la fabrication du produit dénommé « Gradine », composé de lait, d'huile d'arachide et de jaunes d'œufs. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat va interpréter la volonté du législateur comme autorisant une indemnisation du particulier lésé par la nouvelle réglementation. Mais surtout, pour ce qui nous intéresse ici, il va considérer que la charge doit être logiquement supportée par la collectivité en référence à la notion d'intérêt général. En effet, pour la Haute juridiction, *« cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité ; qu'il suit de là que la Société La Fleurette est fondée à demander que l'Etat soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice par elle subi »*.

Le juge administratif va ensuite tenir le même raisonnement à l'occasion de l'arrêt d'Assemblée qui va constituer la première confirmation du principe « La Fleurette », à savoir l'espèce « Sieurs Caucheteux et Desmont »¹⁷⁹. En l'espèce, l'affaire concernait l'article 17 de la loi du 9 juillet 1934, relative à l'organisation et à la défense du marché du blé, qui avait pour effet de réduire le pourcentage des produits autres que le malt d'orge et le houblon pour la fabrication de la bière, et qui de ce fait avait causé un préjudice aux sieurs Caucheteux et Desmont fabricants de glucose. Le Conseil d'Etat considéra alors que *« rien (...) ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter aux intéressés une charge qui ne leur incombe pas normalement ; que cette charge créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité »*.

57 - Le principe de l'arrêt « La Fleurette » ayant servi d'origine à une extension de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, il est normal de retrouver la notion d'intérêt général en matière de préjudice causé non plus cette fois ci par une loi, mais par un acte réglementaire. Ce fût chose faite dans l'arrêt de principe « Commune de Gavarnie c/ sieur Benne » du 22 février 1963¹⁸⁰. Il s'agissait d'un arrêté du maire de la commune réglementant la circulation sur les chemins vicinaux ordinaires et ayant causé au

¹⁷⁸ CE, Ass., 14 janvier 1938, préc.

¹⁷⁹ CE, Ass., 21 janvier 1944, préc.

¹⁸⁰ CE, sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. CE, p. 113 ; AJDA, 1963, p. 208, chron. M. Gentot et J. Fourré ; RDP, 1963, p. 1019, note M. Waline.

sieur Benne, propriétaire d'un magasin de souvenirs situé en bordure d'un chemin interdit aux piétons, un préjudice anormal et spécial du fait de l'impossibilité pour lui d'exploiter normalement son entreprise. Pour le Conseil d'Etat, l'arrêté municipal n'était en aucun cas entaché d'illégalité. Les exigences de l'ordre public justifiaient sa mise en œuvre puisqu'il s'agissait ici de protéger les piétons en prévenant les accidents sur les chemins étroits.

Mais surtout, la rupture d'égalité était caractérisée par la charge anormale et spéciale imposée au sieur Benne. Et là encore, le Conseil d'Etat fit référence à la notion d'intérêt général : « *ledit préjudice a, en fait, présenté une gravité telle que l'arrêté municipal du 30 juillet 1958 dût être regardé comme ayant imposé au sieur Benne, dans l'intérêt général, une charge ne lui incombant pas normalement* ». C'est la première fois qu'une indemnité est accordée en réparation d'un préjudice résultant de décisions réglementaires légalement prises dans l'intérêt général.

Cette position va faire l'objet d'une réaffirmation à l'occasion de l'arrêt « M. Aldebert »¹⁸¹ du 13 mai 1987. L'espèce portait sur un arrêté du maire de la commune de Saint-Georges-sur-Loire interdisant à certains véhicules poids lourds et aux véhicules transportant des matières dangereuses de traverser cette commune par la RN 23 et prévoyant, en conséquence, un itinéraire de détournement par l'autoroute A 11. M. Aldebert qui exploitait un restaurant de routiers en bordure de la RN 23 demandait alors réparation de son préjudice constitué par la perte de sa clientèle, en majorité des chauffeurs routiers empruntant auparavant la route nationale. Le Conseil d'Etat, infirmant le jugement du tribunal administratif de Nantes, va accueillir favorablement la demande d'indemnité de M. Aldebert au motif que « *les mesures légalement prises, dans l'intérêt général, par les autorités de police peuvent ouvrir droit à réparation sur le fondement du principe de l'égalité devant les charges publiques au profit des personnes qui, du fait de leur application, subissent un préjudice anormal et spécial* ».

58 - Pour le juge, la notion d'intérêt général est donc perçue comme un élément essentiel légitimant l'intervention étatique. La charge en résultant pour le particulier est régulière mais n'implique pas l'exclusion de toute responsabilité, puisque l'administré peut toujours invoquer la rupture d'égalité devant les charges publiques.

Néanmoins, au fil de sa jurisprudence, le juge administratif va faire évoluer son appréciation de la notion d'intérêt général et surtout son importance dans ce régime de responsabilité. Ainsi, il va de moins en moins faire allusion à ce concept, préférant des termes

¹⁸¹ CE, 13 mai 1987, *M. Aldebert*, Dr. adm., 1987, n° 380 ; JCP, 1988, G, II, n° 20960, note B. Pacteau ; RFDA, 1988, p. 950, note H. Rihal.

plus détournés pour légitimer l'acte en cause, et surtout, il va n'avoir de cesse de développer des exceptions à la responsabilité fondées justement sur l'intérêt général. A la facilité de mettre en cause un comportement non fautif de l'Etat, va alors s'opposer la difficulté d'obtenir une indemnisation effective.

B - L'exclusion contestable de l'indemnisation du fait de l'intérêt général

59 - L'indemnisation du particulier, victime d'une rupture d'égalité devant les charges publiques, va se révéler difficile du fait de l'utilisation particulière faite par le juge administratif de la notion d'intérêt général. En effet, après lui avoir accordée une place centrale, le juge va peu à peu se détacher de la notion en réaction aux nombreuses critiques portant sur les intérêts protégés, allant même jusqu'à inverser la tendance qu'il avait lui-même initiée quelques années auparavant. Ainsi, l'existence d'un intérêt général pourra être un facteur d'exclusion de l'indemnisation. La légitimation de l'intervention étatique au nom de l'intérêt général va en effet être poussée très loin - trop loin ? - puisque dans certains cas son évocation suffira à rejeter toute responsabilité.

Le processus va se faire en deux étapes. L'intérêt général va tout d'abord être une notion critiquée au vu des premiers arrêts rendus par le Conseil d'Etat (1), avant de devenir une notion fonctionnelle aux mains du juge administratif (2), servant, dans la plupart des cas, à justifier le rejet de toute indemnisation.

1. L'intérêt général : une notion critiquée

60 - Dès le lendemain des arrêts « La Fleurette » et « Caucheteux et Desmont »¹⁸², des critiques vont se développer à propos du raisonnement tenu par le Conseil d'Etat, et surtout de son appréciation de l'intérêt général. Certains reprochaient au juge de s'être élevé au-dessus des contingences de l'affaire en admettant l'indemnisation d'une charge créée dans l'intérêt général, alors qu'en examinant en détail les circonstances de l'espèce, il s'avérait que seuls des intérêts particuliers avaient reçu protection du fait de la condamnation de l'Etat. Ainsi, dans l'affaire « La Fleurette », il était question en réalité de protéger l'industrie laitière en interdisant, par la loi du 9 juin 1934, la fabrication et le commerce de tous les produits destinés aux mêmes usages que la crème et ne provenant pas exclusivement du lait. La charge créée ne l'était donc pas dans l'intérêt général, comme le soutenait le Conseil d'Etat, mais plutôt dans l'intérêt de l'industrie laitière. Même constat dans l'arrêt « Caucheteux et

¹⁸² Respectivement, CE, Ass., 14 janvier 1938, préc. - CE, Ass., 22 janvier 1944, préc.

Desmont », où cette fois c'était l'intérêt des producteurs de céréales qui avait guidé la mesure de réduction du pourcentage des produits autres que le malt d'orge et le houblon, pour la production de la bière.

61 - L'explication d'un tel comportement pouvait être recherchée dans le rôle d'arbitre tenu par le législateur¹⁸³. En effet, l'Etat est *a priori* le seul organe capable de définir des solutions d'intérêt collectif, « *aboutissement d'un processus de traitement des demandes sociales axé sur la recherche d'un compromis et d'une conciliation* »¹⁸⁴. Or, il subit de nombreuses pressions du fait des groupements d'intérêts divergents composant la société. Ces intérêts contradictoires rendent très difficile la définition d'un « bien commun » abstrait et objectif. C'est cet effet pervers qui est mis en lumière par les observateurs très critiques au lendemain des arrêts de principe relatifs à la responsabilité du fait des lois. Le pouvoir d'Etat a tendance à s'exercer inévitablement dans le sens des intérêts des groupes dominants, des groupes capables de créer une forte pression au niveau de l'appareil étatique. De tels errements furent évoqués par le Président Odent lorsqu'il écrivait à propos des arrêts « La Fleurette » et « Caucheteux et Desmont » : « *Il s'agissait dans les deux premières de ces affaires (...) de dispositions législatives arrachées à des assemblées trop enclines à céder aux pressions de certains intérêts particuliers* »¹⁸⁵.

Dès lors, bien que la définition de l'intérêt général à protéger, donnée par le Conseil d'Etat, puisse être objet de critiques, la condamnation de l'Etat était pour le moins assez logique car il fallait sanctionner ces abus des assemblées parlementaires pour éviter la propagation de la suprématie des groupes d'intérêts dominants¹⁸⁶.

62 - A la suite de cette remise en cause, le juge administratif va peu à peu changer son approche de la notion d'intérêt général. Celle-ci va certes rester un indice important quant à la légitimité de l'intervention étatique, mais le Conseil d'Etat va éviter de se servir directement de cette notion objet de tant d'incertitudes. Ainsi dans l'espèce « Ministre de l'Intérieur c/

¹⁸³ Selon l'expression employée par G. MORANGE, in « L'irresponsabilité de l'Etat législateur », D., 1962, chron., p. 166.

¹⁸⁴ J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'Administration française », art. préc., p. 327.

¹⁸⁵ Critiques rapportées par G. MORANGE, in « L'irresponsabilité de l'Etat législateur », chron. préc., p. 167.

¹⁸⁶ Une telle inadéquation entre le but affirmé du texte de loi et son objectif réel ne va pas sans rappeler le risque de détournement de pouvoir. En effet, dans le cas où l'intérêt général invoqué ne serait pas réel car masquerait la protection de certains intérêts privés, le juge administratif se reconnaît compétent, à la fois pour annuler l'acte en cause, mais aussi pour accorder une indemnité à l'administré lésé par le texte sur le fondement de la responsabilité pour faute, dans le cas où une demande en ce sens aurait été formulée. Voir, par ex., CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. CE, p. 151 ; GAJA, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2001, p. 440 - CE, 29 mars 1957, *Société des autocars Orlandi*, Rec. CE, p. 229.

sieur Bovero »¹⁸⁷ du 25 janvier 1963, la Haute juridiction confirme le jugement du tribunal administratif de Grenoble qui avait accordé une indemnisation au sieur Bovero, suite au préjudice qu'il subissait en tant que propriétaire de locaux d'habitation, du fait de l'ordonnance du 3 janvier 1959. Néanmoins, le Conseil d'Etat ne fait plus allusion à l'existence d'une charge créée dans l'intérêt général comme il l'avait fait pour les deux applications positives précédentes de la responsabilité du fait des lois. Il déclare uniquement que le « *préjudice constitue pour ceux qui le subissent une charge spéciale par rapport aux charges normales incombant à l'ensemble des propriétaires de locaux d'habitation occupés par des tiers* ».

L'explication de l'emploi d'une telle formulation peut être trouvée dans le fait qu'ici, un véritable intérêt général était en jeu, dans la mesure où, par l'ordonnance du 3 juin 1959, le législateur se faisait le défenseur d'une partie importante de la population, à savoir les militaires appartenant à une unité stationnée en Afrique du Nord, leurs conjoints et les membres de leur famille habituellement domiciliés avec eux, en interdisant toute expulsion de locaux d'habitation à leur endroit. Le texte ne défendait donc pas une corporation appuyée par des groupes de pression comme il avait pu le faire pour les producteurs de lait ou de céréales, mais véritablement un intérêt social apparaissant peut être comme plus défendable. Ainsi, le Conseil d'Etat n'utilise pas la notion de « *charge créée dans l'intérêt général* », formulation peut être trop employée à tort dans les décisions antérieures, alors qu'ici il aurait pu très légitimement l'utiliser.

On peut relever la même retenue par rapport à la notion d'intérêt général dans le raisonnement du Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt « *Ministre de la Culture et de la Communication c/ Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière* » du 18 décembre 1981¹⁸⁸. En l'espèce, le Conseil d'Etat devait statuer sur une possible indemnisation du préjudice subi par la Compagnie d'aménagement suite à l'interruption des travaux de réalisation d'un important immeuble après la découverte de vestiges archéologiques pendant les travaux de terrassement, interruption autorisée par la loi du 27 septembre 1941 afin que les services du ministère des affaires culturelles puissent exercer leur droit de visite. Le Conseil d'Etat va reconnaître le droit à indemnisation sur le fondement de la rupture d'égalité sans référence, encore une fois, à la notion d'intérêt général. On peut cependant affirmer que cette notion est induite par l'objet de la loi du 27 septembre 1941, laquelle accorde des prérogatives

¹⁸⁷ CE, sect., 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*, Rec. CE, p. 53 ; AJDA, 1963, p. 94, chron. M. Gentot et J. Fourré ; JCP, 1963, G, II, n° 13326, note G. Vedel.

¹⁸⁸ CE, sect., 18 décembre 1981, *Ministre de la Culture et de la Communication c/ Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière*, Rec. CE, p. 478 ; AJDA, 1982, p. 261, concl. B. Stirn ; RDP, 1982, p. 1449.

exorbitantes à l'administration. La faute des services du ministère était donc ici très justement à rejeter.

63 - La responsabilité du fait des lois ayant servi en quelque sorte de modèle, puisque ce fût la première des responsabilités du fait de l'application exclusive d'une norme juridique régulière à avoir été reconnue, on retrouve la même position du Conseil d'Etat quelque temps plus tard en matière de mesures administratives individuelles. L'illustration peut être faite par l'arrêt « Société des Ateliers du Cap Janet »¹⁸⁹ du 28 octobre 1949. Le préjudice subi par la société, entreprise marseillaise de constructions navales, tenait au refus émanant des services du Ministre du Travail d'autoriser des licenciements, alors que de tels licenciements pouvaient être autorisés conformément aux dispositions de l'ordonnance du 24 mai 1945 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi.

En l'espèce, le Conseil d'Etat a renvoyé la société devant le Ministre du Travail pour examiner si les conditions de spécialité et d'anormalité du préjudice, éléments indispensables pour une indemnisation sur le fondement de la responsabilité sans faute, étaient réunies. Mais surtout, il a rejeté l'argumentation de la société portant sur l'existence d'une faute commise par le directeur du service départemental de la main d'œuvre qui avait refusé d'autoriser les licenciements avant que le Ministre ne se prononce dans le même sens. Ce rejet est justifié par le fait que « *les refus opposés par l'Administration aux demandes de la société (...) ont été motivés uniquement par la volonté de l'Administration d'éviter que des licenciements massifs ne causent une perturbation grave dans la vie économique locale* ». On retrouve ici l'allusion à la protection des intérêts de la société, laquelle légitime la décision de l'administration, même si le Conseil d'Etat n'emploie pas la formule habituelle de « *charge créée dans l'intérêt général* ».

64 - On constate donc une évolution du comportement du juge administratif qui semble adopter une attitude réservée face à cette notion d'intérêt général, habituellement perçue comme un indice d'une rupture d'égalité devant les charges publiques. Ce constat va se confirmer au fil des décisions. Le juge administratif va même tenir un raisonnement encore plus contraignant pour le particulier victime de la rupture d'égalité, dans la mesure où il se servira de l'intérêt général comme d'un facteur d'exonération de la responsabilité sans faute. En effet, dans certains cas, l'existence même d'un intérêt général poursuivi par la mesure incriminée empêchera toute indemnisation.

¹⁸⁹ CE, sect., 28 octobre 1949, préc.

On est donc loin du concept de départ selon lequel l'intérêt général permettait de légitimer l'action de l'Etat, empêchant toute condamnation pour faute. A l'heure actuelle, la notion semble plutôt avoir acquis un caractère fonctionnel, dans le sens où le juge administratif l'utilise pour rejeter toute possibilité d'indemnisation.

2. *L'intérêt général : une notion fonctionnelle*

65 - Dès le lendemain de l'arrêt « La Fleurette », le juge administratif va mesurer l'ampleur du changement qu'il a initié et par-là même ses conséquences financières. En effet, permettre l'indemnisation du préjudice issu d'une charge imposée au nom de l'intérêt général, revient à reconnaître la responsabilité sans faute de manière assez systématique, puisque les dispositions insérées dans une loi sont presque toujours de portée générale et impersonnelle. La multiplication à l'époque des législations dirigistes et interventionnistes allait donc multiplier les cas d'indemnisation¹⁹⁰.

En réaction, le juge administratif va s'efforcer de réduire la portée de l'assouplissement consenti en 1938, et pour cela il va se servir notamment de la notion d'intérêt général en l'instrumentalisant au profit de l'Etat. L'indemnisation sera alors dans certains cas exclue, le préjudice ayant été causé par des lois prises dans l'intérêt général. On passe de la formule d'une « charge créée dans l'intérêt général » qui participe à la reconnaissance d'une responsabilité sans faute, à la notion d'intérêt général cause d'exonération de la responsabilité étatique.

66 - Pour se faire, le juge administratif va reprendre le raisonnement qui était le sien avant la jurisprudence « La Fleurette », lorsqu'il interprétait le silence du législateur comme une manifestation formelle d'un refus d'indemnisation, en tenant compte de l'intérêt des mesures adoptées qui excluait de fait toute réparation. A l'époque il avait ainsi rejeté les demandes d'indemnisation présentées à la suite de l'établissement du monopole de l'alcool industriel, parce que l'établissement de ce monopole présentait une importance essentielle pour la défense nationale¹⁹¹. De même, aucune indemnité n'avait été accordée aux intéressés à la suite de la loi du 16 mars 1915 qui avait interdit la fabrication de l'absinthe et ce au nom de l'intérêt essentiel de l'hygiène¹⁹², tout comme la demande de réparation du préjudice subi, par les marchands de reconnaissances des monts-de-piété, après l'interdiction du commerce de

¹⁹⁰ Sur ce phénomène, voir, H.-F. KOEHLIN, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'An VIII à 1873*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 12, 1954, p. 38 et s.

¹⁹¹ CE, 13 juillet 1923, *Fleury et Hauguel*, Rec. CE, p. 576.

¹⁹² CE, 29 avril 1921, *Soc. Premier et Henry*, S., 1923.3.41.

ces reconnaissances par la loi du 16 octobre 1919, avait été rejetée du fait de la protection de la moralité publique poursuivie par le texte¹⁹³.

Dans ces espèces, comme le note le commissaire du gouvernement Roujou¹⁹⁴, « vous avez recherché quelle avait pu être l'intention du législateur : vous avez jugé qu'il avait entendu déroger au principe de l'indemnisation du dommage, pour ne tenir compte que de considérations d'ordre pécuniaire ou de notions d'hygiène, de moralité ou de défense nationale ».

67 - L'intérêt général défendu par le texte va donc devenir un argument permettant au juge de refuser l'indemnisation. Comment alors s'y retrouver entre les hypothèses où la charge imposée dans l'intérêt général légitime en partie une indemnité, et celles où l'intérêt général poursuivi par la mesure exonère son auteur de toute responsabilité ? Il semble en fait qu'en ce qui concerne les caractères de la charge, la notion de spécialité soit le véritable élément permettant d'envisager une indemnisation plutôt que celui de la protection d'un intérêt général comme c'était le cas au lendemain de l'arrêt « La Fleurette ». Mais surtout, et c'est là un aspect essentiel du problème, la doctrine fut amenée, afin de pouvoir expliciter de manière claire la jurisprudence du Conseil d'Etat, à faire la distinction entre l'intérêt général au sens classique du terme et l'intérêt qualifié de « prééminent »¹⁹⁵.

Cette distinction un peu surprenante peut être éclairée par les propos de B. Jeanneau pour qui le juge administratif « a fini par considérer que seules devaient engager la responsabilité de l'Etat les mesures législatives, qui bien que prises dans l'intérêt général, avantagent plus spécialement une catégorie particulière. En d'autres termes il conviendrait de distinguer l'intérêt général, intérêt de tous, et l'intérêt général, intérêt collectif d'une catégorie sociale ou économique déterminée »¹⁹⁶. Ainsi, l'intérêt général prééminent en tant qu'intérêt de tous, légitime l'exclusion de la responsabilité de l'Etat. La protection des intérêts supérieurs de la société ne doit en aucune façon être entravée par un souci d'indemnisation des particuliers. Et surtout, le caractère de spécialité du préjudice, élément indispensable à l'admission d'une responsabilité sans faute, n'est jamais constitué lorsque le texte est pris dans l'intérêt de tous.

¹⁹³ CE, 14 novembre 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissances des monts-de-piété*, Rec. CE, p. 726.

¹⁹⁴ Concl. sur, CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, D., 1938.3.44.

¹⁹⁵ Selon le terme employé par le professeur CHAPUS, in *Droit administratif général*, op. cit., p. 1378.

¹⁹⁶ B. JEANNEAU, « Autour de l'arrêt Commune de Gavarnie : La responsabilité du fait des règlements légalement pris », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 389.

68 - Concrètement, depuis l'arrêt « La Fleurette », le juge administratif n'a eu de cesse de réduire la portée de sa jurisprudence en se fondant sur cette notion d'intérêt général prééminent avec d'autant plus de facilité que sa définition comme l'appréciation de son étendue n'appartiennent qu'à lui¹⁹⁷. De ce fait, il va reprendre les éléments de la notion d'intérêt général telle qu'il la considérait avant la jurisprudence « La Fleurette » et va ainsi réaffirmer l'impossibilité de mettre en cause la responsabilité sans faute de l'Etat lorsqu'une loi a été prise dans un souci de protection de la moralité publique¹⁹⁸, de la santé publique¹⁹⁹, d'un intérêt social certain²⁰⁰ ou encore en raison des circonstances de guerre²⁰¹.

Parallèlement, toujours par mimétisme avec la responsabilité du fait des lois, le juge administratif va adopter le même raisonnement en matière de mesures administratives. Ainsi, même après l'arrêt « Commune de Gavarnie » rendu en 1963, il va exclure l'indemnisation au nom de l'intérêt public essentiel poursuivi par le texte en cause. Cet intérêt prééminent pourra concerner la protection de l'économie nationale²⁰² ou encore la santé publique²⁰³.

69 - Cette exonération de responsabilité en fonction de l'intérêt protégé engendre un système qui semble assez choquant dans le sens où le particulier lésé sera indemnisé lorsque le sacrifice qu'il subit ne profite qu'à une catégorie déterminée, tandis qu'il n'aura droit à aucune réparation à partir du moment où la charge qu'il supporte bénéficie au plus grand nombre. De plus, dans le cas où il ne pourrait prétendre à une indemnisation sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, la seule possibilité de voir son préjudice réparé sera d'invoquer la responsabilité pour faute. Le particulier aura alors la lourde tâche de devoir prouver que l'organe étatique a commis une faute dans l'édition de l'acte lui ayant causé préjudice.

70 - Dans les hypothèses de préjudices nés de l'application de normes étatiques régulières, la responsabilité de l'auteur de l'acte en cause peut donc être mise en jeu sans faute du fait du concept d'intérêt général légitimant son intervention. Il convient cependant de distinguer si on se trouve face à un intérêt prééminent excluant alors toute responsabilité ou bien face à un intérêt simplement général qui rejette toute idée de faute.

¹⁹⁷ Voir, *infra*, § n° 312 et s.

¹⁹⁸ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Cie gale de la grande pêche*, Rec. CE, p. 23 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque.

¹⁹⁹ CE, sect., 17 février 1939, *Sté coopérative militaire d'Alsace*, Rec. CE, p. 97.

²⁰⁰ CE, 24 avril 1953, *Etablissements Chosson*, Rec. CE, p. 191.

²⁰¹ CE, 17 juillet 1950, *Sieur Menoreau*, Rec. CE, p. 448.

²⁰² Voir notamment, CE, 13 février 1952, *Sieurs Costa*, Rec. CE, p. 104 - CE, 14 octobre 1955, *Société Piscine Lutétia*, Rec. CE, p. 479.

²⁰³ CE, sect., 1^{er} février 1980, *Rigal*, Rec. CE, p. 64.

Mais à côté de ces hypothèses, se développe un autre cas de figure : celui où l'administration est l'auteur d'une inaction. Le particulier est ici face, soit à un refus d'agir, soit à une impossibilité d'agir, lui causant dans les deux cas un préjudice. L'idée d'une responsabilité pour faute est là aussi rejetée par le juge administratif, lequel légitime le comportement de l'administration. Toutefois, cette légitimation ne se fait plus par référence à l'intérêt général, mais plutôt par l'évocation de circonstances légales ayant guidé l'inaction.

§ 2 : L'inaction est le résultat de circonstances légales

71 - L'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat nous permet de dégager une hypothèse particulière de responsabilité sans faute, dans le sens où, ce ne sont plus les conséquences d'un acte qui vont engager la responsabilité de son auteur, mais tout simplement l'inaction ou le refus d'agir. A première vue, ce constat peut étonner puisque très logiquement un tel comportement de l'administration devrait être constitutif d'une faute permettant, au particulier lésé, de mettre en œuvre à la fois un recours pour excès de pouvoir afin de faire annuler ce refus d'agir, mais aussi un recours de plein contentieux afin de bénéficier d'une indemnisation de son préjudice. Or, dans ce cas de figure, le juge administratif va rejeter tout comportement fautif de l'administration en se fondant sur le fait que, dans certains cas, l'inaction peut être justifiée par des circonstances légales. Celles-ci vont permettre en quelque sorte de légitimer le refus ou l'impossibilité d'agir, au même titre que la notion d'intérêt général avait permis de légitimer l'édiction de normes créant entre les citoyens une rupture d'égalité devant les charges publiques.

72 - On peut ainsi distinguer deux types de circonstances permettant de rejeter toute faute de l'administration selon le rôle devant être assumé par elle. Dans le cadre de sa jurisprudence sur l'égalité devant les charges publiques, le Conseil d'Etat a tout d'abord admis que le refus des autorités de prêter main forte à l'exécution des décisions judiciaires, comme de refuser le concours de la force publique, est en principe constitutif d'une faute indemnisable, à moins qu'une menace d'atteinte à l'ordre public ne vienne légitimer ce refus. Dans ce premier cas, l'élément retenu par le juge administratif afin de se prononcer sur le comportement légal ou non de l'autorité administrative va être l'existence de motifs d'ordre public, de troubles à la tranquillité, la sécurité ou la salubrité publique. Tant que l'administration pourra légitimer son refus d'agir en se fondant sur de tels éléments, il n'y aura jamais lieu de reconnaître une faute en sa défaveur.

Mais cette notion d'ordre public ne va pas être le seul facteur de légitimation de l'inaction des autorités administratives. En effet, le Conseil d'Etat va étendre son raisonnement à une seconde hypothèse et reconnaître ainsi la possibilité pour un particulier, d'être indemnisé sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, lorsqu'il a subi un préjudice du fait de l'impossibilité des autorités administratives à faire respecter leurs propres décisions. Ici encore on peut s'interroger sur les motifs du rejet de la faute. Puisque manifestement l'administration a échoué à faire respecter ses décisions, pourquoi ne devrait-elle pas être reconnue fautive ? Tout simplement selon le juge administratif au motif qu'elle n'est pas restée inactive et a mis en œuvre divers moyens pour parvenir à faire respecter la réglementation mais sans succès. De ce fait, le Conseil d'Etat reconnaît en quelque sorte aux autorités administratives la possibilité de s'exonérer de toute faute dans le cas où celles-ci auraient respecté l'obligation de moyens qui pèse sur elles. C'est sur le fondement de cette obligation que va être appréciée l'inaction des services de l'administration afin de juger si celle-ci est régulière ou non.

73 - L'abstention de l'administration peut ainsi être légitimée par des motifs d'ordre public ou par une simple obligation de moyens, excluant de ce fait toute idée de faute, tout en permettant néanmoins l'indemnisation du particulier²⁰⁴ sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Ces circonstances légales reposent sur des notions assez imprécises et pouvant faire l'objet de diverses interprétations selon que l'objectif du juge sera de protéger d'une façon plus ou moins affirmée la liberté d'action de l'administration (A).

De plus, du fait de la marge d'interprétation laissée au juge administratif, ces circonstances légales vont pouvoir être opposées au requérant dans de nombreuses hypothèses, renforçant alors le domaine de la responsabilité sans faute. Les conséquences de cette légitimation du refus d'agir seront donc mitigées, surtout du point de vue du particulier lésé (B).

²⁰⁴ A noter que, dans le cas de refus de concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice, la responsabilité de l'Etat ne pourra être engagée qu'à l'égard de la personne au profit de laquelle a été rendue ladite décision. Voir, par ex., CE, 17 février 1988, *Laporte*, Rec. CE, p. 70 ; D., 1988, IR, p. 707.

A - Une légalité aux fondements imprécis

74 - Ici, il s'agira de distinguer les deux hypothèses de légitimation de l'inaction étatique dégagées par la jurisprudence administrative. On trouve, d'une part, les motifs d'ordre public pouvant justifier un refus de prêter main forte à l'exécution d'une décision de justice comme le refus de concours de la force publique, ou le renoncement tardif à un projet (1) et, d'autre part, l'obligation de moyens et non de résultat qui pèse sur l'administration lui permettant de régulariser son impuissance face à une situation qui aurait nécessité une intervention de sa part (2).

Un même constat peut être fait à propos de ces deux éléments. Ils sont assez difficiles à apprécier dans leur globalité, à définir de manière précise, leur étendue dépendant en grande partie de la position adoptée par le juge administratif.

1. *Les motifs d'ordre public : justification du refus d'agir*

75 - L'admission d'une responsabilité sans faute de l'Etat suite à un refus d'intervenir légitimé par des motifs d'ordre public va avoir lieu pour la première fois à l'occasion de la célèbre décision « Couitéas »²⁰⁵. En l'espèce, il s'agissait d'un refus de prêter main forte à l'exécution d'une décision de justice, plus précisément d'un jugement d'expulsion. De manière générale, les jugements rendus par les tribunaux judiciaires emportent le plus souvent une obligation mise à la charge d'un particulier. Si celui-ci ne s'en acquitte pas, son adversaire peut solliciter le recours d'un huissier. Mais, les huissiers n'étant pas autorisés à user de la contrainte physique, la loi prévoit la possibilité de requérir l'assistance de la force publique (police nationale ou gendarmerie) afin de faire exécuter la sentence. Ainsi, en cas de refus de concours de la force publique, le préfet à l'origine de la décision commet une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

En l'espèce, les faits étaient un peu particuliers puisqu'il était question d'assurer l'exécution d'un jugement reconnaissant à un particulier la légitime possession d'un domaine situé en Tunisie et lui conférant le droit d'en faire expulser les nombreux indigènes qui l'occupaient. Le considérant de principe du Conseil d'Etat est néanmoins limpide : « *le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré (...) le gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette*

²⁰⁵ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. CE, p. 789 ; D., 1923.3.59, concl. Rivet ; RDP, 1924, p. 75, concl., et p. 208, note G. Jèze ; S., 1923.3.57, concl. et note M. Hauriou. Pour une réaffirmation du principe, voir, CE, sect., 5 décembre 1947, *Beistegui*, Rec. CE, p. 460.

exécution et le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité ».

Il appartient donc au juge administratif d'apprécier la pertinence des motifs d'ordre public²⁰⁶ invoqués par l'administration à l'appui de son refus de prêter main forte. En cas de motifs réguliers, le particulier pourra être indemnisé sur le fondement de la rupture d'égalité²⁰⁷. Dans le cas inverse, les services de l'Etat pourront se voir opposer leur refus comme constitutif d'une faute lourde, tandis que la décision sera déclarée illégale et annulée²⁰⁸. En l'espèce, le Conseil d'Etat va accorder une indemnité au sieur Couitéas, au motif que « *la mesure prise à son égard, lui a imposé, dans l'intérêt général, un préjudice pour lequel il est fondé à demander une réparation pécuniaire* ». Ici, le refus du gouvernement semblait facilement excusable par le contexte de l'affaire, comme le précise le commissaire du gouvernement Rivet dans ses conclusions en relevant, qu'« *il n'est pas douteux que le Gouvernement pouvait se considérer comme exposé à une levée en masse, qui mettrait, en face de ses troupes, un bloc compact d'indigènes solidaires, résolu à défendre chèrement le sol dont on voudrait les déposséder* »²⁰⁹.

76 - Cette jurisprudence va rapidement être transposée en matière de décision de justice ordonnant l'expulsion de grévistes²¹⁰ ou de locataires²¹¹. A noter cependant que, depuis

²⁰⁶ Le Conseil d'Etat jugea ainsi que l'expulsion des occupants d'un immeuble présentait un risque pour l'ordre public, compte tenu de leur personnalité et des coups de feu qui avaient été échangés (CE, 27 février 1985, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Gouttegata*), tout comme l'expulsion d'un chômeur père de huit enfants dont deux en bas âge pouvait faire craindre un danger pour l'ordre public (CE, 19 mai 1983, *Ministre de l'Intérieur c/ M. et Mme Lemoy*, Dr. adm., 1983, n° 305).

²⁰⁷ A l'époque, cet arrêt avait suscité de vifs débats parmi la doctrine, les auteurs s'opposant sur la portée à accorder à cette décision. Ainsi, M. HAURIUO, hostile à une généralisation de la responsabilité sans faute fondée sur la seule anormalité du préjudice, demande-t-il que l'on reformule « la porte imprudemment entrouverte par notre arrêt Couitéas » (S., 1923.3.57). A l'inverse, G. JEZE accueille cet arrêt avec enthousiasme : « l'indemnité est due toutes les fois que le préjudice est spécial » (cf. RDP, 1924, p. 208).

²⁰⁸ Depuis les décisions « SCI Stéphaur » (CE, 29 mars 2002, RFDA, 2002, p. 665 ; AJDA, 2003, p. 345, note P. Grosieux) et « Gaz de France » (CE, 21 novembre 2002, RFDA, 2002, p. 1025), le juge administratif accepte en effet de plus en plus d'envisager le refus de prêter main forte à l'exécution d'une décision d'expulsion sous l'angle de la légalité, et non plus seulement sous celui de la responsabilité. Un tel constat s'explique par le fait que, dans ces deux espèces, le Conseil d'Etat affirme pour la première fois, de manière limpide, que « le droit de propriété a (...) le caractère d'une liberté fondamentale », dont l'exercice peut faire l'objet d'une « atteinte grave et manifestement illégale » en cas de refus par un préfet de prêter son concours à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion. Là encore, comme dans le contentieux de la responsabilité, l'illégalité n'est pas constituée si l'exécution est susceptible d'engendrer un trouble grave à l'ordre public, dont l'administration doit rapporter la preuve.

²⁰⁹ Concl. RIVET sur, CE, 30 novembre 1923, *Couitéas, D.*, 1923.3.63.

²¹⁰ Voir, notamment : CE, Ass., 3 juin 1938, *Société La Cartonnerie et Imprimerie Saint-Charles*, Rec. CE, p. 521, concl. Dayras ; D., 1938.3.65, note Appleton ; S., 1939.3.9, concl. ; RDP, 1938, p. 375, note G. Jèze ; Dr. soc., 1938, p. 241, concl. - CE, 3 mars 1976, *Pompier*, Rec. CE, T, p. 1102 - CAA Paris, 19 décembre 1991, *Société Alacatel-Cit*, req. n° 89PA01879 - CAA Paris, 26 juin 1997, *SARL Fatical*, Juris-Data, n° 1997-044657.

²¹¹ Voir, par ex. : CE, 9 novembre 1967, *Ministre de l'Intérieur c/ Dame Fiat*, Rec. CE, p. 409 ; JCP, 1968, G, II, n° 15561, note Durand-Prinborgne ; AJDA, 1968, p. 257, concl. Galmot - CE, 26 juin 1968, *Aimé et Louis Martinod*, Rec. CE, p. 399 ; Dr. adm., 1968, n° 259 - CE, 28 juin 1968, *Delle Bagsnska*, JCP, 1968, G, II, n° 15562 - CE, 21 mai 1969, *Stern*, Dr. adm., 1969, n° 230 - TA Saint-Denis de la Réunion, 26 avril 1978, *Consorts*

la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991²¹² portant réforme des procédures civiles d'exécution, et encore plus depuis la décision du Conseil constitutionnel « Taxe d'habitation »²¹³, la jurisprudence « Couitéas » n'a plus lieu de s'appliquer en elle-même. En effet, non seulement l'article 16 de la loi de 1991 pose le principe selon lequel « *l'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et des autres titres exécutoires. Le refus de l'Etat de prêter son concours donne droit à réparation* », mais encore le Conseil constitutionnel est venu en quelque sorte « *constitutionnaliser la jurisprudence Couitéas* »²¹⁴ en rappelant que « *dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public, l'autorité administrative peut, sans porter atteinte au principe sus-évoqué, ne pas prêter son concours à l'exécution d'une décision juridictionnelle* ». Les règles prétoriennes dégagées jusqu'alors reçoivent ainsi formalisation.

Cette solution jurisprudentielle ne va cesser de s'étendre à d'autres hypothèses²¹⁵, puisque le juge administratif va reconnaître aux forces de police un droit légitime de refuser leur concours, en dehors même de toute décision de justice, eu égard aux nécessités de l'ordre public. Le même motif de légitimation permettra ainsi l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat en cas de renonciation tardive par l'administration à l'exercice de son droit d'expropriation²¹⁶.

Au vu de ces nombreux cas consacrés par la jurisprudence, il est donc permis d'affirmer que les motifs d'ordre public peuvent dispenser l'administration d'appliquer la loi²¹⁷. Toutefois, « *ce refus ne se situe pas en dehors de la légalité, puisque l'autorité administrative est considérée comme refusant légalement le concours de la force publique (...) la notion d'ordre public a le pouvoir de légitimer, de valider ce qui normalement est contraire aux textes de lois* »²¹⁸. *A contrario*, dans l'hypothèse où les nécessités d'ordre public invoquées afin de justifier l'atteinte à une liberté ne sont pas démontrées, il appartient au juge, en vertu de la théorie du détournement de pouvoir, d'annuler toute décision prise.

Pegron c/ Ministre de l'Intérieur, Rec. CE, T, p. 938 - CE, 17 février 1988, *Laporte*, préc. - CE, 24 février 1989, *SA Emaillerie de la Marne*, Dr. adm., 1989, n° 195 - CAA Douai, 6 juin 2002, *SAHLM de Lille et environs*, AJDA, 2002, p. 1080 - CAA Paris, 19 novembre 2002, *Sté Matimmob 4*, AJDA, 2003, p. 695.

²¹² JO, 14 juillet 1991, p. 9228.

²¹³ CC, n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (Taxe d'habitation)*, Rec. CC, p. 276 ; RJC, p. I-765 ; RFDC, 1998, p. 765, note J. Trémeau ; AJDA, 1998, p. 705, chron. J.-E. Schoettl ; Cahier Cons. constit., 1999, n° 6, p. 6 ; JCP, 1999, G, I, n° 141, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux ; LPA, 30 juillet 1999, n° 151, p. 29, chron. B. Mathieu, M. Verpeaux et S. Aivazzadeh.

²¹⁴ J. TREMEAU, « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », AJDA, 2003, p. 656.

²¹⁵ Concernant l'étude détaillée de ces hypothèses d'extension de la jurisprudence, voir, *infra*, § n° 89 et s.

²¹⁶ Voir, notamment : CE, sect., 23 décembre 1971, *Electricité de France c/ sieur Farsat*, Rec. CE, p. 790 ; AJDA, 1976, p. 96, concl. J. Kahn ; JCP, 1971, G, II, n° 16820, note G. Beaufrère - CE, 3 mars 1976, *Girouard*, Rec. CE, p. 119 - CE, 6 octobre 1982, *Commune de Toulouse*, Rec. CE, T, p. 738 - CAA Nancy, 12 décembre 1991, *Rizki*, Rec. CE, T, p. 1183 - CAA Bordeaux, 9 mars 1995, *M. Phocas*, req. n° 93BX00010.

²¹⁷ CE, 11 mai 1987, *Société Bolten*, req. n° 7577.

²¹⁸ P. BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 42, 1962, p. 129.

77 - La notion d'ordre public constitue donc une excuse au refus d'agir de l'administration uniquement dans la mesure où pèsent de réelles menaces sur la sécurité. D'où l'importance de définir cette notion avec soin, chose qui n'apparaît pas toujours évidente. En effet, définir l'ordre public n'est pas chose facile tant la notion apparaît abstraite, contingente et évolutive. En droit interne, dans son acception traditionnelle, elle se présente comme une norme générale, impersonnelle et non écrite regroupant trois composantes essentielles à savoir la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques. Elle peut être appréhendée comme « *la paix interne qui permet à un groupe humain d'être vraiment une société* »²¹⁹ ou selon les termes du Doyen Vedel comme « *un certain minimum de conditions essentielles à une vie sociale convenable* »²²⁰. Elle présente ainsi la particularité d'être à la fois un état de fait (absence de troubles, ordre dans la rue et dans l'Etat) et un ensemble de règles juridiques.

Dans tous les cas, l'ordre public reste très intimement lié à l'idée de liberté car il constitue l'exception, la réserve à l'effet normal d'une norme. On a là une application de la règle selon laquelle, « *le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens (...) et toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception* »²²¹. L'ordre public est donc nécessaire à la liberté, laquelle ne peut s'exercer sans lui. La notion reste, de ce fait, limitée au domaine de la police car c'est là sa finalité essentielle, contrairement à la notion d'intérêt général qui, on l'a vu, touche des domaines variés.

En l'état actuel de la jurisprudence, la notion d'ordre public ne se limite néanmoins pas à la trilogie traditionnelle - maintien de la sécurité, tranquillité et salubrité publiques. Il est en effet arrivé au Conseil d'Etat de ranger la sauvegarde de l'esthétique²²² au nombre des buts légaux du pouvoir de police administrative, dans le sens où la sauvegarde de l'environnement architectural ou naturel contre ce qui pourrait l'enlaidir participe du bon ordre à préserver. Mais c'est surtout l'adjonction de nouvelles composantes relatives au bon ordre moral²²³ qui a

²¹⁹ G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, 6^{ème} éd., 1998, p 7.

²²⁰ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 135, 1980, p. 105.

²²¹ Concl. CORNEILLE sur, CE, 10 août 1917, *Baldy*, rec. CE, p. 620.

²²² Voir, par ex. : TA Lille, 30 mars 1999, *Mme Tillieu*, LPA, 2 juin 1999, n° 109, p. 17, note D. Dutrieux (à propos d'un arrêté de police municipale qui réglementait les types de monuments funéraires acceptés dans le cimetière communal) - CAA Paris, 6 février 1996, *Société PHR Immobilier*, LPA, 27 mars 1996, n° 8, p. 5, concl. J.-P. Paître (concernant l'annulation d'un arrêté du maire de Paris qui avait autorisé la construction d'un immeuble dont la façade aurait été en discordance avec celles des édifices environnants).

²²³ Pour une définition intéressante de cette notion de moralité, faisant bien apparaître sa double fonction, voir, P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, op. cit., p. 35 : « Ce minimum éthique (...) n'est pas la traduction d'un code moral officiel mais plutôt le reflet d'un état des mœurs. Il a toutefois un caractère relativement objectif ; plus qu'un sentiment collectif diffus, c'est un minimum moral dont la moyenne des

permis de faire considérablement évoluer la notion. Ainsi, il est reconnu à l'autorité de police un pouvoir d'action dans le cadre de la préservation de la moralité publique²²⁴, comme dans celle de la dignité de la personne humaine²²⁵.

Dès lors, s'il est possible de délimiter de façon schématique l'ordre public, en donner une définition plus précise se heurte à un obstacle majeur. En effet, comme le souligne E. Picard, la notion « *est par essence évolutive, tout comme elle est relative, relative à un temps ou à un espace donné et relative aussi aux ordres juridiques qui les portent et qui ne sont pas nécessairement identiques dans leur essence* »²²⁶. L'ordre public s'apprécie donc en fonction de certaines valeurs concrètes et significatives. Il en résulte quelques fois une conséquence étonnante dans la mesure où, les autorités compétentes, pour définir les exigences susceptibles de justifier une restriction à la liberté, préfèrent se référer à ces valeurs plus précises plutôt qu'à la notion d'ordre public en elle-même, à tel point que celles-ci apparaissent distinctes et extérieures à la notion qui devient alors vidée de tout contenu propre.

78 - Il existe néanmoins un point sur lequel l'imprécision ne règne pas, c'est celui de la valeur juridique de l'ordre public. En effet, par une jurisprudence constante depuis 1982²²⁷, le Conseil constitutionnel lui a accordé le statut « *d'objectif de valeur constitutionnelle* » impliquant la nécessité, pour le législateur, de concilier l'exercice des libertés avec la prévention des atteintes à l'ordre public susceptibles de le limiter. Il appartiendra ainsi au juge administratif de vérifier au mieux la cohabitation de deux principes constitutionnels : le droit

citoyens prend conscience comme de règles obligatoires ». Cette nouvelle conception de l'ordre public s'oppose incontestablement à la vision traditionnelle développée, à son époque, par M. HAURIOU pour qui, la police « ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées et dans les sentiments, elle ne pourchasse pas les désordres moraux (...) si elle l'essayait, elle verserait immédiatement dans l'oppression des consciences » (cité par P. BERNARD, *idem*).

²²⁴ Voir la jurisprudence sur les interdictions municipales de films cinématographiques, avec notamment : CE, sect., 18 décembre 1959, *Sté Les films Lutétia*, Rec. CE, p. 693 ; AJDA, 1960, p. 20, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert ; D., 1960, p. 171, note P. Weil ; JCP, 1961, G, II, n° 11898, note P. Mimin ; Rev. adm., 1960, p. 31, note P. Juret ; S., 1960, p. 9, concl. H. Mayras - CE, sect., 30 juin 2000, *Association Promouvoir*, JCP, 2000, G, I, n° 274, obs. A. Ondoua ; RDP, 2001, p. 367, obs. C. Guettier ; RFDA, 2000, p. 1282, note M. Canedo, et p. 1311, obs. J. Morange.

²²⁵ Voir la jurisprudence concernant la légalité des arrêtés municipaux interdisant le lancer de nain au motif qu'une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine, avec notamment : CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, Rec. CE, p. 372, concl. P. Frydman ; AJDA, 1995, p. 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; D., 1966, p. 177, note G. Lebreton ; JCP, 1996, G, II, n° 22630, note F. Hamon ; JCP, 1997, G, I, n° 4019, chron. J. Petit ; LPA, 24 janvier 1996, n° 11, p. 28, note M.-C. Rouault ; RDP, 1996, p. 536, note M. Gros et J.-C. Froment ; RFDA, 1995, p. 1204, concl. P. Frydman ; *EDCE*, 1996, n° 47 p. 309.

²²⁶ E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », AJDA, 1996, n° spécial, p. 64.

²²⁷ CC, n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, 57^{ème} consid., Rec. CC, p. 45 - CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, 19^{ème} consid., Rec. CC, p. 224 - CC, n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, 2nd et 3^{ème} consid., Rec. CC, p. 170 - CC, n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, 10^{ème} consid., Rec. CC, p. 45.

de propriété²²⁸ et les nécessités de l'ordre public. Certains auteurs, à l'image de C. Vimbert, s'interrogent tout de même sur la source textuelle d'une telle qualification, indiquant que « *tout se passe comme si ce concept relevait de l'évidence ou de l'immanence, c'est-à-dire de la nature même des choses* »²²⁹ du fait que l'ordre public ne serait qu'implicitement visé comme butoir des libertés dans la Déclaration de 1789.

79 - Le constat final sera que la notion d'ordre public est virtuellement inépuisable donc insaisissable dans sa totalité. Il appartiendra au juge administratif, au fil de sa jurisprudence, de tenter de la délimiter au mieux, sans pour autant être trop précis afin de pouvoir faire évoluer ses composantes dans un sens plus ou moins restrictif²³⁰. Le refus d'agir pourra ainsi être légitimé par référence à une notion évolutive donc nécessairement imprécise. Ceci peut constituer un désavantage certain pour le particulier lésé dans la mesure où, en cas de légitimation du refus d'agir, il sera plus difficile pour lui de prouver la faute lourde de l'Etat plutôt que le caractère anormal et spécial²³¹ de son préjudice.

Parallèlement à ces motifs d'ordre public légitimant un refus d'agir, le juge administratif utilise une autre méthode de légitimation afin d'exclure toute faute de l'Etat en cas de carence. En effet, face à l'impossibilité de faire respecter ses propres décisions, il est permis à l'administration de faire valoir que son éventuelle action ne répond qu'à une obligation de moyens et non de résultat. Mais là encore, ce raisonnement va se révéler source d'imprécisions.

²²⁸ Depuis la décision du Conseil constitutionnel en date du 16 janvier 1982 (cf. CC, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec. CC, p. 18 ; RJC, p. I-104), nous savons que le droit de propriété constitue un droit à valeur constitutionnelle. Au fil de sa jurisprudence, le Conseil va préciser ensuite quelles sont les composantes de ce droit. Parmi elles, on peut citer le droit de disposer librement de son bien (CC, n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Statut de la Polynésie*, RJC, p. I-660 ; AJDA, 1996, p. 373), de son patrimoine (CC, n° 98-403, 29 juillet 1998, *Taxe d'habitation*, préc.), le droit de chasser librement sur un de ses biens fonciers (CC, n° 2000-434 DC, 20 juillet 2000, *Loi sur la chasse*, Rec. CC, p. 107 ; RDP, 2000, p. 1542, note F. Luchaire ; LPA, 18 décembre 2000, n° 251, p. 8, note F. Sauvageot ; RFDC, 2000, n° 44, p. 833, note D. Ribes ; LPA, 24 juillet 2000, n° 146, p. 18, note J.-E. Schoettl), comme le droit de construire (CC, n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, rec. CC, p. 176).

A noter que, le juge administratif n'hésite pas à aller plus loin dans la délimitation du contenu de la notion de droit de propriété, en y incluant le droit pour le locataire de disposer librement des biens pris à bail (CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, BJCL, juin 2002, p. 93, concl. T. Olson ; RFDA, 2002, p. 665).

²²⁹ C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RDP, 1994, p. 709.

²³⁰ Cette importante liberté du juge dans la détermination, tant du contenu de la notion d'ordre public que de ses effets, pose la question de l'existence d'un rôle politique des tribunaux. En effet, le juge se référant souvent à des catégories juridiques ouvertes, on peut s'interroger sur le rôle de ces notions malléables, et notamment rechercher si leur utilisation n'est pas plus déterminée en fonction de leurs conséquences juridiques que de leur nature intrinsèque. A ce sujet voir, D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 62, 1972, p. 123 et s.

²³¹ Sur l'appréciation du caractère anormal et spécial du préjudice par la jurisprudence, voir, *infra*, § n° 384 et s.

2. *L'obligation de moyens : justification de l'impuissance à faire respecter ses propres décisions*

80 - Les administrés sont naturellement en droit d'attendre que l'administration fasse le nécessaire afin que les normes juridiques soient respectées de tous. Si celle-ci manque à cette mission, elle commet en principe une faute de nature à engager sa responsabilité. Mais il est des circonstances où l'abstention de l'administration ne sera pas fautive, entraînant ainsi une indemnisation sur le terrain de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Ici, on ne se situe plus dans une hypothèse de légitimation du refus par des motifs d'ordre public. Sur quel fondement va-t-on alors pouvoir exclure la faute de l'administration ? Selon le Conseil d'Etat, la carence peut très bien ne pas constituer une faute dans la mesure où elle n'est pas systématique, mais résulte seulement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration, en conformité totale avec l'obligation de moyens qui pèse sur elle.

81 - Cette jurisprudence particulière va être inaugurée par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt d'Assemblée « *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ sieur Sastre* »²³² du 7 mai 1971. En l'espèce, il s'agissait d'une requête d'un commerçant en gros de Bordeaux installé sur le « *marché d'intérêt national* » de Brienne et qui se plaignait de la concurrence irrégulière que lui faisaient certains de ces collègues en continuant à pratiquer la vente en gros sur le marché « *des Capucins* », au mépris du « *périmètre négatif de protection* » institué au profit du marché de Brienne. L'administration avait bien essayé d'exercer des poursuites pénales mais les contrevenants furent relaxés à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation considérant comme illégal le décret instituant le périmètre. La Haute juridiction, saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret, va quant à lui adopter une position diamétralement opposée en admettant sa légalité. Mais les poursuites ne furent néanmoins pas entreprises et les négociants qui s'étaient installés sur le marché de Brienne pouvaient légitimement se plaindre de la non-application du décret de 1962. Saisi en appel, le Conseil d'Etat devait alors se prononcer sur une question inédite à savoir quelle solution adopter lorsque l'administration s'avère incapable de faire respecter des règles obligatoires. De façon assez surprenante, le juge administratif va constater l'impuissance de l'administration tout en refusant de la considérer comme fautive puisque celle-ci n'est pas restée inactive et avait tenté de faire respecter la législation en

²³² CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ sieur Sastre*, Rec. CE, p. 334, concl. Gentot ; JCP, 1972, G, I, n° 2246, note D. Loschak ; RDP, 1972, p. 443, note M. Waline ; Gaz. Pal., 1972.1.172, note J. Mégret.

vigueur. Ainsi, il va trancher en faveur de l'absence de « *carence systématique constitutive de fautes de nature à engager la responsabilité, soit de la ville de Bordeaux, soit de l'Etat* ».

Le facteur de légitimation de la carence va donc être ici le fait que l'administration avait l'obligation de mettre en œuvre des moyens pour faire respecter la réglementation qu'elle avait elle-même édictée et qu'ayant utilisé certains de ces moyens, on ne peut pas lui reprocher un comportement fautif. En l'espèce, l'administration avait entrepris des poursuites pénales contre les contrevenants mais sans succès du fait de circonstances indépendantes de sa volonté qui ont paralysé son action. En effet, plus de 500 procès-verbaux avaient été dressés pour infraction aux dispositions du décret de 1962, mais aucune poursuite n'avait abouti en raison des jugements de relaxe prononcés par les tribunaux répressifs motivés par l'illégalité dudit décret.

Ceci peut paraître un peu étonnant dans la mesure où l'administration devrait mettre en œuvre tout ce qui est de sa compétence afin de parvenir à faire respecter la réglementation qu'elle a édictée. Néanmoins, comme le résume D. Loschak, « *l'Administration a le choix des moyens, elle n'est pas tenue d'utiliser ceux dont la loi ne lui fait pas obligation d'user, le juge entérine par avance les réticences éventuelles de l'Administration à exercer avec plus d'énergie ses prérogatives lorsqu'elle craint de mécontenter certains secteurs de l'opinion publique* »²³³. Ainsi, l'administration se trouve chargée d'une obligation de moyens et non de résultat en ce qui concerne l'exécution des normes législatives et réglementaires.

82 - Ce raisonnement va recevoir confirmation à l'occasion d'une seconde décision importante rendue en la matière, à savoir l'arrêt d'Assemblée du 20 mars 1974 « *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ sieur Navarra* »²³⁴. Il s'agissait ici de se prononcer sur la nature de la responsabilité encourue par l'administration du fait d'un défaut d'action pour faire appliquer, cette fois-ci une loi, et non plus un décret. Les faits étaient assez simples. Le requérant se plaignait de l'implantation, sans permis de construire et à proximité de sa maison de campagne, d'un cabanon flanqué d'une dalle en béton destinée à recevoir une caravane, les eaux usées de cette installation s'écoulant en plus sur sa propriété. Informé de l'affaire, le préfet s'est contenté d'adresser une « invitation » au contrevenant afin qu'il déplace sa construction, mais en aucun cas il ne saisit

²³³ D. LOSCHAK, « Un nouveau cas de responsabilité sans faute : L'impuissance de l'administration à faire respecter ses propres décisions (A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ sieur Sastre*) », JCP, 1972, G, I, n° 2446.

²³⁴ CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ sieur Navarra*, Rec. CE, p. 200, concl. Rougevin-Baville ; AJDA, 1974, p. 303, chron. M. Franc et M. Boyon ; D., 1974, p. 481, note J.-P. Gilli ; JCP, 1974, G, I, n° 1752, note G. Liet-Veaux ; RDP, 1974, p. 924, note J. de Soto.

le Parquet de l'infraction à la réglementation de l'urbanisme afin d'obtenir la démolition des constructions irrégulières.

Le tribunal administratif d'Orléans conclue à une faute de l'Etat, mais là encore, le Conseil d'Etat se refusa à un tel raisonnement au motif qu'« *aucune disposition législative ou réglementaire ne prive l'autorité administrative du droit d'apprécier s'il convient de solliciter de l'autorité judiciaire la démolition, prévue à l'article 104 du code de l'urbanisme et de l'habitation* ». L'élément de légitimation de la carence va être, comme dans l'affaire jugée en 1971, une sorte d'obligation de moyens dans le sens où ici, afin de faire respecter la loi, l'administration possédait une sorte de pouvoir discrétionnaire d'agir dans le sens le plus opportun. Elle demeurait maîtresse de l'opportunité d'engager des poursuites administratives ou pénales ou d'utiliser tout autre moyen pour régler la situation. En l'espèce, elle a préféré adresser une invitation au contrevenant et selon le Conseil d'Etat aucune responsabilité pour faute ne peut être engagée sur ce choix, puisque aucun texte impératif ne la contraignait à engager des poursuites et que son inertie n'a pas compromis l'ordre public. Il convient toutefois de préciser que cet arrêt n'aura pas de descendance productive, le législateur étant intervenu le 31 décembre 1976 afin d'instaurer une obligation de constater les infractions en matière d'urbanisme²³⁵.

83 - On peut avoir une approche assez critique de cette position du Conseil d'Etat en matière de carence à faire respecter des normes législatives ou réglementaires. En premier lieu, tout comme la notion d'ordre public étudiée précédemment, l'obligation de moyens reconnue pourra être porteuse d'imprécisions voir d'incertitudes, et donc permettre une interprétation souple du comportement de l'administration. Ainsi, dans l'espèce « Sastre », le tribunal administratif de Bordeaux avait jugé le comportement du maire de la ville comme constitutif d'une faute dans la mesure où, ayant la possibilité de procéder au retrait des autorisations portant concession de places sur le marché des Capucins aux commerçants en infraction, il s'était abstenu de le faire. Pour le Conseil d'Etat au contraire, rien n'obligeait le maire à agir de la sorte, donc on ne pouvait considérer son abstention comme fautive. Le danger peut venir du paradoxe relevé par D. Loschak selon lequel on peut estimer « *qu'en prenant une série de mesures restées inefficaces, l'Administration a suffisamment démontré sa bonne volonté, tout en admettant par ailleurs qu'elle disposait d'autres moyens, qui*

²³⁵ Selon l'art. L. 480-1 du Code de l'Urbanisme, l'administration est désormais tenue de faire dresser un procès-verbal lorsqu'elle a connaissance de telles infractions, et une copie du procès-verbal doit être transmise sans délai au Ministère public. L'administration n'a donc plus la liberté de constater l'infraction, et sa responsabilité peut alors être engagée, sur le fondement de la faute, en cas de refus illégal d'effectuer ce constat.

auraient pu se révéler efficaces, mais qu'elle n'était pas obligée d'utiliser »²³⁶. La qualification du comportement de l'administration va alors être essentiellement affaire d'espèce, dans le sens où seule « une carence systématique » comme le relève le Conseil d'Etat, sera constitutive d'une faute, toute autre hypothèse étant laissée à l'appréciation du juge. L'obligation pesant alors sur l'administration pourra être qualifiée « d'obligation de moyens atténuée »²³⁷, puisque l'inaction ne sera pas toujours constitutive d'une faute et que l'Etat gardera le choix des moyens à mettre en œuvre sans avoir à les utiliser tous.

En second lieu, la légitimation de la carence par le principe de l'opportunité des poursuites peut sembler dangereuse dans la mesure où, dans l'espèce « Navarra », la construction irrégulière était achevée au moment de la procédure, et que le seul moyen à la disposition du maire pour faire cesser le préjudice, se révélait être la saisine de l'autorité judiciaire. Le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville, conscient de cette anomalie, avait d'ailleurs suggéré de conclure au rejet de la faute du fait de l'absence de caractère direct et certain du préjudice, et il fût suivi par le juge.

84 - La liberté d'action de l'administration dans le choix des moyens à mettre en œuvre pour assurer le respect des règles en vigueur peut donc être facteur de légitimation d'un quelconque échec de cette mission. Mais cette exclusion de la faute n'est heureusement pas synonyme d'exclusion de la responsabilité, car malgré le caractère régulier de la carence, il existe des hypothèses où celle-ci peut préjudicier gravement aux droits des particuliers. Dans ce cas, le juge administratif, par souci réel d'équité, reconnaît la possibilité pour le particulier d'obtenir une indemnité sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, afin de ne pas avoir à supporter seul les conséquences dommageables de l'inaction. C'est ce qui s'est passé dans les deux espèces étudiées après reconnaissance du caractère anormal et spécial du préjudice.

De plus, si la décision de ne pas poursuivre relève bien d'un choix d'opportunité, elle n'échappe pas pour autant à tout contrôle devant le juge de l'excès de pouvoir²³⁸. Dans cette hypothèse, le juge administratif se livre d'ailleurs à un contrôle assez poussé du pouvoir d'appréciation de l'administration. Ainsi, dans un arrêt récent reconnaissant, pour la première

²³⁶ D. LOSCHAK, « Un nouveau cas de responsabilité sans faute : L'impuissance de l'administration à faire respecter ses propres décisions », art. préc., p. 25.

²³⁷ *Idem.*

²³⁸ Pour une application de la ligne de jurisprudence définie par l'arrêt « Sastre », aux cas de recours pour excès de pouvoir dirigés contre des décisions de refus de poursuites rendues par des autorités administratives indépendantes, voir : CE, 23 avril 1997, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques*, Rec. CE, p. 163 - CE, 6 avril 1998, *Union syndicale de la production audiovisuelle*, AJDA, 1998, p. 729, concl. D. Chauvaux (à propos du Conseil supérieur de l'audiovisuel) - CE, sect., 27 octobre 1999, *Solana*, Rec. CE, p. 333 ; RFDA, 2000, p. 825, concl. J.-D. Combrexelle (concernant la Commission nationale de l'informatique et des libertés).

fois, la soumission au contrôle restreint du juge administratif des décisions de refus d'engager des poursuites prises par la Commission bancaire²³⁹, le Conseil d'Etat se livre à l'énonciation d'une liste des motifs invocables par la Commission pour justifier de son inaction²⁴⁰. Au travers de cette solution, transparaît alors la volonté du juge de « *circonscrire un peu plus la liberté dont bénéficie l'autorité administrative en application du principe de l'opportunité des poursuites et de l'informer, dès à présent, des motifs qu'elle acceptera d'elle qu'elle invoque pour justifier son inaction* »²⁴¹.

85 - Ici, il est important de bien distinguer cette jurisprudence de celle concernant les contraventions de grande voirie dans la mesure où, par dérogation à la règle normalement applicable en matière pénale, l'administration n'a pas dans ce cas le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration cède le pas devant un autre principe traditionnel, celui de la conservation du domaine public. Ainsi, dans un arrêt de principe concernant le domaine public maritime²⁴², le Conseil d'Etat indique que les autorités administratives compétentes sont dans l'obligation d'exercer des poursuites mais que la possibilité de désistement n'est toutefois pas exclue en cas de nécessité de respecter d'autres intérêts généraux comme les nécessités de l'ordre public. Cette solution dotée d'une portée générale se verra naturellement appliquée en matière d'atteintes au domaine public fluvial²⁴³. Le refus ou l'abstention d'assurer le respect de l'intégrité ou de l'affectation du domaine public est donc de nature à permettre une annulation de la décision du préfet, lequel ne s'est pas acquitté de son obligation de saisir le juge. De plus, après examen des circonstances ayant entraîné le refus, la responsabilité de l'Etat peut être engagée²⁴⁴.

²³⁹ CE, 30 décembre 2002, *Mme de Rimonteil de Lombares*, AJDA, 2003, p. 902, note Ph. Blanc.

²⁴⁰ En effet, selon le Conseil d'Etat, « (...) il appartient à la Commission bancaire (...) de décider des suites à donner à la plainte ; elle dispose, à cet effet, d'un large pouvoir d'appréciation et peut tenir compte de la gravité des manquements allégués au regard de la législation ou de la réglementation qu'elle est chargée de faire appliquer, du sérieux des indices relatifs à ces faits, de la date à laquelle ils ont été commis, du contexte dans lequel ils l'ont été et, plus généralement, de l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge (...) ».

²⁴¹ P. BLANC, note préc., p. 904.

²⁴² CE, sect., 23 février 1979, *Ministre de l'Équipement c/ Association « Des amis des chemins de ronde »*, Rec. CE, p. 75, concl. Bacquet ; AJDA, 1979, p. 83, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau ; D., 1979, p. 405, note M. Lombard, et IR, p. 267, obs. P. Delvolvé ; JCP, 1980, G, II, n° 19329, note J.-F. Davignon ; RDP, 1979, p. 1157, note M. Waline ; RJE, 1979, p. 218, concl. : « Les autorités chargées de la police et de la conservation du domaine public maritime, sont tenues, par application des principes régissant la domanialité publique, de veiller à l'utilisation normale des rivages de la mer et d'exercer à cet effet les pouvoirs qu'elles tiennent de la législation en vigueur, y compris celui de saisir le juge des contraventions de grande voirie. Si l'obligation faite à ces autorités trouve sa limite dans les autres intérêts généraux dont elles ont la charge et, notamment dans les nécessités de l'ordre public, elles ne sauraient légalement s'y soustraire, en revanche, pour des raisons de simple convenance administrative ».

²⁴³ CAA Paris, 18 novembre 1993, *Sté Sanara-Citerna*, Rec. CE, p. 482 ; LPA, 4 novembre 1994, n° 132, p. 6, note J. Morand-Deville.

²⁴⁴ CE, sect., 27 mai 1977, *SA Victor Delforge et Cie et Victor Delforge*, Rec. CE, p. 252 ; JCP, 1978, G, II, n° 18778, note B. Pacteau ; Rev. adm., 1977, p. 488, obs. G. Darcy. Dans le cas où l'intérêt général ou les

86 - Les fondements d'une légitimation de la carence administrative se révèlent ainsi imprécis dans la mesure où leur appréciation par le juge sera le plus souvent affaire d'espèce. Du fait de ce caractère modulable, le facteur de légitimité va engendrer des conséquences mitigées, le comportement du juge ayant des répercussions aussi bien sur l'administration que sur le particulier.

B - Une légalité aux conséquences mitigées

87 - La possibilité pour l'administration de légitimer son refus d'agir, tout comme son inaction, va être à l'origine de deux phénomènes *a priori* opposés. D'une part, le juge administratif ne va avoir de cesse d'étendre la responsabilité sans faute issue de la jurisprudence « Couitéas » à de nouveaux domaines, afin de permettre au particulier de pouvoir prétendre à une indemnisation de la charge anormale pesant sur lui, et ce, malgré le caractère régulier du comportement à l'origine de son préjudice. Cette extension va ainsi constituer un bénéfice apparent pour l'administré (1).

Mais d'autre part, à chaque fois qu'il sera confronté à une telle hypothèse de mise en cause de la responsabilité sans faute de l'Etat, le juge va avoir tendance à interpréter strictement le motif de légitimation. Il en va ainsi de la notion d'ordre public, entraînant une conséquence difficile pour le particulier, à savoir l'obligation pour lui de prouver la faute lourde des services de l'Etat. Cette jurisprudence n'est donc pas exempte de critiques puisqu'à l'ouverture du Conseil d'Etat concernant les domaines de mise en œuvre de cette responsabilité pour faute, correspondra une protection sous-jacente de l'administration (2).

1. *Un bénéfice apparent pour les administrés*

88 - La légitimation de l'inaction de l'administration par des moyens plus ou moins pertinents est loin d'être un avantage pour l'administré, lequel voit croître les hypothèses d'exclusion de la responsabilité pour faute de l'Etat. Néanmoins, par souci d'équité envers les particuliers et afin de contrebalancer la liberté laissée aux services de l'Etat, le juge va admettre l'éventualité d'une indemnisation du préjudice issu de l'inaction et ce sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. En effet dès l'arrêt « Couitéas », le Conseil d'Etat affirme que « *le préjudice qui résulte de ce refus (de concours*

nécessités de l'ordre public ont fait légalement obstacle à l'action de l'administration, il peut y avoir matière à responsabilité sans faute.

de la force armée) *ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité* »²⁴⁵. Le particulier lésé pourra ainsi bénéficier d'une réparation, à condition qu'il prouve que son préjudice revêt les caractères classiques de la responsabilité sans faute : anormalité et spécialité. Cette possibilité va donc constituer un bénéfice important pour l'administré, qui ne sera pas débouté du seul fait que l'administration ait agi de manière régulière.

89 - Son bénéfice va se révéler encore plus important dans la mesure où cette responsabilité sans faute va être adaptée à diverses hypothèses autres que celle du refus de concours de la force publique à l'exécution d'une sentence d'expulsion locative. Ainsi, la première réaffirmation du principe issu de l'arrêt « Couitéas » va intéresser le cas de refus de concours de la force publique afin de faire cesser l'occupation illicite de locaux industriels par des ouvriers en grève²⁴⁶. Le Conseil d'Etat considère que, pour la période postérieure à l'ordonnance d'expulsion, l'autorité administrative tenue en principe d'agir, a pu légalement différer son intervention du fait de circonstances exceptionnelles telles que l'éventualité de troubles graves, mais que cette autorisation ne doit pas priver le particulier de l'indemnisation de son préjudice du fait de la charge anormale pesant sur lui. Le juge administratif tente par souci d'équité de veiller au mieux à la conciliation des intérêts en présence : l'Etat est exempt de faute parce qu'il s'est abstenu d'accomplir un devoir pour éviter un plus grand mal, mais il doit tout de même indemniser la victime de son abstention, car celle-ci ne doit pas subir seule les conséquences d'une carence imposée dans l'intérêt de tous.

A noter que face à un mouvement de grève dans une usine, il appartient au préfet d'apprécier, eu égard à un motif de police, l'opportunité d'ordonner la fermeture des locaux. Ici encore, une telle atteinte aux libertés individuelles ne sera légitimée que dans le cas où il existerait réellement un trouble ou une menace de trouble à l'ordre public²⁴⁷. Dans le cas inverse, le requérant pourra engager la responsabilité pour faute lourde de l'Etat²⁴⁸.

²⁴⁵ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, préc.

²⁴⁶ CE, Ass., 3 juin 1938, *Sté La Cartonnerie et Imprimerie de Saint-Charles*, préc.

²⁴⁷ CE, 8 janvier 1943, *Sté Ballot et autres*, Rec. CE, p. 5 ; RDP, 1943, p. 77, obs. R. B. Ici, la fermeture de l'usine ordonnée par le préfet de l'Eure est déclarée justifiée et l'ordre de fermeture n'est pas susceptible d'annulation, dans la mesure où vu l'étendue des chantiers et la configuration des lieux, la fermeture constituait le seul moyen de sauvegarder l'ordre public menacé par une grève dans le cadre d'un conflit collectif du travail.

²⁴⁸ CE, 8 janvier 1943, 2 espèces, *Sté Valette-Viallard et André et autres*, Rec. CE, p. 4 ; RDP, 1943, p. 77, obs. R. B. Le Conseil d'Etat considère que les fermetures d'usines ordonnées par le préfet n'étaient pas exigées par le maintien de l'ordre public. En conséquence, puisque les circonstances ne pouvaient pas légitimer une atteinte aussi grave aux libertés individuelles, les autorités de police ont commis une faute lourde qui engage la responsabilité de l'Etat et l'oblige à réparer le dommage causé par la fermeture, tant à l'entreprise qu'aux ouvriers.

90 - Quelques temps plus tard, le Conseil d'Etat va admettre la possibilité d'une responsabilité sans faute de l'Etat en cas de carence à faire cesser une occupation sans titre du domaine public, à l'occasion d'une jurisprudence abondante concernant des manifestations collectives dans les ports. On s'éloigne ainsi de l'hypothèse de l'arrêt « Couitéas » qui concernait un particulier muni d'une sentence judiciaire lui permettant de prétendre au concours de la force publique pour faire cesser une occupation illicite de bien privés. Ici, aucune décision de justice n'est à exécuter, seul est recherché le rétablissement de l'accessibilité du domaine public.

L'arrêt de principe va concerner le domaine des voies navigables²⁴⁹. En l'espèce, deux sociétés faisaient grief aux pouvoirs publics de n'avoir pas su faire respecter l'ordre et la sécurité pendant tout un mois sur le domaine public fluvial, face à des mouvements de grèves d'artisans bateliers auteurs de barrages sur certains cours d'eau. Ici, était en question le comportement du préfet qui avait l'obligation de faire enlever, en cas d'urgence, ces obstacles à la navigation, selon la loi du 29 floréal an X et qui s'était abstenu de le faire. Pour le Conseil d'Etat, vu l'ampleur des mouvements déclenchés au printemps 1973, le préfet pouvait sans commettre une faute lourde, s'abstenir d'agir au nom des nécessités de l'ordre public. Le juge précise néanmoins que « *le dommage résultant de l'abstention des autorités administratives compétentes ne saurait être regardé, s'il excède une certaine durée, comme une charge incombant normalement aux usagers des voies navigables* » et indemnise en conséquence, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, le batelier qui avait été bloqué pendant un mois.

Cette jurisprudence va se voir étendue très logiquement aux ports maritimes par l'arrêt de section « Société les fils de Henri Ramel »²⁵⁰. Ici, les faits étaient un peu particuliers puisque ce n'était pas l'inaction des services de l'Etat qui était en cause mais une décision d'interdiction temporaire d'accès à un port. En effet, comme le rappelle le Conseil d'Etat dans son premier considérant, « *pour éviter les désordres qu'eût été de nature à provoquer le déchargement dans le port de Sète, de navires transportant du vin destiné aux consommateurs français, le préfet de l'Hérault a décidé (...) d'interdire l'accès de ce port aux navires citernes de toutes nationalités et de toutes provenances* », obligeant alors le navire appartenant à la société requérante à repartir sans avoir pu procéder aux opérations de déchargement. Cette décision était justifiée eu égard à l'ampleur du mouvement de grève déclenché par les viticulteurs du midi du fait de la mévente de leurs récoltes. Le Conseil d'Etat

²⁴⁹ CE, sect., 27 mai 1977, *SA Victor Delfoge et Cie et Victor Delforge*, préc. Voir, aussi, CE, 4 octobre 1978, *Ministre de l'Equipement c/ sté T. T. Linie*, Rec. CE, p. 355.

²⁵⁰ CE, sect., 7 décembre 1979, *Société « les fils de Henri Ramel »*, Rec. CE, p. 456 ; D., 1980, p. 303, concl. B. Genevois ; JCP, 1981, G, II, n° 19500, note B. Pacteau.

va donc, au nom des nécessités de l'ordre public, conclure au rejet de toute faute et à l'indemnisation de la société lésée sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques.

Quelques temps plus tard, c'est un mouvement revendicatif des marins-pêcheurs qui donnera lieu à une série d'arrêts²⁵¹ permettant d'affiner cette jurisprudence. Le contexte était le suivant : au mois d'août 1980, les entrées de la quasi-totalité des ports français d'une certaine importance avaient fait l'objet de blocages et de barrages. Le trafic s'était retrouvé bloqué pendant des périodes allant, selon les ports, de quelques heures à plus d'une semaine. L'Etat, fondé naturellement à intervenir pour rétablir l'ordre et la sécurité, s'était abstenu de le faire par crainte d'affrontements et de tensions supplémentaires. Le Conseil d'Etat a eu à se prononcer suite à des demandes d'indemnités présentées par des usagers. A chaque fois, il s'est efforcé, en premier lieu, de rejeter la faute lourde en constatant l'existence de nécessités d'ordre public ayant guidé l'inaction, puis a admis l'indemnisation des usagers à condition que le préjudice revête les caractères d'anormalité et de spécialité.

91 - La jurisprudence fut ensuite également étendue, avec l'arrêt du 6 novembre 1985 « Ministre d'Etat, Ministre des Transports c/ Touraine Air Transports et autres »²⁵², à une toute autre hypothèse, à savoir le cas de mouvements de grèves. Il s'agissait ici d'une grève ponctuelle des agents du service chargé du contrôle de la navigation aérienne de plusieurs aérodromes français. Ceux-ci avaient interrompu quotidiennement leur travail pendant plusieurs heures, empêchant ainsi l'envol et l'atterrissage des avions dans des conditions normales. L'origine du litige résidait donc dans le comportement des agents publics, et non plus de personnes privées comme lors des grèves dans les ports. Certaines compagnies aériennes avaient demandé l'indemnisation de leur préjudice, résultant d'une diminution importante du trafic de voyageurs. Elles engageaient ainsi la responsabilité du gouvernement qui s'était contenté de négocier avec le personnel plutôt que d'user de ses possibilités de réquisition ou de sanction.

²⁵¹ Voir, notamment : CE, 11 mai 1984, *Port autonome de Marseille*, Rec. CE, p. 178 ; AJDA, 1984, p. 706, note J. Moreau ; D., 1986, IR, p. 29, obs. F. Moderne et P. Bon - CE, sect., 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la Mer c/ sté Sealink U.K. limited*, Rec. CE, p. 246 et mêmes références que CE, 11 mai 1984, *Port autonome de Marseille*, préc. - CE, 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la Mer c/ société Townsend car ferries limited*, JCP, 1985, G, II, n° 20444, note B. Pacteau - CE, 11 mai 1987, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la mer c/ société Bolten*, req. n° 75577 - CE, 15 juin 1987, *Société navale des chargeurs Delmas-Vieljeux*, Rec. CE, p. 216 ; RFDA, 1988, p. 508, concl. O. Schrameck.

²⁵² CE, 6 novembre 1985, *Ministre d'Etat, Ministre des Transports c/ Touraine Air Transports et autres*, AJDA, 1986, p. 125. Voir, également, CE, 6 novembre 1985, *Sté Condorflugdienst*, et CE, 15 novembre 1985, *Ministre des Transports c/ sté Europe Aéro-service*, D., 1986, IR, p. 56.

Conformément à sa jurisprudence traditionnelle, le Conseil d'Etat va conclure au rejet de la faute du fait de l'absence de carence systématique, mais va accorder une indemnisation aux compagnies requérantes, victimes d'un préjudice anormal et spécial. A noter que la même solution sera appliquée ensuite dans l'hypothèse de grève des marins²⁵³.

92 - Enfin, on peut trouver une dernière extension de la jurisprudence « Couitéas » dans un domaine quelque peu inattendu et exceptionnel, à savoir la réparation des préjudices causés par une renonciation tardive à l'exercice du droit d'expropriation²⁵⁴, voire même l'abandon soudain d'un quelconque projet préalablement retenu²⁵⁵. Là encore, le juge administratif laisse une large marge de manœuvre à l'administration, dans la mesure où c'est à elle seule qu'il appartient d'apprécier l'opportunité du projet et d'agir en conséquence. Les risques d'atteinte à l'ordre public peuvent permettre d'abandonner le projet en toute légalité, comme d'octroyer l'indemnisation de la victime d'un préjudice anormal²⁵⁶ et spécial sur le fondement de la responsabilité sans faute. En revanche, en cas d'absence de motifs d'intérêt général justifiant la renonciation, il est naturellement possible de rechercher la responsabilité de l'administration sur le fondement de la faute²⁵⁷. A noter que, seul l'abandon de projets suffisamment précis peut entraîner l'engagement de la responsabilité de leurs auteurs, en opposition avec ceux apparaissant comme hypothétiques²⁵⁸.

93 - A travers l'étude de ces quelques cas d'extension de la jurisprudence « Couitéas », on peut raisonnablement conclure à l'émergence d'une protection importante des administrés face au comportement régulier des services de l'Etat, protection en grande partie réalisée à partir de l'idée d'équité. En effet, chaque reconnaissance par le juge administratif d'une possibilité d'indemnisation bénéficie directement et prioritairement au particulier. Mais le Conseil d'Etat n'est pas la seule juridiction à œuvrer en faveur d'une reconnaissance des droits

²⁵³ Voir, par ex. : CE, 19 novembre 1986, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre de l'Urbanisme, du Logement et des Transports chargé de la mer c/ société d'armement et de navigation Charles Schiaffino*, Dr. adm., 1986, n° 654 - CE, 7 janvier 1987, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la mer c/ sté Lauritzen France*, Dr. adm., 1987, n° 128.

²⁵⁴ Voir, notamment : CE, sect., 23 décembre 1971, *Electricité de France c/ sieur Farsat*, Rec. CE, p. 790 ; AJDA, 1976, p. 96, concl. J. Kahn ; JCP, 1971, G, II, n° 16820, note G. Beaufrère - CE, 3 mars 1976, *Girouard*, Rec. CE, p. 119 - CE, 6 octobre 1982, *Commune de Toulouse*, Rec. CE, T, p. 738 - CAA Nancy, 12 décembre 1991, *Rizki*, Rec. CE, T, p. 1183 - CAA Bordeaux, 9 mars 1995, *M. Phocas*, req. n° 93BX00010.

²⁵⁵ Voir, par ex. : CE, 17 mars 1989, *Ville de Paris et Société Sodevam*, rec. CE, p. 96 ; AJDA, 1989, p. 472, concl. B. Stirn ; D., 1990, SC, p. 295, obs. P. Bon et P. Terneyre ; RFDA, 1989, p. 562 - CE, 15 novembre 2000, *Commune de Morschwiller-le-Bas*, AJDA, 2001, p. 207, note M. Cliquennois.

²⁵⁶ Concernant les modalités d'appréciation du préjudice anormal par le juge administratif, en fonction de critères temporels, voir, *infra*, § n° 409 et s.

²⁵⁷ CE, 21 janvier 1972, *Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population c/ Corlet*, Rec. CE, p. 71.

²⁵⁸ Pour illustration, voir, TA Paris, 14 octobre 1997, *Sté Eiffage*, Juris-Data, n° 051329, dans lequel le juge refuse d'indemniser des sociétés pénalisées du fait de l'abandon du site de Melun-Sénart pour réaliser le grand stade.

des particuliers. La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et le Conseil constitutionnel veillent, à travers leurs jurisprudences respectives, à l'application correcte du principe issu de l'arrêt « Couitéas », et ce dans un sens plus strict encore que le juge administratif français.

En effet, chaque juge a affirmé de manière claire le droit de compter sur l'appui de la force publique pour l'exécution d'une décision de justice ainsi que l'atténuation possible de ce principe au nom de l'ordre public ou de l'intérêt général. Mais de surcroît, ces trois juridictions incitent uniformément « à *corriger l'impression laissée par la jurisprudence Couitéas* » du fait que « *celle-ci valoriserait davantage l'exception de l'inertie au nom de la préservation de l'ordre ou de l'intérêt public et ce au détriment des principes pourtant posés par elle* »²⁵⁹. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme ne laisse à l'administration que le choix des moyens les plus appropriés pour exécuter une décision de justice²⁶⁰. Le Conseil constitutionnel rappelle, quant à lui, la nécessité de circonstances exceptionnelles pour refuser le concours de la force publique et incite le Conseil d'Etat à resserrer son appréciation²⁶¹. Enfin, la Cour de justice des Communautés européennes, en condamnant la France pour manquement du fait de son inaction, met en garde le juge français contre l'invocation de manière trop globale de troubles sérieux à l'ordre public²⁶².

94 - Les conséquences d'une inaction légitime des services de l'Etat peuvent donc se révéler positives pour les administrés prétendant à une indemnisation de leur préjudice. Le juge administratif consent à leur accorder réparation, d'autant plus facilement qu'une telle solution présente pour lui certains avantages dans la mesure où il peut ainsi s'abstenir de rechercher la faute éventuellement commise par l'administration. Comme le souligne D. Loschak, « *le recours à la responsabilité sans faute est pour lui un moyen commode de pallier*

²⁵⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Quel avenir pour la jurisprudence Couitéas ? La responsabilité pour refus de concours de la force publique en question », *Dr. adm.*, octobre 1998, p. 4.

²⁶⁰ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, *Dr. adm.*, 1997, n° 185: Le droit à l'exécution des décisions de justice et l'obligation pour l'administration de respecter et de faire respecter ce droit constituent plus largement un élément du droit au juge.

²⁶¹ CC, n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, *RJC*, p. I.-765 ; *RFDC*, 1998, p. 765, note J. Trémeau ; *AJDA*, 1998, p. 705, chron. J.-E. Schoettl ; *Cahier Cons. constit.*, 1999, n° 6, p. 6 : « toute décision de justice à force exécutoire, qu'ainsi tout jugement peut donner lieu à exécution forcée, la force publique, devant, si elle est requise, prêter main-forte à cette exécution ».

²⁶² Voir, indirectement, CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ République française*, aff. C-265/95, *RFDA*, 1998, p. 131, note L. Dubouis : condamnation de la France pour manquement dû à l'abstention de l'Etat face aux actions violentes d'agriculteurs perturbant la libre circulation des produits étrangers, en l'occurrence des fraises espagnoles. La Cour fait peser une obligation de moyens renforcée sur l'Etat, or en l'espèce son inaction répétée était peu encline à démontrer que, compte tenu de la situation tendue, toutes les mesures possibles, avaient été prises.

les insuffisances de l'action administrative sans avoir à critiquer et à censurer cette action »²⁶³.

Mais cette légitimation n'a pas que des avantages pour les administrés. En effet, en s'attardant plus longuement sur certaines conséquences de la jurisprudence « Couitéas », on peut affirmer que l'administration bénéficie, elle aussi, d'une protection même si elle se révèle plus indirecte.

2. Une protection sous-jacente de l'administration

95 - Depuis l'arrêt « Couitéas », tout refus des services de l'Etat, au-delà du délai raisonnable pour agir, de prêter main forte à l'exécution des jugements et arrêts constitue une faute de nature à engager leur responsabilité. L'administration est cependant en droit de refuser d'intervenir si son concours risque d'entraîner des troubles plus graves que ceux issus de l'inexécution. L'indemnisation du particulier lésé peut alors se faire, dans une telle hypothèse, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Seul le juge administratif est compétent pour apprécier l'existence réelle ou non des motifs d'ordre public légitimant l'inaction des services de l'Etat. En conséquence, il est en mesure d'interpréter plus ou moins sévèrement les agissements de l'administration et peut ainsi faire évoluer indirectement la responsabilité de l'Etat en fonction de son appréciation de l'ordre public.

En la matière, il semble que la Haute juridiction administrative fasse preuve d'une conception étroite de l'ordre public, dans la mesure où elle considère la nécessité d'exécuter la chose jugée comme essentielle. Son contrôle va prendre en compte les circonstances de l'espèce, expliquant la difficulté de donner une définition précise des motifs d'ordre public. On peut à tout le moins essayer de fixer une fourchette notamment en matière d'expulsion locative. Dans ce domaine, il a été reconnu par le Conseil d'Etat que l'expulsion de cinquante-cinq familles²⁶⁴ était de nature à créer un grave danger pour l'ordre public, tout comme celle de dix familles²⁶⁵ et même huit²⁶⁶, tandis que le refus d'expulsion d'une seule famille constituera une faute de l'administration. Pour le Conseil d'Etat, l'ordre public représente ainsi « l'ordre dans la rue »²⁶⁷ et non l'ordre social dans son ensemble.

²⁶³ Note sous, CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ sieur Sastre*, JCP, 1972, G, I, n° 2446.

²⁶⁴ CE, 19 décembre 1952, *Sieur Paillet*, Rec. CE, p. 595.

²⁶⁵ CE, 21 décembre 1949, *Sieur Wallaert*, Rec. CE, p. 560.

²⁶⁶ CE, 3 décembre 1954, *Sieur Pernet*, Rec. CE, p. 641.

²⁶⁷ CE, 16 avril 1946, *Société anonyme des logements économiques*, Rec. CE, p. 117.

96 - La conséquence directe de cette interprétation stricte se matérialisera dans une jurisprudence protectrice de la liberté d'agir de l'administration. Il y aura faute lorsque aucun motif tiré des nécessités de l'ordre public ne pourra venir légitimer l'inaction ou l'action différée de l'administration. A cet égard, il convient de préciser que seule une faute lourde est de nature à engager la responsabilité des collectivités publiques en matière de police administrative, lorsque le préjudice est issu d'un défaut d'agir. Ce principe est issu d'un arrêt « Braut »²⁶⁸ du 22 janvier 1943, intéressant un refus d'exécution d'une sentence judiciaire, par lequel le Conseil d'Etat déclare que « *dans les circonstances de l'affaire aucun motif tiré des nécessités de l'ordre public n'autorisait l'Administration à différer son intervention (...) les autorités de l'Etat ont commis une faute lourde* ». Ce raisonnement se comprend assez aisément : l'usage du pouvoir de police administrative étant quelque peu délicat, il est légitime d'engager la responsabilité des services de l'Etat uniquement en cas de faute lourde et non du fait d'une faute simple, et ce afin de laisser un champ d'action suffisant à l'administration dans l'exercice de ses prérogatives.

L'existence d'une faute sera alors examinée en priorité puisqu'elle conditionnera, en quelque sorte, la suite de la procédure : la victime sera indemnisée ou le juge vérifiera l'existence d'une possible rupture d'égalité devant les charges publiques. Du fait du caractère inquisitoire de la procédure administrative, cela reviendra à une opposition entre les services de l'Etat qui tenteront par tous les moyens de justifier leur inaction et l'administré qui aura à cœur de prouver le caractère lourd de la faute. Ici, on décèle l'inégalité entre les deux parties : l'administration ayant plus de facilité pour prouver le bien fondé de son action que le particulier à démontrer la faute lourde²⁶⁹, et le juge administratif étant assez réticent à condamner l'Etat pour comportement fautif. De plus en cas de rejet de la faute lourde, le particulier pourra être indemnisé sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, mais à condition qu'il prouve les caractères anormal et spécial du préjudice. Or, une telle preuve n'est pas toujours évidente eu égard à la jurisprudence fluctuante du Conseil d'Etat concernant leur appréciation, ceux-ci ne se réalisant pas en fonction de critères totalement objectifs mais laissant une place importante aux circonstances de l'espèce.

97 - Un autre constat participe de la protection indirecte de l'administration en cas de refus ou d'impossibilité d'agir. En examinant la procédure d'indemnisation jusqu'à son aboutissement, on peut remarquer que les circonstances de l'espèce peuvent se révéler de

²⁶⁸ CE, Ass., 22 janvier 1943, *Braut*, Rec. CE, p. 19 ; D., 1944, p. 87.

²⁶⁹ Ici, il est néanmoins utile de préciser que le juge administratif a souvent tendance à faciliter la tâche du requérant, du fait justement de cette inégalité des forces. Ainsi, il lui sera par exemple permis de n'apporter qu'un commencement de preuve de la faute, permettant ensuite au juge d'établir son existence par le biais de la procédure inquisitoire.

nature à entraîner une réparation tardive en cas de rupture d'égalité devant les charges publiques. Le particulier lésé devra ainsi patienter quelques fois de nombreuses années avant de voir ses droits exécutés, et par ricochet son préjudice indemnisé. L'illustration de ce phénomène peut être apportée par deux espèces assez significatives en matière de refus de concours de la force publique à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion locative.

Dans l'arrêt d'Assemblée « *Ministre de l'Intérieur c/ consorts Chauche* »²⁷⁰, il était question d'une demande d'indemnisation présentée par un propriétaire, détenteur d'une ordonnance d'expulsion, suite au refus du préfet d'accorder le concours de la force publique au nom d'un danger pour l'ordre public. La spécificité de l'affaire venait du fait que l'expiration du délai de deux mois, laissé généralement à l'administration pour se prononcer sur la demande de concours de la force publique, arrivait à échéance en décembre. Or la loi n° 51-1372 du 1^{er} décembre 1951 tendant à permettre, à titre provisoire, de surseoir aux expulsions de certains occupants de bonne foi, prévoyait le sursis à toute mesure d'expulsion non exécutée à la date du 1^{er} décembre de chaque année jusqu'au 15 mars de l'année suivante. Au final, le propriétaire a dû attendre trois ans après sa demande initiale afin d'obtenir le concours de la force publique et autant pour voir son préjudice indemnisé sur le fondement de la rupture d'égalité née après le premier refus.

Le délai d'indemnisation peut même être bien plus important à l'image de l'arrêt « *Compagnie immobilière de la région parisienne* »²⁷¹. La compagnie, titulaire d'une ordonnance d'expulsion, avait obtenu le concours de la force publique très tardivement, après un premier refus légitimé par le risque de troubles à l'ordre public du fait de l'existence d'un enfant au foyer des occupants sans titre. Mais aussitôt après la libération des locaux, les expulsés s'étaient réinstallés, obligeant la compagnie à solliciter à nouveau le concours de la force publique. Devant un nouveau refus légitime du préfet, le Conseil d'Etat, saisi en appel, allait considérer que l'ordonnance d'expulsion n'étant pas entièrement exécutée, il était nécessaire d'indemniser la compagnie pour le préjudice subi. Ainsi, du fait de toutes ses difficultés de procédure, un délai de neuf ans s'était écoulé entre l'ordonnance de référé et l'arrêt de la Haute juridiction.

98 - La puissance publique pourra donc faire l'objet d'une responsabilité sans faute dans l'hypothèse où son activité normative aurait causé un préjudice à un particulier. Le caractère objectif de la responsabilité tiendra à la légitimation de son comportement, soit par la notion d'intérêt général, soit du fait de l'ordre public. L'application d'un tel régime se

²⁷⁰ CE, Ass., 10 février 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ consorts Chauche*, Rec. CE, p. 108 ; JCP, 1961, G, II, n° 12185, note M. T.

²⁷¹ CE, 7 décembre 1984, *Compagnie immobilière de la région parisienne*, RFDA, 1985, p. 743, note Debouy.

révélera également justifiée dans le cas où l'intervention de l'Etat se révélerait souveraine, entraînant l'interdiction de remettre en cause son comportement.

SECTION 2^{nde} : Une intervention étatique souveraine

99 - Il est des hypothèses où la norme à l'origine du préjudice ne sera pas constitutif d'une faute devant le juge administratif, dans la mesure où celle-ci sera l'expression d'une souveraineté : c'est le cas, d'une part, de la loi car son auteur est réputé ne jamais mal faire (§1) et, d'autre part, de la convention internationale, à condition que celle-ci ait été régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne (§2).

§ 1 : Le législateur ne peut mal faire

100 - Par référence à l'histoire constitutionnelle et juridique, le juge administratif a toujours été réticent à l'idée d'admettre la possibilité d'un comportement fautif du législateur. A l'origine, l'omnipotence de la loi empêchait toute critique à son égard (A). Aujourd'hui encore, malgré une évolution entérinée par la Constitution du 4 octobre 1958 vers une possible remise en question des actes législatifs, on remarque la survivance d'une certaine supériorité du législateur (B).

A - L'héritage de l'omnipotence de la loi

101 - Dès l'origine, une place très particulière va être reconnue à l'acte législatif en référence au concept de souveraineté. Le titulaire du pouvoir législatif est souverain, infaillible et donc irresponsable. Mais ce constat va se transformer au fil du temps, notamment avec la Révolution française, relativisant quelque peu cette toute puissance. Une double évolution va alors se profiler concernant, d'une part, le titulaire de la souveraineté (1) et, d'autre part, l'extension du champ de l'irresponsabilité (2).

1. *L'évolution du titulaire de la souveraineté*

102 - Dans la monarchie de droit divin qu'était la France d'Ancien Régime, la souveraineté était détenue de manière absolue par le Roi, représentant de Dieu sur terre. Ce sacre était néanmoins pour lui source d'engagements puisqu'il était lié par deux serments,

l'un fait à l'Eglise et l'autre au peuple « *envers lequel il s'est engagé à maintenir la constitution traditionnelle du royaume, à respecter les coutumes et franchises et à réprimer toute injustice* »²⁷². Il bénéficiait alors d'une présomption d'infailibilité exprimée par le célèbre adage « *le Roi ne peut mal faire* ». La mission du monarque était légitimée par son origine divine de telle sorte que les particuliers n'avaient aucun droit envers le Roi et que tous ses actes échappaient au contrôle juridictionnel. Très logiquement, le monarque ne pouvait être à la fois souverain et responsable. Sa souveraineté était la caractéristique d'une puissance qui n'a rien au-dessus d'elle.

Néanmoins, toute indemnisation des particuliers n'était pas exclue. Celle-ci était en effet possible à condition d'être décidée par le Roi lui-même, à titre gracieux. Quant à la réparation des dommages occasionnés par l'activité des services publics, elle était envisagée mais en aucun cas ne se fondait sur l'idée de faute. Elle reposait « *toute entière sur l'idée d'équité, sur le souci politique d'assurer le respect d'un équilibre à l'intérieur de la société* »²⁷³.

103 - Avec la Révolution, le concept de souveraineté va être bouleversé puisqu'on passe d'une souveraineté de droit divin à une souveraineté nationale. La loi est le produit du représentant de la Nation, le Parlement. A ce titre, elle est « *l'expression de la volonté générale* » comme l'énonce l'article 6 de la Déclaration de 1789. La loi ne procède plus d'une volonté particulière comme l'était celle du monarque, mais d'une réalité sociale, une et indivisible, entité abstraite inappropriable par quelque groupe singulier que ce soit. En adoptant une loi, le Parlement fait acte de souveraineté car il est l'élu du peuple souverain. La loi n'a donc plus de caractère sacré, elle devient une simple convention passée entre les hommes au niveau politique.

104 - Bien qu'importante, cette évolution ne va toutefois pas avoir d'incidence radicale en ce qui concerne le caractère de la souveraineté. En effet, l'origine populaire du texte de loi va lui conférer une force comparable à celle des textes d'Ancien Régime. Le Parlement sera considéré comme tout puissant puisque tirant sa légitimité du peuple, d'une délégation de pouvoirs consentie par les citoyens. On attribuera à la loi les mêmes caractères d'omnipotence et d'infailibilité que ceux reconnus à la souveraineté de droit divin. Comme le

²⁷² J.-C. BECANE, M. COUDERC, *La loi*, Paris, Dalloz, 1994, p. 8.

²⁷³ G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, Paris, Dalloz, 1996, p. 17.

Roi, la Nation sera réputée ne pouvoir mal faire. La conséquence logique d'une telle réaffirmation de la souveraineté absolue du Parlement sera donc son irresponsabilité²⁷⁴.

105 - La loi fera ainsi l'objet d'une souveraineté absolue mais il convient de préciser ici que c'est le texte en lui-même qui va bénéficier de cette reconnaissance et non l'organe législatif à proprement dit comme se peut être le cas au Royaume-Uni. En effet, « *la notion française ou continentale de la souveraineté s'attache, conformément à l'héritage de Rousseau, à la loi même en tant qu'expression de la volonté générale. Tandis que le droit anglais protège, pour des raisons historiques, l'institution même* »²⁷⁵.

Au Royaume-Uni, le principe de suprématie du texte législatif s'est imposé avec la Grande Charte (ou *Magna Carta*) en 1215, par laquelle le Roi d'Angleterre reconnaissait, sous la pression des barons anglais, une limitation de ses prérogatives royales. La souveraineté absolue du Parlement britannique vient donc du fait qu'à l'origine, les pouvoirs du Roi étaient supposés être subordonnés à la loi. Elle se révèle encore aujourd'hui bien plus absolue que la conception française puisque aucun contrôle de constitutionnalité n'existe et que le domaine de la loi est illimité. Aucun organe ne peut venir déclarer invalide les actes du Parlement, et comme la loi s'impose à toutes les juridictions, le pouvoir d'interprétation des juges est limité à la recherche de l'intention du Parlement. Les seules bornes à l'autorité du Parlement sont celles qu'il se fixe lui-même.

106 - En France, jusqu'en 1958, la souveraineté de la loi, acte de l'organe représentant la volonté générale, va entraîner trois effets²⁷⁶ : par son contenu c'est un acte indéterminé, par son domaine un acte indéfini car pouvant intervenir dans n'importe quelle matière, et par son niveau un acte suprême car pouvant abroger ou modifier tout texte - loi ou règlement. Néanmoins, on verra que sous l'égide de la Constitution du 4 octobre 1958, la souveraineté parlementaire va se révéler quelque peu limitée - du moins en théorie - grâce notamment à l'action du Conseil constitutionnel et à la délimitation du domaine de la loi²⁷⁷.

107 - Ainsi, depuis la Révolution, on assiste à une évolution de la souveraineté bien qu'en apparence ce ne soit que le titulaire qui change et non son caractère absolu. Le Parlement, représentant de la Nation, exerce un pouvoir infaillible et donc incontestable. Mais

²⁷⁴ Pour une analyse détaillée de cette idée de souveraineté de la loi, voir, *supra*, § n° 9.

²⁷⁵ P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 18.

²⁷⁶ M.-H. FABRE, « La loi expression de la souveraineté », RDP, 1979, p. 342.

²⁷⁷ Sur ce sujet, voir, *infra*, § n° 113.

une seconde évolution va venir ébranler l'omnipotence de la loi : elle concerne cette fois l'extension du champ de l'irresponsabilité du pouvoir souverain.

2. L'évolution de l'extension du champ de l'irresponsabilité

108 - Pendant longtemps, sous l'influence du dogme de la loi, prévalait le principe de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des actes parlementaires. Ceux-ci englobaient à la fois les lois formelles et matérielles, les résolutions émanant de chaque chambre, les actes juridiques et matériels accomplis par les organes de chaque chambre et tout acte de député ou sénateur accompli dans l'exercice de sa fonction parlementaire²⁷⁸. Le juge administratif avait tendance à se cacher derrière des textes pour ne pas avoir à remettre en cause ce principe. Ainsi, pour fonder son incompétence en matière de légalité des actes parlementaires, le Conseil d'Etat invoquait l'article 9 de la loi du 24 mai 1872. Selon ce texte, « *le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière administrative contentieuse et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir contre les actes des diverses autorités administratives* », or, comme le remarque P. Duez²⁷⁹, le Parlement n'est pas une autorité administrative.

Ainsi, jusqu'en 1938, la règle était simple et absolue : la responsabilité de l'Etat ne pouvait être recherchée que dans l'hypothèse où le législateur avait lui-même prévu une indemnisation en réparation du préjudice occasionné par l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle²⁸⁰. *A contrario*, en cas de silence du texte, les juges ne se reconnaissaient pas le pouvoir d'interpréter la volonté du législateur²⁸¹. Le seul moyen d'obtenir une indemnisation aurait été de prouver la faute de l'Etat, or ceci était doublement impossible puisque, d'une part, le Parlement souverain ne pouvait commettre de faute et que, d'autre part, il n'existait aucune juridiction capable de se livrer à un contrôle de la loi. Cette irresponsabilité découlait directement de la souveraineté absolue dont bénéficiait le Parlement à l'époque post-révolutionnaire. Aucun organe ne pouvait édicter des actes supérieurs à la loi donc celle-ci ne pouvait être à l'origine d'une action en responsabilité contre son auteur. Il n'existait pas de

²⁷⁸ P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, Paris, Dalloz, 2nd éd., 1938, p. 191.

²⁷⁹ *Idem*, p. 193.

²⁸⁰ Une autre exception à l'irresponsabilité était prévue par la jurisprudence mais celle-ci concernait la responsabilité contractuelle de l'Etat. A ce sujet, voir, *supra*, § n° 7.

²⁸¹ Voir, par ex., CE, 11 janvier 1838, *Duchâtelier*, Rec. CE, p. 7, concernant un fabricant de tabac factice, dont l'industrie avait été interdite par la loi du 12 février 1835 et qui réclamait une indemnité pour la perte de son entreprise : « Considérant que l'Etat ne saurait être responsable des conséquences des lois, qui dans un intérêt général, prohibent l'exercice spécial d'une industrie ; qu'aucune créance ne peut être réclamée au Trésor public qu'en vertu de contrats passés par l'Etat ou de dispositions formelles des lois ; que, d'autre part, le sieur Duchâtelier n'indique aucun engagement pris envers lui par l'Etat ; que d'autre part la loi du 12 février 1835, en déclarant interdite la fabrication du tabac factice n'a ouvert aucun droit à indemnité au profit des individus qui s'étaient précédemment livrés à cette fabrication ; que dès lors le sieur Duchâtelier ne peut prétendre à aucune indemnité (...) ».

recours contentieux contre la loi, le Parlement étant le représentant de la volonté nationale souveraine. De plus, en tant qu'auteurs indirects de la loi par le jeu du système représentatif²⁸², les citoyens étaient considérés comme indirectement responsables de leur sort en cas de dommage.

109 - Mais peu à peu, cette argumentation va faire l'objet de vives critiques qui contribueront à l'évolution de l'irresponsabilité du législateur. Il est en effet difficile de maintenir l'argumentation selon laquelle le citoyen ne peut s'en prendre qu'à lui-même en cas de dommage causé par l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. En effet, selon le concept de souveraineté nationale, chaque citoyen ne participe pas individuellement à l'élaboration du texte, c'est la Nation en tant qu'entité juridique distincte des individus qui la compose, qui agit. Le citoyen n'est donc pas à l'origine de son préjudice, et n'a pas logiquement à en assumer les conséquences. Mais surtout, il s'avère dangereux d'assimiler trop rapidement la volonté législative à la volonté générale, de confondre la toute puissance de la Nation avec celle des gouvernants. Le risque est alors d'évoluer vers une volonté de la majorité ou du plus grand nombre²⁸³. L'histoire constitutionnelle montrera d'ailleurs les limites d'une telle souveraineté absolue. En effet, suite à la Révolution de 1789, on pensait confier la souveraineté à la Nation dans le but essentiel de limiter le pouvoir des gouvernants, en leur enjoignant notamment de ne pas porter atteinte aux droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Mais certaines expériences malheureuses notamment l'épisode de la Terreur, vont faire naître une conception quelque peu différente de l'exercice du pouvoir. Ainsi, la doctrine publiciste sous l'égide de L. Duguit, va être à l'origine d'une réflexion sur la nécessité de limiter la souveraineté, afin de ne pas la laisser entre les mains d'une majorité changeante voire tyrannique. L'idée d'une souveraineté nécessairement limitée, évitant toute confiscation du pouvoir, va progressivement s'imposer.

110 - Admettre que le Parlement exerce une souveraineté limitée va donc permettre d'avancer vers une possible reconnaissance de la responsabilité de l'Etat législateur. Cette

²⁸² Exprimant cette idée, voir M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002, p. 563.

²⁸³ A ce sujet, voir notamment, L. DUGUIT selon lequel « on a compris que cette souveraineté de l'Etat ne pouvait être, en fait, une souveraineté absolue et sans limite » (cf. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, éd. A. Fontemoing, 1901, p. 613), et M. HAURIOU qui, dans son ouvrage intitulé *Principes de droit public* (Paris, éd. Larose, 1910, p. 224) dénonce « la croyance en la toute puissance de la volonté générale commandante ».

évolution se réalisera en 1938 avec l'arrêt « La Fleurette »²⁸⁴. Pour la première fois, le juge administratif va interpréter le silence du législateur comme n'interdisant pas toute éventualité d'indemnisation. Un tel bouleversement sera cependant envisagé en référence à l'égalité devant les charges publiques, et en aucun cas du fait de l'existence d'une faute du législateur. Ainsi, le mythe a la peau dure car si l'omnipotence de la loi ne se révèle pas aussi absolue qu'à l'origine, le législateur va néanmoins continuer à bénéficier d'une certaine supériorité.

B - La survivance d'une supériorité du législateur

111 - Malgré les tentatives de réduction de la suprématie du pouvoir législatif, la loi va demeurer, même après 1938, un acte particulier. On assiste en effet, dès 1958, à la fin du légicentrisme (1), mais l'Etat législateur va continuer d'occuper, au regard des principes de responsabilité, une place privilégiée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat (2). Il sera ainsi quasiment toujours aussi difficile de mettre en jeu la responsabilité de la puissance publique, qu'au temps de la souveraineté absolue.

1. *La fin du légicentrisme*

112 - Dans la tradition républicaine d'avant 1958, la loi était un acte souverain exprimant par excellence la volonté générale. Répondant à la logique légicentriste, elle pouvait tout faire même déroger à une disposition constitutionnelle. En effet, il n'existait aucun organe véritable permettant de juger si le législateur avait ou non violé un principe constitutionnel. Interprète unilatéral de la Constitution, le législateur était présumé toujours respecter celle-ci, rien ne pouvait limiter la volonté parlementaire exprimée par le vote.

Cette conception va rapidement manifester quelques limites dans la mesure où, comme le reconnaît R. Carré de Malberg, dans l'Etat légicentriste, « *les pouvoirs reconnus au Parlement ne sont susceptibles d'être justifiés que par un concept d'autoritarisme, c'est-à-dire par l'idée que le Parlement est investi d'une puissance qui ne consiste plus seulement à énoncer la volonté du peuple, mais qui lui permet d'imposer au peuple sa propre volonté* »²⁸⁵.

113 - Ainsi, les constituants de 1958, guidés par le souci de rationaliser les pouvoirs du Parlement, vont tenter par divers procédés d'assujettir le législateur. La loi va tout d'abord

²⁸⁴ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. CE, p. 25 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque ; JCP, 1938, G, II, n° 677, note J. Muhiat.

²⁸⁵ R. CARRE DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984, p. 219.

être définie de manière plus précise grâce à des éléments organiques et matériels, comme l'acte par lequel le Parlement légifère dans les matières dont la Constitution lui reconnaît compétence. Elle devient donc un acte déterminé et limité, octroyant au Parlement une compétence, non plus de principe mais d'exception, ne concernant que les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution. De plus, de vives critiques vont s'élever contre le caractère général reconnu au texte de loi. Cette généralité empêchait en effet toute réparation du préjudice subi du fait de l'application d'une loi puisqu'une des conditions pour qu'il y ait droit à indemnité était qu'un particulier subisse un préjudice spécial. En France, cette conception va dès lors peu à peu s'étioler, ouvrant ainsi une brèche dans le principe d'irresponsabilité, car la loi ne s'adresse jamais véritablement à tous de manière égale mais concerne plutôt des catégories déterminées.

114 - La rationalisation du pouvoir législatif prendra ainsi plusieurs formes mais l'évolution la plus perceptible va être le passage d'une logique légicentriste à une logique constitutionnaliste, avec la reconnaissance d'une possible violation de la Constitution par le législateur. La Constitution va donc devenir, à la place de la loi, la norme représentant l'expression de la volonté souveraine. Seule la norme constitutionnelle va se révéler capable d'exprimer une volonté réellement générale puisqu'elle « *n'émane pas d'une catégorie d'individus qui se serait arrogé le pouvoir constituant* »²⁸⁶, mais bien du peuple français. L'objectif va être de s'assurer que le législateur respecte les principes sur lesquels les citoyens se sont mis d'accord pour vivre en société, de garantir que la loi soit légitime. Cette idée n'est cependant pas nouvelle puisqu'elle fut notamment exposée par les constituants français de 1789. Ainsi, Sieyès, conscient que la volonté du plus grand nombre peut s'avérer tyrannique, estimait « *qu'il doit exister avant toute loi faite par la simple majorité une volonté unanime qui donne un frein au législateur à simple majorité. Or comme ce frein ne peut se trouver que dans la division des pouvoirs et l'organisation à part de chacun d'eux, je dis que la division des pouvoirs et leur organisation, c'est-à-dire la Constitution (car ce n'est pas autre chose) est une loi fondamentale antérieure à toute loi faite à la simple majorité* »²⁸⁷.

En 1958, la nouveauté va venir du fait que, pour la première fois, un organe spécifique va être créé pour examiner si le législateur a ou non violé la Constitution. Le Conseil constitutionnel va se voir reconnaître tout naturellement cette mission puisqu'il est impossible pour le législateur de répondre lui-même à une telle question et que, de son côté, le juge administratif s'est toujours déclaré incompétent pour le faire. Le Conseil constitutionnel va

²⁸⁶ P. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001, p. 65.

²⁸⁷ SIEYÈS, « Fragments politiques », in *Des manuscrits de Sieyès, 1773-1799*, publié sous la direction de Ch. Fauré, Paris, éd. Honoré Champion, 1999, p. 492.

alors très logiquement confirmer cette conception de la norme constitutionnelle, source de volonté générale, en déclarant que « *la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* »²⁸⁸, et par-là, permettre la censure de la loi du nombre en cas de non-conformité aux principes transcendants des droits de l'homme reconnus partie intégrante du bloc de constitutionnalité en 1971²⁸⁹.

115 - Malgré ce passage à une logique constitutionnaliste, la loi va néanmoins garder une place privilégiée, non seulement, au sein de la hiérarchie des normes, mais aussi, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de responsabilité.

2. *Le maintien d'une place privilégiée de la loi*

116 - Le portait de la loi, brossé au lendemain du 4 octobre 1958, en tant que norme subissant une perte de prestige, ne va pas rester figé. L'acte législatif va connaître très rapidement un regain d'intérêt²⁹⁰ lui permettant de récupérer « *sa suprématie d'antan* »²⁹¹. En effet, le jeu des articles 34 et 37 de la Constitution va se révéler assez profitable au Parlement. L'énumération des matières législatives va induire une interdiction pour le pouvoir réglementaire d'intervenir dans ces domaines, et parallèlement, l'empiétement du législatif sur le domaine réglementaire ne sera condamné qu'en cas de saisine du Conseil constitutionnel par les autorités compétentes membres de l'exécutif, sur le fondement des articles 37 alinéa 2, 41 ou 61 de la Constitution de 1958. Or, les cas effectifs de saisine du Conseil par le biais de ces procédures vont se révéler très réduits.

117 - De plus, le Conseil constitutionnel va s'efforcer de sanctionner de manière stricte le comportement du législateur consistant à rester en deçà de sa compétence, à travers un cas d'ouverture particulier que la doctrine - et plus particulièrement J. Rivero - qualifiera d'« *incompétence négative* ». Par ce biais, le Conseil constitutionnel va sanctionner le

²⁸⁸ CC, n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. CC, p. 70 ; RJC, p. I-238 ; Rev. adm., 1985, p. 572, note R. Etien.

²⁸⁹ CC, n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec. CC, p. 29 ; RJC, p. I-24 ; RDP, 1971, p. 1171, note J. Robert ; AJDA, 1971, p. 537, note J. Rivero ; D., 1974, chron., p. 83, note L. Hamon.

²⁹⁰ G. VEDEL et P. DELVOLVE considèrent ainsi qu'il existe une sorte de décalage entre le statut juridique de la loi et le droit positif, dans le sens où « (...) le législateur n'est plus souverain, la loi en tant qu'acte juridique accompli demeure, elle, souveraine » (cf. *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 1992, t. 1, p. 58). Pour preuve, on peut rappeler ici l'attachement solennel « aux principes de la souveraineté nationale » (Préambule de la Constitution de 1958, al. 1^{er}), à la proclamation du principe de la République (art. 2 al. 5 de la Constitution de 1958 : « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »), à la référence indirecte dans le Préambule de la Constitution de 1958 à « la loi, expression de la volonté générale » (art. 6 al. 1^{er} de la DDHC) ou encore à l'affirmation énoncée à l'art. 3 du texte constitutionnel de 1958 : « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants (...) ».

²⁹¹ M.-H. FABRE, « La loi expression de la souveraineté », art. préc., p. 345.

législateur lorsqu'il n'aura pas épuisé toute la compétence lui étant reconnue par le bloc de constitutionnalité. Apparue discrètement en 1967²⁹², cette jurisprudence va connaître un second départ en 1982²⁹³ avec la décision sur la loi de nationalisation, pour recevoir enfin une application éclatante en 1993 à la suite de la censure d'une loi fondée sur ce seul moyen²⁹⁴.

Au vu de la jurisprudence, deux formes d'incompétence négative peuvent être mises en évidence. Il y a tout d'abord le fait pour le législateur de se décharger sur une autre autorité de l'exercice d'une compétence lui appartenant. Puis, on trouve le cas où, sans renvoi du législateur, le texte est quand même censuré au motif qu'il ne contient pas assez de dispositions claires et précises.

Assurément, cette protection a été mise en place par le Conseil constitutionnel afin de faire respecter la hiérarchie des normes telle qu'elle est organisée par le constituant en obligeant le législateur à ne consentir aucune délégation. Le Parlement ne doit pas pouvoir utiliser sa compétence à sa guise, car il revient à la loi de protéger contre l'arbitraire. Le caractère d'ordre public de ce moyen souligne d'ailleurs bien l'importance que lui accorde le Conseil. Enfin, comme le souligne F. Priet, cette jurisprudence « *permet désormais l'expression pleine et entière de la volonté générale à travers le vote du Parlement. La loi en effet ne peut être réellement l'expression de cette volonté que si son contenu (...) est suffisamment dense, précis* »²⁹⁵.

118 - Mais la place privilégiée de la loi va surtout s'affirmer eu égard à la jurisprudence du Conseil d'Etat appliquant les principes généraux de la responsabilité administrative. En effet, en tant qu'expression de la puissance gouvernante, la loi apparaît comme le résultat de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, permettant à son auteur d'opérer des choix entre divers intérêts, de sacrifier un intérêt pour en privilégier un autre. Comment alors opérer un contrôle juste et efficace de ce large pouvoir ? Comment vérifier la pertinence d'un choix qui se révèle éminemment politique ? Sans compter, comme le souligne G. Morange, qu'« *il a été dit, fort justement, que gouverner c'était choisir. Admettre le principe de l'indemnisation de ceux qui ont été sacrifiés dans de tels arbitrages, ce serait, bien souvent, remettre en cause l'arbitrage lui-même et introduire l'anarchie dans l'Etat en le paralysant* »²⁹⁶.

²⁹² CC, n° 67-31 DC, 26 janvier 1967, *Indépendance et inamovibilité des magistrats*, Rec. CC, p.19.

²⁹³ CC, n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec. CC, p.18.

²⁹⁴ CC, n° 93-322 DC, 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, Rec. CC, p. 204 ; RJC, p. I-533 ; RFDC, 1993, p. 820, note X. Philippe.

²⁹⁵ F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », RFDC, 1994, p. 85.

²⁹⁶ G. MORANGE, « L'irresponsabilité de l'Etat législateur (Evolution et avenir) », D., 1962, chron., p. 166.

C'est à ce titre que paraît s'imposer, selon le juge, le rejet d'une responsabilité pour faute. Mais par souci d'équité, ce rejet ne doit pas être synonyme d'irresponsabilité, c'est pourquoi le Conseil d'Etat va admettre la possibilité d'une responsabilité objective. Les particuliers pourront ainsi demander réparation de leur préjudice sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, sans qu'aucun jugement ne soit porté sur le comportement du législateur. *A priori*, ceci apparaît comme la solution idéale permettant la conciliation de l'idée de souveraineté et d'infaillibilité du législateur, d'une part, et d'indemnisation des dommages causés, d'autre part.

119 - Par cette position, le Conseil d'Etat va se placer dans une position singulière puisqu'il est la seule juridiction administrative suprême à s'être engagée dans la voie d'une responsabilité de l'Etat législateur. En effet, les ordres juridiques allemands et anglais ne reconnaissent aucunement un tel régime fondé sur une rupture d'égalité devant les charges publiques, ni même un simple régime de responsabilité sans faute fondée sur un autre motif²⁹⁷. Pour la Cour fédérale de justice allemande, les lois créent des obligations dans l'intérêt général, sans aucun caractère spécial, donc elles ne peuvent donner lieu à une action en responsabilité. Dès lors, seule la responsabilité de l'administration publique peut être engagée, à charge de réussir à prouver un comportement fautif de celle-ci, c'est-à-dire un délit dont l'article 839 du Code civil détermine les conditions. De plus, ce régime comporte une spécificité dans la mesure où il repose sur le système de responsabilité personnelle des agents, transféré ensuite à l'Etat grâce à l'article 34 de la Loi fondamentale. Il s'agit donc d'une responsabilité indirecte car l'Etat n'est pas directement attaqué.

Le droit anglais, quant à lui, ne connaît pas de principes généraux de la responsabilité. La responsabilité des personnes publiques comme privées est ainsi limitée à un certain nombre de cas constitués par les délits et les quasi-délits. Le justiciable doit donc se placer dans un de ces cas afin de pouvoir prétendre à l'engagement d'une quelconque responsabilité. Dès lors, tout engagement de la responsabilité de l'Etat législateur du fait d'un de ses actes réguliers est impossible, dans la mesure où aucun délit ou quasi-délit n'est constitué.

120 - Bien qu'*a priori* assez innovante, cette position française va néanmoins se révéler favorable au législateur du fait des rares cas d'admission d'une responsabilité sans faute, à tel point que G. Morange y voit plutôt « *une irresponsabilité limitée* »²⁹⁸. En effet, on aurait pu croire que du fait de l'admission d'un contrôle de légalité, le juge administratif se

²⁹⁷ Pour une étude des régimes de responsabilité anglais et allemand, voir P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 261 et s.

²⁹⁸ G. MORANGE, « L'irresponsabilité de l'Etat législateur », chron. préc., p. 163.

serait sentit plus à l'aise pour indemniser les préjudices consécutifs à l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle, or il n'en est rien. Le Conseil d'Etat conditionne la responsabilité sans faute de l'Etat législateur à la réunion de conditions difficiles à satisfaire, telles que les caractères anormal et spécial du préjudice subi. En effet, le préjudice consécutif à l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle est rarement spécial du fait du caractère général et impersonnel du texte, tandis que la preuve d'une gravité particulière du dommage se révèle fort peu en harmonie avec le principe d'égalité de tous devant les charges publiques. De surcroît, le législateur a toujours la possibilité d'écarter toute réparation de manière expresse, sous réserve que le texte ne soit pas soumis au Conseil constitutionnel qui le censurerait alors certainement comme contraire au principe d'égalité²⁹⁹.

121 - Depuis 1938, il s'avère ainsi possible de rechercher la responsabilité de l'Etat législateur. Celle-ci ne pourra toutefois se faire qu'à l'exclusion de toute faute, ce traitement privilégié du texte de loi apparaissant guidé autant par un souci politique et financier que par de véritables arguments juridiques. Adoptant le même raisonnement, le Conseil d'Etat va ensuite admettre la responsabilité de l'Etat du fait des conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique français.

§ 2 : La convention internationale est régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne

122 - Afin de produire des effets de droit, et notamment de permettre une action en responsabilité en cas de préjudice anormal et spécial causé à un particulier, la convention internationale doit avoir été incorporée régulièrement dans l'ordre juridique interne. En droit français, cette incorporation se fait selon une procédure particulière prévue par la Constitution de 1958, à charge pour le juge administratif aidé du Conseil constitutionnel de faire respecter cette procédure dans la mesure de leurs compétences respectives. L'incorporation d'une convention se fait à des conditions précises, la procédure comportant plusieurs étapes successives (A).

Une fois la question de la régularité de la convention réglée, une conséquence immédiate apparaît à savoir son assimilation au régime de la loi française. En effet selon l'article 55 de la Constitution de 1958, la convention régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne acquiert une autorité supérieure à celle des lois. Elle se voit donc appliquer

²⁹⁹ A propos de cette éventualité, voir J. TREMEAU, note sous, CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, RFDC, 2001, n° 46, p. 354.

le régime de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques inaugurée en 1938, à condition de rassembler toutes les conditions liées au préjudice et à l'intention de son auteur. L'assimilation de la convention à la loi va alors être l'aboutissement d'un long processus³⁰⁰, mais la responsabilité ainsi créée n'est pas pour le moins injustifiée (B).

A - L'incorporation obéit à des conditions précises

123 - Toute convention internationale doit passer par un processus d'intégration afin d'être régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne et, par-là, de produire des effets de droit. Il est assez aisé de dégager les différentes étapes de ce processus par un examen combiné des dispositions constitutionnelles et de la jurisprudence du Conseil d'Etat, dans la mesure où la procédure se révèle très réglementée (1). De plus, étant donné les conséquences importantes découlant de la réception des conventions en droit interne, le respect de cette procédure va être contrôlée (2).

1. *Une procédure réglementée*

124 - Dans son arrêt d'Assemblée « Compagnie générale d'énergie radio-électrique »³⁰¹, inaugurant la responsabilité du fait des conventions internationales, le Conseil d'Etat détaille les conditions de sa mise en œuvre. A côté des conditions classiques touchant à la responsabilité sans faute (préjudice anormal et spécial, non-exclusion du principe de réparation par l'auteur), apparaît une condition directement liée à la nature internationale de l'acte : l'obligation pour la convention, à l'origine du dommage, d'avoir été régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne.

Depuis la Constitution du 27 octobre 1946, confirmée par celle du 4 octobre 1958, les conventions sont incorporées dans l'ordre juridique interne et produisent ainsi des effets de droit, dès qu'elles ont été régulièrement ratifiées ou approuvées et publiées. L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose en effet que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». A la lecture de cet article, on distingue bien les différentes étapes obligatoires du processus d'intégration de

³⁰⁰ Cette assimilation n'est que l'aboutissement d'une réflexion dont l'origine remonte à 1935. En effet, dès cette date, une partie de la doctrine, sous l'impulsion de P. DUEZ (cf. *Les actes de gouvernement*, Paris, Sirey, 1935, p. 175 et s.), se mirent à réfléchir à une solution permettant d'engager la responsabilité de l'Etat sans que le juge n'exerce ni contrôle, ni critique de la convention elle-même.

³⁰¹ CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. CE, p. 257 ; AJDA, 1966, p. 350, chron. J.-P. Puissochet et J.-P. Lecat ; D., 1966, p. 582, note J.-F. Lachaume ; JCP, 1967, G, II, n° 15000, note J. Dehaussy ; RDP, 1966, p. 774, concl. M. Bernard, et p. 995, note M. Waline.

la norme internationale : la ratification ou l'approbation, d'une part, la publication, d'autre part.

125 - En ce qui concerne la première étape de l'incorporation, la pratique française distingue les accords dits en forme solennelle des accords en forme simplifiée. Les premiers concernent les traités négociés par le Président de la République ou ses plénipotentiaires et font l'objet d'une ratification, les seconds représentent les accords conclus au niveau des gouvernements et font l'objet d'une approbation. Cette distinction au niveau constitutionnel n'a pas d'incidence directe au niveau international puisque la ratification est la condition même de l'existence d'un traité, l'acte qui engage l'Etat, la preuve que cet engagement est irrévocablement acquis. Les dispositions de l'article 53 de la Constitution de 1958 viennent préciser la procédure en ce qu'elles subordonnent, à l'autorisation du législateur, la ratification ou l'approbation des accords internationaux portant sur toute une série de matières limitativement énumérées³⁰². L'intervention parlementaire n'a cependant qu'une portée permissive puisque la décision de soumettre un engagement international au Parlement est prise par le gouvernement.

126 - Une fois ratifiée ou approuvée, la convention doit franchir la seconde étape nécessaire à son incorporation, à savoir la publication. En France, elle apparaît comme une conséquence particulière d'un principe général de portée plus vaste, à savoir l'article 1^{er} du Code civil³⁰³ qui fait de la publication une condition de l'opposabilité de l'acte aux particuliers. Elle revêt une importance considérable puisque, quelles que soient les distinctions faites précédemment entre les actes internationaux au sujet de leur domaine d'intervention ou de leurs auteurs, la publication est nécessaire dans tous les cas pour produire des effets juridiques. En effet, une convention internationale non publiée rend irrecevable toute action destinée à engager la responsabilité de l'Etat³⁰⁴. Ceci peut d'ailleurs constituer

³⁰² A savoir, les traités de paix, de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et enfin ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire.

³⁰³ Art. 1^{er} du Code civil : « Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite (...) elles seront exécutées (...) du moment où la promulgation en pourra être connue ».

³⁰⁴ CE, sect., 13 juillet 1979, *Sté anonyme Compagnie de participations, de recherches et d'exploitations pétrolières*, Rec. CE, p. 319 ; AJDA, 1980, p. 371, concl. A. Bacquet : refus d'engager la responsabilité de l'Etat lorsqu'un accord n'a pas été publié, même si celui-ci a été ratifié. A noter qu'à l'époque, le commissaire du gouvernement avait proposé la possibilité d'une telle réparation, au motif qu'il s'agit en la matière « d'une responsabilité sans illégalité et sans faute, fondée exclusivement sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques, et dont la mise en jeu ne devait être subordonnée qu'aux conditions traditionnelles et purement factuelles tenant, d'une part, à l'existence d'un lien de causalité, d'autre part, au caractère grave et spécial du préjudice ». Pour d'autres exemples de refus du fait d'un défaut de publication au journal officiel, voir, notamment : CAA Paris, 24 juillet 1990, 3 espèces, *M. Auban*, req. n° 89PA01951 - *M. Uny*, req. n° 89PA01954 - *M. Galaup*, req. n° 89PA02052.

une certaine prime à la négligence des pouvoirs publics, lesquels, en omettant de publier la convention, s'exonèrent par avance de toute responsabilité de son fait.

En France, la procédure de publication est définie par le décret n° 53-192 du 14 mars 1953. Elle est en pratique opérée par décret du Président de la République, publié « *au Journal officiel de la République française sauf pour les règlements émanant d'une organisation internationale lorsqu'ils sont intégralement publiés dans le Bulletin officiel de cette organisation* »³⁰⁵. Aucune condition de délai n'est prévue, et l'expérience montre que la publication est souvent retardée pour des raisons administratives ou politiques, voire indéfiniment différée. L'obligation de publication n'existe que pour les conventions « *de nature à affecter par leur application les droits ou obligations des particuliers* », c'est-à-dire pour les engagements suffisamment précis pouvant être invocables devant le juge administratif.

127 - Une convention internationale va ainsi produire des effets de droit dans l'ordre interne lorsqu'elle aura été régulièrement ratifiée ou approuvée et publiée. Mais encore faut-il qu'elle respecte une condition de fond primordiale, à savoir qu'elle ait un caractère normatif dans les rapports juridiques concernant les particuliers. En effet, seules les conventions contenant des dispositions suffisamment précises et contraignantes pour constituer des règles de droit directement applicables par l'administration et le juge, pourront être regardées comme incorporées. Beaucoup de conventions n'imposent de véritables obligations qu'aux Etats signataires eux-mêmes, et sont donc privées du caractère de « *self-executing* » nécessaire à une incorporation dans un ordre juridique interne.

128 - Au vu des conséquences induites directement par une incorporation régulière et touchant l'acte international, la procédure prévue à l'article 55 va faire l'objet d'une vérification par le juge interne.

2. Une procédure contrôlée

129 - C'est au juge administratif que va revenir la tâche de vérifier la mise en œuvre de la procédure d'incorporation d'un acte international dans l'ordre juridique interne. Une précision doit tout de suite être apportée en ce qui concerne ce contrôle. Une distinction devra être faite entre l'appréciation de l'existence de la formalité et celle de sa régularité, même si

³⁰⁵ Art. 3 al. 3 du décret.

on le verra, une décision d'Assemblée du Conseil d'Etat de 1998³⁰⁶, tend à gommer cette différence en matière de ratification. L'étendue du contrôle du juge repose principalement sur la distinction entre ce qui participe de l'acte de gouvernement, qui ne peut donc être discuté et ce qui relève des vices propres de la convention.

En ce qui concerne la signature de l'acte international conclu par la France, le juge administratif s'assure de son existence, mais ne vérifie pas la régularité de celle-ci ou de tous les actes qui relèvent de l'élaboration et de la négociation de la convention³⁰⁷, au motif que cette question intéresse les rapports diplomatiques du pays.

La même distinction était opérée, il n'y a pas si longtemps, pour la ratification ou l'approbation. En effet, depuis l'étiollement de la théorie des actes de gouvernement, le juge administratif acceptait de vérifier l'existence des actes de ratification³⁰⁸, tout comme la compétence de l'autorité de ratification au regard des règles constitutionnelles³⁰⁹, mais refusait d'apprécier leur régularité³¹⁰. Faute de ratification, l'acte international n'est alors pas constitutif d'un traité et ne produit pas d'effet dans l'ordre juridique interne, à l'image de la Déclaration universelle des droits de l'homme (ONU, 1948) publiée au Journal officiel mais non ratifiée. Le refus de contrôler la régularité de la ratification au regard de la Constitution se justifiait principalement par la crainte d'un contrôle juridictionnel portant sur des mesures tournées vers l'ordre international. Sans compter, le risque de voir le juge administratif priver le traité de ses effets dans l'ordre interne, alors que paradoxalement, il continuerait d'être opposable à la France. La position de notre pays dans l'ordre international s'en trouverait alors immanquablement affaiblie, les autres Etats pouvant craindre que les engagements pris ne soient ensuite remis en cause.

130 - Le Conseil d'Etat va opérer un complet revirement en matière de ratification, à l'occasion d'un arrêt d'Assemblée « SARL du parc d'activités de Blotzheim » rendu le 18 décembre 1998³¹¹. En l'espèce, il s'agissait de savoir si le juge était compétent pour se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen soulevé devant lui, et tiré de la méconnaissance, par

³⁰⁶ CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, Rec. CE, p. 483, concl. G. Bachelier ; AJDA, 1999, p. 127, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; LPA, 23 mai 2000, n° 102, p. 6, note G. Béquain ; RFDA, 1999, p. 315, concl.

³⁰⁷ CE, 1^{er} juin 1951, *Sté des étains et Wolfram du Tonkin*, Rec. CE, p. 312.

³⁰⁸ CE, 11 avril 1962, *Sté Savana et sté des établissements textiles de Modeliaperth*, Rec. CE, p. 261.

³⁰⁹ CE, Ass., 13 juillet 1965, *Sté Navigator*, Rec. CE, p. 422 : la ratification doit être le fait du chef de l'Etat, seule autorité compétente en la matière.

³¹⁰ CE, Ass., 16 novembre 1956, *Villa*, Rec. CE, p. 433 ; AJDA, 1956, p. 487, chron. J. Fournier et G. Braibant ; RDP, 1957, p. 123, concl. P. Laurent : à propos d'un accord en forme simplifiée, matérialisé par un échange de lettres entre les gouvernements français et italien.

³¹¹ CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, préc. : en l'espèce, mal-fondé du moyen invoqué à l'appui d'un recours contre le décret de publication et tiré de l'absence d'autorisation législative (s'agissant d'un accord « engageant les finances de l'Etat »), cette autorisation étant considérée comme intervenue.

l'acte de publication d'un traité ou accord, des dispositions de l'article 53 de la Constitution, lesquelles énumèrent les différentes catégories de traités ne pouvant être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Le Conseil d'Etat va répondre positivement en énonçant « *qu'il résulte de la combinaison des dispositions (des articles 55 et 53 de la Constitution) que les traités ou accords relevant de l'article 53 et dont la ratification ou l'approbation est intervenue sans avoir été autorisée par la loi, ne peuvent être regardés comme régulièrement ratifiés ou approuvés au sens de l'article 55* », et donc qu' « *il appartient au juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen (...) tiré de la méconnaissance (...) des dispositions de l'article 53* ».

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat ne modifie pas sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle les recours directement formés contre les actes des autorités françaises au plan international ne sont pas de sa compétence, mais il va s'autoriser néanmoins à une certaine appréciation de la régularité de la ratification par le biais d'un contrôle de légalité. Il va être amené à vérifier si la ratification d'un traité appartenant à l'une ou l'autre des catégories énumérées par l'article 53 a bien été autorisée par le Parlement et, en cas de réponse négative, à annuler le décret de publication³¹². Cette solution nouvelle apparaît alors comme un des prolongements logiques de l'arrêt « *Nicolo* »³¹³. Il s'avère en effet difficile de faire prévaloir un traité irrégulièrement introduit en droit interne sur la loi française, d'où l'institution de ce contrôle par le Conseil d'Etat.

Le juge du Palais-royal va même s'autoriser à aller plus loin dans son raisonnement. En effet, depuis un arrêt d'Assemblée « *M. Aggoun* »³¹⁴ rendu le 5 mars 2003, le Conseil d'Etat accepte de se prononcer, par voie d'exception, à l'occasion d'un litige mettant en cause l'application d'un engagement international, sur un moyen tiré de la méconnaissance, par l'acte de publication de cet engagement, des dispositions de l'article 53 de la Constitution, et ce sans que puisse y faire obstacle la circonstance que le décret de publication n'a pas été contesté dans le délai de recours contentieux.

³¹² CE, 23 février 2000, *M. Bamba Dieng*, Rec. CE, p. 72 ; Dr. adm., 2000, n° 68 ; RFDA, 2000, p. 478 ; RGDIP, 2000, p. 811, note F. Poirat : annulation d'un décret portant publication d'un accord international entre la France et le Sénégal au motif que cet accord « doit être regardé comme modifiant des dispositions de nature législative au sens des dispositions précitées de l'article 53 de la Constitution et ne pouvait dès lors (...) être ratifié ou approuvé qu'en vertu d'une loi ».

³¹³ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. CE, p. 190, concl. P. Frydman ; AJDA, 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste, et p. 788, note D. Simon ; D., 1990, p. 135, note P. Sabourin ; JCP, 1989, G, n° 21371, concl. ; LPA, 11 décembre 1989, p. 11, note G. Lebreton ; RFDA, 1989, p. 813, concl. et note B. Genevois ; RFDA, 1990, p. 267, obs. D. Ruzié ; RMC, 1990, p. 389, note J.-F. Lachaume ; RTDE, 1989, p. 771, concl. et note G. Isaac ; RDP, 1990, p. 801, note J.-F. Touchard.

³¹⁴ CE, Ass., 5 mars 2003, *M. Aggoun*, Dr. adm., 2003, n° 112 ; AJDA, 2003, p. 726, chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA, 2003, p. 651 et p. 1214, concl. J.-H. Stahl.

131 - A l'heure actuelle, le défaut d'autorisation législative nécessaire à la ratification de certains engagements internationaux peut donc être invoqué tant par voie d'action contre le décret de publication du traité ou de l'accord, que par voie d'exception. Les limites de cette nouvelle compétence du juge administratif vont être précisées à l'occasion d'un arrêt « Commune de Porta » en date du 8 juillet 2002. En l'espèce, le Conseil d'Etat se prononce sur une demande d'annulation pour excès de pouvoir d'un décret de publication d'un accord international, dont la ratification avait été au préalable autorisée par une loi³¹⁵. Le Conseil d'Etat va écarter toute une série de moyens invoqués devant lui qui, tirés de l'inconstitutionnalité du décret attaqué, tendait nécessairement à lui faire apprécier la constitutionnalité de la loi autorisant la ratification. La jurisprudence « SARL du Parc » comporte donc une limite naturelle puisque lorsque la ratification a été autorisée en vertu d'une loi, celle-ci fait écran au contrôle de constitutionnalité du décret de publication. Il apparaît alors que le contrôle de l'insertion des conventions internationales dans l'ordre interne ne peut se transformer à l'occasion en un contrôle par voie d'exception de la constitutionnalité des lois³¹⁶.

132 - A ce stade, il est bon de relever que le Conseil d'Etat n'agit pas uniquement en tant que juridiction par le biais de l'examen du projet de loi de ratification qui lui est nécessairement soumis en vertu de l'article 39 de la Constitution. En effet, il contrôle aussi en amont les projets de conventions que lui soumet de manière facultative le gouvernement, sur le fondement de l'article 23 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 (article L. 112-2 du Code de la justice administrative)³¹⁷. Ce texte permet aux différents ministres de consulter le Conseil d'Etat « *sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* » et son caractère général a permis au juge administratif de fixer lui-même les bornes de son action. Ainsi, par ce biais, il se prononce sur la conformité à la Constitution des projets de conventions internationales³¹⁸, même si l'avis formulé reste consultatif. Ce contrôle présente

³¹⁵ CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, AJDA, 2002, p. 1005, obs. F. Donnat et D. Casas ; JCP, 2003, G, II, n° 10021, note A. Ondoua ; RDP, 2003, p. 1481 : à propos d'un traité signé entre la France et Andorre, rectifiant les frontières les séparant afin de placer l'emprise d'un viaduc sous la souveraineté d'Andorre, et entraînant la cession par la France, d'une portion de territoire relevant administrativement de la commune de Porta. Cette commune du département des Pyrénées-Orientales soutenait, non seulement, que son conseil municipal aurait dû être consulté préalablement à l'adoption du décret de publication, mais également et principalement que ledit règlement était contraire aux arts 53, 55 et 72 de la Constitution du 4 octobre 1958.

³¹⁶ Pour une opinion regrettant que cette limite ne soit pas franchie par le juge, voir, A. ONDOUA, note préc. sous, CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*.

³¹⁷ Pour des exemples d'avis rendus, voir, V. OGIER-BERNAUD, « Les avis du Conseil d'Etat relatifs aux conventions internationales en cours d'élaboration : un contrôle de constitutionnalité préventif méconnu », LPA, 22 juillet 2002, n° 145, p. 4.

³¹⁸ A noter que, par l'utilisation de cette procédure, le Conseil d'Etat peut être également amené à donner un avis sur la conformité à la Constitution d'actes communautaires. Pour un exemple récent, voir l'avis n° 368282 du 26 décembre 2002 (cf. EDCE, 2003, n° 54, p. 192) relatif à la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du

de nombreux avantages notamment celui de voir la constitutionnalité des conventions examinée avant leur signature. De plus, le gouvernement a tout intérêt à suivre l'avis rendu puisque le Conseil d'Etat affiche une volonté certaine de minimiser les risques de perturbation de l'ordre juridique en s'écartant de manière injustifiée des interprétations du Conseil constitutionnel. Enfin, dans le cas où le Conseil d'Etat devrait se prononcer sur des questions nouvelles, il le fait dans le sens le plus conforme à l'intérêt général et n'est généralement pas désavoué par le juge constitutionnel.

133 - En matière de publication, ultime étape de l'incorporation, la solution est plus simple et acquise depuis longtemps. Le juge s'assure que l'accord international a été régulièrement publié en contrôlant plusieurs points. Ainsi, il vérifie d'abord l'existence de la publication³¹⁹, puis sa régularité en la forme³²⁰ c'est à dire son insertion dans la partie « *lois et décrets* » du Journal officiel de la République française et enfin la conformité du texte publié à l'original du décret ordonnant la publication. Ici, plus question d'acte de gouvernement, la publication est un acte de pur droit interne, ne mettant en cause ni les rapports internationaux, ni les rapports entre les pouvoirs. En cas de non-publication ou de publication incorrecte, la conséquence est immédiate et identique à celle d'un défaut de ratification puisque la convention n'est pas susceptible de produire des effets de droit³²¹. Elle ne peut entrer en vigueur ni devenir obligatoire et applicable. Quant à l'application d'une convention non publiée, elle constitue une erreur de droit susceptible d'engager la responsabilité de l'administration³²².

134 - Une fois la convention régulièrement introduite dans l'ordre juridique interne, celle-ci pourra produire des effets de droit. Un régime de responsabilité lui sera alors applicable, calquée sur celui adopté en matière de lois, et ce depuis l'arrêt de principe « *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* »³²³. Le recul de la théorie des actes de

13 juin 2002 concernant le mandat d'arrêt européen. A cette occasion, le Conseil d'Etat va se prononcer en faveur de l'inconstitutionnalité de cet acte communautaire secondaire, en ce qu'il porte atteinte à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, entraînant pour la première fois, la mise en adéquation de la Constitution du 4 octobre 1958 avec une telle norme communautaire. Pour une analyse détaillée de cette configuration juridique inédite, voir, A. ONDOUA, « L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen », AJDA, 2003, p. 1368.

³¹⁹ CE, sect., 18 juin 1965, *Consorts Chatelain*, Rec. CE, p. 366.

³²⁰ Voir, par ex. : CE, 30 octobre 1964, *Société Prosagor*, Rec. CE, p. 496 - CE, 16 juin 1966, *Cartel d'action morale et sociale et Union féminine civique et sociale*, Rec. CE, p. 211 ; JCP, 1967, G, II, n° 15057, concl. Bertrand.

³²¹ Voir, par ex. : CE, 11 avril 1962, *Société Savana*, Rec. CE, p. 261 - CE, 22 décembre 1965, *Ministre des Finances et des Affaires économiques c/ sieur Orengo*, AJDA, 1966, p. 430, chron. V. S.

³²² CE, sect., 24 janvier 1958, *Société Ultrabois*, Rec. CE, p. 393.

³²³ CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, préc.

gouvernement franchit alors un nouveau cap du fait de cette analogie entre le régime de responsabilité du fait des lois et celui relatif aux conventions internationales.

B - L'incorporation induit une responsabilité calquée sur le régime de la responsabilité du fait des lois

135 - A la suite d'une lente évolution de la théorie des actes de gouvernement, la convention internationale régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne va être assimilée à la loi française (1), et se voir ainsi appliquer, en toute logique, le régime juridique de responsabilité pour rupture d'égalité (2).

1. *Le chemin vers l'assimilation de la convention à la loi interne*

136 - Selon une jurisprudence ancienne, les actes se rattachant aux relations entre l'Etat français et les Etats étrangers ne pouvaient faire l'objet d'aucun recours contentieux, que ce soit sur le plan de la légalité³²⁴ ou de la responsabilité³²⁵. Une telle irrecevabilité était, à l'époque, fondée sur la théorie des actes de gouvernement. Le juge administratif estimait en effet que la nature politique marquée des accords internationaux justifiait son refus de se prononcer³²⁶. Face à cette position radicale du juge, la doctrine va peu à peu se focaliser sur cette théorie des actes de gouvernement et plus précisément sur son fondement.

137 - Sous l'influence de M. Virally, l'interprétation classique de la notion d'acte de gouvernement va peu à peu être sévèrement remise en cause. Selon cet auteur, l'incompétence du juge administratif en matière de rapports internationaux s'explique par le régime juridique auxquels ils sont soumis. En effet, « *les rapports entre la France et les Puissances étrangères se caractérisent essentiellement par le fait qu'ils sont soumis au droit international* »³²⁷. Or, les caractères de la juridiction administrative française font d'elle un juge de droit interne.

Suivra, quelques temps plus tard, l'apparition de la notion d'acte mixte laquelle fera considérablement évoluer les choses. Celle-ci est due au commissaire du gouvernement Celier qui, dans ses conclusions sur l'affaire « *Sieur Gombert* », déclarait que « *ce qui caractérise l'acte de gouvernement, c'est qu'il est accompli par le pouvoir exécutif dans ses relations*

³²⁴ CE, 14 mars 1873, *Goulet*, S., 1875.2.87.

³²⁵ Voir notamment : CE, 5 décembre 1884, *Société Anonyme Belge des Chemins de Fer*, Rec. CE, p. 885 - CE, 7 novembre 1945, *Worms*, Rec. CE, p. 189 - CE, 1^{er} juin 1951, *Société des Etains et Wolfram du Tonkin*, Rec. CE, p. 312.

³²⁶ Sur cette théorie des actes de gouvernement, voir, *supra*, § n° 12 et s.

³²⁷ M. VIRALLY, « *L'introuvable acte de gouvernement* », RDP, 1952, p. 341.

*avec une autorité échappant au contrôle du juge administratif. C'est en quelque sorte un acte mixte et le Conseil d'Etat, qui n'est qu'un démembrement du pouvoir exécutif, ne peut connaître d'une décision à laquelle le pouvoir exécutif n'est pas seul intéressé »*³²⁸.

138 - Cette démarche doctrinale va alors induire une distinction entre l'activité diplomatique du gouvernement, s'exerçant uniquement dans le cadre du droit international et échappant ainsi au contrôle du juge, et celle produisant des effets dans l'ordre juridique interne sans remettre en cause la conduite des relations extérieures et donc susceptible de relever de la compétence du juge administratif. L'adhésion des tribunaux à cette distinction va être rapide puisque, dès 1958, le Conseil d'Etat va admettre la recevabilité d'une demande d'indemnité fondée sur la responsabilité de l'Etat du fait des mesures d'application d'un accord international, au motif que cette demande ne mettait « *pas directement en cause l'appréciation d'actes accomplis par le gouvernement français dans ses rapports avec un Etat étranger* »³²⁹. L'irrecevabilité des requêtes dirigées contre des conventions internationales n'était alors plus absolue.

139 - Mais si l'évolution de la notion d'acte de gouvernement a joué un rôle non négligeable dans le processus menant à la reconnaissance d'une responsabilité de l'Etat en la matière, le facteur le plus important va être la place accordée aux conventions internationales du fait des dispositions constitutionnelles. La Constitution du 27 octobre 1946 a posé pour la première fois en France le principe selon lequel « *les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont une autorité supérieure à celles des lois internes* »³³⁰. L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 ira plus loin en formulant une règle juridique : « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celles des lois (...)* », tout en l'assortissant d'une réserve de réciprocité. Il en ressort que les conventions régulièrement ratifiées et publiées sont intégrées dans la législation française et l'emportent sur toutes les règles contraires même législatives. Le juge voit naître de manière indirecte l'obligation pour lui de les traiter comme des lois positives et non plus comme des actes purement de droit international.

140 - L'incorporation des traités internationaux dans l'ordre juridique interne va alors ouvrir la porte à la recevabilité des recours. Leur assimilation va entraîner logiquement l'application d'un régime analogue à celui des lois.

³²⁸ CE, 28 mars 1947, *Sieur Gombert*, Rec. CE, p. 138 ; S., 1947.3.89.

³²⁹ CE, sect., 14 mars 1958, *Société des mines et fonderies de zinc de la Vieille Montagne*, Rec. CE, p. 164.

³³⁰ Art. 28.

2. Le chemin vers l'application justifiée du régime de responsabilité du fait des lois

141 - Cette assimilation des conventions internationales aux normes législatives de droit interne va se faire par étapes, pour parvenir finalement très logiquement à la protection des actes internationaux par l'application d'un régime analogue à celui des lois. C'est d'abord dans le domaine du contentieux de l'excès de pouvoir que les traités ont été assimilés à la loi, puisque le Conseil d'Etat a admis en 1952, contrairement à la jurisprudence traditionnelle³³¹, la recevabilité d'un moyen tiré de la violation d'un traité³³². Puis en décembre 1961, revenant sur une position affirmée à peine quelques mois avant³³³, il a reconnu que la responsabilité contractuelle de l'Etat pouvait être engagée du fait d'une convention internationale³³⁴.

Il ne restait plus qu'une dernière étape à franchir à savoir reconnaître la responsabilité extra-contractuelle et sans faute de l'Etat. Ce fût chose faite assez facilement en 1966 dans l'arrêt de principe « *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* »³³⁵, dans la mesure où il suffisait d'étendre le régime de la responsabilité du fait des lois aux conventions internationales ayant force de loi. Ainsi, suivant son commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat a admis « *que la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation des préjudices nés de conventions conclues par la France* »³³⁶.

142 - Le chemin vers une assimilation totale des conventions internationales aux lois en matière de responsabilité fut donc tortueux, mais ce mimétisme n'en est pas moins justifié. Il est tout à fait envisageable qu'un traité international, parfaitement incorporé dans l'ordre juridique interne, vienne bouleverser la situation d'une catégorie précise d'administrés, entraînant un préjudice anormal et spécial. Dans ce cas, à l'image de ce qui se passe pour les lois, aucune faute ne peut être retenue à l'encontre de l'Etat puisque, par hypothèse, la convention ne viole aucune norme supérieure, c'est un acte « *incontestable et irréprochable* » selon l'expression consacrée par le Doyen Vedel. Néanmoins, la convention crée un changement de situation qu'il convient de réparer.

³³¹ CE, 28 mai 1937, *Sieur Decerf*, Rec. CE, p. 534.

³³² CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. CE, p. 291 ; JCP, 1952, G, II, n° 7238.

³³³ CE, 3 juillet 1961, *Société indochinoise d'électricité*, AJDA, 1961, p. 482, et p. 473, chron. Galabert et Gantot.

³³⁴ CE, sect., 22 décembre 1961, *Société nationale des chemins de fer français*, Rec. CE, p. 738.

³³⁵ CE, Ass., 30 mars 1966, préc.

³³⁶ M. BERNARD, concl. sur, CE, Ass. 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, RDP, 1966, p. 774.

Dès lors, le recours au raisonnement par analogie entre les lois et les conventions internationales régulièrement introduites dans l'ordre juridique interne se justifie aisément. Cette démarche participe de la tendance du juge à tenter de privilégier le plus souvent possible l'idée d'équité, qui reste un objectif primordial. Ainsi, dans l'hypothèse qui nous concerne, l'Etat n'a pas commis de faute puisque la convention est régulière, mais ceci ne doit pas pour autant être synonyme d'absence de responsabilité et de réparation. Le particulier lésé ne doit pas se retrouver dénué de recours, son dommage doit pouvoir faire l'objet d'une indemnisation. La rupture d'égalité apparaît donc comme le fondement le plus opportun de l'action contentieuse.

143 - Le mimétisme entre les deux régimes se révèle total puisque, en matière de lois comme de conventions, les conditions requises pour l'engagement de la responsabilité sont identiques. En cas de silence du texte, le juge doit se trouver devant l'impossibilité d'interpréter la convention elle-même ou la loi autorisant la ratification comme ayant entendu exclure toute indemnisation. En ce qui concerne le préjudice, celui-ci doit être certain, direct, anormal et spécial³³⁷. Enfin, la convention peut tout à fait contenir une disposition claire, prévoyant un régime spécial d'indemnisation ou *a contrario* excluant toute possibilité de réparation. Le juge n'aura qu'à s'incliner étant donné la place des textes internationaux dans la hiérarchie des normes depuis l'arrêt « Nicolo ».

144 - Ainsi, en cas de dommage causé à un particulier par les effets d'un texte de loi ou d'une convention internationale régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne, il est naturel que le régime applicable à la personne publique soit celui de la responsabilité sans faute, l'exclusion de la faute reposant sur le caractère régulier de l'acte. L'intervention étatique à l'origine du préjudice se révèle souveraine, soit du fait du caractère particulier reconnu à la loi empêchant toute remise en cause directe, soit du fait de la légitimation de la convention internationale répondant strictement à la procédure d'incorporation en droit interne.

³³⁷ Voir, par ex., CAA Bordeaux, 12 août 2003, *Jean-Pierre A.*, req. n° 00BX02078. En l'espèce, le juge administratif réaffirme que « la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres Etats, et incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne, à la condition, d'une part, que ni la convention elle-même ni la loi qui en a éventuellement autorisé la ratification ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation et, d'autre part, que le préjudice dont il est demandé réparation soit d'une gravité suffisante et présente un caractère spécial ».

145 - L'élaboration d'actes étatiques réguliers aussi différents qu'une loi, un règlement, un acte administratif individuel ou une convention internationale, comme le refus ou l'impossibilité d'agir de l'administration, sont autant d'hypothèses pouvant entraîner des conséquences dommageables sur la situation des administrés. La responsabilité de l'Etat devra donc être recherchée afin de réparer le préjudice subi. Néanmoins, il est important de concilier ce droit avec la liberté d'action de la puissance publique. L'Etat doit pouvoir exercer ses prérogatives de manière effective car l'édiction de normes se révèle être une mission essentielle dans la construction juridique. Ainsi, afin de concilier au mieux les intérêts en présence, le juge administratif examine le comportement étatique à l'origine du préjudice sur le fondement de la responsabilité sans faute, plus particulièrement sur la rupture d'égalité devant les charges publiques. Ce choix s'avère naturel dans la mesure où toute entrave exagérée à l'action administrative risque d'avoir des conséquences néfastes sur le système juridique, comme sur la situation des administrés pour qui l'édiction de normes reste bénéfique dans la plupart des cas.

146 - Mais la conciliation des intérêts ne doit pas aboutir à privilégier une des parties en présence - à savoir l'Etat - au détriment de l'autre. Ainsi, à la reconnaissance du caractère non fautif de l'intervention étatique va répondre l'application d'un régime *a priori* favorable aux victimes. Au choix naturel d'une absence de faute de l'Etat va correspondre le choix apparent d'une protection des administrés.

CHAPITRE 2nd

LE CHOIX APPARENT D'UNE PROTECTION DES PARTICULIERS

147 - L'exclusion de la responsabilité pour faute de l'Etat du fait, soit de l'application d'une norme juridique interne régulière, soit du refus ou de l'impossibilité d'intervenir, ne doit pas pour autant être synonyme d'absence de réparation du préjudice subi par l'administré. L'Etat a agit au nom de l'intérêt général, notion essentielle en ce qui concerne l'activité de la puissance publique puisqu'elle est perçue comme un facteur de légitimation, mais peut-on au nom de cet intérêt refuser tout droit à réparation au particulier lésé ?

Certes, aucune illégalité ne touche l'acte ou le comportement lui-même mais certaines de ses conséquences peuvent être source d'inégalités, dans le sens où elles n'atteignent pas de la même manière toutes les personnes qui sont placées dans la même situation. Dès lors qu'une personne ou un petit groupe de personnes est atteint, l'égalité doit être rétablie. Le juge administratif l'a bien compris puisque, dans une telle situation, il reconnaît la possibilité d'une condamnation sans faute de l'Etat.

148 - La recherche d'une responsabilité se fera sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Ce régime particulier de responsabilité sans faute, créé de toutes pièces par la jurisprudence, va se voir appliquer à de nombreuses hypothèses telles que les dommages occasionnés par les lois, les traités mais aussi les règlements et mesures administratives individuelles ou encore en cas de refus d'agir. Ce fondement témoigne de la volonté du juge d'assurer une réelle protection des administrés, puisque la réparation du préjudice se fera par l'octroi d'une indemnité, versée par la collectivité, imputable sur son budget et alimentée par les contributions des administrés. La somme sera ainsi répartie sur l'ensemble des contribuables assurant de fait l'égalité devant les charges publiques. Nous verrons donc que ce régime spécifique de responsabilité sans faute assure une protection effective des particuliers, du fait justement de son fondement, mais aussi de ses critères de mise en oeuvre (Section 1^{ère}).

Parallèlement, la protection des administrés va également apparaître à travers un phénomène plus global, à savoir la tendance du juge administratif à étendre la responsabilité

sans faute à des domaines nouveaux. Peu à peu, la faute, vue comme condition d'un recours de plein contentieux, va céder la place à l'égalité devant les charges publiques. Cette tendance participe d'une socialisation de la responsabilité administrative. Grâce au recul de l'idée de sanction envers les personnes publiques, le juge va se concentrer sur la victime, sur son besoin de réparation et aura ainsi moins de gêne à reconnaître une responsabilité des services de l'Etat. La protection des administrés n'en sera donc que plus effective, la socialisation agissant comme un élément de légitimation de l'accroissement des hypothèses de responsabilité sans faute (Section 2nde).

SECTION 1^{ère} : Une protection par l'application d'un régime spécifique

149 - L'exercice d'un recours de plein contentieux en cas de préjudice né des conséquences de l'action normative est admis par le juge administratif sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Ce principe est acquis et ne manque pas d'être réaffirmé dans les décisions, même si au final, l'indemnisation n'est pas toujours octroyée. Parallèlement à cette source juridique, il existe une notion quelque peu floue utilisée par les tribunaux de manière sous-jacente afin de peaufiner leur analyse des cas soumis. Il s'agit de l'équité. Son utilisation répond à un besoin de réparer la rupture donc de se tourner en priorité vers les victimes, plutôt que vers les pouvoirs publics. Ainsi, la protection des particuliers victimes d'un dommage du fait de l'application d'un acte régulier ou d'un refus d'agir est matérialisée par la reconnaissance formelle d'une responsabilité étatique pour rupture d'égalité devant les charges publiques, en même temps que l'équité guide le juge de manière plus ponctuelle (§1).

Néanmoins, affirmer un principe et lui trouver un fondement juridique n'est pas suffisant. En effet, afin de prétendre à une indemnisation dans le cadre de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, le requérant devra en plus démontrer que son préjudice revêt un caractère anormal et spécial. Ces notions d'anormalité et de spécialité vont alors jouer un rôle essentiel, à tel point que l'on pourra se demander, si ce ne sont pas elles qui constituent les véritables critères de la responsabilité plutôt que la rupture d'égalité (§2).

§ 1 : La justification de la responsabilité sans faute de l'Etat : égalité devant les charges publiques et équité

150 - La véritable justification de la responsabilité sans faute du fait de l'action normative demeure le principe d'égalité devant les charges publiques (A). Néanmoins, à la lecture de certaines décisions, il s'avère possible d'affirmer que le juge administratif se laisse quelquefois influencer de manière indirecte par la notion d'équité, laquelle devient alors une « source d'inspiration officieuse »³³⁸ (B). La réunion des deux concepts permettra une approche plus empirique des divers préjudices soumis à l'indemnisation et ainsi une meilleure protection des justiciables.

A - L'égalité devant les charges publiques comme fondement juridique

151 - Le concept d'égalité des citoyens devant les charges publiques doit être délimité de manière claire afin de guider le juge administratif dans son appréciation du dommage subi par le particulier. Il est en effet primordial de bien cerner son contenu, son but ainsi que sa valeur juridique, pour pouvoir par la suite l'appliquer comme fondement à un régime de responsabilité étatique.

Si sa définition et sa valeur se révèlent précises (1), il en est différemment de son rôle au sein de la responsabilité. Celui-ci se trouve en effet discuté (2), malgré sa réaffirmation incessante par le Conseil d'Etat. Certains auteurs³³⁹ envisagent ainsi l'égalité des citoyens devant les charges publiques comme le socle de l'ensemble de la responsabilité administrative, tandis que d'autres³⁴⁰ la perçoivent plus comme un indicateur d'engagement de la responsabilité à côté de la faute ou du risque.

³³⁸ Selon l'expression utilisée par C. CORMIER, in *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 228, 2002, p. 320.

³³⁹ Selon, notamment, le président ODENT, « l'idée qui domine toute la matière de la responsabilité de la puissance publique est celle d'égalité des citoyens devant les charges publiques » (cf. *Contentieux administratif*, Fasc. IV, Les Cours de droit, 1976-1981, p. 1330). Le principe permet en effet d'expliquer l'obligation de réparation qui pèse sur la personne publique et ce, qu'il s'agisse d'un régime de responsabilité pour faute ou sans faute.

³⁴⁰ Voir, notamment : P. DELVOLVE pour qui, le principe d'égalité devant les charges publiques « ne joue de rôle central que dans des hypothèses particulières : celles des décisions prises régulièrement par les autorités publiques et celles des travaux publics » (cf. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, Coll. Bib. Dr. Pub. t. 88, p. 419) - J. PUISSOYE, lequel affirme que « (...) dans différentes hypothèses où aucune faute ne saurait être établie à l'encontre de la puissance publique, la responsabilité de cette dernière peut néanmoins être mise en jeu sur d'autres bases (...) il s'agit de la théorie du risque fondée directement sur le principe de l'égalité devant les charges publiques » (cf. « Le principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct de la responsabilité de la puissance publique », AJDA, 1964, p. 140).

1. Un contenu et une valeur juridique précis

152 - L'autorité publique, auteur d'un acte régulier ou d'un refus légitime d'agir, aux conséquences néanmoins dommageables pour un administré, se trouve dans l'obligation de répondre de son comportement ou de son abstention. Ceci peut paraître illogique dans la mesure où aucune irrégularité n'est commise, mais la justification de ce principe en est le respect de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, autrement dit de l'égalité répartition des charges entre les individus membres de la collectivité. Encore faut-il savoir ce que signifie précisément ce concept afin d'appréhender le mieux possible toutes les situations susceptibles de s'y référer.

Traditionnellement, l'expression « charge » vise selon les termes de P. Delvolvé « *un poids, un fardeau, quelque chose qui pèse* »³⁴¹. Si l'on y ajoute l'adjectif « publique », on envisage alors des sujétions concernant une collectivité toute entière. La notion peut avoir un double sens selon que l'on se place du côté de l'Etat ou des particuliers : ensemble des dépenses pour l'un et contributions pour l'autre. Ici, il semble plus judicieux de se placer du côté des administrés pour appréhender dans sa totalité la définition des charges publiques, puisque l'hypothèse de départ se révèle être une rupture d'égalité causant un préjudice à un membre de la collectivité.

Au sens strict et originel, les charges publiques étaient constituées des impositions de toute nature auxquelles il fallait ajouter les taxes et redevances perçues à divers titres, ainsi que toute autre forme de prélèvement atteignant le patrimoine d'un particulier (expropriations, réquisitions). Puis, le cercle de la définition va peu à peu s'élargir pour comprendre toutes sortes de sujétions subies par les particuliers dans l'intérêt public. Peu importe, comme le souligne P. Delvolvé, que l'auteur de l'acte ait voulu ou non causer le dommage, qu'il ait volontairement ou non voulu créer une inégalité, dans la mesure où « *l'important pour définir une charge publique c'est l'existence d'un fardeau imposée à un particulier, et ensuite l'origine de ce fardeau : la puissance publique* »³⁴². La gêne n'est pas moins grande pour le particulier, qu'elle ait été ou non expressément recherchée. L'ensemble des dommages résultant d'actes réguliers de la puissance publique constitue alors avec certitude des charges publiques.

³⁴¹ P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 5.

³⁴² P. DELVOLVÉ, *La responsabilité de la puissance publique du fait de ses actes réguliers*, Beyrouth, 1967, p. 622.

153 - Le concept paraît donc clair et largement entendu mais son utilisation et sa reconnaissance par le juge administratif vont être progressives, alimentant un débat sur sa valeur juridique. En effet, bien qu'étant rattaché au concept d'égalité tel qu'affirmé par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁴³, le juge administratif va commencer par adopter une attitude réservée, en refusant toute référence directe au principe d'égalité devant les charges publiques. Pour se faire, il évoquera plus volontiers le concept d'égalité fiscale³⁴⁴, d'égalité devant les charges d'un service public³⁴⁵ ou d'égalité devant l'impôt³⁴⁶. Il se contentera, à d'autres occasions, d'évoquer le principe à mots couverts comme dans l'arrêt « La Fleurette »³⁴⁷.

Il faudra attendre 1944 pour voir le Conseil d'Etat afin formuler expressément l'égalité devant les charges publiques en tant que fondement d'une possible responsabilité de l'Etat³⁴⁸. Une fois ce pas franchi, le juge n'hésitera plus à l'employer comme en témoigne les nombreux arrêts de principe y faisant référence, de l'arrêt « Lacombe »³⁴⁹ en passant par l'arrêt « Société Manufacture de machines du Haut-Rhin »³⁵⁰, « Compagnie générale d'énergie radio- électrique »³⁵¹ ou encore « Commune de Gavarnie »³⁵².

³⁴³ A noter ici que, du fait de ce caractère normatif, T. DEBARD va jusqu'à mettre en doute l'existence d'une responsabilité sans faute, directement fondée sur l'égalité devant les charges publiques, dans la mesure où il envisage le principe sous l'angle du fondement direct de la responsabilité et non comme une simple justification théorique. Ainsi, selon cet auteur, toute rupture d'égalité entraîne nécessairement une illégalité, le principe d'égalité ayant acquis un caractère normatif qu'il est obligatoire de respecter, et ce d'autant plus depuis sa consécration par le Conseil constitutionnel. Dès lors, le contentieux de la responsabilité ne devrait être envisagé que comme l'accessoire de celui de la légalité, au point que la jurisprudence « La Fleurette » et ses développements en matière de traités internationaux et actes réglementaires seraient absorbés dans le régime de droit commun de la responsabilité pour faute (cf. « L'égalité des citoyens devant les charges publiques : fondement incertain de la responsabilité administrative », D., 1987, chron., p. 157).

³⁴⁴ CE, 5 mai 1922, *Fontan*, Rec. CE, p. 386.

³⁴⁵ CE, 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, Rec. CE, p. 222.

³⁴⁶ CE, 23 novembre 1936, *Abdouloussen*, Rec. CE, p. 1015.

³⁴⁷ Le principe d'égalité devant les charges publiques n'est pas expressément mentionné, même si les termes du considérant s'y réfèrent : « rien ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement ; cette charge créée dans l'intérêt général, doit être supportée par la collectivité ».

³⁴⁸ CE, 2 juin 1944, *Fays*, Rec. CE, p. 159.

³⁴⁹ CE, 1^{er} décembre 1961, *Lacombe*, Rec. CE, p. 674, en ce qui concerne la validation législative d'opérations d'intégration de fonctionnaires : « la responsabilité de l'Etat est en principe susceptible d'être engagée à l'égard de ses agents sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques ».

³⁵⁰ CE, 29 juin 1962, *Sté « Manufacture de machines du Haut-Rhin »*, Rec. CE, p. 432, concl. Ordonneau ; AJDA, 1962, p. 580, en ce qui concerne des décisions administratives légales d'autorisation d'exportation de matériels de guerre : « la responsabilité de la puissance publique peut se trouver engagée, même sans faute, sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, au cas où une mesure légalement prise a pour effet d'entraîner au détriment d'une personne physique ou morale un préjudice spécial et d'une certaine gravité ».

³⁵¹ CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. CE, p. 257 ; AJDA, 1966, p. 350, chron. J.-P. Puissochet et J.-P. Lecat ; D., 1966, p. 582, note J.-F. Lachaume ; JCP, 1967, G, II, n° 15000, note J. Dehaussy ; RDP, 1966, p. 774, concl. M. Bernard, et p. 995, note M. Waline, en ce qui concerne la responsabilité du fait des conventions internationales : « la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation des préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres Etats et incorporés régulièrement dans l'ordre juridique interne ».

Malgré cette reconnaissance jurisprudentielle, restait à résoudre une question essentielle à savoir la valeur juridique du principe afin de déterminer au mieux les autorités lui étant soumises. Le Conseil d'Etat va s'empresser d'y répondre en l'érigeant au rang de principe général du droit « *applicable même en l'absence de texte* »³⁵³, de telle sorte qu'il s'impose à toute autorité réglementaire. Mais les choses n'en étaient pas encore pour autant limpides. Quelques commentateurs³⁵⁴ soulignaient en effet que le fait d'accorder, dans le cas de dommages issus de l'application d'une loi, une réparation du dommage sans interpréter la volonté du législateur comme allant dans ce sens, mais en s'assurant simplement que celui-ci n'avait pas entendu exclure toute responsabilité, était synonyme d'une valeur supra-législative.

Le débat fut clos quelques temps plus tard à l'occasion de la décision « Servitudes administratives » du 13 décembre 1985³⁵⁵, dans laquelle le Conseil constitutionnel indique que « (...) le principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un élément quelconque du préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public »³⁵⁶. Puis, dans une décision du 4 juillet 1989 « Privatisations »³⁵⁷, le Conseil précise qu'« (...) il est loisible aux intéressés, pour le cas où l'application de la loi présentement examinée leur occasionnerait un préjudice anormal et spécial, d'en demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité de tous devant les charges

³⁵² CE, sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. CE, p. 113 ; AJDA, 1963, p. 208, chron. M. Gentot et J. Fourré ; RDP, 1963, p. 1019, note M. Waline, en ce qui concerne une mesure réglementaire d'interdiction pour les piétons d'emprunter un chemin vicinal bordant un commerce de souvenirs. En l'espèce, la Haute juridiction a considéré que la régularité de la décision du maire n'empêchait pas le commerçant lésé d'obtenir une indemnité « sur le fondement du principe de l'égalité devant les charges publiques ».

³⁵³ CE, Ass., 19 février 1960, *Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants*, Rec. CE, p. 129.

³⁵⁴ Voir, notamment, les conclusions du commissaire du gouvernement FOURNIER sur l'arrêt du 26 juin 1959, *Syndicat des ingénieurs-conseils*, RDP, 1959, p. 1004.

³⁵⁵ CC, n° 85-198 DC, 13 décembre 1985, *Dispositions diverse relatives à la communication audiovisuelle (servitudes administratives)*, Rec. CC, p. 78 ; Rev. adm., 1985, p. 572, note R. Etien ; AJDA, 1986, p. 171, note J. Boulouis ; JCP, 1986, G, I, n° 3237, note J. Dufau ; D., 1986, jurispr., p. 345, note F. Luchaire ; RDP, 1986, p. 395, note L. Favoreu ; CJEG, 1986, p. 109, note P. Sablière. Voir, également, CC, n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, Rec. CC, p. 63 : « Considérant qu'il incombe au législateur, lorsqu'il met en œuvre le principe de solidarité nationale, de veiller à ce que la diversité des régimes d'indemnisation institués par lui n'entraîne pas de rupture caractérisée de l'égalité de tous devant les charges publiques ».

³⁵⁶ On pouvait, à l'époque, s'interroger sur la portée de cette décision, dans la mesure où le fait générateur du dommage était ici un ouvrage ou un travail public. Néanmoins, rien ne paraissait s'opposer à ce que cette solution soit étendue à d'autres domaines. Ce fut chose faite à l'occasion d'une décision rendue le 29 juillet 1998, dans laquelle le Conseil constitutionnel prend soin de préciser que : « (...) le respect du principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un élément quelconque du préjudice indemnisable résultant de la mise en œuvre de la procédure de réquisition » (cf. CC, n° 98-403 DC, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, Rec. CC, p. 276 ; RJC, p. I-765 ; RFDC, 1998, p. 765, note J. Trémeau ; AJDA, 1998, p. 705, chron. J.-E. Schoettl ; Cahier Cons. constit., 1999, n° 6, p. 6 ; JCP, 1999, G, I, n° 141, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux ; LPA, 30 juillet 1999, n° 151, p. 29, chron. B. Mathieu, M. Verpeaux et S. Aivazzadeh.

³⁵⁷ CC, n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, *Modalités d'application des privatisations*, Rec. CC, p. 41.

publiques ». Celui-ci acquiert donc valeur suprême³⁵⁸, il s'impose au législateur mais non de manière rigide puisque celui-ci pourra l'aménager à certaines conditions, comme le démontre la décision « Adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports »³⁵⁹ du 10 janvier 2001³⁶⁰.

154 - Le principe d'égalité devant les charges publiques est donc relativement facile à cerner. Néanmoins, son influence au sein du système de la responsabilité administrative va faire l'objet de nombreux débats, mettant quelque peu en doute son importance dans l'octroi d'une indemnisation.

2. Un rôle discuté au sein du système de responsabilité

155 - Par l'utilisation du principe d'égalité devant les charges publiques, la jurisprudence administrative va contribuer à une meilleure protection des particuliers, du fait de l'émergence d'une vision nouvelle de la responsabilité, tournée en priorité vers les victimes et non plus vers les personnes publiques. Cette évolution du droit de la responsabilité va néanmoins susciter de vifs débats au sein de la doctrine, dans la mesure où les opinions divergent en ce qui concerne le rôle et l'opportunité de l'utilisation de la notion d'égalité devant les charges publiques.

156 - Le principal problème sera de délimiter l'étendue occupée par le principe d'égalité devant les charges publiques dans le système de responsabilité, et notamment de se demander s'il n'est pas le fondement unique de celui-ci. Du début du siècle jusqu'à la seconde guerre mondiale, cette théorie reçut un écho important. Les auteurs sont unanimes : le principe d'égalité devant les charges publiques donne à la responsabilité administrative toute son originalité dans la mesure où, contrairement au risque, ce principe ne saurait s'appliquer au droit de la responsabilité civile. Comme le relève M. Paillet, il permet de conférer à la

³⁵⁸ A l'heure actuelle, cette reconnaissance explicite de la valeur constitutionnelle du principe d'égalité devant les charges publiques est également l'œuvre du Conseil d'Etat. Voir : CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette, Mme Lipietz et autres*, RFDA, 1999, p. 370, concl. Maugüe - CE, Ass., 6 avril 2001, *M. Pelletier et autres*, RFDA, 2001, p. 712, concl. Austruy).

³⁵⁹ CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, Rec. CC, p. 39 ; Dr. adm., 2001, comm. n° 156 ; LPA, 16 février 2001, n° 34, p. 13, note J.-E. Schoettl ; RFDC, 2001, n° 46, p. 354, note J. Trémeau. En l'espèce, une loi prévoyait la suppression d'un monopole catégoriel et organisait, dans le même temps, une indemnisation au bénéfice de la profession visée. Le Conseil constitutionnel va vérifier, par le biais du contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation, que ce droit à réparation tel qu'il est reconnu se révèle suffisant pour répondre au principe d'égalité devant les charges publiques.

³⁶⁰ S'agissant de ces conditions, voir *infra*, § n° 204 et s.

responsabilité publique, « (...) *une coloration spécifique en harmonie avec la justification philosophique de l'action administrative* »³⁶¹.

P. Duez, éminent représentant de cette période, résume alors la pensée de la doctrine par ces mots : « *si, en effet, le préjudice causé par le fonctionnement de l'entreprise administrative s'analyse en une charge publique, si la réparation pécuniaire aboutit à répartir finalement sur la collectivité cette charge publique, incontestablement le principe d'égalité des administrés devant les charges publiques exige la responsabilité de la puissance publique. Tout cela s'enchaîne logiquement* »³⁶². Cette conception tient en grande partie au fait qu'à l'époque, égalité des individus entre eux et égalité devant les charges publiques sont deux concepts quasi-impossibles à différencier dans l'esprit des auteurs. Le respect des individus entre eux commande l'indemnisation du particulier subissant un dommage du fait de la puissance publique.

157 - Cette vision du système de responsabilité va faire l'objet de quelques critiques. Des partisans même de l'originalité de la responsabilité de la puissance publique ne vont pas hésiter à faire valoir une distinction importante entre, d'un côté le fondement lointain ou médiat de la responsabilité, et de l'autre côté, le fondement direct ou immédiat. Un début de réponse pourra ainsi être apporté en ce qui concerne le rôle du principe d'égalité devant les charges publiques. Il en est ainsi de C. Eisenmann³⁶³, lequel ayant clairement posé cette distinction, indique que « *par fondement, soit de la responsabilité d'un sujet dans un cas donné, soit objectivement de la règle qui statue cette responsabilité, il faut entendre la raison qui les justifie. En fin de compte, cette raison ne peut être qu'un principe, une maxime, une norme métajuridique (...)* », et l'auteur précise : « *car il est admissible de présenter comme le fondement d'une responsabilité celle d'entre ses multiples conditions qui a trait à la désignation du sujet responsable, qui rend compte de son choix comme responsable, ayant déterminé et paru justifier la mise de l'obligation de réparer à sa charge (...). Cette condition constitue la première justification qui se présente lorsque l'on s'interroge sur le fondement d'une responsabilité statuée par une règle ; on peut donc dire qu'elle en est le fondement immédiat* ».

158 - Suivant un raisonnement identique, F.-P. Bénétoit affirme, quant à lui, que le fondement lointain représenté par l'idée d'égalité des individus entre eux, constitue le

³⁶¹ M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Paris, Cours Dalloz, 1996, p. 31.

³⁶² P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Paris, Dalloz, 2nde éd., 1938, p. 11.

³⁶³ C. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques », JCP, 1949, G, I, n° 751.

fondement général de la responsabilité, commune au droit privé comme au droit public, tandis que « *le fondement immédiat de la responsabilité se situe (...) au point où il résulte du droit positif que le juge considère qu'il y a effectivement rupture d'égalité* »³⁶⁴. Il définit ainsi trois points de rupture différents : au niveau du fait générateur du dommage, en fonction des caractères intrinsèques du dommage et dès lors que le dommage est certain. Ici, c'est le second point de rupture qui nous intéresse puisque c'est celui qui déterminera la responsabilité de la personne publique en fonction de l'anormalité du dommage subi par l'administré.

Il convient donc de faire la distinction entre le fondement médiat de la responsabilité administrative, constitué par la justification théorique de l'obligation de réparation qui incombe à la personne à laquelle est imputable le préjudice, et le fondement immédiat qui désigne la condition fondamentale d'engagement de la responsabilité. Selon cette conception doctrinale, le principe d'égalité devant les charges publiques apparaîtrait comme le fondement médiat de la responsabilité administrative, tandis que le fondement immédiat serait plutôt à rechercher, dans le cas qui nous concerne, du côté de l'anormalité du préjudice subi³⁶⁵.

159 - Cette analyse du système de responsabilité en fonction des points de rupture constitue une avancée majeure pour les victimes puisqu'elle va permettre une meilleure prise en compte de leur situation et donc indirectement une indemnisation plus juste. Les critères de rupture sont en effet déterminés en fonction de la qualité de la victime (usagers, tiers, agents occasionnels). Ainsi, dans l'hypothèse de dommages subis du fait d'actes réguliers de la puissance publique, la fixation du point de rupture de l'égalité au stade du préjudice anormal paraît justifiée, dans la mesure où « *certaines dommages apparaissant comme des inconvénients ordinaires de la vie en société, dont chacun a sa chance de supporter une part égale, peuvent être considérés comme ne violant pas l'égalité et laissés sans compensation. Mais il paraît juste au contraire que tout dommage excédant ces limites (...) soit réparé* »³⁶⁶.

De plus, les solutions consacrées selon cette méthode ne sont pas définitives car on peut très bien concevoir des exceptions tenant compte de la situation particulière de la victime. Ainsi, ce système permet « *d'adapter, non point arbitrairement, mais suivant les données du moment, la responsabilité de la puissance publique aux besoins qu'il s'agit de satisfaire* »³⁶⁷. A l'image de ce que l'on a déjà vu en ce qui concerne la définition de la notion de charge publique, la victime occupe donc une place centrale dans le système de responsabilité. C'est

³⁶⁴ F.-P. BENOIT, « Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique », JCP, 1954, G, I, n° 1178.

³⁶⁵ A ce sujet, voir *infra*, n° 185 et s.

³⁶⁶ F.-P. BENOIT, « Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique », art. préc., § n° 41.

³⁶⁷ *Idem*, § n° 50.

sa situation qui devient l'objet de toutes les attentions et non plus celle de la personne publique.

160 - Néanmoins, le débat doctrinal sur l'opportunité de l'utilisation du principe d'égalité devant les charges publiques n'est pas clos pour autant. Une position dominante semble s'affirmer au sein de la doctrine³⁶⁸ en faveur de la présentation du principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct d'une partie de la responsabilité sans faute, alors que de plus en plus de voix s'élèvent en faveur de la reconnaissance du principe comme fondement médiat et commun à toute la responsabilité administrative³⁶⁹.

Deux règles *a priori* peu conciliables vont ainsi continuer à cohabiter, perpétuant l'« *anomalie inquiétante et excitante* »³⁷⁰ relevée par le professeur Chapus. D'une part, « *il est interdit à l'administration de méconnaître dans ses décisions réglementaires ou non réglementaires (...) l'égalité devant les charges publiques* », et d'autre part, « *si l'égalité devant les charges publiques est licitement rompue, les conséquences dommageables de cette rupture doivent (...) être réparées* »³⁷¹. En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat continue à différencier « rupture illégale » et « rupture légale » de l'égalité devant les charges publiques, distinguant le cas où aucune différence de situation appréciable, ni nécessité d'intérêt général ne légitime une atteinte au principe d'égalité³⁷², de celui où des motifs d'intérêt général peuvent donner lieu à une indemnisation sur le terrain de la responsabilité sans faute³⁷³.

³⁶⁸ Voir, notamment : P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, *op. cit.*, p. 233 et s. - C. DEBOUY, « Le droit français de la responsabilité administrative : métamorphose ou permanence ? », CJEG, 1997, p. 327 - J.-P. GILLI, « La responsabilité d'équité de la puissance publique », *D.*, 1971, chron., p. 125 (pour cet auteur, dans le cas de dommages causés par des mesures d'intérêt général, le principe d'égalité joue directement) - J. PUISSOYE, « Le principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct de la responsabilité de la puissance publique », art. préc., p. 140 (selon lui, « la théorie du risque fondée directement sur le principe de l'égalité devant les charges publiques concerne essentiellement la réparation des préjudices résultant de mesures que l'administration est autorisée à prendre en vertu de ses pouvoirs exorbitants et la responsabilité du fait de l'exercice de la fonction législative »). Voir, également, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., t. 1, 2001, p. 1336 et s. et G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, Paris Dalloz, Connaissance du droit, 1996, p. 103 et s. Pour ces deux derniers auteurs, le risque et le principe de l'égalité devant les charges publiques sont les deux fondements directs de la responsabilité administrative sans faute.

³⁶⁹ Voir, par ex. : A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris LGDJ, 8^{ème} éd., 1980, p. 629 et s. (pour cet auteur, le fondement de la responsabilité se trouve dans l'idée d'égalité des individus devant les charges publiques. Le risque et la faute ne sont alors que des conditions d'engagement de la responsabilité) - J.-M. DE FORGES, *Droit administratif*, Paris PUF, 5^{ème} éd., 1998, p. 276 et s. (pour M. de Forges, l'autonomie du droit de la responsabilité administrative ne se justifie que parce qu'il existe un fondement commun à tous les régimes de responsabilité publique. Il considère que ce fondement commun est le principe d'égalité devant les charges publiques).

³⁷⁰ Terme employé dans la préface à la thèse de P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, *op. cit.*, p. XIV.

³⁷¹ *Idem.*

³⁷² CE, 9 mars 1951, *Sté des Concerts du Conservatoire*, Rec. CE, p. 151 ; GAJA, Paris Dalloz, 13^{ème} éd., 2001, p. 440 : « en frappant la société requérante d'une mesure d'exclusion (...) sans qu'aucun motif tiré de l'intérêt général puisse justifier cette décision, l'Administration (...) a usé de ses pouvoirs pour un autre but que celui

161 - Le juge administratif n'hésite donc plus à faire expressément référence au principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques, afin d'appliquer au cas d'espèce le régime de responsabilité sans faute. Conjointement, il lui arrive aussi d'avoir recours de manière assez régulière au concept d'équité, même si son utilisation reste plus discrète.

B - L'équité comme « source d'inspiration officielle »³⁷⁴

162 - Bien que l'équité soit une notion au contenu imprécis et difficile à définir (1), le juge administratif n'hésite plus à y avoir recours lorsque les circonstances le lui permettent, lui reconnaissant ainsi un rôle non négligeable dans le système de responsabilité du fait de l'action normative régulière (2).

1. *Un contenu difficile à cerner*

163 - A l'inverse du principe d'égalité devant les charges publiques, la notion d'équité³⁷⁵ est d'approche difficile car sa définition reste vague. Elle présente un caractère de souplesse du fait de sa capacité à s'adapter à la situation, qui rend complexe toute tentative de délimitation. En effet, comme le résume A. Dessens, « *la représentation que l'esprit ce fait de l'équitable, est fonction de l'évolution sociale, du milieu et de l'époque, au moins en partie, (...) la notion du juste et de l'aequum est très souple* »³⁷⁶. Néanmoins, l'auteur ne manque pas de nuancer ses propos en précisant que malgré ces incertitudes, la notion d'équité comporte une partie fixe composée d'éléments objectifs que sont le droit naturel, la justice et la morale sociale.

Ch. Blaevoet insiste quant à lui sur cette capacité d'adaptation de la notion en y voyant plutôt un avantage : « *En quoi l'équité diffère-t-elle de l'égalité comme fondement de la responsabilité ? A l'égalité simpliste et très approximative, basée sur des ressemblances purement apparentes, s'oppose l'équité raisonnée, clairvoyante discriminatoire, tenant*

pour lequel ils lui sont conférés et a méconnu le principe de l'égalité qui régit le fonctionnement des services publics (...) Cette faute engage la responsabilité de l'Etat ».

³⁷³ CE, 13 mai 1987, *M. Aldebert*, Dr. adm., 1987, n° 380 ; JCP, 1988, G, II, n° 20960, note B. Pacteau ; RFDA, 1988, p. 950, note H. Rihal : « (...) les mesures légalement prises, dans l'intérêt général, par les autorités de police peuvent ouvrir droit à réparation sur le fondement du principe de l'égalité devant les charges publiques au profit des personnes qui, du fait de leur application, subissent un préjudice anormal et spécial ».

³⁷⁴ Selon l'expression utilisée par C. CORMIER, in *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 228, 2002, p. 320.

³⁷⁵ Pour une étude détaillée à propos de l'équité, voir M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 229, 2003.

³⁷⁶ A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, Thèse, Toulouse, 1934, p. 9.

compte des différences réelles de situations et inspirée d'humanité, nom moderne de la charité »³⁷⁷.

164 - La définition de l'équité ne peut alors s'envisager sans commencer par évoquer le concept de morale même s'il ne faut pas aller trop vite et confondre les deux notions en une seule. En effet, à l'origine, au XIX^{ème} siècle, toute idée de recours à la morale pour faire évoluer le droit positif était proscrite. Droit et morale s'opposant radicalement, il n'était pas question de faire entrer ce concept dans la définition d'une notion encore plus floue, à savoir l'équité. Puis, peu à peu, la méfiance envers la morale va s'estomper. On découvre que le concept, objet de toutes les craintes, n'est pas celui « *de morale individuelle qui comprend la générosité, l'abnégation ou l'héroïsme, mais la morale sociale, encore appelée conscience sociale, et qui correspond à la morale propre à une société donnée* »³⁷⁸. L'idée de prendre en compte le sentiment de la conscience collective pour mieux apprécier la situation de droit devient acceptable. Admise dans le droit, la morale peut alors se retrouver dans la définition du concept d'équité.

165 - Cette distinction entre la vision individuelle et la vision sociale de la morale va alimenter les débats doctrinaux et fournir des arguments aux auteurs prônant une délimitation souple de l'équité, en tant que facteur d'orientation du droit en faveur d'une meilleure indemnisation des victimes. En effet, comme le souligne J.-P. Gilli, l'équité « *peut être entendue de deux façons : elle peut désigner soit un droit sans règles, adaptant à chaque cas concret une solution sur mesure -c'est l'équité individuelle (...)-, soit au contraire une norme de justice, inspirée en quelque sorte du droit naturel* »³⁷⁹. La première conception ne doit en aucun cas être retenue pour définir la notion puisqu'elle revient à inciter le juge à statuer en équité. Or ceci est totalement interdit en droit civil (sauf disposition expresse contraire), mais aussi en droit public, comme le rappelle L. Michoud en ces termes : « *notre droit public, comme notre droit privé, est un jus scriptum (...) il n'appartient pas à l'interprète de tirer d'une simple analyse philosophique des rapports sociaux le principe d'une condamnation à prononcer contre l'Etat* »³⁸⁰.

La seconde conception de l'équité sera donc celle retenue et utilisée en droit positif, à savoir l'équité vue comme une véritable norme, issue des exigences de la conscience. Le juge

³⁷⁷ C. BLAEVOET, « De l'inadaptation des théories de la faute et du risque comme fondements de la responsabilité des collectivités en droit public », JCP, 1958, G, I, n° 1406.

³⁷⁸ M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif* français, Paris LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 174, 1994, p. 27-28.

³⁷⁹ J.-P. GILLI, « La responsabilité d'équité de la puissance publique », *chron. préc.*, p. 129.

³⁸⁰ L. MICHOD, « La responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », RDP, 1895, p. 273.

se référera directement à une norme d'application immédiate afin d'accorder réparation à la victime d'une mesure d'intérêt général, et non à la simple idée d'équité reliée à la morale individuelle.

166 - Ainsi, la définition la plus correcte de l'équité sera celle l'apparentant à une norme exprimant la morale collective, même si l'identification entre équité et morale ne doit pas être absolue. En effet, la morale sociale ne devra fournir à l'équité « *qu'une orientation, un jeu de directives : elle n'est qu'une boussole* »³⁸¹. Cette approche n'empêchera pas le juge de l'utiliser de manière récurrente, faisant ainsi avancer le droit à la réparation des dommages.

2. Un rôle de guide dans le droit à réparation

167 - L'équité va jouer un rôle notable dans l'élaboration et le perfectionnement du droit à réparation, dans la mesure où la notion va venir suppléer la loi, de façon facultative, sans jamais la remplacer. Le juge se référera à l'équité afin de suppléer aux carences, aux insuffisances, aux lacunes de la loi. Son caractère instinctif va faire du concept d'équité une norme omniprésente car « *sans faire appel à la raison raisonnante (le concept) va de lui-même et tout droit à la solution la meilleure et la plus conforme au but de toute organisation juridique* »³⁸². Néanmoins, ce constat n'est que l'aboutissement d'une longue évolution.

L'équité a porté pendant longtemps une connotation négative du fait de son caractère vague et imprécis, illustrée par l'expression populaire « *Dieu nous garde de l'équité des Parlements* ». Le terme évoquait immédiatement dans les esprits la crainte du jugement d'équité, par lequel « *le juge écarte la loi en rendant une décision intuitive et spécifique au cas d'espèce, qui ne fera pas jurisprudence* »³⁸³. Or, appréhender l'équité comme une source complémentaire du droit n'est pas synonyme de jugement d'équité, mais bien de jugement en équité. Aucune incompatibilité ne peut être relevée entre les notions d'équité et de source du droit puisque, comme le rappelle J.-P. Gilli, « *il ne faut pas perdre de vue que toutes les sources de droit ne sont pas juridiquement obligatoires pour le juge (...) la norme d'équité existe ; elle est source du droit ; mais le juge est libre de n'y avoir recours que lorsqu'il l'estime nécessaire* »³⁸⁴.

³⁸¹ A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, op. cit., p. 32.

³⁸² F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1995, p. 488.

³⁸³ M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, op. cit., p. 32.

³⁸⁴ J.-P. GILLI, « La responsabilité d'équité de la puissance publique », chron. préc., p. 129.

168 - L'équité va alors remplir une mission importante dans la mesure où elle permettra de délimiter, en partie, la notion de préjudice réparable. En effet, sera considéré comme réparable, le dommage dont l'équité commande réparation, comme le démontre un passage caractéristique des conclusions du commissaire du gouvernement Romieu dans l'affaire « Cames »³⁸⁵ : « *il appartient au juge administratif d'examiner directement, d'après ses propres lumières, d'après sa conscience et conformément aux principes de l'équité, quels sont les droits et obligations de l'Etat et de ses agents* ». Il existe alors un lien très étroit entre l'équité et le caractère anormal du préjudice subi³⁸⁶. En effet, qu'est-ce qu'un préjudice anormal sinon un préjudice dont on estime qu'il serait équitable de réparer. Il en est ainsi dans le domaine de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, puisque c'est lorsque le juge sera choqué par les conséquences d'une mesure d'intérêt général, qu'il appliquera la norme d'équité pour résoudre la question de l'indemnisation. Ainsi, l'appréciation de la rupture d'égalité et surtout de sa gravité, sa spécialité et son anormalité dépendront de la vision de la situation par la conscience collective.

Cette prise en compte de la morale sociale va se révéler bénéfique pour les particuliers subissant un dommage du fait d'une mesure d'intérêt général puisque la définition du préjudice réparable ne va cesser de croître. En effet, autrefois, tout dommage n'ayant pas pour cause la faute d'autrui devait rester à la charge de la victime, alors qu'à l'heure actuelle, une conception plus moderne de l'équité aboutit à ce que le plus grand nombre possible de dommages soit réparé. Ainsi, l'alliance du droit, comme véritable source juridique, et de l'équité comme norme complémentaire, permettra aux victimes d'espérer le meilleur traitement possible de leur situation.

169 - Comme toute notion au contenu difficilement définissable, l'équité n'échappe pas aux critiques liées à son côté subjectif ou arbitraire. Y. Gaudemet explique ainsi que « *le recours exclusif à l'équité est fondamentalement une démarche subjective ; il interdit que le cheminement du juge soit jalonné de ces bornes que sont d'une part l'attention aux sources du droit, d'autre part le respect de certains procédés, de méthodes finalement* »³⁸⁷. Il est néanmoins possible d'opposer à cela que toute interprétation, y compris celle des textes,

³⁸⁵ CE, 21 juin 1895, *Cames*, Rec. CE, p. 509, concl. Romieu ; D., 1896.3.65, concl. ; S., 1897.3.33, note Hauriou ; *GAJA*, *op. cit.*, p. 39.

³⁸⁶ Cette relation entre l'équité et l'anormalité du préjudice est, par exemple, évoquée par le commissaire du gouvernement BARBET dans ses conclusions sur l'arrêt « Lecomte », rendu le 24 juin 1949, lorsque, analysant la matière des travaux publics, il relève que : « (...) il est certain que vous avez été guidés par un sentiment d'équité qui trouvait sa justification dans l'importance des dommages subis lors de l'exécution des travaux publics et qui pouvait trouver sa place dans des matières tout à fait étrangères aux travaux publics » (cf. JCP, 1949, G, II, n° 5092).

³⁸⁷ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 58, 1972, p. 20-21.

recèle une part d'incertitude et de subjectivisme. Ceci pourra même constituer un avantage pour le justiciable dans la mesure où, comme le souligne J.-P. Gilli, « *par hypothèse, ce n'est pas parce que l'administration connaîtrait à l'avance son obligation d'indemniser la victime qu'elle s'abstiendrait de prendre la mesure d'intérêt général dommageable. (...) la victime ne peut que bénéficier de l'application de la norme : à la certitude d'un refus au nom des catégories juridiques, elle préférera vraisemblablement l'incertitude d'une chance de réparation au nom de l'équité* »³⁸⁸. S'il est évident que l'équité ne doit pas exercer une influence prépondérante dans la jurisprudence, au risque de faire dépendre la solution des litiges de l'humeur du juge, de son approche personnelle de l'affaire, il est certain qu'elle « *représente l'élément humain qui sera intégré dans le raisonnement du juge* »³⁸⁹. Dans sa dimension subjective, l'équité apparaît alors comme « *une sorte d'instinct inhérent à la condition humaine, ayant un but : relativiser les exigences systématiques et formelles du droit* »³⁹⁰.

170 - Ainsi, la notion d'équité ne se présente en aucun cas comme une source du droit³⁹¹, elle constitue simplement une source d'inspiration pour les solutions jurisprudentielles. L'évolution du droit de la responsabilité, plaçant la victime au cœur de ses préoccupations, ne peut que renforcer ce sentiment.

Le particulier lésé se verra donc appliquer un régime de responsabilité sans faute s'appuyant principalement sur le droit, sans toutefois ignorer le concept d'équité présent en filigrane dans les décisions du juge administratif. Par le droit, le requérant se retrouvera face à un ensemble de règles, de normes à respecter, tandis que l'équité permettra au juge d'examiner sa demande en se référant à des valeurs morales. Ce système s'avère avantageux pour la victime, dans la mesure où le juge administratif ne devant plus gérer l'épineux problème d'une éventuelle faute de la puissance publique, concentrera alors son attention sur le requérant.

³⁸⁸ J.-P. GILLI, « La responsabilité d'équité de la puissance publique », *chron. préc.*, p. 130.

³⁸⁹ F. GOLIARD, *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, Thèse, Paris 2, 1995, p. 286.

³⁹⁰ H. SAK, « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », *RRJ*, 2003, p. 1683.

³⁹¹ Le droit de la responsabilité administrative répond toujours aux souhaits, que formulait M. HAURIOU en 1919 dans sa note sous l'arrêt « Regnault-Desroziers », dans laquelle il refusait catégoriquement d'admettre la notion d'équité comme source de droit : « Nous voudrions bien qu'on ne confondit pas le sentiment avec le droit, l'équité avec la justice, qu'on n'oublât point qu'il existe des catégories juridiques qui sont les limites tutélaires des obligations juridiques, au-delà desquelles restent toujours possibles, soit les dispositions législatives, soit les indemnités gracieuses » (cf. S., 1918-1919, III, p. 25).

Mais la justification du régime n'est pas le seul élément favorable au justiciable, les conditions d'engagement de la responsabilité relatives au préjudice témoignent *a priori* de ce même souci de protection.

§ 2 : Les critères : un préjudice anormal et spécial

171 - Pour admettre la responsabilité sans faute sur le fondement de l'atteinte à l'égalité devant les charges publiques, le requérant doit avoir subi un préjudice qui, selon la formule employée dans de nombreux arrêts, « *ne saurait être regardé comme une charge lui incombant normalement* »³⁹². Le particulier devra ainsi justifier d'une charge excédant celle qu'il doit normalement supporter, on parle alors de préjudice « anormal », souvent accolé à l'adjectif « spécial »³⁹³. La définition de ce préjudice va évidemment venir de la jurisprudence, le régime spécifique de responsabilité sans faute du fait de l'action normative régulière étant, comme nous l'avons vu³⁹⁴, une création prétorienne. Sans compter que le juge administratif va venir très tôt apporter une précision quant à la nécessité d'un préjudice répondant aux deux qualificatifs. On peut alors citer ici, pour son caractère démonstratif, l'arrêt « Vannier », dans lequel, à travers le rejet de toute indemnisation, le Conseil d'Etat énonce clairement les conditions nécessaires en matière de préjudice : « *à supposer qu'il ait été spécial, (le préjudice allégué) n'a pas présenté le caractère de gravité qui, en l'absence de faute de l'Administration, pourrait seul ouvrir aux intéressés droit à indemnité* »³⁹⁵.

Le préjudice est donc indemnisable à la condition qu'il soit non seulement spécial mais également d'une gravité suffisante. Ces conditions apparaissent en effet comme cumulatives³⁹⁶ et le juge administratif ne manque d'ailleurs pas de rappeler cette obligation

³⁹² Voir, notamment : CE, Ass. 14 janvier 1938, *Sté anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. CE, p. 25 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque - CE, Ass., 21 janvier 1944, *Sieurs Caucheteux et Desmots*, Rec. CE, p. 22 ; S., 1945.3.13, note A. B. - CE, sect., 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*, Rec. CE, p. 53 ; AJDA, 1963, p. 94, chron. M. Gentot et J. Fourré ; JCP, 1963, G, II, n° 13326, note G. Vedel (avec une légère différence dans la formulation : « (...) ce préjudice constitue ainsi, pour ceux qui le subissent, une charge spéciale, par rapport aux charges normales (...) ») - CE, sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a.*, Env., 2003, comm. n° 84, note Gillig ; Dr. env., 2003, n° 12, p. 176, note Deliancourt ; D., 2003, jurispr., p. 2527, note Guillard ; JCP, 2003, G, II, n° 10173, note Jobart ; JCP, 2003, A, n° 1896, note C. Broyelle ; RFDA, 2004, p. 144, concl. Lamy et p. 151, note P. Bon ; RJE, 2004, n° 2, p. 189, note S. Juan.

³⁹³ Pour une affirmation par le juge administratif de la nécessité d'un préjudice anormal et spécial, voir, par ex. : CE, 13 mai 1987, *M. Aldebert*, préc., concernant un arrêté réglementaire - CAA Marseille, 24 février 1998, *Ministre de la Culture et de la Communication*, RFDA, 1998, p. 1133, obs. H. Le Berre, s'agissant de la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques - CAA Marseille, 23 novembre 1999, *M. Peretti*, req. n° 97MA00827, à propos de la loi de validation du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

³⁹⁴ Voir, *supra*, § n° 25.

³⁹⁵ CE, sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec. CE, p. 60, concl. Kahn.

³⁹⁶ Cette double exigence a d'ailleurs fait l'objet d'une consécration par le Conseil constitutionnel, celui-ci ayant affirmé, dans une décision rendue le 4 juillet 1989, « (...) qu'il est loisible aux intéressés, pour le cas où

pour le préjudice de cumuler anormalité et spécialité³⁹⁷. Celle-ci s'explique aisément du fait que, bien qu'étant complémentaires, ces deux caractères s'avèrent distincts. Comme le remarque C. Cormier, « *l'anormalité concerne le préjudice lui-même alors que la spécialité (...) est relative au cercle des personnes qui peuvent prétendre à une indemnité* »³⁹⁸.

172 - Le préjudice anormal et spécial va ainsi faire l'objet d'une attention toute particulière de la part du juge administratif. L'évolution de l'étendue des cas d'indemnisation dépendra alors en grande partie de sa délimitation. Nous allons voir que, bien qu'étant d'appréciation subjective (A), les notions d'anormalité et de spécialité restent des notions contingentes à la rupture d'égalité (B), donc des indices favorisant *a priori* l'octroi d'une réparation au particulier lésé.

A - Des notions d'appréciation subjective

173 - Afin de délimiter le concept de « préjudice ne devant pas être normalement supporté par le justiciable » et pouvant ainsi faire l'objet d'une indemnisation, il est nécessaire de s'attacher à définir de manière claire ce que renferment les notions d'anormalité (1), d'une part, et de spécialité (2), d'autre part.

1. *L'appréciation de l'anormalité*

l'application de la loi présentement examinée leur occasionnerait un préjudice anormal et spécial, d'en demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité de tous devant les charges publiques » (cf. CC, n° 89-254 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, Rec. CC, p. 41).

³⁹⁷ La rédaction de certains arrêts indique clairement le caractère cumulatif des conditions d'anormalité et de spécialité du préjudice. Voir, par ex. : CE, Ass. 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. CE, p. 257 ; AJDA, 1966, p. 350, chron. J.-P. Puissechet et J.-P. Lecat ; D., 1966, p. 582, note J.-F. Lachaume ; JCP, 1967, G, II, n° 15000, note J. Dehaussy ; RDP, 1966, p. 774, concl. M. Bernard, et p. 995, note M. Waline : « la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée (...) à la condition (...) que le préjudice dont il est demandé réparation soit d'une gravité suffisante et présente un caractère spécial » - CE, 8 avril 1994, *SA Etablissements Charbonneaux-Brabant*, Rec. CE, p. 187 : « Considérant que si la société requérante fait grief à l'arrêt attaqué de n'avoir pas reconnu le caractère anormalement grave du préjudice qu'elle allègue, il résulte des termes mêmes de l'arrêt que ce motif a un caractère surabondant et ne saurait, par suite, en tout état de cause, entraîner l'annulation de l'arrêt de la cour ; Considérant, enfin, que la cour ne s'est pas fondée sur l'absence de caractère spécial du préjudice allégué ; que par suite le moyen relatif à la spécialité du préjudice est inopérant » - CE, 24 mai 1967, *C.A.P.I.A.*, Rec. CE, T, p. 927 ; AJDA, 1968, p. 45, obs. J. Moreau : « Considérant que, à supposer que les conséquences dommageables desdites interdictions de survol aient été d'une particulière gravité pour la requérante, le préjudice causé par ces interdictions n'a pas, en raison de sa généralité, présenté un caractère exceptionnel de nature à engager la responsabilité sans faute de l'Etat » - CE, 15 novembre 2000, *Commune de Morschwiller-Le-Bas*, CJEG, 2001, p. 118, concl. A. Seban ; D., 2000, IR, p. 301 ; AJDA, 2001, p. 207, note M. Cliquennois : « (...) ce préjudice présente un caractère spécial et qu'en raison de sa gravité il ne saurait être regardé comme une charge incombant normalement à la Commune (...) ».

³⁹⁸ C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 228, 2002, p. 210.

174 - Pour reprendre les termes de C. Blaevoet et tenter de délimiter la notion même d'anormalité, on peut observer que le mot « anormal » comporte plusieurs sens. Est anormal « d'une part ce qui n'est pas conforme à la norme, à la règle, au statut, à la loi (...) d'autre part, tout ce qui n'est pas conforme à la pratique courante, au sens commun (...) enfin, tout ce qui excède la commune mesure dans l'importance de l'entreprise ou la gravité des effets ou répercussions »³⁹⁹. Ainsi par anormalité du dommage, il faut entendre la désignation de son importance, sa gravité.

Au fil de sa jurisprudence, le juge administratif va diversifier les expressions pour rendre compte de ce critère. Ainsi, en matière de dommages causés par une loi, l'arrêt « La Fleurette »⁴⁰⁰ parle d'une charge qui n'incombe pas normalement à la société requérante, l'arrêt « Caucheteux et Desmonts »⁴⁰¹ d'un « préjudice suffisamment grave ». Pour le refus d'exécuter une décision de justice, « le préjudice qui en résulte ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé ». En matière de décision réglementaire, l'octroi d'une indemnité est subordonné dans l'arrêt « Commune de Gavarnie », à la condition qu'il soit « établi que le préjudice a, en fait, présenté une gravité telle que l'arrêté municipal dût être regardé comme ayant imposé au Sieur Berne une charge ne lui incombant pas normalement ». Le préjudice a enfin été qualifié d'« exceptionnel »⁴⁰².

Malgré la diversité des adjectifs, le juge entend répondre à une seule exigence, à savoir la réparation d'un dommage excessif qui excède par sa gravité ce que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la victime devait supporter. Ainsi, l'anormalité s'apprécie de manière relative, par rapport à la situation de la victime du dommage. Le juge ne prend pas en considération le poids du dommage *in abstracto* c'est à dire sa seule ampleur, mais bien les répercussions de l'action étatique sur la situation du particulier. L'importance du préjudice dépend donc de considérations variées, appréciées de façon discrétionnaire par le juge. La délimitation de l'anormalité du préjudice lui appartient, c'est à lui que revient le pouvoir de faire évoluer la notion dans un sens plus ou moins favorable à la victime, dans la mesure où aucun seuil de gravité n'est prédéfini⁴⁰³.

³⁹⁹ C. BLAEVOET, « De l'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative », JCP, 1946, G, I, n° 560.

⁴⁰⁰ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Sté anonyme des produits laitiers La Fleurette*, préc.

⁴⁰¹ CE, Ass., 21 janvier 1944, *Sieurs Caucheteux et Desmont*, préc.

⁴⁰² CE, 8 mai 1961, *Bonifay*, Rec. CE, p. 1171.

⁴⁰³ Concernant l'attitude du juge administratif face à cette possibilité, voir *infra*, § n° 407 et s.

175 - Afin d'apprécier au mieux l'existence de l'anormalité du préjudice, le juge va alors procéder à un ensemble de constatations⁴⁰⁴ et s'attacher aux répercussions de l'acte régulier sur la situation de la victime. Pour y parvenir, il pourra avoir recours à une analyse de l'ensemble des activités du requérant afin de mesurer l'ampleur du dommage sur son patrimoine. Le montant des sommes en cause entre donc en ligne de compte mais n'est pas suffisant. Ainsi, un dommage portant sur une somme élevée peut ne pas être considéré comme anormal s'il laisse subsister l'essentiel des affaires de l'intéressé, ne supprimant qu'une partie accessoire de son activité et n'empêchant pas la poursuite des autres affaires⁴⁰⁵. Au contraire, l'obligation de cesser toute activité ouvre droit à réparation⁴⁰⁶.

Parfois, l'absence de gravité pourra ressortir de la comparaison des dommages occasionnés par rapport aux avantages que la mesure dommageable a elle-même procurés. Ainsi, la victime ne doit pas pouvoir justifier d'un profit ou de tout autre avantage du fait de l'acte en cause. Dans le cas contraire, le dommage totalement ou partiellement compensé par un profit est considéré comme ne présentant plus le caractère grave requis pour la mise en œuvre de la responsabilité sans faute. Ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire « Vannier »⁴⁰⁷, la suppression d'une émission de télévision deux ans avant le terme initialement prévu a paru d'une portée bien faible par rapport à la durée effective de cette émission (8 ans). De même, dans l'espèce « Consorts Olivier »⁴⁰⁸, le préjudice invoqué par les requérants n'a pas été considéré comme revêtant un caractère suffisant de gravité, dans la mesure où les pertes de quelques stocks de plants invendus, suite au décret du 30 septembre 1953 venu réglementer la vente et la plantation de certains cépages, se compensait aisément par les bénéfices engrangés du fait de tous les textes sur l'assainissement du marché du vin.

Enfin, il convient de souligner que le préjudice ne doit pas se rattacher à un aléa normalement assumé par la victime. Cette condition, formulée en 1962⁴⁰⁹ à propos d'un refus

⁴⁰⁴ Pour une étude des critères temporels et financiers, utilisés par le juge administratif pour évaluer l'anormalité du préjudice, voir infra, § n° 408 et s.

⁴⁰⁵ CE, 17 février 1939, *Sté coopérative militaire d'Alsace*, Rec. CE, p. 97. La Haute juridiction considère en l'espèce qu'une société, autorisée à vendre divers produits, dont les boissons alcoolisées, dans les camps militaires, ne saurait se plaindre des conséquences d'une loi réservant la vente des boissons alcoolisées aux seuls cantiniers. Dans le même sens, voir CE, sect., 23 novembre 1945, *Sieur Rougier*, Rec. CE, p. 241 : Un acte portant atteinte à un atelier de réparation qui « ne constituait que l'activité accessoire de l'activité principale » d'un magasin de vente de chaussures ne peut être créateur d'un préjudice suffisamment grave.

⁴⁰⁶ CE, Ass., 14 janvier 1938, *La Fleurette*, préc. - CE, Ass., 21 janvier 1944, *Caucheteux et Desmots*, préc. - CE, sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. CE, p. 113 ; AJDA, 1963, p. 208, chron. M. Gentot et J. Fourré ; RDP, 1963, p. 1019, note M. Waline.

⁴⁰⁷ CE, sect., 27 janvier 1961, préc.

⁴⁰⁸ CE, 26 octobre 1962, *Consorts Olivier*, RDP, 1963, p. 79, concl. Heumann.

⁴⁰⁹ CE, 29 juin 1962, *Sté « Manufacture de machines du Haut-Rhin »*, Rec. CE, p. 432, concl. Ordonneau ; AJDA, 1962, p. 580. Selon la législation en vigueur, la fabrication de matériel de guerre pour l'étranger était soumise à une autorisation administrative pour l'acceptation de la commande et une autorisation pour l'exportation de matériel fabriqué. Or, à la suite de la crise de Suez, l'autorisation administrative d'exportation du matériel vers la Syrie fut refusée à la société requérante. Le Conseil d'Etat va rejeter toute indemnisation de la

d'autorisation d'exportation de matériel de guerre, va être appliquée aux nombreuses hypothèses recouvertes par la responsabilité née de la jurisprudence « Couitéas »⁴¹⁰. Selon l'expression employée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt « Société Les Fils d'Henri Ramel »⁴¹¹, le préjudice n'est pas anormal lorsqu'il est la réalisation « *d'un risque auquel ils (les requérants) se seraient sciemment exposés* ». Ainsi, la gravité du préjudice ne doit pas uniquement s'apprécier par rapport à la gravité de ses effets, mais aussi par rapport à la normalité de sa cause⁴¹². Le dommage doit être suffisamment grave mais en plus il ne doit pas résulter d'une exposition de la victime à des aléas devant normalement rester à sa charge⁴¹³.

176 - Pour que la responsabilité sans faute de la puissance publique soit reconnue, le préjudice doit donc être anormal. Dans le cas contraire, l'exclusion automatique de l'indemnisation est formulée de manière très nette par le juge : « *il n'est pas établi que la (mesure) ait causé (au requérant) un préjudice suffisamment grave pour qu'il soit fondé à en demander réparation* »⁴¹⁴ ou « *le préjudice subi (...) n'a pas présenté le caractère de gravité qui, en l'absence de faute de l'administration, pourrait seul avoir pour effet d'ouvrir (...) droit à indemnité* »⁴¹⁵. Mais la condition d'anormalité ne fait pas tout, le préjudice doit aussi être spécial.

société requérante au motif qu'elle « ne pouvait ignorer l'aléa que comportait la passation d'un tel contrat, elle devait normalement envisager l'éventualité où, pour des motifs légitimes (...) l'autorisation lui serait refusée ».

⁴¹⁰ Voir, par ex., CE, 10 juillet 1996, *Meunier*, req. n° 143847 : Le préjudice résultant d'une situation à laquelle le particulier s'est sciemment exposé ne lui ouvre pas droit à réparation. Dans le même sens, TA Paris, 14 octobre 1997, *Sté Eiffage*, *Juris-Data*, n° 051329 : « Eu égard, notamment à la nature particulière du projet de construction et d'exploitation du stade à Melun-Sénart, les sociétés requérantes ne pouvaient ignorer le risque d'un éventuel abandon du projet. Dès lors, ayant assumé ce risque en connaissance de cause, elles ne sauraient demander, à ce titre, réparation des conséquences dommageables de la décision du Premier ministre ».

⁴¹¹ CE, sect., 7 décembre 1979, *Sté « les fils de Henri Ramel »*, *Rec. CE*, p. 456 ; *D.*, 1980, p. 303, concl. B. Genevois ; *JCP*, 1981, G, II, n° 19500, note B. Pacteau.

⁴¹² S'appuyant principalement sur cette idée, C. BROYELLE développe alors, s'agissant de la responsabilité du fait des lois, une définition de l'anormalité de la charge pesant sur le particulier, totalement détachée des notions de gravité et de spécialité. Pour l'auteur, « ce n'est pas en raison de ses caractères propres, notamment de sa gravité et de sa spécialité, que la charge paraît au juge comme anormale, mais au regard de l'objectif de la loi. Pour un juge chargé d'une mission d'application de la loi, l'anormalité s'entend avant tout comme ce qui n'est pas « conforme aux règles ou aux lois reconnus ». L'anormalité de la charge provient de ce que celle-ci ne constitue pas un effet normal de la loi. La charge est « a-normale », elle s'est produite « en dehors » de la norme. Cette « a-normalité » s'apprécie non pas du côté du dommage mais du côté de la règle, de la loi » (cf. *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, p. 52).

⁴¹³ En ce qui concerne l'appréciation faite par le juge administratif de l'existence d'un aléa, voir *infra*, § n° 422 et s.

⁴¹⁴ CE, sect., 23 novembre 1945, *Sieur Rougier*, préc.

⁴¹⁵ CE, sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, préc.

2. L'appréciation de la spécialité

177 - Le principe de l'égalité devant les charges publiques ne s'oppose qu'aux discriminations entre citoyens placés dans une même situation. Celui-ci n'est pas violé s'ils sont tous atteints par la même charge. En matière de responsabilité, le même raisonnement est appliqué dans la mesure où le préjudice ne peut être réparé que s'il apparaît comme une discrimination entre la victime et les personnes qui, placées dans la même situation, ne le subissent pas. C'est à cette nécessité que correspond la condition de spécialité et le juge administratif n'hésite pas à rappeler son importance de manière explicite⁴¹⁶. Dès lors, il reste à savoir, à l'image de ce que l'on vient de faire pour le caractère d'anormalité, en quoi consiste concrètement ce caractère de spécialité.

178 - La spécialité du préjudice est appréciée en fonction du nombre de justiciables l'ayant subi. Toute la difficulté va donc venir du fait qu'il n'existe pas de critères fixes permettant d'établir un seuil de spécialité. Il n'y aura guère de difficultés à reconnaître la spécialité du dommage lorsqu'une seule personne ou une seule entreprise est atteinte. Dans ce cas le caractère de spécialité est arithmétique. Ainsi, dans l'arrêt « La Fleurette », une seule entreprise fabriquait de la « gradine » et était touchée par l'interdiction législative de fabriquer de la crème sans lait. Dans l'arrêt « Commune de Gavarnie », le marchand de souvenirs subit un préjudice spécial du fait qu'il soit le seul, à raison de la situation de son commerce sur le sentier réservé aux cavaliers et interdit aux piétons par arrêté du maire, à voir son activité considérablement réduite. Enfin, dans l'arrêt « Société Boulenger »⁴¹⁷, la spécialité tient à l'objet même de la mesure puisqu'il s'agissait d'une mesure individuelle faisant pression sur la société, et seulement elle, afin de la céder à une coopérative ouvrière.

Le problème va se compliquer lorsque le dommage touche tout un groupe d'administrés. Lorsque le préjudice atteint l'ensemble de la population, il est certain qu'on ne peut parler de spécialité⁴¹⁸. La solution est la même lorsque toute une région⁴¹⁹ ou une activité

⁴¹⁶ CE, 7 juillet 1950, *Ménoreau*, Rec. CE, p. 448 : « le caractère de spécialité est nécessaire pour que soit éventuellement reconnu aux intéressés un droit à la réparation des dommages résultant de l'intervention du législateur ».

⁴¹⁷ CE, 2 novembre 1947, *Sté Boulenger*, Rec. CE, p. 435. Ici, une seule entreprise a subi la pression gouvernementale pour être cédée à une coopérative ouvrière.

⁴¹⁸ Ce fut le cas, par exemple, à l'occasion de l'affaire « Compagnie générale d'énergie radio-électrique », dans laquelle, par une convention internationale, l'Etat français avait consenti à différer, jusqu'au règlement définitif du problème des réparations, l'examen des créances issues de la seconde guerre mondiale et où le dommage subi par la société disposant d'une telle créance n'a pu « eu égard à la généralité des accords sus-mentionnés et au nombre des ressortissants français victimes de dommages analogues (...) être regardé comme présentant un caractère spécial » (cf. CE, Ass., 30 mars 1966, préc.).

est visée⁴²⁰. Il n'y a pas de spécialité puisque tous ceux qui se trouvent dans une même situation subissent le même préjudice. Le juge administratif va néanmoins amorcer un assouplissement de sa jurisprudence en mettant en œuvre un critère préférentiel plutôt que numéraire afin de déterminer la spécialité du dommage. Ainsi selon les termes de M. Rougevin-Baville, « un préjudice est spécial lorsqu'il n'est éprouvé que par une seule personne ou par un groupe de personnes à la fois identifiable avec une certaine précision et suffisamment restreint »⁴²¹.

En effet, depuis l'arrêt « Ministre de l'Intérieur c/ Bovero »⁴²², le préjudice est indemnisé s'il concerne une catégorie précisément identifiable au sein d'un groupe déterminé, c'est à dire un « sous-ensemble homogène ». Dans cette affaire, le Conseil d'Etat reconnut ainsi le caractère spécial du préjudice subi par un propriétaire de locaux d'habitation en raison de l'interdiction d'expulser des locaux les familles de militaires stationnés en Afrique du Nord, au motif qu'« un tel préjudice ne frappe ni tous les propriétaires de locaux d'habitation occupés par des tiers, ni même une catégorie déterminée d'entre eux mais seulement ceux dont les locaux se trouvent occupés par un militaire servant en Afrique du Nord au moment où ils auraient pu obtenir l'exécution d'une procédure d'expulsion rendue en leur faveur ». Ce qui va compter le plus dorénavant ce n'est pas tant le nombre de victimes ayant subi le préjudice mais leur appartenance à un groupe identifiable⁴²³.

179 - La détermination du seuil à partir duquel le préjudice cesse d'être spécial constitue ainsi pour le juge un instrument lui permettant de réduire ou d'élargir la portée du principe d'égalité devant les charges publiques⁴²⁴. Dans l'ensemble, la jurisprudence s'est montrée plutôt favorable à une évolution souple de la notion de spécialité, allant même, dans les années 1980, jusqu'à opérer une distinction au sein du groupe de victimes afin d'indemniser celles ayant subi le préjudice le plus grave⁴²⁵. Le critère de spécialité sera donc, dans certaines circonstances, lié à celui de gravité.

⁴¹⁹ CE, 23 janvier 1952, *Compagnie des tramways électriques de Limoges*, Rec. CE, p. 52.

⁴²⁰ CE, Ass., 10 février 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ conjoints Chauche*, Rec. CE, p. 108 ; JCP, 1961, G, II, n° 12185, note M. T.

⁴²¹ M. ROUGEVIN-BAVILLE, « Responsabilité sans faute », Encyclopédie Dalloz, 1992, p. 1 à 36.

⁴²² CE, sect., 25 janvier 1963, *Bovero*, préc.

⁴²³ Pour une confirmation de l'arrêt « Bovero », voir CE, 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ conjoints Burgat*, Rec. CE, p. 452 ; AJDA, 1977, p. 7 et, p. 30, chron. Nauwelaers et Fabius ; Gaz. Pal., 1978, I, p. 117, note B. Pacteau ; JCP, 1977, G, II, n° 18606, note F. Julien-Laferrère ; D., 1978, jurispr., p. 76, note F. Lamoureux ; RDP, 1977, p. 213, concl. J. Massot, à propos des propriétaires louant leur immeuble à des personnes bénéficiaires de l'immunité diplomatique.

⁴²⁴ Pour une démonstration de cette affirmation, voir *infra*, § n° 386 et s.

⁴²⁵ Voir, par ex. : CE, sect., 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la Mer c/ Sté Sealink U.K. limited*, Rec. CE, p. 246 - CE, 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la mer c/ Sté Townsend car ferries limited*, AJDA, 1984, p. 706, note Moreau - CE, sect., 27 juillet 1984, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation et Ministre de la Mer c/ M. Lebeaud*, Rec. CE, T,

La définition du préjudice anormal et spécial pouvant ouvrir droit à indemnisation dépend donc, en grande partie, des circonstances de l'espèce. Néanmoins, l'obligation de justifier d'un tel préjudice afin de pouvoir prétendre à réparation est déjà, en soit, un élément favorable à la victime, puisque les critères d'anormalité et de spécialité ont un lien certain avec la rupture d'égalité.

B - Des notions contingentes à celle de rupture d'égalité

180 - Nous allons voir que tant le critère d'anormalité, que celui de spécialité, ont un lien certain avec le principe d'égalité devant les charges publiques (1), ils expriment tous deux la preuve que l'égalité a été rompue et donc, sur ce point, que le préjudice mérite d'être indemnisé. Néanmoins, nous constaterons que le critère d'anormalité paraît évoquer, à lui seule, l'existence d'une charge exceptionnelle, à tel point que certains auteurs se sont interrogés sur la possibilité qu'il soit le véritable fondement de la responsabilité du fait de l'action normative régulière (2).

1. *Le lien avec le principe d'égalité*

181 - Le préjudice anormal et spécial va être envisagé comme une notion fonctionnelle à laquelle le juge se réfère pour établir la rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. En effet, ce sont les caractères du préjudice qui vont servir de repère afin de déterminer si la responsabilité sans faute mérite ou non d'être reconnue, et par-là l'indemnisation d'être accordée⁴²⁶. Ce rôle primordial vient du fait que, très tôt, on a associé préjudice anormal et spécial et rupture d'égalité. Certains auteurs n'hésitent pas à évoquer ce lien de manière explicite, à l'image de P. Duez⁴²⁷ lequel, évoquant les inconvénients de voisinage, affirme que le Conseil d'Etat se trouve face un problème d'ordre patrimonial de répartition des charges et applique la règle fondamentale de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, la traduisant techniquement par la condition du préjudice anormal et

p. 728 ; AJDA, 1984, p. 706, note Moreau - CE, 9 octobre 1989, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre de l'Urbanisme, du Logement et des Transports, chargé de la mer et SARL Compagnie « Côte des Isles » c/ Ville de Port-Bail*, Rec. CE, T, p. 900 - CE, 6 novembre 1985, *Sté Condor-Flugdienst*, Rec. CE, p. 313 ; AJDA, 1986, p. 124, et p. 84, note Hubac et Azibert - CE, 6 novembre 1985, *Ministre d'Etat, Ministre des transports c/ Touraine Air Transports et autres*, Rec. CE, p. 312 ; AJDA, 1986, p. 125, et p. 84 note Hubac et Azibert. Pour une analyse détaillée de cette évolution, voir, *infra*, § n° 397 et s.

⁴²⁶ Pour une analyse de l'utilisation stricte de ces deux caractères par le juge administratif, voir *infra*, § n° 384 et s.

⁴²⁷ P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Paris, Dalloz, 2nde éd., 1938, p. 71.

spécial. Il convient ici d'examiner précisément les raisons d'existence de ce lien, afin d'en tirer les conséquences pour les justiciables.

182 - En ce qui concerne tout d'abord la spécialité, comme nous l'avons vu précédemment, elle peut apparaître lorsqu'une seule personne est touchée. Néanmoins, cela n'est pas suffisant pour justifier d'une rupture d'égalité devant les charges publiques dans la mesure où l'égalité à respecter est une égalité de droit et non de fait. Qu'est ce qui va alors permettre de faire le rapport entre spécialité et rupture d'égalité ? La réponse à cette question peut être trouvée dans l'analyse faite par P. Delvolvé selon laquelle, pour conclure à une violation de l'égalité devant les charges publiques, « *il ne suffit pas de constater qu'une seule personne a subi un dommage (...) il faut encore qu'elle soit la seule à le supporter parmi les autres personnes placées dans la même situation* »⁴²⁸. C'est là qu'apparaît le lien avec la spécialité du préjudice puisque celle-ci n'existe que lorsque la victime se retrouve isolée des autres administrés, en raison de la mesure dommageable elle-même, c'est-à-dire lorsqu'elle est la seule, parmi les autres personnes dans la même situation, à supporter la charge induite par l'acte régulier. Le critère n'est donc pas arithmétique mais différentiel. Ainsi, l'inégalité va apparaître en même temps que la spécialité dans le fait de se trouver dans une situation discriminatoire par rapport à d'autres susceptibles d'être touchés par la décision. C'est ce qui a guidé le raisonnement des juges à l'occasion des différents arrêts de principe rendus en matière de dommages du fait de lois⁴²⁹, de mesures réglementaires⁴³⁰ ou individuelles⁴³¹.

Le lien apparaît encore plus évident depuis que le juge accepte de reconnaître le caractère de spécialité du préjudice même dans les cas où il existe une pluralité de victimes, au motif que l'on réussit à isoler certaines d'entre elles dans un sous-groupe⁴³². Spécialité et rupture d'égalité se rejoignent ici sur le terrain de la comparaison des situations entre les différentes personnes visées, puisque comme le souligne P. Delvolvé, « *les critères retenus pour déterminer le groupe en fonction duquel la comparaison peut être faite, correspondent à ceux qui, dans la légalité, permettent de définir les différences de situation en fonction*

⁴²⁸ P. DELVOLVÉ (P.), *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, Coll. Bib. Dr. Pub. t. 88, p. 271.

⁴²⁹ Dans l'arrêt de principe, « La Fleurette », le préjudice est considéré comme spécial car la société était la seule à remplir les conditions d'application de la loi interdisant la vente et la fabrication de produits crémeux ne provenant pas exclusivement du lait, mais en plus la rupture d'égalité était caractérisée du fait que la mesure isolait le requérant par rapport à l'ensemble des fabricants de crème (cf. CE, Ass., 14 janvier 1938, préc.).

⁴³⁰ Dans l'arrêt « Commune de Gavarnie », la situation de fait suite à la mesure de police va faire apparaître une inégalité à l'encontre du sieur Benne, l'isolant par rapport à l'ensemble des commerçants susceptibles de se voir appliquer le texte (cf. CE, sect., 22 février 1963, préc.).

⁴³¹ CE, sect., 28 octobre 1949, *Sté des Ateliers du Cap Janet*, Rec. CE, p. 450 ; JCP, 1950, G, II, n° 5861, concl. J. Delvolvé. En l'espèce, l'ensemble des chefs d'entreprise pouvait se voir refuser une autorisation de licenciement, mais un seul parmi ceux-là (le requérant), avait fait l'objet d'une mesure d'application donc était traité inégalement par rapport aux autres personnes placées dans la même situation.

⁴³² Pour une étude de cette jurisprudence, voir *infra*, § n° 397 et s.

desquelles les discriminations sont admissibles ou non »⁴³³. Dès lors, le critère de spécialité du dommage correspond bien au principe d'égalité devant les charges publiques, car si la situation « est la même pour tous, il n'y a pas d'inégalité (en revanche) si le préjudice n'atteint qu'une partie des personnes se trouvant dans les mêmes conditions, il rompt l'égalité : il est spécial. Il doit être réparé »⁴³⁴.

183 - En ce qui concerne l'anormalité du préjudice, l'affirmation d'un lien avec le principe d'égalité devant les charges publiques peut apparaître surprenant dans la mesure où, pour que l'égalité soit rompue, il suffit que certains citoyens subissent une charge que les autres placés dans la même situation ne supportent pas, peu importe alors la nature ou l'importance de celle-ci. Néanmoins, si aucun rapport direct ne peut être établi entre anormalité et principe d'égalité, les deux ne sont pas pour autant incompatibles. Ainsi, à l'image de P. Delvolvé, il est possible de déceler un rapprochement dans le fait que la gravité du préjudice permette de mesurer la gêne devant être supportée par les citoyens au sein de toute collectivité. Chaque intervention de l'administration au nom de l'intérêt général va faire supporter une dose d'inconvénients aux particuliers, la plupart du temps minime par rapport à l'avantage procuré. Néanmoins, à partir d'un certain seuil déterminé par la notion de gravité, la gêne dépassera ce qui doit normalement être supporté et entraînera par-là une rupture d'égalité devant les charges publiques.

184 - Ainsi, il est permis de faire le lien entre les caractères de spécialité et d'anormalité du préjudice et le principe d'égalité devant les charges publiques. *A priori*, la mise à jour de ce rapport n'en sera que bénéfique pour le particulier puisque la nécessité de répondre aux conditions du préjudice sera pour lui, le gage d'obtenir réparation, dès que sa situation le placera dans un contexte d'inégalité envers le reste de la collectivité.

Néanmoins, il est utile de se demander si ces deux critères sont placés dans une position d'égalité face à la représentation de la rupture d'égalité ou si l'un d'eux n'occupe pas une place plus importante. En effet, le caractère anormal paraît illustrer de manière si précise la charge exceptionnelle, qu'une certaine partie de la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si le préjudice anormal ne constituait pas le véritable fondement de la responsabilité sans faute de l'Etat.

⁴³³ P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., p. 271.

⁴³⁴ *Idem*, p. 641.

2. Le préjudice anormal : véritable fondement de la responsabilité sans faute de l'Etat ?

185 - Dans tous les cas où la responsabilité sans faute de la puissance publique du fait de son action normative régulière est susceptible d'être reconnue, le juge administratif met l'accent sur le caractère anormal du préjudice subi. Les formules employées peuvent différer : tantôt « *charge qui n'incombe pas normalement à l'intéressé* »⁴³⁵, tantôt « *charge spéciale, par rapport aux charges normales incombant à (...)* »⁴³⁶ ou encore « *risque exceptionnel* »⁴³⁷. Mais l'important reste que, derrière ces différentes formulations, se trouve une seule et même idée : la victime a subi une charge qu'elle ne devait pas normalement supporter, donc une charge anormale et de ce fait la personne publique est obligée de l'indemniser. Le préjudice anormal semble ainsi occuper une place importante dans le système d'indemnisation, c'est pourquoi une partie de la doctrine lui a reconnu un rôle prépondérant. En effet, certains auteurs ont tenté de démontrer que le véritable fondement direct de la responsabilité sans faute, entendu par-là la condition fondamentale de son engagement, résiderait dans la notion d'anormalité du préjudice.

Ainsi, pour G.-C. Henriot, l'anormalité consiste en la « *destruction d'un droit absolu que la victime peut légitimement revendiquer* »⁴³⁸, elle place alors le justiciable dans une situation particulière, l'isolant des autres administrés entraînant ainsi un préjudice spécial. Un régime de responsabilité original découlerait selon lui de cette analyse, reposant entièrement sur la notion de dommage anormal définie de façon précise comme, « *le dommage causé par l'exercice d'une activité légitimée s'analysant pour la victime dans l'impossibilité de jouir d'un ou de plusieurs avantages attachés à un droit absolu, et constituant une atteinte dont la durée, la permanence ou la généralisation aboutissent à la destruction de ce droit* »⁴³⁹.

Suivant le même raisonnement, P. Amselek⁴⁴⁰ affirme lui aussi que le dommage anormal est le fondement du droit de la responsabilité administrative sans faute. Il précise en effet que « *l'idée d'égalité devant les charges publiques est invoquée par le juge administratif*

⁴³⁵ Voir, par ex. : CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. CE, p. 789 ; D., 1923.3.59, concl. Rivet ; RDP, 1924, p. 75, concl., et p. 208, note G. Jèze ; S., 1923.3.57, concl. et note M. Hauriou - CE, Ass., 14 janvier 1938, *La Fleurette*, préc. - CE, Ass., 21 janvier 1944, *Sieurs Caucheteux et Desmots*, préc. - CE, sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, préc.

⁴³⁶ CE, sect., 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*, préc.

⁴³⁷ CE, 8 mai 1961, *Bonifay*, préc.

⁴³⁸ G.-C. HENRIOT, *Le dommage anormal. Contribution à l'étude d'une responsabilité de structure*, Paris, Ed. Cujas, 1960, p. 70.

⁴³⁹ *Idem*, p. 71.

⁴⁴⁰ P. AMSELEK, « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études offert en l'honneur du professeur Ch. Eisenmann*, Paris, 1975, p. 255.

dans certains arrêts (...) non pas à titre de fondement de la responsabilité de la personne publique en cause, mais pour justifier sa décision d'obliger cette collectivité à réparer le dommage anormal causé, en dehors de toute faute, à l'un de ses membres : si le juge fait supporter au patrimoine de la collectivité publique la charge du dommage anormal survenu en toute régularité à la victime, c'est sous l'inspiration du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Le principe de l'égalité, en l'occurrence, n'est donc pas à proprement parler le fondement de la responsabilité de l'administration, mais plus exactement la justification théorique de l'admission d'une responsabilité de l'administration pour dommage anormal ».

Enfin, C. Broycelle, remontant à l'origine même de la responsabilité du fait des lois, c'est-à-dire aux termes de l'arrêt « La Fleurette », construit un raisonnement au terme duquel, selon elle, le Conseil d'Etat ne se serait pas fondé directement sur le principe d'égalité devant les charges publiques, « *ni en tant que condition exclusive d'engagement de la responsabilité, ni même en tant qu'instrument de mesure du dommage indemnisable* »⁴⁴¹. Selon l'auteur, le droit à réparation est reconnu du fait de l'existence d'un préjudice anormal. Ce dernier se définit, selon un standard dogmatique⁴⁴², comme le préjudice « *qu'il n'est pas souhaitable de laisser à la charge de l'intéressé* »⁴⁴³. En tant que condition de déclenchement de la responsabilité, le préjudice anormal revêt alors un double sens : d'une part, « *le préjudice est « a-normal » en ce qu'il s'est produit « à côté » des effets normaux de la loi, ceux découlant directement de la volonté du législateur* », d'autre part, le préjudice est anormal pour le juge dans le sens où il n'est « *pas souhaitable pour des raisons d'équité de le laisser la charge du requérant* »⁴⁴⁴.

186 - Il apparaît ainsi que le préjudice anormal peut constituer le fondement direct de la responsabilité administrative sans faute, à condition d'être considéré comme la conséquence d'une charge qui n'incombe pas normalement à l'intéressé. En effet, « *l'obligation de réparer (...) sanctionne des injustices subies (...), pour le juge administratif le dommage anormal est, non pas un dommage qui n'aurait pas dû arriver, mais simplement un dommage qui n'a pas à*

⁴⁴¹ C. BROYELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 76. L'auteur va même jusqu'à qualifier, l'égalité devant les charges publiques, de « fondement artificiel du principe de responsabilité du fait des lois » (*Idem*, p. 23).

⁴⁴² L'auteur fait ici référence à la distinction développée par S. RIALS entre, standard dogmatique, lequel « vise à mettre en œuvre un jugement sur la réalité » et standard descriptifs, visant à « assurer la diffusion de ce qui est d'ordinaire » (cf. *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 135, 1980, p. 143).

⁴⁴³ C. BROYELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 77-78.

⁴⁴⁴ *Idem*, p. 78.

être supporté par la personne qui en a été victime »⁴⁴⁵. Le préjudice est donc réparé uniquement parce que la situation dommageable apparaît anormale, c'est-à-dire « excède les inconvénients que chacun doit normalement supporter en contrepartie des avantages qui résultent du fonctionnement des services publics ou, plus généralement, de la vie en société »⁴⁴⁶.

187 - Néanmoins, il s'agit d'être prudent sur l'importance à reconnaître à l'anormalité du préjudice, le juge administratif n'hésitant pas à réaffirmer le caractère cumulatif des conditions d'anormalité et de spécialité⁴⁴⁷, comme à exclure la vérification de l'existence d'un critère en cas de défaut de l'autre. Ainsi, la spécialité du préjudice apparaît tout aussi nécessaire que son anormalité, surtout que de nombreux arrêts refusent toute réparation pour l'unique motif du défaut de spécialité⁴⁴⁸. De plus, comme le souligne M. Deguergue, la définition du préjudice anormal reste assez obscure car fonction de la situation de la victime. Il serait alors « hasardeux de fonder un régime de responsabilité sur un dommage, dont la caractérisation n'existe pas objectivement »⁴⁴⁹.

Il semble donc que l'anormalité du préjudice continue d'être une notion fonctionnelle, mesure tant de la responsabilité que de l'indemnisation et évoluant aux côtés de l'obligation de spécialité. Ces deux critères ne manqueront pas de rappeler que ce régime de responsabilité sans faute du fait de l'action normative régulière est un régime *a priori* favorable aux victimes⁴⁵⁰, puisque à la différence des régimes fondés sur la faute, le juge concentre son attention sur la situation subie par le particulier lésé.

⁴⁴⁵ P. AMSELEK, « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », art. préc., p. 249.

⁴⁴⁶ C. CORMIER (C.), *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, op. cit., p. 366.

⁴⁴⁷ Voir, notamment : CE, 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec. CE, p. 60, concl. Kahn : « à supposer qu'il ait été spécial (le dommage) n'a pas présenté le caractère de gravité qui, en l'absence de faute de l'administration, pourrait seul avoir pour effet d'ouvrir droit à indemnité » - CE, 13 mai 1987, *M. Aldebert*, Dr. adm., 1987, n° 380 ; JCP, 1988, G, II, n° 20960, note B. Pacteau ; RFDA, 1988, p. 950, note H. Rihal : « le préjudice qu'a subi M. Aldebert a revêtu, dans les circonstances de l'espèce, un caractère anormal et spécial de nature à lui ouvrir droit à réparation » - CAA Marseille, 24 février 1998, *Ministre de la Culture et de la Communication*, RFDA, 1998, p. 1133, obs. H. Le Berre : (...) la durée d'interruption du chantier du fait des mesures prescrites (...) est suffisamment longue pour rompre au détriment du propriétaire l'égalité devant les charges publiques et constituer un préjudice anormal et spécial dont il est fondé à demander réparation à l'Etat » - CAA Marseille, 23 novembre 1999, *M. Peretti*, req. n° 97MA00827 : « l'intéressé justifie d'un préjudice anormal et spécial ».

⁴⁴⁸ Voir, par ex. : CE, Ass., 10 février 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ Chauche*, préc., à propos d'un refus de concours de la force publique pour l'exécution d'une ordonnance d'expulsion - CE, 25 mars 1988, *Sté Sapvin*, Rec. CE, p. 134, à propos de la responsabilité du fait d'un traité international.

⁴⁴⁹ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 171, 1994, p. 645.

⁴⁵⁰ Voir infra, § n° 384 et s., à propos de la politique jurisprudentielle d'interprétation restrictive des caractères d'anormalité et de spécialité du préjudice, rendant difficile l'indemnisation sur le fondement de la responsabilité sans faute.

188 - Le régime de responsabilité sans faute du fait de l'action normative régulière, fondée sur le principe d'égalité devant les charges publiques, va donc se révéler bénéfique pour les victimes, non seulement du fait de son caractère pragmatique car le juge pourra tenir compte de la situation au cas par cas et à faire appel à la notion d'équité, mais aussi du fait des conditions touchant au préjudice car celles-ci permettront une réelle appréciation de la rupture d'égalité. Ce régime particulier mis en place par la jurisprudence témoigne d'une volonté générale de changement en ce qui concerne l'approche juridique du contentieux administratif. En effet, de plus en plus, le juge va s'efforcer de situer la condition fondamentale d'engagement de la responsabilité du côté de la victime elle-même, et non plus du côté de l'origine du préjudice. On assiste alors à un phénomène de socialisation de la responsabilité.

SECTION 2nde : Une protection par l'affirmation d'une socialisation de la responsabilité

189 - Il est de tradition de reconnaître à la responsabilité une fonction sanctionnatrice, permettant indirectement à l'auteur du dommage de prendre conscience de son erreur et d'éviter ainsi, *a priori*, de la réitérer. Néanmoins, tout système de responsabilité ne s'attache pas uniquement à régir la situation de la personne publique ou privée à l'origine du préjudice, mais envisage en effet également la situation dans laquelle se trouve la victime, afin de prévoir les modalités de son droit à réparation. Cette préoccupation, somme toute légitime, ne va pas s'exprimer de la même manière selon le régime de responsabilité considéré. Ainsi, en matière administrative, l'attention accordée à la personne lésée sera fonction de la qualification donnée au comportement de l'auteur du dommage. Il va de soi qu'en cas de responsabilité pour faute (*a fortiori* qualifiée), la victime verra sa situation compliquée par l'obligation de reconnaissance du caractère illégitime de l'intervention étatique. *A contrario*, face à une hypothèse de responsabilité sans faute, la victime sera en apparence mieux protégée, l'indemnisation de son préjudice n'étant plus fonction de la preuve d'une grave erreur publique mais seulement d'un préjudice anormal et spécial.

L'émergence de la responsabilité du fait de l'action normative régulière, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, va témoigner d'une évolution en faveur d'une plus grande attention envers la victime. En effet, le juge va tenir compte de la situation de la personne lésée autant que de celle de la personne publique afin de permettre une indemnisation plus systématique du préjudice. On assiste alors à un phénomène nouveau : la sphère de la responsabilité sans faute tend à s'élargir en même temps que s'engage une

véritable évolution vers une certaine socialisation⁴⁵¹. Ce mouvement est lié à l'idée que tout dommage imputable à un agissement (fautif ou non) d'une personne publique peut entraîner réparation⁴⁵².

L'évolution de la responsabilité administrative, dans le sens d'une certaine socialisation, va ainsi répondre à un besoin de recentrage du système autour de l'individu, lequel, s'il s'avère nécessaire et manifeste (§ 1), n'en reste pas pour le moins délicat (§ 2).

§ 1 : Un recentrage manifeste autour de l'individu

190 - Le système général de responsabilité sans faute des personnes publiques va subir un recentrage important en faveur de l'individu dans la mesure où le droit à indemnisation de la victime va constituer un élément clé que le juge tentera de faire respecter aussi souvent que l'application des règles juridiques le permettra. Cette tendance va s'affirmer de manière tangible en ce qui concerne la responsabilité du fait de l'action normative régulière. En effet, dans ce domaine, le droit à réparation de la victime d'un préjudice, issu d'un comportement légitime de l'Etat, va prendre l'ascendant sur la volonté de sanctionner l'auteur du dommage. On voit ainsi apparaître un double phénomène matérialisé, d'abord, par l'affirmation de la primauté de l'idée de réparation (A), et ensuite, par la protection effective du droit qui en découle (B).

A - La primauté de l'idée de réparation

191 - L'importance de l'idée de réparation se trouve liée de manière étroite à la spécificité de la responsabilité sans faute. En effet, dans la mesure où l'éventualité d'un comportement fautif de la personne publique est hors de propos, il semble aisé pour le juge de se tourner vers la victime. L'affirmation d'une possible indemnisation n'est pas la conséquence d'une sanction de l'organe étatique auteur du dommage, il est donc plus facilement admis qu'un particulier lésé puisse prétendre à réparation.

Cette primauté de l'idée de réparation sur celle de sanction est concrétisée par le juge administratif qui, au fil de sa jurisprudence, insiste sur la nécessité de prendre en compte la situation de la victime. C'est lui qui a créé presque de toutes pièces cette responsabilité du fait

⁴⁵¹ Ainsi, selon R. SAVATIER, in *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile*, Paris LGDJ, 2nde éd., 1950, p. 90 : « la responsabilité, aujourd'hui, ne part plus du responsable, elle part de la victime systématiquement créancière, elle est complètement désaxée ».

⁴⁵² Voir à ce sujet, D. TRUCHET, « Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer. A propos et autour de la responsabilité hospitalière », RDSS, 1993, n° 1, p. 1.

de l'action normative régulière, il lui appartient donc maintenant d'en déterminer les modalités d'exécution. La responsabilité mise en place pourra alors être qualifiée d'« affective », dans le sens où elle se tourne vers la victime et tente de déterminer ses droits avec précision (1).

Mais l'idée d'accorder une importance déterminante à la réparation vient aussi de la spécificité de la responsabilité pour rupture d'égalité. En effet, la doctrine l'envisage comme le « prix à payer »⁴⁵³ pour que l'Etat puisse agir, il est alors logique de se préoccuper de la victime afin de déterminer ce prix (2).

1. Une responsabilité « affective »

192 - La protection de la victime au sein du système de responsabilité sans faute va procéder d'une évolution globale du droit contemporain vers plus d'individualisme. Le droit se socialise en ce sens que la notion de personne va prendre l'ascendant sur celle d'Etat. Ce phénomène participe du large mouvement d'idées, né au XIX^{ème} siècle, et aboutissant à la consécration des droits économiques, sociaux et culturels.

Dans un premier temps, on passe, selon la formule consacrée, de l'Etat gendarme à l'Etat providence, entraînant une poussée importante du droit public au détriment du droit privé. Les rapports juridiques se publicisent et se socialisent puisque « *la puissance publique, armée de ses prérogatives et de ses privilèges (pénètre) sur tous les domaines du droit pour les occuper durablement* »⁴⁵⁴. Puis, dans un second temps, face à la menace d'un système trop réglementé broyant les libertés individuelles, on en arrive à la contestation de l'Etat en tant qu'acteur social et économique dominant. L'exercice des compétences et de la souveraineté étatiques ne semble plus capable de répondre au besoin d'individualisme du droit. La promotion des droits de l'homme va venir finaliser une sorte de basculement de la société, en ce sens qu'elle marque l'affranchissement progressif des droits fondamentaux par rapport aux contraintes étatiques.

193 - La conséquence essentielle de ce mouvement va être la redécouverte du droit en tant que valeur fondée sur la personne humaine, lui qui était « *devenu un banal instrument au service de l'Etat, devait retrouver son fondement premier qui était d'ailleurs le sien dans la*

⁴⁵³ Selon l'expression employée par C. EISENMANN, in « Sur le degré d'originalité du régime de responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques », JCP, 1949, G, I, n° 751.

⁴⁵⁴ Y. MADIOT, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, Paris, PUF, 1992, p. 353.

Déclaration de 1789 : la protection de l'individu contre le pouvoir »⁴⁵⁵. Mais cet élan de socialisation ne va pas pénétrer toutes les branches du droit français de la même manière. En effet, le droit administratif tardera à participer à cette révolution du fait qu'il se présente comme un auxiliaire du pouvoir d'Etat. Obéissant à une mission de protection de l'intérêt général, ce droit avait tendance à faire preuve d'une certaine bienveillance envers l'administration, contribuant au dogmatisme de l'intérêt général et rabaisant l'administré au simple rang de sujet porteur d'intérêts particuliers. Comme le remarque Y. Madiot⁴⁵⁶, l'expression même de « prérogatives de puissance publique » permettant à l'administration de faire prévaloir l'intérêt général en cas de conflit avec des intérêts particuliers, était tout à fait caractéristique de cette suprématie de l'Etat.

194 - L'individualisme, dont la promotion est assurée, à la fois, par le rayonnement juridique de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁴⁵⁷, parviendra tout de même à atteindre le droit administratif. En effet, le double phénomène contemporain de déclin de la faute lourde et d'extension de la responsabilité sans faute témoigne d'une volonté du juge d'améliorer le sort des victimes et non plus de se tourner uniquement du côté de l'intérêt général. Cette nouvelle approche du système de responsabilité va venir confirmer le changement global d'optique opéré depuis quelques temps déjà. En effet, comme le résume F.-P. Benoît, on n'étudie plus le problème « *en se plaçant du côté de l'auteur du dommage, considéré comme acteur essentiel, la victime n'apparaissant que comme l'une des conditions nécessaires pour que puisse se poser un problème de responsabilité (...) c'est la victime qui joue le rôle essentiel en la matière* »⁴⁵⁸. Cette nouvelle vision vient évidemment du fait que la responsabilité aura pour but final de sanctionner l'action de l'auteur du dommage. Dès lors, la détermination de la nature des droits de la victime méritant protection apparaît comme un préalable indispensable à toute évaluation de l'étendue de la violation de ces droits.

195 - L'étude de la responsabilité appelle ainsi à se tourner de plus en plus vers la victime avant même toute volonté de sanctionner l'auteur du dommage. L'étendue de l'atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques conditionnera la mise en œuvre

⁴⁵⁵ Y. MADIOT, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », art. préc., p. 355.

⁴⁵⁶ *Idem*, p. 357.

⁴⁵⁷ Le Conseil constitutionnel va en effet participer de manière active au renouveau des droits individuels en hissant la DDHC de 1789 au rang suprême, tout comme en donnant une interprétation large de la notion de liberté individuelle en ce qu'elle englobe divers aspects (sûreté, liberté d'aller et venir, droit au respect de la vie privée et inviolabilité du domicile), tous constitutionnels.

⁴⁵⁸ F.-P. BENOIT, « Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique », JCP, 1954, G, I, n° 1178.

d'une indemnisation. La responsabilité peut alors être qualifiée d'« affective » en ce sens qu'elle s'attache en priorité au rétablissement de la victime dans sa situation antérieure à l'atteinte. En ce qui concerne la responsabilité du fait de l'action normative régulière, cette nouvelle approche en faveur des particuliers paraît naturel dans la mesure où la responsabilité s'exprime ici comme un prix à payer.

2. Une responsabilité « prix à payer »

196 - Du point de vue de la fonction il est possible, selon une classification inaugurée par C. Eisenmann, de distinguer trois sortes de responsabilité. La première constitue une sanction puisqu'elle se résume en « *une mesure généralement considérée comme pénible qu'encourent ceux qui enfreignent une règle qu'ils auraient dû suivre, le prix d'une infraction à une règle, d'une conduite prohibée, illicite* »⁴⁵⁹. La seconde joue le rôle d'une assurance de risques ou de dommages. Toute imprégnée de solidarité nationale et d'assurance, elle n'admet plus qu'un dommage ne soit pas indemnisé. La dernière apparaît comme le prix à payer par l'auteur d'une activité licite pour avoir le droit d'exercer. Ainsi, il convient de se demander à quelle sorte de responsabilité peut-on rattacher le régime applicable à l'action normative régulière de la puissance publique ? Sans l'ombre d'une hésitation, il nous est facile de répondre que c'est à la troisième fonction et que, par-là, nous pouvons y voir encore un indice de cette volonté nouvelle de se tourner autant que possible du côté de la victime.

197 - La responsabilité du fait de l'action normative régulière ne constitue pas un régime sanctionnateur voire moralisateur, dans la mesure où elle ne se fonde en aucun cas sur un comportement fautif de l'Etat. En effet, pour qu'il y ait sanction de l'auteur de l'acte dans le cadre d'un régime sanctionnateur, il faut nécessairement qu'auparavant, celui-ci ait été reconnu coupable d'un comportement répréhensible. Il faut porter un jugement sur son activité et mettre en lumière le caractère fautif de certains actes ou comportements. Le modèle ici est donc le régime de responsabilité pour faute édicté par le législateur dans un but certain : éviter la commission d'infractions pour l'avenir en assurant un respect général de la règle. Ce modèle ne correspond donc en rien à l'idée de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, d'autant plus que de nombreux auteurs se refusent à reconnaître toute fonction de sanction à la responsabilité administrative, la faute relevée étant toujours celle

⁴⁵⁹ C. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques », art. préc.

d'un agent quelconque de l'Etat et jamais celle de la personne publique elle-même qui ne dispose pas de la personnalité juridique nécessaire⁴⁶⁰.

La responsabilité qui nous intéresse n'est pas non plus envisageable en tant que régime d'assurances des risques ou des dommages, bien que la majeure partie des cas relatifs à la responsabilité administrative relève de cette option, puisque celui-ci présente le caractère d'une assurance pour les particuliers contre les risques des activités exercées pour le compte des personnes publiques. Le régime englobe donc la couverture des dommages à l'origine desquels on ne peut relever aucune faute comme les dommages accidentels survenus aux collaborateurs de l'administration ou ceux causés par les activités publiques et qui comportent des risques particuliers ou enfin ceux pour lesquels l'administration sera déclarée responsable pour une faute d'un de ses agents.

Reste la dernière fonction : la responsabilité prix à payer qui cette fois s'applique, non seulement en matière d'actes étatiques réguliers, mais encore aux cas d'activités gênantes type inconvénients normaux du voisinage. Ici, le dommage subi par la victime n'est pas dû à un comportement fautif de l'Etat mais uniquement à la prise d'une décision légale voire à une abstention non fautive de l'administration. Néanmoins, une rupture d'égalité devant les charges publiques a été provoquée engendrant un préjudice anormal et spécial indemnisable. Cette réparation se fera alors par le biais d'une indemnisation des victimes sur le fondement de la responsabilité sans faute. L'Etat devra payer pour ses agissements. Ici, on se tourne donc vers la victime puisque la personne publique doit s'acquitter de la réparation du préjudice alors même que son action n'est pas répréhensible. Elle ne pourra pas agir sans en subir les conséquences patrimoniales dès lors que l'égalité des citoyens devant les charges publiques est rompue.

198 - L'idée de réparation va ainsi peu à peu s'imposer dans la mise en œuvre de la responsabilité administrative qui ne sera plus uniquement tournée vers l'auteur du dommage.

⁴⁶⁰ Pour une étude détaillée de la doctrine publiciste à ce sujet, voir, M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 86, 1980, p 215 et s. L'auteur y expose notamment les positions de M. HAURIOU pour qui « l'Etat puissance publique ne peut être que bien difficilement considéré comme capable d'accomplir un acte contraire au droit », L. DUGUIT selon lequel « la réalité c'est la faute d'un agent et la seule question qui se pose est celle de savoir si les conséquences de cette faute seront supportées par le patrimoine public ou par le patrimoine de l'agent », M. WALINE qui souligne que « la responsabilité de l'Etat et des autres collectivités administratives est toujours une responsabilité de personne morale (...) du fait d'autrui qui repose sur une obligation de garantie » ou encore R. CHAPUS pour qui « il ne peut y avoir de fait ou de faute que d'individus, c'est-à-dire d'hommes, et en l'espèce d'agents publics ». Puis, tentant une comparaison avec la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales, l'auteur prend le contre-pied de la doctrine classique en affirmant que « l'expression faute du service public a été stigmatisée et refoulée au rang d'une simple métaphore, d'une expression dénuée de portée, puisque la logique interdit de penser qu'une collectivité publique puisse commettre une faute. Mais ce faisant, ces auteurs n'ont-ils pas méconnu la portée des décisions jurisprudentielles, n'ont-ils pas finalement trahi la pensée du juge en refusant de prendre au sérieux les formules utilisées par celui-ci ? ».

Après le stade de la reconnaissance, le juge va s'efforcer de protéger le mieux possible ce droit à indemnisation.

B - La protection du droit à réparation

199 - Le droit à réparation reconnu à la victime va faire l'objet d'une double protection. Le juge administratif va orienter sa jurisprudence de façon à prendre en compte de manière effective la situation du particulier lésé, tandis que le juge constitutionnel, dans le respect de ses compétences, va se pencher sur l'étendue du droit à réparation. Ainsi, le juge administratif met en place une protection que l'on peut qualifier de « politique » puisqu'il décide du sens à donner à sa jurisprudence (1), celle du juge constitutionnel étant plus « juridique » (2) dans la mesure où il se contente de faire assurer le respect de la hiérarchie des normes.

1. *La protection politique du juge administratif*

200 - Dans une étude sur le contentieux de la responsabilité⁴⁶¹, M. Deguergue constate une évolution du droit de la responsabilité administrative, et s'interroge notamment sur le fait que celui-ci se révèle être de plus en plus l'objet d'une jurisprudence politique consacrant la supériorité des droits des administrés. En effet, selon l'auteur, la responsabilité administrative a longtemps été dominée par une politique jurisprudentielle visant à obtenir l'équilibre parfait entre les intérêts divergents de la personne publique et des administrés. Ainsi, dès les prémices de la responsabilité administrative, se met en place une certaine politique jurisprudentielle permettant de lui reconnaître à la fois une fonction « *sanctionnatrice en ce qu'elle censure les actes illégaux et les actions fautives dommageables des personnes publiques, (mais aussi) restitutive en ce qu'elle rétablit l'égalité devant les charges publiques, rompue au détriment d'un citoyen par (...) un acte ou une action légale* »⁴⁶².

Or aujourd'hui, cette politique jurisprudentielle ne coïncide plus avec l'évolution du droit de la responsabilité dans le sens où celui-ci s'oriente inévitablement vers une généralisation du droit à indemnisation des victimes. En effet, à l'heure actuelle, la question primordiale ne semble plus être de savoir qui est responsable mais plutôt quel patrimoine va assurer la réparation. La responsabilité est de plus en plus amenée à assurer une véritable fonction de garantie se superposant à celle de sanction. Dès lors, on voit apparaître, à côté de cette politique jurisprudentielle de compromis, une jurisprudence politique tendant à protéger

⁴⁶¹ M. DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », AJDA, 1995, n° spécial, p. 211.

⁴⁶² *Idem*, p. 211.

les droits des administrés. Ici, il s'agit cependant de bien s'entendre sur l'adjectif « politique ». Selon M. Deguergue, il doit être abordé du point de vue de la création du droit, le pouvoir normatif du juge lorsqu'il interprète les textes en étant l'exemple parfait.

201 - Ainsi, du fait du caractère autonome du droit administratif, l'affirmation d'une responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques peut être entendue comme « *un acte d'insoumission au droit privé (donc) purement politique* »⁴⁶³. En choisissant de créer de toutes pièces ce régime de responsabilité, le juge a fait preuve d'une jurisprudence politique. Il a, de lui-même, décidé d'un mouvement d'extension du domaine de la responsabilité sans faute. Les quelques arrêts de principe en la matière témoigneront aisément de cette volonté. Par un mouvement de socialisation du droit, la responsabilité administrative intègre alors une fonction réparatrice.

De plus, le juge va disposer de moyens effectifs lui permettant de perpétuer cette jurisprudence politique tournée vers les administrés, dans le sens où la mise en jeu de la responsabilité sans faute de la puissance publique va dépendre de toute une série de « standards juridiques »⁴⁶⁴ qu'il appartiendra au juge d'interpréter. A l'image du préjudice anormal et spécial ou encore du lien de causalité, le juge pourra en effet modeler l'étendue de la reconnaissance du droit à réparation. A lui seul reviendra la possibilité d'utiliser des concepts fonctionnels, évolutifs, lui laissant une large liberté d'appréciation en fonction des circonstances de l'espèce. Dès lors, on peut penser que, comme le laisse présager l'évolution générale du droit de la responsabilité administrative, le juge va utiliser cette marge de manœuvre afin de construire une jurisprudence politique tournée vers le souci d'indemnisation des victimes. Il jugera alors au cas pas cas, en fonction de la situation de la victime, en tenant compte de tous les paramètres, et non uniquement en opposant de manière brute les concepts d'intérêt général et d'intérêt particulier.

Néanmoins, il convient d'être prudent dans la mesure où cette jurisprudence peut porter en elle les défauts de ses qualités. En effet, la trop grande souplesse des catégories juridiques utilisées par le juge peut laisser apparaître le risque de les voir utiliser comme des notions téléologiques, conduisant les tribunaux à faire prévaloir des considérations d'opportunité sur le raisonnement juridique⁴⁶⁵.

⁴⁶³ M. DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », art. préc., p. 220.

⁴⁶⁴ A ce sujet voir, S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 135, 1980, 564 p.

⁴⁶⁵ Voir, D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 107, 1992, p. 123 et s., concernant les dangers d'une trop grande marge d'interprétation laissée au juge administratif. L'auteur démontre notamment que la jurisprudence politique n'est pas forcément toujours synonyme d'une

202 - C'est donc au juge administratif que revient la lourde tâche de veiller à l'équilibre des intérêts en présence, tout en intégrant à son raisonnement la recherche d'une plus grande socialisation. A lui d'utiliser le caractère politique de son action afin de mettre en place une responsabilité réparatrice, se souciant véritablement de la situation du particulier. Mais cette protection du droit à réparation n'est pas uniquement l'œuvre du juge administratif, elle passe aussi par une prise de position du Conseil constitutionnel.

2. La protection juridique du juge constitutionnel

203 - Le Conseil constitutionnel va participer à la protection du droit à réparation reconnu aux victimes, dans la mesure où ce droit bénéficie, au travers de la jurisprudence des neuf sages, d'une reconnaissance constitutionnelle explicite. A l'origine⁴⁶⁶, l'affirmation du droit à réparation ne joue qu'en faveur des victimes d'une faute liée à l'action d'une personne privée, puisque le Conseil constitutionnel ne reconnaît, comme exigence constitutionnelle, que le droit à réparation d'un fait fautif. Cette protection repose sur le principe d'égalité issu de l'article 4 de la Déclaration de 1789. Mais dès 1989⁴⁶⁷, ce droit va être étendu puisqu'il va acquérir valeur constitutionnelle en dehors de toute notion de faute. Le champ d'application du droit à réparation n'est alors plus limité aux rapports entre personnes de droit privé, mais s'applique également aux rapports régis par le droit public. A cette occasion, le Conseil constitutionnel consacre ainsi un principe autonome du droit à réparation, indépendamment de toute référence à la faute, en se fondant sur le principe d'égalité devant les charges publiques.

Une étape supplémentaire va être franchie à l'occasion de la décision « Servitudes administratives » rendue le 13 décembre 1985⁴⁶⁸. En l'espèce, la loi soumise au Conseil constitutionnel limitait, de deux manières différentes, l'indemnisation des dommages causés aux particuliers du fait de la servitude administrative nouvellement instituée⁴⁶⁹. Le texte sera censuré au motif que, dans tout domaine où s'applique le principe d'égalité devant les charges

meilleure protection des administrés, mais peut aussi servir à éviter la mise en jeu trop systématique de la responsabilité étatique.

⁴⁶⁶ CC, n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, *Labbé et autres*, Rec. CC, p. 61 ; RJC, p. I-132 ; D., 1983, jurispr., p. 189, note F. Luchaire.

⁴⁶⁷ CC, n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, *Etienne Dailly et autres*, Rec. CC, p. 41 ; RJC, p. I-352 ; D., 1990, jurispr., p. 209, note F. Luchaire.

⁴⁶⁸ CC, n° 85-198 DC, 13 décembre 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, Rec. CC, p. 78 ; RJC, p. I-242 ; D., 1986 jurispr., p. 345, F. Luchaire.

⁴⁶⁹ En premier lieu, l'indemnité accordée ne devait servir qu'à compenser le préjudice résultant des travaux d'installation, de pose ou d'entretien des moyens de diffusion par voie hertzienne ou des équipements nécessaires à leur fonctionnement. En second lieu, le texte interdisait la réparation du préjudice tardif car faisait partir le délai de prescription du jour où les travaux avaient pris fin et non de la naissance du préjudice.

publiques, celui-ci doit s'appliquer intégralement. Or en l'espèce, la loi permettait d'exclure du droit à réparation un élément quelconque du préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public. Une interprétation rapide de cette motivation pourrait laisser croire que le Conseil constitutionnel reconnaît valeur suprême au principe de réparation intégrale, or comme le souligne S. Dion Loye, « *il est ici seulement question du préjudice indemnisable et non du préjudice réellement subi par les victimes. En l'espèce pour le juge constitutionnel comme pour le juge administratif, le préjudice nécessairement réparable est le préjudice spécial, anormal et certain* »⁴⁷⁰. Ainsi, le législateur peut parfaitement prévoir un système de réparation intégrale ou forfaitaire à condition de respecter le principe d'égalité, c'est-à-dire de faire qu'à chaque différence de solution corresponde, à l'origine, une différence de situation.

204 - Le rôle du juge constitutionnel ne va pas se limiter à la vérification de la conformité, au principe d'égalité, des différences de traitements instituées par le législateur. En effet, le Conseil constitutionnel interviendra aussi dans le cas où la loi fixe expressément une indemnisation, à charge pour lui d'en vérifier le caractère suffisant, comme ce fut le cas au travers de la décision du 10 janvier 2001 « Dispositions d'adaptations au droit communautaire dans le domaine des transports »⁴⁷¹. Le texte de loi déféré abrogeait le monopole légal antérieurement reconnu aux courtiers, interprètes et conducteurs de navires tout en organisant à leur profit une indemnisation calquée sur celle prévue pour les commissaires priseurs. Le Conseil constitutionnel ne devait donc pas se prononcer sur le principe même de l'indemnisation puisque celle-ci était prévue, mais sur son caractère suffisant. Ici, le principe posé en la matière est que, comme tout mécanisme législatif d'indemnisation est exclusif de la mise en œuvre de la responsabilité du fait des lois, l'indemnisation prévue doit être au moins égale à celle offerte par la responsabilité sans faute. Pour vérifier ce point, le Conseil constitutionnel ne s'autorise qu'à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. En l'espèce, le juge va admettre les modalités d'indemnisation retenues par la loi.

205 - Sous la condition de faire l'objet d'une saisine, le Conseil constitutionnel va donc intervenir de manière effective afin de faire respecter le droit à réparation reconnu à chaque victime d'un dommage, que celui-ci s'inscrive dans un rapport de droit privé comme de droit public. Néanmoins, le fait que ce droit ait une valeur constitutionnelle va mettre en lumière

⁴⁷⁰ S. DION LOYE, « Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité », LPA, 29 juillet 1992, n° 91, p. 17.

⁴⁷¹ CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, Rec. CC, p. 39 ; Dr. adm., 2001, n° 156 ; LPA, 16 février 2001, n° 34, p. 13, note J.-E. Schoettl ; RFDC, 2001, n° 46, p. 354, note J. Trémeau.

quelques incohérences entre les jurisprudences administratives et constitutionnelles. En effet, comme le souligne J. Trémeau⁴⁷², la loi peut prévoir expressément l'exclusion de toute indemnisation⁴⁷³. Or dans cette hypothèse, le Conseil constitutionnel considère le texte comme censurable, en tant que contraire au principe d'égalité devant les charges publiques. De plus, selon la jurisprudence « La Fleurette », il est permis au juge administratif d'interpréter le silence du législateur comme une intention de refuser tout droit à réparation, lorsque le texte a été pris dans un intérêt général certain⁴⁷⁴. Or, ce raisonnement entraîne un retour au postulat de départ refusé par le Conseil constitutionnel.

On se trouve donc face à une situation un peu complexe puisque le juge administratif doit s'incliner devant une déclaration de non-conformité dans le cas où le texte de loi en cause est soumis auparavant à l'examen du Conseil constitutionnel, mais rien ne l'oblige à interpréter le silence du texte comme autorisant une indemnisation⁴⁷⁵. Néanmoins, il s'avérerait pertinent de la part du juge administratif d'opérer cette interprétation dans tous les cas puisque « *il n'en résulterait pas nécessairement une indemnisation, les conditions d'ouverture de celle-ci étant ce qu'elles sont par ailleurs. Mais le refus d'indemnisation se déplacerait alors du plan du principe, aux caractéristiques du préjudice (...)* »⁴⁷⁶.

206 - Le juge constitutionnel apporte ainsi sa contribution à la protection du droit à réparation, et donc indirectement, à l'amélioration de la situation des victimes, en proscrivant tout refus exprès ou tacite d'indemnisation de la part de l'auteur de l'acte à l'origine du dommage (loi ou convention internationale). Cette protection ne jouera bien entendu que dans la mesure où le Conseil constitutionnel sera saisi auparavant du texte en cause. Sa jurisprudence, loin d'être inutile, a le mérite de poser le principe du droit à réparation, à charge pour le juge ordinaire de le mettre en œuvre.

207 - Le phénomène de socialisation s'illustre donc par un recentrage évident du système de responsabilité administrative sur l'individu, notamment à travers l'extension des

⁴⁷² J. TREMEAU, note sous, CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, préc., p. 360.

⁴⁷³ Voir, par ex., la loi du 13 avril 1946 prescrivant la fermeture, sans indemnité, des maisons de tolérance ou l'article 16 de la loi du 17 janvier 1989 disposant que la validation de certaines décisions n'ouvre pas droit à réparation.

⁴⁷⁴ CE, 11 juillet 1990, *Sté Stambouli Frères, D.*, 1991, SC, p. 286, obs. P. Bon et P. Terneyre : « Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 12 juillet 1983, interdisant certains appareils de jeux, que le législateur a entendu exclure toute indemnisation des sociétés dont l'activité se rattache à la fabrication ou au commerce de ces appareils ».

⁴⁷⁵ Voir *infra*, § n° 260 et s.

⁴⁷⁶ J. TREMEAU, note préc., sous CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, p. 360.

cas de responsabilité sans faute. Néanmoins, du fait de l'ampleur du changement, ainsi que de ses conséquences plus ou moins directes, ce recentrage va se révéler délicat.

§ 2 : Un recentrage délicat autour de l'individu

208 - L'importance accordée par le juge administratif à la situation de la victime ne va pas pour autant lui faire oublier un de ses objectifs principaux, à savoir le maintien de l'équilibre fragile entre les différents intérêts en présence. En effet, comme le souligne M. Mignon, la tendance à la réparation de toujours plus de dommages issus de l'action administrative atteste de la volonté de « *voir respectés et défendus les droits individuels, source de liberté, avec la nécessité, toujours plus impérieuse dans les sociétés modernes, d'assurer la satisfaction des formes multiples de l'intérêt général, seule raison d'être d'ailleurs de toutes les activités étatiques et administratives* »⁴⁷⁷. Ainsi, le recentrage autour de l'individu sera quelque peu délicat du fait de la nécessité de ne pas tomber dans l'excès inverse en bafouant la liberté d'action reconnue à l'Etat, donc de l'obligation de respecter l'équilibre entre les droits de l'Etat et ceux des administrés (A).

De plus, face à l'extension toujours plus importante du phénomène de socialisation, émergeront des questions pratiques telles que les conséquences possibles sur le comportement de l'administration d'une préférence affichée pour le sort de la victime ou encore l'organisation technique de ces nouvelles règles en un ensemble cohérent. De ce fait, le recentrage autour de l'individu sera rendu délicat par la nécessité d'une délimitation claire du nouveau concept de responsabilité tournée vers les victimes (B).

A - La nécessaire préservation de l'équilibre fragile entre Etat et particuliers

209 - La volonté du juge administratif d'essayer de toujours concilier au mieux la liberté d'action de l'Etat, expression de ses prérogatives, avec le respect des droits des particuliers ne va pas faire disparaître le fait que tout système de responsabilité sans faute comporte des avantages pour la personne publique. Ainsi, celle-ci pourra bénéficier d'avantages par l'application du régime de responsabilité sans faute du fait de l'action normative régulière (1), tout comme il lui sera permis d'opposer au requérant des causes d'exonération de sa responsabilité suivant les règles classiques inhérentes à la responsabilité administrative (2).

⁴⁷⁷ M. MIGNON, « La socialisation du risque », D., 1947, chron., p. 40.

1. *La possibilité pour la personne publique de bénéficier d'avantages par l'application du régime de responsabilité sans faute*

210 - Toute extension du champ d'application de la responsabilité sans faute est unanimement saluée comme un progrès remarquable, dans le sens où les victimes pourront ainsi être indemnisées alors même que la recherche d'une faute se serait révélée sans issue. Pour autant, il est erroné de faire une analyse unilatérale des conséquences bénéfiques d'un tel système puisque la responsabilité sans faute sert aussi quelquefois la personne publique. Ce constat peut être fait en ce qui concerne la responsabilité du fait de l'action normative régulière.

211 - Tout d'abord, la condamnation de l'Etat sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques se trouve être sensiblement moins accusatrice que la reconnaissance à son encontre de la commission d'une véritable faute. En effet, à cette occasion, le comportement de la personne publique ne fait l'objet d'aucun jugement de valeur, d'aucune critique ou remise en cause. Le seul constat qui est fait s'attache aux conséquences de l'acte régulier ou de l'inaction justifiée. Le juge administratif recherche la présence d'un préjudice anormal et spécial ouvrant droit à réparation. Ainsi, aucun blâme ou reproche n'est opposé à l'Etat, qui se voit dans l'obligation d'indemniser la victime sur le fondement d'une responsabilité objective lorsque la rupture d'égalité devant les charges publiques est caractérisée.

212 - Ensuite, l'extension de la responsabilité sans faute à de nouvelles hypothèses témoigne de la volonté du juge de s'aménager lui-même une porte de sortie afin de ne pas avoir à porter un jugement sur l'action de la personne publique, et surtout de ne pas avoir à lui dicter de comportement. Tel est le cas dans les hypothèses où l'administration, sans qu'on puisse relever à son encontre de carence fautive, se montre incapable de faire cesser des infractions à une réglementation, alors que celles-ci occasionnent à des tiers un préjudice anormal et spécial. Le juge se refuse alors à se prononcer sur le caractère fautif de la carence étatique, et n'impose aucune obligation d'agir pour faire cesser les infractions à la législation. L'illustration parfaite peut être apportée par l'arrêt « Navarra »⁴⁷⁸, dans lequel le préfet s'était

⁴⁷⁸ CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ sieur Navarra*, Rec. CE, p. 200, concl. Rougevin-Baville ; AJDA, 1974, p. 303, chron. M. Franc et M. Boyon ; D., 1974, p. 481, note J.-P. Gilli ; JCP, 1974, G, I, n° 1752, note G. Liet-Veaux ; RDP, 1974, p. 924, note J. de Soto. En l'espèce, il s'agissait d'une violation d'une réglementation sur les servitudes d'urbanisme,

abstenu de saisir le Parquet afin de faire cesser une atteinte à la réglementation de l'urbanisme, occasionnant un préjudice pour un particulier. Le Conseil d'Etat va alors indemniser la victime sur le fondement de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, au motif que l'administration n'a pas commis de faute en n'agissant pas devant les juridictions pénales alors qu'en l'espèce c'était le seul moyen de faire cesser l'infraction.

Le même constat peut être fait en matière de responsabilité étatique suite à des mouvements de grève désorganisant de manière durable et sensible le trafic aérien. Le Conseil d'Etat considère que l'administration ne commet pas de faute en s'abstenant d'utiliser son pouvoir de réquisition et en n'engageant pas des poursuites disciplinaires pour faire cesser le mouvement de grève illégal. Néanmoins, les compagnies subissant des pertes ont droit à une indemnisation sur le fondement de la responsabilité sans faute, à condition, bien entendu, de justifier d'un préjudice anormal et spécial⁴⁷⁹.

213 - Enfin, en ce qui concerne le domaine strictement patrimonial, la reconnaissance d'une responsabilité sans faute de la personne publique peut aussi se révéler bénéfique. Il est de tradition que cette responsabilité entraîne une moindre indemnisation de la victime que la responsabilité fondée sur un comportement fautif. En effet, même dans le cas où l'acte étatique en cause serait muet sur la réparation et que le juge administratif interprète ce silence comme autorisant une indemnisation, la victime se verra allouer une somme correspondant uniquement à la partie anormale et spéciale de son préjudice. Toute conséquence dommageable ne répondant pas à ces caractéristiques sera exclue du droit à réparation.

214 - La personne publique bénéficie ainsi de certains avantages en cas d'application du régime de responsabilité sans faute, surtout depuis que celui-ci s'adapte à des hypothèses toujours plus nombreuses. Le fait de se voir condamner sur le fondement de la rupture d'égalité n'est pas sans bénéfice.

A côté de cette application positive du régime, existent aussi des causes d'exonération de responsabilité applicables à la personne publique, lui permettant alors d'échapper partiellement ou totalement à toute obligation de réparation.

ayant occasionné, au propriétaire du terrain voisin des constructions irrégulières, un préjudice regardé comme une charge n'incombant pas normalement à l'intéressé puisque les eaux usées de ces constructions s'écoulaient sur son terrain.

⁴⁷⁹ Voir, par ex. : CE, 6 novembre 1985, *Ministre des Transports c/ Touraine Air Transports*, AJDA, 1986, p. 125 - CE, 6 novembre 1985, *Sté Condor Flugdienst*, Rec. CE, p. 313 ; D., 1986, IR, p. 56.

2. La possibilité pour la personne publique d'opposer au requérant des causes d'exonération de sa responsabilité

215 - Toute responsabilité implique de faire la liaison entre le préjudice et le fait générateur afin de déterminer la personne responsable. Si dans de nombreux cas, le fait du défendeur se trouve être l'origine unique du dommage, il est des situations où le lien de causalité apparaît plus complexe par l'interposition de causes étrangères. D'autres faits que celui de la personne considérée comme responsable par la victime interviennent dans la réalisation du dommage. En matière de responsabilité sans faute, et plus particulièrement de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, on peut citer la faute de la victime, le fait d'un tiers ou la force majeure, en tant qu'éléments susceptibles de diminuer ou faire disparaître totalement la responsabilité de l'Etat.

216 - S'agissant du comportement de la victime, il constitue la cause étrangère de premier rang à condition d'être fautif. En effet, seule une faute commise par la victime est vue comme un élément de la réalisation du dommage. Tel est le cas, en matière de refus de concours de la force publique, d'un propriétaire se plaignant d'une telle situation mais qui, invité par le Conseil d'Etat à faire trancher par le juge judiciaire une question préjudicielle, n'avait mis aucune diligence à le faire⁴⁸⁰. Dans ces conditions, le jugement du tribunal administratif ayant condamné l'Etat à verser une indemnité au requérant a été logiquement annulé, exonérant la personne publique de toute responsabilité. La même solution a été retenue à l'égard d'un exploitant agricole, victime de dégâts causés à ses terres par des espèces protégées, dans la mesure où il s'était abstenu de mettre en œuvre des moyens préventifs qu'il avait matériellement la possibilité d'utiliser afin de lutter contre l'envahissement de ses terres⁴⁸¹. Enfin, en matière de responsabilité du fait de fouilles archéologiques, le juge a exonéré l'Etat de sa responsabilité sans faute dans une affaire où des vestiges avaient été découverts par une société, lors de travaux en dehors de la zone autorisée par le permis de construire lui ayant été délivré⁴⁸². La faute du requérant avait ainsi fait disparaître le caractère anormal et spécial du préjudice.

Le fait d'un tiers peut à son tour constituer une cause étrangère, que ce tiers soit une personne publique ou privée, à condition que celui-ci soit considéré comme ayant eu un rôle

⁴⁸⁰ CE, 12 juillet 1969, *Ministre de l'Intérieur c/ Colato*, Rec. CE, p. 956.

⁴⁸¹ CAA Marseille, 18 juin 1998, *Ministre de l'Environnement c/ M. Plan*, RJE, 2001, n° 2, p. 241, note M.-F. Delhoste.

⁴⁸² TA Marseille, 6 juillet 1983, *Sté thermale de Greoux-les-Bains c/ Ministre de la Culture*, req. n° 76-2453 B.

causal dans la réalisation du dommage. Ainsi en est-il des agissements d'une municipalité rendant plus difficile la mise en œuvre par l'Etat de la force publique pour obtenir l'exécution d'une décision de justice ordonnant l'évacuation de locaux professionnels occupés par des grévistes⁴⁸³. Le Conseil d'Etat décide d'exonérer partiellement l'Etat de sa responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques du fait du comportement fautif de la municipalité. La même solution s'applique au cas de fautes commises par une commune qui n'a pas suffisamment informé le demandeur du permis de construire du risque de présence de vestiges archéologiques, créant ainsi un préjudice constitué par la privation momentanée de jouissance de son terrain⁴⁸⁴.

Enfin, s'agissant de la force majeure, il est assez difficile de citer des exemples de prises en compte de ce facteur dans les espèces relevant des branches de la responsabilité sans faute autres que le contentieux des travaux publics, puisque celle-ci est presque toujours un événement naturel, dont les conséquences sont essentiellement physiques type pluies d'orages, cyclones ou avalanches. Néanmoins, le principe s'applique aussi en matière de responsabilité de la puissance publique sur le terrain de l'atteinte anormale à l'égalité devant les charges publiques⁴⁸⁵. Celle-ci peut ainsi être atténuée voire même supprimée en cas de force majeure, à condition bien entendu que les caractères constitutifs de celle-ci soient réunies, à savoir l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité.

217 - En cas de reconnaissance d'une telle cause étrangère au défendeur, des conséquences directes en découleront en ce qui concerne l'engagement de sa responsabilité. La règle sera simple et juste puisque dans le cas où le dommage apparaîtrait comme procédant exclusivement de l'une des causes étrangères, le défendeur est exonéré de toute sa responsabilité, dans celui où une des causes étrangères a seulement contribué avec le fait du défendeur à la réalisation du dommage, la responsabilité de celui-ci n'est que partielle⁴⁸⁶, à hauteur de l'importance de son fait dans la survenance du préjudice. Toutefois, il est à noter qu'en ce qui concerne l'intervention d'un tiers dans la réalisation du dommage, celle-ci

⁴⁸³ CE, 25 novembre 1994, Commune de Colombes, Rec. CE, p. 513 ; RFDA, 1995, p. 229.

⁴⁸⁴ CAA Douai, 6 juin 2002, *Ministre de la Culture et de la Communication*, AJDA, 2002, p. 1080.

⁴⁸⁵ Pour une opinion contraire, voir G. BERLIA, « Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit public français », RDP, 1951, p. 695. Selon cet auteur, « (...) la preuve paraît établie que la force majeure n'est pas une cause d'exonération de responsabilité dès lors que cette dernière est fondée sur la socialisation des risques ».

⁴⁸⁶ Voir, par ex., CAA Paris, 14 avril 1994, *SARL Diana Hôtel*, Rec. CE, T, p. 1184, à propos d'un refus de concours de la force publique pour l'exécution d'une décision judiciaire ordonnant l'expulsion des occupants d'un hôtel. Selon les juges, la connaissance que le requérant (l'exploitant de l'hôtel ayant résilié à l'amiable le bail commercial le liant au propriétaire et s'étant engagé à faire libérer la totalité des locaux par les occupants sans titre) ne pouvait manquer d'avoir des difficultés que présentait la mise en œuvre de cette expulsion et du risque qu'il y avait à s'engager envers le propriétaire à la libération des lieux à une date précise, justifie « qu'une part de responsabilité soit laissée à sa charge ».

n'exonère totalement ou partiellement l'Etat que lorsqu'elle se révèle constitutive d'une faute. Dans le cas inverse, le fait du tiers est sans conséquence sur la responsabilité de l'administration à laquelle la victime peut réclamer la réparation de la totalité de son préjudice.

218 - Ainsi, l'équilibre fragile entre la personne publique et les administrés semble ici encore préservé, dans la mesure où l'Etat dispose de facultés d'exonération totale ou partielle de responsabilité en contrepartie de l'attachement toujours croissant du juge à la situation de la victime. Ces causes d'exonération faisant partie intégrante du régime de responsabilité sans faute, il est donc tout à fait logique que l'Etat puisse s'en prévaloir même si les cas d'application positifs ne sont pas très nombreux en ce qui concerne la responsabilité du fait de l'action normative régulière, vu le caractère particulier du fait dommageable. En effet, il s'avère assez difficile de trouver des éléments constitutifs de force majeure comme de fait de tiers en cas de préjudice dû à l'application d'une loi, d'un règlement ou d'une convention internationale, les quelques rares cas s'exprimant en matière de refus de concours de la force publique.

219 - Le phénomène de socialisation s'avère donc délicat à mettre en œuvre du fait du souci, toujours présent dans l'esprit du juge, de préserver l'équilibre des intérêts en présence. Celui-ci y parvient assez bien, en appliquant à la lettre les règles de la responsabilité sans faute favorables à la personne publique afin de compenser cette focalisation certaine sur le sort de la victime. Néanmoins, on peut relever un second bémol à ce recentrage du droit autour de l'individu, dans la mesure où toute évolution ne doit pas pour autant conduire à l'excès inverse, c'est-à-dire à l'entrave de la liberté d'action de l'Etat. Il est alors important de délimiter ce phénomène de socialisation de manière à éviter l'apparition d'effets pervers.

B - La nécessaire délimitation du phénomène de socialisation

220 - L'approche du système de responsabilité en faveur de la victime va faire l'objet d'une délimitation afin d'éviter une extension sans fin du régime de responsabilité sans faute (1) source d'effets pervers importants, une possibilité de cantonnement pouvant peut-être être trouvée par l'intermédiaire d'une codification des règles nouvelles (2).

1. Vers une extension sans fin de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques ?

221 - L'extension du régime de responsabilité fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques à des cas toujours nouveaux n'est pas sans danger. La crainte la plus importante réside dans la transformation de la responsabilité en un simple devoir de payer au lieu d'agir. En effet, comme le souligne A. Demichel : « *au départ, le service public est forcé de payer parce qu'il a mal fonctionné (...) peu à peu, on en arrive à ce que le service public accepte de payer pour éviter d'avoir à fonctionner, ce qui est l'aboutissement ultime du principe selon lequel tout se remplace par de l'argent* »⁴⁸⁷. L'indemnisation consécutive au refus de concours de la force publique en est un exemple saisissant dans la mesure où le Conseil d'Etat permet à la personne publique, incapable d'employer la force afin de faire respecter le droit de propriété, de payer pour le retard. Les victimes reçoivent indemnisation de leur préjudice afin de réparer leur dommage, tandis que l'Etat n'est reconnu coupable de rien. L'effet pervers se révèle encore plus important dans le cas de défaut d'application d'une réglementation, l'Etat se contentant de payer le prix pour excuser son impuissance comme ce fut le cas de manière éclatante dans l'affaire « Sastre »⁴⁸⁸. En l'espèce, le Conseil d'Etat a indemnisé sans faute un commerçant, victime de la non application d'un règlement validé par le Conseil d'Etat mais que la Cour de cassation avait refusé de sanctionner le jugeant illégal. Ainsi, face à une lacune du système juridictionnel, l'Etat s'est contenté de payer plutôt que de corriger ce défaut.

222 - Cette crainte de l'extension du principe de « payer plutôt qu'agir » se justifie par la découverte régulière de nouvelles possibilités d'indemnisation. Face à cette aggravation des charges pesant sur l'Etat, on pouvait redouter que toutes les victimes de la loi, des règlements, conventions internationales ou décisions individuelles, ne songent à envahir les prétoires des tribunaux afin d'obtenir réparation de leur dommage, d'autant plus que le principe d'une responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques ne fait pas l'unanimité dans la doctrine⁴⁸⁹. Un constat aussi alarmant ne peut heureusement pas être fait dans la mesure où

⁴⁸⁷ A. DEMICHEL, *Le droit administratif, essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978, p. 157.

⁴⁸⁸ CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ sieur Sastre*, Rec. CE, p. 334, concl. Gentot ; JCP, 1972, G, I, n° 2246, note D. Loschak ; RDP, 1972, p. 443, note M. Waline ; Gaz. Pal., 1972.1.172, note J. Mégret.

⁴⁸⁹ Ainsi, pour M. HAURIU, « le principe de l'égalité de tous devant les charges publiques (...) est seulement une formule de justice sociale discutable et (...) à raison de son caractère à la fois trop général et trop absolu ne peut avoir par lui-même, aucune valeur obligatoire en droit positif » (cf. *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002, p. 541).

la jurisprudence encadre formellement l'exercice du droit à réparation, le plus souvent grâce aux critères d'anormalité et de spécialité du préjudice⁴⁹⁰.

223 - Néanmoins, il est intéressant de relever que, face à cette extension jurisprudentielle de la définition du préjudice indemnisable, l'Etat n'hésite plus à l'heure actuelle à souscrire dans certains cas un contrat d'assurance⁴⁹¹, afin de pallier au mieux au coût entraîné par l'engagement de sa responsabilité. En effet, la solvabilité des personnes publiques ne rend pas forcément inutile le recours à l'assurance, dans le sens où l'ampleur de certains dommages comme l'augmentation des réclamations en matière de responsabilité sans faute, peuvent créer des conséquences financières difficiles à assumer seules pour certaines personnes publiques. On pense ici notamment aux collectivités locales de plus en plus indépendantes depuis les transferts de compétence opérés par les lois de décentralisation ou encore à certains établissements publics comme ceux de santé pour qui le risque hospitalier entraîne une charge considérable à assumer. Ainsi, comme le souligne C. Cormier, l'assurance de responsabilité exerce aujourd'hui une double fonction : non seulement elle protège, en contrepartie du paiement régulier d'une prime, le patrimoine de la personne publique assurée, mais aussi de manière indirecte, elle garantit une meilleure indemnisation aux victimes. En effet, « *l'assurance, en reportant sur le patrimoine de l'assureur la charge de la réparation, a certainement contribué à accréditer l'idée que tout préjudice doit être réparé. Sans doute le juge est-il plus enclin à prononcer des condamnations pécuniaires à l'encontre de la personne publique lorsqu'il sait que celle-ci a conclu un contrat d'assurance* »⁴⁹².

224 - Il n'est cependant pas souhaitable, et le juge semble en être bien conscient, que la protection de la victime par la reconnaissance d'un droit à réparation sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques, devienne un droit illimité dans la mesure où la liberté d'action de la puissance publique mérite aussi d'être préservée. En effet, dans le cadre de son action normative, l'Etat n'a de cesse de réaliser des arbitrages entre différents groupes

⁴⁹⁰ A ce sujet, voir *infra*, § n° 384 et s.

⁴⁹¹ L'assurance des personnes publiques est en principe facultative dans la mesure où l'Etat est son propre assureur. Néanmoins, aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit à l'Etat de souscrire un contrat d'assurance de responsabilité. Une option est donc ouverte à toute personne publique d'être son propre assureur ou de souscrire à un produit de sécurité. Ainsi, on constate une implication grandissante de l'assurance au travers notamment des fonds de garantie. L'illustration peut être apportée par le dispositif législatif sur l'indemnisation des victimes d'une contamination par le VIH, institué par la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social (cf. JO, 4 janvier 1992, p. 178). La réparation intégrale du préjudice des victimes d'une contamination se fait par un fonds alimenté à la fois par la solidarité nationale et par une contribution des compagnies d'assurances.

⁴⁹² C. CORMIER (C.), *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 228, 2002, p. 431.

d'intérêts opposés. Dès lors, comme le rappelle G. Morange, « *il a été dit, fort justement, que gouverner c'était choisir. Admettre le principe de l'indemnisation de ceux qui ont été sacrifiées dans de tels arbitrages, ce serait bien souvent, remettre en cause l'arbitrage lui-même et introduire l'anarchie dans l'Etat en le paralysant* »⁴⁹³.

De plus, l'indemnisation d'un nombre toujours plus élevé de préjudices conduirait inévitablement à un accroissement du montant des primes d'assurance, comme à la remise en cause de la capacité du marché de l'assurance à couvrir entièrement le risque de condamnations pécuniaires encouru par l'Etat.

225 - Le recentrage du système de responsabilité en faveur de la victime ne donne donc pas lieu à une extension sans fin des cas de condamnation de la personne publique. Néanmoins, face à un développement du droit à indemnisation en cas de préjudice né de l'action normative régulière, il convient, pour plus de clarté, de s'interroger sur une possible organisation des principes nouveaux.

2. Vers une codification des règles de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques ?

226 - Toute tentative de généralisation du phénomène de socialisation va se heurter à un problème certain, à savoir le recensement précis des cas d'application, dans le sens où la responsabilité de la puissance publique en matière de rupture d'égalité a principalement un caractère jurisprudentiel. Ainsi, les auteurs se sont posés la question d'une possible organisation formelle des nouvelles règles découvertes en faveur de la victime. Dans son ouvrage incontournable⁴⁹⁴, M. Deguegue évoque les différentes solutions proposées, à savoir une intervention du législateur puis, à terme, l'examen d'une proposition plus radicale, qu'est la codification.

227 - L'intervention ponctuelle du législateur peut être un remède⁴⁹⁵ afin de lutter contre l'incertitude due à la construction prétorienne d'un droit en voie de socialisation, dans la mesure où elle permet, avec certitude, de fixer le droit à réparation dans des matières déterminées. Une illustration de ce procédé est possible au travers de la loi n° 2002-303 du 4

⁴⁹³ G. MORANGE, « L'irresponsabilité de l'Etat législateur (Evolution et avenir) », D., 1962, chron., p. 166.

⁴⁹⁴ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 171, 1994, p. 794-796.

⁴⁹⁵ Une telle opinion est ainsi développée par J.-F. DAVIGNON, in *La responsabilité objective de la puissance publique*, Thèse, Lyon 2, 1976.

mars 2002⁴⁹⁶ relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Ce texte vient en effet conforter les nombreuses avancées jurisprudentielles de ces dernières années concernant la responsabilité médicale, en réglementant des domaines aussi divers que la solidarité envers les personnes handicapées⁴⁹⁷, la responsabilité des professionnels de santé ou encore la réparation des conséquences des risques sanitaires⁴⁹⁸.

228 - Mais la proposition appelant le plus de commentaire est celle d'une codification en vue d'une simplification et d'une meilleure clarté du droit. Les avantages d'un tel procédé sont connus depuis longtemps. Il permet en effet de fixer le droit à un moment donné afin d'aider les justiciables dans leur quête de compréhension et de garantie de sécurité juridique, puisqu'une codification permet une certaine publicité et comble les lacunes voire les contradictions de la jurisprudence. De plus, la codification s'affirme comme un des instruments capables de mettre en œuvre « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* »⁴⁹⁹. Comme le remarque Ph. Malaurie⁵⁰⁰, « *plus un droit devient complexe et abondant, plus il devient inintelligible, secret et donc arbitraire et injuste, plus il devient un obscur message codé, et c'est par un code qu'il est le mieux décodé* ».

229 - Néanmoins, l'entreprise de codification n'est pas exempte de tout reproche. A l'heure actuelle, la plupart des codifications se font à droit constant, c'est-à-dire « *qu'on assemble le droit en vigueur sans créer de règles nouvelles, mais plusieurs procédures de*

⁴⁹⁶ JO, 5 mars 2002, p. 4118.

⁴⁹⁷ A ce sujet, le texte de loi contient des dispositions censées contrer les effets de la jurisprudence « Perruche ».

⁴⁹⁸ La loi prévoit ainsi une alternative concernant l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. La réparation du préjudice pourra, tout d'abord, avoir lieu au titre de la responsabilité médicale, et dans cette hypothèse elle sera reconnue pour faute ou sans faute en cas de défaut d'un produit de santé ou d'une infection nosocomiale. Mais la réparation pourra aussi avoir lieu au titre de la solidarité nationale, étant ici concerné l'aléa thérapeutique indemnisé par le biais d'un fonds de garantie baptisé office national d'indemnisation des accidents médicaux. Enfin, afin de faciliter le règlement amiable des litiges, le texte crée en plus des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (cf. art. L. 1142-5 du Code de la santé publique).

⁴⁹⁹ CC, n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, Rec. CC, p. 136 ; D., 2000, SC, p. 425, obs. D. Ribes : « l'égalité devant la loi (...) et la garantie des droits (...) pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ». A noter qu'à l'heure actuelle, est lancé un immense chantier de simplification du droit inauguré par la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 (cf. JO, 3 juillet 2003, p. 11192) portant habilitation du Gouvernement « à simplifier le droit ». Soumise avec succès au contrôle du Conseil constitutionnel (cf. CC, n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, AJDA, 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl), cette loi se présente comme le début d'un long phénomène d'habilitation ayant pour objectif d'intéresser les domaines les plus variés. Les principales innovations de ce premier volet sont constituées par la reconnaissance d'une codification à droit non constant ou la mise en place d'un Conseil d'orientation de la simplification administrative. Pour une analyse détaillée de ce phénomène, voir P. GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », AJDA, 2003, p. 1652.

⁵⁰⁰ P. MALAURIE, « Les enjeux de la codification », AJDA, 1997, p. 643. L'auteur ajoute que « la codification est le culte de la raison, de l'ordre dans l'esprit, de la cohérence et de la simplicité du droit ».

mise en conformité, d'harmonisation et de validation viennent alors le compléter »⁵⁰¹. Ainsi, toute codification nécessite au préalable une opération de mise à jour, dans la mesure où la signification de la loi, comme celui de tout énoncé, est sujette à de multiples interprétations. Une réunion des textes en un ensemble rationnel et actualisé appelle une nécessaire consolidation.

Or, comme le souligne H. Moysan, « *la consolidation des lois et règlements en vigueur n'est pas une opération purement mécanique : elle ne s'opère pas par simple copier-coller des dispositions modificatives publiées au Journal Officiel vers les textes de base, objets de modifications* »⁵⁰². L'inflation législative tant au niveau du nombre des textes nouveaux que de l'accroissement de leur longueur complique ainsi considérablement l'opération de consolidation, dans la mesure où « *la connaissance des lois et règlements* » va tenir « *à l'existence de pratiques normatives qui affectent indifféremment les dispositions codifiées et celles qui ne le sont pas* »⁵⁰³. A cela, vont venir s'ajouter les inconvénients tenant à l'exercice de codification lui-même, dans le sens où il participe à l'entretien des incertitudes d'interprétations, comme il ne supprime pas toute erreur dans la rédaction⁵⁰⁴.

Enfin, l'opération de codification renferme un dernier inconvénient majeur, dans la mesure où les autorités peuvent hésiter à codifier la jurisprudence, même dans le cas où celle-ci présenterait un caractère de stabilité certain. En effet, comme l'expose Y. Robineau⁵⁰⁵, « *inscrire dans la loi une règle qui était auparavant d'origine purement jurisprudentielle, c'est en modifier l'autorité juridique en déplaçant la frontière entre ce qui relève du choix du Parlement et ce qui appartient au pouvoir d'interprétation du juge. (...) En d'autres termes, codifier la jurisprudence n'est pas une opération neutre quant au fond du droit* ».

230 - Ainsi, il semble que la solution pour une meilleure approche des nouveaux cas d'application de la responsabilité de la puissance publique réside dans une alliance entre plusieurs sources. A la codification, facteur d'une plus grande sécurité juridique pour les particuliers comme d'un accès au droit favorisé, doit s'ajouter l'apport de la jurisprudence gage d'une certaine adaptation, de souplesse et de capacité d'innovation dans l'élargissement de la responsabilité et surtout de la doctrine. En effet, l'importance de cette dernière dans

⁵⁰¹ E. CATTÀ, « Les techniques de codification : de la cire au silicium... », AJDA, 1997, p. 652.

⁵⁰² H. MOYSAN, « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », Dr. adm., 2002, n° 4, p. 6.

⁵⁰³ *Idem*, p. 9.

⁵⁰⁴ H. MOYSAN évoque ainsi la codification de dispositions abrogées, le décalage entre la publication des parties législatives et réglementaires, le caractère incomplet voire erroné de certaines tables de concordances, la multiplicité des codes pouvant créer l'éclatement d'un texte de loi unitaire ou l'oubli de codification des textes d'application de dispositions codifiées.

⁵⁰⁵ Y. ROBINEAU, « A propos des limites d'une codification à droit constant », AJDA, 1997, p. 656.

l'élaboration du droit jurisprudentiel n'est plus à prouver, dans la mesure où c'est « *la doctrine de droit public (qui) a assumé les fonctions de simplification, de classification, de stabilisation du droit* »⁵⁰⁶. Dès lors, le risque serait grand de voir la science du droit décliner, du fait de sa mise à l'écart de la codification, comme ce fut le cas suite à la codification en droit privé⁵⁰⁷.

231 - Le phénomène de socialisation de la responsabilité administrative participe donc à l'effort de protection des victimes. Le juge adopte une vision nouvelle des situations juridiques, et n'hésite plus, lorsque les circonstances le lui permettent, à se tourner vers le particulier lésé autant que vers le sort de la personne publique. Néanmoins, il convient d'être prudent dans la mesure où le recentrage vers l'individu n'est pas chose facile, le danger étant grand de tomber dans l'excès inverse et de créer un régime fonction seulement de la situation de la victime.

232 - Par la création du régime particulier de responsabilité sans faute du fait de l'action normative régulière, le juge administratif affirme donc sa volonté de protéger les particuliers. Cette protection s'affirme par la mise en œuvre de règles juridiques favorables à l'administré, faisant intervenir des notions comme l'équité ou le préjudice anormal et spécial, gages de justice sociale autant que de la reconnaissance d'une rupture d'égalité entre les individus. Mais, la protection des administrés passe aussi par une nouvelle approche du système de responsabilité, plus tournée vers l'individu par le biais d'une socialisation des principes juridiques et de l'affirmation d'un véritable droit à réparation.

⁵⁰⁶ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 795.

⁵⁰⁷ Comme l'a en effet constaté F. GENY, « les traditions antérieures à chacune des codifications ne conservent pas aujourd'hui la force créatrice qu'elles avaient autrefois (...) les traditions anciennes, les maximes accréditées par les auteurs, la jurisprudence jadis établie (ont perdu) la force d'une source formelle consacrée au-dessous de la loi et de la coutume par l'ordre juridique » (cf. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, Tome 2, 2nd éd., 1954, p. 17-23).

CONCLUSION DU TITRE 1^{er}

233 - Le juge administratif a ainsi créé de toutes pièces le système de responsabilité du fait de l'action normative régulière sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, afin de protéger au mieux les intérêts des particuliers. En effet, face à une administration dotée de prérogatives de puissance publique, il convenait d'organiser une préservation des droits des administrés. Ce fut chose faite à travers ce régime de responsabilité sans faute. Néanmoins, la mission générale du juge administratif l'incite toujours à tenter d'opérer, autant que faire ce peut, un subtile « *dosage entre l'élémentaire équité et la préservation de (...) la marge de manœuvre de l'administration* »⁵⁰⁸. Dès lors, il est important de veiller à ne pas développer une responsabilité étatique illimitée, en réponse au besoin légitime de protection des victimes. En effet, la plupart du temps, l'action étatique s'opère sans heurt. En ne créant aucun préjudice, elle permet même une amélioration de la situation des particuliers. Il est donc important de lui laisser la possibilité d'agir sans menace de voir automatiquement sa responsabilité engagée en cas d'échec. La préservation de la latitude d'action de la puissance publique apparaît ainsi comme un objectif tout aussi essentiel que celui de protection des administrés.

234 - Afin de mener à bien sa mission de conciliation des intérêts des particuliers et de ceux de l'Etat, le juge administratif doit donc s'efforcer de ne pas tomber dans l'excès en cherchant à tout prix à accorder une indemnisation à l'administré lésé par un acte étatique. Pour ce faire, le juge va se livrer à une analyse attentive des cas de mise en œuvre de la responsabilité sans faute, cas qu'il avait lui-même dégagés, afin de ne pas aboutir à une utilisation abusive du système, empêchant toute action des services de l'Etat.

Néanmoins, au vu de la jurisprudence, il est possible de s'interroger sur l'étendue de cette limitation, dans la mesure où il semble que la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques soit de plus en plus orientée vers la protection de la latitude d'action de l'Etat, l'objectif de conciliation des intérêts apparaissant dès lors quelque peu secondaire.

⁵⁰⁸ F. GOLIARD, *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, Thèse, Paris 2, 1995, p. 276.

TITRE 2nd

UNE RESPONSABILITE OBJECTIVE AUTONOME ORIENTEE VERS LA PROTECTION DE LA LATITUDE D'ACTION DE L'ETAT

235 - A travers l'examen de la jurisprudence, on trouve très peu de cas de condamnations de l'Etat pour rupture d'égalité devant les charges publiques du fait d'une action normative. La réparation du préjudice né, par exemple, de l'application d'une loi n'a donné lieu, depuis 1938, date d'apparition de la responsabilité sans faute dans ce domaine, qu'à sept confirmations⁵⁰⁹, tandis que la responsabilité du fait d'une convention internationale n'a été mise en œuvre qu'une seconde et unique fois après l'arrêt de principe⁵¹⁰. Le fait est que dans la majorité des cas, malgré un nombre important de demandes en réparation déposées devant les tribunaux administratifs, le juge refuse de faire droit au requérant. Dans l'hypothèse d'un préjudice issu d'un acte de souveraineté ou d'un acte administratif régulier, celui-ci commence toujours par rappeler, dans le considérant principal de sa décision, que l'auteur de l'acte en cause met en jeu sa responsabilité objective, puis exclue ensuite son application au cas de l'espèce. On assiste alors à une certaine paralysie de la responsabilité

⁵⁰⁹ CE, 21 janvier 1944, *Sieurs Caucheteux et Desmont*, Rec. CE, p. 22 - CE, sect., 25 janvier 1963, *Bovero*, Rec. CE, p. 53 ; AJDA, 1963, p. 94, chron. Gentot et Fourré ; JCP, 1963, G, II, n° 13326, note Vedel (s'agissant d'une ordonnance) - CE, sect., 18 décembre 1981, *Ministre de la Culture et de la Communication c/ Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière (CAPRI)*, Rec. CE, p. 478 ; AJDA, 1982, p. 261, concl. Stirn ; RDP, 1982, p. 1449 - CE, 25 mars 1991, *Ministre de la Culture c/ SCI « La Cardinale »*, Rec. CE, T, p. 1183 - CAA Marseille, 24 février 1998, *Ministre de la Culture et de la Communication*, RFDA, 1998, p. 1133, obs. Le Berre - CAA Marseille, 23 novembre 1999, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Peretti*, req. n° 97MA00827 (s'agissant d'une loi de validation) - CAA Bordeaux, 26 février 2004, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, req. n° 03BX01757 (statuant sur renvoi après cassation à la suite d'un arrêt de section du Conseil d'Etat, en date du 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a.*, Env., 2003, comm. n° 84, note Gillig ; Dr. env., 2003, n° 12, p. 176, note Deliancourt ; D., 2003, jurispr., p. 2527, note Guillard ; JCP, 2003, G, II, n° 10173, note Jobart ; JCP, 2003, A, n° 1896, note C. Broyelle ; RFDA, 2004, p. 144, concl. Lamy, et p. 151, note P. Bon ; RJE, 2004, n° 2, p. 189, note S. Juan. Pour une confirmation, voir CE, 29 décembre 2004, *Ministre de l'Ecologie et du Développement durable c/ M. Delagrange*, req. n° 266888).

⁵¹⁰ CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. CE, p. 257 ; GAJA, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003, p. 600 ; RDP, 1966, p. 774, concl. Bernard et note Waline ; AJDA, 1966, p. 350, chron. Puissochet et Lecat ; D., 1966, p. 582, note Lachaume ; JCP, 1967, G, II, n° 15000, note Dehaussy - CE, sect., 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ dame Burgat et a.*, Rec. CE, p. 452 ; AJDA, 1977, p. 30, chron., Nauwelaers et Fabius ; D., 1978, p. 76, note Vier et Lamoureux ; JCP, 1977, G, II, n° 18606, note Julien-Laferrière ; RDP, 1977, p. 213, concl. Massot.

sans faute de l'Etat, dans la mesure où, bien que son principe ait été reconnu de toutes pièces par la jurisprudence, celle-ci n'est pratiquement pas mise en œuvre dans les faits.

Peu à peu, le juge administratif semble ainsi se détacher de l'objectif originel de compromis entre les prérogatives de l'Etat et les droits des particuliers, au profit de la construction d'une politique jurisprudentielle axée autour de la préservation de la latitude d'action de l'Etat. Pour ce faire, il se livre à une utilisation rigoureuse de son pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les conditions nécessaires à la mise en œuvre du régime de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Que ce soit lors de la vérification de la possibilité pour le requérant de faire valoir les dispositions du régime de responsabilité sans faute, ou lors de l'examen des caractères obligatoires du préjudice que sont l'anormalité et la spécialité, le juge veille en effet à ne pas porter atteinte à la liberté d'action de l'Etat. Cette protection apparaît ainsi tant au travers de l'appréciation des conditions liées au texte à l'origine du dommage (Chapitre 1^{er}), que de celles liées au préjudice (Chapitre 2nd).

CHAPITRE 1^{er}

LA PROTECTION DE L'ETAT PAR L'APPRECIATION DES CONDITIONS LIEES AU TEXTE A L'ORIGINE DU DOMMAGE

236 - Face à une demande présentée par un requérant, en réparation d'un préjudice provoqué par un acte régulier de la puissance publique ayant entraîné une rupture d'égalité, le juge administratif dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il lui appartient de vérifier la réunion des conditions jurisprudentielles définies depuis l'arrêt de principe « La Fleurette » et ses développements⁵¹¹. La responsabilité sans faute de l'auteur de l'acte incriminé ne pourra ainsi être engagée que si rien dans le texte même, ou dans ses travaux préparatoires comme dans ses circonstances d'élaboration, ne permet de penser que celui-ci avait entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombait pas normalement. De plus, selon les tribunaux, l'indemnisation peut également être refusée dans le cas où le texte en cause protège un intérêt général supérieur, faisant ainsi disparaître la rupture d'égalité devant les charges publiques, et donc la raison d'être du droit à réparation.

Le juge administratif dispose alors d'un pouvoir d'interprétation conséquent afin de vérifier l'existence de ces conditions, dans la mesure où les principes jurisprudentiels sont posés en des termes relativement larges. Dans la plupart des cas, cette faculté d'appréciation sera utilisée afin de conclure au rejet de l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat. Le juge administratif se livre donc de manière indirecte à une certaine protection de la latitude d'action des pouvoirs publics et ce par deux moyens distincts : d'un côté, il développe une appréciation rigoureuse des dispositions du texte ou du silence de son auteur, afin de déceler une quelconque intention de celui-ci de s'exonérer de la responsabilité sans faute (Section 1^{ère}), et d'un autre côté, il se livre à une appréciation stricte de l'intérêt à protéger (Section 2^{nde}) élargissant, au fil de ses décisions, la notion d'intérêt général prééminent exclusif de toute responsabilité objective.

⁵¹¹ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. CE, p. 25 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque.

SECTION 1^{ère} : Le rejet de la responsabilité sans faute par une appréciation rigoureuse des dispositions du texte ou de son silence

237 - Le particulier, lésé par l'application des dispositions d'un texte, peut demander réparation de son préjudice en invoquant la responsabilité de son auteur pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Néanmoins, il est possible pour le juge de rejeter cette demande dans le cas où le texte en cause prévoirait expressément le règlement des conséquences d'un éventuel dommage. En effet, dans cette hypothèse, il y a lieu d'appliquer exclusivement les principes prévus par le texte et uniquement ces derniers. A l'inverse, il peut arriver que le texte à l'origine du dommage ne contienne aucune disposition relative au régime d'indemnisation du préjudice. Dès lors, il appartiendra au juge administratif de rechercher la volonté présumée de l'auteur à travers divers indices entourant le texte et de conclure, le cas échéant, au rejet de la demande en réparation si telle lui semble être l'intention originelle du rédacteur des dispositions incriminées.

Au vu de la jurisprudence, il semble que le juge administratif utilise son pouvoir d'appréciation dans un sens favorable aux services étatiques, soit en examinant le texte lui-même lorsque celui-ci prévoit expressément la façon dont doivent être réglées les conséquences d'un dommage (§ 1), soit en interprétant le silence de l'auteur du texte dans le cas où il n'est pas possible de déceler l'intention de celui-ci par une simple lecture des dispositions en cause (§ 2).

§ 1 : L'exclusion de la responsabilité sans faute suite à l'examen du texte prévoyant expressément le règlement des conséquences d'un dommage

238 - Le juge administratif n'hésite pas à exclure toute possibilité d'engagement de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, dans les cas où le texte à l'origine du dommage règle expressément la question de l'indemnisation. Lorsque le texte contient des modalités précises d'indemnisation (A), comme lorsqu'il rejette toute possibilité de réparation (B), le requérant se voit ainsi refuser le droit d'engager une telle responsabilité objective de l'Etat.

A - Le texte contient des modalités précises d'indemnisation

239 - Dans le cas où le texte incriminé contiendrait des dispositions relatives à la mise en œuvre d'une possible action en réparation du préjudice, le juge administratif conclut à une application exclusive de ces modalités d'indemnisation (1). Ainsi, toute demande fondée sur une rupture d'égalité devant les charges publiques est alors déclarée irrecevable. Cette position apparaît des plus naturelles. Elle s'avère néanmoins être plus sévère que celle adoptée par le juge dans d'autres domaines de la responsabilité administrative (2).

1. *Une application exclusive des modalités d'indemnisation prévues par le texte*

240 - Dans certaines hypothèses, il arrive que l'auteur du texte ait lui-même organisé les modalités de réparation des préjudices pouvant apparaître lors de la mise en application de son acte⁵¹². Ceci se révèle être une particularité permettant de distinguer la responsabilité fondée sur une rupture d'égalité devant les charges publiques des autres types de responsabilités, puisqu'en cas de préjudices résultant de l'application d'une loi ou d'une convention internationale, l'existence comme l'étendue de la réparation dépendra de la volonté des auteurs du dommage. Néanmoins, cette expression de volonté ne peut être l'œuvre que du législateur ou de l'auteur d'une convention internationale, le régime de responsabilité du fait des conventions étant calqué sur celui du fait des lois. En effet, il n'appartient pas à l'autorité administrative de pouvoir organiser un régime spécifique de responsabilité, puisque l'édition d'un acte réglementaire ou individuel répond uniquement au besoin d'adapter une règle générale et impersonnelle à une situation bien précise.

241 - Lorsque l'auteur de l'acte a prévu les modalités d'indemnisation des préjudices pouvant résulter de son intervention, le juge administratif ne recherche aucunement une quelconque combinaison des régimes de responsabilité, puisqu'il considère qu'il y'a lieu d'appliquer ces dispositions⁵¹³, à l'exclusion de toute autre règle. Dès lors, il rejette

⁵¹² Nous trouvons, par exemple, une loi du 18 juillet 1866, laquelle supprime les courtiers de commerce et le monopole du courtage, et indemnise les titulaires des charges supprimées tout en rendant libre la profession - une loi du 2 août 1872 supprimant le monopole des allumettes - un texte législatif du 15 juillet 1878 consécutif à une épidémie de phylloxéra, qui autorise, lorsque c'est nécessaire, la destruction des plants de vigne infectés, sans indemnité, et même la destruction des récoltes avoisinantes dans un certain périmètre, mais avec indemnité - une loi du 4 août 1904 supprimant le monopole des bureaux de placement.

⁵¹³ Dans une telle hypothèse, le juge administratif se réserve néanmoins le droit d'interpréter les conditions de la réparation des préjudices fixées par la loi. Pour une illustration assez stricte de ce pouvoir, en ce qui concerne la

systématiquement les demandes de réparation fondées sur le principe d'égalité devant les charges publiques. Les termes des arrêts diffèrent quelque peu selon les espèces mais la solution reste identique. Le juge administratif s'efforce toujours de préciser que les modalités d'indemnisation choisies par le législateur excluent toute autre possibilité de réparation⁵¹⁴. Il se conduit ici en simple bouche de la loi.

Il en est ainsi dans l'arrêt « Dame Perret », portant sur une loi du 26 décembre 1945 prévoyant la modification des taux de change de la zone franc, et renvoyant à des décrets les modalités d'une indemnisation éventuelle, le Conseil d'Etat considère que « *le législateur qui a laissé au gouvernement la faculté d'indemniser ou non les personnes lésées (...) a nécessairement entendu exclure le droit pour ces personnes de prétendre à une indemnité (...) en dehors des cas dans lesquels le gouvernement aurait estimé opportun de prévoir une indemnisation* »⁵¹⁵. On retrouve le même raisonnement à l'occasion de l'arrêt « Roux »⁵¹⁶, rendu à propos de l'ordonnance du 12 juillet 1962 venant abaisser la limite d'âge des magistrats, et prévoyant des avantages en matière de pension pour les personnes visées. Pour les juges du Palais-royal, « *il résulte de ces dispositions qu'en les édictant, le législateur a entendu réparer, suivant une modalité qu'il a choisie, le préjudice (...) et, par-là même, exclure tout autre dédommagement* ». Le même constat peut être fait concernant la réparation des dégâts commis par les grands gibiers⁵¹⁷.

Plus près de nous, cette solution est réaffirmée dans l'arrêt « Consorts Bridet, Cattelin et Patrico »⁵¹⁸, rendu le 27 juillet 1990 par le Conseil d'Etat, comme dans celui de la Cour administrative d'appel de Paris, en date du 20 juillet 1999, « M. Bartet et Mme Jaffain-Randier »⁵¹⁹. Dans cette dernière espèce, il s'agissait de demandes en réparation de préjudices subis par des avocats, suite à la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. L'indemnisation est rejetée au motif que « *le législateur*

responsabilité de l'Etat du fait de la suppression du monopole des commissaires-priseurs, voir, CE, 22 octobre 2003, *M. Paquet*, AJDA, 2004, p. 501, note M. Deguegue.

⁵¹⁴ Voir, par ex., CE, 13 juillet 1923, *Fleury et Haugel*, Rec. CE, p. 576 : « Aucun des textes législatifs (sur le monopole provisoire de l'alcool) n'a prévu l'allocation d'une indemnité pour les industriels autres que ceux qui sont l'objet de réquisitions ».

⁵¹⁵ CE, 6 janvier 1961, *Dame Perret*, Rec. CE, p. 4 ; AJDA, 1961, p. 352.

⁵¹⁶ CE, 2 novembre 1966, *Sieur Roux*, Rec. CE, p. 579.

⁵¹⁷ CE, 10 juin 1977, *Despax*, Rec. CE, p. 263 : « Les dispositions de l'article L. 393-V du Code rural qui organisent un régime spécial d'indemnisation des dégâts commis par les grands gibiers lorsqu'un plan de chasse a été mis en vigueur et mettent à la charge de Conseil supérieur de la chasse le versement des indemnités prévues font obstacle à l'introduction à l'encontre de la puissance publique d'une action en réparation desdits dommages sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques ». Pour d'autres exemples concernant des domaines divers, voir : CE, sect., 8 décembre 1950, *Société Berty et Compagnie*, Rec. CE, p. 603 - CE, sect., 16 décembre 1960, *Sieur Adam et société civile du personnel du Petit Parisien, d'Excelsior et de la société des Revues et Publications diverses*, Rec. CE, p. 709 ; AJDA, 1961, p. 88, chron. Galabert et Gentot - CE, 25 mai 1979, *Viallefont*, Rec. CE, T, p. 870 - CE, sect., 18 décembre 1981, *Ministre de la Culture et de la Communication c/ Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière (CAPRI)*, préc.

⁵¹⁸ CE, 27 juillet 1990, *Consorts Bridet, Cattelin et Patrico*, Rec. CE, p. 230.

⁵¹⁹ CAA Paris, 20 juillet 1999, *M. Bartet et Mme Jaffain-Randier*, req. n° 97PA03647.

a déterminé de façon limitative aux articles 2, 38 et 40 (de la loi du 29 décembre 1984), les cas dans lesquels l'application de la réforme pouvait donner lieu à indemnisation (...), que les préjudices allégués (...) ne figurent pas parmi ceux dont l'indemnisation a été prévue ».

242 - Cette possibilité de planifier à l'avance les modalités d'indemnisation est également reconnue au législateur dans le cadre de lois de validation. Là encore, selon le juge administratif, une telle hypothèse exclue toute possibilité d'engagement de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, même si, en temps ordinaire, une telle action est possible⁵²⁰. C'est ainsi que la loi du 2 août 1954, validant les textes d'application de la loi du 11 mai 1946 sur la dévolution des biens de presse, substituait à toutes les créances éventuelles sur l'Etat que pouvaient détenir les entreprises concernées, un droit nouveau régi par des règles de fond nouvelles et qu'il leur appartenait de faire valoir⁵²¹.

243 - Dans les hypothèses où le texte prévoit expressément un régime de réparation, son auteur dispose ainsi d'une certaine marge de manœuvre, dans la mesure où l'indemnisation accordée peut être plafonnée ou forfaitaire⁵²². Cette possibilité peut concerner le cas d'un préjudice subi du fait d'un texte de loi⁵²³, comme d'une convention internationale régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne⁵²⁴. Il semble alors possible pour le

⁵²⁰ En ce qui concerne l'admission du principe de la responsabilité sans faute du fait des lois de validation, sur le fondement d'une rupture d'égalité devant les charges publiques, voir : CE, Ass., 1^{er} décembre 1961, *Lacombe*, Rec. CE, p. 674 ; D., 1962, p. 89, concl. Dutheillet de Lamothe ; AJDA, 1962, p. 67, et p. 24, note Galabert et Gentot - CE, 24 octobre 1973, *Secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre chargé de la Jeunesse, des Sports et des Loisirs*, Rec. CE, T, p. 1100 ; RDP, 1974, p. 1494, note Auby - CE, 27 février 1974, *Masson*, Rec. CE, T, p. 1166 - CE, 20 décembre 1985, *Ministre de l'Education nationale c/ Rouit*, Rec. CE, T, p. 773. On retrouve ici les mêmes conditions d'indemnisation qu'en matière de responsabilité du fait des lois ordinaires ou du fait des conventions internationales, à savoir que le requérant doit alléguer d'un préjudice direct, certain mais aussi anormal et spécial.

⁵²¹ CE, 15 mai 1957, *Sté d'imprimerie et librairie et imprimerie Marc Texier réunies*, Rec. CE, p. 312.

⁵²² Pour une reconnaissance de cette possibilité par le juge constitutionnel, voir, CC, n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, Rec. CC, p. 63 ; RJC, p. I-324 ; JO, 31 décembre 1987, p. 15761.

⁵²³ CE, 23 juillet 1993, *Entreprise d'assurances « Pacific Employers Insurance Company »*, Rec. CE, p. 223, à propos de l'arrangement de l'Union postale universelle concernant les colis postaux, signé le 14 novembre 1969 à Tokyo, puis publié en France par décret du 3 septembre 1971, instituant un seuil d'indemnisation : « (...) les dispositions précitées font obstacle à ce qu'en cas de perte, spoliation ou avarie de colis postaux dont ils étaient expéditeurs ou destinataires, les usagers ou leurs assureurs subrogés dans leurs droits, réclament à l'Etat ou à la Société nationale des chemins de fer français une réparation autre que celle qui leur est versée en application desdites dispositions ».

⁵²⁴ Voir notamment : CAA Paris, 10 mai 1994, *M. Roussat, Société nigérienne de transports automobiles*, req. n° 93PA01063, à propos de l'accord franco-bénois du 7 janvier 1984 sur l'indemnisation des intérêts et biens privés français - CE, 5 décembre 1980, *M. Cournault*, req. n° 15.853 - CE, 9 juillet 1980, *M. Doussous*, Rec. CE, p. 311 - Même date, *M. Casiez*, req. n° 14.167 - *Mme Thomas*, req. n° 14.168 - *M. Forrer*, req. n° 14.169 - *Mme Daniel*, req. n° 15.450 - *Mme Berthome*, req. n° 15.451 - *Mme Bonnet*, req. n° 20.410 - *M. Albano*, req. n° 21.403 - CE, 29 avril 1981, *M. Lacarelle*, req. n° 24.894 - CE, 8 juillet 1981, *M. de Cherisey*, req. n° 22.238, à propos du protocole d'accord du 2 août 1974 conclu par la France avec le gouvernement du Royaume du Maroc. Dans toutes ces espèces, le considérant de principe est identique : « (...) il résulte clairement de ces stipulations que le régime d'indemnisation forfaitaire ainsi institué exclut toute indemnisation complémentaire à la charge de l'Etat français ».

législateur ou l'auteur de la convention de minorer sa responsabilité en déterminant, de façon plus que restrictive, l'étendue des conséquences réparables⁵²⁵.

Il convient néanmoins d'être prudent, ce comportement excessif étant peut être appelé à disparaître dans la mesure où, depuis une décision du 10 janvier 2001⁵²⁶, le Conseil constitutionnel se reconnaît compétent pour contrôler le caractère suffisant de l'indemnisation prévue expressément par le texte, au regard du principe d'égalité devant les charges publiques. Pour se livrer à une telle vérification, le juge constitutionnel n'est autorisé qu'à un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation. En l'espèce, il s'agissait pour le Conseil constitutionnel d'examiner les dispositions de la loi du 21 décembre 2000 afin de vérifier le caractère suffisant de l'indemnisation qu'elle accordait aux courtiers, interprètes et conducteurs de navire ayant subi, du fait du texte, la suppression de leur monopole légal. Les neuf sages ont conclu ici à l'adéquation de cette indemnisation avec les exigences du principe d'égalité devant les charges publiques.

244 - L'exclusion du régime de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, dans l'hypothèse où le texte à l'origine du dommage prévoit expressément une possibilité d'indemnisation, semble donc aller de soi. En effet, les dispositions relatives au texte doivent primer sur d'autres plus générales et applicables à diverses hypothèses de rupture d'égalité. Néanmoins, la position du juge administratif n'est pas toujours aussi sévère, dans le sens où, dans d'autres domaines de la responsabilité, l'existence de règles spécifiques d'indemnisation n'exclue pas systématiquement la possibilité d'invoquer les dispositions du régime de droit commun.

⁵²⁵ CE, 15 janvier 1986, *Hawen Schmidt*, Dr. adm., 1986, n° 89. A ce sujet, voir aussi, les dispositions de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (JO, 5 mars 2002). Par ce texte, le législateur est venu réduire de façon considérable l'indemnisation des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse. L'art. 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 limite d'abord la responsabilité du médecin ou de l'établissement de santé à la « faute caractérisée », n'admet ensuite que l'indemnisation des parents, et enfin, prévoit que le préjudice indemnisable « ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap ». La prise en charge de ce handicap est alors renvoyée de façon assez vague à la « solidarité nationale », tandis que seul le préjudice moral des parents devient indemnisable sur le fondement d'une action en responsabilité. Pour une analyse détaillée des conséquences de ce texte ainsi que de la jurisprudence à l'époque de son entrée en vigueur, voir *infra*, § n° 321.

⁵²⁶ CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, Rec. CC, p. 39 ; Dr. adm., 2001, n° 156 ; LPA, 16 février 2001, n° 34, p. 13, note J.-E. Schoettl ; RFDC, 2001, n° 46, p. 354, note J. Trémeau. Sur cette décision, voir *supra*, § n° 204.

2. Une position plus sévère que dans d'autres domaines de la responsabilité administrative

245 - Le refus de toute combinaison des différents régimes de responsabilité paraît cohérent, dans la mesure où le requérant ne doit pas pouvoir obtenir une réparation plus importante que le préjudice subi par lui. Il semble compréhensible que le juge administratif rejette toute action en réparation non fondée sur les dispositions expresses du texte à l'origine du dommage. La loi ou la convention organise un régime d'indemnisation particulier. Il n'y a alors aucune raison de chercher à en faire valoir un autre.

246 - Les tribunaux administratifs n'adoptent cependant pas une position aussi stricte dans tous les domaines de la responsabilité administrative. En effet, en matière d'indemnisation des personnes atteintes du virus du sida⁵²⁷, suite à des transfusions (ou injections) dans le cas de l'hémophilie ou à l'occasion d'interventions chirurgicales, le Conseil d'Etat reconnaît la possibilité d'une combinaison entre l'indemnisation accordée par un fonds créé spécialement⁵²⁸ et celle qui peut être obtenue devant le juge administratif. Ici, il est intéressant de relever que ces victimes bénéficient alors d'un mécanisme spécial d'indemnisation, ce qui n'est pas le cas de toutes les victimes de contamination à l'image de la situation plus précaire dans laquelle se trouvent les personnes contaminées par le virus de l'hépatite C⁵²⁹. Ce fonds a ainsi la charge d'assurer la réparation intégrale des préjudices subis, à condition bien entendu, de justifier d'un lien de causalité suffisant entre le préjudice invoqué et la transfusion. Les décisions prises par la commission d'indemnisation du fonds sont susceptibles de recours direct devant la Cour d'appel de Paris statuant en premier et dernier ressort⁵³⁰.

⁵²⁷ A ce sujet, voir, M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bib. Dr. Pub., t. 174, 1994, p. 428 et s.

⁵²⁸ Voir, l'art. 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, désormais régie par les articles L. 3122-1 à L. 3122-6 du Code de la santé publique.

⁵²⁹ En effet, selon la loi n° 2002-203 du 4 mars 2002 (JO, 5 mars 2002), les personnes contaminées par le virus de l'hépatite C ne peuvent se voir appliquer les dispositions relatives à l'indemnisation de l'aléa thérapeutique au titre de la solidarité nationale. Leur seule possibilité revient alors à intenter une action en responsabilité sans faute du fait d'un produit de santé à l'encontre du médecin ou de l'établissement hospitalier. A noter tout de même, que l'art. 102 de la loi du 4 mars 2002 apporte une nouveauté favorable aux victimes puisqu'il pose une présomption d'imputabilité de la contamination à une transfusion sanguine établie. Ainsi, il n'incombe plus aux personnes contaminées de prouver le lien de causalité entre la transfusion reçue et la contamination subie. Pour les premières applications de ce renversement de la charge de la preuve, voir, Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 2003; req. n° 01-14395 et Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2003, req. n° 01-01073.

⁵³⁰ Décret du 31 juillet 1992, modifié par celui du 12 juillet 1993.

Les modalités de cette combinaison ont été fixées à l'occasion d'un avis contentieux⁵³¹, « Consorts Jezequel et Vallée », rendu par le Conseil d'Etat le 15 octobre 1993⁵³². Dès lors, si l'indemnité offerte par le fonds a été acceptée par la victime ou si elle a été fixée de façon définitive par la Cour d'appel de Paris, le juge administratif déduira d'office cette indemnité des dommages et intérêts qu'il estime dus par la personne publique en application d'une décision de condamnation. Sinon, il assurera par une indemnité complémentaire, la réparation intégrale du préjudice, tout en prenant soin de subroger la personne publique condamnée dans les droits de la victime à l'égard du fonds. Enfin, les sommes offertes aux ayants droit de la victime par le fonds au titre du préjudice personnel que leur a causé le décès de cette dernière, ne peuvent être imputées par le juge sur l'indemnité qu'il met à la charge de la personne responsable en vue de réparer le préjudice subi directement par la victime représentée par ses ayants droit. Ici, le juge confirme des règles jurisprudentielles posées antérieurement⁵³³. Mais surtout, il reconnaît la possibilité de combiner la demande en réparation présentée devant le fonds, avec une requête présentée devant le juge administratif, afin de pouvoir obtenir réparation intégrale du préjudice. Cette position ne manquera pas d'être réaffirmée par la suite⁵³⁴.

Le même raisonnement va être utilisé par le Conseil d'Etat afin d'admettre la possibilité de combiner l'indemnisation reçue d'un fonds créé pour aider les victimes de l'amiante avec une éventuelle action sur le plan pénal⁵³⁵.

⁵³¹ En l'espèce, le tribunal administratif de Paris, saisi du litige à l'origine, avait considéré que l'affaire posait plusieurs questions de droit nouvelles, présentant des difficultés sérieuses susceptibles d'être rencontrées dans d'autres litiges. Il a donc décidé d'interroger le Conseil d'Etat sur ces points, en utilisant la procédure prévue à l'article 12 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987.

⁵³² CE, avis, 15 octobre 1993, *Consorts Jezequel et Vallée*, Rec. CE, p. 280 ; D., 1994, SC, p. 359, obs. Bon et Terneyre ; EDCE, 1994, n° 45, p. 295 ; RFDA, 1994, p. 553, concl. Frydman ; JCP, 1993, G, IV, n° 2646.

⁵³³ Il s'agit de la règle selon laquelle la condamnation des personnes morales de droit public à payer une somme qu'elles ne doivent pas est interdite, ainsi que de celle établissant que cette interdiction est d'ordre public et donc que cet élément doit être soulevé d'office par la juridiction à laquelle une telle condamnation est demandée. Voir, CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui*, Rec. CE, p. 235, concl. Rougevin-Baville ; AJDA, 1971, p. 274, chron. Labetoulle et Cabanes ; RDP, 1972, p. 234, note Waline.

⁵³⁴ Voir, par ex. : CE, 24 mars 1995, *Rabotin*, Rec. CE, p. 139 ; Dr. adm., 1995, n° 394 ; RFDA, 1995, p. 637 - CE, 16 juin 1997, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, Rec. CE, p. 242 ; D., 1999, SC, p. 57, obs. Bon et de Béchillon - CE, 28 juillet 1999, *Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles*, Rec. CE, T, p. 1022 et p. 1025.

⁵³⁵ CE, 26 février 2003, *M. Mekhantar*, AJDA, 2003, p. 472, obs. M. Brillié, et p. 1234, concl. Fombeur ; RFDA, 2003, p. 424 ; Env., 2003, comm. n° 72, note L. Benoit. Selon les juges du Palais-royal, les victimes peuvent agir en responsabilité de l'employeur ou de l'administration devant les juridictions administratives ou judiciaires, « sous la seule réserve que la victime, ayant obtenu la réparation intégrale de son préjudice par une décision définitive de la juridiction qu'elle a saisi, ne peut plus engager ou poursuivre d'autres instances ayant le même objet ». De plus, « les dispositions législatives, qui régissent exclusivement l'indemnisation du préjudice, ne privent pas les victimes de la possibilité de saisir la juridiction pénale ». Dès lors, selon le Conseil d'Etat, le mécanisme d'indemnisation ainsi institué n'est en aucun cas incompatible avec les stipulations des articles 6 et 13 de la Conv. EDH.

247 - Il est intéressant de relever que, concernant le même contentieux, le juge judiciaire n'adopte pas la même position. En effet, à l'occasion d'un arrêt « Bellet c/ Fonds national de transfusion sanguine et Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH »⁵³⁶ rendu le 26 janvier 1994, la seconde Chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'un hémophile atteint du sida, ayant déjà été indemnisé par le fonds, n'a plus intérêt à agir devant les tribunaux judiciaires en vue d'obtenir une indemnisation plus élevée, puisque selon la formule de l'art. 47-III de la loi de 1991, le fonds est chargé d'accorder aux victimes une « réparation intégrale » des préjudices subis.

Désapprouvant cette solution en tant que portant atteinte « au droit d'accès à un tribunal », la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour violation de l'art 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵³⁷. Malgré cela, le juge judiciaire continue de maintenir sa jurisprudence défavorable aux victimes, le plaçant dans une situation d'isolement par rapport aux autres ordres juridictionnels. L'irrecevabilité de toute demande d'indemnité complémentaire, en cas d'acceptation par la victime de l'indemnité offerte par le fonds, a même été réaffirmée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt « Fondation Saint-Marc c/ X et autres »⁵³⁸ rendu le 6 juin 1997.

248 - Il semble donc compréhensible de constater que le refus de toute combinaison entre une indemnisation fixée par le texte et celle pouvant être accordée par le juge, en matière de responsabilité du fait des lois et conventions internationales, ne vaut pas pour tous les domaines de la responsabilité administrative. Que dire alors de la position du juge administratif dans le cas qui nous concerne ? Fait-il preuve d'une certaine sévérité ? Ici il convient d'être prudent et de se garder de tirer les leçons de situations qui ne sont pas vraiment comparables. En effet, le requérant ayant subi un préjudice anormal et spécial, suite à l'application d'une loi ou convention internationale, ne se trouve évidemment pas dans une situation aussi critique que celui ayant contracté le virus du sida lors d'une transfusion ou d'une intervention chirurgicale. Des considérations évidentes d'équité, comme le caractère fortement médiatique de tels préjudices, expliquent aisément le comportement du juge en

⁵³⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 26 janvier 1994, Bull. civ., II, n° 41 ; D., 1994, IR, p. 55 ; Gaz. Pal., 26 juillet 1994, n° 207, p. 23, note J. Guigue ; RDSS, 1994, n° 3, p. 420, note J.-S. Cayla ; RFDA, 1994, p. 572.

⁵³⁷ CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c/ France*, D., 1996, p. 357, note Collin-Demumieux ; JCP, 1996, G, II, n° 22648, note Harichaux ; RFDA, 1996, p. 561, note Dreyfuss. Pour une réaffirmation de cette désapprobation, voir : CEDH, 30 octobre 1998, *F.E. c/ France*, D., 1999, SC, p. 269, obs. Fricero et Perez ; RDP, 1999, p. 888, obs. Hugon - CEDH, 10 octobre 2000, *Lagrange c/ France*, req. n° 39485/98.

⁵³⁸ Cass. civ., 6 juin 1997, *Fondation Saint-Marc c/ X et a.*, D., 1988, p. 255, concl. Tatu, et SC, p. 204, obs. Mazeaud ; JCP, 1997, G, I, n° 4070, chron. G. Viney ; RTD civ., 1998, p. 518, obs. Marguénaud. Voir également, Cass. Civ 2^{ème}, 14 janvier 1998, Bull. civ., 1998, II, n° 16 p. 10.

faveur des victimes auxquelles il permet la combinaison d'actions en justice afin d'obtenir la réparation intégrale de leur préjudice.

249 - Toute demande d'indemnisation fondée sur une rupture d'égalité devant les charges publique est donc rejetée, lorsque le texte à l'origine du dommage organise les modalités de la réparation du préjudice. Le juge administratif applique la même solution dans le cas où le texte rejeterait toute possibilité d'indemnisation.

B - Le texte rejette toute possibilité d'indemnisation

250 - Dans le cas où le texte à l'origine du dommage prévoirait expressément l'impossibilité de demander réparation du préjudice subi de son fait, le juge administratif se contente d'appliquer ses dispositions. Toute action fondée sur une rupture d'égalité devant les charges publiques sera ainsi naturellement rejetée (1). Néanmoins, au vu de la jurisprudence constitutionnelle récente⁵³⁹, laquelle oblige à respecter l'exigence d'un droit à réparation, il convient de s'interroger sur la légitimité du maintien d'une telle règle excluant toute indemnisation (2).

1. *Un rejet justifié de la responsabilité sans faute*

251 - Il se peut que le texte à l'origine du dommage ait prévu expressément qu'aucune indemnité, même à titre complémentaire c'est-à-dire pour réparer le préjudice anormal et spécial, ne saurait être accordée. Dès lors, pour le juge administratif, seules ces dispositions s'appliqueront et le requérant ne pourra en aucun cas invoquer le bénéfice de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Là encore, comme dans le cas où le texte en cause prévoirait une indemnisation spécifique, cette hypothèse concerne les lois ou les conventions internationales. En effet, les auteurs de tels actes sont les seuls à pouvoir s'exonérer de toute responsabilité, le régime de responsabilité du fait des conventions étant calqué sur celui du fait des lois. Il n'appartient pas à l'autorité administrative de faire le choix d'une telle exclusion, dans la mesure où sa mission est, encore une fois, d'appliquer les textes législatifs en vigueur à une situation individuelle.

⁵³⁹ CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, préc.

252 - L'exemple le plus souvent cité de refus explicite du droit à réparation, contenu dans un texte de loi, concerne les maisons closes. Après la seconde guerre mondiale, le législateur a voulu mettre fin à des activités illicites et, dans cette perspective, une loi en date du 13 avril 1946⁵⁴⁰ a obligé les propriétaires de maisons closes à fermer leurs établissements. Ces derniers, lésés par une telle mesure ont alors formé une requête visant à obtenir réparation du préjudice occasionné par la cessation de leur activité. Or, le Conseil d'Etat a conclu au rejet de leur demande, dans la mesure où le législateur avait, en raison d'un objectif d'intérêt général et plus précisément de maintien de l'ordre public, explicitement refusé l'octroi de telles indemnités.

253 - Il nous faut aussi citer ici les dispositions de l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme, lesquelles posent d'abord le principe de la non-indemnisation des préjudices résultant d'une servitude d'urbanisme⁵⁴¹, avant de l'assortir de deux dérogations. L'article prévoit en effet qu'aucune indemnisation n'est due en cas de préjudice né de l'institution de servitudes d'urbanisme, sauf « (...) *s'il résulte de ces servitudes une atteinte à des droits acquis ou une modification à l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain* ». Toutefois, ces limites apportées au principe de non-indemnisation font l'objet d'une appréciation stricte par la jurisprudence administrative⁵⁴², la victime n'obtenant que très rarement réparation de son préjudice⁵⁴³. Le Conseil d'Etat considère ainsi que ces

⁵⁴⁰ Loi n° 46-685, du 13 avril 1946, D., 1946, p. 177.

⁵⁴¹ Sur ce modèle, nous pouvons également citer l'art L. 51 du Code des Postes et Télécommunications, relatif aux servitudes découlant de l'installations de lignes téléphoniques, lequel réserve l'indemnisation au seul préjudice résultant des travaux de construction de la ligne et de son entretien. Pour une application rigoureuse de ces dispositions par le Conseil d'Etat, voir, CE, 31 janvier 1986, *M. Herrenschmidt*, req. n° 45576. En l'espèce, le juge rejette les prétentions indemnitaires de la victime d'un préjudice causé par l'installation dans ses parcelles d'un câble souterrain de télécommunications, au motif qu'il résulte des dispositions du Code des Postes et Télécommunications, que « (...) sont exclus de l'indemnisation les préjudices qui ne résultent pas des travaux de construction de la ligne ou de son entretien ; qu'il en est ainsi du préjudice dont se prévaut le requérant, tiré de la diminution de la valeur vénale du terrain sous lequel passe le câble de télécommunication installé par les services des postes et télécommunications qui est dû non aux travaux de construction de ce câble ou à son entretien mais à son existence (...) ».

⁵⁴² Concernant l'atteinte à des droits acquis, voir, notamment : CE, 12 décembre 1977, *Demoiselle Aubaud*, Rec. CE, p. 495 - CE, 8 janvier 1993, *Sté « Cie fermière et foncière de Front-Romeu »*, Rec. CE, T, p. 1018 ; D., 1994, SC, p. 65, obs. P. Bon et Ph. Terneyre - TA Poitiers, 24 février 2000, *M. Jean Gestin c/ Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement, préfet de la Charente-Maritime*, BJD, 2000, n° 3, p. 178, concl. Jaenehr.

Concernant la modification de l'état antérieur des lieux, voir par ex. : CE, 8 février 1963, *Ministre de la Construction c/ Consorts Leroy*, Rec. CE, p. 83 - CE, 13 juillet 1965, *Dame veuve Baude et Dame Lachat*, Rec. CE, p. 471 - CE, sect., 4 mars 1977, *Ministre de l'Equipement c/ SA Constructions Simottel*, Rec. CE, p. 122 ; AJDA, 1977, p. 313, concl. Labetoulle ; D., 1977, p. 673, note Le Mire, et IR, p. 206, obs. Charles - CAA Paris, 29 janvier 2002, *SARL Puteaux Voltaire*, req. n° 98PA00010.

⁵⁴³ Seuls les préjudices résultant de l'institution de servitudes portant atteinte à des droits acquis ont déjà fait l'objet d'une indemnisation. Pour des ex., voir : CE, sect., 4 mars 1977, *Ministre de l'Equipement c/ SA Constructions Simottel*, préc. - CE, 20 janvier 1984, *Consorts Domscheit*, Rec. CE, T, p. 738 - CE, 8 novembre 1989, *Degouy*, Rec. CE, p. 228 ; AJDA, 1990, p. 126, et p. 97, chron. Honorat et Baptiste ; D., 1990, SC, p. 301, obs. Bon et Terneyre.

dispositions « *instituent un régime légal d'indemnisation exclusif de tout autre mode de réparation* »⁵⁴⁴.

Il est toutefois important de préciser que la Haute juridiction est venue ajouter, de par elle-même, une troisième exception au principe de non-indemnisation, et ce à l'occasion de l'arrêt « Bitouzet » rendu le 3 juillet 1998⁵⁴⁵. En l'espèce, le Conseil d'Etat va considérer que le principe posé par l'article L. 160-5 est compatible avec les exigences contenues dans l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁵⁴⁶. Pour ce faire, le juge administratif va tout d'abord s'efforcer de relativiser la portée de la non-indemnisation des préjudices résultant de l'institution d'une servitude d'urbanisme en droit français en précisant que « (...) *l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme subordonne le principe qu'il édicte de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme à la condition que celles-ci aient été instituées légalement, aux fins de mener une politique d'urbanisme conforme à l'intérêt général et dans le respect des règles de compétence, de procédure et de forme prévues par la loi* ». Le Conseil d'Etat indique, ensuite, que « (...) *cet article ne pose pas un principe général et absolu, mais l'assortit expressément de deux exceptions touchant aux droits acquis par les propriétaires et à la modification de l'état antérieur des lieux (...)* », de telle sorte, qu'il « (...) *ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire dont le bien est frappé d'une servitude prétende à une indemnisation dans le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que de son contenu, que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* ». Par cette formule, la Haute juridiction crée ainsi une troisième exception au principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme. L'indemnisation sur ce fondement apparaît toutefois, dans les faits, assez hypothétique, dans la mesure où l'indemnisation est subordonnée à l'existence d'une disproportion manifeste entre la réglementation dont l'usage de la propriété fait l'objet et les exigences de l'intérêt général⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ CE, sect., 19 décembre 1984, *Sté Ciments Lafarge France*, Rec. CE, p. 432 ; AJDA, 1985, p. 225, note Liet-Veaux ; CJEG, 1985, p. 91, note Richer ; RDP, 1986, p. 917. Pour une confirmation, voir : CE, 10 juin 1988, *SA « Etablissements Bonnargent-Goyon »*, Rec. CE, p. 238 ; RFDA, 1988, p. 748 ; AJDA, 1989, p. 54, obs. Auby ; RDP, 1989, p. 550 - CAA Bordeaux, 16 avril 1992, *Consorts Souillard*, req. n° 89BX00821.

⁵⁴⁵ CE, sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, Rec. CE, p. 288, concl. R. Abraham ; AJDA, 1998, p. 570, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; CJEG, 1998, p. 441, concl. ; Dr. adm., 1998, n° 329 ; JCP, 1999, G, I, n° 128, chron. J. Petit ; RFDA, 1999, p. 841, note D. de Béchillon ; D., 2000, SC, p. 256, obs. P. Bon et D. de Béchillon.

⁵⁴⁶ Au terme de cet article, « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

⁵⁴⁷ Pour une réaffirmation de la compatibilité entre le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme et la Conv. EDH, voir : CE, 7 avril 1999, *M. Marchesini et M. et Mme Goletto*, req. n° 142857 et 152462 - CE, 7

254 - L'exclusion de tout droit à indemnisation se retrouve enfin en matière de lois de validation. Nous pouvons citer ici l'exemple de la validation rétroactive, opérée par une loi du 21 décembre 1963⁵⁴⁸, d'une décision ministérielle antérieurement annulée, laquelle est venue limiter les exportations de farines métropolitaines en Afrique. En l'espèce, les exportateurs lésés par cette mesure se sont vus refuser toute indemnisation. Pour le Conseil d'Etat⁵⁴⁹, il n'y a pas lieu d'invoquer une quelconque faute de l'Etat dans la mesure où la validation législative a eu pour effet de faire revivre ladite décision et de couvrir les irrégularités dont elle était entachée, pas plus qu'une rupture d'égalité devant les charges publiques ne peut être accueillie puisque l'examen des dispositions de la loi et de ses travaux préparatoires démontrent que « *le législateur a entendu dénier tout droit à réparation* » aux entreprises lésées⁵⁵⁰. Un tel rejet des demandes d'indemnisation, fondée sur une rupture d'égalité devant les charges publiques, peut également ressortir de l'article 16 de la loi du 17 janvier 1989, lequel dispose que la validation de certaines décisions n'ouvre pas droit à réparation. Ici, il convient de préciser que l'usage de son pouvoir de validation par le législateur n'est pas libre. En effet, pour le Conseil constitutionnel appréciant la conformité de la loi à la Constitution⁵⁵¹, comme pour le Conseil d'Etat appréciant sa compatibilité avec l'art. 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁵⁵², ce pouvoir ne peut être valablement mis

janvier 2000, *Sté Lady Jane*, D., 2000, IR, p. 36 et SC p. 301, obs. H. Charles - CAA Paris, 29 janvier 2002, *SARL, Puteaux Voltaire*, req. n° 98PA00010.

Pour une application positive de cette troisième exception au principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme, voir, par ex. : CE, 2 juillet 1999, *Mme Valentini et a.*, BJD, 2000, n° 3, p. 199, concl. Martin-Laprade - TA Poitiers, 24 février 2000, *M. Jean Gestin*, préc. - CAA Bordeaux, 17 mai 2001, *Commune de Portet-sur-Garonne*, req. n° 97BX02097. Pour la solution inverse, voir, CAA Nantes, 26 mai 1999, *M. et Mme Fontaine*, req. n° 97NT02201 - CAA Bordeaux, 8 février 2001, *Sté pour l'équipement du littoral de St Cyprien*, req. n° 96BX00128.

⁵⁴⁸ Loi n° 63-1293, du 21 décembre 1963, D., 1964, p. 20.

⁵⁴⁹ CE, 22 avril 1970, *Sté « Etablissements Louis Rémusat »*, Rec. CE, p. 265.

⁵⁵⁰ Pour un exemple inverse, c'est-à-dire un cas d'admission d'une responsabilité de l'Etat pour rupture d'égalité devant les charges publiques du fait d'une loi de validation, au motif que ni la loi, ni ses travaux préparatoires, ne contiennent de dispositions expresses déniaient tout droit à réparation, voir, CAA Marseille, 23 novembre 1999, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Peretti*, req. n° 97MA00827.

⁵⁵¹ Par sa première décision en la matière (cf CC, n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec. CC, p. 46 ; RJC, p. I-83), le Conseil constitutionnel a posé les règles encadrant la pratique des validations législatives. Puis, à l'occasion de ses décisions postérieures, il s'est efforcé de définir la notion d'« intérêt général suffisant », sa jurisprudence traduisant peu à peu une tendance à un contrôle plus exigeant, notamment lorsque sont en cause des dispositions de nature financière. A ce sujet, voir : CC, n° 95-369 DC, 28 décembre 1995, *Loi de finances pour 1996*, Rec. CC, p. 257 ; RJC, p. I-646 - CC, n° 96-375, 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec. CC, p. 60 ; RJC, p. I-668 ; AJDA, 1996, p. 369, chron. O. Schrameck ; RDP, 1996, p. 1147, note X. Prétot - CC, n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, Rec. CC, p. 168 ; AJDA, 2000, p. 43, chron. J.-E. Schoettl ; RFDA, 2000, p. 289, étude B. Mathieu. Renforçant encore un peu plus sa vigilance, le Conseil constitutionnel est venu préciser que la constitutionnalité des lois de validation est également subordonnée au caractère circonscrit de leur objet (cf. CC, n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, Rec. CC, p. 143).

⁵⁵² Pour l'affirmation de la nécessité de cette compatibilité, voir, CE, Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, Rec. CE, p. 460 ; AJDA, 1998, p. 97, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud, et p. 149, concl. C. Bergeal ; LPA, juin

en œuvre que « *dans un but* » ou pour des « *motifs d'intérêt général suffisants* ». A cela, s'ajoute le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme vérifiant, quant à elle, que les lois de validation sont bien justifiées par « *d'impérieux motifs d'intérêt général* »⁵⁵³.

255 - L'exclusion du régime de responsabilité sans faute dans le cas où le texte à l'origine du dommage prévoirait expressément l'impossibilité de prétendre à une indemnisation apparaît ainsi naturelle. Néanmoins, il convient de relever qu'une confrontation de la position du juge administratif avec la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel peut être source d'incohérence.

2. *Un rejet contestable en vertu de la position du juge constitutionnel*

256 - Depuis la décision du Conseil constitutionnel en date du 10 janvier 2001⁵⁵⁴, il est nécessaire d'être prudent concernant la possibilité d'exonération totale de toute responsabilité reconnue au législateur ou à l'auteur d'une convention internationale. En effet, dans la mesure où le juge constitutionnel contrôle la conformité de l'indemnisation au principe d'égalité devant les charges publiques, lorsque celle-ci est expressément prévue par le texte, cela tend à

1998, n° 71, note J. Le Gars ; RDP, 1998, p. 11, note X Prétot. Dans le même sens, voir : CE, Ass., avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie c/ OGECE de l'abbaye de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, Rec. CE, p. 464 ; AJDA, 1998, p. 97 - CE, 8 juin 1998, *Coordination départementale pour la 2x2 voies et l'autoroute*, Rec. CE, T, p. 726 - CE, 15 février 1999, *Clinique Lamarque*, req. n° 170846 - CE, 7 juin 2000, *Clinique du Cèdre*, req. n° 172373.

Pour une première application positive de cette jurisprudence, voir, CE, 28 juillet 2000, *Tête*, Rec. CE, p. 319 ; AJDA, 2000, p. 796, chron. M. Guyomar et P. Collin. En l'espèce, le Conseil d'Etat décide d'écarter l'application d'une loi de validation pour cause d'incompatibilité avec l'art. 6 § 1 de la Conv. EDH.

⁵⁵³ Ici, il est important de préciser que, dans un premier temps, la CEDH a paru exclure, par principe, la compatibilité des lois de validation avec l'art. 6 de la Conv. EDH (cf. CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Statis Andreatis c/ Grèce*, série A, n° 301-B, et de manière plus nuancée, CEDH, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society et autres c/ Royaume-Uni*, AJDA, 1998, p. 97, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud).

Puis, dans un arrêt du 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France* (cf. AJDA, 2000, p. 533, obs. J.-F. Flauss ; JCP, 2000, G, I, n° 203, obs. F. Sudre ; LPA, juin 2000, n° 114, note A. Boujeka ; RDP, 2000, p. 716, obs. G. Gonzalez ; RDP, 2001, p. 23, étude X. Prétot ; RFDA, 2000, p. 1254, note S. Bolle ; RTD civ., 2000, p. 436, obs. J.-P. Marguénaud, et p. 629, obs. R. Perrot), condamnant la France du fait de l'incompatibilité d'une loi de validation dont le Conseil constitutionnel avait précédemment reconnu la conformité à la Constitution (cf. CC, n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privé par les collectivités locales*, Rec. CC, p. 9), la Cour est venue préciser la portée et le contenu du contrôle des juges européens. Afin de juger les lois de validation au regard des exigences de l'art. 6 de la Conv. EDH, elle se fonde, d'une part, sur l'existence d'un motif d'intérêt général de nature à justifier une entorse à l'égalité des armes et, d'autre part, sur le nécessaire respect d'un ensemble de conditions (prévisibilité, absence de bonne foi du requérant, intervention au début de la procédure juridictionnelle) paraissant pouvoir se rattacher à la notion de « confiance légitime ».

⁵⁵⁴ CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, préc.

démontrer qu'il veille au respect du droit à réparation reconnu à chaque victime d'un dommage.

Or, la faculté pour l'auteur d'un acte à l'origine d'un dommage de pouvoir s'exonérer de toute responsabilité va à l'encontre d'un tel droit constitutionnel. Ainsi, face à une loi excluant toute indemnisation, le Conseil constitutionnel devrait censurer le texte comme contraire au principe d'égalité devant les charges publiques.

257 - La comparaison de la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel avec celle du juge administratif fait donc apparaître une divergence, dans le sens où le Conseil d'Etat n'hésite pas à admettre l'exonération du législateur dans le cas où le texte excluant toute possibilité d'indemnisation n'aurait pas fait l'objet d'un examen par le juge suprême. On relève alors une contestable différence de situation entre le requérant ayant subi un dommage causé par un texte refusant à l'origine toute réparation mais ayant fait l'objet d'une censure par le Conseil constitutionnel, et celui victime d'un dommage causé par un texte restrictif non examiné par les neuf sages. Dans le premier cas, il reviendra au juge administratif de tenir compte de la déclaration de non-conformité dans le sens où tout recours ne devra pas être rejeté systématiquement, tandis que dans le second cas, il pourra en toute légalité refuser d'indemniser le requérant.

258 - Il sera donc intéressant de surveiller les éventuelles conséquences de cette décision du Conseil constitutionnel sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. La Haute juridiction administrative va-t-elle, dans l'avenir, se livrer à une appréciation différente des dispositions d'un texte excluant toute indemnisation dans le but de préserver, toutes les fois où cela semble possible, le droit à réparation des particuliers ? La réponse à cette question est nécessairement liée à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. Eu égard à l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958⁵⁵⁵, la juridiction administrative se livre à une application, le plus souvent scrupuleuse⁵⁵⁶, de ces décisions. Toutefois, selon le Conseil

⁵⁵⁵ L'art. 62 de la Constitution dispose que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

⁵⁵⁶ Deux affaires sont néanmoins toujours mises en avant afin d'illustrer le refus du juge administratif d'exécuter les décisions du Conseil constitutionnel. La première concerne les contraventions sanctionnées de peine de prison qui relèvent de la compétence législative pour le Conseil constitutionnel (cf. CC, n° 73-80 DC, 28 novembre 1973, *Nature juridique de certaines dispositions du Code rural*, Rec. CC, p. 45 ; AJDA, 1974, p. 229, note J. Rivero ; D., 1974, p. 83, chron. L. Hamon), tandis que le Conseil d'Etat les considère encore comme étant du domaine réglementaire (cf. CE, 3 février 1978, *CFDT et CGT*, AJDA, 1978, p. 388, note Durupty). La seconde porte sur la question du silence gardé par l'administration, lequel équivaut pour le Conseil constitutionnel à une décision de rejet (cf. CC, n° 69-55 DC, 26 juin 1969, *Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments*

d'Etat, cette autorité de chose jugée rencontre une certaine limite. En effet, dans l'hypothèse où le juge administratif serait en présence d'un texte sur lequel le Conseil constitutionnel n'a pas eu à se prononcer, la Haute juridiction considère que celui-ci est alors libre de statuer comme il l'entend, alors même que se pose à lui une question à laquelle le juge constitutionnel a donné une réponse⁵⁵⁷. A l'inverse, pour le Conseil constitutionnel, l'autorité de chose jugée attachée à ses décisions recouvre, non seulement, la déclaration d'inconstitutionnalité visant « *certaines dispositions de la loi déférée* »⁵⁵⁸, mais aussi, « *les dispositions d'une loi qui, bien que rédigées sous une forme différente, ont en substance un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution* »⁵⁵⁹.

259 - L'exclusion par le juge administratif de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques est ainsi possible après un examen des dispositions du texte incriminé, soit que celles-ci aient prévu une possibilité précise d'indemnisation, soit qu'elles refusent tout droit à réparation. Mais le pouvoir du juge ne s'arrête pas là dans la mesure où, même dans le cas où le texte en cause resterait muet sur la question de la réparation du préjudice, il lui appartient de procéder à une interprétation de ce silence afin de déceler la volonté présumée de son auteur. Là encore, cette faculté d'appréciation pourra servir de motif au rejet des demandes présentées sur le fondement d'une rupture d'égalité devant les charges publiques.

naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, Rec. CC, p. 27) et, pour le Conseil d'Etat, à une décision d'acceptation (cf. CE, 27 février 1970, *Commune de Bozas*, Rec. CE, p. 139).

⁵⁵⁷ CE, 9 juillet 1986, *Ville de Paris*, Rec. CE, p. 196 ; AJDA, 1986, p. 547, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre.

⁵⁵⁸ CC, n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie*, Rec. CC, p. 119 ; RJC, p. I-334 ; AJDA, 1988, p. 752, note P. Wacksmann ; D., 1989, p. 269, note F. Luchaire ; Dr. soc., 1988, p. 755, note X. Prétot ; JCP, 1989, G, n° 21202, note M. Paillet ; RDP, 1989, p. 432, obs. L. Favoreu.

⁵⁵⁹ CC, n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi d'amnistie*, Rec. CC, p. 48 ; RJC, p. I-361 ; JCP, 1990, G, n° 21409, note C. Franck.

§ 2 : L'exclusion de la responsabilité sans faute résultant de l'interprétation du silence de l'auteur du texte

260 - Dans le cas où le texte issu de l'action normative est muet sur la question d'une possible indemnisation des préjudices nés de son application, il appartient au juge administratif de rechercher la volonté présumée de son auteur. Lorsque son interprétation du silence du texte le guidera vers la découverte d'une volonté de ne pas indemniser les victimes, le juge rejettera ainsi toute demande en réparation présentée devant lui. Un tel constat se fera soit grâce à la recherche de l'objet du texte, soit du fait de l'examen de l'intérêt général défendu par lui. En effet, dès que le juge constatera, grâce à l'observation d'indices liés au texte, que son objet est en lui-même discriminatoire ou que le but final en est la protection d'un intérêt prééminent, il conclura au refus de toute indemnisation⁵⁶⁰.

La faculté d'interpréter le silence du texte s'analyse donc comme un élément de politique jurisprudentielle (A), dans le sens où le juge pourra orienter son appréciation selon le degré de conciliation des intérêts qu'il souhaite mettre en place. Au vu de la jurisprudence, il semble que le juge ne se prive pas d'utiliser son pouvoir d'interprétation, et ceci n'est en rien contestable. En revanche, l'utilisation qu'il fait de cette faculté de rechercher la volonté présumée de l'auteur du texte peut quelques fois sembler dangereuse, dans le sens où il dépasse sa mission première de conciliation des intérêts. En effet, il semble qu'un certain déséquilibre existe en faveur des pouvoirs publics (B), ceux-ci bénéficiant le plus souvent d'une interprétation favorable du silence de l'auteur du texte.

A - L'interprétation comme élément d'une politique jurisprudentielle

261 - Dans l'optique de maintenir une certaine politique jurisprudentielle, les tribunaux vont se servir de leur faculté à interpréter le silence du texte concernant le droit à réparation. Ce phénomène sera possible grâce à la diversité des mécanismes mis à la disposition du juge afin de retrouver la volonté de l'auteur de l'acte en cause (1). A ceci viendra s'ajouter le fait que l'interprétation des indices extérieurs au texte même, relève exclusivement de la décision du juge, leur conférant ainsi un aspect fonctionnel (2), lequel se révélera très utile dans la construction d'une ligne de conduite. Il lui appartiendra en effet de décider lesquels de ces éléments seront les plus significatifs et les plus exploitables.

⁵⁶⁰ Sur ce sujet, voir *infra*, § n° 312 et s.

1. La diversité des mécanismes de recherche de la volonté de l'auteur de l'acte

262 - Depuis l'arrêt « La Fleurette », en cas de silence du texte, il appartient au juge de rechercher la volonté présumée de son auteur. Auparavant, l'absence de dispositions concernant l'indemnisation était souvent analysée comme une volonté explicite de rejet des demandes en réparation. Or, depuis 1938, le principe est inversé puisque le requérant obtient satisfaction si « rien, ni dans le texte de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ni lui incombe pas normalement »⁵⁶¹. Le rôle du juge va donc être d'examiner avec attention tous les indices présents dans le texte ou entourant celui-ci afin de découvrir la volonté de son auteur.

263 - Avant d'envisager l'étendue des moyens dont dispose le juge pour rechercher cette volonté, il convient de s'arrêter sur le lien opéré par les tribunaux entre la responsabilité de l'auteur de l'acte et le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques. Depuis 1938, ce principe a quelque peu évolué, modifiant ainsi indirectement le travail du juge en matière d'interprétation de la volonté. En effet, dans les espèces « La Fleurette » et « Caucheteux et Desmonts »⁵⁶², le point de départ du raisonnement du juge en cas de silence du texte, était d'affirmer positivement que le législateur n'a pas entendu dénier le droit à réparation du moment où, rien, ni dans le texte ou ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire ne prouve le contraire. Ainsi, « prenant comme standard de rationalité sa propre jurisprudence, le juge admet que l'intention profonde et réelle du législateur coïncide avec son propre point de vue »⁵⁶³. Le silence du texte ouvrait alors la possibilité pour le juge de procéder à des investigations et à l'interprétation des éléments entourant la loi, afin de rechercher la volonté présumée de son auteur. Il appartenait au juge de rechercher tous les indices permettant de conclure que l'auteur du texte n'avait pas souhaité exclure toute possibilité de réparation. Ce n'est qu'après avoir admis que l'intention profonde et réelle du législateur était d'indemniser ceux que son texte lèse, que le juge administratif en venait à évoquer la notion d'égalité devant les charges publiques en précisant que « cette charge créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité ».

⁵⁶¹ Selon les termes de l'arrêt « La Fleurette », préc.

⁵⁶² CE, 21 janvier 1944, *Sieurs Caucheteux et Desmont*, préc. Il s'agit de la première réaffirmation du principe de responsabilité du fait des lois énoncé dans l'arrêt « La Fleurette ».

⁵⁶³ G. VEDEL, note sous, CE, sect., 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*, JCP, 1963, G, II, n° 13326.

Une évolution commença à se profiler à l'occasion de l'arrêt « Lacombe »⁵⁶⁴, dans lequel le Conseil d'Etat admet le principe d'une responsabilité de l'Etat en raison du préjudice causé par une loi validant des mesures d'intégration annulées, mais refuse toute indemnité au requérant du fait de l'absence de préjudice certain. La formulation est d'autant plus hardie qu'elle n'entraîne pas de conséquences : « *en l'absence d'une disposition précise de la loi de validation ou d'une indication précise des travaux préparatoires de ce texte, déniait tout droit à réparation aux agents contractuels qui, comme le sieur Lacombe, ont été privés par l'effet des dispositions de ladite loi des possibilités d'intégration sur lesquelles ils pouvaient compter, la responsabilité de l'Etat est en pratique susceptible d'être engagée à l'égard de ces agents sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques (...)* ». Dès lors, le simple silence du texte paraît être suffisant pour reconnaître la volonté d'indemnisation.

Puis, c'est avec l'arrêt « Bovero »⁵⁶⁵ que l'évolution apparaîtra de façon beaucoup plus nette, dans la mesure où le Conseil d'Etat déclare que « *l'application de ladite ordonnance du 3 janvier 1959 cause à ceux en faveur desquels avait été rendue la décision de justice inexécutée un préjudice grave (...); que ce préjudice constitue ainsi, pour ceux qui le subissent, une charge spéciale par rapport aux charges normales incombant à l'ensemble des propriétaires de locaux occupés par des tiers; que, par sa gravité et sa spécialité, ce préjudice présente un caractère exceptionnel de nature à engager, dans le silence des textes, la responsabilité sans faute de l'Etat* ». Dès lors, il suffit que le législateur garde le silence, tant dans le texte en lui-même que dans ses travaux préparatoires, pour qu'aussitôt il soit réputé avoir accepté le régime de responsabilité du droit commun selon le principe de l'égalité devant les charges publiques.

L'évolution semble subtile, néanmoins elle a son importance en ce qui concerne le rôle du principe d'égalité devant les charges publiques. Celui-ci apparaît bien comme le fondement de la responsabilité de l'Etat. Ainsi, le rôle du juge face au silence du texte va être de rechercher s'il existe des éléments en faveur d'une volonté de refus d'indemnisation sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques, et non plus comme dans l'arrêt « La Fleurette » des indices permettant de conclure à l'acceptation d'une réparation du préjudice. Le postulat de départ sera que le silence est synonyme d'acceptation d'un possible engagement de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques.

⁵⁶⁴ CE, 1^{er} décembre 1961, *Lacombe*, préc.

⁵⁶⁵ CE, sect., 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*, préc. Il s'agit de la seconde réaffirmation du principe de responsabilité du fait des lois issu de l'arrêt « La Fleurette ».

264 - Lorsque le problème de l'indemnisation ne semble pas avoir été abordé par l'auteur de l'action normative source du dommage, il est alors possible pour le juge de reconstituer son intention présumée à partir de divers éléments qu'il pourra envisager de manière alternative comme cumulative. Le but sera de parvenir à la découverte de la volonté de l'auteur lorsqu'il a édicté le texte en cause. L'hypothèse la plus simple concerne l'examen des mécanismes mis en place par le texte lui-même, afin de rechercher si ceux-ci n'induisent pas une intention de refuser toute indemnisation du préjudice sur le fondement de la responsabilité sans faute.

C'est ainsi qu'une loi prévoyant, d'une part, le reclassement des fonctionnaires français de Tunisie et, d'autre part, des mesures pour faciliter la réinstallation en France des auxiliaires de justice exerçant dans ce pays, a été regardée comme excluant toute indemnisation sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques⁵⁶⁶. De même, s'agissant de la mise en place, par la loi du 28 décembre 1966, d'un réseau de centres d'insémination artificielle dotés chacun d'une zone exclusive d'intervention, le juge a estimé que cette technique impliquait que le législateur avait entendu exclure toute indemnisation des entreprises auxquelles une telle zone n'était pas attribuée⁵⁶⁷. Enfin, il a été interprété implicitement qu'en disposant que l'acquisition par l'Etat d'œuvres d'art proposées à l'exportation se ferait au prix fixé par l'exportateur, la loi du 23 juin 1941⁵⁶⁸ a entendu exclure toute indemnisation du propriétaire auquel une telle acquisition, légalement décidée, porte préjudice⁵⁶⁹.

Afin d'affiner son interprétation des mécanismes du texte, il arrive également que le juge combine le texte en cause avec un autre texte législatif. Une illustration de ce raisonnement peut être trouvée dans l'arrêt « Société Berty et Compagnie »⁵⁷⁰, dans lequel le Conseil d'Etat était amené à se prononcer sur une demande d'indemnisation présentée par une société, exerçant notamment une activité de courtier d'assurances contre les accidents du travail, et ayant subi un préjudice suite à la loi du 3 juillet 1947 transférant à la sécurité sociale la gestion du risque des accidents du travail. En l'espèce, dans le but de vérifier si la société fait partie des bénéficiaires de la loi et si ses activités entrent dans les catégories d'opération permettant de prétendre à une indemnisation, la Haute juridiction se livre à une analyse combinée des prescriptions de la loi du 3 juillet 1947 et de l'art. 26 de l'ordonnance

⁵⁶⁶ CE, sect., 26 avril 1963, *Sieur Laurent*, Rec. CE, p. 247.

⁵⁶⁷ CE, sect., 13 octobre 1978, *Perthuis et société civile d'insémination artificielle du Moulin à Laigné*, Rec. CE, p. 370 ; D., 1979, jurispr., p. 81, note Bon ; JCP, 1980, G, II, n° 19382, note D. Joly.

⁵⁶⁸ Actuellement loi du 30 décembre 1992, JO, n° 304 du 31 décembre 1992.

⁵⁶⁹ CE, 3 avril 1987, *Consorts Heugel*, Rec. CE, p. 119 ; AJDA, 1987, p. 534, concl. Hubac, et p. 700, chron. Azibert et de Boisdeffre ; LPA, 30 septembre 1987, p. 11, note Moderne.

⁵⁷⁰ Voir par ex., CE, sect., 8 décembre 1950, *Société Berty et Compagnie*, Rec. CE, p. 603.

du 2 novembre 1945 fixant diverses dispositions transitoires et modalités d'application de l'ordonnance du 4 novembre 1945 relative à l'organisation de la sécurité sociale.

265 - Lorsque l'examen du texte lui-même n'apporte pas de réponse satisfaisante quant à la volonté présumée de l'auteur, le juge se tourne, en ce qui concerne la loi, du côté de ses travaux préparatoires. Ceux-ci font l'objet d'un examen attentif dans le but de trouver des indications concernant un quelconque refus d'indemnisation sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. En règle générale, le Conseil d'Etat retient une conception large de la notion de travaux préparatoires. « *Elle englobe non seulement l'exposé des motifs d'un projet ou d'une proposition de loi, les rapports des commissions parlementaires et les débats en séance publique, mais également une recherche des discussions auxquelles le texte a antérieurement donné lieu, s'il s'agit d'un projet de loi, devant les formations administratives du Conseil* »⁵⁷¹. Leur apport concret est assez inégal dans la mesure où ce sont surtout « *les rapports des commissions parlementaires qui, spécialement pour les textes d'ordre technique, comportent les indications les plus pertinentes* »⁵⁷², l'utilité des indications incluses dans les débats en séance publique étant plus nuancée.

L'examen des travaux préparatoires de la loi du 15 août 1936 a par exemple permis au Conseil d'Etat de conclure au rejet des demandes d'indemnisation présentées par des commissionnaires en blés, en réparation de leur préjudice dû à la fermeture du marché réglementé du blé à la Bourse de commerce de Paris⁵⁷³. De même, concernant la perte par une compagnie de navigation d'un de ses paquebots et l'impossibilité pour elle d'en conserver deux autres du fait des dispositions de la loi du 28 février 1948 prorogeant l'application de la convention du 10 mai 1927 entre l'Etat et la compagnie, le Conseil d'Etat décide « *qu'il résulte des dispositions de l'article 6 de la loi (...) et des travaux préparatoires dudit article, que le législateur a entendu exclure tout dédommagement du préjudice pouvant résulter pour la compagnie (...) de la suppression du droit de retirer deux navires de la livraison à l'Etat de sa flotte contractuelle* »⁵⁷⁴. Encore, face à des requérants demandant réparation de leur préjudice causé par la suppression des activités du secteur privé à l'hôpital, le Conseil d'Etat répond « *qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 28 octobre 1982 (...) que le législateur a entendu dénier tout droit à indemnité aux praticiens qui ont été privés (...) par*

⁵⁷¹ B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi », RFDA, 2002, p. 880.

⁵⁷² *Idem.*

⁵⁷³ CE, 7 juin 1940, *Syndicat du commerce des blés, seigles, avoines et orges*, Rec. CE, p. 193.

⁵⁷⁴ CE, sect., 22 novembre 1957, *Compagnie de navigation Fraissinet*, Rec. CE, p. 635.

*l'effet de ces dispositions de la faculté d'exercer une telle activité »*⁵⁷⁵. Au sujet de la suppression par l'article 8 de la loi n° 89-906 du 19 décembre 1989 des bourses communes de résidence des commissaires priseurs, la Cour administrative d'appel de Paris réfute toute responsabilité sans faute de l'Etat, au motif qu'il « *ressort des dispositions de ce texte éclairées par ses travaux préparatoires que le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général prééminent et qu'il n'a pas entendu accompagner la mesure édictée d'un régime d'indemnisation spécifique »*⁵⁷⁶. S'agissant d'une loi interdisant les appareils distributeurs de confiseries dans les débits de boissons, la Cour administrative d'appel de Bordeaux vient de juger, en réponse à un recours formé par une société fabriquant de tels distributeurs, « *qu'il résulte également des travaux préparatoires que le législateur a entendu exclure toute indemnisation des entreprises dont l'activité se rattache à la fabrication ou au commerce desdits appareils (...) qu'est par suite inopérant le moyen tiré de ce que la société requérante aurait subi un préjudice anormal et spécial »*⁵⁷⁷.

266 - Enfin, si aucun de ces éléments ne fournit d'indices valables, ce sont alors les circonstances entourant l'intervention d'une loi qui sont susceptibles de mettre en lumière la volonté présumée du législateur. Ici, le juge tente de retrouver le but poursuivi par le texte afin de pouvoir éventuellement le rattacher à la notion d'intérêt général prééminent, dont on verra qu'elle peut servir à légitimer une rupture d'égalité dans les cas les plus variés⁵⁷⁸, et donc à refuser toute indemnisation sur le fondement de la responsabilité sans faute.

Ainsi, dans l'arrêt « Société des Etablissements Lacaussade »⁵⁷⁹, le Conseil d'Etat rejette la demande d'indemnisation présentée par la société en réparation du préjudice subi par elle, du fait de la réduction de son activité suite au décret du 30 juillet 1935, réservant à l'Etat la production de certains alcools éthyliques, et supprimant à terme les opérations du marché des alcools à la Bourse de commerce de Paris. Selon les juges, l'indemnisation ne peut être octroyée car « *il résulte des circonstances dans lesquelles ont été édictées les dispositions de l'article 48 du décret du 30 juillet 1935, que le Gouvernement a entendu que la suspension des opérations du marché à terme des alcools à la Bourse de commerce de Paris n'ouvrirait aucun droit à indemnité au profit des commissionnaires »*.

Il convient tout de fois de préciser que cette recherche approfondie de la volonté du législateur au moyen de l'examen des « circonstances de l'affaire » n'est pas possible en ce

⁵⁷⁵ CE, 3 juillet 1991, *Syndicat des psychiatres des hôpitaux et autres*, Rec. CE, T, p. 676.

⁵⁷⁶ CAA Paris, 21 mars 1996, *Mme Kalck-Moreaux*, Rec. CE, T, p. 1149.

⁵⁷⁷ CAA Bordeaux, 24 juin 2004, *Société Probal*, req. n° 00BX01569.

⁵⁷⁸ Voir *infra*, § n° 313 et s.

⁵⁷⁹ CE, Ass., 22 octobre 1943, *Société des Etablissements Lacaussade*, Rec CE, p. 231 ; D., 1944, jurispr., p. 42.

qui concerne les lois de validation. Le Conseil d'Etat l'a en effet clairement affirmé⁵⁸⁰ : c'est seulement « *dans une disposition expresse de la loi de validation ou dans une indication précise des travaux préparatoires* » qu'une telle volonté doit pouvoir être saisie.

267 - Lorsque le texte de loi est muet concernant les possibilités de réparation, le juge administratif dispose ainsi d'une palette d'instruments lui permettant de rechercher la volonté présumée de son auteur. L'examen de ces indices lui permettra de conclure au rejet ou à l'acceptation de l'indemnisation du préjudice. A ce stade, il est important de relever que l'interprétation des éléments du texte ou de son environnement afin de parvenir à déceler l'intention présumée de l'auteur, appartient exclusivement au juge qui dispose ainsi d'un large pouvoir. En effet, il lui sera alors possible d'orienter sa jurisprudence dans le sens qu'il estime le plus opportun⁵⁸¹. La recherche de la volonté du législateur par le juge administratif s'opère grâce à des instruments fonctionnels, dans le sens où il est possible de les utiliser dans un but précis. Ainsi, il est possible de faire évoluer la jurisprudence soit en faveur de la protection des droits des particuliers, soit plutôt en privilégiant le respect de la liberté d'action de l'Etat.

2. Le caractère fonctionnel de l'interprétation du silence du texte

268 - Selon la distinction opérée par H. Kelsen, l'interprétation d'un texte est à la fois un acte de connaissance et un acte de volonté⁵⁸². C'est un acte de connaissance dans la mesure où la démarche du juge obéit à des règles préétablies, dont il fait application dans les litiges soumis à son examen. Dans ce sens, il participe de façon très active à la préservation de la sécurité juridique. Mais le processus d'interprétation ne se résume pas uniquement à « *un acte purement intellectuel de clarification ou de compréhension, comme si l'organe d'application du droit n'avait à mettre en mouvement que son intelligence, son entendement* »⁵⁸³.

En effet, « *l'interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par-là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui*

⁵⁸⁰ Voir notamment, CE, Ass., 1^{er} décembre 1961, *Lacombe*, préc. - CE, 24 octobre 1973, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre chargé de la Jeunesse, des Sports et des Loisirs*, RDP, 174, p. 1498, note J.-M. Auby.

⁵⁸¹ Un tel constat fait ainsi dire à C. BROUELLE que, « dans chaque affaire, le juge s'interroge sur le point de savoir si politiquement il serait acceptable d'engager la responsabilité de l'Etat. Ce n'est nullement dans les contraintes d'un raisonnement juridique hermétique que le juge mène sa réflexion, mais en se fondant sur de pures considérations d'opportunité politique » (cf. *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, p. 96).

⁵⁸² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 460 : « (...) dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance ».

⁵⁸³ *Idem*, p. 458.

*existent à l'intérieur de ce cadre »*⁵⁸⁴. Dès lors, l'interprétation d'un texte nécessite de faire des choix entre les différentes possibilités existantes. C'est ainsi que l'acte de connaissance doit nécessairement s'allier à un acte de volonté, par lequel l'interprète opère des choix ou des dosages parmi la pluralité des éléments à sa disposition. Par cet acte, l'interprétation acquiert un caractère authentique, elle crée du droit dans le sens où elle se livre à une détermination des rangs respectifs des intérêts en jeu, point sur lequel le système de normes ne faisait qu'exposer plusieurs possibilités.

Dès lors, tandis que l'acte purement intellectuel d'interprétation conduit, à l'origine, à la distinction de plusieurs décisions toutes d'égale valeur, le choix opéré par le tribunal dans un acte de volonté, devient de droit positif et participe à la création du droit.

269 - Au travers de cette analyse du mécanisme d'interprétation, la recherche de la volonté présumée du législateur apparaît donc comme une démarche fonctionnelle et politique. En effet, « *la question de savoir laquelle des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer est exacte (...) n'est par hypothèse absolument pas une question de connaissance portant sur le droit positif; il ne s'agit pas là d'un problème de théorie du droit, mais d'un problème de politique juridique* »⁵⁸⁵. L'acte de volonté matérialise le côté subjectif et quelque peu incertain de la démarche d'interprétation, dans la mesure où le juge administratif décide seul du sens à donner à la volonté non exprimée de l'auteur du texte en cause. C'est lui qui opère les choix et définit les associations entre les différentes possibilités issues du cadre de la norme. Ainsi, l'interprétation de la loi apparaît comme une manifestation de politique jurisprudentielle, puisque à travers cette démarche, le juge peut se fixer une ligne de conduite. Il lui appartient de décider de la manière dont il va se servir de sa faculté d'interprétation. Celle-ci pourra indirectement lui permettre de privilégier la protection des droits des particuliers, ou bien la sauvegarde de la liberté d'action de l'Etat, voir le plus souvent d'opter, autant que faire se peut, pour une tentative de conciliation de ces deux intérêts.

270 - Le pouvoir reconnu au juge administratif, de décider du sens à donner à la volonté de l'auteur du texte, est d'autant plus important que la fiabilité de ses instruments d'interprétation appelle certaines critiques. Concernant, par exemple, les travaux préparatoires, il semble parfois bien difficile d'en tirer des réponses satisfaisantes quant au sens à donner au texte de loi, dans la mesure où « *la diversité des avis formulés, les*

⁵⁸⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 457.

⁵⁸⁵ *Idem*, p. 459.

contradictions dont fourmille la discussion devant des assemblées nombreuses, enlèvent toute autorité aux avis qui y sont formulés. (...) Comment pourrait-on chercher des éclaircissements ou des directions dans des délibérations d'où sortent des textes obscurs ou contradictoires ? »⁵⁸⁶. L'interprète est donc obligé de percer les obscurités et résoudre les contradictions de lui-même, alors que ces travaux préparatoires sont censés l'aider à mieux comprendre le texte.

De plus, dans certains cas, la loi ne peut subsister qu'en s'adaptant à l'évolution des faits et des mœurs, le juge chargé de l'appliquer ne pouvant pas faire « *abstraction du milieu où il vit, des conceptions morales actuelles, des modifications de l'ordre économique* »⁵⁸⁷. Il apparaît donc quelques fois inutile de se tourner du côté des travaux préparatoires comme des circonstances d'élaboration de la loi, pour déceler le sens à donner aux termes du texte, dans la mesure où ceux-ci rendent uniquement compte de la volonté exprimée au moment de la discussion du texte.

271 - Le juge administratif dispose ainsi de mécanismes d'interprétation lui laissant une assez grande liberté de décision quant à l'appréciation d'une possible indemnisation du préjudice subi du fait du texte de loi ou non. Néanmoins, son pouvoir n'apparaît pas comme illimité. En effet, depuis la décision rendue par le Conseil constitutionnel en date du 10 janvier 2001⁵⁸⁸, il semble qu'un contrôle soit opéré sur l'interprétation faite par le juge administratif, du silence de l'auteur du texte en matière d'indemnisation. On rappellera, en l'espèce, que le Conseil vérifiait la conformité des dispositions d'un texte de loi prévoyant certaines modalités d'indemnisation avec le principe d'égalité devant les charges publiques. On peut donc en déduire que tout texte de loi excluant expressément le principe de réparation est inconstitutionnel.

Que dire alors de l'analyse du silence du texte par le juge administratif ? « *Il apparaît pertinent d'analyser dans tous les cas, le silence du législateur comme permettant au principe d'égalité devant les charges publiques de jouer, conformément à la jurisprudence constitutionnelle* »⁵⁸⁹. En effet, interpréter le silence d'un texte comme le refus de toute indemnisation reviendrait à exclure le droit à réparation et donc à violer le principe d'égalité devant les charges publiques. Ainsi, il serait souhaitable que, pour l'avenir, le juge

⁵⁸⁶ H. CAPITANT, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, t. 2, 1935, p. 213.

⁵⁸⁷ H. CAPITANT, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », art. préc., p. 206.

⁵⁸⁸ CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, Rec. CC, p. 39 ; Dr. adm., 2001, n° 156 ; LPA, 16 février 2001, n° 34, p. 13, note J.-E. Schoettl ; RFDC, 2001, n° 46, p. 354, note J. Trémeau. Sur cette décision, voir *supra*, § n° 204.

⁵⁸⁹ J. TREMEAU, note préc. sous, CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, p. 360.

administratif se conforme à la position du Conseil constitutionnel. Ceci n'ouvrirait absolument pas la porte à une multiplication de décisions accordant une indemnisation dans la mesure où, le fait de se livrer à une interprétation du silence du texte comme la possibilité d'exercer une action en justice n'est pas toujours synonyme de réparation. La conséquence en serait juste le déplacement du refus d'indemnisation « *du plan du principe, aux caractéristiques du préjudice, qui doit obligatoirement être grave, anormal et spécial* »⁵⁹⁰.

272 - La faculté pour le juge administratif de rechercher, en cas de silence du texte, la volonté présumée de l'auteur concernant la réparation d'un quelconque préjudice, lui confère donc un pouvoir certain, dans la mesure où il s'avère possible d'utiliser les mécanismes d'interprétation comme des éléments d'une politique jurisprudentielle. Reste à savoir comment le juge se sert de ce pouvoir. Qui bénéficie de cette possibilité de choix ? Au vu de la jurisprudence, et malgré les efforts constants pour concilier au mieux la protection des particuliers et le respect de la liberté d'action de l'Etat, il semble que les pouvoirs publics soient privilégiés.

B - L'interprétation comme facteur de protection des pouvoirs publics

273 - En cas d'absence de dispositions concernant le droit à réparation, le juge administratif décide seul, soit d'admettre, soit de rejeter les demandes d'indemnisation déposées devant lui, en recherchant par des indices, la volonté présumée de l'auteur de l'acte dommageable. Par l'interprétation qu'il fera du silence du texte en cause, il lui est alors possible de privilégier l'un ou l'autre des acteurs en présence, à savoir les pouvoirs publics ou les particuliers. A l'examen de la jurisprudence, il est possible de relever une certaine propension du juge à privilégier le respect de la liberté d'action de la puissance étatique.

Un tel constat s'impose du fait de l'existence de deux techniques d'interprétation dont l'utilisation par le juge semble se succéder dans le temps. La première technique est constituée par le mécanisme de remontée à la loi (1). Elle consiste pour le juge à considérer que l'acte à l'origine du dommage est une loi et non un acte réglementaire dans le but de pouvoir restreindre la responsabilité de l'Etat. Par ce « *processus ascendant* »⁵⁹¹, le juge tente ainsi de réunir le plus souvent possible les circonstances dans lesquelles le silence du texte est analysé comme un refus de tout droit à réparation, à savoir la constatation d'un objet

⁵⁹⁰ J. TREMEAU, note préc. sous, CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, p. 360.

⁵⁹¹ Selon l'expression de B. JEANNEAU, in « Autour de l'arrêt Commune de Gavarnie : la responsabilité du fait des règlements légalement pris », in *Mélanges R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 375.

discriminatoire ou d'un intérêt général prééminent protégé. A l'heure actuelle, ce procédé n'est plus très souvent utilisé par les tribunaux. En réaction, apparaissent quelques décisions récentes témoignant de l'utilisation d'un second mécanisme. Il s'agit de la présomption de refus d'indemnisation (2). Un tel phénomène peut être porteur de certaines craintes dans la mesure où l'arrêt « La Fleurette »⁵⁹² et ses développements avaient donné lieu à une reconnaissance du droit à réparation.

1. *L'utilisation du procédé de remontée à la loi*

274 - Dans le cas où le dommage serait causé par un acte réglementaire ou individuel, il n'existe pas d'obstacle à l'engagement de la responsabilité sans faute de son auteur, à condition, bien entendu, que les conditions liées au préjudice soient réunies⁵⁹³. Ainsi, il est tout à fait possible pour le juge administratif de prononcer la condamnation de l'administration, par analogie avec le modèle de responsabilité du fait des lois issu de l'arrêt « La Fleurette ». Néanmoins, face à un tel acte administratif, le juge n'a pas toujours fait preuve d'autant d'indépendance par rapport au texte de loi. En effet, étant donné que beaucoup de textes législatifs, pour être mis en œuvre, devaient être complétés par des règlements, le juge a longtemps considéré que le texte à l'origine du dommage n'était qu'une mesure d'application venant s'intercaler à côté d'un texte législatif, le préjudice découlant alors par ricochet de la loi. Par ce mécanisme de remontée à la loi, le juge écartait alors la responsabilité du fait des règlements légalement pris ou des actes administratifs individuels, en se fondant sur l'objet de la loi ou l'objectif dans le cadre duquel l'administration avait exercé ses compétences⁵⁹⁴.

275 - A l'origine, selon les commentateurs, c'est la plus ou moins grande liberté laissée à l'administration dans sa prise de décisions réglementaires ou individuelles, qui guidait le juge vers l'un ou l'autre des régimes de responsabilité sans faute. Dès lors, il convenait de distinguer entre les décisions prises par l'administration dans le cadre de son large pouvoir

⁵⁹² CE, Ass., 14 janvier 1938, *La Fleurette*, préc.

⁵⁹³ Voir l'arrêt de principe en matière de responsabilité du fait des règlements : CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. CE, p. 113 ; AJDA, 1963, p. 208, chron. M. Gentot et J. Fourré ; RDP, 1963, p. 1019, note M. Waline.

⁵⁹⁴ Ainsi par ex., dans l'arrêt « Société laitière provençale », rendu le 26 mai 1950 (cf. Rec. CE, p. 314), le Conseil d'Etat part de l'arrêté contesté pour remonter à la loi (« l'arrêté a été pris en vertu des pouvoirs donnés au ministre par (un règlement), intervenu en application de la loi »), découvre dans la loi l'objectif d'ensemble en vu duquel le ministre a exercé son pouvoir (« un tel pouvoir a été conféré au ministre dans l'intérêt du ravitaillement de la population en raison des circonstances créées par l'état de guerre »), puis conclut finalement au rejet de la demande d'indemnisation (« par suite, les mesures prises de ce chef ne peuvent avoir pour effet, en l'absence de toute disposition législative le prévoyant expressément » d'ouvrir droit à réparation).

d'appréciation, et celles apparaissant comme indissociables de la loi et de son exécution même. S'agissant des premières, il semblait « *assez difficile d'imputer au législateur les effets d'une situation qu'il n'a que très indirectement contribué à créer* », dès lors « *la faculté d'agir ou de s'abstenir que conserve (...) l'autorité administrative devait normalement entraîner sa propre responsabilité* »⁵⁹⁵. Quant aux secondes, correspondant à une limitation du pouvoir normatif de l'autorité administrative contrainte d'agir dans les limites des prescriptions précises du législateur, il était « *naturel que les conséquences dommageables de son intervention soient alors rattachées au texte législatif qui l'impose* »⁵⁹⁶.

276 - Ce raisonnement fut repris par le Conseil d'Etat. L'examen des solutions énoncées dans certains arrêts témoigne, en effet, de la frontière entre la responsabilité du fait des lois et celle résultant des décisions administratives individuelles. Ainsi, dans l'arrêt « Werquin »⁵⁹⁷, concernant la réquisition de logements prononcée par le maire de Lille en vertu des pouvoirs généraux de police que lui confère l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884, le juge administratif n'a pas cherché à imputer au législateur les conséquences dommageables de cette intervention, mais en a laissé la charge à l'administration. A l'inverse, en présence d'une compétence liée de l'autorité administrative pour procéder à la suspension de toute exécution de décision d'expulsion à l'encontre des militaires affectés en Afrique du Nord, le refus de l'administration de procéder à une telle exécution a donné lieu à une remontée jusqu'à la loi pour trouver l'acte générateur du dommage⁵⁹⁸.

277 - Puis, de manière assez rapide, cette distinction entre les deux régimes de responsabilité va devenir de plus en plus floue, conséquence directe du fait que la notion de compétence liée ne sera plus véritablement le critère de détermination de la personne responsable. Ainsi, même lorsque l'administration jouissait d'un vaste pouvoir discrétionnaire, il arrivait que le juge remonte jusqu'à une loi pour repousser toute indemnisation⁵⁹⁹. Ce fut notamment le cas concernant les mesures administratives faisant

⁵⁹⁵ B. JEANNEAU, « Autour de l'arrêt Commune de Gavarnie : la responsabilité du fait des règlements légalement pris », art. préc., p. 378. Pour un avis identique, voir, P. BON, note sous, CE, sect., 13 octobre 1978, *Perthuis et Sté civile d'insémination artificielle du Moulin à Laigné*, D., 1979, juris., p. 81.

⁵⁹⁶ B. JEANNEAU, « Autour de l'arrêt Commune de Gavarnie : la responsabilité du fait des règlements légalement pris », art. préc., p. 378.

⁵⁹⁷ CE, 15 février 1961, *Werquin*, Rec. CE, p. 118 ; D., 1961, jurispr., p. 611, note Weil.

⁵⁹⁸ CE, 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*, préc. En l'espèce, l'art. 4 de l'ordonnance du 31 janvier 1959 prescrivait qu' « aucune expulsion de locaux d'habitation ne peut être exécutée à l'encontre des militaires présents en Afrique du Nord, ni à l'encontre de leur conjoint ou des membres de leur famille habituellement domiciliés avec eux ».

⁵⁹⁹ Pour une justification de ce raisonnement, voir C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 171. Selon l'auteur, « dans la mesure où il ne s'agit pas, à ce stade, d'identifier le fait générateur du

application d'une législation économique. Afin de protéger l'interventionnisme de l'Etat, le juge avait tendance à remonter jusqu'à la loi pour y fonder l'origine du dommage.

A cet égard, on peut citer la jurisprudence relative aux préjudices entraînés par les réglementations émanant des comités d'organisation. « *On ne peut pas imaginer, en effet, pouvoir plus discrétionnaire que celui dont jouissait pour l'aménagement de leur branche d'activité, les comités d'organisation en vertu des termes mêmes de la loi du 16 août 1940* »⁶⁰⁰. Or, lorsqu'il était saisi de demandes en réparation de préjudices subis du fait de mesures prises par ces comités, le Conseil d'Etat refusait systématiquement toute indemnisation en se fondant sur la loi elle-même⁶⁰¹. La même solution est appliquée concernant les mesures prises en vertu de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative à la réglementation des prix. En effet, les préjudices subis du fait d'arrêtés fixant le prix du beurre⁶⁰², comme celui du lait⁶⁰³ ou encore des produits oléagineux⁶⁰⁴ n'étaient pas imputés aux règlements incriminés, mais rattachés par le juge à l'ordonnance qui laissait cependant une grande latitude d'action à l'autorité administrative.

278 - Cette distinction fondée sur la compétence liée semble être dépassée car ne correspondant plus complètement à la réalité. La doctrine reconnaît plutôt que « *toute situation présente un caractère hybride et qu'aussi bien le pouvoir discrétionnaire que la compétence liée ne se présentent jamais à l'état pur* »⁶⁰⁵. Un autre critère de distinction plus subtil, essayant de pallier les obstacles théoriques inhérents à la solution initiale, va donc voir le jour par l'intermédiaire de la jurisprudence administrative. A l'occasion d'un arrêt « Perthuis »⁶⁰⁶, il semble que le Conseil d'Etat applique en effet de façon automatique le mécanisme de remontée à la loi, dès que la décision administrative individuelle dommageable est indissociable de la loi et de son exécution même, dès qu'elle a été prise pour permettre l'application de la loi. En revanche, si « *la mesure a été prise en application de la loi, c'est-à-*

préjudice, mais seulement d'établir si le principe de responsabilité est acceptable ou non, le critère de la nature du pouvoir détenu par l'administration ne peut avoir une quelconque effectivité pour le juge ».

⁶⁰⁰ B. JEANNEAU, « Autour de l'arrêt Commune de Gavarnie : la responsabilité du fait des règlements légalement pris », art. préc., p. 379.

⁶⁰¹ Voir, par ex. : CE, 6 janvier 1956, *Manufacture française d'armes et de cycles de Saint-Etienne*, Rec. CE, p. 3, à propos d'une décision du Comité d'organisation de l'armurerie soumettant les armes à feu fabriquées en France aux épreuves d'un banc d'essai officiel - CE, 21 juin 1957, *Société d'exploitation des Etablissements Pathé-Cinéma*, Rec. CE, p. 415, concernant l'interdiction établie par le Comité d'organisation de l'industrie cinématographique de produire et d'exporter les films d'un certain format.

⁶⁰² CE, 13 février 1952, *Sieurs Costa*, Rec. CE, p. 104.

⁶⁰³ CE, 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, Rec. CE, p. 10.

⁶⁰⁴ CE, 15 juillet 1957, *Société de décorticage*, Rec. CE, p. 485.

⁶⁰⁵ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 171, 1994, p. 382.

⁶⁰⁶ CE, sect., 13 octobre 1978, *Perthuis et société civile d'insémination artificielle du Moulin à Laigné*, préc.

dire seulement sur la base de telle ou telle disposition légale, le régime de la responsabilité du fait des décisions administratives légales s'applique »⁶⁰⁷.

279 - Il semble donc que les critères permettant de déterminer l'acte à l'origine du dommage aient fait l'objet d'une évolution. Néanmoins, le plus déterminant ici se trouve être la tendance du juge, dès qu'il se trouve en présence d'un dommage imputable directement à un règlement, et quel que soit le critère employé, à chercher par tous les moyens à déplacer le siège de la responsabilité afin de le situer au niveau de la loi. Ainsi, « *chaque fois qu'il le peut, il élude le problème de la responsabilité du fait des règlements pour se placer sur celui de la responsabilité du fait des lois* »⁶⁰⁸. L'illustration de ce raisonnement peut être faite par l'impossibilité d'obtenir une indemnisation des préjudices issus d'un rejet ou d'un non-renouvellement d'une autorisation administrative précaire et révoicable⁶⁰⁹.

De prime abord, cette substitution paraît sans grande importance, car il s'agit toujours pour la victime d'obtenir une indemnisation afin de réparer la rupture d'égalité devant les charges publiques. Or, on comprend aisément son intérêt dès qu'on s'attache à la volonté de l'auteur de l'acte dommageable. En effet, il s'agit de ne pas omettre la différence majeure existante entre ces deux sources de responsabilité : s'il est possible pour le législateur de s'exonérer totalement ou partiellement de toute responsabilité, cette faculté n'est pas reconnue au pouvoir réglementaire. Ainsi, les dispositions du texte de loi comme l'interprétation de son silence par le juge, peuvent conduire au rejet de toute responsabilité, alors qu'en ce qui concerne un acte réglementaire, seule l'absence d'une ou de plusieurs conditions liées au préjudice peuvent motiver un tel rejet. En aucun cas, il n'est reconnu au pouvoir réglementaire la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité.

280 - Dès lors, par l'utilisation du procédé de remontée à la loi, il est permis au juge administratif d'orienter sa politique jurisprudentielle en faveur des pouvoirs publics, dans la mesure où il sera plus avantageux pour eux de se voir opposer une action en responsabilité du fait d'un texte de loi, que du fait d'un acte réglementaire ou individuel, la première offrant une possibilité d'échappatoire que ne renferme pas la seconde. Il lui sera ainsi possible d'utiliser sa faculté d'interprétation de la volonté présumée de l'auteur de l'acte dommageable de façon assez récurrente, puisque ce pouvoir pourra être exercé face à une loi, un décret-

⁶⁰⁷ D. JOLY, note sous, CE, sect., 13 octobre 1978, *Perthuis et société civile d'insémination artificielle du Moulin à Laigné*, JCP, 1980, G, II, n° 19382.

⁶⁰⁸ B. JEANNEAU, « Autour de l'arrêt Commune de Gavarnie : la responsabilité du fait des règlements légalement pris », art. préc., p. 380.

⁶⁰⁹ Voir *infra*, § n° 305 et s.

loi⁶¹⁰ ou même un texte d'application d'une loi considéré comme indissociable de cette dernière.

Néanmoins, il convient de ne pas être trop critique dans la mesure où l'emploi du mécanisme de remontée à la loi n'empêche pas, dans certains cas, le juge administratif de reconnaître, dans la mesure administrative incriminée, l'acte générateur du dommage⁶¹¹. De plus, il semble qu'après avoir utilisé le mécanisme de remontée à la loi, le juge entreprend souvent dans le même temps un processus « descendant » pour déclarer que la responsabilité de l'administration (et non plus de l'Etat législateur) ne saurait être engagée⁶¹².

281 - Mais à l'heure actuelle, il semble que cette pratique de remontée à la loi ne soit plus vraiment utilisée⁶¹³. Le juge administratif lui préfère en effet une nouvelle interprétation du silence du texte, quelque peu en contradiction avec le principe issu de l'arrêt « La Fleurette ».

2. Vers un retour à une présomption de refus d'indemnisation ?

282 - Selon le principe énoncé dans l'arrêt « La Fleurette », en cas de silence de la loi concernant l'indemnisation du préjudice causé par son application, il appartient au juge de conclure à la possibilité d'une réparation, sauf si des éléments extérieurs lui permettent d'affirmer que le législateur a entendu l'exclure. Ainsi, le silence est assimilé à une acceptation d'engagement de la responsabilité de l'Etat. La recherche d'éléments contraires ne vient qu'en second lieu, grâce à l'examen des travaux préparatoires de la loi comme des circonstances de son élaboration. Une illustration de ce raisonnement peut être apportée par l'arrêt « Société Stambouli Frères »⁶¹⁴, dans lequel le Conseil d'Etat rejette la demande d'indemnisation présentée par la société, en réparation du préjudice subi par elle du fait de

⁶¹⁰ Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat, rendu le 22 octobre 1943, *Société des Etablissements Lacaussade* (cf. préc.), les décrets-lois sont assimilés à la loi et la jurisprudence leur reconnaît le privilège d'exclure toute réparation pour les préjudices qu'ils ont pu entraîner.

⁶¹¹ Voir, par ex. : CE, 31 mai 1961, *Compagnie française des Cuirs*, Rec. CE, p. 358 - CE, 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, Rec. CE, p. 60, concl. Kahn - CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, préc.

⁶¹² Pour de nombreux exemples, voir C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 178, notes n° 526 et n° 527.

⁶¹³ Voir par ex., CE, 21 janvier 1998, *M. Plan*, concernant la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. Ce texte soumet certaines espèces animales à un régime de protection et donne compétence à l'autorité réglementaire pour dresser la liste des espèces concernées. L'administration détient ainsi une certaine liberté de manœuvre. En l'espèce, le Conseil d'Etat va néanmoins se tourner vers la loi pour affirmer, qu'eu égard « à l'objet en vue duquel les dispositions législatives (...) et les divers textes pris pour leur application ont été édictés, dans l'intérêt général, le législateur a entendu exclure la responsabilité de l'Etat à raison des conséquences que ces textes peuvent comporter, notamment, pour les cultures exposées aux dégâts occasionnés par les flamands roses » (cf. Rec. CE, p. 19 ; RFDA, 1998, p. 565, obs. P. Bon ; Dr. adm., 1998, comm. n° 4, note Paillet ; JCP, 1998, G, II, n° 10164, note De Malafosse).

⁶¹⁴ CE, 11 juillet 1990, *Société Stambouli Frères*, D., 1991, SC, p. 286, obs. P. Bon et P. Terneyre.

l'interdiction par la loi du 12 juillet 1983, de commercialiser des appareils de jeu dont le fonctionnement repose sur le hasard. Pour le juge, « *cette loi a pour objectifs, d'une part, la protection de la sécurité publique et la répression de la délinquance organisée et, d'autre part, la protection de la jeunesse. (...) Il résulte de ses travaux préparatoires que le législateur a entendu exclure toute indemnisation des sociétés dont l'activité se rattache au commerce ou à la fabrication desdits appareils* ». Ici, la référence aux intentions du législateur permet d'interpréter son silence comme une volonté d'exclure toute réparation.

Dans certaines hypothèses, l'interprétation du texte de loi par le juge peut aboutir à une situation favorable aux victimes, dans le sens où une indemnité est accordée alors qu'à première vue elle n'allait pas de soi. C'est ainsi qu'en matière de préjudices consécutifs à l'exercice du droit de visite sur un terrain privé, dans le but de procéder ultérieurement à des fouilles archéologiques, le juge administratif accorde une indemnisation pour compenser la rupture d'égalité devant les charges publiques constituée par l'interruption des travaux effectués par le propriétaire et ayant donné lieu à la découverte de vestiges, à condition bien entendu que cette interruption ait été suffisamment longue pour constituer un préjudice anormal et spécial⁶¹⁵.

283 - Néanmoins, à la lecture de quelques arrêts, il semble que le juge administratif adopte, dans certains cas, un raisonnement qui peut paraître en contradiction avec ces principes, entraînant dès lors des conséquences néfastes pour les administrés. En effet, la jurisprudence recèle des décisions dans lesquelles le juge se fonde sur l'absence de disposition expresse du texte de loi prévoyant une possibilité d'indemnisation, pour exclure toute demande en réparation. Ici, le silence n'est plus du tout assimilé à une volonté de permettre l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat. Bien au contraire, la requête est rejetée au motif que le texte ne prévoit pas expressément la possibilité d'une indemnisation.

C'est ainsi que, dans un arrêt « Société Etablissements Guillier » rendu le 4 janvier 1995, le Conseil d'Etat énonce qu'« *en l'absence de disposition expresse prévoyant une indemnisation des dépositaires d'alcool et eu égard aux objectifs d'intérêt général qu'elle poursuit, la loi du 11 juillet 1985 ne saurait engager la responsabilité de l'Etat* »⁶¹⁶. La même solution est retenue par la Cour administrative d'appel de Paris le 19 juin 2001⁶¹⁷, lorsqu'elle affirme qu'« *en l'absence de disposition législative prévoyant expressément une*

⁶¹⁵ Voir par ex. : CE, sect., 18 décembre 1981, *Ministre de la Culture et de la Communication c/ C.A.P.R.I.*, Rec. CE, p. 478 ; AJDA, 1982, p. 261, concl. Stirn ; RDP, 1982, p. 1449 - CAA Marseille, 24 février 1998, *Ministre de la Culture et de la Communication*, RFDA, 1998, p. 1133, obs. Le Berre.

⁶¹⁶ CE, 4 janvier 1995, *Sté Etablissements Guillier*, D., 1996, SC, p. 50, obs. Bon et Terneyre.

⁶¹⁷ CAA Paris, 19 juin 2001, *Société Mory*, Juris-Data, n° 2001-167525.

indemnisation des commissaires en douane en raison de la suppression de leur activité dans les échanges intracommunautaires », la responsabilité de l'Etat doit être écartée. Enfin, le régime de responsabilité du fait des conventions internationales étant calqué sur celui des lois, le Conseil d'Etat applique très logiquement ce raisonnement dans un arrêt « Teytaud » du 17 février 1999⁶¹⁸, à l'occasion duquel il décide qu' « *en l'absence dans les accords d'Evian d'un engagement de l'Etat français envers les français en cas de spoliation de leurs biens par l'Etat algérien, la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée* ».

284 - Ces quelques espèces semblent donc semer le doute quant à l'application faite par le juge administratif du principe issu de l'arrêt « La Fleurette »⁶¹⁹. A tout le moins, elles ont le mérite de mettre l'accent sur la manière dont le juge envisage l'interprétation du silence du texte de loi. Il semble que les tribunaux s'engagent parfois dans un raisonnement à rebours, dans le sens où « *l'indemnisation est refusée, non pas parce qu'elle a été écartée par le législateur, mais tout simplement, parce que le législateur n'en a pas prévu expressément la possibilité, ce qui revient à induire de son silence le refus pur et simple de toute réparation* »⁶²⁰. Il convient tout de même de ne pas être trop pessimiste dans la mesure où rien ne nous permet de conclure au renversement définitif du mécanisme d'interprétation du silence de la loi. En effet, bien que le juge administratif affirme sans ambiguïté dans certains considérants de ses décisions, que l'absence de disposition expresse concernant une possible indemnisation, permet d'exclure la responsabilité de l'Etat, il associe toujours ce motif de rejet à une référence soit à l'objet du texte, soit au but de protection d'un intérêt général prééminent. Ici, il convient juste de relever l'apparition d'une nouveauté dans la construction du raisonnement du juge, à savoir l'alliance d'un de ces motifs avec la précision de l'absence de disposition expresse du texte prévoyant un droit à réparation.

285 - Il semble donc que le juge administratif développe une politique jurisprudentielle axée sur la protection de la latitude d'action de l'Etat, dans la mesure où son pouvoir d'appréciation de la volonté de l'auteur du texte incriminé comme de son silence s'exerce, dans la plupart des cas, en faveur d'un rejet de la responsabilité sans faute. Mais ceci n'est pas le seul moyen à la disposition du juge. En effet, la protection de la liberté d'agir des services de l'Etat se fera également grâce à sa faculté de vérifier que l'auteur de l'acte incriminé a bien agi dans un intérêt général exclusif de toute responsabilité objective.

⁶¹⁸ Juris-Data, n° 1999-135905.

⁶¹⁹ CE, Ass., 14 janvier 1938, préc.

⁶²⁰ P. BON et Ph. TERNEYRE, obs. préc. sous, CE, 4 janvier 1995, *Sté Etablissements Guillier*.

SECTION 2nde : Le rejet de la responsabilité sans faute par une application stricte de l'intérêt à protéger

286 - Le juge administratif va tenter d'éviter un développement sans borne des cas d'application effective de la responsabilité de l'Etat du fait de son action normative, en opérant une appréciation assez stricte de l'intérêt méritant protection. Ce comportement n'est bien entendu aucunement guidé par une réelle volonté de restreindre les droits des particuliers et de surprotéger ceux de l'Etat, il s'impose tout simplement au nom de sa mission de conciliation afin de mener à bien une « *politique jurisprudentielle* »⁶²¹ de compromis. Dès lors, le juge va s'attacher de manière précise à l'observation de la nature et du but poursuivi par la mesure, comme de l'intérêt caché derrière celle-ci, afin d'en déduire qui des particuliers ou de l'Etat supporte la charge du dommage. L'appréciation se faisant au cas par cas, le constat d'une rupture d'égalité devant les charges publiques ne sera donc pas toujours réalisable, malgré la survenance d'une différence de situation entre les individus. En effet, le but visé par la mesure ou l'intérêt concerné pourra amener le juge administratif à rejeter le principe même d'une responsabilité sans faute, sans avoir besoin de vérifier l'existence d'un quelconque préjudice.

Au travers de la jurisprudence, on peut déceler deux cas majeurs d'exclusion de la responsabilité sans faute du fait d'actes réguliers de la puissance publique, fondée sur une appréciation de l'objet et du but de la mesure. D'une part, le juge administratif va rejeter toute responsabilité sans faute lorsqu'il est de la nature de la mesure de créer une inégalité (§ 1). La rupture d'égalité devant les charges publiques n'est donc pas invocable à moins de remettre en cause ce pourquoi l'acte a été créé, et cela est impossible. D'autre part, le juge exclue toute responsabilité objective lorsque l'objet de la mesure est de protéger ce que le professeur Chapus nomme « *un intérêt général prééminent* »⁶²² (§ 2). La défense de cet intérêt induit une nécessaire préservation de la latitude d'action de l'Etat, afin qu'il puisse agir sans crainte de devoir répondre en permanence de ses actes.

⁶²¹ Selon la formule de M. HAURIOU.

⁶²² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1373.

§ 1 : L'exclusion de la responsabilité sans faute lorsque la nature de la mesure est de créer une inégalité

287 - Dans certains cas, bien qu'il soit reconnu que la mesure en cause entraîne une inégalité, le juge administratif considère que la responsabilité sans faute de l'Etat ne peut être engagée. Le constat paraît brutal, néanmoins cette jurisprudence trouve une justification dans le raisonnement construit par P. Delvolvé⁶²³. Selon cet auteur, il convient de distinguer la mesure provoquant une inégalité de manière totalement fortuite, de celle entraînant une inégalité recherchée. En effet dans le premier cas, l'inégalité n'est qu'un effet malheureux de la mesure, elle ne doit pas être à la charge de la victime. L'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat en cas de préjudice anormal et spécial est alors possible. A l'inverse dans la seconde hypothèse, l'acte a pour finalité d'imposer une inégalité, c'est son objet, il n'est donc pas permis de reconnaître une responsabilité objective de son auteur. Le juge administratif rejette ainsi toute responsabilité sans faute du fait que l'inégalité ait été recherchée, soit lorsque la mesure en cause est intervenue du fait d'un contexte particulier (A), soit lorsqu'elle concerne le domaine économique (B).

A - La mesure intervient du fait d'un contexte particulier

288 - Le rejet de la responsabilité sans faute est opéré par le juge administratif lorsque la mesure en cause a mis fin à une situation illégitime (1), tout comme lorsqu'elle a été prise en période de guerre (2). Dans les deux cas, il existe un contexte particulier au moment de la prise de l'acte qui, non seulement, exonère son auteur de toute responsabilité, mais en plus, le justifie.

1. *La mesure met fin à une situation illégitime*

289 - Selon la jurisprudence administrative, toute réparation au nom de la rupture d'égalité devant les charges publiques est refusée, lorsque la mesure en cause a cherché à

⁶²³ P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 88, 1969, p 258 : « Les exigences de l'intérêt général ne se placent pas toutes sur le même plan. Tantôt il impose non seulement l'établissement d'une charge, mais une inégale répartition de cette charge : l'inégalité est nécessaire à la satisfaction de cet intérêt. Alors cette discrimination se trouve justifiée au plan de la légalité et elle ne peut être compensée sur celui de la responsabilité. Tantôt l'intérêt général exige qu'une charge soit établie, mais il ne lui est pas nécessaire qu'elle ne porte que sur certains administrés : il n'y a plus de lien entre l'intérêt général et l'inégalité. Alors la charge, pour justifiée qu'elle soit au plan de la légalité, peut être réparée par une indemnité destinée à rétablir l'égalité ».

réprimer des activités frauduleuses et répréhensibles. Bien que l'on trouve une trace de cette solution dès les années 1920⁶²⁴, le principe fut véritablement posé par le Conseil d'Etat dans un arrêt « Compagnie générale de la Grande Pêche »⁶²⁵ rendu le même jour que la décision « La Fleurette ». Il s'agissait d'un recours formé par la Compagnie générale au nom de sa filiale la Société d'Importation et d'Exportation, contre un décret intervenu le 9 avril 1935 en vue de réglementer l'exportation de l'alcool. Plus précisément, comme le rappelle le commissaire du gouvernement Roujou, ce décret comportait deux dispositions essentielles : aucun alcool ne pouvait être exporté de Saint Pierre et Miquelon sur des navires de moins de 200 tonneaux ; l'exportation de l'alcool est subordonnée au versement d'une caution remboursable uniquement sur présentation du certificat d'accompagnement du chargement, certificat devant être revêtu du visa du service des douanes du pays importateur. A l'époque, l'objectif du législateur était de répondre aux protestations toutes légitimes du gouvernement américain, première victime de la contrebande de produits spiritueux.

L'application de ces dispositions va, comme prévu, mettre fin au trafic d'alcool, mais va en plus, par ricochet, rendre inutilisable les stocks d'alcool constitués à Saint Pierre et Miquelon par la Compagnie générale de la Grande Pêche, en vue de leur exportation clandestine aux Etats-Unis. C'est pour obtenir réparation de ce préjudice que la Compagnie introduisit un recours contre le décret, en invoquant le fait que la mesure porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Or, pour le Conseil d'Etat, il est impossible de suivre ce raisonnement, le commerce de l'alcool devant rester libre à la condition de ne pas être frauduleux. Le considérant de principe est limpide sur ce point : *« le décret du 9 avril 1935 a réglementé l'exportation de l'alcool des îles de Saint Pierre et Miquelon en vue de supprimer des pratiques frauduleuses s'exerçant au détriment d'un pays étranger (...), les sociétés requérantes, qui se sont trouvées, par suite de l'entrée en vigueur dudit décret, dans l'impossibilité de se livrer à ces pratiques, ne sauraient prétendre à l'allocation d'une indemnité en réparation du préjudice subi de ce fait »*.

290 - Le juge administratif tient ainsi compte du caractère légitime ou non de la situation atteinte par la mesure, afin d'apprécier la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat. Il ressort de ce constat que seule la situation légitime est digne d'une protection sociale concrétisée par une indemnité compensatrice. L'important sera alors de pouvoir définir avec certitude ce que recouvre la notion de situation illégitime, afin de

⁶²⁴ CE, 14 novembre 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissances du Mont-de-piété*, Rec. CE, p. 726, à propos d'une loi interdisant l'achat ou la vente des récépissés de nantissement des Monts-de-piété ou Caisses de crédit municipal.

⁶²⁵ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Cie générale de la Grande Pêche*, Rec. CE, p. 26 ; D., 1938.3. 41, concl. Roujou et note Rolland.

délimiter au mieux l'étendue des atteintes ne pouvant être réparées. Cette mission incombe naturellement au juge administratif, lequel pourra ainsi modeler au fil de sa jurisprudence un domaine d'exclusion de la responsabilité sans faute du fait de la nature de la mesure incriminée.

A l'examen des décisions en la matière, il apparaît que la notion de situation illégitime peut avoir deux acceptions différentes : soit la situation a été « *acquise ou conservée en violation du droit positif* », soit elle est « *incompatible avec la solidarité sociale* »⁶²⁶. Le premier cas ne nous concerne pas directement. Bien plus intéressant est le second cas, lequel envisage qu'un texte de loi, un acte ou une opération administrative peut venir porter atteinte à « *une situation qui sans être interdite auparavant par le droit positif n'en présentait pas moins un aspect critiquable sous l'angle économique, national, moral ou social* »⁶²⁷. Aucune indemnité ne peut alors être octroyée au requérant se prétendant lésé, sous peine d'agir à l'encontre de la solidarité nationale. C'est cette seconde acception qui a permis le rejet de la responsabilité sans faute de l'Etat législateur dans l'arrêt « Compagnie générale de la Grande Pêche », le décret incriminé ayant eu pour objectif de lutter contre la contrebande d'alcool qui n'était pas interdite jusqu'alors.

Le même raisonnement fut transposé dans d'autres matières. On peut citer l'arrêt « Société Chardon et Compagnie » du 1^{er} mars 1940 relatif à la lutte contre les fraudes alimentaires⁶²⁸ ou celui du 11 juillet 1990 « Société Stambouli Frères »⁶²⁹ concernant l'interdiction de la prolifération excessive des appareils relatifs aux jeux de hasard, ou encore la décision « SARL Somatour » rendue le 10 avril 2002⁶³⁰ relative à la fin du monopole illégal dont bénéficiait auparavant la société requérante en matière d'usage de port. A noter que dans ce dernier exemple, le juge administratif se fonde également sur le fait que, par le

⁶²⁶ G. MORANGE, « La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative », D., 1953, chron., p.29.

⁶²⁷ *Idem*, p. 31.

⁶²⁸ CE, 1^{er} mars 1940, *Société Chardon et Cie*, Rec. CE, p. 82. En prohibant la vente de produits glacés contenant des amylacés, les dispositions du décret du 30 mai 1937 avaient mis, en l'espèce, la société requérante dans l'impossibilité de continuer sa fabrication, à moins de transformer complètement son matériel. L'indemnisation de son préjudice fut refusée au motif que « l'interdiction générale de l'emploi d'amidon, de fécule ou de farines diverses (a été édictée) en vue de faire obstacle à toute fabrication de denrées alimentaires vendues sous les dénominations de crèmes glacées, glaces ou sorbets ».

⁶²⁹ CE, 11 juillet 1990, *Sté Stambouli Frères*, préc. En l'espèce, la loi du 12 juillet 1983 venait interdire l'importation, la fabrication, la détention et la mise à disposition de tiers de tout appareil dont le fonctionnement repose sur le hasard et qui permet de procurer, moyennant enjeu, un avantage de quelque nature que ce soit, causant ainsi un préjudice à la société requérante qui commercialisait lesdits appareils. Le versement d'une indemnité fut refusé sur le fondement des « objectifs de protection de la sécurité publique et de répression de la délinquance organisée » ressortissants du texte.

⁶³⁰ CE, 10 avril 2002, *SARL Somatour*, Gaz. Pal., 5-6 mars 2003, Panorama de droit adm., p. 25 : « Cette société qui bénéficiait irrégulièrement d'une occupation exclusive d'une partie des ouvrages du port, devait avoir pris en compte l'éventualité d'une mesure mettant fin à ce monopole (ici mesure édictée par le préfet sur le fondement de l'art. R. 351-2 C. ports mar.), (...) le préjudice ainsi subi résulte d'une situation à laquelle elle s'est sciemment exposée et ne peut, dès lors, lui ouvrir droit à réparation ».

caractère illégal de la situation, le requérant devait s'attendre à un tel changement de sa situation, donc s'était sciemment exposé à subir un tel préjudice⁶³¹.

291 - Ici, il s'agit d'être précis et de ne pas confondre la situation illégitime avec la faute de la victime. En effet, celles-ci servent toutes les deux de frein à la réparation mais la ressemblance s'arrête là. Comme le remarque G. Morange⁶³², « *le rejet d'une action en responsabilité justifié par la faute de la victime, sanctionne un comportement répréhensible qui est concomitant à la réalisation même du dommage, puisqu'il en constitue, sinon le fait générateur, tout au moins l'un des éléments du fait générateur. Avec l'appel à la notion de situation illégitime, nous verrons le juge porter un jugement de valeur défavorable, à l'occasion d'une action en responsabilité, sur une situation préexistante, ou sur des activités exercées dans le passé et tout à fait indépendantes des opérations dommageables* ».

292 - Le refus de toute indemnisation lorsque la mesure en cause vient mettre fin à une situation illégitime semble donc naturel. En effet, même si une inégalité frappe les requérants, elle ne constitue pas pour autant une rupture caractéristique dans la mesure où celle-ci peut très bien marquer uniquement la fin d'une situation contraire à la solidarité sociale. Dans ces conditions, les prétendues victimes ne sont en fait que replacées dans un contexte respectueux du droit supérieur.

Sur ce modèle, le juge administratif va conclure à un rejet de la responsabilité sans faute dans une autre hypothèse, à savoir celle où le préjudice est issu de mesures prises en période de guerre, même si ici la notion de fraude n'existe pas.

2. La mesure est prise en période de guerre

293 - En dehors de la conduite proprement dite des opérations militaires relevant de la législation sur les dommages de guerre, et échappant ainsi au droit commun de la responsabilité, le gouvernement et l'administration peuvent être amenés à prendre des décisions ayant « *pour objet, soit de faciliter ces opérations, soit de pallier leurs conséquences ou de parer aux risques qu'elles engendrent* »⁶³³. Le juge administratif reconnaît dans cette hypothèse que les dommages causés aux particuliers, suite aux décisions prises en période de guerre, ne peuvent ouvrir droit à une indemnité si celles-ci ne sont pas

⁶³¹ Ici, le juge administratif combine l'existence d'une situation illégitime avec la survenance d'un aléa prévisible par la victime afin de rejeter toute responsabilité de l'Etat. Sur cette notion d'aléa, voir *infra*, § n° 422 et s.

⁶³² G. MORANGE, « La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative », *chron. préc.*, p. 27.

⁶³³ M. ROUGEVIN-BAVILLE, « Responsabilité sans faute », in *Encyclopédie Dalloz*, p. 34, n° 206.

fautives. Ainsi, la victime devra prouver une faute des services de l'Etat pour éventuellement percevoir une indemnisation de son préjudice. En aucun cas, la responsabilité sans faute de l'auteur de l'acte ne pourra être engagée, à moins qu'une disposition législative n'ouvre expressément droit à réparation. Ici encore, à l'image de ce que l'on vient de voir concernant la situation illégitime, la mesure en cause a été prise dans un contexte particulier.

294 - Cette jurisprudence va se développer peu après la fin de la première guerre mondiale. Ainsi, on peut relever l'arrêt « Cotte » rendu le 31 décembre 1924⁶³⁴, à propos d'une circulaire ministérielle du 9 août 1914, prescrivant aux préfets de détruire toutes les affiches suspectes. En application de ce texte, le préfet de la Loire fit éliminer sans distinction tous les panneaux publicitaires de son département, créant ainsi un préjudice au sieur Cotte commerçant et propriétaire de plusieurs de ces panneaux. Le Conseil d'Etat ne contesta pas la légalité de cette mesure, mais refusa toute indemnité en se fondant sur les circonstances particulières ayant entourées la prise de décision⁶³⁵. Néanmoins, aucune allusion explicite n'est faite à une quelconque interdiction d'invoquer la responsabilité sans faute. Pour ce faire, il faudra attendre l'arrêt « Sieur Favre » du 18 juin 1948⁶³⁶, à propos d'un préjudice subi par un fonctionnaire du fait de la division du territoire français en deux zones. En l'espèce, le Conseil d'Etat repousse expressément la possibilité d'une indemnisation sur le fondement de la rupture d'égalité⁶³⁷.

A ce sujet, il est intéressant de citer l'arrêt « Sieur Amiaux » du 14 mars 1952⁶³⁸, pour la limpidité de son considérant. Le préjudice venait du fait que le sieur Amiaux, qui exploitait à Nancy une entreprise de publicité, avait dû supprimer lors de l'ouverture des hostilités, sur l'ordre de l'autorité militaire, les peintures murales et les panneaux qu'il avait installés, se trouvant ainsi dans l'impossibilité d'exercer sa profession. Le Conseil d'Etat refusa toute indemnisation au motif que, « *lesdites instructions ont été édictées par l'autorité militaire uniquement dans l'intérêt supérieur de la défense nationale ; que les mesures légalement prises pour une telle fin dans les circonstances nées de l'état de guerre ne peuvent pas, en l'absence d'une disposition législative le prévoyant expressément (...) avoir pour effet d'ouvrir un droit à réparation* ».

⁶³⁴ CE, 31 décembre 1924, *Cotte*, Rec. CE, p. 839.

⁶³⁵ « Considérant, d'une part, qu'il appartenait au préfet, dans la période où il a reçu l'ordre ci-dessus, et eu égard à l'extrême urgence des mesures à prendre, de faire disparaître les affiches de toutes sortes et leurs supports ; qu'il n'est justifié d'autre part, par le requérant, d'aucune faute, dans l'exécution de ladite prescription, de nature à engager la responsabilité de l'administration ».

⁶³⁶ CE, 18 juin 1948, *Sieur Favre*, Rec. CE, p. 276.

⁶³⁷ « Considérant que (...) le sieur Favre (...) ne peut invoquer utilement à l'appui de sa demande d'indemnité, le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques ».

⁶³⁸ CE, sect., 14 mars 1952, *Sieur Amiaux*, Rec. CE, p. 166.

Enfin, plus près de nous, les événements d'Algérie ont donné lieu à l'application de solutions analogues. C'est ainsi que le juge administratif a eu l'occasion de se prononcer sur les conséquences d'une mesure édictée par le haut-commissaire de la République en Algérie, durant les graves troubles de 1962⁶³⁹. Celui-ci avait interdit à toute personne étrangère à l'administration, l'accès à la cité administrative de Rocher-noir, afin d'éviter de probables actions terroristes, causant de ce fait un préjudice à une société de construction se trouvant dans l'impossibilité de continuer ses travaux comme de récupérer son matériel. Saisi d'une demande d'indemnité émanant de cette société, les juges du Palais-royal conclurent « *qu'une mesure légalement prise à de telles fins, dans les circonstances nées des événements d'Algérie, ne saurait avoir pour effet, en l'absence de dispositions législatives le prévoyant expressément, d'ouvrir un droit à réparation au profit des personnes dont elle a pu léser les intérêts* ».

295 - Plusieurs autres arrêts rejettent également l'application du régime de responsabilité sans faute en raison des circonstances de guerre, mais ils ont la particularité de s'inscrire dans un domaine précis, à savoir celui des mesures édictées dans le cadre du ravitaillement et de la répartition des produits alimentaires. De telles réglementations restrictives sont en effet souvent édictées en cas d'état de guerre, entraînant alors selon le raisonnement du juge administratif, une rupture d'égalité insusceptible de faire l'objet d'une responsabilité sans faute. C'est ainsi qu'une décision aussi grave que la fermeture autoritaire d'une laiterie industrielle prise par arrêté ministériel, « *dans l'intérêt du ravitaillement de la population en raison des circonstances créées par l'état de guerre* »⁶⁴⁰, n'ouvre pas droit à indemnité si elle n'est pas illégale. La même solution fut adoptée pour la fermeture temporaire des piscines, afin de réaliser des économies de combustibles, ordonnée par le Préfet de police suite à un arrêté du 30 décembre 1946, « *eu égard à l'objet en vue duquel a été établie la législation sur la répartition des produits industriels* »⁶⁴¹.

296 - Ces quelques exemples illustrent bien le principe posé par le juge administratif selon lequel, toute demande d'indemnisation sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques doit être rejetée, à partir du moment où l'acte pris en toute légalité s'est trouvé conditionné par l'état de guerre. Cette exclusion de la responsabilité sans faute peut s'interpréter comme le refus du juge de s'immiscer dans l'appréciation de l'exercice des pouvoirs de l'administration. En effet en période de guerre, il revient à l'administration de

⁶³⁹ CE, sect., 20 juin 1975, *Sté E. et B. Vidal*, Rec. CE, p. 380.

⁶⁴⁰ CE, sect., 26 mai 1950, *Société laitière provençale*, Rec. CE, p. 314.

⁶⁴¹ CE, sect., 14 octobre 1955, *Société Piscine Lutétia*, Rec. CE, p. 479.

prendre toutes les mesures qu'elle estime nécessaires à la préservation de l'ordre public, de la sécurité du territoire et de la défense nationale. Or comme le relève F. Goliard, « *accepter le principe d'une indemnisation, même exclusive de toute faute, pourrait fragiliser une administration qui doit pouvoir s'exprimer sans véritables contraintes, sans craindre les conséquences de ces actes. A période exceptionnelle, responsabilité atténuée...* »⁶⁴². L'action étatique issue de ces circonstances très spéciales ne doit pas pouvoir être indirectement critiquée par le biais d'une demande en indemnité, alors même qu'elle s'avère légale.

De plus, les mesures prises en période de guerre emportent souvent des restrictions, discriminations ou des inégalités (notamment la jurisprudence sur le ravitaillement). La politique du juge refusant toute responsabilité sans faute peut alors coïncider avec la volonté de l'auteur de l'acte de causer délibérément une inégalité au nom de l'intérêt général. On en revient ici à ce que l'on affirmait par rapport aux mesures mettant fin à une situation illégitime⁶⁴³. La rupture d'égalité devant les charges publiques n'est pas invocable car il est de la nature de la mesure de porter atteinte au principe d'égalité.

297 - En l'absence de dispositions législatives prévoyant expressément un droit à réparation, la seule issue pour le particulier, victime d'une mesure prise en période de guerre, sera d'invoquer la faute de l'auteur de l'acte. Mais là aussi, ses chances de succès seront minces car en période de guerre, il importe à l'Etat de réagir dans la précipitation, de prendre des mesures parfois très strictes afin de parvenir à maintenir la sécurité des personnes et des biens. Ce contexte pourra alors assez facilement légitimer l'action contestée et empêcher toute reconnaissance d'une indemnisation sur le fondement fautif.

298 - L'exclusion de la responsabilité sans faute en cas de dommages causés par des mesures prises en temps de guerre participe donc de la défense de la latitude d'action de l'Etat en période exceptionnelle. Mais il faut remarquer que la plupart des mesures édictées dans ces circonstances répondent à un besoin d'interventionnisme économique. Or, le domaine économique constitue une sphère importante au sujet de laquelle, là encore, la jurisprudence administrative refuse toute reconnaissance d'une possible mise en œuvre d'une responsabilité objective.

⁶⁴² F. GOLIARD, *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, Thèse, Paris 2, 1995, p. 251.

⁶⁴³ Voir, *supra*, § n° 287.

B - La mesure intervient dans le domaine économique

299 - Le domaine économique constitue un obstacle majeur au développement de la responsabilité sans faute puisque le juge administratif refuse toute idée d'indemnisation d'un préjudice issu d'une mesure régulière intervenue en la matière. Cette exception s'avère non négligeable du fait de l'étendue du domaine visé. En effet, la diversité des décisions de refus rendues dans cette hypothèse laisse apparaître un domaine conséquent (1), même si des arguments peuvent venir expliciter un tel choix (2).

1. *Un domaine conséquent*

300 - Le juge administratif a développé une jurisprudence totalement réfractaire à l'idée d'une responsabilité sans faute fondée sur l'égalité devant les charges publiques, lorsque la mesure en cause est intervenue dans le domaine économique. En effet, confronté à une telle hypothèse, le juge déclare invariablement qu'eu égard à l'objet en vue duquel a été établie la réglementation ou la législation incriminée, les décisions légalement intervenues sur ce fondement ne peuvent en tout état de cause engager la responsabilité de l'Etat. Ainsi, c'est tout un secteur d'activité de la puissance publique qui se trouve soustrait du champ d'application de la responsabilité objective, et cette exception apparaît d'autant plus imposante que le domaine économique se trouve faire l'objet d'une multitude d'interventions différentes.

301 - Historiquement, le premier cas de rejet de la responsabilité sans faute concernait la réglementation sur le commerce extérieur. Il s'agit de l'arrêt « *Compagnie réunionnaise P. Ratineau et fils* »⁶⁴⁴, dans lequel le Conseil d'Etat a jugé que le préjudice qui a pu résulter de la décision du gouverneur de la Réunion, de prohiber l'exportation des sucres réunionnais vers Madagascar, « *n'est pas de la nature de ceux qui peuvent donner lieu à indemnité en l'absence de toute faute du service public* ». Cette solution va être reprise de manière plus explicite dans les années 1960, à l'occasion des affaires « *Secrétaire d'Etat aux affaires économiques c/ société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio* »⁶⁴⁵ et « *Compagnie française*

⁶⁴⁴ CE, 28 février 1947, *Cie réunionnaise P. Ratineau et fils*, Rec. CE, p. 83.

⁶⁴⁵ CE, sect., 16 novembre 1960, *Secrétaire d'Etat aux affaires économiques c/ société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio*, Rec. CE, p. 621 ; AJDA, 1960, p. 191, et p. 360, note J.-M. Galabert et M. Gentot ; Dr. soc., 1961, p. 205, concl. J.-F. Henry. Il s'agissait ici d'une requête de la société fondée sur l'octroi de licences d'exportation aux exploitants forestiers de Corse (ce qui avait fait monter le prix d'achat du bois par la société requérante).

des cuirs »⁶⁴⁶, dans lesquelles les juges du Palais-royal affirmaient lapidairement qu'eu égard à l'objet en vue duquel a été établie la législation (ou réglementation) sur le commerce extérieur, les décisions légalement intervenues en application de cette législation (ou réglementation) ne sauraient engager la responsabilité de l'Etat.

Sur le même modèle, une seconde intervention étatique fréquente dans le domaine économique va se trouver frappée de l'impossibilité d'ouvrir droit à indemnité sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Il s'agit des mesures prises en matière de prix, la plupart du temps issues des pouvoirs extrêmement larges conférés au ministre compétent par l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945⁶⁴⁷. Les arrêts consacrant cette solution se réfèrent au but de l'ordonnance « *qui est intervenue uniquement en vue de l'intérêt général, afin de garantir l'ensemble de la population contre les hausses excessives que pouvait entraîner l'état de guerre* »⁶⁴⁸.

Les solutions sont encore identiques en ce qui concerne les dispositions relatives à la répartition ou au rationnement de certains produits⁶⁴⁹, au ravitaillement de la population⁶⁵⁰, à l'amélioration de la production⁶⁵¹, comme à la suppression de barrières douanières⁶⁵².

302 - Il convient de souligner que la plupart de ces affaires présentent une particularité, dans le sens où les mesures mises en cause étaient intervenues en temps de guerre ou de périodes instables. Ainsi, circonstances de guerre et domaine économique se trouvent mêlés pour caractériser l'intervention étatique. Certains commentateurs se sont alors

⁶⁴⁶ CE, 31 mai 1961, *Cie française des cuirs*, Rec. CE, p. 358 : à propos du déroutement vers les ports britanniques de navires de commerce transportant, à destination de la France, des cargaisons de cuirs et de peaux appartenant à la Cie française des cuirs, obligeant la vente des cargaisons à des prix inférieurs à leur valeur d'achat.

⁶⁴⁷ D., 1945, p. 137.

⁶⁴⁸ Voir par ex. : CE, 15 juillet 1949, *Ville D'Elbeuf c/ Etat français*, Rec. CE, p. 359 ; D., 1950, jurispr., p. 60, note Blaevet, à propos des charges extra-contractuelles que la Cie normande d'éclairage, concessionnaire de la ville, prétend avoir subies depuis 1941 du fait de la réglementation des prix - CE, 13 février 1952, *Sieurs Costa*, Rec. CE, p. 104, concernant une demande d'indemnité des industriels laitiers en raison des circonstances dans lesquelles ont été pris par le préfet d'Ile-et-Vilaine des arrêtés fixant les prix du beurre de laiterie - CE, sect., 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, Rec. CE, p. 10 (avec une légère variante « qui pourraient résulter des circonstances de la guerre ») relatif à la fixation, par le préfet de la Vienne, en application de l'ordonnance du 30 juin 1945, du prix du lait à un taux inférieur au coût de ce produit, obligeant la société à vendre à perte.

⁶⁴⁹ CE, sect., 14 octobre 1955, *Société Piscine Lutétia*, préc.

⁶⁵⁰ CE, 17 juillet 1950, *Ménoreau*, Rec. CE, p. 448 - CE, 26 décembre 1951, *Ets Porfin*, Rec. CE, p. 623 - CE, 23 janvier 1952, *Cie des Tramways électriques de Limoges*, Rec. CE, p. 52.

⁶⁵¹ CE, 6 janvier 1956, *Manufacture française d'armes et cycles de St Etienne*, Rec. CE, p. 3 - CE, 21 juin 1957, *Sté d'exploitations des Ets Pathé-Cinéma*, Rec. CE, p. 415.

⁶⁵² CAA Douai, 1^{er} juillet 2003, *Société anonyme Sogetra*, AJDA, 2004, p. 91, chron. J. Michel. Il s'agissait ici de dommages subis par des commissaires en douane agréés, du fait de dispositions de la loi n° 92-677 du 17 juillet 1992 portant mise en oeuvre de la directive du Conseil des communautés européennes n° 91-680 modifiant, en vue de la suppression des contrôles aux frontières, la directive n° 77-388 sur l'activité de commissionnaire en douane dans les échanges intracommunautaires. Pour la Cour administrative d'appel, la loi « a eu pour objet d'assurer le respect des obligations résultant pour la France du traité de Rome (...) compte tenu des objectifs d'intérêt général qu'elle poursuit (elle) ne saurait engager la responsabilité de l'Etat ». Sur des faits identiques, voir, CAA Paris, 19 juin 2001, *Société « Le bahu les porteurs »*, req. n° 98PA01212.

interrogés sur l'avenir de cette jurisprudence, ne sachant que déduire de ce constat. Etait-ce véritablement l'interventionnisme économique qui avait servi de fondement au refus de toute indemnité ou ne fallait-il pas voir ici une simple application de la jurisprudence sur les circonstances de guerre, excluant de fait toute responsabilité objective comme nous l'avons étudié précédemment ?⁶⁵³

La réponse viendra à partir des années 1980 après un long silence du juge. La responsabilité sans faute va ainsi être repoussée en l'absence de toutes circonstances de guerre, lorsque les décisions administratives se rattachent à la législation sur la fixation des prix⁶⁵⁴, à la lutte contre la pénurie d'électricité⁶⁵⁵, à la protection de la monnaie⁶⁵⁶, à la sécurité des transactions économiques et la préservation de l'ordre public⁶⁵⁷, ou encore à la rationalisation du marché des alcools⁶⁵⁸. Le refus sera même opposé face à une loi de validation intervenue dans un objectif de maîtrise des dépenses de santé⁶⁵⁹. Le doute n'est alors plus permis, le juge administratif s'affirme réticent à l'introduction de la responsabilité sans faute en matière économique.

303 - On ne peut terminer ce tour d'horizon du domaine économique sans évoquer l'arrêt d'Assemblée « Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar »⁶⁶⁰, lequel en acceptant pour la première et unique fois une réparation par le biais de la responsabilité sans faute en matière économique, a momentanément décontenancé la doctrine. Néanmoins, il convient tout de suite de relativiser la portée de cet arrêt qui ne constitue en aucun cas un revirement, même si à l'époque la question s'est posée de manière insistante. Les faits étaient les suivants. La société italienne Alivar, qui avait conclu en 1975 avec une coopérative française des contrats d'importation de pommes de terre, n'avait pu en obtenir la livraison, le

⁶⁵³ Voir, *supra*, § n° 293 et s.

⁶⁵⁴ CE, sect., 13 décembre 1985, *Société International Sales and Import Corporation*, Rec. CE, p. 376 ; AJDA, 1986, p. 174, concl. Laroque, à propos de décisions prises en application de la loi du 24 mai 1976 portant aménagement du monopole des tabacs manufacturés.

⁶⁵⁵ CE, 24 octobre 1984, *Société Claude Publicité*, Rec. CE, p. 338 : arrêté interdisant par souci d'économie d'énergie, tout dispositif publicitaire fonctionnant la nuit au moyen d'énergie électrique et notamment la publicité lumineuse, créant ainsi un préjudice à la société spécialisée dans ce domaine.

⁶⁵⁶ CE, 23 décembre 1988, *Michel Martin et Sté Michel Martin*, Rec. CE, p. 470 ; D., 1989, p. 267, note R. Moulin ; D., 1989, SC, p. 344, obs. F. Moderne et P. Bon : règlement limitant les transferts de capitaux à l'étranger.

⁶⁵⁷ TA Toulouse, 21 décembre 1990, *Sté Pile et Pub*, JCP, 1991, G, IV, p. 247 : règlement interdisant l'apposition d'autocollants publicitaires sur les monnaies et billets de banque.

⁶⁵⁸ Voir, par ex. : CE, 8 avril 1994, *SA Ets Charbonneaux-Brabant*, D., 1996, SC, p. 50 - CAA Lyon, 10 décembre 1990, *SA Girard Frères et Société L'Isloise de Distillation*, req. n° 89LY00670 et 89LY00671, à propos de la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 mettant fin au monopole d'Etat de commercialisation de l'alcool éthylique en vue de rationaliser le marché des alcools.

⁶⁵⁹ TA Versailles, 18 juin 1998, *Centre hospitalier privé de Conflans*, Rec. CE, T, p. 1156.

⁶⁶⁰ CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, Rec. CE, p. 128 ; AJDA, 1984, p. 396, note B. Genevois ; Gaz. Pal., 1984.1.329, concl. R. Denoix de Saint-Marc, et note M.R.B. ; RTDE, 1984, p. 341, concl. R. Denoix de Saint-Marc ; JCP, 1985, G, II, n° 20423, note J.-F. Davignon. A propos de cette décision, voir, également, *infra*, § n° 609 et s.

gouvernement français ayant imposé des restrictions aux exportations de telles denrées. Arguant de la condamnation de la France par un arrêt de manquement de la Cour de justice des Communautés européennes, la société demanda une indemnité à l'Etat français. Le commissaire du gouvernement Denoix de Saint-Marc avait conclu à l'illégalité de la décision, donc à la faute puisque la méconnaissance de l'art. 34 du Traité de Rome avait été constatée. Or, le Conseil d'Etat, prenant le contre-pied total de ses solutions antérieures, décida que les limitations des exportations avaient été organisées pour « *des motifs d'intérêt général tirés de l'état de pénurie du marché de la pomme de terre* » et que « *dès lors, l'Etat français ne saurait être tenu à réparation envers cette société que sur le fondement de la responsabilité sans faute au cas où il serait justifié d'un préjudice anormal et spécial imputable à l'intervention de l'administration française* ».

A l'époque, cet arrêt a fait couler beaucoup d'encre. Mais à l'heure actuelle, il nous est possible d'affirmer que nous ne sommes pas en face d'une exception au principe de l'incompatibilité entre responsabilité sans faute et domaine économique. La preuve en est faite par l'existence d'arrêts postérieurs excluant toute responsabilité objective⁶⁶¹. Mais surtout avec le recul, la doctrine a pu apprécier à sa juste valeur l'importance toute relative de la solution. En effet, l'arrêt concernait une hypothèse très particulière puisque la responsabilité s'exprimait à la fois sur le plan international et interne. Or, les deux ordonnancements juridiques ne coïncidant pas totalement, certains actes irréguliers au niveau communautaire ne le sont pas forcément en droit interne, d'où le rejet de la faute.

En ce qui concerne l'admission de la responsabilité sans faute, cette décision ne constitue pas une exception au principe car, en l'espèce, le juge a seulement « *cherché à concilier les exigences - sinon contradictoires, à tout le moins divergentes - du respect de l'ordre juridique communautaire, d'un légitime souci d'indépendance par rapport à la Cour des communautés, et, on n'aurait grâce de l'oublier, de l'équité vis-à-vis de la société Alivar* »⁶⁶².

304 - L'exclusion de la responsabilité sans faute de l'auteur d'une action normative régulière intervenant dans le domaine économique est donc clairement affirmée par le juge administratif. La liberté du commerce et de l'industrie cède ainsi peu à peu le pas devant l'intérêt général. Cette position contraire au principe d'égalité paraît d'autant plus stricte que la matière concernée est vaste. Néanmoins, à l'examen des mesures en cause comme des objectifs poursuivis, il est possible de défendre ce raisonnement.

⁶⁶¹ Voir, *supra*, § n° 292 et s., et § n° 300 et s.

⁶⁶² J.-F. DAVIGNON, note préc. sous, CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*.

2. Une exclusion défendable

305 - Par cette exclusion de la responsabilité sans faute dans le cadre d'interventions liées au dirigisme économique, le juge administratif fait preuve d'une certaine sévérité. En effet, il décide de soustraire un domaine entier au droit commun de la responsabilité. Cette solution s'avère d'autant plus discutable que, de plus en plus fréquemment, c'est sous la forme de décisions administratives que se traduit l'intervention de l'Etat en matière économique. Or, le règlement présente une particularité essentielle par rapport à la loi, puisque son auteur ne peut en aucun cas s'exonérer lui-même d'une quelconque responsabilité. En cas de silence du texte, l'indemnisation d'un préjudice né de la mise en œuvre d'un acte réglementaire dans le domaine économique n'apparaît alors possible que suivant une interprétation en ce sens de la volonté de son auteur. Ainsi, par crainte de devoir systématiquement procéder à l'analyse positive de cette volonté, le juge semble avoir préféré une solution plus radicale alors qu'il aurait peut-être suffi de faire jouer les conditions habituelles liées au préjudice (anormalité et spécialité) pour éviter une extension sans fin des cas de responsabilité sans faute. Comme le souligne B. Jeanneau, « *plutôt que de s'engager au fond en recherchant dans chaque cas si les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat étaient effectivement réunies, il préféra exclure complètement dans ce domaine toute application de la théorie de la responsabilité sans faute* »⁶⁶³. La crainte de ne plus pouvoir recourir à l'intention présumée du législateur comme ayant entendu exclure toute indemnisation a conduit à un renforcement de précaution.

L'irresponsabilité de principe apparaît donc discutable, d'autant plus que celle-ci appelle inévitablement une réflexion sur la solution issue de l'arrêt « La Fleurette ». En effet à l'époque, la loi en cause constituait une des premières manifestations de l'interventionnisme économique, or le Conseil d'Etat avait cependant accordé une indemnité sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Ainsi rien ne dit qu'aujourd'hui, l'indemnisation aurait été octroyée dans cette affaire⁶⁶⁴.

306 - Néanmoins, malgré ces quelques réserves, il semble possible de justifier la solution choisie par le juge et ce, en se penchant attentivement sur l'objet des mesures en cause. En effet, toute politique économique d'inspiration dirigiste se traduit par des discriminations, crée des inégalités entre les acteurs, des transferts de charges. Il est donc bien

⁶⁶³ B. JEANNEAU, « Autour de l'arrêt « Commune de Gavarnie » : La responsabilité du fait des règlements légalement pris », art. préc., p. 387.

⁶⁶⁴ Selon l'avis du professeur CHAPUS, in *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1379.

évident qu'en cas de silence du texte incriminé, son auteur ne peut être présumé avoir accepté de rétablir par l'octroi d'une indemnité une situation à laquelle il a voulu porter atteinte, c'est-à-dire restituer d'une main ce qu'il vient de prendre de l'autre. Le régime étant inégalitaire par nature, la rupture d'égalité des citoyens devant les charges publiques n'est pas susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat.

C'est le cas notamment en matière de réglementation d'activités professionnelles ou d'organisation des utilisations privatives du domaine public, dans la mesure où les décisions prises s'organisent, pour la plupart, autour d'un système d'autorisations⁶⁶⁵. Or, comme le rappelle le professeur Chapus, « *discriminatoire par nature, portant l'inégalité en lui, un système d'autorisation est étranger au domaine d'application du principe de l'égalité devant les charges publiques. On ne pourra donc pas invoquer utilement ce principe à l'encontre des mesures qu'il ne saurait régir* »⁶⁶⁶. Reconnaître un droit à indemnisation risquerait ainsi de neutraliser les objectifs de la réglementation en cause, paralysant l'action de la puissance publique. De plus, la politique économique impliquant nécessairement un choix, le rôle de l'Etat sera d'arbitrer entre les différents intérêts en présence afin de déterminer l'intérêt à privilégier par son intervention. Accorder une indemnité reviendrait à critiquer ce choix, or très logiquement il n'appartient pas au juge d'opérer une telle remise en question. Enfin, la nature juridique de l'autorisation administrative va guider, elle aussi, tout naturellement le juge administratif vers un refus d'indemnisation, dans la mesure où la décision d'autorisation apparaît comme un acte précaire et révoquant⁶⁶⁷ résultat de l'utilisation par l'administration de son pouvoir discrétionnaire.

Le refus d'accorder ou de renouveler une autorisation n'ouvre ainsi pas de possibilité de faire valoir une quelconque rupture d'égalité devant les charges publiques, puisque l'absence de droit lésé induit l'absence de préjudice subi par l'intéressé. Néanmoins, une fois délivrées, ces autorisations définissent un véritable droit - certes précaire - opposable à l'administration. De ce fait, il appartient au juge administratif de veiller à ce que l'administré soit indemnisé des atteintes portées à son droit dans le cas où le retrait d'autorisation serait illégal, comme dans celui où la révocation aurait été décidée dans un intérêt autre que l'intérêt général.

⁶⁶⁵ Voir, notamment : CE, 29 mai 1985, *Société « Trans-Union »*, Rec. CE, p. 162 ; RFDA, 1986, p. 240, concl. M. Boyon et obs. P. Bon ; AJDA, 1985, p. 510, obs. J. Moreau - CE, 5 novembre 1984, *Société Afer*, Rec. CE, T, p. 690 - CE, 15 mai 1987, *Société « Transports et affrètements fluviaux »*, D., 1988, SC, p. 167 - CE, 18 juin 1982, *Barbe*, RDP, 1983, p. 519 - CE, Ass., 29 mars 1968, *Ville de Bordeaux c/ société Menneret et Cie*, Rec. CE, p. 217 ; AJDA, 1968, p. 348, concl. Théry, et p. 574, chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint-Marc.

⁶⁶⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1378.

⁶⁶⁷ CE, 9 décembre 1983, *Ville d'Hendaye et autre*, Rec. CE, p. 506 ; D., 1985, IR, p. 203, obs. F. Moderne et P. Bon, à propos d'un retrait d'agrément accordé à une société privée pour l'exploitation de magasins de dédouanement dans la gare routière d'Hendaye. En l'espèce, le juge administratif repousse la responsabilité sans faute car « la société ne disposait que d'agréments par nature précaires et révoquant ».

307 - L'immunité du contentieux économique peut aussi s'expliquer par la référence à la notion d'aléa⁶⁶⁸. En effet, la vie économique comportant de nombreux risques, il est nécessaire pour les entreprises de faire face aux aléas inhérents à leurs activités. Parmi ces risques à assumer, on trouve, par exemple, la modification brutale de la situation d'un commerce, suite aux modifications apportées à la circulation générale du fait, soit de changements effectués dans l'assiette ou la direction des voies publiques, soit de la création de voies nouvelles⁶⁶⁹. Dans de telles situations, la mise en œuvre de la responsabilité sans faute se révèle en principe impossible, le préjudice ne présentant pas les caractéristiques de spécialité et de gravité.

Ici, on pourrait être tenté d'invoquer le principe de sécurité juridique, plus précisément une de ses facettes qu'est le principe de confiance légitime, afin de permettre au requérant de ne pas se retrouver complètement démuné face à un changement brutal de sa situation. En effet, en vertu de ce principe consacré par le juge communautaire⁶⁷⁰, il appartient au législateur, comme au pouvoir réglementaire, de ne pas tromper la confiance que les administrés ont pu placer dans la stabilité d'une situation juridique en modifiant trop brutalement les règles. L'action publique doit donc être prévisible lorsqu'elle remet en cause un dispositif créateur de droit, et cette modification ne peut avoir lieu qu'au nom de l'intérêt général. Dans le cas contraire, c'est à l'administration, auteur du changement, d'en supporter les conséquences dommageables et non aux particuliers, y compris lorsque le préjudice ne présente pas un caractère anormal et spécial. Néanmoins, ce principe ne bénéficie pas encore dans notre droit jurisprudentiel d'une reconnaissance explicite au plus haut niveau. Ainsi, il n'est garanti en France par aucune norme de valeur constitutionnelle⁶⁷¹. Quant au Conseil d'Etat, il ne voit en lui qu'un principe propre au droit communautaire, c'est-à-dire applicable dès lors que la situation juridique soumise au juge administratif français est régie par le droit

⁶⁶⁸ Sur cette notion, voir *infra*, § n° 422 et s.

⁶⁶⁹ CE, 26 mai 1965, *Ministre des Travaux publics, des Transports et du Tourisme c/ Epoux Tebaldini*, Rec. CE, p. 304, concl. G. Braibant ; AJDA, 1965, p. 376, et p. 340, chron. M. Puybasset et J.-P. Puissochet, s'agissant d'un préjudice financier occasionné par la perte de la quasi-totalité de la clientèle du fonds de commerce d'un café-hôtel-restaurant du fait d'une déviation momentanée de la circulation, afin de permettre l'exécution de travaux. Voir aussi, pour une extension de la solution aux hypothèses de création de voies nouvelles, CE, sect., 2 juin 1972, *Société des bateaux de la côte d'Emeraude dite « Les Vedettes blanches »*, Rec. CE, p. 414 ; AJDA, 1972, p. 357, et p. 347, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes ; D., 1974, jurispr., p. 260, concl. M. Rougevin-Baville ; JCP, 1972, G, II, n° 17150 ; RDP, 1973, p. 497, note M. Waline.

⁶⁷⁰ Voir : CJCE, 9 juin 1969, RMC, 1969, p. 127, note G. Vandersenden ; *Grands arrêts de la CJCE*, 6^{ème} éd., 1994, t. 1, n° 15, p. 76 - CJCE, 3 mai 1978, *Töpfer*, aff. n° 112/77, Rec. CJCE, p. 1019 - CJCE, 16 juin 1993, *République française*, D., 1994, p. 61, note M.-C. Bergerès.

⁶⁷¹ CC, n° 97-391 DC, 7 novembre 1997, *Décision relative à la loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier*, Rec. CC, p. 232 ; RJC, p. I-719 ; JO, 11 nov. 1997, p. 16390.

communautaire⁶⁷², et non lorsque la situation en cause n'est régie que par le droit interne⁶⁷³. On peut se demander si ce refus de reconnaissance ne s'explique pas, au moins en partie, par la volonté du juge administratif de ne pas porter atteinte au principe de mutabilité⁶⁷⁴, comme de ne pas prendre le risque que l'administration renonce à des changements par crainte des conséquences financières.

308 - Cette notion d'aléa ne fait néanmoins pas obstacle à toute action en responsabilité. En effet, le juge administratif n'hésite pas à accueillir une demande d'indemnisation fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques, dans le cas où le préjudice résulterait d'une mesure de police administrative régulière ou d'une opération d'urbanisme⁶⁷⁵. Cette jurisprudence s'avère heureuse dans la mesure où « *les commerçants ne peuvent quand même pas subir n'importe quel préjudice du fait de la puissance publique sans indemnisation, uniquement parce qu'ils doivent supporter les aléas inhérents à leurs activités. Dans certains cas, l'équité commande la réparation, en raison de l'anormalité du dommage, par delà la notion d'aléa* »⁶⁷⁶.

309 - Certains auteurs préfèrent mettre en avant un système de compensation entre le préjudice découlant de la réglementation économique et ses avantages, afin de justifier

⁶⁷² Voir par ex. : CE, 19 juin 1992, *FDSEA des Côtes-du-Nord, CNJA et autres*, Rec. CE, T, p. 783 - CAA Nantes, 29 décembre 2000, *SA Périmédical*, AJDA, 2001, p. 270, note J.-F. Millet - CE, Ass., 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres*, Dr. adm., 2001, n° 223 ; RFDA, 2002, p. 33, concl. F. Séners et obs. L. Dubouis - CAA Paris, 7 juillet 2003, *SARL Janfin*, req. n° 01PA03752, *a contrario*.

⁶⁷³ Voir, notamment : CE, 16 mars 1998, *Association des élèves... et Melle Pujol*, Rec. CE, p. 84 ; Dr. adm., 1988, comm. n° 149, obs. R.S. - CE, 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, AJDA, 1999, p. 96 - CE, sect., 28 juillet 2000, *Société Schering-Plough*, Europe, 2000, comm. n° 340, obs. F. Mariatte - CE, 9 mai 2001, 2 espèces, *Entreprise personnelle de transports Freymuth et Sté Mosellane de tractions*, D., 2001, IR, p. 2090 ; Env., 2002, n° 11, note D. Deharbe ; Europe, 2001, comm. n° 248, obs. E. Saulnier. Pour une justification quelque peu différente, voir, CE, 6 octobre 2000, *M. Le Pen*, Europe, 2001, comm. n° 51, obs. P. Cassia. Ici, le Conseil d'Etat rejette le moyen tiré de ce qu'une loi violerait le principe communautaire de proportionnalité en ce que le requérant « n'assortit pas ce moyen de précisions permettant d'en apprécier la portée », et non au motif récurrent selon lequel la mesure litigieuse n'est pas au nombre des actes pris par les autorités nationales pour la mise en œuvre du droit communautaire.

⁶⁷⁴ Un des trois grands principes du service public mis en lumière par L. ROLLAND (d'où leur désignation fréquente de « Lois de Rolland ») avec celui de continuité et d'égalité. Selon ce principe de mutabilité ou d'adaptabilité, le régime des services publics doit pouvoir être adapté, chaque fois qu'il le faut, à l'évolution des besoins collectifs et aux exigences de l'intérêt général.

⁶⁷⁵ Voir, par ex. : CE, sect., 22 février 1943, *Commune de Gavarnie*, Rec. CE, p. 113 ; AJDA, 1963, p. 208, chron. M. Gentot et J. Fourré ; RDP, 1963, p. 1019, note M. Waline, à propos d'un marchand de souvenirs ayant vu se tarir une grande partie de sa clientèle à la suite d'une nouvelle réglementation de la circulation des piétons se rendant au cirque de Gavarnie, laquelle leur interdisait d'emprunter un chemin vicinal bordant son commerce de souvenirs - CE, 13 mai 1987, *M. Aldebert*, Dr. adm., 1987, n° 380 ; JCP, 1988, G, II, n° 20960, note B. Pacteau ; RFDA, 1988, p. 950, note H. Rihal, s'agissant de l'institution d'une déviation par le maire de Saint-Georges-sur-Loire empêchant la clientèle de routiers du sieur Aldebert d'accéder à son relais, les camions ne pouvant plus s'y rendre qu'au prix d'un très long détour.

⁶⁷⁶ F. GOLIARD, *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, op. cit., p. 265.

l'exclusion de toute indemnité sur le fondement de la responsabilité sans faute. Ainsi pour B. Jeanneau, « *la réglementation économique a des incidences généralement complexes et peut fort bien profiter finalement à ceux-là même qu'elle lèse dans l'immédiat* »⁶⁷⁷. Quant à M. Ordonneau, il considère que : « *la législation économique bénéficie, par l'organisation du marché, à ceux-là mêmes à qui elle impose des contraintes. Il serait arbitraire et inéquitable (...) d'isoler une opération déterminée de contrainte (...) de l'ensemble des avantages et inconvénients que la même législation a apportés à la prétendue victime (...) la succession de tels avantages et de tels inconvénients faisant la vie de tous les jours de nos commerçants* »⁶⁷⁸.

310 - Enfin, il ne faut pas oublier qu'une raison plus pragmatique peut conduire le juge à exclure le contentieux économique du champ d'application de la responsabilité sans faute. Il s'agit de la nécessité de « *ménager les finances publiques* »⁶⁷⁹. Certes, cette préoccupation ne doit en aucun cas être prédominante puisque le juge n'a pas à exercer une mission de trésorier, il doit avant tout veiller à l'application correcte de la règle de droit. Néanmoins, il ne s'agit pas de fermer les yeux devant un constat évident : les mesures prises dans le domaine économique sont très nombreuses, multipliant ainsi les risques de litiges et surtout, les préjudices en la matière peuvent atteindre des sommes considérables. Il est donc clair que le contentieux économique coûterait très cher à l'Etat s'il était intégré dans le domaine de la responsabilité sans faute.

Cette crainte de voir le juge administratif rechercher l'économie des deniers publics à tout prix fait d'ailleurs naître des critiques assez virulentes à l'égard de la jurisprudence, à tel point que, dans son ouvrage⁶⁸⁰, C. Cormier n'hésite pas à affirmer que le raisonnement tenu par le juge administratif, « *repose plus sur des considérations d'opportunité que sur de véritables motifs juridiques* ». Ainsi, pour cet auteur, rien ne semble s'opposer à l'indemnisation des préjudices liés à un refus d'autorisation précaire et révoquant, dans la mesure notamment où ce refus est initialement issu d'une décision administrative et non, comme le considère le juge administratif, d'une loi dont il peut aisément interpréter l'objectif comme étant celui de créer une inégalité.

⁶⁷⁷ B. JEANNEAU, « Autour de l'arrêt « Commune de Gavarnie » : La responsabilité du fait des règlements légalement pris », art. préc., p. 387.

⁶⁷⁸ M. ROUGEVIN-BAVILLE, « Responsabilité sans faute », in *Encyclopédie Dalloz*, p. 41.

⁶⁷⁹ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, op. cit., p. 387.

⁶⁸⁰ C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 228, 2002, p. 306 et s.

311 - Lorsqu'il est de la nature de la mesure en cause de créer une inégalité, d'imposer une charge volontairement à une catégorie d'administrés, le juge administratif considère donc que la responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques n'est pas invocable. Il revient alors à la victime de prouver la faute de l'auteur de l'acte pour avoir une chance d'obtenir réparation, sous réserve bien entendu que les conditions relatives au préjudice soient réunies. L'exclusion de cette catégorie de mesures du domaine de la responsabilité objective, même si elle semble compréhensible, s'avère importante du fait de son étendue. Mais la volonté du juge d'éviter toute extension excessive de la responsabilité étatique ne va pas s'arrêter là. En effet, à côté de cette jurisprudence relative aux mesures prises dans un contexte particulier ou dans le domaine économique, on trouve de nombreuses décisions rejetant les demandes d'indemnités fondées sur une rupture d'égalité devant les charges publiques, au motif que la mesure en cause avait pour objet de protéger un intérêt général.

§ 2 : L'exclusion de la responsabilité sans faute lorsque l'objet de la mesure est de protéger un intérêt général

312 - A l'époque du développement de la jurisprudence restrictive en matière de dirigisme économique, l'exception apparaissait relative. On voulait croire que cette position n'ouvrirait en aucun cas la porte à une extension vers d'autres domaines. Ainsi, le commissaire du gouvernement Ordonneau, dans ses conclusions sur l'affaire « Société Manufacture des Machines du Haut-Rhin »⁶⁸¹ du 29 juin 1962, se voulait rassurant en ces termes: « *nous n'avons insisté sur votre jurisprudence en matière de réglementation économique que pour montrer son caractère exceptionnel, donc limité, la règle demeure, pensons-nous, hors du domaine où l'exception s'applique, la responsabilité de l'administration du fait de ses décisions, mêmes légales, au regard des préjudices spéciaux et exceptionnels qu'elles imposent à des intérêts légitimes* ».

Mais cette espérance va rapidement disparaître du fait de la tendance du juge administratif à utiliser la notion d'intérêt général pour réduire de nouveau le champ d'application de la responsabilité sans faute. Selon la jurisprudence, l'indemnisation pourra être refusée lorsque la mesure en cause est intervenue dans le cadre de l'intérêt général. Ceci semble doublement contestable dans la mesure où, d'une part, toute intervention de l'Etat s'inscrit dans la préservation de l'intérêt général, et d'autre part, c'est la charge créée dans

⁶⁸¹ CE, 29 juin 1962, *Société Manufacture des Machines du Haut-Rhin*, Rec. CE, p. 432, concl. Ordonneau ; AJDA, 1962, p. 580.

l'intérêt général qui, à la naissance de la jurisprudence « La Fleurette », justifiait l'octroi d'une indemnisation. Pour tenter d'expliquer ce paradoxe, le professeur Chapus développe le terme d'« *intérêt tout à fait général et prééminent* »⁶⁸² à différencier du simple intérêt général. C'est parce que l'intervention étatique est venue protéger ce « super » intérêt général que la responsabilité sans faute doit être exclue.

De prime abord, l'ambivalence de l'intérêt général s'avère simple à comprendre, même si elle semble un peu surprenante⁶⁸³, mais rapidement les inconvénients d'une telle reconnaissance vont se multiplier. Le juge administratif va dès lors avoir tendance à adopter une définition extensive (et donc incertaine) de la notion d'intérêt général excluant toute responsabilité sans faute (A), entraînant pour corollaire une utilisation dangereuse de cette notion (B), dans la mesure où les justifications du raisonnement du juge ne seront pas toujours aisées à déceler.

A - Une définition extensive de l'intérêt général exclusif de la responsabilité sans faute

313 - Le juge administratif va appréhender la notion d'intérêt général de manière extensive dans la mesure où sa présence justifiera de plus en plus souvent un refus d'indemnisation. Ainsi, l'intérêt général fait l'objet d'une conception évolutive (1), de nombreux domaines pouvant entrer dans sa définition. La délimitation de la notion apparaît donc difficile, d'autant plus que certaines de ses utilisations semblent contestables (2).

1. *La conception évolutive de la notion d'intérêt général*

314 - Depuis le développement de la jurisprudence « La Fleurette », le juge administratif n'a eu de cesse de tenter de restreindre son domaine d'application par une définition extensive de la notion d'intérêt général exclusif de toute responsabilité sans faute. En effet, il n'appartient qu'à lui de délimiter les objectifs entrant dans le cadre de la préservation de l'intérêt général, d'où la difficulté de cerner les limites de la notion et donc de savoir, à l'avance, si telle ou telle action juridique fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques est ou non vouée à l'échec.

En ce qui concernait les mesures prises dans le domaine économique, la prise de conscience de l'étendue de l'exception paraissait plus aisée car un seul et unique objet était visé. De plus, le refus de toute indemnisation, suite à l'engagement de la responsabilité sans

⁶⁸² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1373.

⁶⁸³ A ce sujet, voir *supra*, § n° 59 et s.

faute de l'Etat, prenait directement sa source dans le fait que l'inégalité à l'origine du préjudice était voulue, recherchée. Or face à la notion d'intérêt général, on se trouve devant une double difficulté dans la mesure où il est impossible d'énumérer l'intégralité des matières s'y rapportant, tout comme il est inutile de se référer à la présence d'une inégalité affirmée afin de mieux délimiter le concept puisque celle-ci n'existe pas.

Il s'agit néanmoins de ne pas dresser un constat trop alarmant de la situation. En effet, on trouve des domaines pour lesquels le juge a clairement reconnu leur appartenance à la notion d'intérêt général susceptible d'exclure toute responsabilité sans faute. L'inquiétude viendra simplement de l'impossibilité d'affirmer que ceux-ci forment une liste exhaustive.

315 - On trouve tout d'abord l'intérêt de la santé publique. Evoqué quelques années avant l'arrêt « La Fleurette »⁶⁸⁴, celui-ci va être réemployé par le juge quelques temps plus tard, et sans hésitation, à l'appui de son refus d'indemniser des préjudices causés par des textes législatifs. On peut ainsi relever l'arrêt « Société des Etablissements Aupinel et autres »⁶⁸⁵ rendu le 8 janvier 1965, à propos de l'ordonnance du 29 décembre 1958 imposant des limitations au transport des spiritueux destinés à la consommation de bouche, et dans lequel le Conseil d'Etat considère que « *cette disposition législative a pour objet, en facilitant le contrôle de l'administration sur le transport et la commercialisation des spiritueux, de lutter contre la fraude sur les alcools et de contribuer ainsi à la sauvegarde de la santé publique* ». La solution est reprise dans un jugement du tribunal administratif de Versailles⁶⁸⁶, à propos d'une loi interdisant aux directeurs et directeurs-adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale, d'exercer une autre activité médicale, pharmaceutique ou vétérinaire. En l'espèce, le juge précise que ces dispositions ayant été édictées exclusivement dans l'intérêt de la santé publique, elles ne peuvent donner lieu à une indemnisation sur le fondement de la responsabilité sans faute.

Le Conseil d'Etat a eu récemment l'occasion de réaffirmer l'importance de la protection de la santé publique lors de l'examen d'une requête tendant à l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat du fait d'une recommandation émise par une instance consultative⁶⁸⁷. En l'espèce, il s'agissait d'une demande d'indemnisation déposée par une

⁶⁸⁴ CE, 30 avril 1921, *Société Premier et Henry*, Rec. CE, p. 424, à propos de la loi du 16 mars 1915 interdisant la fabrication de l'absinthe.

⁶⁸⁵ CE, Ass., 8 janvier 1965, *Sté des Etablissements Aupinel et autres*, Rec. CE, p. 15.

⁶⁸⁶ TA Versailles, 7 mars 1989, *Morlat*, Rec. CE, T, p. 899.

⁶⁸⁷ CE, sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, Dr. adm., 2003, n° 118 ; AJDA, 2003, p. 935, chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA, 2003, p. 1185, concl. D. Chauvaux ; JCP, 2003, G, II, n° 10198, note M.-F. Delhoste ; Responsabilité civile et assurances, 2004, n° 1, p. 21, obs. C. Guettier. A ce sujet, Mrs Donnat et Casas, maîtres des requêtes, développent une réflexion assez critique du raisonnement tenu par le juge, dans le sens où pour eux, une

société fabricante de produits solaires, en réparation du préjudice subi par elle, du fait de la publication au Journal officiel, d'un avis de la Commission de sécurité des consommateurs recommandant l'interdiction d'huiles solaires contenant une certaine molécule pouvant être cancérigène⁶⁸⁸. Après avoir admis la possibilité d'une telle requête, le Conseil d'Etat va, en premier lieu, rejeter toute faute tant au niveau du fond que de la forme de l'avis rendu, puis en second lieu, les juges du Palais-royal vont conclure au rejet de la responsabilité sans faute, au motif que « *eu égard aux objectifs de protection de la santé publique et de la sécurité des consommateurs poursuivis par le législateur, les avis rendus par la commission de la sécurité des consommateurs ne peuvent, en l'absence de dispositions législatives expresses contraires, ouvrir droit à réparation, au profit des personnes qui fabriquent ou distribuent un produit pouvant présenter un danger pour la santé publique ou la sécurité des consommateurs, que s'ils sont constitutifs d'une faute (...)* ».

Par volonté de mimétisme avec le régime applicable aux textes de lois, on retrouve cette justification dans le cadre de préjudices issus de simples mesures administratives. Là encore le juge utilisa cette référence avant l'arrêt de principe « Commune de Gavarnie »⁶⁸⁹, mais n'hésita pas à le réemployer par la suite. Ainsi dans l'arrêt « Cuche »⁶⁹⁰, le Conseil d'Etat repousse une éventuelle responsabilité sur le fondement de la rupture d'égalité, au motif que la mesure prise par le ministre, supprimant un service de chirurgie dans un hôpital, était intervenue « *dans l'intérêt de la santé publique* ». Néanmoins, la rédaction de cet arrêt étant un peu ambiguë - le juge évoquant aussi la suppression d'un service public dont le maintien n'est pas jugé utile - c'est avec une certaine impatience que fut attendue l'arrêt de confirmation de cette solution. Ce fut chose faite avec l'arrêt « Rigal », du 1^{er} février 1980⁶⁹¹, concernant le retrait de l'autorisation donnée à une clinique d'utiliser des sources radioactives. En l'espèce, le Conseil d'Etat repoussa la demande d'indemnisation formulée par le médecin en indiquant que les autorisations accordées par le ministre peuvent « *être révoquées dans*

responsabilité sans faute serait dans l'avenir tout à fait envisageable dans ce type d'hypothèse, « l'avis adopté en toute légalité au nom du principe de précaution » pouvant entraîner des conséquences dommageables constitutives de charges anormales et spéciales. Reste au Conseil d'Etat à faire évoluer sa jurisprudence, laquelle n'admet, pour le moment, l'invocation du principe de précaution que dans le cadre du contentieux de la légalité, à l'exclusion donc de celui de la responsabilité (cf. CE, 4 janvier 1995, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Rossi*, CJEG, 1995, p. 232, note O. Sachs - CE, sect., 25 septembre 1998, *Association Greenpeace France*, Rec. CE, p. 342).

⁶⁸⁸ Pour un autre ex., voir, CE, 30 juillet 1997, *M. Boudin*, req. n° 118521, concernant, cette fois, la mise en garde par le Ministre de la Santé publique contre la consommation de pâté suite à un cas d'intoxication alimentaire grave et à la découverte de traces de toxine botulique dans une terrine portant la marque « Elbe ». En l'espèce, le Conseil d'Etat refuse d'indemniser le dirigeant et actionnaire principal de la société « Elbe », lequel faisait valoir que la mesure ministérielle était à l'origine de la mise en liquidation de la société, au motif que cette mesure poursuivait un objectif de protection de la santé publique excluant dès lors toute rupture d'égalité devant les charges publiques.

⁶⁸⁹ CE, 26 décembre 1951, *Ets Porfin*, Rec. CE, p. 623, à propos de la réglementation interdisant de vendre librement les conserves de viande de bœuf.

⁶⁹⁰ CE, 28 juin 1967, *Cuche*, Rec. CE, p. 285.

⁶⁹¹ CE, sect., 1^{er} février 1980, *Rigal*, Rec. CE, p. 64.

l'intérêt de la santé publique ». Il faut remarquer qu'ici ce refus était particulier, car il faisait écho à une demande d'indemnisation fondée sur la faute. Mais, l'examen de la responsabilité sans faute étant une question d'ordre public, au besoin à soulever d'office, le fait que le juge ne l'ait pas fait équivaut sans conteste à un rejet implicite.

316 - L'incompatibilité entre l'intérêt général et la responsabilité sans faute va être étendue, en suivant le même raisonnement, aux mesures prises dans l'intérêt de la préservation de la nature, même si, à l'heure actuelle, celle-ci semble dépassée. La question de la responsabilité en cas de préjudice subi du fait de mesures destinées à la protection de la nature a fait l'objet d'une jurisprudence quelque peu versatile. Son affirmation date de l'arrêt « Rouillon », rendu le 14 décembre 1984⁶⁹², dans lequel le Conseil d'Etat refuse toute indemnisation au sieur Rouillon, taxidermiste lésé par la loi du 10 juillet 1976 prohibant la naturalisation de certains animaux, au motif « *qu'eu égard à l'objet en vue duquel ces dispositions législatives et les divers textes pris pour leur application ont été édictés, dans l'intérêt général, le législateur a entendu exclure la responsabilité de l'Etat* ». La confirmation viendra de l'arrêt « Bente »⁶⁹³, de la Cour administrative d'appel de Lyon du 16 février 1989, portant sur deux textes d'application de la loi de 1976, prescrivant la protection des castors sur tout le territoire national et empêchant le sieur Bente, dont la propriété avait été endommagée par ces rongeurs, de bénéficier d'une indemnisation.

Quelques années plus tard, les juges du fond furent tentés par une évolution de cette position mais leurs velléités de changement subira la censure du Conseil d'Etat. En effet, le 1^{er} février 1994, la formation plénière de la Cour administrative d'appel de Lyon, dans un arrêt « M. Plan »⁶⁹⁴, décide que « *les règles de protection édictées en faveur des flamands roses ont mis M. Plan, exploitant agricole en Camargue, dans l'impossibilité de procéder à la destruction, capture ou enlèvement des peuplements de cette espèce qui envahissent ses rizières en causant des dommages aux semis (...) que par suite, les pertes de récoltes résultant de cette situation constituent pour l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge qui est la conséquence directe, mais non voulue, d'une mesure édictée par le législateur dans un intérêt général, doit être supportée par la*

⁶⁹² CE, 14 décembre 1984, *Rouillon*, Rec. CE, p. 423, concl. B. Stirn ; RDP, 1985, p. 1397, obs. Pacteau ; D., 1986, IR, p. 249, obs. F. Moderne et P. Bon.

⁶⁹³ CAA Lyon, 16 février 1989, *Bente*, Rec. CE, T, 1989, p. 899 ; JCP, 1990, G, IV, n° 21521, note De Malafosse. Voir également : CAA Lyon, 16 février 1989, *Sabatier*, LPA, 1990, n° 5, p. 9, obs. Julien-Laferrière et M. Deguerge - CE, 29 juillet 1994, *Le Beuf*, Rec. CE, p. 1052 ; RJE, 1995, n° 2, p. 337, obs. Ph. Billet et J. Untermaier, à propos de dommages causés par des grues - CAA Marseille, 28 décembre 1998, *Ministre de l'Environnement c/ Gast*, RFDA, 1999 p. 1108, s'agissant de dommages causés à des éleveurs par des lynx.

⁶⁹⁴ CAA Lyon, 1^{er} février 1994, *M. Plan*, Rec. CE, T, p. 1174 ; LPA, 31 mai 1996, n° 66, p. 26, note Beurdeley ; D., 1994, p. 442, note R. Romi ; Dr. env., 1^{er} juin 1994, n° 25, p. 60, note R. Romi ; JCP, 1994, G, II, n° 22281, note De Malafosse ; RJE, 1994, p. 263, concl. D. Richer.

collectivité ». La même solution fut reprise dans deux arrêts rendus par la Cour administrative de Bordeaux en date du 23 avril 1997⁶⁹⁵. Le revirement de jurisprudence était donc patent dans la mesure où le juge administratif reconnaissait l'application de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, alors même qu'il évoquait l'intérêt général poursuivi par la mesure en cause. Néanmoins, saisi de ces affaires quelques temps plus tard, le Conseil d'Etat réaffirme avec force sa position de départ en censurant les Cours administratives d'appel⁶⁹⁶. L'intérêt général de protection de la nature faisait donc bien partie de la notion d'intérêt général permettant une exclusion de toute responsabilité sans faute.

317 - Mais, cette jurisprudence rigoureuse du Conseil d'Etat semble à l'heure actuelle dépassée. En effet, dans un arrêt récent, « Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a. »⁶⁹⁷, rendu le 30 juillet 2003, le Conseil d'Etat vient d'admettre pour la première fois que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée à raison des conséquences de l'application de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. En l'espèce, il s'agissait d'une demande d'indemnisation de pisciculteurs en réparation des dommages causés à leur exploitation du fait de la prolifération des grands cormorans, espèces protégées par la loi du 10 juillet 1976. La Haute juridiction va leur accorder une indemnisation au motif « *qu'il ne ressort ni de l'objet ni des termes de la loi du 10 juillet 1976, non plus que de ses travaux préparatoires, que le législateur ait entendu exclure que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée* ». Le Conseil d'Etat revient donc ainsi sur sa position, dans la mesure où l'existence d'un intérêt général prééminent poursuivi par la loi, n'apparaît plus comme un critère d'exclusion systématique de la responsabilité de l'Etat. Mais l'engagement de la responsabilité du législateur n'en devient pas pour autant général et absolu. Le juge administratif accepte d'interpréter la volonté du législateur comme autorisant l'engagement de

⁶⁹⁵ CAA Bordeaux, 23 avril 1997, 2 espèces, *M. Benoît et Mme Madar*, Rev. Dr. rur., 1997, n° 257, p. 526, note De Malafosse ; Dr. env., 1999, comm. n° 70.

⁶⁹⁶ CE, 21 janvier 1998, *Ministre de l'Environnement c/ M. Plan*, Rec. CE, p. 19 ; RFDA, 1998, p. 565, obs. P. Bon ; Dr. adm., 1998, comm. n° 4, note Paillet ; JCP, 1998, G, II, n° 10164, note De Malafosse. En l'espèce, le juge reprend sa formule traditionnelle : « eu égard à l'objet en vu duquel les dispositions (...) ont été édictées, dans l'intérêt général, le législateur a entendu exclure la responsabilité de l'Etat ». Dans le même sens, voir, également, CE, 15 janvier 1999, 2 espèces, *Ministre de l'Environnement c/ M. Benoît*, req. n° 188180, Juris-Data, n° 1999-050740 et *Ministre de l'Environnement c/ Mme Madar*, req. n° 188181 - CAA Nantes, 3 novembre 1999, *M. Pommereau*, req. n° 97NT01869.

⁶⁹⁷ CE, sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a.*, Env., 2003, comm. n° 84, note Gillig ; Dr. env., 2003, n° 12, p. 176, note Deliancourt ; D., 2003, jurispr., p. 2527, note Guillard ; JCP, 2003, G, II, n° 10173, note Jobart ; JCP, 2003, A, n° 1896, note C. Broyelle ; RFDA, 2004, p. 144, concl. Lamy, et p. 151, note P. Bon ; RMC, 2004, p. 106, note F. Chaltiel ; RJE, 2004, n° 2, p. 189, note S. Juan. En l'espèce, la Haute juridiction avait renvoyé, après cassation, cette affaire devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux, laquelle vient de rendre sa décision, condamnant l'Etat à indemniser les pisciculteurs (cf. CAA Bordeaux, 26 février 2004, *Ministère de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, AJDA, 2004, p. 565). Pour une confirmation de cette position, voir CE, 29 décembre 2004, *Ministre de l'Ecologie et du Développement durable c/ M. Delagrange*, req. n° 266888.

la responsabilité de l'Etat, mais précise qu'une telle solution est adoptée afin de réparer « *un dommage anormal que l'application (des) dispositions (de la loi de 1976) pourrait causer à des activités - notamment agricoles - autres que celles qui sont de nature à porter atteinte à l'objectif de protection des espèces que le législateur s'était assigné* ».

Par l'ajout de cette formule, le Conseil d'Etat propose ainsi un nouveau critère d'interprétation de la volonté du législateur, à savoir celui de l'objectif de la législation, en l'occurrence ici la protection de la nature. Pour chaque cas d'espèce, il conviendra désormais d'examiner attentivement l'activité affectée par les dispositions de la loi afin de se rendre compte si celle-ci est ou non « *de nature à porter atteinte à l'objectif de protection des espèces que le législateur s'était assigné* ». La Haute juridiction semble donc formuler une exigence de conformité entre l'activité affectée et l'objectif de protection de la nature dans le sens où aucune contradiction ne devra exister entre les deux afin que le requérant puisse prétendre à une indemnisation de son préjudice. Concrètement, seuls les dommages apparaissant comme « *une conséquence indirecte non voulue par le législateur et non nécessaire à la préservation des espèces protégées* »⁶⁹⁸ pourront faire l'objet d'une indemnisation. Une telle solution se justifie par le fait que ces dommages peuvent être qualifiés d' « *a-normaux* », c'est-à-dire « *d'étrangers à l'objectif législatif* » et qu'en les indemnisant le juge administratif se contente de statuer sur « *les conséquences secondaires de son application* »⁶⁹⁹. A l'inverse, les dommages causés à des activités auxquelles le législateur a sciemment voulu porter atteinte, dans le sens où ces activités « *doivent se trouver affectées pour atteindre l'objectif fixé par la loi* »⁷⁰⁰, ne seront toujours pas indemnisés. Ces dommages apparaissent comme un effet normal de la loi, ce sont « *des charges voulues* »⁷⁰¹. En les indemnisant, le juge administratif en viendrait à « *corriger la loi* »⁷⁰².

318 - Il convient néanmoins d'être précis et de ne pas conclure trop précipitamment à un revirement total de jurisprudence créant alors un droit quasi-automatique à l'indemnisation des dommages causés aux activités qui ne sont pas de nature à porter atteinte à l'objectif de protection des espèces. En effet, il semble inconcevable que le juge se livre à l'avenir à une application de cette solution sans examiner, au préalable, la situation réelle du requérant. Pour prétendre à une indemnisation, celui-ci doit nécessairement alléguer d'un préjudice direct. Or,

⁶⁹⁸ Selon les propos tenus par D. RICHER, dans ses conclusions préc., sur CAA Lyon, 1^{er} février 1994, *M. Plan*.

⁶⁹⁹ Selon le raisonnement tenu par C. BROUELLE, dans sa note préc., sous l'espèce qui nous concerne. Pour une analyse détaillée de ces explications, voir, du même auteur, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003.

⁷⁰⁰ Concl. D. RICHER, préc.

⁷⁰¹ C. BROUELLE, note préc., sous CE, sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a.*

⁷⁰² *Idem*.

il est permis de douter de l'existence de ce caractère dans l'hypothèse où le requérant n'aurait entrepris aucune action préventive ou serait resté sans rien faire pour stopper les ravages de son exploitation. On recense certaines décisions antérieures ayant conclu au refus d'indemnisation de dégâts causés par des espèces protégées aux agriculteurs, au motif que ceux-ci avaient commis une faute en s'abstenant de recourir à des moyens préventifs de lutte contre l'envahissement de leurs terres cultivées⁷⁰³. La loi de 1976 interdit en effet uniquement la capture et la destruction de certaines espèces protégées. De plus, dans son arrêt « Plan » de 1994⁷⁰⁴, la cour administrative d'appel de Lyon avait conclu à l'indemnisation du requérant, au motif notamment que celui-ci, exploitant agricole en Camargue, était dans l'impossibilité de procéder à la destruction, à la capture ou à l'enlèvement des peuplements de flamands roses qui envahissaient périodiquement ses rizières mais « *que seules ces mesures auraient été à même d'organiser une lutte efficace contre cet envahissement, les dispositifs d'effarouchement s'avérant en effet peu efficaces en raison de l'accoutumance des animaux* ». Dès lors, il apparaît que seuls les exploitants ayant eu un comportement positif de protection de leurs cultures, c'est-à-dire de prévention et d'évitement du dommage pourraient bénéficier d'une indemnisation, d'autant plus que, malgré l'audace de certains tribunaux administratifs, il reste impossible à ce jour d'invoquer les conséquences dommageables du retard avec lequel les autorités publiques ont édicté des mesures de régulation de certaines espèces⁷⁰⁵.

Enfin, si on peut se féliciter d'une telle solution, sans doute dictée par la volonté du juge administratif d'harmoniser sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁰⁶, celle-ci ne va pas sans poser quelques interrogations liées notamment à sa comparaison avec le traitement des demandes d'indemnisation de dommages, émanant

⁷⁰³ CAA Nancy, 30 janvier 1990, *Le Beuf*, préc. - CAA Marseille, 18 juin 1998, *Ministre de l'Environnement c/ M. Plan*, RJE, 2001, n° 2, p. 241, note M.-F. Delhoste.

⁷⁰⁴ CAA Lyon, 1^{er} février 1994, préc.

⁷⁰⁵ A deux occasions, les juges de première instance avaient reconnu la carence des services de l'Etat du fait du refus de ces derniers de prendre, dans un délai raisonnable, les mesures réglementaires de nature à assurer la préservation des intérêts des exploitants piscicoles, face à la multiplication des dégâts causés par les grands cormorans (cf. TA Nantes, 18 février 1997, *Association des marais des Olonnes c/ Ministre de l'Environnement*, RJE, 1998, n° 1, p. 95, note J.-F. Struillou, et p. 134, obs. Ph. Billet ; D., 1998, p. 403, note R. Romi ; Dr. env., 1998, comm. n° 55, note R. Romi ; LPA, 13 mars 1998, n° 31, p. 13, note C. Jarlier-Clément et J.-N. Clément - TA Orléans, 29 avril 1997, *ADARC et autres c/ Ministre de l'Environnement*, BDEI, 1998, n° 1, p. 19, note J.-P. Boivin. Néanmoins, dans une décision en date du 3 novembre 1999, la Cour administrative d'appel de Nantes rejette toute responsabilité de l'Etat, aussi bien sur le terrain de la responsabilité sans faute du fait des lois que sur celui de la carence fautive de ce dernier (cf. CAA Nantes, 3 novembre 1999, *Association des Marais d'Olonne et autres*, Rec. CE, T, p. 690 ; RJE, 2000, n° 2, p. 221, concl. Lalauze ; Dr. env., 2000, comm. n° 76, note R. Romi ; D., 2000, jurispr., p. 437, note Hostiou).

⁷⁰⁶ En effet, la Cour manifeste clairement son objectif de protection « réelle et effective » du droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la Conv. EDH (cf. CEDH, 27 octobre 1994, *Katte Kliitsche de la Grange c/ Italie*, BJDJ 1995, n° 2, p. 161, obs. J.-C. Bonichot), et ce au nom de la préservation d'un « juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » (cf. CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lonnroth c/ Suède*, req. n° 00007151/75 et 00007152/75).

d'éleveurs, suite aux attaques de loups ou d'ours⁷⁰⁷. Mais la principale interrogation nous concernant reste celle de la réaction du législateur face à cette nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de l'Etat. Soucieux d'éviter des répercussions financières trop importantes, celui-ci va-t-il alors renoncer à poursuivre son effort normatif de protection de la nature ? Va-t-il plutôt tenter de réduire les cas d'indemnisation en listant les dommages réparables ? Ou va-t-il enfin adopter une position encore plus radicale en précisant dans les lois à venir que les préjudices ne sont pas indemnisables, coupant ainsi court à toute interprétation de sa volonté par le juge administratif ? Seule l'avenir nous le dira.

319 - Le caractère prééminent de l'intérêt général peut aussi être invoqué lorsque le préjudice est issu de mesures prises dans l'intérêt du patrimoine historique et culturel, pour preuve l'arrêt « *Ministre de la culture c/ Consorts Genty* »⁷⁰⁸ rendu le 7 octobre 1987, dans lequel le Conseil d'Etat a estimé qu'« *eu égard à l'objectif poursuivi par la loi du 23 juin 1941, les actes ou décisions de l'administration en matière d'interdiction d'exportation des œuvres présentant un intérêt national d'histoire ou d'art ne peuvent ouvrir droit à indemnisation que s'ils sont entachés d'illégalités* ». La même solution fut adoptée dans l'arrêt « *Consorts Heugel* » rendu le 3 avril 1987⁷⁰⁹.

320 - On peut encore citer le cas des mesures prises dans l'intérêt de la sécurité des personnes. Le juge administratif affirme, là aussi, leur incompatibilité avec le régime de responsabilité sans faute. La solution va être énoncée dans les arrêts « *Compagnie commerciale française cinématographique* » du 24 juin 1949 et « *Société des films Sirius* » du 19 juillet 1950⁷¹⁰, à l'occasion de refus d'exportation d'un film dans la première espèce et de retrait de visa d'exploitation dans la seconde. Ici, le juge justifie son refus d'indemnisation par la nécessité du maintien de l'ordre public légitimant l'action étatique, et lui donnant donc la

⁷⁰⁷ Depuis juillet 2000, il existe, en effet, pour ces préjudices spécifiques, un fonds d'indemnisation prévu par le programme européen LIFE-Nature (cf. Règlement CE, n° 1655/2000 du 17 juillet 2000, JOCE n° L 192/1 du 28 juillet, voir arts 2 et 3). Il est ainsi alloué à l'éleveur une somme forfaitaire pour chaque bête attaquée, peu importe que celui-ci ait ou non pris des mesures préventives afin de protéger son élevage. On voit alors apparaître ici un fort déséquilibre en faveur des éleveurs subissant des attaques d'ours ou de loups par rapport aux simples agriculteurs. Qu'ils adoptent ou non un comportement positif de prévention, les éleveurs seront toujours indemnisés : soit par le fonds en cas de passivité, soit suite à l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat en cas d'adoption de mesures protectrices de leurs troupeaux. Or, rien ne semble réellement justifier une telle différence de traitement selon l'activité exercée par la victime. La question du maintien ou de la suppression du fonds d'indemnisation va ainsi nécessairement devoir se poser pour l'avenir.

⁷⁰⁸ CE, 7 octobre 1987, *Ministre de la Culture c/ Consorts Genty*, Rec. CE, p. 304 ; D., 1988, p. 269, note Laveissière ; D., 1988, SC, p. 373, obs. F. Moderne et P. Bon ; LPA, 18 décembre 1987, p. 4, note Moderne ; RFDA, 1988, p. 858, concl. Van Ruymbeke.

⁷⁰⁹ CE, 3 avril 1987, *Consorts Heugel*, Rec. CE, p. 119 ; AJDA, 1987, p. 534, concl. Hubac, et p. 700, chron. Azibert et de Boisdeffre.

⁷¹⁰ Respectivement : CE, 24 juin 1949, Rec. CE, p. 311 et CE, 19 juillet 1950, Rec. CE, p. 450.

possibilité de porter atteinte aux droits de propriété littéraire et artistique. Il faut dire qu'à l'époque, le contexte était particulier et que les films visés par les restrictions étaient des œuvres auxquelles Sacha Guitry avait participées sous l'occupation. La solution fera l'objet d'une confirmation par l'arrêt « Manufacture française d'armes et de cycles de Saint-Etienne »⁷¹¹, énonçant que le règlement contesté avait pour « *objet d'assurer la qualité des armes à feu et, par suite, de protéger les utilisateurs de ces armes contre les dangers que pouvait présenter la fabrication défectueuse de celles-ci* » et refusant donc, en l'absence de disposition législative contraire, le droit à réparation au requérant.

Plus proche de nous, on trouve un arrêt rendu par la Cour administrative de Nancy⁷¹², à propos d'une demande d'indemnisation d'une société, contrainte d'abandonner l'aménagement de plusieurs de ses parcelles, suite à l'adoption d'un plan de prévention des risques naturels. Là encore, le juge refusa d'accorder réparation du préjudice sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, au motif que la loi en vertu de laquelle ce plan avait été décidé poursuivait un but d'intérêt général, à savoir la préservation de la sécurité des populations exposées à ces risques.

321 - La notion d'intérêt général prééminent est donc difficile à cerner dans la mesure où des domaines divers méritent protection et sont alors intégrés à elle, afin que l'Etat puisse intervenir en toute quiétude. Etablir un recensement de ces domaines s'avère impossible dans la mesure où tous les développements sont envisageables, constituant ainsi un frein important à l'extension de la responsabilité sans faute, d'autant plus que le juge n'hésite pas à combiner plusieurs motifs d'intérêt général afin de légitimer la rupture d'égalité créée par le texte.

L'illustration de cette tendance peut être apportée à travers l'examen des conséquences de l'art. 1^{er} de la loi du 4 mars 2002⁷¹³, dit amendement anti-Perruche. Dans un avis rendu le 6

⁷¹¹ CE, 6 janvier 1956, *Manufacture française d'armes et cycles de Saint-Etienne*, Rec. CE, p. 3.

⁷¹² CAA Nancy, 10 avril 2003, *Société Le Nid*, AJDA, 2003, p. 870, obs. Y. Jegouzo ; Env., 2003, comm. n° 70, note P. Trouilly ; LPA, 4 mai 2004, n° 89, p. 3, note S. Juan. Dans le même sens, voir, TA Amiens, 30 avril 2002, *Coopérative agricole du Soissonnais c/ MATE, Dr. env.*, 2003, n° 1, p. 2, à propos de la fermeture d'un silo de stockage de céréales. En l'espèce, le tribunal rejette la demande d'indemnisation formulée par le propriétaire, au motif que les dispositions de la loi du 19 juillet 1976 ont été édictées dans un intérêt général et prééminent. Dès lors, il ne peut y avoir de responsabilité sans faute de l'Etat du fait des mesures d'application de cette législation.

⁷¹³ Loi n° 2002-303, JO, 5 mars 2002. Du fait de ce texte, le législateur est venu réduire de façon considérable l'indemnisation des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse. Jusqu'alors, le juge administratif reconnaissait la prise en charge des frais entraînés par l'existence du handicap de l'enfant comme une partie intégrante du préjudice indemnifiable des parents (cf. CE, 14 février 1997, *Quarez*, Rec. CE, p. 44 ; D., 1997, SC, p. 322, obs. J. Penneau, S. Henneron, P. Bon et D. de Béchillon ; RFDA, 1997, p. 374, concl. V. Péresse et note B. Mathieu ; AJDA, 1997, p. 430, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot), tandis que le juge judiciaire acceptait d'indemniser l'enfant lui-même (cf. Cass. Civ., 17 novembre 2000, *Perruche*, D., 2001, p. 316, concl. J. Sainte-Rose, jurispr., p. 332, note D. Mazeaud, et p. 336, note P. Jourdain, SC, p. 2796, obs. F. Vasseur-Lambry). L'art. 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 limite d'abord la responsabilité du médecin ou de l'établissement de santé à la « faute caractérisée », n'admet ensuite que l'indemnisation du préjudice des parents,

décembre 2002⁷¹⁴, le Conseil d'Etat affirme que ce texte est entré en vigueur dès la parution de la loi, qu'il revêt donc un caractère rétroactif s'appliquant « *aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation* », et qu'il n'est en aucun point incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme ou le pacte sur les droits civils et politiques. Pour justifier de cette solution, le Conseil d'Etat invoque les motifs d'intérêt général poursuivis par le législateur, à savoir à la fois des « *raisons d'ordre éthique, une bonne organisation du système de santé* » et enfin un « *traitement équitable de l'ensemble des handicapés* ».

Or, il semble que du fait de ce texte, le législateur pourrait faire l'objet d'une action en responsabilité sans faute, dans la mesure où l'amendement anti-Perruche provoque une rupture d'égalité devant les charges publiques au détriment des parents dont la demande d'indemnisation du préjudice subi par eux avant l'entrée en vigueur de la loi n'a pas fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée au lendemain de la loi du 4 mars 2002⁷¹⁵. En effet, ces parents se voient automatiquement opposer le nouveau régime d'indemnisation issu de la loi, subissant alors une perte non négligeable de créances⁷¹⁶, à la

et enfin, prévoit que le préjudice indemnisable « ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap ». La prise en charge de ce handicap est alors renvoyée de façon assez vague à la « solidarité nationale », tandis que seul le préjudice moral des parents devient indemnisable sur le fondement d'une action en responsabilité.

Pour une lecture littérale de ces dispositions entraînant une paralysie des effets de la loi, voir, CAA Paris, 24 juin 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille c/ M. et Mme J.*, AJDA, 2003, p. 2049, note S. Hennette-Vauchez. Ici, la Cour tient en échec une part importante du dispositif anti-Perruche en accordant aux parents d'un enfant né handicapé, une indemnisation couvrant les troubles dans leurs conditions d'existence ainsi que les préjudices matériels relatifs aux charges particulières découlant, tout au long de la vie de leur enfant, de son handicap. Pour ce faire, la juridiction d'appel considère que l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 n'est pas applicable en l'espèce, dans la mesure où ces dispositions « s'appliquent à l'indemnisation des handicaps causés par des fautes médicales intervenues pendant la gestation de l'enfant qui en a été victime et qu'elles ne sont pas applicables aux fautes qui ont pour effet, comme c'est le cas en l'espèce, de ne pas permettre aux parents concernés d'éviter la conception d'un enfant handicapé (...) ».

⁷¹⁴ CE, avis, 6 décembre 2002, *Epoux Draon*, AJDA, 2003, p. 283, chron. F. Donnat et D. Casas ; D., 2003, IR, p. 108 ; RFDA, 2003, p. 200, et p. 339, note J. Petit.

⁷¹⁵ La même remarque pourrait éventuellement être faite au sujet de l'art. 101 de la loi n° 2002-203 du 4 mars 2002 concernant l'indemnisation des accidents médicaux. En effet, celui-ci énonce que les dispositions relatives à l'indemnisation des victimes s'appliquent aux accidents médicaux « consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins, réalisées au plus tôt six mois avant la publication de la présente loi » et « aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable » (A noter ici, que la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 est venue préciser le sens à donner à ces modalités d'application. Ainsi, les affaires en cours concernant des actes médicaux dommageables dont la réalisation est antérieure au 5 septembre 2001 ne tombent pas sous le coup de la loi du 4 mars 2002). Or, la loi prévoit notamment, pour les personnes contaminées par le virus de l'hépatite C, un renversement de la charge de la preuve du lien de causalité qui pèse désormais sur le défendeur (à ce sujet, voir *supra*, § n° 246). N'y a-t-il donc pas ici rupture d'égalité devant la loi, eu égard à la différence de situation dans laquelle se trouvent les victimes selon que l'acte à l'origine de leur contamination a eu lieu avant ou après le 4 septembre 2001 ? La question peut se poser mais il semble que, déjà même avant l'entrée en vigueur de la loi, la jurisprudence administrative avait tendance à se livrer à un renversement de la charge de la preuve du lien de causalité. Voir par exemple, CAA Lyon, 1^{er} décembre 1994, *Centre hospitalier de Thonon les Bains c/ Laveneau*, req., n° 93LY00336 - CAA Nantes, 11 mars 1999, *M. Robert Florendeau*, Juris-Data n° 043459 ; Procédures, 1999, n° 281 - CE, 15 janvier 2001, 3 espèces, *Assistance publique-Hôpitaux publics*, req. n° 208958, 208960 et 208962.

⁷¹⁶ Pour une première application des dispositions anti-Perruche, voir, CAA Paris, 13 juin 2002, *M. et Mme Maurice*, LPA, 7 octobre 2002, n° 200, p. 10, concl. J. de Saint Guilhem ; D., 2002, jurispr., p. 2157, note M.-C.

différence de ceux dont la requête en indemnisation ne peut plus être réexaminée, alors que les requérants avaient tous subi un préjudice antérieurement aux dispositions en cause. Comme le souligne, J. Petit⁷¹⁷, la loi nouvelle récompense le responsable « *chicanier, qui conteste sa condamnation et saisit les seconds juges* », plutôt que le responsable « *respectueux du droit, qui ne fait pas appel et laisse ainsi le jugement passer en force de chose jugée* ».

On voit alors réapparaître ici la perversité de la notion d'intérêt général. En effet, afin de justifier qu'une charge ne saurait peser sur quelques personnes du fait de la législation nouvelle, l'intérêt général pourrait raisonnablement être invoqué à l'appui d'une mise en cause de la responsabilité de l'Etat du fait des lois. Mais, il est très probable que le juge administratif se prononce en faveur de l'exclusion de tout droit à réparation au nom, là aussi, d'un intérêt général, à savoir les triples motifs énoncés dans son avis du 6 décembre 2002 et apparaissant comme éminents⁷¹⁸. A noter que ces motifs peuvent apparaître contestables au vu des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme⁷¹⁹, dans le sens où le juge de Strasbourg exige la présence de motifs « impérieux »⁷²⁰ afin de pouvoir porter atteinte, au nom de l'intérêt général, aux droits fondamentaux des individus. Saisi d'une demande en ce sens, la Cour aura prochainement l'occasion de se prononcer sur ce point.

322 - La notion d'intérêt général apparaît ainsi très fluctuante empêchant toute définition exhaustive. Cette incertitude soulève de nombreuses interrogations sur la volonté

de Montecler). Ici, les parents d'un enfant né avec un handicap, lesquels n'avaient pas été informés pendant la grossesse du fait d'une inversion de résultats d'analyses, s'étaient vus accorder, en décembre 2001, sur le fondement de la jurisprudence « Quarez », une provision sur indemnités de 152 449 euros, incluant les frais entraînés par l'état de l'enfant. Mais, en juin 2002, le juge d'appel va se prononcer conformément aux dispositions de la loi du 4 mars 2002, réduisant alors par dix la provision accordée aux parents. Puis, saisi de deux pourvois en cassation, le Conseil d'Etat va ramener de un à trois la réduction de la provision allouée en première instance (cf. CE, 19 février 2003, *M. et Mme Maurice*, AJDA, 2003, p. 854, note. M. Deguegue ; RCA, 2003, comm. n° 208, note C. Guettier).

⁷¹⁷ Note préc., sous CE, avis, 6 décembre 2002, *Epoux Draon*, p. 345.

⁷¹⁸ Pour une critique du caractère éminent de ces motifs et une démonstration en faveur de la réunion des conditions de la responsabilité sans faute du législateur, voir, J. PETIT, *idem*, p. 345 et s.

⁷¹⁹ A ce sujet, voir la chron. préc. de Mrs Donnat et Casas (AJDA, 2003, p. 284) rendant compte de l'argumentation développée par le commissaire du gouvernement OLSON, dans ses conclusions sur l'avis rendu par l'Assemblée du contentieux, en date de 6 décembre 2002. A l'époque, celui-ci avait clairement pris position en faveur d'une incompatibilité de l'amendement anti-perruche avec les dispositions de la Conv. EDH, mais il ne fut pas suivi par le Conseil d'Etat.

⁷²⁰ Tout en reconnaissant que le pouvoir législatif peut réglementer, en matière civile, par de nouvelles dispositions à caractère rétroactif, des droits découlant de lois en vigueur, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme estime que « le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable (...) s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'influence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige » (cf. CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis*, série A, n° 301-B, § 49 - CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France*, AJDA, 2000, p. 533, obs. J.-F. Flauss ; JCP, 2000, G, I, n° 203, obs. F. Sudre ; LPA, juin 2000, n° 114, note A. Boujeka ; RDP, 2000, p. 716, obs. G. Gonzalez ; RDP, 2001, p. 23, étude X. Prétot ; RFDA, 2000, p. 1254, note S. Bolle ; RTD civ., 2000, p. 436, obs. J.-P. Marguénaud, et p. 629, obs. R. Perrot, § 57).

du juge d'étouffer ou non une jurisprudence qu'il a lui-même créée, d'autant plus que certaines espèces font apparaître une notion d'intérêt général assez contestable.

2. *L'emploi contestable de la notion d'intérêt général*

323 - Le Conseil d'Etat a tendance à apprécier de plus en plus amplement le caractère prééminent de l'intérêt général, empêchant ainsi dans de nombreux domaines, l'application de la responsabilité sans faute. Mais le plus déstabilisant reste que la liste des domaines légitimant l'exclusion de la responsabilité objective par le but d'intérêt général poursuivi par la mesure incriminée n'est pas figée, ce qui génère une situation complexe pour le requérant. Ce constat s'avère quelque peu inquiétant mais reste compréhensible dans la majorité des cas. En effet, il semble indispensable que l'Etat puisse agir sans crainte afin de protéger au mieux la santé publique, la nature, le patrimoine ou encore la sécurité des personnes. On imagine assez facilement pourquoi de tels intérêts font partie intégrante de la notion d'intérêt général prééminent, même si à terme leur utilisation risque de remettre gravement en cause le principe posé par l'arrêt « La Fleurette ». Il ne faudrait néanmoins pas que cette exclusion de la responsabilité sans faute au nom d'un « super-intérêt » se généralise, dans le sens où le juge n'aurait de cesse de trouver de nouveaux domaines d'application. Or s'il est impossible d'affirmer la réalisation d'une telle dérive, la vigilance s'impose dans la mesure où, certains arrêts évoquent la protection d'un intérêt général peu commun.

324 - Une certaine perplexité peut tout d'abord être ressentie à la lecture de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat, en date du 27 février 1942 « Sieurs Mollet, Dehouve et autres »⁷²¹. Il s'agissait d'un recours émanant de commerçants du Quartier Latin, dirigé contre l'Université de Paris et contre l'Etat, en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice causé par le ralentissement de leurs affaires, consécutif à la création de la cité universitaire. Le Conseil d'Etat va rejeter leur demande au motif que, « *la Cité universitaire a pour objet d'assurer aux étudiants les meilleures conditions d'existence matérielle, intellectuelles et morales, et de favoriser le rapprochement des élites de tous les pays ; qu'elle constitue à ce double titre un complément du service public de l'enseignement ; que, par suite, en admettant que sa création et son développement aient amené une certaine réduction du bénéfice que les requérants tiraient antérieurement de l'exercice de leur industrie ou de leur commerce, le préjudice ainsi subi par eux n'est pas de nature à leur ouvrir droit à indemnité* ».

⁷²¹ CE, Ass., 27 février 1942, *Sieurs Mollet, Dehouve et autres*, Rec. CE, p. 64.

Ici, il est donc clairement affirmé que les mesures concernant la création et le développement de la cité universitaire répondaient à un besoin de progrès social, et que c'est à ce titre que la requête des commerçants ne pouvait être accueillie. On est ainsi assez loin de l'intérêt général dit prééminent puisqu'en l'espèce, le juge ne s'est livré qu'à une simple comparaison de situation. En effet la construction de la cité universitaire, si elle correspond bien à une avancée sociale, ne doit cependant pas, comme le remarque G. Morange, légitimer « l'écrasement éventuel de tous ceux qui se livraient à des activités qui, n'ayant aucun caractère répréhensible, étaient même socialement les seules possibles avant le progrès réalisé »⁷²². Ce qui semble avoir guidé le juge dans son raisonnement n'est pas véritablement la présence d'un intérêt social à protéger à tout prix, mais plutôt le fait que la situation ancienne soit considérée comme illégitime car moins heureuse sur le plan social. La décision apparaît d'autant plus critiquable que l'absence de caractère spécial du préjudice aurait probablement permis au juge d'en arriver à la même solution.

325 - Plus près de nous, une autre décision peut laisser tout aussi circonspect. Il s'agit de l'arrêt émanant de la Cour administrative d'appel de Lyon « Roger Autard et autres. »⁷²³, rendu le 10 octobre 1990. En l'espèce, une loi du 9 juillet 1984 portant diverses dispositions d'ordre social avait considérablement réduit, dans le souci de limiter les dépenses de la sécurité sociale, les cas où une enquête doit être obligatoirement diligentée, à la suite d'un accident du travail, par des agents assermentés et agréés par le Ministre du Travail mais ne relevant pas des caisses de sécurité sociale. M. Roger Autard et plusieurs autres enquêteurs, victimes par voie de conséquence d'un grave préjudice, certains même se retrouvant sans emploi, demandèrent réparation de leur perte de revenu, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Cette demande fut d'abord rejetée par le tribunal administratif de Nice, puis par la Cour administrative d'appel de Lyon, cette dernière utilisant un raisonnement quelque peu inattendu. Le juge va invoquer l'intérêt financier que la loi était censée protéger, afin de rejeter la demande d'indemnisation en ces termes : « *il ressort des circonstances ayant présidé à l'adoption de la loi que le législateur a entendu alléger une procédure peu utile et coûteuse qui alourdissait les charges de gestion de la sécurité sociale ; que la loi du 9 juillet 1984 étant ainsi intervenue dans un but d'intérêt général, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée du fait de ses conséquences sur le tarissement de leurs sources de revenus* ».

⁷²² G. MORANGE, « La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative », D., 1953, chron., p. 32.

⁷²³ CAA Lyon, 10 octobre 1990, *Roger Autard et a.*, Rec. CE, p. 469 ; JCP, 1991, G, II, n° 21761, note C. Lavalie.

A cette occasion, le juge va donc franchir une nouvelle étape relative à l'importance qu'il tente de donner à la gestion financière depuis quelques décennies. En effet pendant longtemps, l'action administrative devait nécessairement être désintéressée, l'Etat n'ayant aucunement pour mission de faire fructifier le patrimoine dont il était doté. Puis, à travers la politique de rationalisation des choix budgétaires amorcée dans les années 1970, l'intérêt financier devient une composante de l'intérêt général dès lors qu'il est poursuivi dans le cadre de la gestion d'un service public. Il ne restait plus qu'à utiliser cette nouvelle conception de l'intérêt général dans le cadre du contentieux de la responsabilité. Ce fut chose faite en l'espèce puisque la poursuite de l'intérêt financier par l'intervention étatique préjudiciable au requérant sert de motif au refus de toute responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques.

326 - Les conséquences de cet arrêt peuvent donc laisser perplexe même si certains commentateurs tentent d'expliquer le raisonnement du juge par référence à la distinction, initiée par P. Delvolvé⁷²⁴, entre l'inégalité voulue et l'inégalité simple effet malheureux de la mesure en cause. Ainsi pour C. Lavalie⁷²⁵, l'objet principal de la loi était de supprimer un certain nombre de formalités assurées par des agents assermentés entraînant donc une inévitable réduction de leur activité professionnelle. En conséquence, « *l'inégalité qui frappe (les agents) est recherchée. Elle est l'essence même de la réforme (...) en l'absence d'un dispositif spécifique d'indemnisation, le législateur a implicitement entendu exclure toute réparation* ».

L'explication est tentante, néanmoins cette distinction a été instituée pour justifier le refus d'indemnisation sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, lorsque la mesure en cause touche au domaine économique. Il semble donc dangereux de toujours vouloir rattacher les avancées du juge à un phénomène déjà connu. Ici, le rejet de la requête repose intégralement sur l'intérêt financier de la mesure, le juge livrant alors une nouvelle facette de la notion d'intérêt général. Le fait que l'Etat recherche une certaine protection des deniers publics n'a rien d'alarmant bien au contraire, ce qui inquiète c'est l'appréciation que semble porter le juge sur ce comportement. En refusant l'indemnisation du fait de l'intérêt financier, il semble se conformer à la prééminence des préoccupations budgétaires. Et c'est bien cette démarche qui appelle à la prudence afin de ne pas voir les refus d'indemnisation se développer à l'occasion de situations toujours plus inattendues.

⁷²⁴ P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 88, 1969, p 258 et s.

⁷²⁵ C. LAVIALLE, note préc.

327 - Il est donc permis d'affirmer que le juge utilise une définition très évolutive de la notion d'intérêt général facteur d'exclusion de la responsabilité sans faute. Il règne alors un certain flou renforcé par le fait, qu'à l'examen de la jurisprudence, il semble que le juge fasse quelques fois une utilisation dangereuse de la notion d'intérêt général.

B - Une utilisation dangereuse de l'intérêt général exclusif de la responsabilité sans faute

328 - Le danger va venir du fait que la doctrine a du mal à faire entrer les solutions d'exclusion de la responsabilité sans faute au nom de l'intérêt général, dans un carcan bien défini. En effet, même si de nombreux auteurs se sont penchés sur les possibles fondements d'un tel comportement jurisprudentiel, il semble que la justification de l'ensemble des solutions soit difficile (1). On arrive toujours à expliquer tel ou tel raisonnement du juge mais jamais l'intégralité du principe de l'ambivalence de la notion d'intérêt général.

De plus, une véritable incertitude va venir planer sur le principe d'exclusion de la responsabilité sans faute au nom de l'intérêt général, dans la mesure où le juge lui-même développe une jurisprudence incertaine dans ses motifs (2), faisant ainsi naître une crainte quant au véritable objectif poursuivi par les tribunaux.

1. Des justifications difficiles

329 - Dès 1938, à l'occasion de l'arrêt « La Fleurette »⁷²⁶, le juge affirma sa volonté d'interpréter le silence du législateur comme ayant voulu offrir la possibilité d'une réparation lorsqu'il se trouvait face à un particulier subissant une charge anormale créée dans l'intérêt général. Un énorme pas était franchi puisque jusqu'alors, en cas de texte muet sur le système de réparation, le juge concluait à l'impossibilité d'engager la responsabilité sans faute de l'Etat⁷²⁷. A l'examen de la jurisprudence administrative en faveur du rejet de la responsabilité sans faute au nom de l'intérêt général, on est donc logiquement en droit de se demander ce qu'il advient du principe énoncé dans l'arrêt « La Fleurette ». En effet, il semble que l'on retourne à une certaine irresponsabilité étatique, puisque dans certains cas la présence d'un intérêt général poursuivi par la mesure en cause suffira à refuser toute indemnisation pour rupture d'égalité.

⁷²⁶ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. CE, p. 25 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque.

⁷²⁷ Le Conseil d'Etat a néanmoins parfois reconnu le droit à indemnité nonobstant le silence du législateur. Voir, CE, 8 août 1919, *Verret*, Rec. CE, p. 758 - CE, 18 mars 1927, *Ville de Paris*, Rec. CE, p. 363.

Le principe semble donc renversé entraînant un curieux paradoxe relevé par M. Deguegue en ces termes : « *le jeu du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques est assurément restreint aux hypothèses, rarissimes par nature, où la loi et le règlement n'interviennent pas dans l'intérêt général. Or paradoxalement, il faut que la charge causant la rupture de l'égalité ait été précisément créée par un texte dans l'intérêt général* »⁷²⁸. La jurisprudence apparaît dès lors plutôt opaque, l'intérêt général étant utilisé tantôt pour permettre le recours au régime de responsabilité sans faute, tantôt pour l'exclure.

330 - Ce constat appelle immédiatement une question essentielle, celle de savoir quelle peut être la justification d'une telle ambivalence de l'intérêt général, dans la mesure où il est certain que le juge administratif n'a pas accidentellement développé deux schémas contradictoires. En effet, ce n'est en aucun cas la même vision juridique qui a guidé les tribunaux vers, tantôt un rejet, tantôt une acceptation de la mise en jeu de la responsabilité objective. Plusieurs justifications doctrinales vont être avancées afin de tenter de comprendre le raisonnement ayant conduit le juge à restreindre considérablement le champ de la responsabilité sans faute.

331 - Une première explication repose sur l'intensité de l'intérêt général. En effet, certains s'accordent à penser qu'il existe une double vision de l'intérêt général. Ainsi pour B. Jeanneau, « *il y a intérêt général et intérêt général* »⁷²⁹, et pour le professeur Chapus, « *quand la décision (...) a pour objet de protéger un intérêt tout à fait général (et non plus ou moins sectoriel) et prééminent (...) la jurisprudence exclut que la décision puisse engager la responsabilité de l'Etat sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques* »⁷³⁰. Concrètement, on distingue ici l'intérêt général vu comme l'intérêt de tous, et l'intérêt général, intérêt d'une catégorie particulière.

Cette distinction semble curieuse, car *a priori*, il est inconcevable d'allier intérêt public et intérêt particulier. Néanmoins, à l'examen des arrêts accueillant la responsabilité sans faute de l'Etat, on peut se rendre compte que la satisfaction d'intérêts privés n'est pas si incompatible qu'il n'y paraît avec la recherche de l'intérêt public. En effet, derrière une mesure prise dans l'intérêt public se cache souvent la protection d'une catégorie particulière. Pour

⁷²⁸ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 389.

⁷²⁹ B. JEANNEAU, « Autour de l'arrêt « Commune de Gavarnie » : La responsabilité du fait des règlements légalement pris », in *Mélanges R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 388.

⁷³⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1373.

preuve, les arrêts de principe « La Fleurette » et « Caucheteux et Desmont »⁷³¹, où l'interdiction d'utiliser de la « gradine » dans le premier cas, du glucose de brasserie dans le second, était destinée à supprimer une concurrence pour les producteurs de lait et de céréales. La même constatation peut être faite en matière de mesures individuelles, des intérêts privés pouvant être décelés comme ceux du personnel d'une entreprise⁷³² ou d'une famille sans logement⁷³³. Quant aux refus légaux d'exécuter une décision de justice, ils profitent bien entendu toujours aux personnes à l'encontre duquel le jugement a été rendu. Dès lors, même si l'intérêt public n'est pas nécessairement la somme des intérêts privés, il arrive que les deux se recourent.

Ce dédoublement de la notion d'intérêt général va directement influencer l'acceptation ou le rejet d'indemnisation. En cas d'intérêt public rejoignant un intérêt particulier, la charge ainsi créée rompt l'équilibre entre les administrés, il semble alors logique qu'une réparation soit octroyée afin de rétablir l'égalité devant les charges publiques. *A contrario*, lorsqu'une mesure intervient dans l'intérêt de tous, sans profiter spécialement aux uns plus qu'aux autres, la charge est considérée comme diffusée dans la collectivité tout entière, excluant de fait toute responsabilité sans faute.

332 - La théorie semble séduisante. Néanmoins, elle appelle quelques critiques. On peut en effet trouver choquant que la victime soit indemnisée uniquement lorsque le sacrifice qu'elle subit ne profite qu'à quelques-uns. Ainsi, pour B. Jeanneau, « *il y a atteinte à l'égalité dès qu'une mesure entraîne, pour un particulier, une charge anormale et spéciale, quelle que soit par ailleurs le nombre de ses bénéficiaires* »⁷³⁴. Mais surtout, l'intérêt général supérieur n'est pas toujours exclusif de la responsabilité sans faute, pour preuve la notion d'ordre public, qui est à la base d'un grand nombre de décisions admettant la responsabilité sans faute dans le cadre des jurisprudences « Couitéas » ou « Commune de Gavarnie »⁷³⁵. En effet, lorsqu'un particulier se trouve face à un refus d'exécution d'une décision de justice rendue à son profit, le juge administratif lui reconnaît le droit d'être indemnisé de son préjudice sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, à condition que le refus opéré

⁷³¹ Respectivement : CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, préc. - CE, 21 janvier 1944, *Sieurs Caucheteux et Desmont*, Rec. CE, p. 22.

⁷³² CE, 2 novembre 1947, *Sté Boulenger*, Rec. CE, p. 435 - CE, 28 octobre 1949, *Ateliers du Cap Janet*, Rec. CE, p. 450.

⁷³³ CE, 15 février 1961, *Werquin*, Rec. CE, p. 118 ; D., 1961, jurispr., p. 611, note Weil.

⁷³⁴ B. JEANNEAU, « Autour de l'arrêt « Commune de Gavarnie » : La responsabilité du fait des règlements légalement pris », art. préc., p. 390.

⁷³⁵ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. CE, p. 789 ; D., 1923.3.59, concl. Rivet ; RDP, 1924, p. 75, concl., et p. 208, note G. Jèze ; S., 1923.3.57, concl. et note M. Hauriou - CE, sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. CE, p. 113 ; AJDA, 1963, p. 208, chron. M. Gentot et J. Fourré ; RDP, 1963, p. 1019, note M. Waline.

par l'Etat soit intervenu au nom de la préservation de l'ordre public. Ici, bien que nous soyons face à un exemple d'intérêt général essentiel, l'indemnisation est possible. Même chose en ce qui concerne les décisions administratives instaurant, par exemple, des modifications de tracés routiers au nom de la préservation de l'ordre et de la sécurité publique.

333 - Une seconde justification du double emploi de l'intérêt général va être avancée par P. Delvolvé⁷³⁶, reposant cette fois sur les exigences imposées par la notion. Selon cet auteur, il est nécessaire de rechercher si l'intervention incriminée a délibérément ou non créée une inégalité. Ainsi, lorsque l'intérêt général impose « *non seulement l'établissement d'une charge, mais une inégale répartition de cette charge : l'inégalité est nécessaire à la satisfaction de cet intérêt. Cette discrimination se trouvant justifiée au plan de la légalité (...) ne peut être compensée sur celui de la responsabilité* ». *A contrario*, lorsque l'intérêt général exige qu'une charge soit établie, mais qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ne porte que sur certains individus, « *il n'y a plus de lien entre l'intérêt général et l'inégalité (...) pour justifiée qu'elle soit au plan de la légalité, (la charge) peut être réparée par une indemnité destinée à rétablir l'égalité* ». Cette théorie qui s'adapte bien à l'exclusion de la responsabilité sans faute dans le domaine économique - domaine d'arbitrages et d'inégalités par excellence - a cependant du mal à justifier ici la position du juge face à la supériorité de certains intérêts comme la protection de la nature, du patrimoine ou de la santé publique. En effet dans ces domaines, on peine à entrevoir l'inégalité voulue, synonyme de refus d'engagement de la responsabilité objective.

334 - C. Broyelle, quant à elle, rejette toute idée de paradoxe dans la jurisprudence administrative. Selon l'auteur, lorsque le juge s'oppose aux demandes de réparation du fait de la présence d'un intérêt général, tout en formulant l'exigence que la « *charge créée dans l'intérêt général doit être supportée par la collectivité* », il se situe à deux niveaux de réflexions distinctes. Il considère, en effet dans un cas, que « *la présence d'un intérêt général, d'une certaine nature, exclut toute réparation ; dans l'autre, il tente seulement d'apporter une justification au principe de l'imputation à l'Etat de la charge de la réparation* ». Elle poursuit en précisant que, dans cette dernière hypothèse, « *l'intérêt général ne sert pas au juge à apprécier les conditions d'ouverture du droit à réparation ; il lui permet seulement de*

⁷³⁶ P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 88, 1969, p. 258.

déclarer, une fois réunies les conditions d'ouverture du droit à réparation, qu'il est juste que l'Etat répare le préjudice qu'il a causé »⁷³⁷.

Dès lors, le rejet du principe de réparation au nom de l'intérêt général n'est prononcé par le juge administratif que dans le cas où la charge subie n'est qu'un effet principal de la mesure incriminée, lorsqu'elle s'affiche comme étant de l'essence même de l'objectif poursuivi par le texte. *A contrario*, l'indemnisation est accordée dès que la sujétion subie n'est qu'un effet secondaire de l'action normative.

335 - Une dernière tentative d'explication de l'apparente contradiction de la jurisprudence administrative relative à l'intérêt général, est présentée par D. Truchet. Son raisonnement, reposant sur la notion de bénéfice, semble assez bien coïncider avec les solutions énoncées par les tribunaux. Pour cet auteur, il ne faut pas accorder à la notion d'intérêt général une place plus importante que celle qu'elle mérite, puisque qu'elle ne constitue en aucun cas le fondement de la responsabilité. L'essentiel est de se pencher sur l'élément entraînant la rupture d'égalité, à savoir la spécialité du dommage. Ainsi, il faut distinguer le cas de la mesure ayant « porté également sur tous les citoyens, chacun ayant à la fois tiré avantage et subi le poids : il n'y a spécialité ni du bénéfice, ni du dommage », de celle n'ayant « pas profité également à tous (mais) favorisé des intérêts particuliers, dont la protection a paru conforme à l'intérêt général, ou fait supporter à quelques-uns seulement le poids d'une mesure prise dans l'intérêt général »⁷³⁸. L'indemnisation sera logiquement refusée dans le cadre de la première hypothèse⁷³⁹, pour être accordée dans la seconde du fait qu'il n'y a « aucune raison pour que ceux qui n'ont pas bénéficié de la mesure en supportent seuls le poids : l'équilibre entre intérêt général et préjudice (étant) rompu »⁷⁴⁰.

Cette thèse rend assez bien compte de la jurisprudence, puisque les mesures économiques comme celles organisant la protection du patrimoine historique ou des espèces animales, bénéficient à tous les individus et même à ceux qu'elles peuvent léser dans l'immédiat. A l'inverse, les propriétaires exposés à un refus de concours de la force publique

⁷³⁷ C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 148.

⁷³⁸ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 125, 1977, p. 190.

⁷³⁹ Le Conseil d'Etat prend d'ailleurs soin de préciser que tous les individus bénéficient également de la mesure. Voir par ex. : CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, Rec. CE, p. 359 ; D., 1950, jurispr., p. 60, note Blaevoet (ordonnance « intervenue uniquement en vue de l'intérêt général afin de garantir l'ensemble de la population ») - CE, 23 janvier 1952, *Cie des tramways électriques de Limoges*, Rec. CE, p. 52 (« disposition prise dans l'intérêt général », dont le requérant a subi « les effets dans les mêmes conditions que les autres industriels et usagers de la région »).

⁷⁴⁰ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 191.

à l'exécution d'une décision de justice rendue en leur faveur, se retrouvent sacrifiés à la préservation de l'ordre public. Il est donc logique que leur préjudice soit indemnisé.

336 - Le comportement du juge administratif face à la notion d'intérêt général semble donc complexe à décrypter. Cette impression de malaise face à la jurisprudence excluant toute indemnisation pour rupture d'égalité en présence de l'intérêt général, va être renforcée par le fait que les tribunaux eux-mêmes adoptent des solutions changeantes au niveau de leurs motifs.

2. Des solutions jurisprudentielles incertaines

337 - Les premiers cas de rejet de la responsabilité sans faute, liés à l'intérêt général de la mesure en cause, avaient immédiatement fait ressurgir la crainte d'un renversement du principe issu de l'arrêt « La Fleurette ». Or, même si la justification du raisonnement des juges n'est pas toujours aisée à découvrir, il semble qu'aujourd'hui cette crainte ne soit pas réellement fondée, car comme le souligne B. Jeanneau, « *le Conseil d'Etat n'a sans doute à aucun moment voulu procéder à un revirement de jurisprudence proprement dit, mais il a été insensiblement conduit à concevoir d'une façon toujours plus restrictive l'intérêt général auquel il est fait référence dans l'arrêt La Fleurette* »⁷⁴¹.

L'ambivalence de la notion d'intérêt général va cependant faire naître un certain flou en ce qui concerne l'admission ou l'exclusion des recours fondés sur une rupture d'égalité devant les charges publiques. Non pas que la distinction entre intérêt de tous et intérêt catégoriel soit difficile à appréhender -encore que l'argument serait opposable- mais c'est surtout le fait que le juge lui-même ne justifie pas toujours ses décisions comme on l'attendrait. En effet, comme le remarque F. Goliard⁷⁴², « *tantôt le juge administratif ne renvoie aucunement à l'intérêt général lorsqu'il rejette la responsabilité sans faute, alors que cet intérêt général était évident, tantôt, il se fonde sur l'intérêt général pour reconnaître la responsabilité sans faute, alors que celui-ci n'est pas flagrant* ».

Une réserve peut ainsi être émise sur la motivation présente dans l'arrêt « Société civile immobilière de la vallée de Chevreuse »⁷⁴³, rendu par le Conseil d'Etat le 14 mars 1975. Il s'agissait du préjudice résultant de l'intervention d'une loi du 10 juillet 1965 sur la fixation

⁷⁴¹ B. JEANNEAU, « Autour de l'arrêt « Commune de Gavarnie » : La responsabilité du fait des règlements légalement pris », art. préc., p. 389.

⁷⁴² F. GOLIARD, *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, Thèse, Paris 2, 1995, p. 315.

⁷⁴³ CE, sect., 14 mars 1975, *Société civile immobilière de la vallée de Chevreuse*, Rec. CE, p. 197, concl. Dondoux ; AJDA, 1975, p. 224, et p. 240, note Franc et Boyon ; JCP, 1975, G, II, n° 18077, note Homont.

des indemnités d'expropriation, loi qui avait conduit le juge judiciaire à estimer les terrains de la requérante en tant que bois et non en tant que terrains à bâtir. Le juge administratif conclut logiquement à l'exclusion de la responsabilité sans faute, mais au lieu de fonder sa décision sur le raisonnement technique suivi par le juge judiciaire, il indique « *que la loi du 10 juillet 1965 est intervenue dans un but d'intérêt général afin de garantir l'ensemble de la population contre la hausse excessive du prix des terrains* ».

338 - Cette impression d'incertitude est renforcée par le fait que le juge a tendance à modifier son considérant de principe au gré des espèces. En effet, la référence à l'intérêt public n'est pas toujours évidente. Ainsi, il est des cas où la décision ne renvoie qu'à l'objet de la législation. On trouve, par exemple, l'arrêt « Genty »⁷⁴⁴ du 7 octobre 1987 relatif à la loi du 23 juin 1941 soumettant à autorisation de l'administration l'exportation des objets présentant un intérêt national d'histoire ou encore l'arrêt « Epoux Delcoigne »⁷⁴⁵ du 24 mars 1989, concernant la loi du 15 juillet 1975, organisant l'élimination des déchets et la récupération des matériaux en vue de sauvegarder l'environnement. A aucun moment, le juge n'évoque l'intérêt général de la mesure en cause, il ne justifie son refus d'indemnisation que par « l'objectif » du texte, à charge pour la doctrine de comprendre ce qui se cache véritablement derrière cette notion. D'autres fois, le juge administratif fonde son rejet de la responsabilité sans faute, à la fois sur l'objet de l'acte incriminé et le but d'intérêt général poursuivi par celui-ci, comme dans les arrêts « Rouillon » du 14 décembre 1984 et « Bente » du 16 février 1989⁷⁴⁶, relatifs à la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature.

339 - Il est permis d'émettre une réserve en ce qui concerne les conséquences à terme de la fonction ambivalente de l'intérêt général. En effet, devant les vives réactions de la doctrine au sujet de la multiplication des cas de rejets d'indemnisation, certains auteurs et membres du Conseil d'Etat s'étaient voulu rassurant, à l'image du commissaire du gouvernement Heumann, lequel déclarait dans ses conclusions sur l'affaire « Sieurs Olivier et autres »⁷⁴⁷ du 26 octobre 1962 : « *pour prévenir des applications excessives de la théorie de la responsabilité sans faute, il n'est en rien nécessaire de restreindre le champ d'application*

⁷⁴⁴ CE, 7 octobre 1987, *Ministre de la Culture c/ Consorts Genty*, Rec. CE, p. 304 : « eu égard à l'objectif poursuivi par la loi du 23 juin 1941, les actes ou décisions de l'administration en matière d'interdiction d'exportation des œuvres présentant un intérêt général d'histoire ou d'art ne peuvent ouvrir droit à indemnisation que s'ils sont entachés d'illégalité ».

⁷⁴⁵ CE, 24 mars 1989, *Epoux Delcoigne*, Rec. CE, T, p. 899 : « en l'absence de dispositions législatives en disposant autrement, et eu égard à l'objet au vu duquel a été établie la législation sur l'élimination des déchets, les règlements pris en application de cette législation ne sauraient engager la responsabilité de l'Etat ».

⁷⁴⁶ CE, 14 décembre 1984, *Rouillon*, préc. - CAA Lyon, 16 février 1989, *Bente*, préc.

⁷⁴⁷ CE, 26 octobre 1962, *Sieurs Olivier et autres*, RDP, 1963, p. 86.

de celle-ci. Il suffit de faire normalement jouer les conditions habituelles auxquelles ladite théorie subordonne toute indemnisation », sous-entendu principalement celles concernant les caractères du préjudice.

Mais il est évident que depuis les années 1960, le sentiment de malaise face à cette jurisprudence restrictive au nom de l'intérêt général a eu l'occasion de se renforcer, notamment du fait de l'extension des domaines entrant dans la définition de l'intérêt supérieur. En effet, au nom de cette définition évolutive, on assiste à une multiplication des cas de rejet d'indemnisation. Comment dès lors déterminer la limite de cette jurisprudence, dans la mesure où il s'avère impossible de prévoir à l'avance quels nouveaux domaines le juge érige en intérêts supérieurs. Il est permis de penser que face à sa délicate mission de conciliation des intérêts particuliers avec la latitude d'action de l'Etat, le juge se soit trouvé devant l'obligation de faire un choix et que la responsabilité sans faute ait ainsi fait les frais de cet arbitrage, se réduisant peu à peu comme peau de chagrin.

340 - De plus, une telle application du juge à vouloir exclure toute possibilité d'indemnisation au nom de l'intérêt général peut entraîner dans certaines hypothèses de graves conséquences, dans le sens où le résultat de la mise en œuvre des dispositions législatives pourra aboutir à l'inverse de l'objectif poursuivi. En effet, concernant la loi de 1976 relative à la protection des espèces, le fait de laisser, jusqu'il y a peu, les exploitants supporter seuls le coût des servitudes environnementales ne facilite pas l'effectivité du droit de l'environnement, tout comme il peut favoriser les abattages sauvages dont l'effet est évidemment dévastateur par rapport à l'objectif poursuivi par le texte de loi. Dès lors, accepter la possibilité d'une indemnisation⁷⁴⁸ devrait satisfaire, pour l'avenir, les victimes de législations environnementales, tout en permettant d'assurer un meilleur respect des dispositions de ces législations.

341 - Le juge administratif va donc procéder à un examen minutieux de l'objet et du but de la mesure en cause, afin de déterminer si ceux-ci ne constituent pas des éléments susceptibles d'entraîner un refus de toute action fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques. En effet, selon la jurisprudence, la demande d'indemnisation pourra être rejetée lorsque le contexte particulier révèle que l'inégalité issue de la mesure incriminée est une inégalité recherchée, ou lorsque l'acte en cause est intervenu dans le domaine économique. La même solution sera appliquée dans le cas où l'intérêt général poursuivi par la mesure apparaîtrait comme prééminent.

⁷⁴⁸ CE, sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a., préc.*

342 - Le régime de responsabilité sans faute de l'Etat apparaît en soi comme favorable à l'action des services publics dans le sens où aucune faute n'est reconnue à leur encontre, leur comportement ne faisant l'objet d'aucune appréciation négative. Néanmoins, au vu de sa jurisprudence, il semble que le juge administratif se livre à un renforcement de la protection de l'Etat et ce notamment par sa faculté d'appréciation des conditions d'engagement de la responsabilité sans faute liées au texte à l'origine du dommage. Le juge a ainsi construit une politique jurisprudentielle favorable aux pouvoirs publics.

Certains principes posés par la jurisprudence, en tant que restreignant le droit à réparation des victimes d'une action normative régulière, paraissent explicables dans le sens où ceux-ci se fondent sur l'absence de rupture d'égalité devant les charges publiques. C'est le cas notamment des décisions de rejet liées au caractère voulu de l'inégalité créée. D'autres règles semblent cependant un peu plus hasardeuses à l'image de celle excluant la responsabilité sans faute au nom de l'intérêt général prééminent, notion vouée à une extension sans fin. Dès lors, la poursuite de l'intérêt général semble aboutir à un certain « piétinement » du principe d'égalité, notamment en matière économique. En apparence, rien ne semble être critiquable, puisque la notion d'intérêt général permet de légitimer l'action étatique. Il reste que cette notion d'intérêt général est particulièrement imprécise, et que l'administration ne manque pas de l'invoquer en toutes circonstances, à tel point que P. Delvolvé n'hésite pas à parler d'une véritable « *présomption d'intérêt général* »⁷⁴⁹ et que D. Loschak, quant à elle, souligne le « *risque incontestable d'arbitraire* »⁷⁵⁰.

343 - L'utilisation de son pouvoir d'appréciation par le juge administratif ne va pas s'arrêter là dans la mesure où, parallèlement à cette politique d'interprétation rigoureuse des conditions d'engagement de la responsabilité sans faute liées au texte incriminé, celui-ci va développer une appréciation stricte des conditions liées, cette fois-ci, au préjudice allégué.

⁷⁴⁹ P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., n° 305 à 338.

⁷⁵⁰ D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 107, 1972, p. 232.

CHAPITRE 2nd

LA PROTECTION DE L'ETAT PAR L'APPRECIATION DES CONDITIONS LIEES AU PREJUDICE

344 - Le préjudice allégué par le requérant doit nécessairement réunir certaines conditions afin d'être réparé. En effet, il doit non seulement être direct et certain, conditions classiques de tout régime de responsabilité, mais il doit en plus être, selon les termes de la jurisprudence, « *anormal et spécial* »⁷⁵¹, condition particulière en matière de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Dans le cas où une seule de ces conditions ne serait pas présente, il appartient au juge administratif de conclure au rejet de la requête et donc de refuser tout engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat.

Cette nécessité d'avoir un préjudice qualifié confère ainsi au juge un large pouvoir d'appréciation, dans la mesure où c'est lui qui vérifiera, à travers les circonstances de fait, la réunion de ces conditions. Au vu de la jurisprudence, il est possible d'affirmer qu'à travers cette mission, le juge administratif développe là encore une politique jurisprudentielle axée sur la préservation de la latitude d'action de l'Etat. En effet, la victime d'une action normative régulière va se heurter, dans la plupart des cas, à un refus du juge d'engager la responsabilité sans faute de l'Etat, soit du fait de l'absence de préjudice (Section 1^{ère}), soit du fait de l'appréciation *in concreto* des caractères du préjudice indemnisable (Section 2nde).

⁷⁵¹ CE, Ass., 21 janvier 1944, *Caucheteux et Desmots*, Rec. CE, p. 22. En l'espèce, la Haute juridiction reproduit scrupuleusement la formule qu'elle avait utilisée, en 1938, dans l'arrêt « La Fleurette », tout en y ajoutant les exigences tenant à la gravité et à la spécialité du dommage. Le juge administratif déclare en effet, en premier lieu, que « rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter aux intéressés une charge qui ne leur incombe pas normalement », avant d'affirmer, en second lieu, qu'il « suit de là que les sieurs Caucheteux et Desmots, qui ont subi du fait de la loi un préjudice spécial et suffisamment grave, sont fondés à en demander réparation ».

SECTION 1^{ère} : Le rejet de la responsabilité sans faute du fait de l'absence de préjudice

345 - Selon les règles classiques de la responsabilité administrative, afin de pouvoir prétendre à une indemnisation, le requérant doit alléguer d'un préjudice établi. Toute action en réparation est alors irrecevable dans le cas où, n'étant ni certain (§ 1), ni direct (§ 2), le préjudice n'est pas constitué.

§ 1 : Le préjudice n'est pas certain

346 - Dans l'optique de pouvoir prétendre à une indemnisation, il appartient au requérant de faire valoir la survenance d'un préjudice certain⁷⁵², comme le prévoit tout régime de responsabilité administrative. Cette exigence d'un préjudice établi s'impose dans la mesure où, la somme d'argent allouée par le juge au particulier lésé correspondra à la réparation du dommage subi. Dans ce sens, l'obligation de se prévaloir d'un préjudice certain se révèle étroitement liée à la nature réparatrice et non sanctionnatrice de la responsabilité administrative, et en cela elle rejoint la responsabilité civile du droit privé, en opposition totale avec les responsabilités pénales et disciplinaires⁷⁵³.

Le droit à la réparation d'un préjudice ne peut donc être reconnu que si sont réunies, au préalable, les conditions d'engagement de la responsabilité. En tant que règle de portée générale, l'exigence de certitude du préjudice est ainsi examinée en priorité. Il semble en effet naturel que face à l'impossibilité d'établir, au préalable, l'existence d'un préjudice certain, le juge refuse de se pencher sur les conditions spécifiques à la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, comme notamment les conditions d'anormalité et de spécialité du préjudice.

Au vu de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait de l'action normative régulière, il semble possible d'affirmer que le caractère de certitude fait l'objet d'une définition assez imprécise, le juge administratif ayant tendance à se livrer à une appréciation plutôt souple du caractère (A). Cette démarche, *a priori* favorable aux particuliers, peut néanmoins s'avérer à double tranchant en ce qui concerne la mise en jeu de la responsabilité

⁷⁵² Voir par ex. : CE, 21 février 2000, *Vogel*, Dr. adm., 2000, n° 145 - CE, 29 septembre 2003, *Leroux*, req. n° 28051.

⁷⁵³ A ce sujet, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1235.

de l'Etat fondée sur une rupture d'égalité devant les charges publiques. En effet, les circonstances de chaque espèce étant des indices précieux pour le juge dans la recherche de l'existence du préjudice, la condition de certitude pourra, dès lors, prendre les traits d'une notion fonctionnelle (B).

A - L'imprécision du caractère de certitude

347 - Le juge administratif se livre à une appréciation relativement souple du caractère de certitude du préjudice. En effet, non seulement celui-ci peut ne pas être actuel dans le sens où il devrait être réalisé au moment où le requérant demande réparation (1), mais encore le juge administratif admet la réparation d'un préjudice correspondant à la perte d'une chance (2).

1. *Le préjudice peut ne pas être actuel*

348 - L'exigence de certitude du préjudice ne signifie pas que ce dernier doit être obligatoirement actuel. En effet, il peut n'être que futur, c'est-à-dire non encore évaluable au moment où le requérant entame l'action en réparation. Toute indemnisation immédiate est donc impossible, néanmoins, sa réalisation indéniable dans l'avenir fait que le juge administratif reconnaîtra au requérant le principe d'un droit à réparation. Ici, il s'agit donc de ne pas confondre l'idée d'existence et de détermination du préjudice. Comme le souligne le professeur Chapus, « *ce que le juge ne peut faire, en l'absence de détermination du préjudice, c'est allouer une indemnité réparatrice, et cela par la force même des choses, puisque l'étendue du préjudice est la mesure de l'indemnité. Mais il peut fort bien reconnaître que la responsabilité est engagée, dès lors que l'existence du préjudice est établie, quelles que soient les hésitations que l'on puisse avoir sur son exacte étendue. Dans l'hypothèse où le préjudice existe mais n'est pas déterminé, le juge se prononcera sur le principe de la responsabilité, constatant que toutes les conditions en sont réunies, et remettra à plus tard la fixation de la réparation* »⁷⁵⁴.

La jurisprudence judiciaire adopte une position identique puisqu'elle considère que « *s'il n'est pas possible d'allouer des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme étant*

⁷⁵⁴ R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 8, 1957, p. 402.

susceptible d'estimation immédiate »⁷⁵⁵. Dès lors, il est nécessaire de faire la distinction entre le préjudice futur virtuel, lequel sera indemnisé car existant en puissance dans l'acte incriminé, et le préjudice futur éventuel non réparable du fait de son absence de certitude.

349 - Le préjudice certain ne s'oppose donc pas au préjudice futur mais uniquement au préjudice éventuel qui relève de l'expectative. Selon M. Taugourdeau⁷⁵⁶, il est possible de définir le préjudice éventuel de la façon suivante : « (...) *il s'agira d'un dommage dont les chances de concrétisation sont faibles ou très incertaines et qui, en raison de cette incertitude, ne donne pas lieu à indemnité* ». Le caractère fortement aléatoire entachant ce préjudice s'oppose, de manière logique, à ce qu'il puisse être considéré comme étant de nature à constituer un préjudice indemnisable⁷⁵⁷.

350 - Ainsi, dans la mesure où le préjudice n'est pas uniquement éventuel, le juge administratif reconnaît la possibilité pour le requérant de demander réparation d'un préjudice futur. L'illustration parfaite de ce principe se retrouve dans la possibilité d'invoquer la notion de perte d'une chance.

2. Le préjudice peut correspondre à la perte d'une chance

351 - S'appuyant sur le principe selon lequel un préjudice futur est tout aussi réparable qu'un préjudice actuel, dès lors que sa réalisation dans l'avenir est certaine, le juge administratif admet la réparation des préjudices constitués par la perte d'une chance. Ainsi, par le biais de cette notion de perte d'une chance, dont la paternité revient à la jurisprudence judiciaire, le juge administratif adoucit de manière sensible la mise en œuvre de la condition de certitude du préjudice. Il accepte la réparation d'un tel préjudice, même si sa réalisation comporte une importante part d'aléa. Le juge administratif exige toutefois un degré de probabilité suffisante. En effet, même s'il n'est absolument pas obligatoire que cette chance se réalise dans un avenir proche, le préjudice ne peut être réparé que dans la mesure où la chance dont a été privée le requérant revêt un caractère sérieux. Cette condition est des plus logique. Elle permet d'éviter la réparation de préjudices purement chimériques. Dès lors, « *le*

⁷⁵⁵ Cass., ch. req., 1^{er} juin 1932, S., 1933.1.49, note Mazeaud. Pour une autre illustration, voir : Cass., civ. 2^{ème}, 15 décembre 1971, *Société Azolacq c/ époux Gracy*, Bull. civ., II, n° 345, p. 253 ; D., 1972, SC, p. 96 - Cass., civ. 2^{ème}, 21 juin 1989, JCP, 1989, G, IV, p. 318 - Cass., civ. 2^{ème}, 4 octobre 1989, Bull. civ., II, n° 156 ; RTD civ., 1990, p. 81, obs. Jourdain.

⁷⁵⁶ J.-P. TAUGOURDEAU, « Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique », AJDA, 1974, p. 512.

⁷⁵⁷ Voir par ex., Cass., civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, JCP, 1998, G, IV, n° 2808.

juge considère que la perte de chance est de nature à constituer un préjudice certain et, comme tel, susceptible de faire l'objet d'une indemnisation, lorsque la perspective de la réalisation probable d'un événement, qui aurait été bénéfique au requérant car favorable, disparaît pour des raisons qui lui sont demeurées extérieures »⁷⁵⁸.

352 - Le juge administratif va utiliser cette notion de perte d'une chance dans des domaines d'application variés⁷⁵⁹ et, notamment en ce qui nous concerne, dans le cadre de la jurisprudence relative aux préjudices issus de conséquences régulières de lois de validation.

Ainsi, dans l'arrêt « Lacombe »⁷⁶⁰, il s'agissait d'un agent contractuel ayant vocation à être intégré dans un corps de fonctionnaires nouvellement créé, qu'un arrêté du Ministre des Travaux publics, en date du 6 mai 1949, ne plaçait pas parmi les candidats retenus. Ayant réussi à faire annuler les opérations en invoquant l'irrégularité de la composition de la commission chargée d'examiner les dossiers, il pensait alors pouvoir bénéficier d'une seconde chance de voir examiner sa demande d'intégration. Mais, la loi de validation du 31 décembre 1954 venant confirmer les intégrations antérieurement annulées avait balayé tous ses espoirs. Il décida alors de porter l'affaire devant la justice.

Le tribunal administratif de Paris rejeta sa demande au motif qu'il n'alléguait pas d'un préjudice certain, et ce raisonnement fut confirmé par le Conseil d'Etat, contrairement aux conclusions de son commissaire du gouvernement M. Dutheillet de Lamothe. En effet, pour ce dernier, « *eu égard à ses titres et à ses notes, le sieur Lacombe avait en 1948, une chance sur laquelle il pouvait légitimement compter de se voir intégrer dans le corps des ingénieurs de la navigation aérienne, si le travail d'intégration s'était déroulé dans des conditions régulières (...) même en 1954, il avait une chance sur laquelle il pouvait légitimement compter d'être intégré* »⁷⁶¹. Or, pour les juges, le requérant avait seulement vocation à être intégré, de ce fait ses chances n'étaient pas suffisamment sérieuses pour que l'intervention de la loi de validation lui ait causé un préjudice certain.

353 - Dans des circonstances très proches, l'arrêt « Secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre chargé de la jeunesse, des sports et des loisirs » rendu le 24 octobre 1973⁷⁶², fait également référence à la perte d'une chance sérieuse pour apprécier le caractère certain du

⁷⁵⁸ C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 228, 2002, p. 187.

⁷⁵⁹ Notamment en matière fiscale, médicale ou concernant le droit de la fonction publique.

⁷⁶⁰ CE, Ass., 1^{er} décembre 1961, *Lacombe*, Rec. CE, p. 674 ; D., 1962, p. 89, concl. Dutheillet de Lamothe ; AJDA, 1962, p. 67, et p. 24, note Galabert et Gentot.

⁷⁶¹ D., 1962, jurispr., p. 92.

⁷⁶² CE, 24 octobre 1973, *Secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre chargé de la Jeunesse, des sports et des loisirs*, Rec. CE, T, p. 1100 ; RDP, 1974, p. 1494, note Auby.

préjudice. En l'espèce, l'article 23 de la loi du 31 décembre 1969 avait validé l'arrêté du 12 juillet 1963 fixant la liste des candidats admis au concours d'accès au corps des chargés d'enseignement d'éducation physique et sportive, couvrant ainsi les irrégularités dont se trouvaient entachées les épreuves, comme les fautes de l'administration. Privé, par les effets des dispositions de cette loi, de la possibilité de faire acte de candidature aux épreuves d'un nouveau concours organisé en remplacement du concours annulé, le sieur Schmitt tenta de faire reconnaître la responsabilité de l'Etat, notamment sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques. Or, comme dans l'exemple précédent, le Conseil d'Etat va admettre le principe d'une indemnisation, mais rejette en l'espèce le caractère certain du préjudice dans la mesure où le requérant ne justifie pas de chances sérieuses de succès au concours.

354 - Le juge administratif se livre donc à une appréciation assez souple du caractère de certitude du préjudice, reconnaissant l'éventualité de la réparation d'un préjudice futur. Néanmoins, cette démarche peut comporter des inconvénients pour les particuliers. En effet, l'appréciation de la certitude du préjudice semble étroitement liée aux circonstances de chaque espèce, assurant ainsi au caractère un aspect fortement fonctionnel.

B - Une appréciation fonctionnelle du caractère de certitude

355 - Face à certains préjudices particuliers, tels ceux nés du fait d'une convention internationale régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne, il semble que le juge administratif développe une démarche pragmatique afin de vérifier l'existence d'un préjudice certain. Il s'assure en effet que, lors du dépôt de sa requête devant les tribunaux administratifs, la prétendue victime ne disposait plus d'autres voies de recours utilisables afin d'obtenir l'indemnisation de son préjudice (1). Dans le cas contraire, la certitude du préjudice ne sera pas retenue.

Mais, le plus souvent, le juge administratif procède sans véritable démarche précise. Il se livre ainsi à une analyse concrète des circonstances ayant conduit à la réalisation du dommage. Dès lors, les indices lui permettant de conclure à l'existence d'un préjudice indemnisable, actuel ou futur, peuvent varier selon les faits à l'origine du dommage. Ce flou entourant la notion de préjudice certain peut sembler regrettable pour les victimes, dans la mesure où le juge s'en servira pour orienter sa politique jurisprudentielle (2).

1. *L'absence de voies de recours utilisables : critère de certitude du préjudice issu de l'application d'une convention internationale*

356 - En matière de responsabilité du fait des conventions internationales, l'appréciation de l'exigence de certitude du préjudice se fait à travers l'examen des voies de recours dont dispose le requérant pour obtenir une indemnisation. En effet, dès lors qu'il lui est possible d'exercer une autre voie de recours après un premier rejet, et que le particulier lésé ne l'exerce pas, le préjudice n'est pas certain. Pour le juge administratif, l'exercice de cette autre voie de recours permettrait peut être d'obtenir une somme réparatrice. Ainsi, le fait que le particulier ne l'utilise pas, empêche tout établissement de son préjudice.

357 - Le Conseil d'Etat va se livrer à une application fidèle de ce raisonnement à l'occasion d'un arrêt, rendu le 1^{er} juin 1984, « *Ministre des Relations extérieures c/ M. Tizon et Mme Millet* »⁷⁶³. Il s'agissait d'une demande d'indemnisation présentée par un commerçant, en réparation du préjudice subi par lui, du fait de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'exercer son droit au paiement des sommes dues par son débiteur, dans la mesure où ce dernier était un diplomate bénéficiant d'immunités diplomatiques. En l'espèce, ces immunités n'étaient pas absolues et le requérant avait pu bénéficier d'une décision de justice ordonnant le paiement. Néanmoins, à l'occasion de l'exécution de cette décision, l'huissier chargé de pratiquer la saisie lui avait opposé l'immunité, sans que le commerçant ne fasse valoir sa possibilité de saisir le tribunal de grande instance afin qu'il se prononce sur cette opposition. C'est précisément cette inaction qui a permis au juge administratif de conclure à l'absence de préjudice établi, dans le sens où le requérant n'avait pas été jusqu'au bout des voies de recours lui étant offertes.

358 - La même solution est adoptée dans un arrêt « *Syndicat des copropriétaires du 14-16 Boulevard Flandrin* », rendu par le Conseil d'Etat, le 4 octobre 1999⁷⁶⁴. En l'espèce, il s'agissait d'un dommage subi par un syndic suite à des travaux irréguliers effectués dans l'immeuble par l'Etat du Qatar afin d'y loger son ambassadeur, travaux ayant rapidement entraînés de graves infiltrations. Devant le tribunal de grande instance de Paris, le syndic voit sa demande de remise en état des lieux et de versement d'une indemnité rejetée, au motif que

⁷⁶³ CE, 1^{er} juin 1984, *Ministre des Relations extérieures c/ M. Tizon et Mme Millet*, Rec. CE, p. 194 ; RFDA, 1985, p. 117, note P. Bon.

⁷⁶⁴ CE, 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 Boulevard Flandrin*, Rec. CE, p. 297 ; JCP, 2000, G, II, n° 10387, note Faupin ; RGDIP, 2000, n° 1, p. 263, note Poirat.

la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques la rendait irrecevable. Celui-ci décide alors de saisir le Ministre des Affaires étrangères d'une demande en réparation du préjudice subi du fait de cette Convention, et renonce ainsi à faire appel du jugement. Dès lors, devant le tribunal administratif de Paris comme devant la Cour administrative d'appel de Paris⁷⁶⁵, puis finalement devant le Conseil d'Etat, le même argument lui sera opposé afin de le débouter de sa demande en réparation : « *le syndic (...) n'a pas relevé appel de ce jugement, alors même que cet appel n'apparaissait pas comme manifestement voué à l'échec ; qu'ainsi le préjudice allégué (...) n'est en tout état de cause pas certain* ». Pour le juge, rien ne permet de dire de manière absolue que le rejet eu été confirmé si le syndic avait interjeté appel. En cela, la Haute juridiction suit à la lettre les conclusions du commissaire du gouvernement Massot sous l'arrêt « Burgat »⁷⁶⁶, lequel précisait : « *rien ne vous interdit, pour juger du caractère plus ou moins certain du préjudice allégué d'évaluer les chances qu'avaient les demandeurs d'obtenir de la Cour de cassation l'annulation de l'arrêt d'incompétence rendu par la Cour d'appel* ».

359 - Ainsi, face à une demande d'indemnisation du préjudice subi du fait de l'application d'une convention internationale, le juge administratif procède à la vérification de l'épuisement de voies de recours. Mais sa démarche ne sera pas toujours aussi claire. En effet, dans bien des cas, il sera difficile de systématiser la position du juge face au caractère de certitude du préjudice, rendant plus que probable l'utilisation de cette condition comme un moyen d'orienter sa politique jurisprudentielle.

2. L'orientation de la politique jurisprudentielle du juge administratif au moyen du caractère de certitude

360 - L'examen de la jurisprudence laisse apparaître que la démarche du juge administratif, dans sa vérification du caractère de certitude du préjudice, est largement empreinte de pragmatisme. Ce constat se justifie aisément dans la mesure où, l'appréciation de la certitude est essentiellement tributaire de l'analyse des circonstances de fait, le juge se refusant toute approche prédéterminée du caractère. Dès lors, il apparaît sensé de s'interroger sur l'impact d'une telle démarche concernant la position du particulier lésé. L'incertitude de la jurisprudence peut avoir certains avantages, dans le sens où « *cette marge d'appréciation*

⁷⁶⁵ CAA Paris, 16 juillet 1992, RFDA, 1993, p. 156, note Godfrin.

⁷⁶⁶ CE, 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ Consorts Burgat*, Rec. CE, p. 452 ; AJDA, 1977, p. 7, et p. 30, chron. Nauwelaers et Fabius ; Gaz. Pal., 1978, I, p. 117, note B. Pacteau ; JCP, 1977, G, II, n° 18606, note F. Julien-Laferrière ; D., 1978, jurispr., p. 76, note F. Lamoureux ; RDP, 1977, p. 213, concl. J. Massot.

que réserve sciemment le juge administratif, loin d'être fondamentalement préjudiciable aux victimes, laisse ouvertes des perspectives d'évolution importantes en ce qui concerne l'étendue de la notion de préjudice indemnisable »⁷⁶⁷.

361 - Néanmoins, la conception souple adoptée par le juge administratif concernant le caractère de certitude du préjudice emporte quelques réserves. En effet, il sera bien souvent difficile de cerner avec précision les indices utilisés par le juge dans sa détermination du préjudice indemnisable. Ainsi, s'il est relativement aisé de définir le préjudice actuel comme étant celui déjà réalisé, la tâche devient plus complexe s'agissant du préjudice futur. La jurisprudence exige que ce dernier porte en lui des chances très sérieuses de se réaliser dans l'avenir. Mais comment fixer avec certitude la frontière qui sépare le préjudice futur-probable du préjudice futur-hypothétique ? L'opposition apparaît être une question de degré, rendant donc difficile la distinction entre préjudice certain et préjudice éventuel. Or, la différence est essentielle puisque seul le premier est indemnisable.

362 - Le même constat peut être fait en ce qui concerne la notion de perte d'une chance. Le juge administratif admet que le requérant puisse alléguer d'un préjudice constitué par une telle perte, à condition qu'elle soit sérieuse. Néanmoins, les arrêts ne sont pas très explicites sur la définition de ce caractère sérieux⁷⁶⁸. Bien souvent, ils ne précisent pas les éléments sur lesquels le juge s'est fondé, les données ayant permis de conclure à l'absence de préjudice établi étant, à l'évidence, à rechercher du côté de l'instruction. Ainsi, il est possible pour le juge administratif de faire évoluer les caractéristiques d'une chance sérieuse en fonction des espèces et surtout de la politique jurisprudentielle qu'il souhaite mettre en place.

363 - L'attitude pragmatique du juge s'exprime également dans le cas où le requérant évoquerait un préjudice né de l'application d'une convention internationale. En effet, lorsque le juge administratif oblige la victime à tenter d'obtenir satisfaction d'abord de l'auteur du dommage, avant d'envisager la responsabilité sans faute de l'Etat français du fait des conventions internationales, c'est encore lui qui apprécie les chances de succès d'une telle action. Ainsi, même s'il veille à éviter tout acharnement juridictionnel puisqu'il exige l'existence d'une chance véritable, rien ne permet d'écarter avec certitude l'emploi du caractère établi du préjudice comme un moyen d'orienter sa politique jurisprudentielle.

⁷⁶⁷ C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, op. cit., p. 185.

⁷⁶⁸ Pour une illustration, voir *supra*, § n° 352, à propos de la jurisprudence relative aux préjudices subis du fait de lois de validation.

364 - Dès lors, la souplesse du juge administratif dans l'appréciation du caractère certain du préjudice allégué n'empêche pas, voir même facilite le développement d'une politique jurisprudentielle axée sur la protection d'un intérêt prédéterminé. S'il n'est pas possible d'affirmer que cette politique protège exclusivement la latitude d'action de l'Etat, il semble néanmoins que le juge utilise souvent son pouvoir d'appréciation afin de conclure à l'absence de certitude du préjudice. Cette démarche pragmatique ne semble pas vouée à disparaître, étant donné que le Conseil d'Etat considère que le caractère certain du préjudice relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁷⁶⁹. Sur ce point, la juridiction administrative suprême s'affirme en opposition avec la Cour de cassation⁷⁷⁰. Or, il semble que ce soit la solution du Conseil d'Etat qui se justifie le mieux, dans la mesure où « *la certitude est essentiellement une question matérielle (...) les faits de l'espèce jouant un rôle prépondérant (...) une fois que le problème normatif de l'existence d'un préjudice est résolu, le juge doit déterminer si, au regard des circonstances de fait, le préjudice présente un caractère certain* »⁷⁷¹.

365 - Il appartient donc au juge administratif de rejeter la demande d'indemnisation dans le cas où le préjudice invoqué s'avérerait ne pas être certain. La même solution sera dégagée face à l'absence de lien de causalité entre l'acte à l'origine du dommage et le préjudice.

§ 2 : Le préjudice n'est pas direct

366 - La démarche du juge, lors de la recherche du lien de causalité entre l'acte à l'origine du dommage et le préjudice invoqué, va être un peu plus pragmatique que celle utilisée afin de s'assurer du caractère certain. Le juge va en effet se livrer à une appréciation méthodique du caractère direct du préjudice (A), choisissant ainsi entre plusieurs instruments s'offrant à lui. Néanmoins, une telle précision n'empêchera pas l'alliance avec une analyse plus concrète du lien de causalité (B).

⁷⁶⁹ Voir par ex., CE, 26 novembre 1993, *SCI « Les jardins de Bibémus »*, Rec. CE, p. 327 ; D., 1994, SC, p. 366, obs. P. Bon et Ph. Terneyre ; RFDA, 1994, p. 190 : « Considérant qu'en estimant que le préjudice lié à l'obligation où se trouverait la société de résilier certains contrats de vente présente un caractère éventuel, la Cour s'est livrée à une appréciation souveraine des faits qui n'est pas susceptible d'être utilement discutée devant le juge de cassation ».

⁷⁷⁰ Voir par ex., Cass., civ. 2^{ème}, 20 juin 1990, Bull. civ., II, n° 142, p. 73.

⁷⁷¹ C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, op. cit., p. 182.

A - Une appréciation méthodique du caractère direct du préjudice

367 - La vérification du caractère direct du préjudice allégué se fera de façon précise et méthodique dans la mesure où, d'une part, le juge a la faculté de recourir à divers instruments jurisprudentiels d'appréciation du lien causal (2), et d'autre part, cette condition revêt un caractère déterminant dans le domaine de la responsabilité sans faute (1).

1. *Le rôle déterminant du lien causal dans le domaine de la responsabilité sans faute*

368 - La responsabilité de la personne à laquelle réparation est demandée ne peut être engagée que si le fait qu'on lui impute a été la cause du préjudice. En effet, le lien de causalité mettant en relation le fait dommageable et le dommage duquel découle un certain nombre de préjudices, l'obligation de réparer doit être strictement limitée à ce qui est causé par le fait dommageable. Ainsi, il appartient au requérant de prouver le lien de causalité direct entre le fait dommageable et le dommage invoqué. Cette obligation n'est évidemment pas propre au droit administratif, puisqu'elle relève de considérations logiques et morales élémentaires, néanmoins la procédure administrative a ceci de particulier que son caractère fortement inquisitorial tempère quelque peu la lourdeur de la charge de la preuve imposée au requérant.

369 - En matière de responsabilité sans faute de l'Etat, le lien de causalité revêt un rôle déterminant, dans la mesure où le juge s'abstient de porter un jugement de valeur sur le fait générateur du dommage. Ainsi, « *la victime doit simplement prouver l'existence d'un préjudice et être en mesure d'établir une relation de cause à effet entre le fait dommageable et le dommage. Tout repose sur le préjudice et sur l'examen du lien de causalité* »⁷⁷². Cette exigence apparaît d'autant plus importante qu'une personne publique ne doit jamais être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas⁷⁷³.

370 - La vérification de l'existence d'un lien de causalité s'avère également essentielle du fait que celui-ci constitue le préalable indispensable à toute imputabilité du préjudice. En effet, il appartient à la victime d'établir, dans un premier temps, une relation de cause à effet

⁷⁷² C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, op. cit., p. 273.

⁷⁷³ Voir CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui*, Rec. CE, p. 235, concl. Rougevin-Baville ; AJDA, 1971, p. 274, chron. Labetoulle et Cabanes ; RDP, 1972, p. 234, note Waline. L'absence de caractère direct est alors un moyen d'ordre public que le juge peut soulever d'office (cf. CE, sect., 3 janvier 1975 ; *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Epoux Paya*, Rec. CE, p. 11).

entre un fait dommageable et un dommage, et seulement ensuite de démontrer, dans un second temps, que le fait dommageable qui est à l'origine du préjudice est imputable à une ou plusieurs personnes. L'imputabilité concerne donc l'identification de la personne à laquelle incombe l'obligation de réparer. Elle ouvre ainsi à celle-ci la possibilité de faire valoir une ou plusieurs causes d'exonération⁷⁷⁴, qui selon les circonstances de l'espèce, pourront faire disparaître partiellement ou totalement sa responsabilité.

371 - L'appréciation du lien de causalité apparaît donc comme une tâche essentielle pour le juge, plus particulièrement en matière de responsabilité sans faute. Afin de mener à bien cet examen du lien causal, il dispose de plusieurs méthodes jurisprudentielles, donnant ainsi à son approche un caractère méthodique.

2. Les méthodes jurisprudentielles d'appréciation du lien causal

372 - Dans certains cas, la causalité du dommage s'avère évidente, dans la mesure où il n'y a qu'à la constater. Néanmoins, la fixation du lien de causalité n'est pas toujours aussi facile, du fait du danger à relier trop vite certains indices. Il faut ainsi se méfier d'une trop grande facilité à associer proximité chronologique d'un fait avec le dommage et causalité. En effet, « *la brièveté du délai qui sépare le fait de l'administration de la survenance d'un préjudice constitue un indice qui concourt à la démonstration de l'existence du lien de causalité et qui en renforce la vraisemblance, mais cet indice ne saurait suffire à l'établir* »⁷⁷⁵.

De plus, comme le souligne J.-P. Dubois⁷⁷⁶, « *la détermination de la cause déterminante d'un préjudice est souvent rendue malaisée par la complexité des situations sociales et des relations entre les personnes juridiques, génératrice d'un enchevêtrement des causes : bien des préjudices paraissent surdéterminés par une pluralité d'évènements qui ont concouru à leur formation* ». Ainsi, la recherche de l'évènement causal peut s'avérer être une tâche délicate pour tout juge de la responsabilité, dans la mesure où il peut se retrouver face à une pluralité d'antécédents du dommage.

373 - Dès lors, face à une affaire complexe en matière de relation causale, le juge administratif n'hésitera pas à utiliser certains instruments censés l'éclairer dans sa démarche

⁷⁷⁴ A ce sujet, voir *supra*, § n° 215 et s.

⁷⁷⁵ J.-P. DUBOIS, *La responsabilité administrative*, Paris, éd. La Découverte, 1996, p. 42.

⁷⁷⁶ *Idem*, p. 41.

d'appréciation. Sur ce plan, le juge peut librement choisir entre la théorie de l'équivalence des conditions et celle de la causalité adéquate⁷⁷⁷.

La première méthode consiste à « *mettre sur un plan identique tous les éléments ayant concouru à la production du dommage. (...) Tous les faits sans lesquels le dommage ne se seraient pas réalisés sont considérés, de manière équivalente, comme étant la cause de ce dommage* »⁷⁷⁸. Elle revient à considérer que n'importe lequel des faits ayant concouru à la formation d'un préjudice engage potentiellement la responsabilité de son auteur, aucun tri n'est effectué entre les différents éléments qui ont été la condition *sine qua non* du dommage. Dès lors, si l'intervention de l'administration a été l'une des conditions dans lesquelles le dommage est survenu, celle-ci est réputée en être la cause directe.

Quant à la seconde méthode d'appréciation du lien causal, elle apparaît comme une théorie plus restrictive, dans la mesure où elle conduit à une sélection entre les antécédents du dommage afin de ne pas confondre cause d'un dommage et condition nécessaire à sa survenance. Ainsi, elle préconise d'attribuer la réalisation du dommage « *à celui des faits dont on peut estimer, d'après l'expérience que l'on a du cours normal des choses, qu'il avait une vocation particulière à provoquer ce dommage* »⁷⁷⁹.

L'état actuel du droit jurisprudentiel permet d'affirmer que le juge administratif privilégie en règle générale l'approche de la causalité adéquate⁷⁸⁰, même s'il se garde bien de prendre définitivement parti entre les deux et se réserve également la possibilité d'opter pour l'équivalence des conditions.

374 - La démarche du juge administratif, dans sa détermination du lien causal, peut donc être éclairée par certaines méthodes. Néanmoins, celle-ci n'a absolument rien de mécanique, le juge privilégiant, la plupart du temps, une appréciation au cas par cas.

B - Une appréciation concrète du caractère direct du préjudice

375 - L'appréciation par le juge du lien causal apparaît largement emprunte de liberté, dans le sens où celle-ci pourra être influencée par des considérations de faits, laissant alors une large place à la subjectivité. En effet, c'est au vu des éléments de chaque dossier

⁷⁷⁷ Pour une définition précise des deux théories, voir R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, op. cit., p. 431-432.

⁷⁷⁸ C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, op. cit., p. 261.

⁷⁷⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1245.

⁷⁸⁰ Voir par ex., concl. GALMOT, sur CE, 14 octobre 1966, *Sieur Marais* : « (...) il ne faut retenir comme cause d'un dommage que l'événement qui, au moment où il s'est produit, portait normalement en lui ce dommage » (cf. D., 1966, jurispr., p. 636).

d'instruction, que le juge va considérer le comportement de l'Etat comme ayant déterminé ou non la formation du préjudice. Toute la question sera donc de savoir comment le juge administratif va utiliser son pouvoir d'appréciation. L'examen de la jurisprudence permet d'affirmer, qu'en matière de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, le juge se livre à une vérification souple de l'existence du lien de causalité (1), même si, appréciée au cas par cas, son absence peut conduire au refus d'indemnisation (2).

1. Une vérification souple de l'existence du lien de causalité

376 - La présence du lien de causalité étant un élément essentiel en matière de responsabilité sans faute, on aurait pu penser que le juge administratif allait se livrer à une appréciation plus stricte, dans ce domaine, par rapport aux autres hypothèses de responsabilité administrative. Or, il ne semble pas que ce choix ait été fait par les tribunaux. En effet, l'exigence d'une relation causale entre le dommage subi et l'activité de l'administration n'apparaît pas comme une véritable limite à l'admission de la responsabilité sans faute, dans la mesure où le juge réserve sa rigueur plutôt pour l'appréciation du caractère anormal et spécial du préjudice⁷⁸¹. Un tel libéralisme peut sans doute s'expliquer en faisant référence à la nature même de la responsabilité sans faute, car comme le souligne M. Vialle, « *s'en tenir à une analyse stricte du lien de causalité équivaudrait à éliminer la possibilité de toute réparation et donc aller à l'encontre de l'objectif inhérent au fondement de la responsabilité ; c'est en effet pour assurer la protection aussi parfaite que possible des victimes que (...) le juge recourt à un système de responsabilité où la preuve d'une faute est inutile* »⁷⁸².

377 - Néanmoins, l'apparente souplesse du juge administratif concernant l'appréciation du lien causal ne doit pas cacher une certaine liberté de choix quant aux éléments à retenir afin d'affirmer ou non l'existence d'un lien causal. En effet, depuis un arrêt de section du 28 juillet 1993, « *Consorts Dubouloz* »⁷⁸³, le principe est que l'existence ou l'absence d'un lien de causalité ne fait pas l'objet d'un contrôle en cassation. Il apparaît dès lors assez difficile de fixer une ligne de conduite permettant de systématiser la démarche du juge en la matière, d'où l'utilisation alternative des deux méthodes d'appréciation : équivalence des conditions et causalité adéquate. Cette opacité avait d'ailleurs conduit le commissaire du gouvernement

⁷⁸¹ A ce sujet, voir *infra*, § n° 384 et s.

⁷⁸² P. VIALLE, « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », RDP, 1974, p. 1243.

⁷⁸³ CE, sect., 28 juillet 1993, *Consorts Dubouloz*, Rec. CE, p. 250 ; AJDA, 1993, p. 743, et p. 685, chron. Maugué et Touvet ; D., 1994, SC, p. 364, obs. Bon et Terneyre ; RFDA, 1994, p. 36, concl. Bonichot. Pour une confirmation, voir CE, 1^{er} février 1995, *M. de Bray*, Rec. CE, p. 60 ; RFDA, 1995, p. 413.

Bonichot, à l'occasion de ses conclusions rendues sur l'arrêt « Consorts Dubouloz », à préconiser un contrôle du lien de causalité. Pour lui, « *les questions de causalité sont des questions de droit : il y a plusieurs théories possibles du lien de causalité, le choix de l'une ou de l'autre fait partie des lignes directrices du régime de la responsabilité publique et il faut s'assurer que les règles de causalité, les règles d'imputabilité du dommage, soient respectées par les juges du fond* »⁷⁸⁴.

A l'inverse, le juge de cassation contrôlera l'imputabilité du préjudice, c'est-à-dire l'identification de la personne à laquelle incombe l'obligation de réparer⁷⁸⁵, tout comme les circonstances exonératoires, conséquences directes du phénomène d'imputabilité, dans la mesure où celles-ci servent à démontrer que le fait dommageable n'est pas, totalement ou partiellement, imputable à la personne désignée.

378 - En matière de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, le juge administratif vérifie donc simplement l'existence du lien de causalité et son caractère direct, comme le commandent les règles générales de tout système de responsabilité. Néanmoins, il est intéressant de souligner que, dans certains autres domaines de la responsabilité administrative, le juge adopte une conception beaucoup plus souple du lien de causalité. C'est le cas pour l'indemnisation de préjudices nés de la contamination par le virus du sida lors de transfusions sanguines ou d'interventions chirurgicales⁷⁸⁶. Devant la difficulté d'établir le lien de causalité entre la transfusion et la contamination, le juge est en effet amené à utiliser le procédé de la preuve par exclusion⁷⁸⁷.

Le juge procède de la même manière pour déterminer la cause de la contamination par le virus de l'hépatite C, à l'image du tribunal administratif de Grenoble, lequel dans un jugement du 21 février 2000⁷⁸⁸, indique que « (...) *en l'absence, d'une part, de preuve de l'innocuité du sang administré à M. Syord, et en l'absence, d'autre part, de tout autre sérieux*

⁷⁸⁴ J.-Cl. BONICHOT, concl. préc.

⁷⁸⁵ CE, sect., 28 juillet 1993, *Ministre de la Défense c/ Stefani*, Rec. CE, p. 231 ; AJDA, 1993, p. 746, obs. Moreau ; RFDA, 1994, p. 575, note P. Bon.

⁷⁸⁶ Préjudices déjà évoqués à propos de la possibilité reconnue par le juge administratif de combiner une demande d'indemnisation présentée devant un fonds spécifique et une autre devant les tribunaux ordinaires (cf. *supra*, § n° 246).

⁷⁸⁷ Selon ce procédé, la charge de la preuve est renversée puisque le juge administratif décide de déduire de manière négative l'existence d'un lien de causalité. Plus précisément, comme le souligne C. CORMIER, « si aucune autre cause que celle qui est invoquée ne permet d'expliquer le dommage, celle-ci doit être considérée comme étant l'événement causal. Aucun autre événement que celui qui s'est effectivement produit n'est alors de nature à expliquer la survenance du dommage » (cf. *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, op. cit., p. 277). Pour des applications de ce procédé, voir notamment : CE, Ass., 9 avril 1993, *M. D.*, Rec. CE, p. 110, concl. Legal - CAA Paris, 23 juin 1994, *Mmes X. et Y.*, Rec. CE, T, p. 1183 - CAA Paris, 12 février 1998, *Consorts X.*, Dr. adm., 1998, comm. n° 290, note Esper.

⁷⁸⁸ TA Grenoble, 21 février 2000, *M. Syord*, AJDA, 2000, p. 665, concl. Sogno. Voir également, CE, 29 mars 2000, *Assistance publique des Hôpitaux de Paris*, Rec. CE, p. 147.

facteur de risque, la contamination ne saurait résulter que des transfusions et administrations de produits sanguins subies par M. Syord ». La même solution est appliquée par le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 31 mars 1999, « Assistance publique à Marseille »⁷⁸⁹, concernant cette fois le virus de l'hépatite B.

379 - Le fait que l'appréciation du lien causal soit assez souple dans le domaine de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques n'empêche néanmoins pas le juge administratif, dans certains cas, de conclure au rejet de la demande en indemnisation sur ce motif.

2. L'absence de lien causal conduisant au refus d'indemnisation du préjudice se décide au cas par cas

380 - En matière, tout d'abord, de responsabilité du fait des lois, le juge administratif conclut dans certains cas au refus d'indemnisation du préjudice, lorsqu'il estime qu'il ne décele pas de lien de causalité suffisamment direct entre le préjudice et le texte législatif. Le rejet intervient donc pour une raison se situant en amont de l'examen de la volonté présumée ou affirmée du législateur.

Il en fût ainsi dans le cas d'exploitants de bureaux de placement payants ayant cessé volontairement leur activité, alors que la suppression de ces établissements décidée en principe par l'ordonnance du 24 mai 1945, n'était pas encore devenue effective⁷⁹⁰. Selon le même motif, le Conseil d'Etat a écarté la demande présentée par la ville de Bastia⁷⁹¹, en réparation du préjudice subi par elle du fait que, de 1968 à 1973, le montant lui revenant issue de la part locale de la taxe sur les salaires, avait été calculé en vertu des dispositions de la loi du 6 janvier 1966, alors que durant ces années, le montant s'était trouvé réduit d'une manière anormale par suite de la carence de l'administration devant l'attitude de nombreux redevables s'estimant à tort être exonérés de cette taxe. Pour les juges du Palais-royal, « *le préjudice allégué par ladite ville est imputable non pas directement à ladite loi mais aux conditions dans lesquelles cet encaissement a pu en l'espèce être opéré par l'Etat* ». Ainsi, la cause du dommage n'est en aucun cas le mode de calcul de la part de la taxe locale revenant à la ville, mais les conditions douteuses dans lesquelles celle-ci a été perçue.

⁷⁸⁹ CE, 31 mars 1999, *Assistance publique à Marseille*, Rec. CE, p. 114 ; RFDA, 1999, p. 699 ; D., 2000, SC, p. 241, obs. Bon et Béchillon.

⁷⁹⁰ CE, 29 juin 1955, *Dame veuve Guidot*, Rec. CE, p. 371 - CE, 16 janvier 1970, *Dame veuve Nicko*, Rec. CE, T, p. 1186.

⁷⁹¹ CE, 21 janvier 1983, *Ville de Bastia*, Rec. CE, p. 22, concl. Bissara ; AJDA, 1983, jurispr., p. 375, note Moreau.

L'absence de lien de causalité a également conduit le juge administratif à refuser toute indemnisation à certains exploitants agricoles, victimes de dégâts dans leurs récoltes causés par des animaux protégés par la loi de 1976, au motif que, si le texte de loi interdit la capture et la destruction des espèces protégées, il laisse la possibilité de recourir à des moyens préventifs de lutte contre l'envahissement des terres cultivées⁷⁹².

381 - Concernant ensuite la responsabilité du fait des conventions internationales, l'existence d'un lien de causalité entre le texte incriminé et le dommage est appréciée, selon la jurisprudence, par le fait que le préjudice doit découler des dispositions mêmes de la convention et non de leur insuffisance alléguée. Ce principe ressort de l'arrêt « Guyot »⁷⁹³, rendu le même jour et par la même formation de jugement que l'arrêt de principe « Compagnie d'énergie radio-électrique ». Il s'agissait en l'espèce des Accords de Zurich de 1958, prévoyant la levée du séquestre ayant frappé les biens français en Egypte après l'expédition de Suez. Il va de soi que ces dispositions en elles-mêmes n'avaient pu causer aucun préjudice au requérant, lequel soutenait que les services civils ou militaires français avaient fait preuve de carence ou d'insuffisance dans les mesures prises pour la sauvegarde de ces biens.

La même solution est appliquée concernant le préjudice subi par des fonctionnaires et agents des cadres locaux des Etablissements français de l'Inde, du fait de l'insuffisance des pensions de retraite versées par le Gouvernement de l'Inde, résultant des dispositions du traité de cession. Le Conseil d'Etat conclut au rejet des demandes pour absence de lien de causalité directe, dans la mesure où « *le préjudice (...) a son origine, non dans les dispositions du traité de cession, mais dans les conditions d'application de ces dispositions par l'administration indienne* »⁷⁹⁴. Le fait que les articles 9 et 10 du traité de cession ne délimitent pas de manière précise le montant des pensions ne peut constituer un fait dommageable directement lié au texte.

382 - Enfin, en matière de responsabilité du fait des décisions administratives régulières, le juge apprécie l'existence du lien causal par référence à la théorie de la causalité adéquate précédemment définie. Ainsi, il rejette la demande présentée par une gérante de

⁷⁹² CAA Nancy, 30 janvier 1990, *Le Beuf*, req. n° 89NC00256. Pour une confirmation de cette nécessité d'avoir tenté de se protéger afin de pouvoir bénéficier d'une indemnisation sur le fondement de la responsabilité sans faute, voir nos développements au sujet de l'arrêt « Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre », rendu par le Conseil d'Etat le 30 juillet 2003 (cf *supra*, § n° 317).

⁷⁹³ CE, Ass., 30 mars 1966, *Guyot*, Rec. CE, p. 259 ; AJDA, 1966, p. 382, et p. 349, chron. Puissochet et Lecat ; RDP, 1967, p. 143, note Waline.

⁷⁹⁴ CE, 18 décembre 1974, *Arpoudam et autres*, Rec. CE, T, p. 1144.

night-club à Nouméa, en réparation du préjudice résultant pour elle des difficultés d'exploitation, ayant conduit à une condamnation par le tribunal de commerce et à la fermeture définitive de son établissement⁷⁹⁵. Selon la requérante, son préjudice est lié aux décisions administratives ayant, pour des durées déterminées, interdit la vente de boissons alcoolisées et instituées le couvre-feu dans la ville de Nouméa, et à la mesure individuelle venue restreindre les heures d'ouverture de son établissement. Or, pour la Cour administrative d'appel de Paris, « *Mme Blin ne produit aucune information qui, tirée de la comptabilité de l'établissement ou de documents retraçant l'évolution des résultats de la gestion de celui-ci, soit de nature à démontrer que sa condamnation par le tribunal de commerce de Nouméa (...) et la perte de son emploi de gérante consécutive à la fermeture de l'établissement, sont les conséquences directes des mesures administratives incriminées ; (...) que dès lors, faute d'établir l'existence d'un lien de causalité directe entre préjudice invoqué et décisions administratives, les conclusions de sa requête doivent être rejetées* ».

La solution est identique concernant la requête d'une société, exploitant un restaurant sur la butte Montmartre, et invoquant une perte de clientèle subie à la suite d'un arrêté du préfet de police interdisant notamment aux autocars de tourisme tout accès à ladite butte de 21 heures à 10 heures. Pour le Conseil d'Etat, « *il ne résulte pas de l'instruction que cette mesure de police (...) ait eu un lien direct avec la perte de clientèle invoquée par la société* »⁷⁹⁶.

Selon la même méthode, le juge administratif va rejeter la demande d'indemnisation d'un promoteur immobilier, en réparation du préjudice résultant de l'impossibilité de réaliser une opération immobilière autorisée par un permis de construire, au motif que l'abandon du projet était « *la conséquence non du refus opposé par l'administration de prêter main-forte à l'exécution de divers jugements ordonnant l'expulsion des nomades qui occupaient indûment les terrains, mais de l'expropriation de ces terrains en 1969 en vue d'y édifier un foyer-hôtel pour travailleurs* »⁷⁹⁷. Le refus de concours de la force publique n'étant pas la cause du dommage, l'indemnisation est donc refusée, faute de préjudice direct.

383 - L'indemnisation du préjudice allégué sera ainsi refusée lorsque celui-ci ne remplit pas les conditions communes à tout régime de responsabilité, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas certain et que son lien de causalité avec l'acte incriminé ne peut être sérieusement établi. Ces conditions communes peuvent être accompagnées de conditions particulières liées au régime de responsabilité invoqué. Ainsi, en matière de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, le requérant doit également justifier du caractère d'anormalité et de

⁷⁹⁵ CAA Paris, 15 mai 1990, *Mme Blin*, req. n° 89PA02214.

⁷⁹⁶ CE, 18 septembre 1992, *SA « La Main »*, Rec. CE, T, p. 1301.

⁷⁹⁷ CE, 9 mars 1979, *Smorto-Cortellini*, Rec. CE, T, p. 882.

spécialité de son préjudice. La vérification de la réalisation de ces conditions appartient au juge administratif qui, là encore, semble se livrer à une appréciation restrictive, concluant le plus souvent à un rejet de l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat.

SECTION 2nde : Le rejet de la responsabilité sans faute du fait de l'appréciation *in concreto* des caractères du préjudice indemnisable

384 - Afin d'obtenir une indemnisation sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, le requérant doit avoir subi un préjudice anormal et spécial⁷⁹⁸. L'appréciation de l'existence d'un tel préjudice revient au juge administratif, lequel peut ainsi jouer sur l'étendue de la responsabilité. En effet, selon qu'il adopte une conception souple ou plus stricte des caractères du préjudice, il délimite, par ricochet, l'étendue de la responsabilité sans faute de la puissance publique.

Il semble sévère d'affirmer avec certitude que le juge administratif utilise les critères du préjudice afin de restreindre les cas d'indemnisation. Ce qui frappe en revanche, c'est la diversité des solutions rendues en la matière. En effet, spécialité et anormalité du préjudice font l'objet d'une analyse au cas par cas. Ce sont les circonstances de l'affaire qui guident le juge face à une demande d'indemnisation. Ainsi, l'incertitude plane quant à la définition des caractères du préjudice. En effet, la spécialité (§1) comme l'anormalité (§2) font l'objet d'une définition jurisprudentielle évolutive, synonyme de difficulté pour le requérant, dans la mesure où aucun principe général ne peut être dégagé. Sauf cas extrêmes, il sera quasiment impossible de savoir, à l'avance, si une demande d'indemnisation sera ou non accueillie.

§ 1 : La difficile définition jurisprudentielle de la spécialité du préjudice

385 - Définir le caractère spécial ne va pas être une mission facile pour le juge. Ainsi, devant le caractère subjectif de la notion, la jurisprudence va tout d'abord se révéler incertaine, hésitant selon les espèces à donner une interprétation souple ou stricte du caractère de spécialité (A). Puis, avec le développement de nouveaux cas de préjudices issus d'une rupture d'égalité, notamment ceux causés par l'abstention étatique de rendre accessible le domaine public fluvial et maritime, on va assister à un affinement du caractère de spécialité (B).

⁷⁹⁸ CE, Ass., 21 janvier 1944, *Caucheteux et Desmots*, Rec. CE, p. 22. En l'espèce, la Haute juridiction affirme que « (...) les sieurs Caucheteux et Desmots, qui ont subi du fait de la loi un préjudice spécial et suffisamment grave, sont fondés à en demander réparation ».

A - L'incertitude de l'interprétation du caractère de spécialité

386 - Au vu de quelques décisions rendues dès les débuts de la reconnaissance de la responsabilité pour rupture d'égalité, le juge administratif donne l'impression de se livrer à une interprétation plutôt souple du caractère de spécialité du préjudice (1). Néanmoins, réalisant les conséquences d'une telle conception, il va se tourner assez rapidement vers une appréciation plus stricte de cette notion (2).

1. *Les indices d'une interprétation souple de la condition de spécialité*

387 - Lorsque l'action normative en cause vient créer un préjudice au détriment d'une seule personne ou, au contraire, d'un ensemble indéterminable de citoyens, il va de soi que le pouvoir d'appréciation du juge administratif est quasi-inexistant. En effet, il est aisé de conclure à la réalisation d'un préjudice spécial dans le premier cas, comme à son absence dans le second. Toute la difficulté viendra des hypothèses où le dommage atteint un groupe de particuliers. Comment dès lors apprécier le caractère de spécialité que doit obligatoirement revêtir le préjudice, en plus de celui d'anormalité, afin d'être indemnisé ? La fixation d'un seuil apparaît bien utopique dans la mesure où la spécialité dépend étroitement de la situation du particulier lésé et des circonstances de l'espèce. Ainsi, à travers ses décisions, le juge administratif va pouvoir modeler la notion de spécialité en fonction de la politique jurisprudentielle qu'il souhaite mettre en place, et surtout en fonction des intérêts qu'il désire protéger.

388 - Au vu de quelques décisions rendues dans les années 1960, il est permis de penser, qu'à cette époque, le juge souhaitait mettre en place une jurisprudence favorable aux administrés, puisque la spécialité semble admise assez facilement par les tribunaux. Celle-ci n'est ainsi plus véritablement fonction du nombre de personnes lésées. Certains indices de cette volonté sont perceptibles bien avant son affirmation explicite. En effet, dans deux arrêts⁷⁹⁹, le Conseil d'Etat rejette une demande d'indemnisation de préjudices provoqués par des actes légalement pris, en se fondant exclusivement sur l'absence de gravité, alors que dans les deux cas, le commissaire du gouvernement avait souligné le grand nombre de personnes visées par ces mesures. Ainsi, le fait que, pour rejeter la demande d'indemnisation, le juge ne

⁷⁹⁹ CE, sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec. CE, p. 60, concl. Kahn - CE, 26 octobre 1962, *Olivier*, RDP, 1963, p. 79, concl. Heumann.

retienne pas l'absence de spécialité à côté de celle de gravité du préjudice semble le signe d'un certain positionnement en faveur d'une définition large du caractère.

389 - Mais la véritable affirmation d'une appréciation souple de la spécialité en matière de responsabilité du fait des lois va venir de l'arrêt « *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero* »⁸⁰⁰, rendu le 25 janvier 1963. En l'espèce, il s'agissait de préjudices subis par les propriétaires de locaux d'habitation, occupés par des militaires servant en Afrique du Nord, à la suite de l'interdiction de toute expulsion de ces personnes ou des membres de leur famille habituellement domiciliés avec eux, édictée par l'ordonnance du 3 janvier 1959. Le groupe visé par cette disposition était indéterminé dans le sens où, les personnes pouvant subir un dommage, ne pouvaient être dénombrées. Or, le Conseil d'Etat n'en a pas moins décidé que le préjudice était spécial dans un considérant méritant d'être cité : « *un tel préjudice ne frappe ni tous les propriétaires de locaux d'habitation occupés par des tiers, ni même une catégorie déterminée d'entre eux, mais seulement ceux dont les locaux se trouvent occupés par un militaire servant en Afrique du Nord au moment où ils auraient pu espérer obtenir l'exécution d'une ordonnance d'expulsion rendue en leur faveur, ou par des personnes dont un parent, précédemment domicilié avec elles, sert comme militaire en Afrique du Nord à ce même moment ; ce préjudice constitue ainsi pour ceux qui le subissent, une charge spéciale, par rapport aux charges incombant à l'ensemble des propriétaires de locaux d'habitation occupés par des tiers* ».

Ici, le juge semble donc adopter une position assez souple de la spécialité dans la mesure où le critère d'appréciation semble être différentiel et non arithmétique. On assiste alors à un certain « *desserrement des exigences jurisprudentielles* »⁸⁰¹, puisque la spécialité ne s'apprécie plus selon le nombre de personnes visées par la mesure, mais selon la capacité de regrouper les victimes en un ensemble de personnes identifiables. En effet, en l'espèce, le Conseil d'Etat a analysé la situation des propriétaires de locaux d'habitation occupés par des familles dont un membre servait en Algérie, par rapport à celles de propriétaires de locaux d'habitation occupés par des tiers. Afin de rendre compte de la possibilité d'isoler le groupe lésé au sein de la catégorie plus large à laquelle il appartenait, il précise que les victimes de l'ordonnance du 3 janvier 1959 ne sont pas tous les propriétaires de locaux d'habitation, mais « *seulement ceux dont les locaux se trouvent occupés par un militaire servant en Afrique du Nord* ». Ainsi, ces victimes peuvent être regroupées en un ensemble restreint.

⁸⁰⁰ CE, sect., 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*, Rec. CE, p. 53 ; AJDA, 1963, p. 94, note Gentot et Fourré ; JCP, 1963, G, II, n° 13326, note Vedel.

⁸⁰¹ G. VEDEL, note préc.

390 - Une certaine interprétation souple du critère de spécialité du préjudice va également être opérée par le juge, en ce qui concerne l'hypothèse d'un préjudice né de l'application d'une convention internationale. En effet, dans l'arrêt « *Ministre des Affaires étrangères c/ Dame Burgat, sieur Letourneur et dame Loiseau* »⁸⁰², rendu le 29 octobre 1976, le Conseil d'Etat va reconnaître l'existence d'un préjudice anormal et spécial alors que, là encore, la spécialité n'allait pas de soi, confirmant ainsi pour la seule et unique fois le principe de responsabilité sans faute du fait des conventions internationales⁸⁰³.

En l'espèce, il s'agissait de propriétaires ayant subi un préjudice du fait de l'impossibilité d'obtenir l'expulsion de leur locataire, mariée avec un ressortissant de l'Honduras devenu entre temps diplomate, et bénéficiant ainsi de la Convention de Vienne. A première vue, il semblait difficile de considérer que les propriétaires supportaient un préjudice spécial uniquement parce qu'ils avaient loué à un diplomate, dans la mesure où « *c'est seulement lorsqu'une convention ne lèse qu'un petit nombre de citoyens que le droit à indemnité peut être ouvert sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques* »⁸⁰⁴. Or, compte tenu du grand nombre de diplomates étrangers accrédités en France, les litiges pouvant naître de l'inexécution par ces derniers d'obligations contractuelles ou autres peuvent être assez fréquents.

Le Conseil d'Etat va néanmoins conclure à l'existence d'un préjudice spécial, en raison de la situation particulière, pour ne pas dire exceptionnelle, des consorts Burgat. En effet, comme le souligne le juge, à la date de la location de l'appartement, les propriétaires « *ne pouvaient prévoir que leur locataire bénéficierait ultérieurement des immunités diplomatiques attachées à la situation de la personne avec laquelle (celle-ci) s'est mariée après la date du contrat de location* ». Ainsi, même si les consorts Burgat font partie d'un vaste groupe de propriétaires, victimes des immunités issues de la convention internationale en cause, eux seuls subissent un préjudice particulier. Le Conseil d'Etat n'a pas justifié la spécialité du préjudice au motif que les requérants avaient noués des rapports contractuels avec des personnes protégées par l'immunité diplomatique, mais bien du fait qu'ils ne pouvaient prévoir que dix ans après la conclusion du bail, leur locataire épouserait un diplomate étranger, et que leur appartement deviendrait le siège d'une délégation permanente à l'U.N.E.S.C.O.

⁸⁰² CE, 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ Dame Burgat, sieur Letourneur et dame Loiseau*, Rec. CE, p. 452 ; AJDA, 1977, p. 30, chron., Nauwelaers et Fabius ; D., 1978, p. 76, note Vier et Lamoureux ; JCP, 1977, G, II, n° 18606, note Julien-Lafferrière ; RDP, 1977, p. 213, concl. Massot.

⁸⁰³ Principe issu de l'arrêt « *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* », rendu par le Conseil d'Etat le 30 mars 1966, Rec. CE, p. 257 ; AJDA, 1966, p. 350, chron. J.-P. Puissochet et J.-P. Lecat ; D., 1966, p. 582, note J.-F. Lachaume ; JCP, 1967, G, II, n° 15000, note J. Dehaussy ; RDP, 1966, p. 774, concl. M. Bernard, et p. 995, note M. Waline.

⁸⁰⁴ M. BERNARD, concl. préc.

Cet arrêt ne marque donc pas, dans le domaine de la responsabilité du fait des conventions, un élargissement aussi considérable que ne l'a fait l'arrêt « Bovero »⁸⁰⁵ concernant la responsabilité du fait des lois, puisque l'abandon du critère du petit nombre pour apprécier la spécialité du préjudice ne semble pas affirmé expressément. Néanmoins, on peut déceler une volonté certaine du juge de se tourner vers la victime pour apprécier l'existence du caractère spécial. En effet, devant l'impossibilité de dégager un seuil de spécialité, les circonstances de l'espèce serviront d'indices au cas par cas.

391 - Au vu de ces deux décisions, on pouvait légitimement penser que le juge administratif s'engageait dans une appréciation assez souple du critère de spécialité du préjudice dans le sens où, n'était plus seulement en cause le nombre de personnes touchées, mais aussi la situation particulière des victimes. Néanmoins, cette impression va être démentie par quelques décisions ultérieures témoignant d'un resserrement de la notion.

2. Le resserrement de la notion de spécialité

392 - Au lendemain de l'arrêt « Bovero », le caractère de spécialité visait une catégorie spécifique et déterminée susceptible de regrouper, dans certains cas, des centaines d'individus. L'évolution était alors manifeste depuis les décisions considérant le préjudice comme spécial uniquement si la mesure qui l'avait causé ne frappait qu'une entreprise ou qu'un seul administré⁸⁰⁶. Néanmoins, devant les risques d'extension illimitée de la notion, le juge administratif va rapidement revenir sur cette solution, en consacrant de nouveau une interprétation assez étroite du critère de spécialité. Cette éventualité avait été évoquée par le doyen Vedel pour qui, « *demain, sans se démentir, le juge pourrait opérer une retraite et revenir à une conception plus restrictive* »⁸⁰⁷.

393 - Le retour à une conception plus orthodoxe de la notion de spécialité peut être observé à travers la décision « Compagnie aérienne de publicité internationale et d'affrètement », rendue le 24 mai 1967⁸⁰⁸. En l'espèce, il s'agissait d'une requête tendant à la

⁸⁰⁵ CE, sect., 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*, préc.

⁸⁰⁶ Voir, notamment : CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. CE, p. 25 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque - CE, Ass., 21 janvier 1944, *Caucheteux et Desmonts*, Rec. CE, p. 22 ; S., 1945.3.13, note A. B - CE, sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. CE, p. 113 ; AJDA, 1963, p. 208, chron. M. Gentot et J. Fourré ; RDP, 1963, p. 1019, note M. Waline.

⁸⁰⁷ Note préc., sous CE, sect., 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*.

⁸⁰⁸ CE, 24 mai 1967, *Compagnie aérienne de publicité internationale et d'affrètement (CAPIA)*, Rec. CE, T, p. 925 ; AJDA, 1968, p. 45, note Moreau.

réparation d'un préjudice subi par la Compagnie, du fait de la décision du Ministre des Travaux publics, des Transports et du Tourisme d'interdire, pendant une période donnée, aux entreprises de travail aérien et de transport aérien, le survol du territoire national. En premier lieu, conformément à sa jurisprudence traditionnelle⁸⁰⁹, le Conseil d'Etat va écarter la responsabilité pour faute, au motif que la décision était légitimée par des motifs d'ordre public. En effet, la période d'interdiction de survol du territoire coïncidait avec les semaines précédant la signature des accords d'Evian durant lesquelles la situation était grave, même en France métropolitaine.

En second lieu, le juge administratif va conclure à l'absence de spécialité du préjudice du fait de la généralité des interdictions en cause. Selon lui, la décision ministérielle s'adressait à toutes les entreprises de transport aérien et de travail aérien, ce qui fait que le préjudice subi par la compagnie requérante n'avait rien de spécial. De prime abord, l'argument paraît tout à fait recevable, néanmoins selon le raisonnement développé dans l'arrêt « Bovero », il semble que le juge opère une restriction du critère de spécialité. En effet, il semblait possible d'intégrer la compagnie requérante au sein d'un ensemble déterminé de victimes, puisque les pièces du dossier révélaient que la décision ministérielle avait en réalité, paralysée provisoirement le fonctionnement de cinquante-deux autres entreprises de travail aérien spécialisées dans la photographie, la cartographie ou les travaux agricoles aériens. Ce groupe d'entreprises se trouvait donc dans une situation particulière par rapport à l'ensemble plus large formé de toutes les sociétés de transport et de travail aérien. Or, le Conseil d'Etat se refusa à reconnaître une telle distinction, d'où un retour apparent au critère arithmétique d'évaluation, dans la mesure où le nombre important de personnes susceptibles d'être touchées par les conséquences de ces interdictions permet le rejet de la spécialité.

394 - Cette conception arithmétique du critère de spécialité du préjudice ne va pas manquer d'être confirmée à travers la jurisprudence relative aux préjudices nés de l'application de conventions internationales. En effet, dès l'arrêt de principe « Compagnie générale d'énergie radio-électrique » du 30 mars 1966, le Conseil d'Etat se prononce en faveur d'une appréciation numéraire de la spécialité du préjudice puisqu'en l'espèce, l'indemnisation pour rupture d'égalité devant les charges publiques est refusée, au motif « *qu'eu égard à la généralité des accords et au nombre des ressortissants français victimes de dommages*

⁸⁰⁹ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. CE, p. 789 ; D. 1923.3.59, concl. Rivet ; RDP, 1924, p. 75, concl., et p. 208, note G. Jèze ; S. 1923.3.57, concl et note M. Hauriou.

analogues au dommage allégué par la compagnie requérante, celui-ci ne peut être regardé comme présentant un caractère spécial »⁸¹⁰.

Cette solution sera reprise dans les quelques arrêts ultérieurs intéressant des préjudices nés de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, sauf exception de l'arrêt « Burgat »⁸¹¹ dont on a vu que l'allocation d'une indemnisation reposait en partie sur les circonstances très particulières de l'espèce. Ainsi, dans la décision « Compagnie générale des goudrons et bitumes »⁸¹² du 9 décembre 1987, une société qui se plaignait du préjudice qu'elle avait subi, du fait du détournement par les Allemands, en 1939, d'une cargaison de 980 tonnes de goudron lui appartenant, et qui considérait que ce préjudice provenait notamment de la signature de l'accord de Londres retardant le règlement de sa créance, se voit refuser toute indemnisation au motif qu'« *eu égard à la généralité de cet accord et au nombre des ressortissants français victimes de dommages analogues, le préjudice ne peut être regardé comme revêtant un caractère spécial* ». Un raisonnement identique est développé dans les arrêts « SA Sapvin c/ Ministre des Relations extérieures »⁸¹³ à propos d'un accord franco-espagnol, et « Mme Yasmine Aga Khan »⁸¹⁴ s'agissant de la Convention de Vienne du 18 avril 1961. Cette solution va être une fois de plus réaffirmée dans un arrêt en date du 26 mars 2003⁸¹⁵, intéressant la dévaluation du franc CFA.

Ainsi, la mise en œuvre de la responsabilité du fait des conventions internationales sur le modèle de celle des lois reste exceptionnelle en raison du caractère général de la norme en cause, lequel s'oppose à ce que le préjudice résultant de son application soit spécial.

395 - Dans la plupart des espèces, le juge administratif se prononce en faveur d'un rejet des demandes d'indemnisation des préjudices nés d'actes réguliers de la puissance publique, au motif que le préjudice ne répond pas à l'exigence de spécialité. Etant le seul habilité à définir cette notion, il met en place une jurisprudence rigoureuse puisque celle-ci apparaît très étroitement liée au nombre de victimes.

Néanmoins, au vu du développement de nouveaux cas d'application de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, tel le refus non fautif du

⁸¹⁰ CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, préc.

⁸¹¹ CE, 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ Consorts Burgat*, préc.

⁸¹² CE, 9 décembre 1987, *Compagnie générale des goudrons et bitumes*, Rec. CE, p. 405 ; D., 1988, SC, p. 369, obs. Moderne et Bon.

⁸¹³ CE, 25 mars 1988, *SA Sapvin c/ Ministre des Relations extérieures*, Rec. CE, p. 133 ; RFDA, 1988, p. 993, note Ruzié ; D., 1989, SC, p. 120, note Moderne et Bon.

⁸¹⁴ CAA Paris, 16 juillet 1992, *Mme Yasmine Aga Khan*, RFDA, 1993, p. 156, note Godfrin.

⁸¹⁵ CE, 26 mars 2003, *M. Santinacci*, Juris-Data, n° 2003-065163 ; Dr. adm., 2003, n° 139 ; RFDA, 2003, p. 648 : « (...) eu égard à la généralité des effets de la décision de dévaluer le franc CFA et au nombre des personnes, dont les titulaires d'une retraite libellée en francs CFA, affectées par les conséquences de cette décision, le préjudice invoqué par M. Santinacci ne présente pas un caractère spécial ».

concours de la force publique, il semble que le juge développe une appréciation plus affinée du critère de spécialité.

B - L'affinement de l'étendue du caractère de spécialité

396 - La délimitation du critère de spécialité est donc très étroitement liée aux circonstances de l'espèce. Il s'avère ainsi bien difficile de savoir, à l'avance, si le juge administratif va reconnaître son existence ou non, puisque qu'aucun seuil de spécialité ne peut être défini. Face à cette incertitude et aux fluctuations de la jurisprudence que nous venons d'étudier, il existe néanmoins une hypothèse particulière d'engagement de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, dans laquelle le Conseil d'Etat développe une appréciation novatrice du critère de spécialité.

En effet, poursuivant le raisonnement issu de l'arrêt « Bovero »⁸¹⁶, le juge va isoler au sein du groupe de victimes, une sous-catégorie qui sera elle seule réputée avoir subi un préjudice spécial (1). Cette démarche *a priori* peu orthodoxe, permettra de nous interroger sur les avantages susceptibles d'être récoltés par les particuliers (2).

1. *La détermination d'un sous-groupe parmi les victimes*

397 - L'approche novatrice de la notion de spécialité va être développée dans une série d'arrêts concernant un contexte identique, à savoir le mouvement de blocus de plusieurs ports maritimes français, entrepris par les marins-pêcheurs en colère en août 1980. Ce mouvement de protestation va empêcher le fonctionnement normal de plusieurs ports, causant ainsi un préjudice à de très nombreuses personnes parmi lesquelles les armateurs, les voyageurs, les expéditeurs et destinataires de marchandises ou encore les exploitants d'activités diverses. Face à cette situation, les services de l'Etat étaient évidemment fondés à intervenir afin de garantir le respect de la loi et rétablir l'ordre. Néanmoins, par crainte d'affrontements et de tensions supplémentaires, ils s'étaient refusés à le faire. Ce refus ne pouvait en aucun cas permettre l'engagement de leur responsabilité pour faute, puisque les nécessités de l'ordre public le légitimaient. Se posait alors la question d'une possible responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Au vu du nombre important de particuliers et d'entreprises ayant subi les conséquences du blocus, il semblait difficile de conclure à l'existence d'un préjudice spécial, sous peine de priver la notion de sa signification.

⁸¹⁶ CE, sect., 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*, préc.

398 - Le Conseil d'Etat va néanmoins adopter un raisonnement permettant d'indemniser certains des requérants. Précisément, les juges du Palais-royal vont opérer une distinction au sein du groupe très étendu des victimes du blocus, afin d'en isoler un sous-groupe restreint ayant subi, plus que les autres, les effets néfastes du mouvement des marins, et pouvant ainsi prétendre à une indemnisation de leur préjudice spécial. C'est ainsi que, dans les arrêts « Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la Mer c/ Société Sealink U.K. limited » et « Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la Mer c/ Société Townsend car ferries limited », rendus le 22 juin 1984⁸¹⁷, le Conseil d'Etat reconnaît la spécialité du préjudice subi par les entreprises exploitantes de ferries pour voyageurs et automobiles, au motif que, si un grand nombre d'entreprises dont le fonctionnement est lié directement ou indirectement à l'activité portuaire ont été affectées par le mouvement d'ampleur nationale, les sociétés requérantes subissaient un préjudice spécial compte tenu des caractéristiques de leur activité (nombreuses rotations quotidiennes) et de la période de l'année où l'on se trouvait (vacances d'été).

La même solution fût retenue en faveur d'un propriétaire d'une vedette affectée au transport de passagers⁸¹⁸, au motif que « *si un très grand nombre d'entreprises (...) ont été affectées par le mouvement d'ampleur nationale, il résulte de l'instruction qu'eu égard aux caractères spécifiques de l'activité de transports de passagers de Saint-Gilles-Croix-de-Vie à l'île d'Yeu, assurée par lui pendant quatre-vingts jours par an seulement, M. Lebeaud a subi, du fait de la fermeture pendant neuf jours du port de Saint-Gilles, un préjudice dont la spécialité et la gravité ont été suffisantes pour qu'il soit regardé comme excédant les charges que les usagers du port doivent normalement supporter* ». Un raisonnement identique est enfin identifiable dans une décision concernant une usine sidérurgique n'ayant pu être approvisionnée suite à un blocage du port de Dunkerque par les marins-pêcheurs. Le juge administratif se livre à une comparaison des situations des différentes victimes et autorise l'indemnisation de la société requérante du fait que, « *si un grand nombre d'entreprises (...) ont été affectées par le mouvement qui a revêtu une ampleur nationale, il résulte de l'instruction qu'eu égard au caractère spécifique de l'usine sidérurgique de Dunkerque, qui*

⁸¹⁷ Respectivement : CE, sect., 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la Mer c/ Société Sealink U.K. limited*, Rec. CE, p. 246 - CE, 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la mer c/ Société Townsend car ferries limited*, AJDA, 1984, p. 706, note Moreau.

⁸¹⁸ CE, sect., 27 juillet 1984, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation et Ministre de la Mer c/ M. Lebeaud*, Rec. CE, T, p. 728 ; AJDA, 1984, p. 706, note Moreau. Voir également, CE, 9 octobre 1989, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre de l'Urbanisme, du Logement et des Transports, chargé de la mer et SARL Compagnie « Côte des Isles » c/ Ville de Port-Bail*, Rec. CE, T, p. 900 : « La compagnie Côte des Isles, qui transportait des passagers pour des excursions à Jersey, avait prévu (...) 28 traversées (...) 24 de ces traversées n'ont pu être effectuées en raison de barrages des marins-pêcheurs. Eu égard au caractère essentiellement saisonnier de l'activité de cette entreprise, une perte de recettes aussi importante est constitutive d'un préjudice anormal susceptible d'être indemnisé sur la base du principe d'égalité devant les charges publiques ».

ne peut être approvisionnée en matières premières que par le port-est de Dunkerque, la société requérante a subi, du fait de la fermeture pendant plusieurs jours de ce port, un préjudice dont la spécialité et la gravité ont été suffisantes (...) »⁸¹⁹.

399 - Cette distinction entre les victimes va également, dans quelques cas, permettre au Conseil d'Etat de conclure à l'absence de spécialité du préjudice. Ainsi, dans l'affaire « Société Jokelson et Handstaem »⁸²⁰, concernant une entreprise de consignation, de manutention et de transit, le fait que la requérante était une importante entreprise et que son préjudice se limitait à la perte de la manutention de la cargaison de deux navires et à l'inactivité du bureau annexe installé au terminal des « cars ferries » pendant trois courtes périodes, a fait dire au Conseil d'Etat qu'il n'était pas possible de l'isoler au sein d'un groupe ayant fortement subi les conséquences du blocus.

400 - Ce raisonnement consistant à isoler parmi l'ensemble des victimes, un sous-groupe spécifique ayant subi un préjudice spécial, va être employé dans une hypothèse autre que le blocus des ports, à savoir la carence non fautive de l'Etat à faire cesser les mouvements de grève des contrôleurs aériens. Dans les arrêts relatifs à ce cas précis, le Conseil d'Etat va toujours développer le même raisonnement. Ainsi, après avoir jugé que l'administration n'a pas commis de faute en s'abstenant d'user de son droit de réquisition ou d'engager des poursuites disciplinaires, le juge administratif examine sous l'angle de la responsabilité sans faute les demandes d'indemnités des transporteurs aériens dont l'activité s'est trouvée paralysée. Le caractère spécial du préjudice va donc dépendre d'un critère différentiel. Il sera en effet reconnu en cas de préjudice subi par un transporteur le plaçant dans une situation très différente des autres victimes des mouvements de grève.

Ainsi, le Conseil d'Etat va rejeter la demande d'indemnisation d'une importante compagnie allemande de transport charter, au motif qu'elle exerçait la majeure partie de son activité en dehors de l'espace aérien français, et que, de ce fait, elle « *ne s'est pas trouvée, en l'espèce, dans une situation différente de celle de l'ensemble des usagers des aéroports ou des activités liées au transport aérien* »⁸²¹. Le préjudice subi ne présentait donc pas les caractères de spécialité et de gravité suffisants. A l'inverse, le Conseil d'Etat va accueillir la demande des sociétés françaises de transport aérien dites « de troisième niveau », au motif que leur trafic, intéressant essentiellement le territoire français, avait été presque totalement

⁸¹⁹ CAA Nancy, 8 octobre 1992, *Société lorraine de laminage continu (Sollac)*, Rec. CE, T, p. 1302.

⁸²⁰ CE, 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la mer c/ Société Jokelson et Handstaem*, Rec. CE, p. 247.

⁸²¹ CE, 6 novembre 1985, *Société Condor-Flugdienst*, Rec. CE, p. 313 ; AJDA, 1986, p. 124, et p. 84, note Hubac et Azibert.

paralysé pendant plusieurs semaines, mettant ces firmes dont l'équilibre financier reste précaire, dans une situation dramatique⁸²².

401 - Enfin, dans un jugement en date du 7 avril 1986⁸²³, le tribunal administratif de Nouméa opère un même type de distinction entre les requérants, concernant cette fois les victimes de barrages routiers. Le juge accorde ainsi réparation à deux entreprises, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, au motif que « *les atteintes tolérées à la liberté de circulation ont eu pour conséquence d'entraver (...) toute activité sur le chantier de construction et de revêtement de la route territoriale n°1 (...) qui était confié à la société des Entreprises réunies et à M. Menaouer, entrepreneur ; que ces deux requérants se sont ainsi trouvés dans une situation différente de celle de l'ensemble des usagers* ».

402 - Poursuivant l'effort amorcé dans l'arrêt « Bovero », la jurisprudence administrative reconnaissant le caractère spécial du préjudice en cas de possibilité d'isolement d'un sous-groupe parmi les nombreuses victimes paraît bien affirmée. Néanmoins, face à cette nouvelle conception de la condition de spécialité, il s'avère indispensable de s'interroger sur ses conséquences, notamment en ce qui concerne ces victimes.

2. Une évolution jurisprudentielle favorable aux victimes ?

403 - La reconnaissance du caractère de spécialité du préjudice par l'isolement, en fonction de l'importance du dommage, d'un sous-groupe parmi les victimes, apparaît de prime abord comme une solution profitant aux particuliers. En effet, l'évocation de ce sous-groupe intervient dans l'hypothèse où un très grand nombre de personnes est susceptible de subir un dommage du fait de l'abstention étatique. Ainsi, lorsque le concours de la force publique est refusé pour faire cesser le blocage des ports français, cette décision affecte non seulement les armateurs mais aussi les voyageurs, les destinataires de marchandises, les exploitants d'activités diverses. Reconnaître l'existence d'un préjudice spécial en faveur de toutes ces personnes s'avère impossible. Cependant, plutôt que de rejeter toute demande d'indemnisation présentée par une de ces catégories d'administrés, le juge administratif utilise le concept de sous-groupe afin de permettre la réparation du préjudice de quelques uns. La solution dégagée permet alors d'adoucir la condition de spécialité, difficilement réalisable autrement.

⁸²² CE, 6 novembre 1985, *Ministre d'Etat, Ministre des transports c/ Touraine Air Transports et autres*, Rec. CE, p. 312 ; AJDA, 1986, p. 125, et p. 84 note Hubac et Azibert.

⁸²³ TA Nouméa, 7 avril 1986, *Société Entreprises réunies*, Rec. CE, p. 310.

Cette appréciation particulière de la spécialité revêt en plus le mérite de tenir compte de manière certaine de la situation du particulier lésé. En effet, seul l'examen approfondi des circonstances de l'espèce permet d'identifier, non seulement, l'existence d'un sous-groupe, mais aussi, l'appartenance du requérant à celui-ci. Cette démarche s'exprime de manière explicite dans les décisions accueillant la demande d'indemnisation, le juge administratif évoquant les « *circonstances spécifiques* »⁸²⁴ de l'activité touchée par les conséquences de l'abstention étatique.

404 - Néanmoins, une telle solution comporte toujours une part d'incertitude et de subjectivité. En effet, les éléments permettant de définir les cas où le seuil de spécialité sera atteint restent incertains et flous, dans la mesure où chaque cas d'espèce appelle une réflexion *in concreto*. Ainsi, comme le souligne P. Senkovic⁸²⁵ « *la détermination du seuil à partir duquel le préjudice cesse d'être spécial représente un outil puissant placé entre les mains du juge qui l'utilise pour réduire ou élargir la portée du principe d'égalité devant les charges publiques* ».

En la matière, l'appréciation faite par le juge du critère de spécialité n'est pas toujours très claire, ni très conforme aux principes énoncés antérieurement. L'arrêt « M. Aldebert »⁸²⁶, rendu le 13 mai 1987 par le Conseil d'Etat, permet de nous interroger sur les éléments retenus en faveur de la spécialité du préjudice. En l'espèce, il s'agissait d'une demande d'indemnisation présentée par un propriétaire d'un relais-routier, en réparation du préjudice résultant d'un arrêté municipal interdisant aux poids lourds de plus de six tonnes de traverser la commune, et provoquant ainsi le tarissement de la quasi-totalité de sa clientèle. Le Conseil d'Etat va reconnaître l'existence d'un préjudice spécial au motif que, le requérant avait fait aménager un parc de stationnement adapté aux caractéristiques des véhicules poids lourds, et qu'il disposait d'autorisations pour ouvrir son commerce la nuit. Ainsi, le juge isole au sein du groupe très étendu des restaurateurs pouvant être touchés par la déviation, un sous-ensemble constitué par ceux dont l'établissement est fréquenté par les routiers pour peu qu'ils aient procédé à quelques aménagements spécifiques.

Cette solution paraît surprenante dans la mesure où « *le sous-ensemble homogène ressemble plutôt à une catégorie fourre-tout* »⁸²⁷ regroupant tous les commerçants

⁸²⁴ Voir par ex. : CE, sect., 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la Mer c/ Société Sealink U.K. limited*, préc. - CE, 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la mer c/ Société Townsend car ferries limited*, préc. - CE, sect., 27 juillet 1984, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation et Ministre de la Mer c/ M. Lebeaud*, préc.

⁸²⁵ P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 205.

⁸²⁶ CE, 13 mai 1987, *M. Aldebert*, Rec. CE, T, p. 924 ; RFDA, 1988, p. 950, note H. Rihal.

⁸²⁷ H. RIHAL, note préc., p. 957.

susceptibles d'avoir à faire à la clientèle composée de chauffeurs routiers. Dès lors, le nombre de commerçants fondés à invoquer un tel préjudice apparaît extensible (propriétaires de stations services, de garages, de débits de boissons...), privant ainsi quelque peu la notion de sa pertinence. Le Conseil d'Etat semble d'ailleurs douter lui même de la cohérence de ce critère de différenciation entre les victimes, puisque procédant à l'évaluation du préjudice, il précise qu'« *il n'est pas établi que le parc de stationnement (...) ne puisse être affecté à d'autres usages* ».

405 - L'appréciation du préjudice au cas par cas n'est donc pas toujours synonyme de clarté. La jurisprudence se révèle fluctuante, oscillant, afin de conclure à l'existence d'un préjudice spécial, entre le critère du nombre de victimes et celui de l'identification d'un sous-groupe homogène. Mais plus que l'incertitude liée à l'absence de critère stable, il est intéressant de relever le lien évident entre spécialité et gravité. En effet, dans les espèces mentionnées, le préjudice est spécial parce qu'il est grave. Plus précisément, « *c'est la gravité particulière du préjudice subi qui permet d'isoler un groupe restreint et homogène indemnisable au sein de la masse des personnes plus ou moins lésées* »⁸²⁸. Ainsi, dans les arrêts « Société Sealink » et « M. Lebeaud »⁸²⁹, le blocage du trafic à Boulogne et à Calais avait causé aux requérants une perte d'activité de quinze jours en pleine saison. Concernant l'arrêt « Compagnie Touraine Air Transport »⁸³⁰, la grève des contrôleurs de la navigation aérienne avait paralysé presque totalement l'activité des sociétés requérantes pendant plusieurs semaines, puisque celles-ci exerçaient uniquement sur le territoire français.

En définitif, il semble que le nombre de victimes ne soit plus à l'heure actuelle le critère majeur d'appréciation de la spécialité du préjudice. Le juge administratif s'attache plutôt à rechercher si la victime s'est vue supprimer un droit qui continue néanmoins à exister dans le contexte juridique⁸³¹. Dans le cas où celui-ci continuerait d'exister en tant que droit objectif pour tous les autres, l'indemnisation du particulier pourra être envisagée.

406 - La gravité du préjudice déploie ainsi ses effets dans le domaine de la condition de spécialité. Mais, il reste néanmoins un élément à part entière de la mise en œuvre de la responsabilité sans faute, et plus particulièrement pour ce qui nous intéresse ici, de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques. En effet, le juge administratif examine au cas par cas si le préjudice est spécial mais aussi anormal, afin

⁸²⁸ M. ROUGEVIN-BAVILLE, « Responsabilité sans faute », in *Encyclopédie Dalloz*, p. 37, n° 230.

⁸²⁹ Respectivement : CE, 22 juin 1984, préc. et CE, 27 juillet 1984, préc.

⁸³⁰ CE, 6 novembre 1985, *Ministre d'Etat, Ministre des transports c/ Touraine Air Transports et autres*, préc.

⁸³¹ A ce sujet, voir G.-C. HENRIOT, *Le dommage anormal, contribution à l'étude d'une responsabilité de structure*, Thèse, Paris, 1960, 76 p.

d'accorder ou non une réparation. Là encore, toute la difficulté va être de fixer un seuil au-delà duquel le préjudice sera anormal et donc indemnisable.

§ 2 : La difficile définition jurisprudentielle de l'anormalité du préjudice

407 - « *Il n'y a pas de responsabilité du fait des lois, conventions, décisions légales et agissements non fautifs si le préjudice ne revêt pas un minimum de gravité (...), c'est seulement lorsqu'un préjudice d'une certaine gravité est causé à un citoyen isolé - ou à un groupe suffisamment limité de citoyens - que l'équilibre est rompu et que le principe d'égalité impose une réparation* »⁸³². Tout le problème va être de définir avec précision les éléments constitutifs de gravité, qui feront du préjudice un préjudice anormal. Comme pour le critère de spécialité, le juge administratif n'a pas fixé de seuil de gravité, dans la mesure où un caractère unique et objectif de définition semble impossible à dégager. L'examen des circonstances de l'espèce vont donc conduire à une appréciation de la gravité au cas par cas, empêchant toute solution certaine (A).

Néanmoins, l'absence de critères objectifs de définition n'empêche pas l'existence d'éléments excluant la gravité. En effet, dans certaines circonstances particulières, le juge administratif se refuse à reconnaître l'anormalité du préjudice, des éléments annexes étant venus la faire disparaître (B).

A - L'incertitude des éléments constitutifs de la condition de gravité

408 - « *Le seuil de gravité est éminemment variable selon les circonstances de l'espèce, selon la nature des dommages et selon celle de l'intervention administrative considérée* »⁸³³. Au vu de la jurisprudence, on peut néanmoins établir deux critères d'appréciation de la gravité, que sont la durée dans le temps et l'importance financière ou matérielle du préjudice. Le juge administratif tente ainsi de définir la gravité du préjudice invoqué en fonction d'éléments temporels (1) ou financiers (2).

⁸³² M. ROUGEVIN-BAVILLE, « Responsabilité sans faute », in *Encyclopédie Dalloz*, p. 38, n° 236.

⁸³³ *Idem*.

1. La gravité appréciée en fonction de critères temporels

409 - Dès l'arrêt « Couitéas »⁸³⁴ rendu en 1923, la notion de durée intervient dans la reconnaissance de la gravité du préjudice. En l'espèce, le Conseil d'Etat accorde une indemnisation à une personne lésée par le refus de l'administration de prêter main forte à l'exécution d'un jugement d'expulsion rendu en sa faveur, au motif que « *le préjudice (...) excède une certaine durée* ». Selon cette formule, il existe donc un certain délai d'action durant lequel aucune responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques ne peut être reconnue à l'encontre de l'Etat. Cette période de neutralisation est en général fixée à deux mois⁸³⁵ et ne débute que du jour où le concours de la force publique a été sollicité.

Ici, l'appréciation de la condition de gravité du préjudice apparaît assez simple, dans la mesure où la non-exécution d'une décision de justice est considérée, par le juge administratif, comme étant grave par nature. Dès lors, au-delà de la période forfaitaire de deux mois, le préjudice est entièrement réparé à condition d'être certain. Il peut ainsi compenser les pertes de loyer⁸³⁶ ou de jouissance⁸³⁷, les dégradations commises par les occupants sans titre⁸³⁸, les frais de procédure⁸³⁹ ou d'hôtel⁸⁴⁰ exposés par le requérant, la perte en cas de vente de l'immeuble⁸⁴¹, ou encore les intérêts⁸⁴². A noter qu'en cas de condamnation, l'Etat n'est déclaré responsable que des préjudices réalisés durant la période de refus de concours⁸⁴³, à l'exclusion donc des dégâts causés après l'expulsion.

410 - Le même constat peut être fait en matière de décisions de justice ordonnant l'évacuation d'usines ou de lieux de travail occupés par des grévistes lors de conflits sociaux. Le délai laissé à la force publique pour faire exécuter la décision de justice est généralement

⁸³⁴ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, préc.

⁸³⁵ Voir, par ex. : CE, 20 janvier 1954, *Dauga*, RDP, 1954, p. 814 - CE, 2 mai 1956, *Sté Acmer*, Rec. CE, p. 179 - CE, 6 mai 1991, *Sté Automobile Citroën*, Rec. CE, p. 172 ; JCP, 1991, G, IV, p. 360 - CAA Lyon, 13 février 1997, *Fahe*, Juris-Data, n° 1997-044694 - CAA Marseille, 16 juin 1999, *Sociétés Salybail et Immobail*, Juris-Data, n° 1999-105461.

⁸³⁶ Voir, notamment : CE, 5 novembre 1956, *Société « Compagnie française du Meuble Rationnel »*, AJDA, 1956, p. 19 - CE, 3 juin 1949, *Appert-Guyot*, Rec. CE, p. 264 - CE, 16 avril 1956, *Sieur Debray*, Rec. CE, p. 158.

⁸³⁷ CE, 17 juin 1953, *Fricker*, Rec. CE, p. 293.

⁸³⁸ Voir notamment : CE, 23 février 1951, *Héritier*, Rec. CE, p. 111 ; D., 1951, SC., p. 68 - CE, 9 décembre 1949, *Geeverding*, Rec. CE, p. 543 - CAA Paris, 3 mars 1998, *Leroy*, Rec. CE, T, p. 1163.

⁸³⁹ CE, 12 mai 1954, *Etablissements Mery Rougier*, Rec. CE, p. 266.

⁸⁴⁰ CE, 8 février 1952, *Terrancle*, Rec. CE, p. 95.

⁸⁴¹ CE, 29 juillet 1953, *Guyard*, Rec. CE, p. 420.

⁸⁴² CE, 28 avril 1950, *Maignan*, Rec. CE, p. 237.

⁸⁴³ CAA Paris, 3 mars 1998, *Leroy*, préc.

fixé à quinze jours⁸⁴⁴, même si le juge s'autorise quelques fois à rallonger ce délai⁸⁴⁵. Au-delà de ce seuil, la rupture d'égalité est constituée⁸⁴⁶ et matérialisée par un préjudice anormal, en deçà il n'est pas possible de mettre en jeu la responsabilité sans faute de l'Etat⁸⁴⁷. Là encore, l'indemnisation peut couvrir les préjudices les plus divers comme par exemple les vols ou les dégradations de matériels⁸⁴⁸ intervenus pendant la période d'inaction des forces publiques.

Dans un domaine quelque peu différent, le juge administratif a reconnu le caractère anormal du préjudice subi par un père, bénéficiaire de nombreuses décisions de justice lui reconnaissant le droit de visite et d'hébergement de son enfant, et se heurtant à plusieurs reprises au refus de concours des forces de police pour l'exécution de ces décisions non respectées par la mère⁸⁴⁹. En l'espèce, les juges accordent une indemnité au titre des frais de déplacement et de matériels supplémentaires, ainsi que des troubles de toute nature dans les conditions d'existence du requérant.

411 - L'utilisation de ce critère de durée pour apprécier la gravité du préjudice va être reprise à l'occasion de l'abondante jurisprudence relative à l'abstention de la force publique pour mettre fin aux obstacles à l'utilisation du domaine public.

En matière fluviale tout d'abord, l'abstention des autorités administratives à rétablir l'accès aux voies d'eaux, laissant subsister un barrage des artisans bateliers pendant un mois⁸⁵⁰, sera considérée comme imposant une charge anormale aux sociétés de transport de fret, du fait de l'immobilisation de leurs bateaux. La même solution est retenue en cas de

⁸⁴⁴ CE, 8 octobre 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Pain Jacquet*, RFDA, 2003, p. 400 : « Le délai dont dispose l'administration pour procéder à l'expulsion sous la contrainte des salariés occupant l'usine est, dans les circonstances de l'espèce, fixé à 15 jours, à compter de la présentation par l'entreprise de la demande de concours de la force publique ».

⁸⁴⁵ CAA Bordeaux, 22 mai 1990, *Société Prodelis*, Rec. CE, T, p. 986, à propos du refus de concours de la force publique pour faire exécuter une ordonnance du juge des référés prononçant l'évacuation des locaux d'une société par les anciens salariés après l'arrêt de l'activité. Ici, le seuil reconnu à l'administration pour agir est fixé à deux mois. Au-delà, le préjudice anormal de la société est constitué. Voir aussi, CE, 27 janvier 2003, *Société Délices Hôtel*, RFDA, 2003, p. 401.

⁸⁴⁶ Voir, par ex. : CE, Ass., 3 juin 1938, *Sté La cartonnerie et imprimerie Saint Charles*, Rec. CE, p. 521, concl. Dayras ; D., 1938.3.65, note Appleton ; S., 1939.3.9, concl. ; RDP, 1938, p. 375, note G. Jèze ; Dr. soc., 1938, p. 241, concl. - CE, 7 mai 1947, *Sté « Les Brasseries de la Meuse »*, Rec. CE, p. 180 - CE, 21 décembre 1951, *Sté « Les Verreries Charbonneau »*, Rec. CE, p. 607 - CE, 6 mai 1991, *Sté automobiles Citroën et sté commerciale Citroën*, Rec. CE, p. 172 ; JCP, 1991, G, IV, p. 360. Le dernier cas concerne l'abstention des autorités de police, pendant dix huit jours, à faire exécuter une ordonnance de dispersion des piquets de grèves ou rassemblements empêchant l'accès des salariés sur les lieux de travail.

⁸⁴⁷ Voir, notamment : CE, 6 mai 1991, *Sté Automobiles Citroën* (cf. préc.), concernant l'abstention des autorités de police pendant cinq jours - CE, 8 juillet 1992, *Sté Automobiles Peugeot*, RDP, 1993, p. 258, revue de jurispr. par Y. Gaudemet.

⁸⁴⁸ CAA Bordeaux, 22 mai 1990, *Société Prodelis*, préc.

⁸⁴⁹ CAA Nantes, 21 décembre 2001, *Portmann*, Gaz. Pal., 5-6 mars 2003, Panorama droit adm., p. 25 : « Ces refus continus de concours de la force publique, dont il n'est ni établi, ni même allégué qu'ils auraient été motivés par des risques de troubles à l'ordre public, sont de nature à engager la responsabilité de l'Etat ».

⁸⁵⁰ CE, sect., 27 mai 1977, *SA Victor Delforge et Cie et Victor Delforge*, Rec. CE, p. 252 ; JCP, 1978, G, II, n° 18778, note B. Pacteau ; Rev. adm., 1977, p. 488, obs. G. Darcy.

blocage des péniches pendant une période de quarante et un jours⁸⁵¹. A l'inverse, dans le cas d'une immobilisation de onze jours⁸⁵², le préjudice ne revêt pas le caractère de spécialité nécessaire.

En ce qui concerne ensuite le blocage des ports maritimes, l'appréciation de la gravité du préjudice par le juge administratif apparaît étroitement liée à l'activité de la victime. En effet, l'examen de la jurisprudence permet de déduire que la période neutralisée, c'est-à-dire celle durant laquelle le seuil de gravité n'est pas atteint, est très courte lorsque le blocage a entraîné une immobilisation de navires transportant des passagers, puisque le préjudice est anormal au-delà d'une immobilisation de vingt quatre heures⁸⁵³. A l'inverse, le préjudice subi par des navires de commerce sera considéré comme grave au-delà d'une période neutralisée plus importante. Ainsi, le Conseil d'Etat rejette leurs demandes d'indemnisation dans le cas de blocage d'un port pendant une durée de trois⁸⁵⁴, quatre⁸⁵⁵, cinq⁸⁵⁶, cinq et demi⁸⁵⁷, huit⁸⁵⁸, ou même neuf jours⁸⁵⁹. Néanmoins, il semble que désormais le juge administratif adopte une conception un peu plus souple du caractère de gravité, dans la mesure où postérieurement à cette jurisprudence abondante, il a accordé une indemnisation à une société dont le navire n'avait été immobilisé que cinq jours⁸⁶⁰.

Dans le cas de navires en réparation bloqués par des ouvriers-grévistes, le seuil de gravité a été fixé à quinze jours⁸⁶¹. Cette espèce permet de se rendre compte que le préjudice n'est pas toujours indemnisé dans sa totalité, dans le sens où, en cas de blocage d'un port, la base de calcul de la réparation ne sera pas l'intégralité des jours d'immobilisation. Seul le nombre de jours dépassant le seuil de gravité sera pris en compte. Ainsi, « *une immobilisation d'une durée inférieure à ces seuils ne sera pas indemnisée du tout, et une immobilisation plus longue ne le sera que pour la période excédant ce seuil* »⁸⁶². En effet, en l'espèce, le navire avait été immobilisé pendant deux mois, mais seuls les jours dépassant la période de

⁸⁵¹ CAA Paris, 18 novembre 1993, *Ministre de l'Équipement, du Logement et des Transports et Ministre de l'Intérieur c/ Société Sanara-Citerna*, Rec. CE, p. 482.

⁸⁵² CE, 16 novembre 1979, *Société Schiffsgemeinschaft « Alb-Murg » et autres*, Rec. CE, p. 415.

⁸⁵³ Voir : CE, 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la mer c/ Société Townsend car ferries limited*, préc. - CE, 27 juillet 1984, *M. Lebeaud*, préc.

⁸⁵⁴ CE, 13 novembre 1985, *Secrétaire d'Etat chargé de la mer c/ Société Koninklijke Neddløgs Lines*, Rec. CE, T, p. 772.

⁸⁵⁵ Par ex. : CE, 27 juin 1986, *Sté Dania Shipping*, req. n° 58.209 - CE, 11 mai 1987, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la mer c/ Société Bolten*, req. n° 75577.

⁸⁵⁶ CE, 25 juillet 1986, *Groupement d'intérêt économique « Carline »*, req. n° 61.033.

⁸⁵⁷ TA Poitiers, 17 mars 1982, *Société Phs Van Ommeren*, Rec. CE, p. 477.

⁸⁵⁸ Voir, notamment : CE, 25 juillet 1986, *Groupement d'intérêt économique « Le Scadoo »*, req. n° 61.933 - CE, 25 juillet 1986, *Sté « Services franco-belges »*, req. n° 61.126 - CE, 27 juin 1986, *SARL « Comptoir général maritime SETOIS »*, req. n° 48.236.

⁸⁵⁹ CE, 25 juillet 1986, *SA L. Martin*, req. n° 60.961.

⁸⁶⁰ CE, 12 octobre 1988, *Sté Vinalmar*, Rec. CE, p. 340 ; D., 1989, SC, p. 349 ; RDP, 1989, p. 551.

⁸⁶¹ CE, 11 mai 1984, *Port autonome de Marseille et autre*, Rec. CE, p. 178 ; AJDA, 1984, p. 706, note Moreau.

⁸⁶² M. ROUGEVIN-BAVILLE, « Responsabilité sans faute », in *Encyclopédie Dalloz*, p. 38, n° 239.

neutralisation de quinze jours, ont été pris en compte dans le calcul de l'indemnisation. Le problème reste que le seuil de gravité est très fluctuant d'une espèce à l'autre.

Enfin, le juge administratif utilise encore ce critère temporel afin d'apprécier la gravité du préjudice en cas d'abstention par l'autorité administrative compétente de prendre les mesures nécessaires pour permettre l'utilisation normale d'un chemin départemental⁸⁶³.

412 - Le critère temporel est encore utilisé dans l'hypothèse d'allongement excessif de la phase administrative d'une procédure d'expropriation. Ainsi, dans l'arrêt « Electricité de France c/ Farsat »⁸⁶⁴ rendu le 23 décembre 1970, il s'agissait d'une demande d'indemnisation du préjudice subi en raison de l'interruption, pendant cinq ans, des travaux de construction d'un ensemble hôtelier et touristique. En l'espèce, le Conseil d'Etat a considéré « *qu'en faisant usage du droit d'expropriation, E.D.F. n'a commis aucune faute de nature à engager sa responsabilité envers le sieur Farsat (...) toutefois, celui-ci a droit à la réparation du préjudice particulier qu'il a pu subir dans un intérêt général et qui, en raison de son caractère spécial et de sa gravité, ne saurait être regardé comme une charge lui incombant normalement* ».

Le même raisonnement fut développé à l'occasion de l'arrêt « M. Phocas »⁸⁶⁵, à propos d'un préjudice subi du fait d'un projet d'aménagement d'un carrefour obligeant à des refus de permis de construire et à une procédure d'expropriation. En l'espèce, le requérant se voit refuser toute indemnisation du fait de l'absence de caractère direct de son préjudice puisqu'il n'apparaît pas qu'il ait été privé de la jouissance de son immeuble. Néanmoins, la phase administrative de l'expropriation ayant duré plus de vingt ans du fait de plusieurs abandons, le juge administratif rappelle que « *ce délai est par lui-même susceptible d'engager la responsabilité de la collectivité publique expropriante sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques* ».

La solution est transposée aux cas de préjudices nés de l'abandon d'un projet. C'est ainsi que dans l'arrêt « Commune de Morschwiller-le-Bas »⁸⁶⁶, rendu le 15 novembre 2000, le

⁸⁶³ CE, 4 mars 1991, *Barbou*, Gaz. Pal., 1991 p. 109. Selon le juge administratif, « l'Etat qui a laissé subsister pendant deux mois un barrage établi par les habitants d'une tribu en Nouvelle-Calédonie, sur un chemin départemental conduisant à une scierie, et qui, en dépit d'une opération de police, n'a pu assurer sans danger pour l'intéressé le libre accès à son exploitation, a imposé à ce dernier, un préjudice anormal et spécial dont il est fondé à demander la réparation à l'Etat ».

⁸⁶⁴ CE, sect., 23 décembre 1970, *EDF c/ Farsat*, Rec. CE, p. 790 ; AJDA, 1971, p. 96, concl. Kahn ; JCP, 1971, G, II, n° 16820, note Beaufrère ; D., 1971, jurispr., p. 383, note Gilli. Voir aussi : CE, 3 mars 1976, *Girouard*, Rec. CE, p. 119, s'agissant de l'indemnisation du préjudice anormal et spécial subi par un propriétaire du fait de la renonciation, par la commune, à poursuivre un projet d'expropriation quatre ans après le début de la procédure, et constitué par l'immobilisation de son capital durant cette période.

⁸⁶⁵ CAA Bordeaux, 9 mars 1995, *M. Phocas*, req. n° 93BX00010.

⁸⁶⁶ CE, 15 novembre 2000, *Commune de Morschwiller-le-Bas*, CJEG, 2001, p. 118, concl. Seban ; AJDA, 2001, p. 207, note M. Cliquennois ; D., 2000, IR, p. 301.

Conseil d'Etat accorde réparation à une commune, du préjudice subi par elle du fait de l'abandon par l'Etat du projet de liaison fluvial Saône-Rhin, alors que, dans cette perspective, elle avait réalisé des travaux de mise à grand gabarit d'une section de canal. Le préjudice apparaît ici grave et spécial du fait de l'incidence de l'abandon du projet sur la fréquentation d'une voie navigable reliant le canal d'Alsace au port de Mulhouse, comme du rôle financier joué par la commune.

413 - Enfin, la solution est analogue en cas d'interruption de travaux effectués sur un terrain. Cette dernière étant due à l'exécution du droit de visite de l'Etat suite à la découverte de vestiges archéologiques. Selon la loi du 27 septembre 1941⁸⁶⁷, la responsabilité sans faute de l'Etat est reconnue lorsqu'il décide d'exécuter des fouilles et que cette activité entraîne, pour le propriétaire ou l'aménageur du terrain, un préjudice résultant de la privation momentanée de jouissance des terrains. Or, la jurisprudence a précisé que seul le préjudice résultant de l'exercice par l'administration de son droit de visite doit revêtir les caractères d'anormalité et de spécialité afin d'être réparé⁸⁶⁸. *A contrario*, le préjudice causé par l'exécution des fouilles est, quant à lui, réparé intégralement dans tous les cas.

Dès lors, en cas de préjudice causé par le droit de visite de l'administration, il appartient donc au juge administratif d'apprécier la gravité du préjudice subi par le requérant en fonction de la durée de la privation de jouissance du terrain. Ainsi, dans l'arrêt « Ministre de la Culture et de la Communication »⁸⁶⁹, il s'agissait du préjudice subi par M. Ferry du fait de l'interruption des travaux d'aménagement de sa cave pendant plus de cinq ans, décidée par l'Etat suite à la découverte de vestiges romains. La Cour administrative d'appel de Marseille va considérer que la durée d'interruption du chantier « *est suffisamment longue pour rompre au détriment du propriétaire l'égalité devant les charges publiques et constituer un préjudice anormal et spécial* ». Il convient de remarquer que la solution dégagée n'est pas toujours aussi explicite, le juge administratif se contentant, dans certains cas, d'affirmer que « *l'occupation temporaire ouvre droit à indemnité pour le préjudice résultant de la privation momentanée de*

⁸⁶⁷ Loi n° 41-4011 portant réglementation des fouilles archéologiques, spéc. art. 10 al. 2 (cf. JO, 15 octobre 1941). Loi abrogée par par l'ordonnance n° 2004-178 du 24 février 2004.

⁸⁶⁸ Voir, par ex. : CE, 18 décembre 1981, *Ministre de la Culture c/ CAPRI*, Rec. CE, p. 478 ; AJDA, 1982, p. 261, concl. B. Stirn - CE, 20 janvier 1989, *Ministre de la Culture et de la Communication c/ SCI Villa Jacob*, Rec. CE, p. 23 ; JCP, 1989, G, IV, p. 85 - CE, 25 mars 1991, *Ministre de la Culture c/ SCI « La Cardinale »*, req. n° 70-792 - TA Lille, 12 novembre 1998, *Sté Logis 62 c/ Ministre de la Culture et préfet du Nord*, LPA, 14 octobre 1999, n° 205, p. 14, concl. J. Michel.

⁸⁶⁹ CAA Marseille, 24 février 1998, *Ministre de la Culture et de la Communication*, RFDA, 1998, p. 1133, obs. Le Berre.

jouissance du terrain »⁸⁷⁰, d'où le large pouvoir d'appréciation du juge dans l'octroi d'une indemnisation.

414 - Le point commun entre ces différents cas d'application de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques se trouve être l'utilisation de la notion de durée afin d'apprécier la gravité du préjudice subi. La diversité des espèces ne masque pas pour autant l'inconvénient majeur du critère temporel, à savoir sa relative subjectivité. En effet, il est bien difficile de tracer les grands axes de la jurisprudence, dans la mesure où chaque cas d'espèce appelle une réflexion particulière. Néanmoins, il convient de souligner que l'appréciation de la gravité du préjudice apparaît assez aisée dans un cas particulier, à savoir le refus de concours de la force publique à l'exécution d'un jugement d'expulsion. En effet, la période de neutralité de deux mois s'avère bien établie. Pour les autres cas, tout sera fonction des circonstances de l'espèce, de la situation du requérant. Ainsi, il est très difficile de dégager un nombre certain de mois ou d'années au-delà duquel l'inaction de l'administration sera toujours constitutive d'une rupture d'égalité.

415 - Afin de déterminer si le préjudice revêt bien le caractère de gravité nécessaire à toute indemnisation sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, il arrive que le juge administratif utilise aussi des critères financiers.

2. La gravité appréciée en fonction de critères financiers

416 - Dans certaines espèces, le préjudice est constitué par la diminution de l'activité exercée par un industriel ou un commerçant. Dans d'autres décisions, il s'agit de dommages subis suite à une réglementation entraînant des pertes financières pour des personnes privées comme publiques. Dans tous les cas, la perte subie est donc de nature pécuniaire, et conformément au principe traditionnel de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, le préjudice ne sera indemnisé que si cette perte revêt une certaine importance⁸⁷¹, à charge pour le requérant de produire les éléments nécessaires à un tel constat⁸⁷² et pour le juge administratif d'évaluer une telle perte. Cette appréciation de la

⁸⁷⁰ CE, 25 mars 1991, *Ministre de la Culture c/ SCI « La Cardinale »*, préc.

⁸⁷¹ L'illustration peut être faite par la rédaction de l'arrêt de section, « Commune de Gavarnie », en date du 25 février 1963 : « (...) s'il était en outre établi que ledit préjudice a, en fait, présenté une gravité telle que l'arrêté municipal doit être regardé comme ayant imposé au sieur Benne, dans l'intérêt général, une charge ne lui incombant pas normalement, ledit sieur Benne devrait être indemnisé » (cf. Rec. CE, p. 113 ; AJDA, 1963, p. 208, chron. M. Gentot et J. Fourré ; RDP, 1963, p. 1019, note M. Waline).

⁸⁷² Voir par ex., CAA Paris, 19 septembre 1989, *M. Marinacce*, req. n° 89PA00068.

gravité du préjudice va se révéler aussi complexe qu'en matière de critère temporel, dans la mesure où là encore aucun seuil précis et objectif ne peut être défini. En effet, il est facile de conclure à la gravité du préjudice lorsque l'exploitation toute entière est définitivement arrêtée⁸⁷³, comme il semble aisé de rejeter la demande d'indemnisation dans le cas où une partie infime de l'activité d'une entreprise serait touchée par la mesure en cause⁸⁷⁴. Mais lorsque les conséquences financières ne sont pas aussi évidentes, il appartient au juge de décider, au cas par cas, si le préjudice est ou non anormal, d'où l'impossibilité de prévoir à l'avance le prononcé de la solution.

417 - Malgré l'impossibilité de définir objectivement un seuil de gravité financière du préjudice, le juge administratif développe des indices sur lesquels il s'appuie, afin d'apprécier l'anormalité dans chaque cas d'espèce. La perte du chiffre d'affaires constitue un de ces éléments d'évaluation. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt « Société coopérative agricole de vinification de Luc-sur-Orbieu »⁸⁷⁵, le Conseil d'Etat donne une indication quantifiée concernant la gravité du préjudice. En l'espèce, la demande présentée par la coopérative de vinification qui se plaignait de la réduction des apports de vendange de ses adhérents, suite à d'importantes expropriations effectuées pour permettre le passage d'une autoroute, est rejetée au motif que la réduction ne représente que 5 % des apports annuels.

Une autre appréciation chiffrée est utilisée dans l'arrêt « Société le fourgon dauphinois bellier c/ Ministre de l'Intérieur »⁸⁷⁶, dans lequel la Cour administrative d'appel de Lyon a rejeté l'indemnisation de la société pour le préjudice subi à la suite d'entraves apportées à la circulation générale par des barrages de transporteurs routiers, au motif que « *ni l'augmentation de 0,05 % du poste achats de transports en juillet 1992 par rapport aux six premiers mois de l'année, ni le fait que le chiffre d'affaires marchandises ait moins augmenté en juillet 1992 par rapport à juillet 1991, qu'au premier semestre 1992 par rapport au premier semestre 1991, ne sont de nature à établir une baisse d'activité suffisamment significative pour constituer un préjudice anormal* ».

Néanmoins, les décisions ne sont pas toujours aussi précises et quantifiées. Le juge se contente parfois d'évoquer la relative importance ou à l'inverse le simple caractère accessoire

⁸⁷³ Voir, notamment : CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, préc. - CE, 2 novembre 1947, *Sté Boulenger*, Rec. CE, p. 435 - CE, 22 juin 1983, *Communauté urbaine de Bordeaux*, Rec. CE, T, p. 864 - TA Nouméa, 7 avril 1986, *Société Entreprises réunies*, Rec. CE, p. 310 - CE, 16 octobre 1992, *SA Garage de Garches*, Rec. CE, T, p. 1281.

⁸⁷⁴ Voir, par ex. : CE, sect., 23 novembre 1945, *Sieur Rougier*, Rec. CE, p. 241 - CE, 13 février 1963, *Cie d'assurances l'Union et le Phénix espagnol*, Rec. CE, p. 87 - CE, 26 janvier 1979, *Société Avenir Publicité*, Rec. CE, p. 26.

⁸⁷⁵ CE, 11 juillet 1983, *Sté coopérative agricole de vinification de Luc-sur-Orbieu*, Rec. CE, p. 307.

⁸⁷⁶ CAA Lyon, 16 décembre 1999, *Société le fourgon dauphinois bellier c/ Ministre de l'Intérieur*, req. n° 96LY00870.

de la perte d'activité. Ainsi, dans l'arrêt « Weisbach »⁸⁷⁷, les demandes présentées par deux sociétés, en réparation du préjudice subi du fait de l'interdiction par un arrêté de la vente des munitions des armes à feu de toutes catégories pendant quatre mois, sont rejetées au motif que l'interdiction « *n'a touché qu'une partie des activités des requérants* ». Aucune précision chiffrée n'est apportée d'où la difficulté de fixer les grandes lignes de la jurisprudence. Le même constat semble s'imposer à la lecture de la décision « Société La Provençale »⁸⁷⁸, dans laquelle le tribunal administratif de Marseille estime que la société immobilière requérante, en rencontrant certaines conséquences financières à la suite du rachat d'une parcelle de terrain par la ville d'Avignon, après la découverte de vestiges archéologiques, n'a pas connu de préjudice anormal et spécial.

418 - Le juge va quelquefois prendre en considération un autre indice chiffrable afin d'apprécier la gravité du préjudice, puisque certaines décisions font état de la perte de clientèle. C'est le cas des arrêts « Institution interdépartementale des barrages réservoirs du Bassin de la Seine c/ Brussol » et « Institution interdépartementale des barrages réservoirs du Bassin de la Seine c/ Advenier »⁸⁷⁹, rendus respectivement les 20 et 24 mars 1978 par le Conseil d'Etat. En l'espèce, il s'agissait de préjudices constitués par la perte de clientèle, suite à la construction d'un barrage ayant entraîné la disparition de plusieurs agglomérations ainsi que le déplacement de leur population. Le juge administratif accueille la demande d'indemnisation d'un boulanger ayant perdu 50 % de sa clientèle (1^{ère} espèce), mais rejette celle d'un vétérinaire n'ayant perdu que 8 % de sa clientèle (2^{nde} espèce). La même appréciation est faite par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt « SARL Compagnie Côte des Iles c/ Ville de Port Bail »⁸⁸⁰. Ici, il indique que la compagnie transporteur de passagers pour des excursions a subi, du fait des barrages des marins-pêcheurs, un préjudice anormal, au motif que vingt quatre des vingt huit traversées prévues n'ont pu être effectuées.

On constate donc qu'en matière de perte de clientèle l'appréciation se fait au cas par cas, même si une perte d'au moins la moitié de la clientèle s'avère constituer, sans grande hésitation, un préjudice d'une gravité suffisante.

419 - Un autre élément doit enfin être pris en compte dans l'appréciation du caractère de gravité. Selon la jurisprudence administrative, « *il ne faut pas que la victime retire par ailleurs profit ou avantage de la législation, de la réglementation ou de l'activité*

⁸⁷⁷ CE, 11 mars 1987, *Weisbach*, Rec. CE, p. 92.

⁸⁷⁸ TA Marseille, 17 novembre 1981, *Sté La Provençale c/ Ministre de la Culture*, req. n° 78-2023 A.

⁸⁷⁹ Rec. CE, T, p. 963.

⁸⁸⁰ CE, 9 octobre 1989, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre de l'Urbanisme, du Logement et des Transports, chargé de la mer et SARL Compagnie « Côte des Isles » c/ Ville de Port Bail*, préc.

*administrative qui est à l'origine du préjudice (...). Un dommage partiellement ou totalement compensé par un profit n'est plus un dommage grave »*⁸⁸¹. Ainsi, dans l'arrêt « Syndicat du canal de submersion de Raonel et des Basses-Plaines »⁸⁸² rendu le 5 février 1969, le Conseil d'Etat admet la gravité du préjudice subi par le sieur Tournissa, du fait de la modification de la durée traditionnelle de la submersion des plants de vignes, au motif que « *si le sieur Tournissa, comme tous les autres membres du syndicat, retire des avantages de la pratique de la submersion, ces avantages ne constituent pas une plus-value spéciale qui serait seule susceptible de compenser le préjudice anormal subi par lui du fait de cette prolongation* ». A l'inverse, dans l'arrêt « Commune de Chateauneuf-sur-Loire »⁸⁸³ rendu le 20 juin 1973, le juge considère que le préjudice subi par la commune du fait de circulaires l'obligeant à démolir un certain nombre de plafonds des bâtiments scolaires, ne présente pas le caractère d'anormalité requis. En l'espèce, des subventions avaient été attribuées à la commune afin de procéder à ces travaux.

Ici encore, aucun critère intangible d'appréciation ne peut être dégagé afin d'apprécier la compensation matérielle susceptible de faire disparaître le caractère anormal du préjudice.

420 - Devant l'impossibilité de définir un seuil objectif de gravité, le juge administratif a donc recours à l'analyse poussée des circonstances de l'espèce. Chaque solution est ainsi étroitement liée à la situation de la victime, empêchant toute systématisation. En effet, il appartient au juge et à lui seul d'apprécier, de manière plus ou moins stricte, les quelques critères lui permettant d'examiner la gravité, à savoir la durée dans le temps ou les pertes financières.

Néanmoins, l'incertitude des solutions n'est pas l'inconvénient le plus important auquel se trouvent confrontés les administrés, dans la mesure où le juge administratif se reconnaît la possibilité d'opposer au requérant des éléments excluant la gravité.

⁸⁸¹ CE, sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, préc. En l'espèce, le préjudice subi par le requérant, du fait du changement du standard de la diffusion des émissions télévisées, n'a pas été considéré comme grave car, d'une part, le préjudice se limitait au changement de l'ancien appareil deux ans avant la date prévue, et d'autre part, un arrêté ministériel avait alloué à chacun des intéressés une indemnité de 20 000 F.

⁸⁸² CE, 5 février 1969, *Syndicat du canal de submersion de Raonel et des Basses-Plaines*, Rec. CE, p 66.

⁸⁸³ CE, 20 juin 1973, *Commune de Châteauneuf-sur-Loire*, Rec. CE, p. 428 ; AJDA, 1973, p. 545, concl. Rougevin-Baville.

B - L'opposition d'éléments excluant la gravité

421 - Dans certains cas, le juge administratif peut refuser l'indemnisation du préjudice subi par le requérant, au motif que celui-ci ne revêt pas le caractère de gravité suffisant pour rompre l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Il en est ainsi lorsque le dommage correspond à la réalisation d'un aléa que la victime doit normalement assumer (1) comme dans le cas plus surprenant, où le fait générateur du dommage revêt un caractère normal (2).

1. *L'existence d'un aléa à assumer*

422 - Depuis un arrêt « Société Manufacture des machines du Haut-Rhin »⁸⁸⁴, le juge administratif se réserve le droit de refuser toute indemnisation fondée sur le principe d'égalité devant les charges publiques, dans l'hypothèse où le préjudice correspondrait à la réalisation d'un aléa normalement assumé par la victime. En effet, dans ces circonstances, le préjudice cesse d'être anormal dans la mesure où le requérant devait envisager sa réalisation. Il en va ainsi des personnes ou entreprises autorisées à occuper le domaine public et confrontées à un refus de renouvellement ou à une révocation de leur permis⁸⁸⁵. L'aléa est alors inhérent à la précarité de leur situation. A ce sujet, l'examen de la jurisprudence laisse apparaître que l'appréciation des motifs d'intérêt général, opposés au requérant et légitimant un refus d'indemnisation, s'avère de plus en plus large, permettant à l'administration de bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire⁸⁸⁶. A noter cependant que, depuis la loi du 25 juillet 1994 créant un régime législatif d'indemnisation⁸⁸⁷, le titulaire d'une autorisation constitutive de droits réels peut, dans l'hypothèse d'un retrait de l'autorisation avant le terme prévu effectué pour des motifs tirés de l'intérêt général, demander réparation de son préjudice.

⁸⁸⁴ CE, Ass., 29 juin 1962, *Société Manufacture des machines du Haut-Rhin*, Rec. CE, p. 432, concl. Ordonneau ; AJDA, 1962, p. 580.

⁸⁸⁵ Voir par ex. : CE, 29 juin 1973, *Hutinet*, Rec. CE, T, p. 1100, sur les autorisations de voirie - CE, 9 décembre 1983, *Ville d'Hendaye et autres*, Rec. CE, p. 506, concernant les agréments d'exploitation de magasins de dédouanement - CE, 10 avril 2002, *SARL Somatour*, Gaz. Pal., 5-6 mars 2003, *Panorama de droit adm.*, p. 25, à propos de la fin d'un monopole d'usage d'un port.

⁸⁸⁶ Dans une décision rendue le 5 novembre 1937, « Société industrielle des schistes et dérivés » (cf. Rec. CE, p. 897), le Conseil d'Etat précisait déjà, à l'époque, que « pour accorder ou refuser de telles permissions (refus ou retrait d'occupation du domaine public), l'administration jouit d'un pouvoir très large d'appréciation ; qu'il lui appartient de rechercher, dans chaque cas particulier, non seulement si les intérêts proprement dits du domaine dont elle a la garde sont ou non conciliables avec l'admission de la demande dont elle est saisie, mais encore si cette admission ne serait pas de nature à compromettre la sauvegarde d'autres intérêts de caractère général ».

⁸⁸⁷ L'art. L. 34-3 du Code du domaine de l'Etat dispose ainsi que : « en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée ».

423 - Le même refus d'indemnisation est opposé lorsque la prétendue victime s'est sciemment exposée à certains risques. Ayant délibérément accepté ces risques, elle ne subit pas à proprement parler un préjudice. Par suite, il lui appartient seule d'assumer les conséquences du dommage. Ainsi, dans l'arrêt « Mallisson »⁸⁸⁸, le Conseil d'Etat considère qu'en décidant d'organiser un festival de pop-music à Saint-Raphaël au mois d'août, un entrepreneur de spectacles « *ne pouvait ignorer le risque sérieux de désordres qu'était susceptible de comporter ce rassemblement et devait donc normalement envisager l'éventualité d'une mesure d'interdiction pour des motifs d'ordre public* ». Cette mesure ne pouvait donc lui ouvrir droit à indemnité.

Sur le plan du contrôle de cassation, le Conseil d'Etat considère que le fait de savoir si une personne s'est sciemment exposée à un risque est une question relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans un arrêt « Meunier »⁸⁸⁹ du 10 juillet 1996, il refuse ainsi la réparation du préjudice subi par un commerçant du fait de l'exécution d'arrêtés municipaux ordonnant la fermeture de son établissement au public au motif « *qu'après avoir souverainement estimé qu'il résultait de ces constatations que M. Meunier avait accepté en connaissance de cause les risques d'instabilité auxquels était exposé son établissement, la cour n'a pas méconnu les règles qui régissent la responsabilité des personnes publiques en décidant que le préjudice résultant d'une situation à laquelle M. Meunier s'était sciemment exposé ne lui ouvrait pas droit à réparation* ».

424 - Le juge administratif peut ainsi utiliser cette notion d'aléa afin de faire évoluer l'étendue de la responsabilité sans faute de l'Etat. En effet, il lui est possible d'opérer une appréciation souple ou plus sévère de l'existence d'un aléa à assumer par la victime, selon qu'il souhaite développer ou réduire les cas effectifs d'indemnisation. Un exemple de ce pouvoir d'appréciation peut être donné à travers la jurisprudence relative au risque inhérent à une activité commerciale. En application d'une solution ancienne⁸⁹⁰, il était admis que le détournement de clientèle causé, soit par le changement effectué dans l'assiette ou la direction des voies publiques, soit par la création de voies nouvelles, ne pouvait pas être indemnisé. Or, l'examen au cas par cas pratiqué par le juge face à cette notion d'aléa, a permis une évolution

⁸⁸⁸ CE, 16 février 1979, *Mallisson*, Rec. CE, T, p. 870.

⁸⁸⁹ CE, 10 juillet 1996, *Meunier*, Rec. CE, p. 289 ; RDP, 1997, p. 246, concl. Stahl ; Dr. adm., 1996, n° 543 ; RFDA, 1996, p. 1054. Voir également, CE, 16 juin 1997, *Société arboricole et fruitière de l'Agenais*, Rec. CE, p. 238.

⁸⁹⁰ Voir, notamment : CE, 26 mai 1965, *Ministre des Travaux publics, des Transports et du Tourisme c/ époux Tebaldini*, Rec. CE, p. 304, concl. G. Braibant ; AJDA, 1965, p. 376, et p. 340, chron. M. Puybasset et J.-P. Puissechet - CE, sect., 2 juin 1972, *Sté des bateaux de la côte d'Emeraude dite « Les Vedettes blanches »*, Rec. CE, p. 414 ; AJDA, 1972, p. 357, et p. 347, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes ; D., 1974, jurispr., p. 260, concl. M. Rougevin-Baville ; JCP, 1972, G, II, n° 17150 ; RDP, 1973, p. 497, note M. Waline.

de la jurisprudence dans un sens assez favorable aux administrés. Ainsi, dans l'arrêt « M. Aldebert »⁸⁹¹ rendu le 13 mai 1987, le Conseil d'Etat indemnise le requérant exploitant d'un restaurant de routiers, suite au préjudice subi du fait d'un arrêté municipal interdisant à certains véhicules poids lourds, de traverser la commune dans laquelle il exerçait son activité. Or ici, l'opposition d'un aléa à assumer semblait possible dans la mesure où « *tout commerçant accepte d'emblée un risque, celui de faire de mauvaises affaires ; dans le domaine de la restauration, la défection de la clientèle est souvent fort rapide sans qu'il soit toujours possible de savoir si la cause réside dans une déviation ou dans une détérioration de la cuisine ou du service* »⁸⁹².

Le même raisonnement fut développé à l'occasion de l'arrêt « M. Lavaud »⁸⁹³ concernant la perte de clientèle subie par un pharmacien installé dans la ZUP des Minguettes, suite à la démolition de plusieurs tours. En effet, au moment de son installation, le requérant ne pouvait ignorer que l'urbanisme fait de tours impersonnelles était discuté. Or pour le juge administratif, le préjudice n'en était pas moins anormal. Ici, la solution semble donc confirmer le phénomène de large indemnisation des préjudices commerciaux, même s'il faut être prudent compte tenu du contexte particulier de la décision, à savoir la perte définitive de la clientèle due à une décision motivée par les soucis de l'ordre public. Il semble à tout le moins que le juge admette la réparation des préjudices commerciaux liés à une opération d'urbanisme.

425 - Néanmoins, il apparaît que cette position favorable aux particuliers reste cantonnée à l'hypothèse de préjudices commerciaux constitués par une perte de clientèle. En effet, dans d'autres circonstances, le juge administratif n'hésite pas à opposer au requérant l'existence d'un aléa faisant disparaître le caractère d'anormalité de son préjudice. Il en va ainsi lorsque la victime est un professionnel dans un secteur d'activité économique précis.

Dans le domaine bancaire par exemple, le juge administratif considère que le fait pour un établissement d'apporter sa participation à une opération comportant de grands risques par le biais de ses obligations de garant, « *ne saurait revêtir, en toute hypothèse, un caractère anormal* »⁸⁹⁴. Le même raisonnement est appliqué dans le secteur immobilier, à l'occasion de l'arrêt « Société financière de la Porte Maillot », rendu le 27 novembre 2001, par la Cour administrative d'appel de Paris⁸⁹⁵. Le juge refuse l'indemnisation du préjudice subi par la

⁸⁹¹ CE, 13 mai 1987, *M. Aldebert*, Rec. CE, T, p. 924 ; RFDA, 1988, p. 950, note H. Rihal.

⁸⁹² H. RIHAL, note préc.

⁸⁹³ CE, sect., 31 mars 1995, *M. Lavaud*, Rec. CE, p. 155 ; AJDA, 1995, p. 384, et p. 422, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl ; LPA, 5 juillet 1995, n° 80, p. 4, concl. J.-Cl. Bonichot ; Quot. jur., 1^{er} août 1995, n° 61, p. 6, note M. Deguerge.

⁸⁹⁴ CAA Paris, 23 mars 1999, *Banque internationale pour l'Afrique occidentale*, req. n° 96PA02340.

⁸⁹⁵ CAA Paris, 27 novembre 2001, *Sté financière de la Porte Maillot*, req. n° 98PA00709. Voir également, CE, 16 novembre 1998, *Sille*, Rec. CE, p. 418, à propos de l'abandon par la commune d'un projet immobilier, suite

société, du fait de l'abandon d'un projet d'aménagement, alors que celle-ci avait déjà effectué des études et prestations, au motif que le préjudice ne revêt pas le caractère de gravité requis. En l'espèce, « *en sa qualité de professionnel de l'immobilier, la requérante ne pouvait ignorer les aléas qui pesaient sur la réalisation d'un programme immobilier (...) qu'elle était informée de l'opposition d'une partie de la population à la réalisation du projet et qu'elle ne pouvait ignorer le retournement de la conjoncture dans le secteur immobilier, perceptible dès 1991 ; qu'ayant assumé ce risque en connaissance de cause, elle ne saurait utilement soutenir qu'elle a subi un préjudice anormal et spécial* ».

De la même manière, le préjudice subi par un chasseur du fait de l'impossibilité de commercialiser les sangliers abattus sur les lots de chasse dont il est titulaire, suite aux arrêtés préfectoraux pris pour lutter contre une épizootie de peste porcine, n'est pas considéré comme anormal, dans la mesure où il résulte de l'aléa consubstantiel à l'activité de commerce du gibier⁸⁹⁶.

426 - Le juge administratif va ainsi se servir de l'existence d'un aléa à assumer par la victime afin de rejeter, dans certaines hypothèses, la demande d'indemnisation du préjudice présentée sur le fondement d'une rupture d'égalité devant les charges publiques. C'est la réalisation d'un risque connu qui fait disparaître le caractère anormal du préjudice. Etant le seul à pouvoir apprécier la présence d'un tel aléa, par l'examen des circonstances de l'affaire, le juge n'hésite pas à adopter une approche assez stricte entraînant, dans la plupart des cas, le rejet des demandes des requérants. Par ce biais, il fait alors indirectement évoluer l'étendue de la responsabilité sans faute de l'Etat⁸⁹⁷ et tente de préserver l'équilibre des deniers publics.

Mais l'influence du juge ne s'arrête pas là, dans la mesure où la réduction des cas effectifs d'indemnisation peut aussi provenir de la constatation par les tribunaux du caractère normal du fait générateur du dommage.

aux résultats négatifs d'une enquête publique. Pour le juge administratif, « M. S. en qualité de professionnel de l'immobilier, ne pouvait ignorer les aléas qui pèsent nécessairement sur la réalisation d'un programme immobilier (...) ayant assumé ce risque en toute connaissance de cause, il ne saurait utilement soutenir qu'il a subi un préjudice anormal ».

⁸⁹⁶ CE, 22 février 2002, *Michel*, Dr. adm., 2002, n° 5, et comm. n° 7, note Carius.

⁸⁹⁷ A noter que dans un arrêt en date du 3 janvier 2003, « *Ministre de l'Intérieur c/ Société Kerry* » (cf. AJDA, 2003, p. 342, note J.-P. Gilli), la notion de « risque accepté », qui semblait jusqu'ici réservée au contentieux de la responsabilité, fait son apparition dans celui de la légalité. En l'espèce, il s'agissait d'une société ayant fait l'acquisition d'un immeuble, alors que celui-ci avait déjà fait l'objet d'un arrêté d'interdiction partielle d'habiter et était occupé par plusieurs dizaines de squatters. Pour le juge administratif, « la société, qui exerce de façon habituelle une activité de rénovation d'immeubles, ne pouvait pas ignorer les difficultés auxquelles elle se heurterait pour mener à bien le projet en vue duquel elle avait procédé à cette acquisition ; que dans ces conditions - et alors, au demeurant que le préjudice né du refus de concours de la force publique ouvre droit à indemnité sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques - la société Kerry ne saurait se prévaloir, à propos d'une situation dans laquelle elle s'est elle-même placée, de la notion d'urgence au sens et pour l'application de l'art. L. 521-2 du Code de justice administrative ».

2. La normalité du fait générateur du dommage

427 - La plupart du temps, tout recours à la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques semble être lié à un comportement anormal de la puissance publique. En effet, hormis les cas de dommages consécutifs à des textes de portée générale tels que les règlements ou les lois, le préjudice provient d'un comportement qui n'aurait pas dû se produire. L'arrêt « Couitéas »⁸⁹⁸ marquait le ton de cette vision en affirmant que le bénéficiaire d'un jugement a le droit de le voir exécuter, et que les motifs d'ordre public pouvant légitimer l'abstention étatique ne font pas disparaître le comportement anormal de l'administration. On retrouve cette même anormalité du fait générateur dans le cadre de la jurisprudence « Delforge »⁸⁹⁹ relative à l'abstention des pouvoirs publics à rétablir l'accès au domaine public, comme dans l'hypothèse où l'Etat s'abstient de faire correctement appliquer une législation ou une réglementation⁹⁰⁰.

Or, le juge administratif ne met pas souvent l'accent sur cette anormalité du fait générateur, dans la mesure où il se contente de vérifier le caractère anormal et spécial du préjudice. *A priori*, l'essentiel s'avère être de tenir compte de la situation du particulier lésé, puisque l'indemnisation est octroyée à la condition qu'il ait subi un préjudice caractérisé. Hormis les cas où l'inaction est due à des motifs d'ordre public⁹⁰¹, le juge n'exprime pas ouvertement le fait que l'acte à l'origine du préjudice soit lui-même anormal.

428 - Néanmoins, un arrêt du Conseil d'Etat en date du 17 janvier 1986 est venu remettre en cause cette discrétion, en affirmant de manière expresse le lien entre anormalité du fait générateur et anormalité du préjudice. En effet, dans sa décision « Ville de Paris c/ M.

⁸⁹⁸ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, préc.

⁸⁹⁹ CE, sect., 27 mai 1977, *SA Victor Delforge et Cie et Victor Delforge*, préc.

⁹⁰⁰ Voir, notamment : CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ sieur Sastre*, Rec. CE, p. 334, concl. Gentot ; JCP, 1972, G, I, n° 2246, note D. Loschak ; RDP, 1972, p. 443, note M. Waline ; Gaz. Pal., 1972.1.172, note J. Mégret - CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Equipement, du Logement et du Tourisme c/ sieur Navarra*, Rec. CE, p. 200, concl. Rougevin-Baville ; AJDA, 1974, p. 303, chron. M. Franc et M. Boyon ; D., 1974, p. 481, note J.-P. Gilli ; JCP, 1974, G, I, n° 1752, note G. Liet-Veaux ; RDP, 1974, p. 924, note J. de Soto.

⁹⁰¹ Dans l'arrêt « Couitéas » (cf. préc.), le Conseil d'Etat fait précisément le lien entre l'anormalité du préjudice et la particularité du comportement qui l'a provoqué, puisque il énonce que « le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré », avant de poursuivre que « si (...) le gouvernement a (...) le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui pourrait résulter de ce refus ne saurait s'il excède une certaine durée, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé ».

Duvinage »⁹⁰², les juges du Palais-royal repoussent la demande d'indemnisation présentée par le sieur Duvinage, en réparation de son préjudice résultant de l'immobilisation de son navire, à la suite de la grève des brigadiers-cantonniers des canaux de la ville de Paris et de l'abstention de l'administration à faire cesser cette situation, au motif que « *dans les circonstances de l'espèce et compte tenu notamment de ce que le recours à la grève a été exercé dans le respect des lois et des décisions réglementaires qui fixent les modalités d'exercice de ce droit, le préjudice qui en est résulté n'a pas revêtu un caractère anormal ouvrant droit à réparation pour les usagers en l'absence de toute faute* ». En l'occurrence, le mouvement de grève ayant été effectué conformément à la législation en vigueur⁹⁰³, l'administration n'était pas tenue d'intervenir et donc son comportement n'a rien d'anormal.

L'arrêt marque ainsi une approche originale de l'appréciation de l'anormalité du préjudice puisque celle-ci est en fait étroitement liée au fait générateur du dommage. Ici, l'anormalité constitutive d'une rupture d'égalité n'existe pas, du fait que « *les circonstances qui l'ont provoqué ne sont pas elles-mêmes anormales en ce qu'elles ne caractérisent pas une déviation ou une rupture par rapport à la normalité, entendue au sens de la légalité, de maintien de l'état de droit* »⁹⁰⁴.

429 - Cette solution laisse assez perplexe dans la mesure où il semble difficile de comprendre les raisons ayant poussées le Conseil d'Etat à décider que, contrairement aux victimes de grèves illégales, celles de grèves légales ne pourraient obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité sans faute. Mais surtout, cette solution complique véritablement la tâche des victimes, puisque leur seule possibilité d'indemnisation passe par la démonstration d'une faute de l'Etat. Ici, il apparaît que « *le juge n'apprécie plus (...) ce préjudice, (...) du point de vue de l'usager mais du point de vue de la société, du respect des normes sociales* »⁹⁰⁵. Par cette délimitation particulière de la condition d'anormalité, le juge administratif peut restreindre les cas effectifs d'indemnisation. Reste à espérer que cette restriction ne soit pas confirmée dans d'autres domaines d'application de la responsabilité sans faute.

⁹⁰² CE, 17 janvier 1986, *Ville de Paris c/ M. Duvinage*, Rec. CE, p. 10 ; AJDA, 1986, p. 124, et p. 84, chron. Hubac et Azibert ; D., 1986, IR, p. 461, obs. Moderne et Bon ; JCP, 1987, G, II, n° 20772, note Maublanc ; RFDA, 1986, p. 824, concl. Stirn.

⁹⁰³ Selon le commissaire du gouvernement STIRN, le préjudice subi n'était pas anormal car découlait « à la vérité des règles du jeu social fixées en particulier par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 » (cf. concl. préc.).

⁹⁰⁴ S. HUBAC et M. AZIBERT, chron. préc., p. 89.

⁹⁰⁵ *Idem*.

430 - Il appartient donc au juge administratif d'apprécier les éléments constitutifs du préjudice, dans le sens où c'est à lui seul que revient le pouvoir de délimiter ce que renferment les standards⁹⁰⁶ de spécialité et d'anormalité. A cette occasion, il se livre à une analyse des circonstances de l'espèce, produisant une jurisprudence casuistique, pour laquelle la fixation de lignes de conduite apparaît difficile. Par cette liberté d'action, il lui est ainsi permis de délimiter de manière indirecte l'étendue des cas de mise en jeu effective de la responsabilité sans faute de l'Etat, l'utilisation des standards étant « *un moyen de réserver son pouvoir, de ne pas l'épuiser en une formule trop rigide* »⁹⁰⁷.

431 - Grâce à sa mission de vérification des conditions d'engagement de la responsabilité liées au préjudice, le juge administratif dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation. Au vu de la jurisprudence, il est possible d'entrevoir une certaine politique de protection de la latitude d'action de l'Etat, dans la mesure où le juge va utiliser sa faculté de délimitation des conditions liées au préjudice, afin de restreindre à des cas précis, la reconnaissance d'un droit à réparation aux requérants subissant un dommage du fait d'une action normative régulière.

Cependant, il est utile de remarquer que cette position assez rigoureuse adoptée par le juge administratif va surtout s'exprimer à travers la définition des caractères d'anormalité et de spécialité du préjudice. En effet, en ce qui concerne la vérification du caractère certain du préjudice, comme de celle d'un lien de causalité direct avec l'acte incriminé, le juge adopte plutôt une position assez favorable aux victimes, notamment par la possibilité d'indemniser un préjudice futur. Cette différence d'appréciation peut sans doute s'expliquer par le fait que ces dernières conditions sont des conditions communes à tout régime de responsabilité, les conditions d'anormalité et de spécialité étant, quant à elles, des conditions spécifiques à la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Ainsi, dans la mesure où le juge tente d'encadrer la reconnaissance d'une telle responsabilité sans faute, afin d'éviter la dilapidation des deniers publics, il apparaît logique qu'il se livre à une appréciation plus stricte de ces caractères spécifiques.

⁹⁰⁶ Selon la notion définie par S. RIALS, in *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 135, 1980.

⁹⁰⁷ S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, op. cit., p. 57.

CONCLUSION DU TITRE 2nd

432 - La mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière apparaît fortement comme un régime objectif autonome orienté vers la protection de la latitude d'action de la personne publique. L'équilibre présent au départ, entre les prérogatives de l'Etat et les droits des particuliers, est ainsi considérablement faussé entraînant une sensible réduction des droits des administrés. Les chances pour les particuliers d'obtenir réparation de leur préjudice apparaissent souvent minces, dans la mesure où le juge administratif n'hésite plus à se livrer à une interprétation stricte des conditions d'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat, que ceux-ci se rapportent à l'acte à l'origine du dommage comme au préjudice allégué.

433 - Dès lors, il est possible de se demander si la jurisprudence administrative n'acquiert pas un aspect téléologique, dans les sens où c'est « *la solution souhaitée qui semble guidée la référence à telle ou telle catégorie juridique, et non l'inverse* »⁹⁰⁸. En effet, par son utilisation de notions juridiques peu précises telles que le préjudice anormal et spécial ou l'intérêt général poursuivi par le texte, le juge se laisse ainsi la possibilité de déterminer sa solution en fonction de considérations d'opportunité, dans la mesure où c'est à lui seul que revient la mission de préciser le contenu de ces catégories juridiques. La préservation de la latitude d'action de l'Etat, comme la gestion des deniers publics, constituent un objectif important pour les tribunaux, c'est donc au profit de cette solution que le pouvoir d'interprétation du juge s'orientera.

⁹⁰⁸ D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 107, 1972, p. 145.

CONCLUSION DE LA 1^{ère} PARTIE

434 - A la naissance du régime de responsabilité sans faute du fait d'une action normative régulière, l'objectif est de concilier la liberté d'action de l'Etat, en ne critiquant pas son comportement et surtout en ne le qualifiant pas de fautif, avec une réparation certaine des préjudices subis par les administrés, expression d'un phénomène de plus en plus évoqué à savoir la socialisation des risques. Or, au fil de la jurisprudence administrative, l'équilibre se rompt aux détriments des citoyens. La protection de la latitude d'action de la personne publique semble prendre le dessus de manière manifeste. Cette rupture est le fruit de l'interprétation stricte par le juge administratif des conditions d'engagement de la responsabilité liées, non seulement, au texte à l'origine du dommage, mais également, au préjudice. Il apparaît alors que le régime de responsabilité applicable aux actes étatiques réguliers, fondé sur la rupture d'égalité devant les charges publiques, revêt une certaine autonomie au sein de la responsabilité sans faute. L'équilibre des intérêts est en effet ici rompu en faveur de la protection de la latitude d'action de l'Etat, tandis que dans la plupart des autres régimes de responsabilité objective, la priorité semble véritablement donnée à la réparation des préjudices subis par les administrés en violation de leurs droits⁹⁰⁹.

435 - Cette autonomie peut aisément s'expliquer du fait que le régime étudié est applicable aux actes étatiques souverains et/ou légitimés par des motifs d'intérêt général ou d'ordre public qui sont, dans la plupart des cas, l'œuvre du Parlement. Enfermé dans cette idée qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause l'autorité de la loi, acte exprimant la volonté générale, le juge administratif se refuse alors à intégrer ce régime de responsabilité dans les règles communes de la responsabilité sans faute. Au fil de sa jurisprudence, il préfère construire un régime singulier de responsabilité du fait des lois, conventions internationales et mesures administratives régulières permettant d'éviter le blocage de l'activité normative de l'Etat, tout comme la dilapidation des deniers publics, du fait d'une multiplication des recours en indemnisation.

De ce fait, il est alors permis de se demander dans quelle mesure le juge administratif n'exerce pas un rôle politique en modelant un régime autonome par sa propre interprétation des conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat. En effet, comme le souligne D.

⁹⁰⁹ Nous pensons tout particulièrement à l'évolution de la responsabilité médicale vers toujours plus d'objectivation, ainsi qu'à la responsabilité sans faute au profit des collaborateurs des services publics, dont les conditions d'application du régime ne sont guère restrictives. A ce sujet, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1351 et s.

Loschak, « grâce à la flexibilité de normes dont l'application se modèle sur les circonstances de fait, grâce à l'usage de catégories juridiques ouvertes et relativement imprécises, le juge peut (...) faire prévaloir les solutions qu'il estime politiquement souhaitables »⁹¹⁰. Il convient toutefois de tenir des propos modérés et de ne pas tirer de conclusions trop sévères à l'égard du juge administratif, dans le sens où, à bien y réfléchir, l'objectif affiché au départ n'était-il pas voué à l'échec ? En effet, n'est-il pas un peu utopique de croire en la possibilité d'une réelle conciliation de la liberté d'action de l'Etat et de la protection effective des administrés ?

436 - Le juge administratif se montre ainsi assez stricte dans sa mise en œuvre du régime de responsabilité du fait de l'application exclusive d'une norme juridique régulière, surtout lorsque le dommage tient sa source dans un texte de loi. Une interrogation vient alors à l'esprit : adopte-t-il ce même comportement face à un acte étatique cette fois-ci irrégulier, entendu comme contraire au droit communautaire ? L'irrégularité de la norme peut-elle faire tomber les barrières de protection construites par la jurisprudence ? Comment le juge administratif va-t-il notamment parvenir à protéger les droits des particuliers dans le cas où le dommage subi tiendrait son origine d'un texte de loi, puisqu'il est de principe que le législateur ne peut mal faire ?

⁹¹⁰ D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 149.

2^{nde} partie

**LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE
DE L'ETAT DU FAIT D'UNE ACTION NORMATIVE
VIOLANT LE DROIT COMMUNAUTAIRE**

437 - L'ordre juridique communautaire comprend les traités constitutifs qui forment le droit communautaire originaire, ainsi que les actes des organes créés par ces traités qui constituent le droit communautaire dérivé. L'un des premiers traités constitutifs fut « *l'acte unique* », publié en 1987, dans lequel il est réaffirmé les ambitions initiales des constructeurs de l'Europe, notamment l'objectif aujourd'hui atteint, d'un « *marché intérieur* » comportant « *un espace sans frontière intérieure dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée* ». Puis, fut signé le traité de Maastricht en 1992. Il crée une « *Union fondée sur les Communautés européennes* », lesquelles sont habilitées à conduire l'Union économique et monétaire, une politique étrangère et de sécurité commune ainsi que des actions favorables à une citoyenneté européenne. En 1997, c'est au tour du traité d'Amsterdam de venir modifier et compléter les traités existants afin d'en renforcer l'efficacité, tout comme le traité de Nice adopté le 10 décembre 2000. Enfin, il faut bien évidemment compter avec le tout récent « *projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe* », signé à Rome le 29 octobre 2004.

S'agissant du droit communautaire dérivé, des dispositions fondamentales figurent à l'article 249 alinéa 3 (ex-article 189)⁹¹¹ du traité de Rome en date du 27 mars 1957 instituant la CEE. Ce texte précise que, pour l'accomplissement de leurs missions, le Conseil des ministres et la Commission arrêtent notamment des règlements, des directives et des décisions. Ayant une portée générale, le règlement est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans les Etats membres de la Communauté. La directive, quant à elle, ne lie l'Etat membre que quant au résultat à atteindre en laissant aux instances nationales le choix des moyens. Enfin, la décision est obligatoire dans tous ses éléments mais elle ne vaut que pour les destinataires qu'elle désigne.

438 - Ce droit en perpétuel développement constitue ainsi un important vivier de normes, lesquelles doivent être respectées par le droit de chaque Etat membre. Pour exemple, une estimation, réalisée début 2000 démontre que, sur plus de 68 000 textes du droit communautaire dérivé produits depuis l'origine, 14932 restaient en vigueur. D'un point de vue qualitatif, tous ces textes participent à une transformation profonde de l'ensemble du droit interne français. Mais leur nombre croissant, comme l'éventuelle complexité des dispositions qu'ils peuvent contenir, font également de ces normes communautaires une source de problèmes. En effet, le fait pour le droit interne de devoir s'adapter au droit communautaire et

⁹¹¹ Une renumérotation des articles du traité CE a été introduite par le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

pour les organes étatiques de devoir remplir les obligations de faire et de ne pas faire pesant sur elles n'empêche pas toujours la survenance d'incompatibilités entre les normes internes et communautaires. Dès lors, il est important de régler la question de la réparation d'éventuels dommages causés à des particuliers du fait de la violation par une action normative interne d'une disposition de droit communautaire.

Dès les années 1990, la Cour de justice va répondre à cette attente en posant expressément un principe de responsabilité des Etats membres, puis en précisant, au fil de sa jurisprudence, ses conditions de mise en œuvre. Elle affirmera notamment que le principe de responsabilité vaut quel que soit le type de violation du droit communautaire (action ou omission), comme l'organe étatique en cause (administration ou législateur)⁹¹². A travers ce régime de responsabilité, l'objectif du juge de Luxembourg est alors de parvenir à concilier primauté du droit communautaire et latitude d'action des Etats membres (Titre 1^{er}). Respectueuse de la compétence du juge national, la Cour de justice énonce également qu'il appartient à celui-ci d'appliquer, dans le cadre de son droit interne, les conditions fixées par elle, avec pour objectif d'assurer au mieux « *la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »⁹¹³. C'est donc au juge interne que revient la lourde tâche de statuer sur les requêtes relatives à l'indemnisation des préjudices subis du fait d'une violation du droit communautaire par une action normative interne. Or, s'il semble avoir surmonté ses réticences en ce qui concerne la mise en cause de la responsabilité de l'Etat du fait d'un acte administratif in conventionnel, le juge administratif français continue encore à l'heure actuelle à refuser toute idée d'une responsabilité du fait d'une loi contraire au droit communautaire. Le régime de responsabilité créé par la Cour de justice est ainsi orienté par le juge administratif vers une surprotection du législateur (Titre 2nd).

⁹¹² CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, aff. C-46/93, Rec. CJCE, p. I-1029, concl. G. Tesaurò ; A. RIGAUD, « L'arrêt Brasserie du pêcheur-Factortame III : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, chron., p. 1 ; RFDA, 1996, p. 583, note L. Dubouis.

⁹¹³ CJCE, 19 novembre 1991, *Francoovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402, point 42, concl. Mischo ; LPA, 4 août 1993, n° 93, p. 32, note T. Larzul ; AJDA, 1992, p. 143, note P. Le Mire ; JCP, 1992, G, II, n° 21783, note A. Barav ; D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives », Europe, 1991, chron., p. 1 ; RFDA, 1992, p. 1, note L. Dubouis ; Dr. adm., 1991, n° 537 ; JDI, 1992, p. 426, note Constantinesco ; J.-M. AUBY, « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », Dr. adm., 1992, doctr., p. 1 ; RJDA, décembre 1991, p. 831, note Kessedjean ; F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 27 ; RMUE, 1991, p. 4, note Mattera ; RMUE, 1992, p. 187, note Carnolutti.

TITRE 1^{er}

UN REGIME DE RESPONSABILITE CREE PAR LA COUR DE JUSTICE CONCILIANTE PRIMAUTE DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET LATITUDE D'ACTION DES ETATS MEMBRES

439 - Le respect du principe de primauté du droit communautaire⁹¹⁴, comme la volonté d'une application effective et uniforme de celui-ci, commande que toute violation des règles communautaires préjudiciable aux droits des particuliers entraîne des conséquences juridiques pour son auteur. Soucieux de créer un effet dissuasif à l'égard des Etats susceptibles de porter atteinte au Traité CE comme à son droit dérivé, la Cour de justice va ainsi affirmer, dès les années 1990, que « *les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* »⁹¹⁵. Le juge de Luxembourg est donc l'initiateur du principe de responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire (Chapitre 1^{er}). Une telle intervention ne va pas aller sans soulever quelques contestations dans le sens où, à l'époque, certains gouvernements d'Etats membres⁹¹⁶ ainsi qu'une partie de la doctrine allemande⁹¹⁷ critiquaient fortement la légitimité de la Cour pour poser ce principe de responsabilité. Selon ces gouvernements, l'énonciation du principe de responsabilité par la Cour témoignait d'un activisme jurisprudentiel dans un domaine réservé au législateur communautaire. Mais le juge de Luxembourg va rapidement couper court à toute argumentation en précisant, dans son arrêt « Brasserie du pêcheur-

⁹¹⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. n° 6/64, Rec. CJCE, p. 1141 ; B. DE WITTE, « Retour à Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », RTDE, 1984, p. 425.

⁹¹⁵ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, préc., point 37.

⁹¹⁶ A l'occasion de l'affaire « Brasserie du pêcheur-Factortame III » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), laquelle donnera lieu à la première réaffirmation par la Cour de justice des Communautés européennes du principe de responsabilité posé dans l'arrêt « Francovich », les gouvernements allemand, néerlandais et irlandais soutenaient en effet la thèse selon laquelle, la reconnaissance par voie jurisprudentielle du principe général de la responsabilité des Etats membres était incompatible avec la répartition des compétences entre les institutions communautaires et les Etats membres et, de ce fait, avec l'équilibre institutionnel du traité.

⁹¹⁷ Pour une analyse détaillée de l'argumentation de la doctrine allemande, rejetant la compétence de la Cour de justice en ce qui concerne la création du droit, voir P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 91 et s.

Factortame III »⁹¹⁸, que la question de l'existence et de l'étendue de la responsabilité de l'Etat pour les dommages résultant de la violation du droit communautaire concerne l'interprétation du traité⁹¹⁹, demandée en l'espèce par la voie de la procédure préjudicielle, et relève donc de la compétence de la Cour en vertu de l'article 220 (ex-article 164) du traité⁹²⁰. De plus, comme le fait remarquer M. l'avocat général Tesauero, les Etats membres ont « *expressément et librement attribué à la Cour le dernier mot en matière d'interprétation des traités* »⁹²¹.

Une telle légitimation de l'intervention du juge de Luxembourg va lui permettre de poursuivre sa construction du régime de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire dans la mesure où, après avoir énoncé le principe d'un droit à réparation en faveur des particuliers lésés, la Cour s'efforce de définir les conditions d'engagement d'une telle responsabilité. La mise en œuvre par les Etats membres du régime issu de l'arrêt « Francovich » va alors être sensiblement influencée par le juge communautaire (Chapitre 2nd).

⁹¹⁸ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc.

⁹¹⁹ La Cour de justice considère en effet, dans son arrêt « Francovich », que le principe de responsabilité est inhérent au système du traité CE. (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc.). Voir *infra*, § n° 441 et s.

⁹²⁰ Selon le juge communautaire, l'art. 164 du traité CE (art. 220 après renumérotation) lui impose, en l'absence de règles écrites dans ce domaine, d'assurer le respect du droit par voie d'interprétation. Selon les termes de M. l'avocat général TESAURO, une telle obligation nécessite du juge qu'il fasse « usage de tous les instruments herméneutiques dont il dispose », donc qu'il ait également recours « aux principes généraux de l'ordre communautaire et des ordres juridiques nationaux » (cf. « Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire », RMUE, 1996, n° 3, p.20).

⁹²¹ *Idem*. Pour une légitimation du pouvoir créateur de la jurisprudence, voir également C. HAGUENAU selon laquelle, « les gouvernants n'auraient pas lieu de se plaindre de l'activisme judiciaire s'ils prenaient eux-mêmes les décisions avant d'être mis au pied du mur » (cf. *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 466).

CHAPITRE 1^{er}

UN PRINCIPE DE RESPONSABILITE INITIE PAR LE JUGE COMMUNAUTAIRE

440 - Chaque Etat adhérent au traité CE se trouve dans l'obligation de respecter les normes communautaires⁹²². En cas de violation de ce principe de primauté, il incombe à l'Etat incriminé de rétablir la légalité afin de permettre l'application effective du droit communautaire. Néanmoins, une telle démarche ne suffit pas toujours à garantir la soumission des autorités nationales. Dès lors, « *le principe de légalité communautaire doit être complété par un principe de responsabilité en cas de violation du droit communautaire par l'Etat* »⁹²³. Contraindre les Etats membres à réparer les dommages créés par eux du fait de la violation du droit communautaire pourrait en effet permettre aux particuliers de voir leurs droits rétablis. Mais en plus, une telle obligation remplirait un rôle préventif, dans le sens où « *la menace de devoir payer une indemnisation devrait inciter l'Etat à éviter de commettre des infractions* »⁹²⁴.

Conscient de l'importance d'encadrer l'action des Etats membres au sein de la Communauté, la Cour de justice en viendra alors à poser un principe de responsabilité. Dans son célèbre arrêt « Francovich »⁹²⁵ en date du 19 novembre 1991, le juge communautaire affirme ainsi que « *les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* ». La Cour légitime son affirmation par la démonstration que le principe de responsabilité « *est inhérent au système du traité CE* »⁹²⁶ (Section 1^{ère}). Par la suite, souhaitant pouvoir appréhender le plus grand nombre d'infractions possible, elle précise, au fil de ses décisions, l'étendue et la portée de cette obligation de réparation, faisant de la responsabilité des Etats membres, un principe d'application générale (Section 2^{nde}).

⁹²² CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, préc.

⁹²³ C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand, op. cit.*, p. 455.

⁹²⁴ *Idem*.

⁹²⁵ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, préc.

⁹²⁶ *Idem*, point 37.

SECTION 1^{ère} : La consécration d'un principe de responsabilité

« inhérent au système du traité »⁹²⁷ CE

441 - Selon la Cour de justice, le principe en vertu duquel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables repose sur un double fondement (§ 1). Le juge appuie en effet son raisonnement à la fois sur la primauté du droit communautaire et sur l'obligation de coopération loyale entre les Etats membres et la Communauté découlant de l'article 10 (ex-article 5) du traité CE.

Mais l'affirmation d'un tel principe général de responsabilité ne découle pas uniquement d'une justification juridique, elle provient en plus de la volonté du juge de respecter une double exigence (§ 2) : celle, d'une part, de pleine efficacité des normes communautaires et celle, d'autre part, de protection des droits que les particuliers tiennent de celles-ci.

§ 1 : Un principe de responsabilité reposant sur un double fondement

442 - La reconnaissance d'une obligation de réparer à la charge des Etats membres, auteurs d'une violation du droit communautaire, se justifie par le fait que « *le traité CEE a créé un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des Etats membres et qui s'impose à leurs juridictions* »⁹²⁸. A cela, vient s'ajouter l'article 10 (ex-article 5) du traité CE, selon lequel les Etats membres sont tenus d'une coopération loyale à l'égard de la Communauté, et à partir duquel la Cour en déduit « *l'obligation d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire* »⁹²⁹.

Dès lors, la primauté du droit communautaire sur le droit national apparaît comme le fondement principal⁹³⁰ de l'obligation de réparation (A), l'obligation de coopération loyale

⁹²⁷ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, préc

⁹²⁸ *Idem*, point 31.

⁹²⁹ *Ibidem*, point 36.

⁹³⁰ A ce sujet, il est utile de relever que le professeur J. BOULOUIS envisage les principes fondamentaux permettant la primauté du droit communautaire plutôt comme une « source » du droit à réparation, à l'opposé de l'art. 5 du traité CE qui semble être, quant à lui, un véritable « fondement ». Cette distinction se fonde essentiellement sur le fait que, selon cet art. 5, il appartient aux Etats membres d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire et que la responsabilité apparaît comme « la conséquence nécessaire de la violation d'une obligation préexistante résultant de la primauté du droit communautaire » (cf. « Sur la responsabilité des Etats membres des Communautés européennes pour les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables », *Gaz. Pal.*, 1996, doct. p. 1462).

posée à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE jouant, quant à elle, le rôle de fondement « *accessoire* »⁹³¹ (B).

A - La primauté du droit communautaire sur le droit national des Etats membres comme fondement principal

443 - Selon le raisonnement développé par la Cour de justice dans son arrêt de principe « Francovich », la primauté du droit communautaire, envisagée comme fondement du droit à réparation en cas de violation à l'origine d'un dommage pour les particuliers, découle directement du fait que le traité crée un ordre juridique propre (1). Cette spécificité du système communautaire, source de primauté, fait alors naître des obligations à la charge des autorités nationales de chaque Etat membre (2).

1. *Le traité crée un ordre juridique propre*

444 - Afin de pouvoir affirmer l'existence d'un principe de responsabilité des Etats membres pour les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui leur sont imputables, la Cour développe une argumentation prenant sa source dans l'idée de spécificité de l'ordre juridique communautaire. Elle déclare ainsi que « *le traité CEE a créé un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des Etats membres et qui s'impose à leurs juridictions, dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants et que, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit communautaire est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique (...)* »⁹³².

445 - Le juge de Luxembourg emprunte cette formule à deux illustres arrêts représentatifs, pour ainsi dire, « les fondements constitutionnels » de l'ordre juridique communautaire, à savoir les arrêts « Van Gend en Loos »⁹³³ et « Costa c/ Enel »⁹³⁴. A l'occasion de ce dernier arrêt, la Cour a solennellement posé un principe essentiel, celui de la primauté du droit communautaire sur le droit national. En effet, il y est expressément affirmé qu'« *issu d'une source autonome, le droit communautaire né du traité ne pourrait, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il*

⁹³¹ Selon la formule employée par P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 69

⁹³² CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 31.

⁹³³ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. n° 26/62, Rec. CJCE, p. 3.

⁹³⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, préc.

soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »⁹³⁵. Il s'agissait ici du conflit le plus aigu qui soit, puisqu'il mettait en opposition diverses dispositions du traité CEE et la loi italienne de nationalisation de l'électricité du 6 septembre 1962, donc une loi nationale postérieure. En l'espèce, la Cour fait principalement reposer son raisonnement sur trois arguments : la nécessité de ne pas neutraliser les effets de l'applicabilité directe du droit communautaire, l'existence d'un transfert d'attributions des Etats membres à la Communauté limitant d'une manière correspondante les droits souverains des Etats et l'obligation de garantir une application uniforme du droit communautaire.

Entre ainsi dans l'ordre juridique communautaire la traduction d'un principe déjà proclamé par les tribunaux internationaux bien avant la naissance des Communautés, à savoir celui de la primauté de la règle de droit des gens sur le droit national. En effet, il était à l'époque de jurisprudence constante⁹³⁶ que, si au cours d'un litige qui lui était soumis, le tribunal international se trouvait confronté à deux règles contradictoires, l'une de droit international et l'autre de droit interne, il n'hésitait pas à appliquer la première au détriment de la seconde.

446 - La primauté apparaît donc comme un principe vital à la mise en œuvre du droit communautaire. Celui-ci ne saurait en effet exister qu'à la condition de ne pas pouvoir être mis en échec par le droit des Etats membres. Il semble dès lors compréhensible que dans son arrêt « Francovich »⁹³⁷, la Cour fixe le point de départ de son raisonnement au niveau de ce principe de primauté afin d'affirmer que « *les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* »⁹³⁸, et que ce droit à réparation « *trouve directement son fondement dans le droit communautaire* »⁹³⁹. La Cour réaffirme⁹⁴⁰ ainsi le lien très étroit unissant la spécificité de

⁹³⁵ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, préc., point 10.

⁹³⁶ Voir par ex., l'avis sur les Communautés gréco-bulgares rendu, le 31 juillet 1930, par la CPJI, dans lequel la Cour affirme que « c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre puissances contractantes à un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité » (cf. série B, n° 17, p. 32).

⁹³⁷ CJCE, 19 novembre 1991, préc.

⁹³⁸ *Idem*, point 37.

⁹³⁹ *Ibidem*, point 41.

⁹⁴⁰ Dès l'arrêt « *Costa c/ Enel* », la Cour de justice avait en effet pris soin de justifier, en partie, la primauté de l'ordre juridique communautaire par le fait, qu'en « instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes » (cf. CJCE, 15 juillet 1964, préc., point 1).

l'ordre juridique créé par les Communautés et la primauté du droit communautaire sur celui des Etats membres.

447 - L'ordre juridique communautaire doit donc primer sur le droit des Etats membres dans la mesure où cet ordre se trouve mettre en place un système spécifique ayant été agréé préalablement par ces Etats. Mais cette primauté ne se résume pas à la reconnaissance d'un principe du droit communautaire, elle s'exprime aussi et surtout de manière concrète. Elle est ainsi la source de toute une série d'obligations à la charge des autorités nationales des Etats membres, obligations dont découlera, selon la Cour, le principe de responsabilité pour violation du droit communautaire.

2. La spécificité de l'ordre juridique communautaire crée des obligations à la charge des autorités nationales des Etats membres

448 - Comme l'a écrit le juge Pescatore⁹⁴¹, la primauté s'avère être « *une condition essentielle* » du droit communautaire. Il y va de l'effectivité des normes juridiques et des voies de recours prévues pour la protection des droits, que le droit communautaire soit appliqué de manière uniforme dans tous les ordres juridiques nationaux. En effet, en cas de conflit entre une disposition de fond du droit national et une disposition de fond du droit communautaire, l'absence d'une telle règle signifierait l'ignorance des principes communautaires par les autorités nationales à qui il incombe de les mettre en œuvre, ainsi qu'une menace grave sur l'existence même de la Communauté.

A l'évidence, la primauté joue donc un rôle primordial puisqu'elle conditionne l'uniformité du droit communautaire. Reprenant les termes de la doctrine allemande et notamment du professeur Constantinesco⁹⁴² qui définit trois conditions essentielles pour assurer l'uniformité, il est permis de dire que la primauté assure que le droit communautaire aura la même signification (*gleichbedeutend*), la même force obligatoire (*gleichbindend*) et le même contenu invariable (*gleichbleibend*) dans tous les Etats membres.

449 - Ces considérations expliquent que, pour la Cour de justice, le principe de primauté ne peut avoir qu'une portée absolue, en ce sens que l'ordre juridique communautaire doit l'emporter dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux. Dès lors, la primauté

⁹⁴¹ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Presses universitaires de Liège, 2^{ème} éd., 1973, p. 227.

⁹⁴² L.-J. CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire », RTDE, 1966, p. 1.

bénéficie à toutes les normes communautaires⁹⁴³, primaires ou dérivées, directement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales, administratives, législatives, juridictionnelles, et même constitutionnelles⁹⁴⁴.

450 - Les principaux artisans de l'efficacité du principe de primauté sont, selon la règle de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres, les autorités nationales elles-mêmes. Dès lors, au travers de sa jurisprudence, la Cour va dégager une véritable obligation de faire à leur encontre. Elle va fixer de manière précise le comportement à adopter afin d'assurer, au mieux, le plein effet des normes communautaires, et en particulier, la protection des droits que ces normes confèrent aux individus.

Ainsi, dans son arrêt « Simmenthal »⁹⁴⁵, la Cour de justice expose les conséquences de la primauté du droit communautaire directement applicable. Son postulat de départ est de rappeler que les règles d'effet direct, « *en tant qu'elles font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres* », doivent être appliquées dès leur entrée en vigueur, malgré l'éventuelle préexistence d'une loi nationale incompatible, et pendant toute la période où elles restent en vigueur, malgré l'adoption ultérieure d'une loi incompatible. Puis, interrogée sur la compatibilité avec le droit communautaire du monopole que s'était réservé la Cour constitutionnelle italienne pour

⁹⁴³ Dans l'arrêt « Costa c/ Enel », la Cour évoque en effet la primauté « du droit né du traité » (cf. CJCE, 15 juillet 1964, préc., point 10). Pour un ex. concernant un règlement, voir CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, aff. n° 43/71, Rec. CJCE, p. 1039.

⁹⁴⁴ Dans l'arrêt « Costa c/ Enel », la Cour parle de primauté à l'encontre d'un « texte interne quel qu'il soit » (cf. CJCE, 15 juillet 1964, préc., point 10). La jurisprudence postérieure viendra préciser ce principe de primauté en ce qui concerne, notamment, les normes constitutionnelles internes. Ainsi, le juge de Luxembourg va affirmer, dans un premier temps, dans un arrêt « San Michele », rendu le 22 juin 1965 (aff. n° 9/65, Rec. CJCE, 1967, p. 35), que des dispositions constitutionnelles internes ne sauraient être utilisées pour mettre en échec le droit communautaire et qu'une telle action serait « contraire à l'ordre public communautaire ». Puis, plus clairement encore, il va considérer que « (...) les droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre » ou « (...) les principes d'une structure constitutionnelle nationale ne (sauraient) affecter la validité d'un acte de la Communauté et son effet sur le territoire d'un Etat membre » (cf. CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. n° 11/70, Rec. CJCE, p. 1125). Le droit constitutionnel d'un Etat membre ne saurait donc constituer un obstacle à la primauté (cf. CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, aff. n° 48/71, Rec. CJCE, p. 529 - CJCE, 26 février 1976, *Commission c/ Italie*, aff. n° 52/75, Rec. CJCE, p. 277).

Il est important de souligner ici, qu'en droit interne français, la solution qui prévaut à l'heure actuelle est à l'inverse celle de la supériorité de la Constitution sur les traités. Une telle supériorité est en effet reconnue, non seulement par la Haute juridiction administrative (cf. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, AJDA, 1998, p. 962, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; D., 2000, p. 152, note E. Aubin ; Dr. adm., 1999, comm. n° 14, obs. C. M. ; RDP, 1999, p. 919, note J.-F. Flauss ; RFDA, 1998, p. 1081, concl. C. Maugüé ; RTD civ., 1999, p. 232, chron., N. Molfessis - CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, Dr. adm., 2002, comm. n° 55, note P. Cassia ; RFDA, 2002, p. 166), mais également par la Cour de cassation (cf. Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, D., 2000, p. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; JCP, 2001, G, n° 10453, note A.-C. de Foucauld ; LPA, octobre 2000, n° 201, note B. de Lamy et P. Deumier ; LPA, décembre 2000, n° 246, note P. Jan ; RDP, 2000, p. 1037, note X. Prétot ; RTD civ., 2000, p. 672, chron. R. Libchaber), puis enfin très récemment par le Conseil constitutionnel (cf. CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, AJDA, 2004, p. 1216, obs. S. Brondel, p. 1385, obs. P. Cassia, p. 1534, note J. Arrighi de Casanova, et p. 1537, note M. Gautier et F. Melleray ; D., 2004, p. 1739, note B. Mathieu ; LPA, 18 juin 2004, n° 122, p. 10, note J.-E. Schoettl ; Europe, août-septembre 2004, p. 6, note X. Magnon).

⁹⁴⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. n° 106/77, Rec. CJCE, p. 629 ; AJDA, 1978, p. 323, note J. Boulouis.

vérifier la compatibilité des actes législatifs internes avec celui-ci, la Cour répond catégoriquement que « *le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* ».

Cette obligation qui pèse sur le juge national, doit alors le conduire à écarter tout obstacle que le droit interne pourrait opposer à l'accomplissement du plein effet de la règle communautaire⁹⁴⁶. A l'occasion d'un arrêt « *Factortame* »⁹⁴⁷, exemplaire à cet égard, la Cour va venir préciser l'étendue des obligations pesant sur les autorités nationales. Il résulte de cet arrêt que, durant l'attente d'un jugement préjudiciel en interprétation de la Cour, et dans le cas où il est sollicité pour se prononcer sur la compatibilité d'une loi nationale avec le droit communautaire, le juge national doit ordonner les mesures provisoires nécessaires à la pleine efficacité du droit communautaire. Plus précisément, il doit suspendre immédiatement l'application de cette loi jusqu'au jugement de la Cour et ce même si son droit national le lui interdit.

451 - Le droit communautaire fait ainsi l'objet d'une primauté inconditionnelle, se traduisant pour les Etats membres, par des conséquences en termes de légalité et de conflit de normes. Néanmoins, cette affirmation est insuffisante pour assurer un respect absolu de la norme européenne. L'obligation pour les Etats membres « *de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* »⁹⁴⁸ apparaît donc comme le complément indispensable de ces obligations nées du principe de primauté. C'est pourquoi, dans son arrêt « *Francovich* », la Cour opère une référence directe aux arrêts « *Simmenthal* » et « *Factortame* », lorsqu'elle énonce qu'il « *incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers* »⁹⁴⁹.

⁹⁴⁶ Cette obligation pourra même aller jusqu'au prononcé de l'annulation de la norme nationale litigieuse, dès lors que le droit national en attribue la compétence aux tribunaux internes. Pour un ex., voir CJCE, 4 avril 1968, *Lück*, aff. n° 34/67, Rec. CJCE, p. 370.

⁹⁴⁷ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame I*, aff. C-213/89, Rec. CJCE, p. I-2433 ; AJDA, 1990, p. 832, obs. P. Le Mire ; D. SIMON et A. BARAV, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire *Factortame* », RMC, 1990, p. 591 ; RFDA, 1990, p. 912, obs. J.-Cl. Bonichot ; JDI, 1991, p. 447, obs. D. Simon ; RFDA, 1994, p. 70, obs. S. Boyron et L. Neville Brown.

⁹⁴⁸ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 37.

⁹⁴⁹ *Idem*, point 32.

Le droit à réparation accordé aux justiciables en cas de violation par l'Etat de ses obligations communautaires constitue ainsi, sans aucune hésitation, l'une des implications concrètes du principe de primauté⁹⁵⁰. C'est d'ailleurs dans ce sens que la Cour prend soin de préciser, dans son arrêt de principe, que l'obligation de réparation « *trouve directement son fondement dans le droit communautaire* »⁹⁵¹. Le contentieux de la responsabilité va dès lors se voir attribuer une importance propre, dans la mesure où il « *tente de rétablir la primauté du droit communautaire pour le passé, l'indemnité visant quant à elle à compenser les dommages résultant de la non-application du droit communautaire* »⁹⁵².

452 - L'obligation pour les Etats membres de réparer les conséquences dommageables pour les particuliers des violations du droit communautaire qui leur sont imputables trouve ainsi son fondement principal dans le principe de primauté du traité CE et de son droit dérivé. A cela, la Cour de justice ajoute un autre élément de justification constitué par l'article 10 (ex-article 5) du traité CE, relatif à l'obligation de coopération loyale entre les Etats et la Communauté. Néanmoins, elle ne l'envisage que comme un fondement accessoire⁹⁵³.

B - L'obligation de coopération loyale (ex-article 5 traité CE) comme fondement accessoire⁹⁵⁴

453 - Bien que servant de fondement à part entière dans l'arrêt de principe « Francovich », à l'obligation de réparation pesant sur les Etats membres auteurs de violations du droit communautaire dommageables pour les particuliers (1), l'article 10 (ex-article 5) du traité CE va voir son influence se réduire jusqu'à ne plus être mentionné dans la jurisprudence postérieure (2).

⁹⁵⁰ Comme l'a écrit le professeur D. SIMON : « C'est (...) la primauté du droit communautaire qui implique l'existence d'un droit à réparation, et par conséquent, la possibilité pour la victime d'une violation du droit communautaire d'introduire une action en responsabilité à l'encontre de l'administration nationale à laquelle cette violation est imputable » (cf. « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 488).

⁹⁵¹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 41.

⁹⁵² P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 69.

⁹⁵³ Dans son arrêt « Francovich », la Cour évoque, en effet, d'abord la spécificité de l'ordre juridique communautaire, avant d'affirmer que « l'obligation pour les Etats membres de réparer (les violations du droit communautaire qui leur sont imputables) trouve également son fondement dans l'article 5 du traité (...) » (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc.).

⁹⁵⁴ Selon le qualificatif employé par P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 76.

1. *La référence directe à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE dans l'arrêt « Francovich »*

454 - Selon la Cour, l'obligation pour les Etats membres de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables, « *trouve également son fondement dans l'article 5 du traité, en vertu duquel les Etats membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire* »⁹⁵⁵.

Le juge communautaire poursuit son raisonnement en faisant expressement référence à l'arrêt « Humblet »⁹⁵⁶, rendu le 16 décembre 1960 dans le cadre du traité CECA, et dans lequel il affirmait l'existence d'un droit à réparation des dommages découlant d'une violation du droit communautaire dans le cas d'une procédure en constatation de manquement. Dans cet arrêt précurseur, la Cour fonde l'obligation de réparation sur l'article 86 du traité CECA⁹⁵⁷ en ces termes : « *Si la Cour constate dans un arrêt qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un Etat membre est contraire au droit communautaire, cet Etat est obligé, en vertu de l'article 86 du Traité CECA, aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit, que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire ; cette obligation résulte du traité et du protocole (sur les privilèges et immunités des Communautés européennes) qui ont force de loi dans les Etats membres à la suite de leur ratification et qui l'emportent sur le droit interne* ».

Il apparaît donc bien que l'article 10 (ex-article 5) CE joue, au côté du principe de primauté du droit communautaire, un rôle non négligeable dans l'affirmation de la responsabilité des Etats membres.

455 - S'inspirant du principe de fidélité fédérale (*Bundestreue*) qui prévaut dans les Etats fédéraux, et suppose que les autorités nationales et les institutions communautaires collaborent de bonne foi dans le respect des dispositions du traité⁹⁵⁸, l'article 10 (ex-article 5) du traité CE pose le principe d'une coopération loyale entre les Etats membres et les

⁹⁵⁵ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 36.

⁹⁵⁶ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ Etat belge*, aff. n° 6/60, Rec. CJCE, p. 1125.

⁹⁵⁷ L'art. 86 du Traité CECA prévoit que « les Etats membres s'engagent à prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations résultant des décisions et recommandations des institutions de la Communauté et à faciliter à celle-ci l'accomplissement de sa mission ». L'équivalent de cet art. est aujourd'hui l'art. 10 (ex-art. 5) du traité CE.

⁹⁵⁸ En effet, selon V. CONSTANTINESCO, il existe des similitudes de circonstances entre les structures politico-juridiques de l'Etat allemand de 1871 et celles des Communautés européennes, matérialisées par « une volonté politique de transformer la substance des relations horizontales entre Etats souverains en les intégrant autour d'objectifs communs et en subordonnant leur action au respect d'un intérêt collectif » (cf. « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », *Mélanges Pescatore*, 1987, p. 105).

institutions de l'Union⁹⁵⁹. Apparaissant comme une disposition générale ayant vocation à s'appliquer sans distinction de domaine aux Etats qui en sont les destinataires, il précise en effet que « *les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ».

Une analyse linéaire de cet article fait alors apparaître que l'article 10 (ex-article 5) du traité CE prescrit aux Etats deux sortes de comportements. En effet, comme le souligne V. Constantinesco⁹⁶⁰, l'alinéa 1^{er} de l'article prescrit aux Etats un comportement positif, constitué par le fait de faire en sorte d'assurer, au mieux, l'action de la Communauté, soit en prenant « *toutes mesures générales ou particulières* », soit « *en facilitant à celle-ci (la Communauté) l'accomplissement de sa mission* ». Quant à l'alinéa 2, il vise un comportement négatif ou plutôt une abstention : les Etats ne doivent rien entreprendre qui puisse « (...) *mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ».

456 - Ainsi, selon le juge de Luxembourg, la mission de coopération des juridictions nationales au titre de l'article 10 (ex-article 5) du traité CE comprend le devoir de protéger l'effectivité des droits issus des normes communautaires en accordant une réparation aux particuliers titulaires de ces droits et lésés par une violation du fait d'un Etat membre. En utilisant cet article 10 (ex-article 5) du traité CE pour justifier de la reconnaissance explicite de l'obligation pour les Etats membres de « *réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* »⁹⁶¹, la Cour se livre donc une nouvelle fois à une déduction des conséquences induites par l'obligation de loyauté communautaire. En effet, bien avant l'arrêt « Francovich », la Cour avait déjà considéré qu'il résulte de l'article 10 (ex-article 5) du traité CE que « *le traité impose aux Etats membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile* » du droit communautaire⁹⁶², comme il impose également aux Etats membres, mais de manière

⁹⁵⁹ Pour une étude approfondie de l'ex-art. 5 du traité CE, voir M. BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub, t. 108, 1994.

⁹⁶⁰ V. CONSTANTINESCO, « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », art. préc., p. 99.

⁹⁶¹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc.

⁹⁶² Voir, par ex. : CJCE, 16 novembre 1977, *Inno c/ ATAB*, aff. n° 13/77, Rec. CJCE, p. 2115 - CJCE, 17 décembre 1970, *Scheer*, aff. n° 30/70, Rec. CJCE, p. 1197.

plus générale, de prendre toutes dispositions propres à assurer l'efficacité du droit communautaire⁹⁶³.

Néanmoins, cette référence directe à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE comme fondement accessoire au principe de responsabilité des Etats membres va être de courte durée.

2. *L'abandon de la référence à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE dans la jurisprudence postérieure*

457 - La référence faite par la Cour à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE, au côté du principe de primauté du droit communautaire, en tant que fondement à l'obligation de réparation des dommages subis par les particuliers du fait d'une violation du droit communautaire, va donner lieu à un débat doctrinal relatif à l'importance de cet article. En effet, dès le lendemain de l'arrêt « Francovich »⁹⁶⁴, les auteurs vont s'opposer sur le caractère indispensable ou non de cette référence en ce qui concerne la justification du principe de responsabilité des Etats membres posé par la Cour.

Ainsi, pour certains comme le juge Schockweiler ou le professeur D. Simon, la référence à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE n'apparaît pas comme un élément fondamental. En effet, le premier considère que celle-ci « *constitue tout au plus une confirmation ou une illustration du principe que le fondement de la responsabilité de l'Etat doit être trouvé dans le système du traité* »⁹⁶⁵, quant au second⁹⁶⁶, il envisage l'article 10 (ex-article 5) du traité CE comme une justification complémentaire. A l'inverse, pour d'autres à l'image de M. Ross⁹⁶⁷, la référence à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE a une portée bien plus étendue dans la mesure où elle est susceptible de servir de fondement juridique pour des actions en responsabilité n'ayant pas d'autres fondements spécifiques dans le traité CE, comme par exemple les actions concernant les violations des droits de l'homme.

458 - L'examen de la jurisprudence postérieure à l'arrêt « Francovich »⁹⁶⁸ va permettre de couper court à ce débat, comme aux critiques selon lesquelles l'applicabilité directe de l'article 10 (ex-article 5) du traité CE, et par-là sa capacité de servir de fondement

⁹⁶³ Voir, notamment : CJCE, 21 septembre 1988, *Commission c/ Grèce*, aff. n° 68/88, Rec. CJCE, p. 2965 - CJCE, 2 octobre 1991, *Vandevenne e. a., c/ Belgique*, aff. C-7/90, Rec. CJCE, p. I-4371.

⁹⁶⁴ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc.

⁹⁶⁵ F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 42.

⁹⁶⁶ D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », AJDA, 1993, p. 235.

⁹⁶⁷ A ce sujet, voir les développements de P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 75.

⁹⁶⁸ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc.

juridique au principe de responsabilité, pouvait être remise en cause. En effet, l'examen de l'arrêt « Brasserie du Pêcheur-Factortame III »⁹⁶⁹, considéré comme la première réaffirmation du principe de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire, permet de se rendre compte que la Cour ne fait plus aucune référence explicite au principe de coopération loyale. La référence à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE n'est faite qu'indirectement par un renvoi à l'arrêt « Francovich »⁹⁷⁰. De ce point de vue, il est intéressant de noter que l'affaire « Francovich » concernait la non-transposition d'une directive, donc constituait *ipso facto*, selon M. l'avocat général Mischo⁹⁷¹, une violation de l'article 10 (ex-article 5) du traité CE. Ceci explique certainement, en partie, pourquoi dans ce contexte, la Cour a jugé opportun de faire une référence explicite au principe de loyauté, avant de l'abandonner ultérieurement.

Cette tendance ne fera que se confirmer dans les arrêts qui suivront⁹⁷², accentuant l'importance du principe de primauté et d'effectivité du droit communautaire comme fondement principal du droit à réparation. Ainsi, la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire constitue bien un principe inhérent au traité. L'obligation de loyauté communautaire contenue dans l'article 10 (ex-article 5) du traité CE sert uniquement de référence « accessoire »⁹⁷³ venant renforcer des obligations préexistantes.

459 - Primauté du droit communautaire et principe de coopération loyale entre les Etats membres et la Communauté constituent donc les deux fondements sur lesquels s'est appuyée la Cour de justice afin de dégager le principe de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire source de dommages pour les particuliers.

⁹⁶⁹ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc.

⁹⁷⁰ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc.

⁹⁷¹ Concl. du 28 mai 1991, rendues sur les aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci*, Rec. CJCE, p. I-5357, point 68.

⁹⁷² Voir, notamment : CJCE, 26 mars 1996, *The Queen/ H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc*, aff. C-392/93, Rec. CJCE, p. I-1631 - CJCE, 23 mai 1996, *The Queen/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : Hedley Lomas Ltd*, aff. C-5/94, Rec. CJCE, p. I-2553 - CJCE, 8 octobre 1996, *Erich Dillenkofer e. a./ République fédérale d'Allemagne*, aff. jtes C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, Rec. CJCE, p. I-4845 - CJCE, 17 octobre 1996, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV et Voormeer BV/ Bundesamt für Finanzen*, aff. jtes C-283/94, C-291/94 et C-292/94, Rec. CJCE, p. I-5063 - CJCE, 14 janvier 1997, *Comateb e. a.*, aff. jtes C-192/95 à C-218/95, Rec. CJCE, p. I-165 - CJCE, 22 avril 1997, *Eunice Sutton*, aff. C-66/95, Rec. CJCE, p. I-2163 - CJCE, 10 juillet 1997, *Bonifaci e. a.*, aff. jtes C-94/95 et C-95/95, Rec. CJCE, p. I-3969.

Ici, comme le souligne Y. ITO, il s'agit de cas de violations de normes directement applicables, de telle sorte qu'un rappel de l'obligation de loyauté communautaire apparaît comme un argument surabondant, d'où le silence de la Cour sur ce point (cf. *La responsabilité de l'Etat membre en cas de violation du droit communautaire*, Thèse, Paris 2, 1996, p. 16).

⁹⁷³ Selon le qualificatif employé par P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 76.

Néanmoins, conscient du caractère novateur de la solution proposée dans l'affaire « Francovich », le juge de Luxembourg va étayer son argumentation par la référence à une double exigence à laquelle répond, selon lui, l'obligation de réparation qu'il pose.

§ 2 : Un principe de responsabilité répondant à une double exigence :
pleine efficacité des normes communautaires et protection des droits des
particuliers

460 - A l'occasion de son arrêt de principe « Francovich », la Cour prend soin de rappeler qu'il « *incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers* »⁹⁷⁴. Le juge de Luxembourg met ainsi en lumière deux exigences que doivent respecter toutes les juridictions internes dans le cadre de leur mise en œuvre du droit communautaire⁹⁷⁵, et plus particulièrement ici, dans l'application du principe de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire.

A l'examen de la jurisprudence de la Cour de justice, il apparaît que cette double exigence de pleine efficacité des normes communautaires et de protection des droits des particuliers fait l'objet d'une protection affichée depuis longtemps, bien avant même l'affirmation du droit à réparation issue de l'arrêt « Francovich »⁹⁷⁶, et ce par le biais de moyens procéduraux (A). Néanmoins, ces mécanismes n'étant pas toujours efficaces, il est indispensable de reconnaître, à leurs côtés, un véritable principe de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire (B).

A - L'existence de moyens procéduraux

461 - Ici, nous allons voir tour à tour comment, avant même l'affirmation de toute obligation explicite de réparer, est assurée, dans le cadre du traité et de la jurisprudence de la

⁹⁷⁴ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 32.

⁹⁷⁵ Ici, il est nécessaire de rappeler qu'au nom du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres, chaque juge interne apparaît, selon les termes de D. SIMON, comme « un juge communautaire de droit commun » (cf. « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? *L'Europe et le droit, op. cit.*, p. 484). Pour une vision d'ensemble de la mission du juge national dans la mise en œuvre du droit communautaire, voir A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse, Strasbourg, 1983.

⁹⁷⁶ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc.

Cour, la pleine efficacité des normes communautaires, d'une part (1), et la protection des droits des particuliers, d'autre part (2).

1. *La protection de la pleine efficacité des normes communautaires issue des procédures prévues par le traité CE*

462 - Dans le cadre du traité CE, c'est à la Cour de justice que revient la compétence pour imposer aux Etats membres le respect des obligations que ceux-ci ont contractées. Le juge de Luxembourg n'hésite ainsi jamais « à rappeler à maintes reprises, la voie qui devrait conduire l'Etat national vers la sagesse »⁹⁷⁷. Afin de faire constater la violation du droit communautaire et *in fine* de mettre fin à cette atteinte pour retrouver une pleine efficacité des normes, le juge dispose notamment de deux procédures : les décisions rendues à titre préjudiciel et les arrêts en manquement.

463 - La première procédure n'appelle pas beaucoup de commentaires. Elle participe du respect de la primauté du droit communautaire, dans la mesure où elle permet de déterminer la portée exacte des obligations des Etats membres, et par-là, d'assurer au droit communautaire « en toutes circonstances le même effet dans tous les Etats membres de la Communauté »⁹⁷⁸. En effet, le renvoi préjudiciel, prévu à l'article 234 (ex-article 177) CE, autorise les juridictions nationales, qui ont à appliquer le droit communautaire à un litige porté devant elles, à prononcer un sursis à statuer et à interroger la Cour de justice sur l'interprétation ou la validité de celui-ci. Il s'agit donc là d'un mécanisme de « coopération judiciaire » par lequel, « juridiction nationale et Cour de justice, dans l'ordre de leurs compétences propres, sont appelées à contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision »⁹⁷⁹.

Dans le cadre de cette procédure, l'effectivité des normes communautaires procède, pour une grande part, de l'autorité revêtue par les décisions rendues à titre préjudiciel. L'arrêt préjudiciel lie, tout d'abord, « le juge national pour la solution du litige au principal »⁹⁸⁰ et ce « avec l'autorité de chose jugée », même si cette autorité ne fait pas obstacle à ce que le juge national saisisse une nouvelle fois la Cour avant de trancher le litige au principal⁹⁸¹. Mais en

⁹⁷⁷ N. DANTONEL-COR, « La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire », RTDE, 1995, p. 477.

⁹⁷⁸ CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmühlen*, aff. n° 166/73, Rec. CJCE, p. 33.

⁹⁷⁹ CJCE, 1^{er} décembre 1965, *Schwarze*, aff. n° 16/65, Rec. CJCE, p. 1081.

⁹⁸⁰ CJCE, 24 juin 1969, *Milch, Fett und Eierkontor*, aff. n° 29/68, Rec. CJCE, p. 165.

⁹⁸¹ CJCE, 5 mars 1986, *Wünsche*, aff. n° 69/85, Rec. CJCE, p. 947. En l'espèce, la Cour précise que cette faculté de réinterrogation est possible « lorsque le juge national se heurte à des difficultés de compréhension ou d'application de l'arrêt, lorsqu'il pose à la Cour une nouvelle question de droit, ou encore lorsqu'il lui soumet de

plus, la décision préjudicielle produit des effets à l'égard des parties à d'autres litiges, et ce devant n'importe quelle juridiction de l'ensemble des Etats membres. Cette solution, dégagée en premier lieu pour les décisions d'interprétation⁹⁸², a ensuite tout naturellement été étendue aux décisions rendues en appréciation de validité⁹⁸³. Un tel mimétisme « *s'imposait en quelque sorte a fortiori, car des actes communautaires ne (pouvaient pas) être considérés comme valides par les uns et non valides par les autres* »⁹⁸⁴.

464 - La procédure en constatation de manquement, quant à elle, apparaît comme le seul véritable moyen de contrôle de l'accomplissement des engagements imposés aux Etats membres et donc de l'effectivité du droit communautaire. Prévue aux articles 226 et 227 (ex-articles 169 et 170) CE, elle confère à la Cour le pouvoir de statuer en dernier ressort pour constater qu'un Etat membre a manqué à une des obligations lui incombant en vertu du droit communautaire. Selon le juge de Luxembourg, le manquement peut être défini comme étant « *soit le fait pour un Etat membre d'édicter ou de maintenir une législation ou une réglementation incompatible avec une norme communautaire, soit l'inexécution par cet Etat, voire l'exécution incomplète ou tardive d'obligations qui lui sont imposées par les règles communautaires* »⁹⁸⁵. Il est à noter que la recevabilité du recours devant la Cour est subordonnée à l'épuisement préalable d'une procédure administrative caractérisée par l'intervention de la Commission et « *offrant une chance de résoudre le différend par la seule confrontation des positions en présence* »⁹⁸⁶.

Comme le prévoit l'article 228 (ex-article 171) CE, « *si la Cour de justice reconnaît qu'un Etat membre a manqué à une de ses obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet Etat est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice* ». Les autorités nationales se voient ainsi soumises à des obligations. Celles-ci apparaissent d'autant plus indispensables que la constatation d'un manquement par la Cour

nouveaux éléments d'appréciation susceptibles de conduire la Cour à répondre différemment à une question déjà posée ».

⁹⁸² CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, aff. jtes n° 28/62 à n° 30/62, Rec. CJCE, p. 59.

⁹⁸³ CJCE, 13 mai 1981, *International Chemical Corporation*, aff. n° 66/80, Rec. CJCE, p. 1191.

⁹⁸⁴ G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 8^{ème} éd., 2001, p. 334.

⁹⁸⁵ Concl. de M. l'avocat général MAYRAS dans l'aff. n° 69/72, en date du 8 février 1973, *Commission c/ Italie*, Rec. CJCE, p. 117. A ce sujet, la Cour a aussi précisé que le manquement pouvait être constaté à l'égard, non seulement des obligations imposées par le droit communautaire originaire, mais aussi dérivé (cf. CJCE, 4 mars 1970, *Commission c/ Italie*, aff. n° 8/70, Rec. CJCE, p. 966, à propos d'un règlement), comme des arrêts de la Cour de justice elle-même (cf. CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, aff. n° 48/71, Rec. CJCE, p. 535, à propos de la méconnaissance de la chose interprétée ou de la chose jugée) ou encore des engagements externes de la Communauté.

⁹⁸⁶ G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit communautaire général*, *op. cit.*, p. 319.

n'a qu'un caractère purement déclaratoire⁹⁸⁷, les Etats étant les seuls à pouvoir concrètement en tirer les conséquences.

Dès lors, afin « *d'aboutir à l'élimination effective des manquements et de leurs conséquences passées ou futures* »⁹⁸⁸, la Cour est venue elle-même préciser la portée des dispositions du traité CE relatives aux effets, en droit interne, de tels arrêts en manquement. A l'occasion de l'affaire dite des œuvres d'art italiennes⁹⁸⁹, le juge de Luxembourg a souligné que « *l'effet du droit communautaire, tel qu'il avait été constaté avec autorité de chose jugée à l'égard de la République italienne, impliquait 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* ». Ici, il est important de noter que cette obligation de prendre toutes mesures appropriées pour exécuter l'arrêt en manquement vaut pour toutes les autorités étatiques qu'elles soient législatives, gouvernementales ou administratives, centrales ou locales⁹⁹⁰, ou encore juridictionnelles. Les arrêts en manquement revêtent donc pour les Etats membres⁹⁹¹ une autorité absolue de chose jugée. Ainsi, en tant que conséquence directe de l'obligation posée par la Cour, il revient en plus aux Etats membres de modifier les dispositions en cause de manière à les rendre conformes aux exigences communautaires⁹⁹².

465 - A travers les procédures de questions préjudicielles et de constatations de manquements prévues par le traité CE, la Cour de justice veille ainsi à faire respecter, autant que ses moyens le lui permettent⁹⁹³, la première des exigences dégagées par elle, à savoir l'efficacité des normes communautaires. Une seconde exigence consistant en la préservation des droits des particuliers va également faire l'objet d'une protection, mais cette fois, celle-ci sera davantage l'œuvre du juge communautaire que du traité CE.

⁹⁸⁷ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ Etat belge*, aff. n° 6/60, Rec. CJCE, p. 1128.

⁹⁸⁸ CJCE, 12 juillet 1983, *Commission c/ Allemagne*, aff. n° 70/72, Rec. CJCE, p. 183.

⁹⁸⁹ CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, aff. n° 48/71, Rec. CJCE, p. 529 ; CDE, 1973, p. 298, comm. M.-F. Gayet et D. Simon.

⁹⁹⁰ CJCE, 14 janvier 1988, *Commission c/ Belgique*, aff. jtes n° 227/88 à n° 230/88, Rec. CJCE, p. 1.

⁹⁹¹ A noter que la reconnaissance de cette autorité absolue des arrêts en constatation de manquement, par la Haute juridiction administrative française, date d'un arrêt rendu le 23 mars 1992, *Sté Klöckner France*, Rec. CE, p. 133.

⁹⁹² CJCE, 14 décembre 1982, *Procureur de la République et Comité national de défense contre l'alcoolisme c/ Alex Warterkeyn et autres*, aff. jtes n° 314/81 à n° 316/81 et aff. n° 83/82, Rec. CJCE, p. 4337.

⁹⁹³ A ce sujet, voir *infra*, § n° 471 et s.

2. La protection des droits des particuliers issue de la jurisprudence communautaire

466 - Les particuliers ont très tôt fait l'objet d'une attention particulière de la part de la Cour de justice puisque, dès les années 1960, ceux-ci vont se voir considérer comme de véritables sujets de droit existants dans l'ordre communautaire. En effet, dans son célèbre arrêt « Van Gend en Loos » rendu le 5 février 1963⁹⁹⁴, le juge de Luxembourg affirme que « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique (...) dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants (...). Le droit communautaire indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique* ».

467 - Une telle reconnaissance va alors tout naturellement impliquer la nécessité d'assurer une protection de ces droits face aux éventuelles atteintes des Etats membres. Pour se faire, la Cour va tout d'abord venir préciser les conséquences d'un arrêt en constatation de manquement. Face à une telle décision, l'Etat en cause aura à sa charge « *aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire* »⁹⁹⁵, « *de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »⁹⁹⁶, comme d'exécuter l'arrêt dans les plus brefs délais⁹⁹⁷.

Quelques temps plus tard, afin de renforcer la protection effective des droits des particuliers, la Cour va affirmer de manière plus nette une véritable obligation de réparation à la charge des Etats membres, et ce sur le fondement de l'effet direct des normes communautaires. En effet, dans son arrêt « Russo c/ AIMA »⁹⁹⁸ relatif à la méconnaissance de la portée d'un règlement communautaire et répondant à une question préjudicielle posée par la juridiction italienne, le juge de Luxembourg considère que « *dans le cas où un tel préjudice aurait été causé par le fait d'une violation du droit communautaire, il incomberait à l'Etat*

⁹⁹⁴ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. n° 26/62, Rec. CJCE, p. 3.

⁹⁹⁵ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ Etat belge*, préc.

⁹⁹⁶ Voir, par ex. : CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. n° 199/82, Rec. CJCE, p. 3595 - CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. n° 240/87, Rec. CJCE, p. 3513.

⁹⁹⁷ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ Etat belge*, préc.

⁹⁹⁸ CJCE, 22 janvier 1976, *Russo c/ AIMA*, aff. n° 60/75, Rec. CJCE, p. 45. Dans le même sens, voir CJCE, 12 juillet 1990, *Foster*, aff. C-188/89, Rec. CJCE, p. I-3313, concernant la violation de dispositions inconditionnelles et suffisamment précises de la directive 76/207 CEE 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 professionnelle et les conditions de travail.

d'en assumer, à l'égard de la personne lésée, les conséquences dans le cadre des dispositions du droit national relatives à la responsabilité de l'Etat ».

468 - En application de ce principe, la Cour va peu à peu construire, « de manière graduelle mais inéluctable, un système complet et concret de protection des droits tirés par les particuliers du droit communautaire »⁹⁹⁹, à charge pour le juge interne de leur garantir une protection « directe et immédiate »¹⁰⁰⁰. Vont être consacrés successivement par la jurisprudence communautaire, le droit à la répétition des sommes payées en violation du droit communautaire¹⁰⁰¹, le devoir du juge national d'assurer le plein effet du droit communautaire¹⁰⁰², le droit à la protection provisoire¹⁰⁰³, ainsi que le droit au juge¹⁰⁰⁴.

La reconnaissance de cet arsenal d'outils juridiques visant à garantir une protection juridictionnelle efficace des droits que les justiciables tirent des normes communautaires se rattache, selon le professeur D. Simon¹⁰⁰⁵, à la conception que se fait la Cour de justice de la « Communauté de droit » (*Rechtsgemeinschaft*), qui implique également l'existence dans le chef des particuliers d'un droit à réparation en cas de violation du droit communautaire par les autorités nationales. Dans le même esprit, M. l'avocat général Tesauro relève qu'avec « la consécration de l'Etat de droit, l'accent s'est de plus en plus déplacé, du moins dans les ordres juridiques les plus évolués, du comportement de l'auteur du préjudice pour aller sur les droits de la personne lésée »¹⁰⁰⁶.

⁹⁹⁹ A. RIGAUX, « L'arrêt Brasserie du Pêcheur-Factortame III : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, p. 3.

¹⁰⁰⁰ CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. n° 13/68, Rec. CJCE, p. 661. En l'espèce, la Cour énonce que « les dispositions des articles 31 et 32 (du traité CEE) obligent les autorités et, notamment, les juridictions compétentes des Etats membres, à sauvegarder les intérêts des justiciables affectés par une méconnaissance éventuelle desdites dispositions, en leur assurant une protection directe et immédiate de leurs intérêts, et cela quel que puisse être le rapport existant en droit interne entre ces intérêts et l'intérêt public (en cause) ».

¹⁰⁰¹ Voir, par ex. : CJCE, 21 mai 1976, *Roquette*, aff. n° 26/74, Rec. CJCE, p. 677 - CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz*, aff. n° 33/76, Rec. CJCE, p. 1989 - CJCE, 27 février 1980, *Hans Just*, aff. n° 68/79, Rec. CJCE, p. 501 - CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, préc. - CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, préc. Sur l'ensemble de la question, voir A. BARAV, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la CJCE », CDE, 1981, p. 507 - F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », RTDE, 1981, p. 442.

¹⁰⁰² CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, préc.

¹⁰⁰³ Voir, notamment : CJCE, 19 juin 1990, *Factortame I*, préc. - CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Südderithmarschen*, aff. C-143/88 et C-92/89, Rec. CJCE, p. I-1415 ; JDI, 1992, p. 415, note D. Simon ; AJDA, 1991, p. 237, obs. P. le Mire - CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta*, aff. C-465/93 et C-466/93, rec. CJCE, p. I-3761 ; Europe, 1996, comm. n° 18, obs. F. G. et D. S.

¹⁰⁰⁴ Voir, par ex. : CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. n° 222/84, Rec. CJCE, p. 1663 - CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. n° 222/86, Rec. CJCE, p. 4097 - CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. C-87/90 à C-89/90, Rec. CJCE, p. I-3757 - CJCE, 18 décembre 1991, *RTT*, aff. C-18/88, Rec. CJCE, p. 5957 - CJCE, 7 mai 1992, *Colegio oficial de agentes de la propiedad inmobiliaria*, aff. C-104/91, Rec. CJCE, p. I-3023. Sur le sujet, voir aussi L. DUBOUIS, « A propos de deux principes généraux de droit communautaire, droit au contrôle juridictionnel effectif et motivation des décisions nationales qui portent atteinte à un droit conféré par la règle communautaire », RFDA, 1988, p. 691.

¹⁰⁰⁵ D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique », AJDA, 1993, p. 238.

¹⁰⁰⁶ Concl. sur CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, Rec. CJCE, p. I-1029, point 12.

L'importance que la Cour accorde à la garantie d'une protection juridictionnelle effective s'exprime d'autant plus clairement que le juge de Luxembourg en a fait un principe général du droit communautaire. En effet, dans un arrêt « Johnston »¹⁰⁰⁷, la Cour affirme que l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice d'un droit conféré par le traité est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de son droit et que « *cette exigence constitue un principe général de droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (...)* ».

469 - Ainsi, il est permis de dire que bien avant l'arrêt « Francovich »¹⁰⁰⁸ affirmant l'obligation pour les Etats membres de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaires qui leur sont imputables, la Cour de justice s'est efforcée d'assurer la pleine efficacité des normes communautaires ainsi qu'une protection effective des droits des particuliers. Néanmoins, ces mécanismes procéduraux souffraient de l'absence d'un véritable principe de responsabilité des Etats membres.

B - L'affirmation indispensable d'un véritable principe de responsabilité des Etats membres

470 - L'application effective des normes communautaires, comme la protection des droits des particuliers, font incontestablement partie des priorités de la Cour de justice. Celle-ci organise ainsi un arsenal juridique, composé de procédures issues du traité CE lui-même et de principes dégagés par la jurisprudence, afin de parvenir au mieux à la réalisation de ces exigences. Néanmoins, ces outils ne sont pas toujours efficaces et présentent quelques insuffisances (1). Dès lors, l'affirmation par la Cour d'un véritable principe de responsabilité des Etats membres apparaît comme un aboutissement naturel (2).

1. *L'insuffisance des moyens procéduraux*

471 - Il apparaît évident que l'effectivité des normes communautaires, ainsi que leur respect, dépendent très étroitement des mécanismes institués pour leur protection. Or, tant la procédure en constatation de manquement que, dans une moindre mesure, les arrêts préjudiciels comportent des effets pervers.

¹⁰⁰⁷ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc.

¹⁰⁰⁸ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc.

En effet, s'agissant de ces derniers, leur autorité à l'égard de la juridiction auteur du renvoi, comme de toute autre juridiction saisie du même type de problème, laisse tout de même au juge national une certaine marge de manœuvre afin de tirer les conséquences de l'arrêt interprétatif, voire comme le souligne N. Dantonel-Cor, « *de n'en tirer aucune s'il découvre après-coup que la consultation n'était pas nécessaire et qu'il peut statuer en se plaçant sur un autre terrain* »¹⁰⁰⁹. De plus, il est possible pour la Cour elle-même de réduire la portée de sa décision, dans le sens où elle n'est pas systématiquement liée par ses réponses et se garde le droit de faire évoluer son interprétation en fonction de la survenance d'un certain nombre d'éléments nouveaux¹⁰¹⁰.

472 - Concernant les arrêts rendus en constatation de manquement, les conséquences problématiques se révèlent plus nombreuses¹⁰¹¹, et ceci peut être source d'inquiétude dans la mesure où la procédure de l'article 226 (ex-article 169) CE apparaît comme le seul véritable moyen de contrôle de l'accomplissement des engagements communautaires. Tout d'abord, l'initiative de cette procédure est réservée aux seuls Etats membres, qui ne l'utilisent que rarement, et à la Commission européenne. Le respect des normes communautaires, et par-là indirectement le respect des droits des particuliers, dépendent alors entièrement de la bonne volonté d'une institution.

Par ailleurs, comportant plusieurs étapes¹⁰¹², la procédure apparaît longue et complexe. En effet, si la Commission décide de lancer une telle procédure, la durée moyenne est de quatre années avant que la violation du droit communautaire ne soit constatée par la Cour¹⁰¹³.

Enfin, la procédure se termine par une simple déclaration¹⁰¹⁴ sans effet sur la validité de la législation incriminée. Ainsi, dans le cas où l'Etat exécuterait l'arrêt en manquement

¹⁰⁰⁹ N. DANTONEL-COR, « La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire », art. préc., p. 481.

¹⁰¹⁰ CJCE, 6 février 1973, *Brasserie de Haecht*, aff. n° 48/72, Rec. CJCE, p. 77.

¹⁰¹¹ Pour une analyse détaillée des insuffisances des mécanismes actuels de contrôle de l'application du droit communautaire, et une description précise des remèdes proposés par la Commission, à l'occasion de sa communication, en date du 30 décembre 2002, s'inscrivant dans la lignée du livre blanc sur la Gouvernance qui vise à relancer, entre autres, la réflexion sur la qualité des normes communautaires et l'amélioration de leur contrôle, voir R. MUNOZ, « Le contrôle de l'application du droit communautaire : plus qu'une amélioration, une réforme nécessaire », Europe, juin 2003, p. 3. La Commission y propose, notamment, le classement des infractions au droit communautaire par critères de priorités afin de définir une liste d'infractions pouvant faire l'objet d'une procédure en manquement immédiate eu égard à leur degré de gravité.

¹⁰¹² La procédure en manquement prévue aux art. 226 et 227 du Traité CE se décompose en effet en trois étapes. Dans le cadre de la phase administrative, la Commission initie la procédure par une « mise en demeure », laquelle consiste dans l'envoi d'une lettre à l'Etat susceptible d'être en infraction. Si après un échange de vue, la Commission reste convaincue de la réalité du manquement, elle émet un « avis motivé ». Si l'Etat ne se conforme pas à l'avis de la Commission dans le délai prescrit, la phase contentieuse peut alors être déclenchée par la saisine de la Cour de justice.

¹⁰¹³ F. EMMERT et M. PEREIRA DE AZEVEDO, « Les jeux sont faits : rien ne va plus ou une nouvelle occasion perdue par la CJCE », RTDE, 1995, p. 11.

¹⁰¹⁴ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, préc.

dans un laps de temps le plus bref possible¹⁰¹⁵, il garde le libre choix des moyens relevant de son ordre juridique interne pour tirer les conséquences de la décision le condamnant, d'où d'éventuelles disparités entre les Etats membres. *A contrario*, dans le cas d'un retard excessif ou d'un refus flagrant d'exécuter, la seule possibilité résidait encore récemment dans une nouvelle saisine de la Cour de justice par la Commission¹⁰¹⁶ afin de voir prononcer une seconde constatation de manquement pour inexécution, communément qualifiée de procédure de manquement sur manquement. A l'heure actuelle, en vertu du § 2 introduit par le traité de Maastricht dans l'article 228 (ex-article 171) CE, il est reconnu à la Cour, sur proposition de la Commission, le droit d'infliger à un Etat membre, dans le cadre de cette procédure, le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. Les sommes en jeu peuvent alors être très élevées¹⁰¹⁷, dans la mesure où le calcul de l'astreinte se fait en fonction de la gravité de l'infraction et du PIB de l'Etat en cause¹⁰¹⁸. Il est intéressant de noter que dans les cas où la Commission a effectivement utilisé cette procédure, les Etats concernés se sont le plus souvent mis en règle sans attendre que la Cour de justice se prononce¹⁰¹⁹. La première condamnation à 20 000 euros par jour de retard a été prononcée, le 4 juillet 2000, à l'encontre de la Grèce¹⁰²⁰, une seconde condamnation, cette fois-ci, à une astreinte annuelle de 624 150 euros vient d'être récemment décidée à l'encontre de l'Espagne¹⁰²¹. Enfin, la France fait actuellement l'objet d'un recours tendant à ce qu'elle soit condamnée à exécuter sous astreinte un arrêt de la Cour en matière de contrôle des activités de pêche¹⁰²².

473 - Les insuffisances relatives aux mécanismes de protection de l'effectivité des normes communautaires, comme des droits reconnus aux particuliers, ne concernent pas uniquement les procédures prévues par le traité CE. En effet, tout au long de sa jurisprudence

¹⁰¹⁵ CJCE, 30 janvier 1992, *Commission c/ Grèce*, aff. C-328/90, Rec. CJCE, p. I-425.

¹⁰¹⁶ Saisine fondée sur l'art. 226 (ex-art. 169) CE.

¹⁰¹⁷ En décembre 2001, la Commission a ainsi proposé, à l'encontre de la France, une astreinte de 316 500 euros par jour, pour défaut de transposition d'une directive concernant le secteur de la pêche.

¹⁰¹⁸ La méthode de calcul a été définie précisément par la Commission, dans une communication du 8 janvier 1997 (cf. JOCE, n° C 63, du 28 février 1997).

¹⁰¹⁹ Pour des exemples, voir, J. CANDELA CASTILLO et B. MONGIN, « Quelques réflexions sur la première décision de la Commission demandant à la Cour de justice de prononcer une sanction pécuniaire au sens de l'article 171 du Traité à l'encontre de certains Etats membres pour violation du droit communautaire », RMUE, 1997, p. 9.

¹⁰²⁰ CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, aff. C-387/97, Rec. CJCE, p. I-5047.

¹⁰²¹ CJCE, 25 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-278/01, AJDA, 2004, p. 315, obs. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert. En l'espèce, le royaume d'Espagne a été condamné pour ne pas avoir pris les mesures que comportait l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice, rendu le 12 février 1998 (cf. *Commission c/ Espagne*, aff. C-92/96, Rec. CJCE, p. I-505), lequel l'avait condamné au motif qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour s'assurer que la qualité des eaux de baignade intérieures de son territoire soit rendue conforme aux valeurs limites fixées en vertu de la directive 76/160/CEE du Conseil, du 8 décembre 1975 (cf. JOCE, 1976, L. 31, p. 1), concernant la qualité des eaux de baignade.

¹⁰²² Aff. C-304/02. Dans cette affaire, la Commission demande une astreinte de 316 500 euros par jour.

antérieure à l'arrêt « Francovich »¹⁰²³, la Cour de justice ne fait qu'ébaucher un principe de protection, sans jamais réglementer les conditions de mise en œuvre. Ainsi, que ce soit dans le cadre du droit à réparation pour violation du droit communautaire d'effet direct¹⁰²⁴ ou du droit à la répétition de l'indu¹⁰²⁵, la Cour développe le même schéma. Elle fixe le principe puis renvoie systématiquement aux juridictions nationales pour la détermination des modalités de la responsabilité de l'Etat¹⁰²⁶. La détermination de la juridiction compétente, ainsi que des règles procédurales applicables, relèvent donc des Etats membres.

La seule intervention à laquelle s'autorise la Cour consiste à relativiser l'autonomie procédurale des Etats membres en l'encadrant d'une double manière¹⁰²⁷. En effet, le juge communautaire précise, d'une part, que les modalités nationales d'exercice du droit à réparation en cas de violation du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que les modalités concernant les réclamations analogues en cas de violation du droit interne¹⁰²⁸, et d'autre part, que l'aménagement procédural du recours ne doit pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation¹⁰²⁹. Le juge national se voit ainsi imposer une obligation de résultat. Cette position consacrée par la Cour appelle néanmoins une réserve importante dans le sens où elle peut être source de fortes disparités concernant le niveau de protection accordé aux justiciables selon l'Etat membre auteur de la violation. En effet, bien que le juge de Luxembourg déclare dans son arrêt dit « Croisières du beurre »¹⁰³⁰, que le système de protection juridictionnelle communautaire exige « *que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national* », il a tenu à ajouter que « *le traité (...) n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national* ». Comme le souligne, D. Simon et A. Barav¹⁰³¹, la Cour paraît dès lors « *présupposer l'existence dans tous les Etats membres de voies de droit permettant d'engager la responsabilité de la puissance publique dans des conditions qui assurent aux particuliers*

¹⁰²³ CJCE, 19 novembre 1991, préc.

¹⁰²⁴ CJCE, 22 janvier 1976, *Russo c/ AIMA*, préc.

¹⁰²⁵ Voir, par ex. : CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, préc. - CJCE, 27 février 1980, *Hans Just*, préc.

¹⁰²⁶ Ainsi dans son arrêt « Rewe » (cf. CJCE, 16 décembre 1976, préc.), la Cour affirme qu'en « l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire ».

¹⁰²⁷ Pour une étude détaillée de ces deux exigences, voir *infra*, § n° 565 et s.

¹⁰²⁸ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, préc.

¹⁰²⁹ CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, préc.

¹⁰³⁰ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord*, aff. n° 158/80, Rec. CJCE, p. 1805.

¹⁰³¹ D. SIMON et A. BARAV, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », RMC, 1987, p. 170.

une protection suffisante des droits qu'ils tirent des règles communautaires directement applicables ».

474 - Il apparaît ainsi, qu'avant l'arrêt de principe « Francovich »¹⁰³², les mécanismes chargés de faire respecter la primauté du droit communautaire, comme les droits des particuliers, étaient quelque peu insuffisants pour atteindre de manière pleine et entière les objectifs fixés. C'est donc tout naturellement que la Cour de justice en est venue à affirmer, de manière expresse, un véritable principe de responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire.

2. L'aboutissement naturel par le principe de responsabilité issu de l'arrêt « Francovich »

475 - Jusqu'à l'arrêt de principe « Francovich », le problème de la violation du droit communautaire, constituée par l'absence de transposition d'une directive dans les délais fixés, était généralement résolu à l'aide de l'effet direct. En effet, une jurisprudence bien établie permettait aux particuliers d'invoquer contre l'Etat¹⁰³³ les dispositions d'une directive non transposées à la condition que celles-ci soient « *inconditionnelles et suffisamment précises* »¹⁰³⁴, soit à l'encontre de toute disposition nationale non conforme, soit en tant que ces dispositions créent des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'Etat. Dès lors, il subsistait un vide juridique dans le cas où la directive en cause dans un litige n'était pas suffisamment précise et inconditionnelle pour être directement applicable. Dans cette hypothèse, il était impossible d'assurer aux particuliers une protection effective de leurs droits.

¹⁰³² CJCE, 19 novembre 1991, préc.

¹⁰³³ Il s'agit ici de l'effet direct « vertical » des directives. L'effet direct « horizontal », concernant cette fois la possibilité pour un particulier de se prévaloir à l'encontre d'un autre particulier de droits fondés sur la directive, n'est toujours pas reconnu par la Cour de justice (cf. CJCE, 26 février 1986, *Marschall*, aff. n° 152/84, Rec. CJCE, p. 723 - CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, Rec. CJCE, p. I-3325, concl. O. Lenz - CJCE, 7 mars 1996, *El Corte Inglés SA*, aff. C-192/94, Rec. CJCE, p. I-1281).

¹⁰³⁴ Voir, par ex. : CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn c/ Home Office*, aff. n° 41/74, Rec. CJCE, p. 1347, concl. H. Mayras - CJCE, 5 avril 1979, *Tullio Ratti*, aff. n° 148/79, Rec. CJCE, p. 1629 - CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, aff. n° 8/81, Rec. CJCE, p. 53 - CJCE, 25 janvier 1983, *Smit*, aff. n° 126/82, Rec. CJCE, p. 73. A ce sujet, il est intéressant de noter, selon les termes employés par le professeur MANIN, que « l'élément fondamental qui permet d'apprécier qu'une disposition est suffisamment précise et inconditionnelle est l'étendue de la marge d'application que la directive consent aux Etats membres » (cf. « De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales », AJDA, 1994, p. 259.). En effet, seule une marge d'appréciation réduite, voire inexistante, des Etats membres permet une invocabilité directe des directives par les particuliers devant le juge national, dans la mesure où un pouvoir d'appréciation réduit ou inexistant témoigne d'une autosuffisance de la règle.

476 - Face à une telle difficulté, une solution rapide s'imposait. Comme le relève N. Dantonel-Cor¹⁰³⁵, « le juge ne pouvait laisser ce problème en suspens car il apparaissait nécessaire et même urgent de satisfaire les justiciables, avec d'autant plus d'acuité que les directives représentaient la source principale et privilégiée des manquements ». La résolution de ce problème va donc venir de l'arrêt « Francovich »¹⁰³⁶, à l'occasion duquel la Cour de justice reconnaît la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat à l'égard des particuliers pour les violations des normes communautaires non pourvues d'effet direct. En l'espèce, l'hypothèse était précisément celle faisant l'objet d'un vide juridique puisqu'il s'agissait de la non-transposition, par l'Etat italien, dans le délai prévu, d'une directive visant à assurer aux salariés un minimum de protection en cas d'insolvabilité de leur employeur. Malgré l'absence d'effet direct de certaines des dispositions de la directive en cause¹⁰³⁷, la Cour affirme que « les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui leur sont imputables »¹⁰³⁸. Suivant les conclusions de M. l'avocat général Mischo¹⁰³⁹, il apparaît ainsi que l'absence d'effet direct n'est pas synonyme de refus de reconnaître des droits aux particuliers, tout comme la non transposition ou la transposition incorrecte d'une directive constitue un manquement aux obligations du traité, infraction qu'il convient de réparer.

Conscient de l'importance de la reconnaissance d'une telle obligation, le juge de Luxembourg justifie sa position en précisant que « la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait

¹⁰³⁵ N. DANTONEL-COR, « La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire », art. préc., p. 483.

¹⁰³⁶ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402, point 42, concl. Mischo ; LPA, 4 août 1993, n° 93, p. 32, note T. Larzul ; AJDA, 1992, p. 143, note P. Le Mire ; JCP, 1992, G, II, n° 21783, note A. Barav ; D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives », Europe, 1991, chron., p. 1 ; RFDA, 1992, p. 1, note L. Dubouis ; Dr. adm., 1991, n° 537 ; JDI, 1992, p. 426, note Constantinesco ; J.-M. AUBY, « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », Dr. adm., 1992, doctr., p. 1 ; RJDA, décembre 1991, p. 831, note Kessedjean ; F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 27 ; RMUE, 1991, p. 4, note Mattera ; RMUE, 1992, p. 187, note Carnolutti.

¹⁰³⁷ En l'espèce, la Cour conclut que les dispositions concernant les bénéficiaires de la protection mise en place par la directive et celles qui touchent le contenu de la garantie sont suffisamment précises et inconditionnelles pour être dotées de l'effet direct. En revanche, elle considère comme trop vagues celles concernant l'identité du débiteur de la garantie.

¹⁰³⁸ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 37.

¹⁰³⁹ Concl. du 28 mai 1991, sur l'affaire « Francovich », Rec. CJCE, p. I-5357. Pour l'avocat général MISCHO, l'obligation pour les Etats membres d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire « vaut pour toutes les dispositions qui ont pour but de conférer des droits aux particuliers. L'absence d'effet direct, en effet, ne signifie pas que l'effet recherché par le droit communautaire n'est pas de conférer des droits aux particuliers, mais seulement que ceux-ci ne sont pas suffisamment précis et inconditionnels pour pouvoir être invoqués et appliqués tels quels (...). En cas de non-transposition ou de transposition incorrecte d'une directive, un Etat membre prive le droit communautaire de l'effet voulu. Il commet en même temps une infraction aux articles 5 et 189, alinéa 3, du traité, qui affirment le caractère obligatoire de la directive et l'obligent à prendre toutes les mesures nécessaires à son exécution ».

affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un Etat membre »¹⁰⁴⁰, et de poursuivre « la possibilité de réparation à la charge de l'Etat membre est particulièrement indispensable lorsque, comme en l'espèce, le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'Etat et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire »¹⁰⁴¹.

477 - Par ce recours en responsabilité, les particuliers victimes d'une violation du droit communautaire par un Etat membre disposent alors d'un « palliatif »¹⁰⁴². En effet, faute de pouvoir obtenir l'application de la disposition violée, et dans la mesure où le droit national en vigueur ne sera susceptible d'aucune interprétation conforme¹⁰⁴³, ils pourront désormais, à tout le moins, demander réparation des dommages subis et obtenir alors « une exécution par équivalent »¹⁰⁴⁴. Ici, il est permis de souligner qu'assurant une meilleure efficacité et un contrôle renforcé du droit communautaire, l'action en responsabilité jouera également un rôle préventif, dans la mesure où « la menace qu'elle constitue pourra avoir bien souvent à l'égard des Etats membres une force dissuasive bien plus grande que le risque d'une condamnation avec sanction pécuniaire ou astreinte »¹⁰⁴⁵.

478 - Tant dans ses fondements que dans ses objectifs, le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui leur sont imputables est donc inhérent au système du traité CE. La Cour de justice consacre ainsi dans son arrêt « Francovich » une obligation nouvelle à la charge des Etats membres. Mais le caractère novateur de la position du juge

¹⁰⁴⁰ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 33.

¹⁰⁴¹ *Idem*, point 34. Ici, la Cour fait une fois de plus référence à l'effet utile du droit communautaire, à sa pleine efficacité. Pour des utilisations antérieures de ce principe, voir : CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. n° 26/62, Rec. CJCE, p. 3 - CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, préc. - CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, préc. - CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, préc. - CJCE, 19 juin 1990, *Factortame I*, préc.

¹⁰⁴² C. BERTRAND, « La responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives communautaires », RDP, 1994, p. 1515.

¹⁰⁴³ Dans le cas contraire, le juge national devra obligatoirement se fonder sur cette interprétation afin de reconnaître, au justiciable, le droit dont il se prévaut en vertu de la directive. A ce sujet, voir par ex. : CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. n° 14/83, Rec. CJCE, p. 1891 - CJCE, 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori c/ Recreb Srl*, aff. C-91/92, Rec. CJCE, p. I-3325.

¹⁰⁴⁴ C. WEISSE-MARCHAL, « Quelle réparation pour les dommages causés aux particuliers par la violation d'une directive communautaire dépourvue d'effet direct ? », RFDA, 2000, p. 408.

¹⁰⁴⁵ P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 67. Un tel argument renvoie également aux insuffisances de la procédure de condamnation pour manquement (A ce sujet, voir *supra*, § n° 472).

communautaire ne s'arrête pas là, dans la mesure où, dans sa jurisprudence postérieure, la Cour va venir confirmer toute l'étendue du principe de responsabilité.

SECTION 2^{nde} : La consécration d'un principe de responsabilité d'application générale

479 - La généralité des dispositions contenues au point 32 de l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹⁰⁴⁶ permet de mesurer la largesse, à la fois du champ, et de l'étendue du principe de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire. Celui-ci précise en effet que « *le principe est valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un Etat membre, et ce quel que soit l'organe de l'Etat membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement* ». Ainsi, il est permis de penser que le droit à réparation est invocable par les particuliers à l'égard de toutes les hypothèses de violation du droit communautaire (§ 1), et ce sans distinction concernant l'organe de l'Etat membre auteur de l'acte dommageable (§ 2).

§ 1 : La généralité des hypothèses de violation du droit communautaire

480 - L'arrêt de principe « Francovich »¹⁰⁴⁷ avait donné à la Cour de justice l'occasion de se prononcer sur l'hypothèse de la responsabilité d'un Etat membre en l'absence de transposition d'une directive par son législateur, en l'occurrence ici le législateur italien. Les faits étaient donc précis et appelaient immédiatement une interrogation, celle de savoir si le droit à réparation ne jouait qu'en cas d'omission de l'Etat membre dans la transposition des directives. La réponse est contenue dans les termes mêmes de la célèbre décision puisque le juge de Luxembourg fait état à plusieurs reprises de la « *violation du droit communautaire* » comme fait générateur de l'ouverture d'un droit à réparation, sans limiter son propos à l'hypothèse de l'espèce.

La référence à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE, imposant aux Etats membres « *de prendre toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations* » qui leur incombent en vertu du droit communautaire, ainsi que l'affirmation que le principe de responsabilité est « *inhérent au système du traité* »¹⁰⁴⁸, viennent conforter la généralité du droit à réparation. Le principe de responsabilité des Etats membres est donc applicable

¹⁰⁴⁶ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc.

¹⁰⁴⁷ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc.

¹⁰⁴⁸ *Idem*, point 35.

quelque soit la nature du comportement à l'origine de la violation (A). La Cour de justice va même aller plus loin en reconnaissant à l'action en responsabilité un caractère autonome. Un tel recours est en effet possible, peu importe l'effet de la norme violée, ou l'inexistence préalable d'un arrêt en constatation de manquement à l'encontre de l'Etat incriminé (B).

A - L'indifférence de la nature du comportement à l'origine de la violation

481 - Selon la jurisprudence de la Cour, toute violation du traité ou des actes en dérivant est susceptible de constituer le fait générateur du droit à réparation pesant sur les Etats membres, que le comportement à l'origine du dommage subi par les particuliers soit, une action (1), ou une omission (2).

1. *La violation par action*

482 - La violation par action renvoie à deux hypothèses bien distinctes. D'une part, dans le contentieux particulier de la mise en œuvre des directives, l'infraction par action correspond à l'hypothèse dans laquelle l'Etat membre a mal appliqué le droit communautaire, c'est-à-dire le plus souvent a mal transposé une directive. Ici, comme le relève J.-M. Favret¹⁰⁴⁹, cette mauvaise transposition peut être le résultat, soit d'une transposition incorrecte, « dans le sens où les dispositions de la directive transposées en droit national ne l'ont pas été fidèlement », soit d'une transposition incomplète par le fait que « toutes les dispositions pertinentes de la directive n'ont pas été transposées en droit interne, alors même que celles qui ont été transposées ont pu l'être fidèlement ».

Il est important de préciser que cette mauvaise transposition constitue une véritable hypothèse de violation du droit communautaire, et ce malgré la liberté reconnue aux Etats membres pour déterminer la forme et les moyens de la transposition afin d'atteindre les objectifs de la directive¹⁰⁵⁰. En effet, cette liberté n'empêche aucunement le contrôle de la validité des mesures de transposition selon des critères communautaires. Ainsi, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la transposition doit créer une situation juridique permettant aux justiciables de se prévaloir éventuellement des dispositions de la directive devant les

¹⁰⁴⁹ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, Paris, Pédone, 2000, p. 345. A ce sujet, l'auteur précise que, malgré les apparences, la transposition peut même s'avérer, dans certaines hypothèses, à la fois incorrecte et incomplète, dans le sens où la transposition incorrecte renverrait plutôt à un problème de fond, tandis que la transposition incomplète évoquerait un problème de « pourcentage » ou de « volume ».

¹⁰⁵⁰ Art. 249 al. 3 (ex-art. 189) du traité CE.

juridictions nationales¹⁰⁵¹. Les droits et obligations découlant de la directive doivent être déterminable de façon suffisamment claire et précise.

En tout état de cause, dans le cas où ces exigences ne seraient pas remplies, une transposition incorrecte ou incomplète constitue un manquement de l'Etat susceptible d'engager sa responsabilité. L'examen de la jurisprudence de la Cour de justice permet de trouver de nombreuses illustrations de cette hypothèse. La violation du droit communautaire a ainsi été reconnue¹⁰⁵² en cas de transposition incorrecte d'une directive par le gouvernement anglais¹⁰⁵³, comme autrichien¹⁰⁵⁴. Le même constat a été opéré en cas de transposition incorrecte due au législateur allemand¹⁰⁵⁵, et britannique¹⁰⁵⁶.

Dans une moindre mesure, la mauvaise application du droit communautaire peut être constituée, en dehors du problème de transposition, par une application des dispositions d'un règlement à une espèce qui ne la nécessitait pas, créant ainsi un préjudice pour les particuliers¹⁰⁵⁷.

483 - D'autre part, la violation par action peut également être constituée par l'adoption de mesures nationales contraires au droit communautaire. Ce manquement résulte directement de la violation des obligations posées par la Cour de justice en déduction de l'article 10 (ex-article 5) du traité CE et fixées pour faire respecter le principe de primauté du droit

¹⁰⁵¹ CJCE, 17 septembre 1987, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. n° 291/84, Rec. CJCE, p. 3483. Dans le même sens, déjà dans un arrêt en date du 6 mai 1980, *Commission c/ Belgique* (aff. n° 102/79), la Cour de justice affirmait qu'il importe « que chaque Etat membre donne aux directives une exécution qui corresponde pleinement aux exigences de clarté et de certitude des situations juridiques voulues par les directives, dans l'intérêt des opérateurs économiques établis dans les autres Etats membres » (cf. Rec. CJCE, p. 1473).

¹⁰⁵² Ici, il est nécessaire de distinguer entre la reconnaissance d'une violation du droit communautaire et l'engagement concret de la responsabilité de l'Etat membre dans la mesure où, comme nous le verrons plus loin dans nos développements (voir *infra*, § n° 523 et s.) la Cour conditionne la condamnation de l'Etat à la réunion de plusieurs conditions dont l'existence d'une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit. Le droit à réparation n'est donc pas automatiquement reconnu du fait d'un manquement au droit communautaire.

¹⁰⁵³ CJCE, 26 mars 1996, *British Telecommunications*, aff. C-392/93, Rec. CJCE, p. I-1631, concernant la mauvaise transposition de la directive 90/351/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990 (cf. JOCE, L. 297/1), relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

¹⁰⁵⁴ CJCE, 15 juin 1999, *W. Rechberger e. a.*, aff. C-140/97, Rec. CJCE, p. I-3499 ; Europe, 1999, comm. n° 280, obs. D. Simon, à propos de la transposition incorrecte de la directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990 (cf. JOCE, L. 158, 23 juin 1990, p. 59), concernant les voyages, vacances et circuits à forfait.

¹⁰⁵⁵ CJCE, 17 octobre 1996, *Denkavit International*, aff. jtes C-283/94, C-291/94 et C-292/94, Rec. CJCE, p. I-5063, concernant la transposition incorrecte de la directive 90/345/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990 (cf. JOCE, L. 225/6), relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents.

¹⁰⁵⁶ CJCE, 22 avril 1997, *Eunice Sutton*, aff. C-66/95, Rec. CJCE, p. I-2163, à propos de la transposition incorrecte de la directive 79/7 du Conseil, du 19 décembre 1978 (cf. JOCE, L. 6, p. 24), relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

¹⁰⁵⁷ CJCE, 28 juin 2001, *G. Larsy*, aff. C-118/00, Rec. CJCE, p. I-5063 ; Europe, 2001, comm. n° 246, obs. Y. Gautier, concernant une application erronée d'une disposition du règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 (cf. JOCE, L. 149, p. 2) relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement CEE n° 2001/83 du Conseil, du 2 juin 1983 (cf. JOCE, L. 230, p. 6), tel que modifié par le règlement CEE n° 1248/92 du Conseil, du 30 avril 1992 (cf. JOCE, L. 136, p. 7).

communautaire¹⁰⁵⁸. Selon ce principe, les Etats membres sont tenus « *d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux, dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires* »¹⁰⁵⁹, comme d'abroger les mesures internes incompatibles avec le droit communautaire¹⁰⁶⁰.

Le juge de Luxembourg a ainsi, par exemple, conclu à l'existence d'une violation du droit communautaire dans le cas de l'adoption par le législateur britannique d'une loi sur la marine marchande contraire au traité CE¹⁰⁶¹, de l'adoption par l'administration anglaise d'une décision de refus de licence d'exportation d'animaux de boucherie contraire à ce même traité¹⁰⁶², ou encore de l'application de la législation suédoise en matière fiscale contraire aux exigences de la 6^{ème} directive TVA¹⁰⁶³.

484 - La responsabilité susceptible de découler d'une violation du droit communautaire peut ainsi résulter d'une action de l'Etat membre (mauvaise transposition d'une directive ou adoption de mesures nationales contraires au droit communautaire). Le même constat peut être fait en cas de violation par omission.

2. La violation par omission

485 - De la même manière que la violation par action, la violation par omission renvoie à deux types de situation. Les Etats membres peuvent tout d'abord se rendre coupables de violation par omission en n'adoptant pas les mesures internes nécessaires à l'application effective du droit communautaire. Le plus souvent, cette hypothèse se trouve illustrée par l'absence totale de transposition d'une directive dans le délai prescrit. Ce fut le

¹⁰⁵⁸ En effet, sur le fondement de cet art., la Cour considère, dans son arrêt « *Inno c/ Atab* », que le « traité impose aux Etats membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile » du droit communautaire (cf. CJCE, 16 novembre 1977, préc.).

¹⁰⁵⁹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. n° 106/77, Rec. CJCE, p. 629 ; AJDA, 1978, p. 323, note J. Boulouis.

¹⁰⁶⁰ CJCE, 24 mars 1988, *Commission c/ Italie*, aff. n° 104/88, Rec. CJCE, p. 1799.

¹⁰⁶¹ CJCE, 5 mars 1996, *Factortame III*, aff. C-46/93, Rec. CJCE, p. I-1029, concl. G. Tesaro ; A. RIGAUX, « L'arrêt Brasserie du pêcheur-Factortame III : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, chron., p. 1 ; RFDA, 1996, p. 583, note L. Dubouis, à propos de l'incompatibilité entre les dispositions de la loi britannique sur la marine marchande de 1988, laquelle subordonnait l'immatriculation des bateaux de pêche britanniques à des conditions de nationalité, de résidence et de domicile du propriétaire et l'art. 52 (art. 43 après renumérotation) du traité CE.

¹⁰⁶² CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, Rec. CJCE, p. I-2553 ; Europe, 1996, comm. n° 272, obs. A. Rigaux, concernant l'incompatibilité entre le refus du Ministère anglais de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation de délivrer une licence d'exportation d'ovins vivants vers l'Espagne, au motif que cet Etat membre ne respectait pas les règles de la directive du Conseil relative à l'étourdissement des animaux avant leur abattage (cf. directive 74/577/CEE du Conseil, du 18 novembre 1974, JOCE, L. 316/10), et les art. 34 (art. 29 après renumérotation) et 36 (art. 30 après renumérotation) du traité CE.

¹⁰⁶³ CJCE, 18 janvier 2001, *Svenska staten*, aff. C-150/99, Rec. CJCE, p. I-493 ; Europe, 2001, comm. n° 85, obs. D. Simon, concernant l'application de la législation suédoise incompatible avec la 6^{ème} directive 77/388/CE du Conseil, du 17 mai 1977 (cf. JOCE, L. 145/1), en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires.

cas notamment de l'arrêt de principe « Francovich »¹⁰⁶⁴, puisque il s'agissait de la non-transposition par le législateur italien de la directive 80/987 du Conseil, du 20 octobre 1980¹⁰⁶⁵, relative au rapprochement des législations des Etats membres, concernant la protection des travailleurs salariés pour cause d'insolvabilité de l'employeur. Bien qu'essentielle sur le plan des principes communautaires, cette espèce reste néanmoins un exemple parmi tant d'autres de la violation par omission. En effet, dès les années 1990, la Cour de justice a eu à connaître de bien d'autres affaires. Ainsi, elle fut par exemple confrontée à l'absence de transposition de la part du législateur espagnol¹⁰⁶⁶, allemand¹⁰⁶⁷ et de nouveau italien¹⁰⁶⁸, comme à la violation imputable, cette fois, à une autorité administrative, à savoir l'autorité danoise¹⁰⁶⁹.

Il est utile de préciser ici, qu'à côté de ces nombreux cas de violation du fait de la non-transposition d'une directive, existe de manière beaucoup plus ponctuelle l'omission de prendre les mesures nationales d'exécution nécessaires à l'application d'un règlement. L'illustration peut être faite par l'arrêt « Commission c/ République italienne »¹⁰⁷⁰, dans lequel le juge de Luxembourg reproche aux autorités italiennes de ne pas avoir arrêté, dans les délais convenables, certaines mesures qui auraient permis d'appliquer effectivement le régime des primes à l'arrachage des arbres fruitiers prévu par un règlement communautaire¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁴ CJCE, 19 novembre 1991, préc.

¹⁰⁶⁵ JOCE, du 28 octobre 1980, L. 283, p. 23.

¹⁰⁶⁶ CJCE, 16 décembre 1993, *Miret*, aff. C-334/92, Rec. CJCE, p. I-6911, s'agissant de l'inexécution de la même directive que celle en cause dans le cadre de l'arrêt « Francovich », à savoir la directive 80/987 du Conseil, du 20 octobre 1980 (cf. JOCE, du 28 octobre 1980, L. 283, p. 23) relative au rapprochement des législations des Etats membres, concernant la protection des travailleurs salariés pour cause d'insolvabilité de l'employeur. Voir, également : CJCE, 7 mars 1996, *El Corte Inglés*, aff. C-192/94, Rec. CJCE, p. I-1281, concernant la non-transposition de la directive 85/577 du Conseil, du 20 décembre 1985 (cf. JOCE, L. 372, p. 31), relative à la protection des consommateurs dans le cadre de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

¹⁰⁶⁷ CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer e. a.*, aff. jtes C-178/94 et C-179/94, C-188/94 à C-190/94, Rec. CJCE, p. I-4845 ; Dr. adm., 1997, n° 108 ; Europe, 1996, comm. n° 450, note A. R. et D. S., à propos de la non-transposition de la directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990 (JOCE, du 23 juin 1990, L. 158, p. 59), concernant les voyages, vacances et circuits à forfait.

¹⁰⁶⁸ CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, Rec. CJCE, p. I-3325, s'agissant une nouvelle fois (comme dans l'arrêt « El Corte Inglés », préc.) de la non-transposition dans le délai prescrit de la directive 85/577 du Conseil, du 20 décembre 1985 (cf. JOCE, L. 372, p. 31), relative à la protection des consommateurs dans le cadre de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. Voir également, trois arrêts rendus par la Cour de justice, le 10 juillet 1997 : *Bonifaci et Berto* (aff. jtes C-94/95 et C-95/95), *Palmisani* (aff. C-261/95) et *Maso et Gazzetta* (aff. C-373/95), Rec. CJCE, p. I-3969, p. I-4025 et p. I-4051 ; Europe, 1997, comm. n° 259, obs. A. Rigaux. Ces trois espèces concernent, encore une fois, comme dans les arrêts « Francovich » (CJCE, 19 novembre 1991, préc.) et « Miret » (CJCE, 16 décembre 1993, préc.), la non-transposition de la directive 80/987 (cf. JOCE, du 28 octobre 1980, L. 283, p. 23) relative aux garanties des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

¹⁰⁶⁹ CJCE, 24 septembre 1998, *Brinkmann Tabakfabriken*, aff. C-319/96, Rec. CJCE, p. I-5255, à propos de la directive 79/32 du Conseil, du 18 décembre 1978 (cf. JOCE, L. 10, p. 8), concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés.

¹⁰⁷⁰ CJCE, 8 février 1973, *Commission c/ République italienne*, aff. n° 30/72, Rec. CJCE, p. 161.

¹⁰⁷¹ Règlement n° 2517/69 (cf. JOCE, L. 318, p. 5), définissant certaines mesures en vue de l'assainissement de la production fruitière de la Communauté, adopté le 9 décembre 1969 par le Conseil et modifié par le règlement n°

486 - La seconde hypothèse de violation par omission concerne le maintien en vigueur d'une norme nationale contraire. Ce cas de figure est à l'origine de la célèbre affaire « Brasserie du pêcheur »¹⁰⁷². Il s'agissait, en l'espèce, du problème de la responsabilité de l'Etat législateur allemand du fait du maintien en vigueur d'une loi nationale contraire au droit communautaire. La requérante au principal était une brasserie française établie en Alsace, laquelle avait dû interrompre, fin 1981, ses exportations de bière en Allemagne, au motif que la bière qu'elle fabriquait n'était pas conforme aux exigences de « pureté » posées par la loi fiscale allemande sur la bière¹⁰⁷³ (*Biersteuergesetz*). Trouvant sa source dans une tradition bavaroise de brassage, cette loi prévoyait de manière limitative les ingrédients susceptibles d'être utilisés (article 9), et réservait aux boissons fermentées fabriquées conformément à cette disposition la possibilité d'être commercialisées sous la dénomination de bière (article 10).

Le juge de Luxembourg ayant condamné ces dispositions comme incompatibles avec les exigences de l'article 30 (article 28 après renumérotation) CE, la Brasserie du pêcheur avait alors assigné la République fédérale en réparation de son préjudice, occasionnant un renvoi préjudiciel du juge allemand afin de savoir, notamment, si le principe de responsabilité était applicable à l'hypothèse d'une violation commise par le législateur¹⁰⁷⁴ du fait du maintien d'une loi incompatible avec le traité de Rome. La réponse de la Cour fut sans aucune ambiguïté : le principe de la responsabilité de l'Etat est « *valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un Etat membre, et ce quel que soit l'organe de l'Etat membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du dommage* »¹⁰⁷⁵.

487 - La nature du comportement à l'origine de la violation du droit communautaire est donc indifférente en ce qui concerne sa définition. Une action, comme une omission, peut en effet constituer un manquement susceptible d'ouvrir droit à une action en responsabilité. La Cour de justice affiche la même indifférence en ce qui concerne l'effet attribué à la norme communautaire violée, comme l'existence ou non d'un recours préalable en manquement ayant abouti à une condamnation de l'Etat membre incriminé.

2476/70 (cf. JOCE, L. 266/2) du 7 décembre 1970, qui avait mis en place ce système de primes afin d'adapter, à la fois quantitativement et qualitativement, l'offre à la demande sur ce marché.

¹⁰⁷² CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc. Cette affaire est considérée comme l'espèce venue expressément réaffirmer le principe posé dans l'arrêt « Francovich », et préciser les conditions de mise en œuvre du droit à réparation en cas de violation du droit communautaire par un Etat membre.

¹⁰⁷³ Loi fiscale sur la bière, du 14 mars 1952, dans sa version du 14 décembre 1976, BGBl, I, p. 3341.

¹⁰⁷⁴ A ce sujet, voir notre étude consacrée aux auteurs de la violation du droit communautaire, *infra*, § n° 500 et s.

¹⁰⁷⁵ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 32.

B - L'indifférence de l'effet de la norme violée comme de l'existence d'un recours préalable en manquement

488 - Pour la Cour de justice, le principe de responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire est un principe général. Celui-ci s'applique que la norme violée soit ou non d'effet direct (1), et qu'il ait existé au préalable ou non un recours en manquement à l'encontre de l'Etat incriminé (2).

1. *L'effet direct de la norme violée n'empêche pas l'action en responsabilité à l'encontre de l'Etat membre*

489 - Par l'arrêt de principe « Francovich »¹⁰⁷⁶, la Cour de justice avait affirmé l'existence d'un droit à réparation au profit des particuliers lésés du fait de l'omission d'un Etat membre de prendre les mesures nécessaires pour la mise en œuvre d'une disposition de droit communautaire dépourvue d'effet direct¹⁰⁷⁷. L'objectif visé par l'énoncé de cette responsabilité était d'assurer « *la pleine efficacité des normes communautaires et la protection effective des droits qu'elles reconnaissent* »¹⁰⁷⁸, et ce dans la lignée de la jurisprudence « Van Gend en Loos »¹⁰⁷⁹.

Dès lors, à l'occasion de la confirmation de ce droit à réparation dans l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹⁰⁸⁰, plusieurs gouvernements d'Etats membres, intervenants dans les affaires en cause, à savoir les gouvernements allemand, irlandais et néerlandais, avaient cru bon d'estimer que le principe de responsabilité ne pouvait jouer qu'en cas d'absence d'effet direct de la norme communautaire, « *faisant ainsi un lot de consolation pour le particulier qui tiendrait des droits d'une directive non dotée de l'effet direct* »¹⁰⁸¹. Selon eux, la responsabilité n'aurait alors qu'une fonction subsidiaire, un rôle de palliatif, destiné à combler une lacune du système de protection des justiciables en l'absence d'effet

¹⁰⁷⁶ CJCE, 19 novembre 1991, préc.

¹⁰⁷⁷ Il s'agissait ici de la non-transposition, par l'Etat italien, dans les délais qui lui étaient impartis, de la directive 80/987 du Conseil, du 20 octobre 1980 (cf. JOCE, L. 283, p. 23, 28 octobre 1980) relative au rapprochement des législations des Etats membres, concernant la protection des travailleurs salariés pour cause d'insolvabilité de l'employeur. En l'espèce, le juge de Luxembourg va rejeter la possibilité pour les particuliers de se prévaloir directement des dispositions de la directive devant les juridictions nationales, au motif que si les dispositions concernant la détermination des bénéficiaires et le contenu de la garantie prévue sont claires et précises, il n'en va pas de même des dispositions intéressant l'identité du débiteur de la garantie.

¹⁰⁷⁸ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 32.

¹⁰⁷⁹ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. n° 26/62, Rec. CJCE, p. 3.

¹⁰⁸⁰ CJCE, 5 mars 1996, préc.

¹⁰⁸¹ O. DUBOS, « Le principe de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire (à propos de récents arrêts de la Cour de justice relatifs à la responsabilité du législateur) », RAE, 1997, p. 214.

direct, celle de l'impossibilité d'exercer un recours pour demander l'annulation ou l'inapplicabilité de la norme nationale contraire à la règle communautaire. Leur raisonnement reposait sur un constat simple. En cas de violation de dispositions communautaires d'effet direct, le particulier est déjà suffisamment protégé par la possibilité de faire directement valoir ses droits devant les juridictions nationales. La réparation se fait ainsi en nature dans le sens où les dispositions violées, source de droits pour les particuliers, sont appliquées de manière rétroactive.

490 - A l'examen de la jurisprudence de la Cour, il apparaît évident que cette argumentation ne pouvait pas être retenue. En effet, dès l'arrêt « Francovich »¹⁰⁸², le juge de Luxembourg soulignait que la possibilité de réparation à la charge de l'Etat membre est « *particulièrement indispensable* »¹⁰⁸³ lorsqu'il n'y a pas d'effet direct. Ce qui pouvait laisser penser que la réparation n'est nullement exclue dans d'autres cas. Du reste, on peut relever que l'arrêt « Foster », rendu le 12 juillet 1990¹⁰⁸⁴, à propos des conséquences envisageables sur le plan de la responsabilité de la violation du droit communautaire par un Etat membre, concernait une norme directement applicable. En l'espèce, la Cour avait affirmé que l'effet direct d'une disposition de droit communautaire pouvait très bien fonder une action en dommages et intérêts afin d'obtenir le remboursement des sommes ou des taxes perçues par un Etat membre en violation de cette disposition.

491 - Toute incertitude va être dissipée par l'arrêt « Brasserie du pêcheur »¹⁰⁸⁵. A cette occasion, la Cour de justice déclare que « *la faculté offerte aux justiciables d'invoquer devant les juridictions nationales les dispositions directement applicables du traité ne constitue qu'une garantie minimale et ne suffit pas à assurer à elle seule l'application pleine et complète du traité* ». Elle ajoute ensuite que « *destinée à faire prévaloir l'application de dispositions du droit communautaire à l'encontre de dispositions nationales, cette faculté n'est pas de nature, dans tous les cas, à assurer au particulier le bénéfice des droits que lui confère le droit communautaire et notamment, à éviter qu'il ne subisse un préjudice du fait d'une violation de ce droit imputable à l'Etat membre* »¹⁰⁸⁶. Ici, la Cour évoque une incohérence très importante contenue dans l'argumentation des gouvernements hostiles à une

¹⁰⁸² CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc.

¹⁰⁸³ *Idem*, point 34.

¹⁰⁸⁴ CJCE, 12 juillet 1990, *Foster*, préc.

¹⁰⁸⁵ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc.

¹⁰⁸⁶ *Idem*, point 20. A propos de cet argument, voir également : CJCE, 15 octobre 1986, *Commission c/ Italie*, aff. n° 168/85, Rec. CJCE, p. 2945, point 11 - CJCE, 26 février 1991, *Commission c/ Italie*, aff. C-120/88, Rec. CJCE, p. I-621, point 10 et même date, *Commission c/ Espagne*, aff. C-119/89, Rec. CJCE, p. I-641, point 9.

conjugaison du principe de responsabilité avec les normes communautaires d'effet direct. L'exécution par nature du fait de l'application rétroactive des normes violées ne permet pas toujours de réparer le préjudice subi par un particulier. En effet, il arrive parfois que la simple reconnaissance aux particuliers d'un droit à l'annulation de l'acte incriminé ou à l'inapplication de la loi ne suffise pas, dans le sens où entre temps, des dommages patrimoniaux sont survenus. Dès lors, il s'avère nécessaire de faire en sorte de rétablir l'équilibre patrimonial¹⁰⁸⁷, et ceci ne peut être obtenu que par l'exercice d'un recours en réparation. C'est cette complémentarité entre les deux mécanismes que la Cour évoque lorsqu'elle souligne que « le droit à réparation constitue le corollaire nécessaire de l'effet direct reconnu aux dispositions dont la violation est à l'origine du dommage causé »¹⁰⁸⁸.

492 - Le droit à réparation s'impose ainsi indépendamment de la question de savoir si la norme en cause est susceptible ou non de produire un effet direct¹⁰⁸⁹. Le principe de responsabilité repose uniquement sur le système du traité et concourt au respect de la primauté du droit communautaire. En d'autres termes, la mise en jeu de la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire assure la protection juridictionnelle des droits des justiciables à un double niveau¹⁰⁹⁰. Dans le cas où la norme violée ne serait pas dotée de l'effet direct, le droit à réparation apparaît comme une sorte de substitut ou de palliatif permettant aux particuliers de bénéficier d'une « exécution par équivalent »¹⁰⁹¹. *A contrario*, en cas de violation d'une norme communautaire d'effet direct,

¹⁰⁸⁷ Cette exigence apparaît d'autant plus nécessaire que, conformément à l'arrêt « Simmenthal » (CJCE, 9 mars 1978, préc.), le juge national doit assurer une protection juridictionnelle complète et effective des droits conférés directement aux particuliers par les dispositions communautaires. Comme le relève F. FINES, « cette protection ne saurait être amputée de sa dimension patrimoniale » (cf. « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? », RTDE, 1997, p. 75).

¹⁰⁸⁸ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 22.

¹⁰⁸⁹ A ce stade, il est donc permis d'appuyer les propos tenus par M. l'avocat général LEGER, dans ses conclusions prononcées, le 20 juin 1995 (point 86), sur l'affaire « Hedley Lomas » (CJCE, 23 mai 1996, préc.), selon lesquelles, « si le principe de responsabilité de l'Etat vaut pour un droit dépourvu d'effet direct conféré par une directive, il vaut *a fortiori* pour un droit subjectif conféré par des dispositions d'effet direct ». Pour une réaffirmation de cette déduction, voir l'argumentation de M. l'avocat général TESAURO, selon laquelle la construction juridique amenant à concilier effet direct et responsabilité est bien plus linéaire que celle développée par la Cour dans son arrêt « Francovich » (cf. « Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire », RMUE, 1996, p. 21). A noter qu'une partie minoritaire de la doctrine rejette toujours l'inclusion dans le cadre communautaire de la réparation des méconnaissances des normes dénuées d'effet direct (cf. G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 32 et s.).

¹⁰⁹⁰ Rendant compte de cette particularité, M. l'avocat général TESAURO affirme, dans ses conclusions en date du 28 novembre 1995 (Rec. CJCE, p. I-1634), sur l'affaire « British Telecommunications » (CJCE, 26 mars 1996, préc., Rec. CJCE, p. I-1631), que « le principe de responsabilité de l'Etat sur le plan patrimonial doit trouver application en tant que solution aussi bien alternative que complémentaire par rapport à la protection sur le plan substantiel ».

¹⁰⁹¹ Concernant les rapports entre exécution en nature et exécution par équivalent lorsque la norme n'est pas dotée d'effet direct, voir C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, Thèse, Metz, 1996, p. 64 et s.

l'action en responsabilité vient renforcer les effets de l'invocabilité directe, elle constitue son « corollaire »¹⁰⁹², reconnaissant au particulier le bénéfice d'une compensation pécuniaire pour le préjudice ne pouvant se réparer par la simple exécution rétroactive de la norme violée.

493 - L'obligation pour les Etats membres de réparer les conséquences des violations du droit communautaire qui leur sont imputables apparaît donc comme une obligation à large portée, dans la mesure où elle s'applique que la norme bafouée soit ou non dotée de l'effet direct. Au vu de la jurisprudence de la Cour, il est possible d'affirmer que le droit à réparation s'impose également en toute autonomie par rapport à l'existence d'un recours préalable en manquement exercé à l'encontre de l'Etat membre.

2. L'absence d'un recours préalable en manquement n'empêche pas l'action en responsabilité à l'encontre de l'Etat membre

494 - Comme le remarque F. Fines¹⁰⁹³, la violation du droit communautaire exigée pour donner lieu à responsabilité peut, sur le plan terminologique, être aussi qualifiée de manquement. Cependant, elle ne doit en aucun cas être confondue avec le manquement expressément constaté sur le fondement des articles 226 à 228 du traité CE. L'engagement d'une action en responsabilité nationale devant les tribunaux internes en cas de violation du droit communautaire par un Etat membre est parfaitement autonome par rapport à la constatation juridictionnelle de cette violation par un arrêt en manquement de la Cour.

Une telle solution pouvait déjà être déduite de l'arrêt « Waterkern »¹⁰⁹⁴, rendu par la Cour le 14 décembre 1982. En effet, à cette occasion, le juge de Luxembourg déclare expressément que « des droits au profit des particuliers découlent des dispositions même du droit communautaire ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne des Etats membres », et non pas des arrêts en manquement. Néanmoins, l'arrêt « Francovich »¹⁰⁹⁵ venait un peu brouiller les pistes, dans le sens où la Cour avait éprouvé le besoin d'indiquer que la violation reprochée au législateur italien avait fait l'objet d'une constatation par un arrêt rendu au titre de l'article 169 (article 226 après renumérotation) du traité CE.

¹⁰⁹² CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 22.

¹⁰⁹³ F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? », RTDE, 1997, p. 72.

¹⁰⁹⁴ CJCE, 14 décembre 1982, *Waterkeyn*, aff. n° 314/81 à n° 316/81 et n° 83/82, Rec. CJCE, p. 4337, point 16.

¹⁰⁹⁵ CJCE, 19 novembre 1991, préc. En l'espèce, la République italienne n'ayant pas respecté son obligation de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive, la Cour a constaté son manquement, par un arrêt du 2 février 1989, *Commission c/ Italie* (aff. n° 22/87, Rec. CJCE, p. 143).

Dès lors, une réaffirmation expresse de l'autonomie de la procédure en responsabilité vis-à-vis du recours en manquement constaté s'imposait. Ce fût chose faite au travers de l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III », puisque la Cour, répondant aux questions préjudicielles posées par le Bundesgerichtshof sur l'étendue de la période couverte par la réparation, énonce que « *l'obligation pour les Etats membres, de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables ne saurait être limitée aux seuls dommages subis postérieurement au prononcé d'un arrêt de la Cour constatant le manquement reproché* »¹⁰⁹⁶.

495 - Cette dissociation entre l'action en constatation de manquement et l'action en responsabilité s'explique aisément par le fait que la protection des droits des particuliers ne saurait dépendre de la réunion de conditions de mise en œuvre aussi restrictives que celle de la procédure des articles 226 à 228 du traité CE. Celle-ci prévoit en effet notamment l'impossibilité pour les particuliers d'exercer cette voie de droit et la nécessité d'une appréciation favorable de la Commission concernant l'opportunité d'engager des poursuites¹⁰⁹⁷. Une telle solution s'impose également du fait que la reconnaissance d'un manquement ne conduit pas toujours à l'engagement de la responsabilité de l'Etat membre auteur de la violation. En effet, la Cour exige notamment que la violation soit « *suffisamment caractérisée* », que le résultat prescrit par la norme communautaire violée comporte l'attribution de droits au profit des particuliers, que le contenu de ces droits soit identifiable et qu'il existe un lien direct entre la violation et le préjudice allégué¹⁰⁹⁸. Dès lors, il se peut qu'un manquement, même constaté, ne suffise pas pour condamner l'Etat membre auteur de la violation à réparer les dommages infligés aux particuliers. Tel est par exemple le cas de la transposition incorrecte d'une directive, assurément constitutive d'un manquement, mais qui n'entraîne pas pour autant la responsabilité de l'Etat envers les particuliers en raison du pouvoir d'appréciation laissé à l'Etat pour déterminer les mesures conformes d'exécution.

496 - Cette indépendance des deux procédures ne signifie cependant pas pour autant qu'aucun lien n'existe entre les deux voies de droit. Une interaction est possible, mais elle se

¹⁰⁹⁶ CJCE, 5 mars 1996, préc., point 95. Pour une réaffirmation, voir CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, préc., point 28 : « (...) on ne saurait subordonner la réparation du dommage à l'exigence d'une constatation préalable par la Cour d'un manquement au droit communautaire imputable à l'Etat, ni à l'existence d'une faute intentionnelle ou de négligence dans le chef de l'organe étatique auquel le manquement est imputable ».

Sur les conséquences de cette affirmation, quant à la détermination du moment où naît l'obligation de réparer à la charge de l'Etat membre, voir *infra*, § n° 587 et s.

¹⁰⁹⁷ Pour une description de la procédure, voir *supra*, § n° 464.

¹⁰⁹⁸ Pour une étude détaillée de ces conditions d'engagement énoncées par la Cour de justice, voir *infra*, § n° 523 et s.

situe dans le cadre de l'examen au fond de la décision. En effet, si l'action en manquement ne peut en aucun cas servir de fondement à l'action en responsabilité, la Cour de justice considère qu'elle peut quand même jouer un rôle. Ainsi, dans un arrêt « Commission c/ Italie »¹⁰⁹⁹, elle affirme que « même au cas où le manquement aurait été éliminé postérieurement au délai déterminé par la Commission (...) la poursuite de l'action conserve un intérêt et (...) cet intérêt peut consister à établir la base d'une responsabilité qu'un Etat membre peut encourir, en conséquence de ses manquements, à l'égard notamment des particuliers ». La constatation préalable du manquement peut donc contribuer à établir l'existence et l'intensité de la violation commise par l'Etat membre. Selon les termes d'A. Rigaux, la condamnation en manquement constaté peut « incontestablement faciliter, mais en aucun cas conditionner l'action en responsabilité devant les juridictions nationales »¹¹⁰⁰, ceci reflète bien toute la différence entre le fondement du droit à réparation et les éléments pouvant le constituer.

497 - L'Etat membre est ainsi tenu de réparer les conséquences dommageables de toute violation du droit communautaire qui lui est imputable, le comportement à l'origine de la violation comme l'effet de la norme violée ou encore l'existence d'un recours préalable en manquement n'entrant pas en ligne de compte.

Mais la portée générale du droit à réparation institué par la Cour de justice n'est pas limitée à ces effets. L'Etat membre est également tenu d'endosser la responsabilité des violations dommageables du droit communautaire quel que soit l'organe interne les ayant commises.

§ 2 : La généralité concernant l'auteur de la violation du droit communautaire

498 - Selon la Cour de justice, l'acte ou l'omission à l'origine de la violation du droit communautaire peut être l'œuvre d'une diversité d'organes relevant de l'Etat membre (A). Néanmoins, la violation sera toujours imputée à l'Etat envisagé dans son unité, lui seul devant ainsi supporter la charge de la responsabilité (B).

¹⁰⁹⁹ CJCE, 20 février 1986, *Commission c/ Italie*, aff. n° 309/84, Rec. CJCE, p. 599. Jurisprudence inaugurée par l'arrêt, *Commission c/ Italie*, en date du 7 février 1973 (aff. n° 39/72, Rec. CJCE, p. 101). Voir, également : CJCE, 5 juin 1986, *Commission c/ Italie*, aff. n° 103/84, Rec. CJCE, p. 1759 - CJCE, 18 janvier 1990, *Commission c/ Grèce*, aff. C-287/87, Rec. CJCE, p. I-125 - CJCE, 30 mai 1991, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-361/88, Rec. CJCE, p. I-2567.

¹¹⁰⁰ A. RIGAUX, « L'arrêt Brasserie du pêcheur-Factortame III : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, p. 4.

A - La violation du droit communautaire peut être le fait de différents organes relevant de l'Etat membre

499 - A l'occasion de son arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹¹⁰¹, la Cour de justice a été amenée à préciser l'étendue de l'obligation de réparation posée, dès 1991, dans l'affaire « Francovich »¹¹⁰². La raison principale de cet éclaircissement vient des nombreuses interrogations des gouvernements, comme des auteurs, à propos de l'hypothèse où la violation du droit communautaire a été commise par le législateur interne (1). Malgré le statut privilégié dont dispose le Parlement dans de nombreux Etats membres¹¹⁰³, le juge communautaire n'hésite pas à lui appliquer le principe de responsabilité.

De plus, en affirmant que le principe « *est valable (...) quel que soit l'organe de l'Etat membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement* »¹¹⁰⁴, la Cour de justice participe à une large définition de la notion d'Etat en droit communautaire (2), l'objectif étant de permettre la réparation d'un plus grand nombre possible de cas de violations.

1. *Le cas spécifique de la violation commise par le législateur interne*

500 - La plupart des commentateurs de l'arrêt « Francovich »¹¹⁰⁵ ont estimé sans hésitation que l'action en responsabilité devait être ouverte quel que soit l'organe de l'Etat membre à l'origine de la violation du droit communautaire. Néanmoins, malgré la généralité de la formulation du principe de responsabilité dans cet arrêt¹¹⁰⁶, et le fait que l'affaire concernait justement un préjudice causé par la non-transposition d'une directive et donc par une carence du législateur, des doutes subsistaient quant à sa portée. Une partie de la doctrine¹¹⁰⁷ s'interrogeait en effet sur l'applicabilité de cette jurisprudence à l'hypothèse où la

¹¹⁰¹ CJCE, 5 mars 1996, préc.

¹¹⁰² CJCE, 19 novembre 1991, préc.

¹¹⁰³ A l'époque, la responsabilité du fait des lois est inconnue dans six Etats membres sur douze, et dans les pays où un tel régime existe (France, Espagne, Grèce, Danemark, Portugal, Pays-Bas), sa mise en œuvre est soumise à des conditions extrêmement restrictives. Pour une analyse détaillée sur ce point, voir notamment, F. SCHOCKWEILER, C. WIVENES, et J.-M. GODARD, « Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », RTDE, 1990, p. 27.

¹¹⁰⁴ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 32.

¹¹⁰⁵ Ainsi par ex., pour M. le juge SCHOCKWEILER, « une action en responsabilité doit être ouverte à la victime de toute violation du droit communautaire imputable à un Etat, quel que soit d'ailleurs l'organe en cause, qu'il relève du pouvoir législatif, du pouvoir judiciaire ou qu'il s'agisse d'une autorité agissant au niveau national ou au niveau local » (cf. « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 2).

¹¹⁰⁶ CJCE, 19 novembre 1991, préc., point 37 : « (...) les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables ».

¹¹⁰⁷ Voir par ex. : D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *L'Europe et le droit, op. cit.*, p. 481 ; du même auteur, « Droit communautaire et

violation du droit communautaire serait l'œuvre du législateur interne, dans la mesure où une telle admission entraînerait, selon les termes du professeur L. Dubouis¹¹⁰⁸, une véritable « *révolution juridique* » dans les Etats membres ne reconnaissant pas la possibilité d'un manquement du législateur.

501 - Une question se posait alors : celle de savoir si le principe même de la responsabilité de l'Etat législateur dépendait ou non du droit national. La jurisprudence, quelque peu ambiguë, ne permettait pas réellement de trouver une réponse claire. Ainsi, dans l'optique de démontrer que le principe de la responsabilité relevait du droit national, les gouvernements italiens, allemands, néerlandais et britanniques avaient, à l'occasion de l'affaire « Francovich »¹¹⁰⁹, élaboré un raisonnement à partir de l'arrêt « Russo », dans lequel la Cour de justice avait considéré que l'Etat doit assumer les conséquences d'une violation du droit communautaire « *dans le cadre des dispositions du droit national relatives à la responsabilité de l'Etat* »¹¹¹⁰. Selon eux, le particulier pouvait donc *a priori* se voir opposer la règle de droit national excluant la responsabilité de l'Etat législateur, d'autant plus que la jurisprudence dite « Croisières du beurre » précisait que « *le traité (...) n'a pas entendu créer (...) des voies de droit autres que celles établies par le droit national* »¹¹¹¹.

Or, l'interprétation de cette jurisprudence par la doctrine était très divergente, dans la mesure où certains auteurs estimaient que la Cour de justice avait renvoyé au droit national le principe de la responsabilité de l'Etat législateur sans égard à la capacité de l'ordre juridique national de mettre en œuvre une telle responsabilité¹¹¹², tandis que d'autres considéraient que ce renvoi supposait l'existence, en droit national, des voies de droit assurant une protection efficace des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire¹¹¹³.

responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », AJDA, 1993, p. 235 ; N. DANTONEL-COR, « La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violations du droit communautaire », RTDE, 1995, p. 471 ; J. MOREAU, « L'influence du développement de la construction européenne sur le droit français de la responsabilité de la puissance publique », *L'Europe et le droit, op. cit.*, p. 409.

¹¹⁰⁸ L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », RFDA, 1996, p. 583.

¹¹⁰⁹ CJCE, 19 novembre 1991, préc.

¹¹¹⁰ CJCE, 22 janvier 1976, *Russo c/ AIMA*, aff. n° 60/75, Rec. CJCE, p. 45.

¹¹¹¹ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord*, préc., point 44.

¹¹¹² Voir par ex., Y. ITO, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Thèse, Paris, 1996, p. 59.

¹¹¹³ Voir : D. SIMON et A. BARAV, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », RMC, 1987, p. 165 - C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 352.

502 - Le problème va être réglé à l'occasion de l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹¹¹⁴, puisque pour la première fois, la Cour de justice va être amenée à répondre à une question précise posée par les juges allemand et britannique : la responsabilité de l'Etat peut-elle être engagée lorsque la violation du droit communautaire est imputable au législateur ? En l'espèce, cette question avait été explicitement posée par les juridictions de renvoi compte tenu de l'absence d'indemnisation garantie par leurs droits internes en cas de violation par le législateur national. Les termes de l'arrêt ne laissent place à aucune ambiguïté puisque, pour le juge de Luxembourg, « *le principe de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables (...) est valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un Etat membre, et ce quel que soit l'organe de l'Etat membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement* »¹¹¹⁵.

Bousculant la conception traditionnelle des Etats membres selon laquelle le Parlement, organe d'expression de la volonté populaire, ne peut mal faire¹¹¹⁶, la Cour de justice se livre ici à la confirmation d'une idée déjà présente en filigrane dans sa jurisprudence antérieure. En effet, dans un arrêt rendu à propos du traité CECA¹¹¹⁷, le juge communautaire avait déjà dit pour droit que « *s'il constate dans un arrêt, qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un Etat membre est contraire au droit communautaire, cet Etat est obligé, en vertu de l'article 86 du traité CECA, aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire* ». L'examen de la jurisprudence en matière de constatation de manquement permettait de confirmer cette indifférence de la Cour de justice quant à l'organe de l'Etat auquel le manquement est imputable, puisqu'il ressort de l'affaire « Commission c/ Belgique »¹¹¹⁸ du 5 mai 1970, que « *la responsabilité d'un Etat membre au regard de l'article 169 est engagée, quel que soit l'organe de l'Etat dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante* ».

¹¹¹⁴ CJCE, 5 mars 1996, préc.

¹¹¹⁵ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., points 31 et 32.

¹¹¹⁶ Voir à ce sujet, les conclusions de M. l'avocat général TESAURO, en date du 28 novembre 1995, sur l'affaire « Brasserie du pêcheur-Factortame III », Rec. CJCE, p. I-1029, point 36. Pour une étude de ce principe en droit français, voir *supra*, § n° 5 et s. et § n° 100 et s.

¹¹¹⁷ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, aff. n° 6/60, Rec. CJCE, p. 1128.

¹¹¹⁸ CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Belgique*, aff. n° 77/69, Rec. CJCE, p. 237, point 15. Voir également, CJCE, 26 février 1976, *Commission c/ Italie*, aff. n° 52/75, Rec. CJCE, p. 277, point 14.

503 - Le principe de la responsabilité de l'Etat législateur, découlant directement de la primauté du droit communautaire¹¹¹⁹, apparaît d'autant plus légitime que certains lui trouvent une justification supplémentaire dans l'argument du contrat. En effet, selon M. l'avocat général Tesauro, le système juridique communautaire est fondé sur une base conventionnelle¹¹²⁰ ayant pour finalité propre l'intégration. En adhérant au traité CE, les Etats ont donc souverainement procédé à une limitation de leur propre liberté à l'égard d'autres Etats, s'engageant par-là même à respecter les barrières qu'ils se sont eux-mêmes fixées¹¹²¹. Dès lors, « *si ces contraintes ne sont pas respectées, ou si elles sont compromises de quelque façon que ce soit par rapport à ce que prescrit le droit communautaire, du fait que le législateur national ne respecte pas une obligation imposée en vue de constituer des droits au profit des particuliers et qu'il empêche donc la jouissance de ces droits, on ne voit pas pourquoi l'Etat auquel sont imputables les dommages patrimoniaux qu'auront pu subir entre-temps les particuliers pour cette raison précise, ne devrait pas réparer ces dommages* »¹¹²². La même argumentation sera reprise par M. l'avocat général Léger, dans ses conclusions relatives à l'affaire « Hedley Lomas »¹¹²³, pour qui « *il serait (...) pour le moins surprenant que, selon que la transposition d'une directive est opérée au regard des spécificités constitutionnelles internes, par le pouvoir exécutif ou par le pouvoir législatif, la responsabilité, en cas de transposition irrégulière, soit admissible dans le premier cas et non dans le deuxième* ».

504 - L'Etat membre va ainsi endosser la responsabilité des actes ou omissions dommageables commises en violation du droit communautaire par son législateur national. Il en sera de même pour tous les autres organes nationaux du fait de la généralité de la formule

¹¹¹⁹ Voir, à ce sujet : CJCE, 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft*, aff. n° 11/70, Rec. CJCE, p. 1125 - CJCE, 4 avril 1968, *Lück*, aff. n° 34/67, Rec. CJCE, p. 370 - CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, préc., point 21.

¹¹²⁰ Concl. du 28 novembre 1995, sur l'affaire « Brasserie du pêcheur-Factortame III », préc., point 41 : « l'idée même de la responsabilité de l'Etat législateur par rapport aux obligations imposées par le droit communautaire et (...) acceptées par voie conventionnelle par les Etats eux-mêmes (...) est pleinement cohérente - et par-là même inhérente - aux caractères essentiels et typiques du système juridique communautaire ».

¹¹²¹ Concl. TESAURO, du 28 novembre 1995, sur l'affaire « Brasserie du pêcheur-Factortame III », préc., point 40. Ici, il convient de rappeler que l'obligation d'exécution du droit communautaire découlant des art. 10 (ex-art. 5) et 249 (ex-art. 189) du traité CE s'adresse à toutes les autorités des Etats membres. Il appartient donc aux Etats de prendre toutes mesures générales ou particulières nécessaires à la bonne exécution des règles communautaires (cf. CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. n° 14/83, Rec. CJCE, p. 1891, point 26 - CJCE, 22 juin 1989, *Costanzo*, aff. n° 103/88, Rec. CJCE, p. 1839, point 30).

¹¹²² G. TESAURO, « Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire », RMUE, 1996, p. 24.

¹¹²³ Concl. du 20 juin 1995, sur l'arrêt « Hedley Lomas », rendu par la Cour de justice le 23 mai 1996, Rec. CJCE, p. I-2556. A cela, M. l'avocat général LEGER ajoute que, le domaine de la compétence du pouvoir législatif variant d'un Etat à l'autre, une irresponsabilité du législateur aurait inévitablement comme conséquence des disparités dans le champ d'application du principe de la responsabilité pour les violations du droit communautaire entre les Etats membres, ainsi qu'à l'intérieur des Etats membres, selon que le droit interne exigerait l'intervention du législateur ou non (point 115).

issue de l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹¹²⁴. Cette règle d'imputabilité pose alors à ce stade une question essentielle, celle de savoir ce que renferme la notion communautaire d'Etat membre. En effet, ce n'est qu'en délimitant cette notion que l'on pourra appréhender de la manière la plus complète possible la portée du principe de responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables. A l'examen de la jurisprudence, il s'avère que la Cour adopte une définition assez large de la notion d'Etat.

2. La définition large de la notion d'Etat en droit communautaire

505 - Selon la Cour de justice, les victimes d'une violation du droit communautaire doivent pouvoir agir en réparation « *quel que soit l'organe de l'Etat membre* »¹¹²⁵ à l'origine du dommage. Ainsi, il est permis d'affirmer que toutes les autorités entrant dans la définition communautaire de l'Etat membre sont soumises au respect des règles de droit communautaire et, par-là, que toute action ou omission commise par elles en violation de cette obligation est susceptible d'être imputée à l'Etat considéré dans son unité. Le juge précise en effet à plusieurs reprises que le principe conduisant à une indemnisation des particuliers est celui de la responsabilité « *de l'Etat* ». Il ne procède en aucun cas à une individualisation de l'imputabilité en fonction de l'organe auteur de la violation. Il s'avère donc important de se pencher sur la définition communautaire de la notion d'Etat afin de connaître précisément les organes y participant et, d'en déduire l'étendue de la responsabilité pouvant être endossée par l'Etat.

506 - Au vu de la jurisprudence, on peut affirmer que le juge de Luxembourg adopte une vision assez large, voire même abstraite, de la notion d'Etat¹¹²⁶. Il est tout d'abord admis de façon assez naturelle que les autorités centrales de l'Etat, c'est-à-dire les trois pouvoirs, exécutif, législatif¹¹²⁷ et judiciaire entrent dans sa définition. Ici, il est important de relever que la reconnaissance des juridictions comme éléments de l'Etat a eu lieu de manière très progressive. En effet, il fut tout d'abord reconnu la possibilité d'opposer des directives au pouvoir judiciaire¹¹²⁸ et l'interdiction pour lui d'appliquer toute disposition nationale

¹¹²⁴ CJCE, 5 mars 1996, préc., point 32.

¹¹²⁵ CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur-Factortame III, préc., points 33 et 34

¹¹²⁶ Pour une étude détaillée de la notion d'Etat et de sa signification, voir M. HECQUARD-THERON, « La notion d'Etat en droit communautaire », RTDE, 1990, p. 693.

¹¹²⁷ Voir *supra*, § n° 500 et s.

¹¹²⁸ Voir, par ex. : CJCE, 10 avril 1984, *Van Colson*, préc., - CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. n° 222/84, Rec. CJCE, p. 1663.

contraire¹¹²⁹, avant que l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III » ne vienne le consacrer comme élément de l'Etat en affirmant que la responsabilité de l'Etat est engagée « *que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif* »¹¹³⁰. Puis, très récemment, la Cour est venue régler la question de la possible responsabilité de l'Etat du fait d'une violation du droit communautaire imputable à une juridiction suprême, en précisant que les Etats membres sont tenus de réparer les dommages causés aux particuliers par une telle violation¹¹³¹. Ainsi, reste uniquement en suspens, à l'heure actuelle, le cas d'une responsabilité du fait du pouvoir constituant¹¹³².

¹¹²⁹ CJCE, 21 mai 1987, *Albako Margarinefabrik Maria von der Linde*, aff. n° 249-85, Rec. CJCE, p. 2354.

¹¹³⁰ CJCE, 5 mars 1996, Rec. CJCE, p. I-1029, point 34 ; A. RIGAUX, « L'arrêt Brasserie du pêcheur-Factortame III : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, chron., p. 1 ; RFDA, 1996, p. 583, note L. Dubois. Pour une illustration d'une possible responsabilité de l'Etat du fait de l'activité de ses juridictions, voir D. BLANCHET, « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français du fait de la fonction juridictionnelle ? », RTDE, 2001, p. 397.

¹¹³¹ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, AJDA, 2003, p. 1748, obs. M.-C. M. ; JCP, 2003, A, n° 1943, note O. Dubos ; Europe, novembre 2003, p. 3, chron. par D. Simon ; Gaz. Pal., 3 et 4 mars 2004, n° 63-64, p. 2, note I. Pingel. Il s'agissait ici, d'une question préjudicielle posée à la Cour par une juridiction autrichienne, à propos du cas d'un professeur d'université s'étant vu refuser, par une décision définitive de la juridiction suprême administrative, le versement d'une indemnité spéciale d'ancienneté réservée par la réglementation autrichienne aux enseignants comptants plus de 15 ans d'ancienneté dans les universités de ce pays. Pour plus de précisions, voir les très intéressantes conclusions de M. l'avocat général LEGER, rendues le 8 avril 2003, dans le sens de l'admission du principe de la responsabilité de l'Etat en raison d'une violation du droit communautaire imputable à une juridiction suprême. Ce dernier fonde notamment son argumentation sur la conception unitaire de l'Etat qui prévaut en droit international, sur le rôle déterminant du juge national dans la mise en œuvre du droit communautaire et sur le fait que le principe de la responsabilité de l'Etat du fait des juridictions suprêmes est susceptible « d'être reconnu comme un principe général du droit communautaire ».

A noter qu'en l'espèce, après avoir posé le principe, la Cour refuse néanmoins d'engager la responsabilité de l'Etat pour manquement d'une juridiction suprême. Pour une véritable condamnation en manquement de l'Etat du fait de la jurisprudence des tribunaux nationaux, il aura fallu attendre un arrêt, en date du 9 décembre 2003, rendu à l'encontre de la République italienne (cf. aff. C-129/00, *Commission c/ Italie*, AJDA, 2004, p. 317, obs. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert).

Pour une analyse des perspectives d'évolution du droit jurisprudentiel français de la responsabilité publique suite à cet arrêt, voir : J. COURTIAL, « La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne ? », AJDA, 2004, p. 423. Voir, également, M.-C. PONTHEAU, « La question de la participation des collectivités territoriales françaises à l'élaboration nationale du droit communautaire », AJDA, 2004, p. 1125.

¹¹³² Voir, L. DUBOIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 590. Selon l'auteur, eu égard à la généralité de la formule contenue dans l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III », le pouvoir constituant ne saurait être exclu du champ d'application de la responsabilité. Pour un avis contraire, voir notamment : O. DUBOS, « Le principe de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire », art. préc., p. 213, à propos des difficultés qu'engendrerait une telle responsabilité dans la mesure où il appartiendrait au juge interne de statuer sur la demande en réparation de dommages résultant de la méconnaissance par une loi constitutionnelle du droit communautaire - C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, p. 200 et s., pour qui, eu égard au fondement constitutionnel sur lequel le Conseil d'Etat fait reposer la supériorité des traités sur les lois (art. 55 de la Constitution du 4 octobre 1958), ainsi qu'à l'affirmation depuis l'arrêt « Sarran et Levacher » (cf. CE, 30 octobre 1998, AJDA, 1998, p. 962, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; D., 2000, p. 152, note E. Aubin ; Dr. adm., 1999, comm. n° 14, obs. C. M. ; RDP, 1999, p. 919, note J.-F. Flauss ; RFDA, 1998, p. 1081, concl. C. Maugué ; RTD civ., 1999, p. 232, chron., N. Molfessis) de l'absence de primauté des normes conventionnelles sur la Constitution, il semble qu'aucune indemnité ne devrait être allouée par le juge au requérant ayant subi un préjudice du fait d'une norme à valeur constitutionnelle contraire à un traité, pas plus qu'une responsabilité pour faute du fait de la Constitution.

La Cour de justice considère également les collectivités décentralisées comme faisant partie intégrante de l'Etat. Ici, le terme « décentralisé » doit être pris dans son sens générique comme englobant tous les aménagements territoriaux de l'Etat quelle que soit leur dénomination (provinces, régions, länder, communes, départements). Il en est ainsi, par exemple de la jurisprudence communautaire relative aux manquements¹¹³³, comme au droit d'établissement¹¹³⁴.

507 - A cela, le juge de Luxembourg vient ajouter les organismes ou personnes, publics ou privés, dotés de compétences déléguées par des autorités centrales ou décentralisées¹¹³⁵. Privilégiant une notion d'Etat bâtie autour d'un critère fonctionnel¹¹³⁶, il préconise en effet d'y incorporer « *tout organisme qui quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique, d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers* »¹¹³⁷. Dès lors, entrent à ce titre dans la définition communautaire d'Etat, les organismes ou personnes chargés d'une mission d'intérêt public¹¹³⁸ et notamment les institutions corporatives¹¹³⁹, ainsi que certaines entreprises publiques en situation de monopole¹¹⁴⁰.

508 - La Cour de justice se livre donc à une définition communautaire assez large de la notion d'Etat, laissant la porte ouverte à des possibilités d'extension pour l'avenir. L'objectif

Pour une réaffirmation par les diverses juridictions françaises de la supériorité de la Constitution sur les traités, voir : Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, D., 2000, p. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; JCP, 2001, G, n° 10453, note A.-C. de Foucauld ; LPA, octobre 2000, n° 201, note B. de Lamy et P. Deumier ; LPA, décembre 2000, n° 246, note P. Jan ; RDP, 2000, p. 1037, note X. Prétot ; RTD civ., 2000, p. 672, chron. R. Libchaber - CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, Dr. adm., 2002, comm. n° 55, note P. Cassia ; RFDA, 2002, p. 166 - CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, AJDA, 2004, p. 1216, obs. S. Brondel, p. 1385, obs. P. Cassia, p. 1534, note J. Arrighi de Casanova, et p. 1537, note M. Gautier et F. Melleray ; D., 2004, p. 1739, note B. Mathieu ; LPA, 18 juin 2004, n° 122, p. 10, note J.-E. Schoettl ; Europe, août-septembre 2004, p. 6, note X. Magnon.

¹¹³³ CJCE, 10 mars 1987, *Commission c/ République italienne*, aff. n° 199/85, Rec. CJCE, p. 1039, à propos de la condamnation de l'Etat italien, suite à une violation constatée de la Commune de Milan, des règles d'adjudications des marchés publics de travaux prévues par une directive.

¹¹³⁴ CJCE, 18 juin 1985, *P. Steinhäuser c/ Ville de Biarritz*, aff. n° 197/84, Rec. CJCE, p. 1819.

¹¹³⁵ Voir C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, op. cit., p. 72 et s.

¹¹³⁶ A ce sujet, voir l'étude de M. HECQUARD-THERON, dans laquelle l'auteur démontre que la Cour de justice utilise deux critères afin de définir la notion d'Etat en droit communautaire : l'un fonctionnel et l'autre organique (cf. « La notion d'Etat en droit communautaire », art. préc.).

¹¹³⁷ CJCE, 12 juin 1990, *Foster*, aff. C-188/89, Rec. CJCE, p. I-3344, point 20.

¹¹³⁸ CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. n° 152-84, Rec. CJCE, p. 723, à propos de l'administration du service de la santé considérée par le juge comme non distincte de l'administration centrale du gouvernement.

¹¹³⁹ Voir par ex., concernant la liberté d'établissement : CJCE, 28 avril 1977, *Jean Thieffry c/ Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de Paris*, aff. n° 71/76, Rec. CJCE, p. 765 - CJCE, 22 septembre 1983, *Auer c/ Ministère public*, aff. n° 271/82, Rec. CJCE, p. 2727 - CJCE, 15 décembre 1983, *Rienks*, aff. n° 5/83, Rec. CJCE, p. 4233.

¹¹⁴⁰ CJCE, 12 juillet 1990, *Foster*, préc.

poursuivi est bien entendu de se réserver la liberté de compléter sa jurisprudence à tout moment afin d'intégrer de nouvelles entités au concept d'Etat et réussir, à terme, à parer à toutes les hypothèses de violation. Une telle volonté peut d'ailleurs être démontrée par le fait que le juge de Luxembourg n'hésite pas à appliquer le principe de responsabilité aux entités étatiques même lorsque celles-ci agissent, non pas en qualité d'organe normateur, mais en qualité d'employeur¹¹⁴¹.

509 - Il est ainsi admis que la violation du droit communautaire peut être le fait d'une grande diversité d'auteurs dans la mesure où tous les organes de l'Etat sont susceptibles de se rendre coupables d'un tel manquement. Néanmoins, la charge de la responsabilité pèsera toujours sur l'Etat membre dans son intégralité.

B - La charge de la responsabilité pèse toujours exclusivement sur l'Etat membre

510 - Selon la Cour de justice, en cas de violation du droit communautaire, la charge de la responsabilité pèse toujours exclusivement sur l'Etat membre et ce quel que soit l'organe dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement dommageable aux particuliers. Dans son arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹¹⁴², le juge évoque deux justifications à ce principe. Il s'appuie, d'une part, sur l'exigence d'uniformité d'application du droit communautaire (1) et, d'autre part, sur la règle de droit international public qui fait que l'Etat est toujours envisagé dans son unité (2).

1. *La préservation de l'uniformité d'application du droit communautaire*

511 - Pour la Cour de justice, le fait que la violation émane d'un acte du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif ne fait aucune différence. En effet, même si la mise en jeu de la responsabilité du législateur peut poser certains problèmes en droit interne¹¹⁴³, l'Etat ne saurait exciper de ce que la violation de la règle communautaire est imputable au législateur

¹¹⁴¹ CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, préc., point 49 : « (...) lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre de l'Etat, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique (...) dans l'un ou dans l'autres cas, il convient, en effet, d'éviter que l'Etat ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit communautaire ». Voir aussi, CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc. - CJCE, 12 juillet 1990, *Foster*, préc.

¹¹⁴² CJCE, 5 mars 1996, préc., point 32.

¹¹⁴³ Pour une étude du cas français, voir *infra*, § n° 597 et s. Pour d'autres pays de l'UE, voir également : F. SCHOCKWEILER, C. WIVENES et J.-M. GODARD, « Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », art. préc. ; P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit. ; G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, op. cit.

pour se soustraire à l'obligation de réparer le dommage qu'il a infligé aux particuliers. Cette position trouve sa justification dans l'uniformité d'application du droit communautaire, qui représente l'exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire. Ainsi, selon le juge de Luxembourg, l'obligation « *de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire ne saurait dépendre des règles internes de répartition des compétences entre les pouvoirs constitutionnels* »¹¹⁴⁴. De la même manière, « *un Etat membre ne saurait (...) invoquer la répartition des compétences et des responsabilités entre les collectivités qui existent dans son ordre juridique interne pour s'exonérer de sa responsabilité à ce titre* »¹¹⁴⁵. L'objectif est donc, à terme, de bannir les discriminations entre les citoyens de la Communauté. Selon M. l'avocat général Léger¹¹⁴⁶, « *s'il suffisait qu'un Etat membre fasse adopter un acte par le Parlement pour échapper à une action en responsabilité, la définition d'un standard communautaire quant au régime de cette action serait vaine* ».

512 - A l'appui de son raisonnement, la Cour de justice invoque un seul arrêt, à savoir l'arrêt « *Zuckerfabrik Süderdith* »¹¹⁴⁷, concernant les pouvoirs du juge national en matière de protection provisoire. Néanmoins, il est intéressant de soulever qu'il existe, dans la jurisprudence communautaire antérieure, de nombreux autres exemples permettant de penser que le droit à réparation reconnu aux particuliers en cas de violation du droit communautaire par un Etat membre a une portée générale. En effet, il apparaît que le législateur est considéré de longue date comme « *étant débiteur parmi d'autres de la bonne application du droit communautaire* »¹¹⁴⁸. Il est ainsi reconnu au juge national le pouvoir d'écarter l'application de la loi contraire à la règle communautaire¹¹⁴⁹, comme d'en suspendre provisoirement l'application¹¹⁵⁰ ou encore de condamner l'Etat sur recours en constatation de manquement¹¹⁵¹. De plus, comme le souligne A. Rigaux¹¹⁵², le législateur interne est tenu, au même titre que l'administration, « *de procéder au toilettage de l'ordre juridique interne* »

¹¹⁴⁴ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 33.

¹¹⁴⁵ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, aff. C-302/97, Rec. CJCE, p. I-399, point 62 ; Europe, 1999, comm. n° 281, obs. D. Simon.

¹¹⁴⁶ Concl. du 20 juin 1995, sur l'affaire « *Hedley Lomas* » (CJCE, 23 mai 1996, préc.), Rec. CJCE, p. I-2553, point 115 *in fine*.

¹¹⁴⁷ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdith*, Rec. CJCE, p. I-415, point 26.

¹¹⁴⁸ A. RIGAUX, « L'arrêt *Brasserie du pêcheur-Factortame III* : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », art. préc., p. 4.

¹¹⁴⁹ Voir, par ex. : CJCE, 4 avril 1968, *Lück*, préc. - CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, préc., point 21.

¹¹⁵⁰ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame I*, aff. C-213/89, Rec. CJCE, p. I-2433 ; AJDA, 1990, p. 832, obs. P. Le Mire ; D. SIMON et A. BARAV, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire *Factortame* », RMC, 1990, p. 591 ; RFDA, 1990, p. 912, obs. J.-Cl. Bonichot ; JDI, 1991, p. 447, obs. D. Simon ; RFDA, 1994, p. 70, obs. S. Boyron et L. Neville Brown.

¹¹⁵¹ CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Belgique*, préc.

¹¹⁵² A. RIGAUX, « L'arrêt *Brasserie du pêcheur-Factortame III* : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », art. préc., p. 4.

afin de ne laisser subsister aucune disposition normative même inappliquée susceptible d'induire les particuliers en erreur sur leurs possibilités de faire appel au droit communautaire¹¹⁵³.

513 - Corollaire du principe de primauté, l'exigence d'uniformité d'application du droit communautaire constitue donc une justification naturelle de la reconnaissance d'une obligation de réparation pesant sur l'Etat membre quelles que soient les règles de répartition des compétences entre les pouvoirs constitutionnels. Mais, dans son arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹¹⁵⁴, la Cour de justice développe néanmoins un autre argument, à savoir le fait qu'en droit international public, l'Etat est toujours envisagé dans son unité.

2. L'évocation de la règle de droit international public selon laquelle, en matière de responsabilité, l'Etat est toujours considéré dans son unité

514 - A l'occasion de son arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹¹⁵⁵, le juge communautaire fait expressément référence au principe d'unité de l'Etat en droit international public. En effet, justifiant la généralité du droit à réparation reconnu en cas de violation du droit communautaire par un Etat membre, il précise que « *dans l'ordre juridique international, l'Etat, dont la responsabilité serait engagée du fait de la violation d'un engagement international, est (...) considéré dans son unité, que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif* ». Afin d'étoffer son raisonnement, la Cour va même jusqu'à reprendre l'argumentation développée par M. l'avocat général Tesauro dans ses conclusions sur ce même arrêt¹¹⁵⁶.

515 - En droit international public, l'Etat apparaît donc comme l'unique sujet du droit, même si tous les organes étatiques sont liés par la règle internationale. De ce fait, il est toujours considéré dans son unité quels que soient les organes ou autorités à l'origine des actes ou des actions dommageables et seule la responsabilité de l'Etat peut être engagée en cas de méconnaissance des obligations internationales. Ce principe d'unité a ainsi permis aux juridictions internationales d'affirmer, de longue date, la supériorité du traité sur la loi¹¹⁵⁷.

¹¹⁵³ Voir par ex., CJCE, 4 avril 1974, *Commission c/ France, affaire dite du « Code maritime »*, aff. n° 167/73, Rec. CJCE, p. 359.

¹¹⁵⁴ CJCE, 5 mars 1996, préc., point 34.

¹¹⁵⁵ *Idem*.

¹¹⁵⁶ G. TESAURO, concl. du 28 novembre 1995, sur CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, Rec. CJCE, p. I-1029, point 38.

¹¹⁵⁷ Voir, par ex. : CPJI, avis, 31 juillet 1930, *Question des Communautés gréco-bulgares*, série B, n° 17, p. 32 - CPJI, 19 août 1929, *Zones franches du pays de Gex et de Savoie*, série A, n° 22.

Mais surtout, il a ouvert la voie à toute une série de sentences internationales attribuant à l'Etat des faits commis par ses organes législatifs. Dès lors, est clairement admis en droit international le fait que l'Etat législateur engage sa responsabilité en cas de violation de la règle internationale¹¹⁵⁸. Ici, il peut être intéressant d'illustrer nos propos par l'affaire dite des Colons allemands en Pologne¹¹⁵⁹, dans la mesure où, à cette occasion, la juridiction internationale exprime très clairement le principe de l'unité de l'Etat en matière de responsabilité. Il s'agissait en l'espèce d'une législation polonaise annulant les droits acquis des ressortissants d'origine allemande et donc contraire au traité de Versailles sur les minorités. Estimant qu' « *il est sans importance que les droits dont on allègue l'infraction découlent d'un acte législatif, judiciaire ou administratif* », la Cour permanente de justice internationale reconnaît l'engagement de la responsabilité de la Pologne.

516 - Il convient de préciser ici, qu'en tant que sujet de droit international, l'Etat ne peut en aucun cas se soustraire à ses obligations en invoquant l'indépendance du Parlement ou le mauvais fonctionnement des procédures parlementaires. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'affaire dite « Alabama », la sentence arbitrale rendue le 14 septembre 1872 refusa de prendre en compte l'insuffisance de la législation interne pour exonérer le Royaume-Uni de sa responsabilité¹¹⁶⁰. De la même manière, en vertu du principe de bonne foi en droit international public¹¹⁶¹, il est admis de façon traditionnelle qu'un Etat ne saurait exciper de situations d'ordre interne pour justifier une violation du droit international.

Ces interdictions sont directement liées au fait qu'en droit international, comme en droit communautaire d'ailleurs, le juge n'a pas à s'occuper de la manière dont s'organise l'Etat, et ce au nom du principe de l'autonomie institutionnelle. Le corollaire en est que l'Etat ne peut pas se prévaloir de ses règles internes de fonctionnement dans l'espoir de s'exonérer d'une quelconque responsabilité.

¹¹⁵⁸ Voir, notamment : CPJI, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 7, p. 19 - CPJI, 13 octobre 1992, *Armateurs norvégiens*, RSA, Vol. I., p. 307. Voir également, l'affaire concernant le traitement des nationaux polonais à Dantzig (cf. CPJI, série A/B, n° 44, 1932, p. 25) ou l'affaire concernant les phosphates du Maroc (cf. CPJI, série A/B, n° 74, 1938, p. 25).

¹¹⁵⁹ CPJI, avis, 10 septembre 1923, *affaire des Colons allemands en Pologne*, série B, n° 6, p. 25.

¹¹⁶⁰ L'affaire Alabama concernait la construction, pour les besoins des forces de la Confédération américaine, d'un cuirassé dans les chantiers navals anglais pendant la Guerre de Sécession. Après la guerre, les USA demandèrent réparation à la Grande-Bretagne qui, pour sa défense, fit valoir qu'elle ne disposait pas de moyens constitutionnels pour empêcher la construction sur son territoire de navire de guerre au profit des tiers. Le tribunal arbitral écarta cette argumentation et considéra que, quelles que fussent les règles constitutionnelles britanniques, elles n'étaient pas de nature à exonérer cet Etat de sa responsabilité internationale pour avoir manqué à ses obligations de puissance neutre durant la Guerre de Sécession. Sur cette affaire, voir N.-Q. DINH, P. DAILLIER et A. PELET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1999.

¹¹⁶¹ Principe codifié à l'art. 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, et repris en droit communautaire à travers l'art. 10 (ex-art. 5) du traité CE fixant l'obligation de coopération loyale entre les Etats membres et la communauté.

517 - Dans l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹¹⁶², la Cour de justice emprunte au droit international le principe d'unité de l'Etat afin de préciser que la responsabilité pesant sur l'Etat membre en cas de violation du droit communautaire revêt un caractère général. L'Etat doit ainsi endosser la charge de la responsabilité quel que soit l'organe auteur de la violation. Pour le juge en effet, si l'Etat est considéré dans son unité en matière de responsabilité du fait de la violation d'un engagement international, « *il doit en être d'autant plus ainsi dans l'ordre juridique communautaire que toutes les instances de l'Etat, y compris le pouvoir législatif, sont tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, au respect des normes imposées par le droit communautaire et susceptibles de régir directement la situation des particuliers* »¹¹⁶³.

Ici, la Cour évoque une spécificité importante du droit communautaire, à savoir que celui-ci reconnaît aux particuliers la qualité de sujet de droit, et ce depuis l'arrêt « Van Gend en Loos »¹¹⁶⁴. M. l'avocat général Tesauro avait d'ailleurs observé, dans ses conclusions, qu'en droit international, la responsabilité n'existe que d'Etat à Etat¹¹⁶⁵, contrairement au droit communautaire, dans lequel l'obligation de réparer les dommages naît directement à l'égard des individus. Ceux-ci bénéficient alors, en droit communautaire, d'un « *statut infiniment plus protecteur de leurs droits que ne le fait le droit international* »¹¹⁶⁶.

518 - Il convient néanmoins de faire ici une distinction entre la charge de la responsabilité et celle de la réparation. En effet, en cas de violation du droit communautaire, la Cour de justice se prononce uniquement sur le principe de la réparation et non sur le montant de l'indemnisation. Ainsi, seul l'Etat peut se voir imputer la responsabilité des agissements fautifs de ses organes. C'est à lui que revient la lourde tâche d'assumer de manière exclusive la charge de la responsabilité vis-à-vis des instances communautaires.

Il en va autrement de la question de la charge de la réparation dans le sens où, celle-ci ne se posera « *que devant les organes nationaux qui jugeront sur le fondement du droit interne sans être liés par la qualification d'imputabilité à l'Etat retenue par la Cour du*

¹¹⁶² CJCE, 5 mars 1996, préc.

¹¹⁶³ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 34.

¹¹⁶⁴ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, préc. En l'espèce, la Cour de justice affirme que « (...) les Etats ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions. (...) La Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international (...) dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants ».

¹¹⁶⁵ G. TESAURO, concl. du 28 novembre 1995, sur CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 39. A noter que, par exception, l'individu peut être considéré comme un sujet du droit international, dans le domaine des droits de l'homme, dans la mesure où il lui est reconnu le droit de recours individuel à la Commission européenne des droits de l'homme.

¹¹⁶⁶ L. DUBOIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 585.

Kirchberg, cette dernière spécifiant rarement à quel organe l'acte dommageable est imputable »¹¹⁶⁷. Ainsi, il n'incombe pas nécessairement à l'Etat d'assurer la réparation du préjudice causé en cas de non-respect du droit communautaire. La seule obligation pesant sur les Etats membres est celle de s'assurer que les particuliers obtiennent réparation du préjudice que leur cause la violation du droit communautaire, et ce quelle que soit l'autorité publique auteur de cette violation et quelle que soit celle à laquelle incombe, en droit national, la charge d'assumer la réparation¹¹⁶⁸. Dès lors, à partir du moment où les conditions communautaires d'effectivité et d'équivalence de traitement sont remplies¹¹⁶⁹, il est possible que tout ou partie de la réparation soit assuré par un organe indépendant de l'Etat. Une telle solution fut récemment admise par le juge communautaire dans un arrêt « S. Haim »¹¹⁷⁰, dans lequel la Cour reconnaît pour la première fois la possibilité pour les particuliers d'engager la responsabilité d'un organisme de droit public, en plus de celle de l'Etat membre lui-même, en cas de violation du droit communautaire. En l'espèce, le juge de Luxembourg pose le principe mais renvoie aux Etats membres, au nom de l'autonomie institutionnelle et procédurale¹¹⁷¹, le soin de définir, dans le cadre de leur ordre juridique interne, s'il s'agit d'une responsabilité cumulative (conjointe ou solidaire) des Etats membres et de leurs personnes morales de droit public ou bien d'une responsabilité exclusive¹¹⁷² des uns ou des autres. Une telle solution peut intéresser directement notre droit interne dans le sens où elle ouvrira les portes à une possible conciliation entre le principe de la responsabilité exclusive de l'Etat en cas de manquement au droit communautaire et la libre administration des collectivités territoriales¹¹⁷³.

¹¹⁶⁷ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris, éd. L'Harmattan, 2001, p. 244.

¹¹⁶⁸ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, préc., point 62.

¹¹⁶⁹ Pour une analyse détaillée de ces deux conditions, voir *infra*, § n° 565 et s.

¹¹⁷⁰ CJCE, 4 juillet 2000, *S. Haim*, aff. C-424/97, Rec. CJCE, p. I-5148 ; Europe, 2000, comm. n° 289, obs. A. Rigaux et D. Simon. En l'espèce, la Cour de Luxembourg énonce que « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que la responsabilité qui incombe à un organisme de droit public de réparer les dommages causés aux particuliers par des mesures qu'il a prises en violation du droit communautaire puisse être engagée en plus de celle de l'Etat membre ». Pour une étude détaillée de cette jurisprudence et de ses possibles conséquences sur les collectivités territoriales françaises, voir S. LECLERC et X. MONDESERT, « Vers une responsabilité des collectivités territoriales en cas de violation du droit communautaire », AJDA, 2002, p. 201.

¹¹⁷¹ Ceci fut souligné avec insistance par M. l'avocat général MISCHO, dans ses conclusions en date du 19 mai 1999, rendues sur l'arrêt « S. Haim », Rec. CJCE, p. I-5126, point 12 à 35.

¹¹⁷² La Cour de justice a en effet déjà reconnu la possibilité de condamner à réparation une collectivité locale de manière exclusive dans l'hypothèse où la violation du droit communautaire relevait de son seul fait. Voir par ex. : CJCE, 10 avril 1984, *Sabine Von Colson et Elisabeth Kamman*, aff. n° 14/83, Rec. CJCE, p. 1891 - CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Constanzo c/ Milan*, aff. n° 103/88, Rec. CJCE, p. 1839.

¹¹⁷³ A noter que, dans son dernier rapport, intitulé « Collectivités territoriales et obligations communautaires » (cf. La Documentation française, 2004), le Conseil d'Etat envisage cette conciliation en approuvant la solution gouvernementale consistant à faire supporter aux collectivités les conséquences financières de certains manquements. Mais se situant également en amont du problème de manquement au droit communautaire, le rapport pointe du doigt la complexité des normes communautaires et surtout leurs conditions d'élaborations. Les collectivités ne sont, en effet, pas informées des textes en préparation à Bruxelles, et encore moins consultées sur ceux-ci. Dès lors, afin de permettre la négociation de textes communautaires plus réalistes tant au regard des obligations qu'ils créent que des détails de transposition, le Conseil d'Etat propose d'instituer une procédure de consultation interne des collectivités.

519 - Il est reconnu que le principe de l'obligation de réparation pesant sur les Etats membres en cas de violations du droit communautaire dommageables pour les particuliers est un principe d'application large. La volonté de la Cour de justice est de permettre l'indemnisation dans les cas les plus divers et les plus nombreux possibles, afin qu'aucune violation ne puisse légitimer un refus de responsabilité de l'Etat. Ainsi, au fil de sa jurisprudence, la Cour a fixé un principe de réparation valable quelle que soit l'hypothèse de violation du droit communautaire, mais aussi quel que soit l'organe à l'origine de cette violation.

520 - Le principe de responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire est donc directement issu de la jurisprudence de la Cour de justice. Dédit du traité CE lui-même, les juges de Luxembourg en ont fait une règle à très large portée, applicable à toutes les hypothèses de violation du droit communautaire et opposable quel que soit l'organe de l'Etat membre à l'origine du manquement.

La mise en œuvre de ce principe reviendra tout naturellement aux Etats membres au nom de la règle de l'autonomie procédurale et institutionnelle. Néanmoins, ces Etats ne disposeront pas d'un blanc seing accordé par la Cour de justice. Par sa jurisprudence, celle-ci va en effet guider les autorités internes pour une application effective du principe de responsabilité, les orienter vers une appréciation des règles favorable aux particuliers, à tel point que les Etats membres se retrouvent étroitement surveillés et qu'il faut s'interroger sur le respect du principe d'autonomie.

CHAPITRE 2nd

UNE MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE RESPONSABILITE PAR LES ETATS MEMBRES SOUS L'INFLUENCE DU JUGE COMMUNAUTAIRE

521 - Comme tout régime de responsabilité, le régime applicable aux Etats membres, auteurs de violations du droit communautaire, nécessite la réunion de conditions d'engagement. Ainsi, après avoir énoncé l'obligation de réparation pesant sur les Etats membres, la Cour ajoute que celle-ci n'existe que si trois conditions sont réunies¹¹⁷⁴. La première intéresse la norme violée, la seconde porte sur le degré de la violation et la dernière touche au lien de causalité¹¹⁷⁵. Au travers de sa jurisprudence, le juge de Luxembourg va venir préciser la définition comme l'appréciation de ces trois conditions, à tel point que le professeur D. Simon évoque une « *communautarisation* »¹¹⁷⁶ des conditions d'engagement de la responsabilité (Section 1^{ère}). Il appartient alors au juge national d'appliquer, dans le cadre de son droit interne, les conditions fixées par la Cour, dans la mesure où celles-ci sont « *nécessaires et suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation* »¹¹⁷⁷.

522 - Respectueuse de la compétence du juge national en ce qui concerne la réparation des conséquences du préjudice causé par la violation du droit communautaire, la Cour de

¹¹⁷⁴ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402, point 36 et 40, concl. Mischo ; LPA, 4 août 1993, n° 93, p. 32, note T. Larzul ; AJDA, 1992, p. 143, note P. Le Mire ; JCP, 1992, G, II, n° 21783, note A. Barav ; D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives », Europe, 1991, chron., p. 1 ; RFDA, 1992, p. 1, note L. Dubouis ; Dr. adm., 1991, n° 537 ; JDI, 1992, p. 426, note Constantinesco ; J.-M. AUBY, « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », Dr. adm., 1992, doct., p. 1 ; RJDA, décembre 1991, p. 831, note Kessedjean ; F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 27 ; RMUE, 1991, p. 4, note Mattera ; RMUE, 1992, p. 187, note Carnolutti.

¹¹⁷⁵ Voir CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, point 51 : « (...) un droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies, à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées » (cf. Rec. CJCE, p. I-1029, concl. G. Tesaurò ; A. RIGAUX, « L'arrêt Brasserie du pêcheur-Factortame III : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, chron., p. 1 ; RFDA, 1996, p. 583, note L. Dubouis).

¹¹⁷⁶ D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », AJDA, 1996, p. 489.

¹¹⁷⁷ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 66.

justice appelle ainsi les juridictions internes à appliquer leurs propres modalités procédurales, avec pour objectif d'assurer au mieux « *la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »¹¹⁷⁸. Les Etats membres semblent donc disposer d'une relative autonomie procédurale pour mettre en œuvre, dans leurs ordres juridiques, le régime de responsabilité pour violation du droit communautaire. Néanmoins, ce partage des compétences entre juge communautaire et juge national n'est qu'un leurre dans le sens où la Cour de justice encadre de plus en plus strictement l'action du juge interne. Il est alors possible d'affirmer que l'autonomie procédurale des Etats membres dans la mise en œuvre du régime de responsabilité est en forte régression (Section 2nde).

SECTION 1^{ère} : Une « communautarisation »¹¹⁷⁹ des conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres

523 - Dans l'arrêt « Francovich » comme dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour de justice ne se contente pas de poser le principe selon lequel les Etats membres sont responsables des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui leur sont imputables¹¹⁸⁰. Elle dégage expressément trois conditions d'engagement « *nécessaires et suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation* »¹¹⁸¹. Les deux premières sont directement issues des principes généraux communs aux droits des Etats membres et concernent la norme violée et le lien de causalité (§ 1). Quant à la troisième condition, elle s'inspire du régime de responsabilité extra-contractuelle de la Communauté du fait d'une violation du droit communautaire, régi par l'article 288 (ex-article 215 alinéa 2) du traité CE. Cette condition touche au caractère même de la violation en tant qu'elle énonce que celle-ci doit être « suffisamment caractérisée » (§ 2).

¹¹⁷⁸ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 42.

¹¹⁷⁹ Selon l'expression de D. SIMON, in « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 489.

¹¹⁸⁰ Voir notamment : CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 36 - CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 16.

¹¹⁸¹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 41 - CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 66. A noter une légère différence entre les deux espèces, dans la mesure où dans l'affaire « Francovich », la Cour précise que ces conditions sont « suffisantes », tandis qu'elles deviennent « nécessaires et suffisantes » dans l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III ».

§ 1 : La reprise des principes généraux communs aux droits des Etats membres relatifs à la norme violée et au lien de causalité

524 - S'inspirant des règles en vigueur dans la plupart des Etats membres, la Cour de justice exige, pour permettre l'engagement de la responsabilité des Etats pour violation du droit communautaire, la réunion de conditions relatives, d'une part, à la norme violée, et d'autre part, au lien de causalité. Ainsi, la reconnaissance d'une obligation de réparation à la charge de l'Etat membre n'est possible que si la norme de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers (A), et que le dommage allégué a un lien de causalité direct avec la violation (B).

A - La norme de droit communautaire violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers

525 - L'examen de la jurisprudence de la Cour permet de distinguer une légère différence dans la formulation de cette première condition selon le type de violation de la norme communautaire : absence totale de transposition ou transposition erronée et/ou incomplète. Dans la première hypothèse, le juge exige, en effet, que « *le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers* » et que « *le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive* »¹¹⁸², tandis que dans la seconde, la Cour précise uniquement que la règle de droit violée doit avoir « *pour objet de conférer des droits aux particuliers* »¹¹⁸³. Cette distinction n'a pas donné lieu à discussion dans la mesure où les deux formules traduisent assez fidèlement la même idée : le requérant doit justifier d'un préjudice constitué par l'atteinte à une règle communautaire lui conférant des droits afin de pouvoir mettre en jeu la responsabilité de l'Etat membre en tant qu'auteur de la violation¹¹⁸⁴.

Cette première condition d'engagement de la responsabilité de l'Etat membre est néanmoins à l'origine d'un important débat doctrinal portant sur le point de savoir si, par l'énoncé de cette condition, la Cour n'a pas tout simplement affirmé que la norme de droit en cause doit nécessairement être d'effet direct. Au vu des arguments développés, il semble qu'il

¹¹⁸² CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 40.

¹¹⁸³ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factorame III*, préc., point 51.

¹¹⁸⁴ Pour un ex. de refus de mise en œuvre de l'action en réparation, au motif qu'une directive relative aux déchets dangereux imposant une obligation de communication ne touchait pas les particuliers, voir CJCE, 13 juillet 1989, *Enichem*, aff. n° 380/87, Rec. CJCE, p. 2491.

faillie se rallier, comme la majeure partie de la doctrine, au rejet de cette affirmation (1). Le particulier peut ainsi faire valoir son droit à réparation même dans le cas où l'origine de son préjudice résiderait dans la violation d'une norme dépourvue d'effet direct. Mais la nécessité pour la norme de conférer des droits aux particuliers se matérialisera quand même par une obligation, celle pour le justiciable de justifier d'un intérêt pour agir (2).

1. Le rejet d'une condition synonyme d'effet direct de la norme violée

526 - La recherche de la signification précise de l'exigence que la norme communautaire violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers ou comporte l'attribution de tels droits, et que le contenu de ces droits soit identifiable sur la base des dispositions de cette norme, donne lieu à un vif débat doctrinal quant au rapport entre cette condition et l'effet direct. Une partie de la doctrine¹¹⁸⁵ prétend ainsi que le raisonnement suivi par la Cour de justice implique que les dispositions pertinentes de la directive doivent satisfaire aux critères de l'effet direct. Leur argumentation repose, tout d'abord, sur le fait que la formulation des conditions liées au caractère de la norme violée est très proche de celle habituellement utilisée par la Cour pour la définition même de l'effet direct. M. Barav relève ainsi que l'arrêt « Francovich » fait état du caractère « *inconditionnel et suffisamment précis* »¹¹⁸⁶ des dispositions de la directive en cause reconnaissant des droits aux particuliers. Ce à quoi M. Vandersanden ajoute que, si dans cette espèce, le justiciable ne pouvait pas invoquer les dispositions de la directive en cause dans le cadre d'une action en paiement introduite devant le juge interne, c'est uniquement du fait de l'absence d'applicabilité directe d'une disposition indifférente « *quant à la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat* »¹¹⁸⁷. Ces auteurs font ensuite valoir que de très nombreux arrêts rendus postérieurement à l'affaire « Francovich » concernent la violation d'une disposition du droit communautaire dotée de l'effet direct¹¹⁸⁸. Enfin, il est invoqué le fait que la Cour de justice fonde l'énoncé du principe de responsabilité de l'Etat sur les caractéristiques de l'ordre juridique communautaire¹¹⁸⁹, et

¹¹⁸⁵ Voir, notamment : A. BARAV, note sous, CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, JCP, 1992, G, II, n° 21783 - G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 31 et s. - J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, Paris, Pédone, 2000, p. 364 et s.

¹¹⁸⁶ CJCE, 19 novembre 1991, préc., points 22 et 44.

¹¹⁸⁷ G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, op. cit., p. 31.

¹¹⁸⁸ Pour une analyse de ces arrêts et le constat du caractère « inconditionnel et suffisamment précis » des dispositions des normes communautaires en cause, voir J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, op. cit., p. 365 et s.

¹¹⁸⁹ Pour une analyse détaillée de ce fondement, voir *supra*, § n° 442 et s.

notamment sur celle de l'effet direct, rendant ainsi impossible toute mise en œuvre du principe de responsabilité sans référence à celui-ci.

527 - La majeure partie de la doctrine¹¹⁹⁰ considère néanmoins que la condition liée à la norme violée est indépendante de l'effet direct. De nombreux auteurs font en effet valoir que si la Cour avait voulu que la responsabilité de l'Etat soit engagée uniquement par la violation d'une norme communautaire ayant un effet direct, elle l'aurait certainement précisé de manière expresse dans la jurisprudence postérieure à l'arrêt « Francovich ». De plus, ces auteurs rappellent que l'intérêt majeur de cet arrêt est précisément de sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, le non-respect d'une obligation dépourvue d'effet direct¹¹⁹¹. La possibilité d'obtenir réparation de l'Etat pour les dommages résultant de sa méconnaissance du droit communautaire est donc indispensable lorsque la norme violée n'est pas d'effet direct. Pour appuyer cet argument, on peut rappeler ici la double fonction revêtue par l'action en responsabilité. Lorsque la norme violée n'est pas directement applicable, le droit à réparation apparaît comme une sorte de substitut ou de palliatif permettant aux particuliers de bénéficier d'une « *exécution par équivalent* »¹¹⁹². Tandis que dans l'hypothèse d'une violation d'une norme communautaire d'effet direct, l'action en responsabilité constitue son « *corollaire* »¹¹⁹³, attribuant au particulier une compensation pécuniaire pour le préjudice ne pouvant se réparer par la simple exécution rétroactive de la norme.

528 - Il semble alors impossible d'exiger que la norme violée soit obligatoirement d'effet direct pour engager la responsabilité de l'Etat, au seul motif que la Cour précise que la règle de droit communautaire violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux

¹¹⁹⁰ Voir, notamment : D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 489 - du même auteur, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », AJDA, 1993, p. 235 - F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 27 - F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », RTDE, 1997, p. 69 - M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'Etat sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », CDE, 1997, p. 13 - C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, Thèse, Metz, 1996, p. 347 - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 130. Voir aussi les conclusions de Mrs les avocats généraux MISCHO (sous CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, Rec. CJCE, p. I-5402, point 66), TESAURO (sous CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, Rec. CJCE, p. I-1029, point 67) et LEGER (sous CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, Rec. CJCE, p. I-2556, points 75 à 86).

¹¹⁹¹ Voir, par ex. : D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 235 - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 131.

¹¹⁹² Concernant les rapports entre exécution en nature et exécution par équivalent, lorsque la norme n'est pas dotée d'effet direct, voir C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, op. cit., p. 64 et s.

¹¹⁹³ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 22.

particuliers. Cette position semble être confirmée par le juge de Luxembourg, dans la mesure où il affirme, dans un arrêt « *Verband deutscher Daihatsu-Händler* »¹¹⁹⁴, rendu le 4 décembre 1997, que l'absence d'effet direct ne préjuge pas de l'applicabilité éventuelle du principe de la responsabilité de l'Etat. La seule certitude que l'on peut avoir concernant l'effet direct est, comme le remarque M. l'avocat général Tesauro, que la condition relative à la norme violée sera « *toujours remplie dans le cas de dispositions directement applicables* »¹¹⁹⁵. Ceci est dû au fait qu'une norme dotée de l'effet direct a précisément pour objet d'attribuer des droits¹¹⁹⁶.

529 - Il apparaît ainsi que l'obligation pour la norme violée, de conférer des droits aux particuliers, afin de permettre la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat membre, ne signifie pas que cette norme doit nécessairement être d'effet direct. La Cour reconnaît également des effets aux directives qui, bien que non transposées et non susceptibles d'être invoquées par voie de substitution, n'en sont pas moins source de droits pour les particuliers, donnant ainsi « *naissance à une nouvelle catégorie de directives* »¹¹⁹⁷. On ne peut que se féliciter d'une telle solution garantissant ainsi la pleine efficacité du droit communautaire.

Reste alors à définir positivement ce qu'exige la Cour au travers de cette condition relative à la norme violée. Elle signifie simplement que le droit d'agir en réparation n'est pas reconnu à tout particulier mais seulement au justiciable ayant un intérêt pour agir, c'est-à-dire pouvant justifier d'une atteinte à un de ses droits.

2. La nécessité pour le justiciable de justifier d'un intérêt pour agir

530 - En affirmant en cas de non-transposition, que « *le résultat prescrit par la directive* » doit comporter « *l'attribution de droits au profit des particuliers* », et que « *le contenu de ces droits* » doit pouvoir être « *identifié sur la base des dispositions de la*

¹¹⁹⁴ CJCE, 4 décembre 1997, *Verband deutscher Daihatsu Händler*, aff. C-97/96, Rec. CJCE, p. I-6843, point 25.

¹¹⁹⁵ Concl. du 28 novembre 1995, dans l'affaire « *Brasserie du pêcheur-Factortame III* » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), Rec. CJCE, p. I-1029, point 56. De la même façon, M. l'avocat général LEGER considère que la violation d'une norme communautaire d'effet direct peut, par définition, justifier l'attribution de droits au profit du particulier ainsi que leur caractère identifiable (cf. concl. du 20 juin 1995, dans l'affaire « *Hedley Lomas* » jugée le 23 mai 1996, préc., point 88).

¹¹⁹⁶ Quelques auteurs semblent néanmoins penser que certaines directives relatives notamment à l'environnement se révèlent être des dispositions communautaires d'effet direct, mais non susceptibles de conférer des droits à la personne qui se prétend victime de la violation. Voir, par ex., à ce sujet : M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'Etat sur celle de la Communauté ou l'inverse ?* », art. préc., p. 44 - F. SCHOCKWEILER, « *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire* », art. préc., p. 27.

¹¹⁹⁷ X. PRETOT, « *Non transposition d'une directive et responsabilité de l'Etat* », RJS, 1992, p. 21.

directive »¹¹⁹⁸, la Cour de justice conditionne l'engagement de la responsabilité de l'Etat membre pour violation du droit communautaire au fait que le requérant puisse justifier d'une atteinte portée à un de ses droits. L'important ici est alors de savoir ce que le juge communautaire entend par « droit », afin de mesurer l'étendue de la protection à laquelle peut prétendre le particulier.

Dans ses conclusions sur l'affaire « Francovich »¹¹⁹⁹, M. l'avocat général Mischo estimait que, selon le droit communautaire, il suffit pour engager la responsabilité de l'Etat que soient en cause de simples « intérêts » et non les droits subjectifs de la personne lésée. Dès lors, il semble que la notion de droit soit entendue très largement puisqu'elle comprend, non seulement, les « *intérêts individuels directement et immédiatement protégés dans l'ordre juridique* » donc les droits subjectifs, mais aussi, « *les intérêts individuels seulement protégés de façon médiate et indirecte* »¹²⁰⁰, c'est-à-dire les intérêts légitimes. Il suffit donc à la victime de démontrer l'atteinte à un de ces droits pour remplir la première condition nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire¹²⁰¹. Il est à noter que cette approche de la notion de droit n'est pas nouvelle puisqu'elle fut tout d'abord appliquée par le juge communautaire en matière de responsabilité extra-contractuelle de la Communauté. Statuant dans le cadre du traité CECA, la Cour avait en effet eu l'occasion d'affirmer qu'un particulier peut se prévaloir non seulement de la violation d'un droit mais aussi de la violation d'un intérêt légitimement protégé¹²⁰².

531 - Une telle appréciation de la notion de droit va avoir une double conséquence sur la situation des particuliers, et plus particulièrement, sur leur possibilité de demander réparation de leur préjudice. En premier lieu, il n'est pas nécessaire que la règle de droit communautaire violée ait exclusivement pour objet de protéger les particuliers. La Cour de justice reconnaît en effet qu'une disposition communautaire, protégeant des intérêts généraux, puisse également protéger des intérêts particuliers et donc, que la violation d'une telle disposition permet la mise en œuvre d'une action en responsabilité. Ainsi, dans un arrêt

¹¹⁹⁸ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 40. A rapprocher de la formulation de l'arrêt préc., *Brasserie du pêcheur - Factortame III*, du 5 mars 1996, selon laquelle la règle de droit violée doit avoir « pour objet de conférer des droits aux particuliers » (cf. point 51).

¹¹⁹⁹ Concl. du 28 mai 1991, dans l'affaire « Francovich » (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc.), Rec. CJCE, p. I-5357, point 77.

¹²⁰⁰ Selon les termes employés par C. WEISSE-MARCHAL, in *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, op. cit., p. 303.

¹²⁰¹ Les autres conditions étant la démonstration d'une violation suffisamment caractérisée et d'un lien de causalité direct entre la violation des obligations communautaires par l'Etat et le dommage subi. Pour une étude détaillée de ces deux points, voir *infra*, § n° 534 et s. et § n° 544 et s.

¹²⁰² CJCE, 14 juillet 1961, *Vloeberghs*, aff. jtes n° 9/60 et n° 12/60, Rec. CJCE, p. 391.

« Dillenkofer » rendu le 8 octobre 1996¹²⁰³, le juge de Luxembourg déclare que les gouvernements allemand et britannique ne sauraient objecter que la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, vise essentiellement à garantir la libre prestation des services. L'important est donc que la règle de droit, dont la violation est alléguée, tende au moins partiellement à protéger les intérêts du requérant. Comme le souligne P. Senkovic¹²⁰⁴, une telle solution s'avère très appréciable du fait que les dispositions communautaires ont généralement pour objectif la poursuite d'intérêts généraux, telles l'intégration européenne ou la promotion des politiques communautaires. Il s'agit là encore de la transposition, au régime de responsabilité des Etats membres, d'une règle dégagée en matière de responsabilité de la Communauté¹²⁰⁵.

En second lieu, la Cour admet l'attribution de droits au profit de la victime sur le seul fondement du résultat recherché par la directive et non pas nécessairement au vu de la rédaction même des dispositions du texte. Par une approche téléologique de la condition que la norme violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, le juge communautaire refuse donc toute interprétation restrictive consistant à exclure les droits qui ne feraient pas l'objet de la norme mais ne feraient qu'en découler. Comme le remarque L. Goffin¹²⁰⁶, les droits des particuliers naissent donc ainsi, « *non seulement lorsque le traité les leur attribue explicitement, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires* ». La condition est remplie dès lors que l'objectif de la règle violée vise clairement à donner des droits aux individus, sans nécessité pour le requérant « *de prouver la violation d'une règle écrite qui serait destinée spécialement à protéger les droits des particuliers : la Cour de*

¹²⁰³ CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, aff. jtes C-179/94, C-188/94 à C-190/94, Rec. CJCE, p. I-4845, points 38 et 39. Voir également, CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, dans lequel, en réponse aux questions soulevées par le juge allemand, la Cour précise que l'obligation de réparation ne peut être subordonnée au fait que la norme violée vise une situation individuelle ou ait pour objet de protéger les droits individuels (cf. préc., points 71 et 72).

¹²⁰⁴ P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 133.

¹²⁰⁵ Voir : CJCE, 14 juillet 1967, *Kampffmeyer*, aff. jtes n° 5/66, n° 7/66 et n° 13/66 à n° 24/66, Rec. CJCE, p. 347 - CJCE, 30 novembre 1967, *Becher*, aff. n° 30/66, Rec. CJCE, p. 369. Dans ces deux espèces, la Cour reprend à son compte la thèse soutenue par M. l'avocat général GAND dans ses conclusions, selon laquelle il « n'est pas nécessaire que les dispositions litigieuses soient destinées exclusivement à servir (des particuliers), il suffit qu'elles contribuent également à la défense de leurs intérêts ». Le juge ajoute que le fait que « des intérêts soient de nature générale n'exclut pas qu'ils englobent des intérêts d'entreprises individuelles ».

¹²⁰⁶ L. GOFFIN, « A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire », CDE, 1997, p. 537. Pour une illustration de cette approche extensive de la notion de norme conférant des droits aux particuliers, voir : CJCE, 19 novembre 1991, *Franovich*, préc., point 31 - CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 54 - CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, préc., point 27.

justice prendra en compte tous les principes généraux de droit qui concernent à un titre ou à un autre les intérêts des particuliers »¹²⁰⁷.

532 - Pour de nombreux auteurs¹²⁰⁸, l'obligation ainsi définie par la Cour, que la règle violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, s'analyse alors comme la simple transposition d'une condition classique de la responsabilité, présente dans de nombreux Etats membres¹²⁰⁹, et selon laquelle « *un requérant ne peut réclamer réparation que pour autant qu'il a subi une violation d'un de ses droits ou au minimum d'un intérêt légitime juridiquement protégé, sans que cette règle ait aucun rapport nécessaire avec l'éventuel effet direct de la norme communautaire en cause* »¹²¹⁰. L'illustration de cette règle commune peut être apportée à travers la « *Schutznormtheorie* » allemande¹²¹¹. Le droit allemand prévoit en effet que la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que lorsque la règle violée a été établie dans l'intérêt et pour la protection de l'administré. Sur le même modèle, la Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad*) a consacré la règle selon laquelle un administré ne peut introduire une action en indemnité contre l'Etat, que si la norme violée à l'origine du dommage était de nature à protéger l'intérêt de la victime¹²¹².

533 - A côté de cette première condition d'engagement de la responsabilité des Etats membres relative à la norme violée, on trouve une seconde condition, là encore posée par la Cour de justice, ayant trait à l'existence d'un lien de causalité.

¹²⁰⁷ F. FINES, *Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté économique européenne*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Int., t. 101, 1990, p 387. Ici, il s'agit donc de termes employés par l'auteur à propos de la responsabilité de la Communauté, mais aisément transposables, en ce qui nous concerne, pour les Etats membres.

¹²⁰⁸ Voir, notamment : D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique », art. préc., p. 235 - du même auteur, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 489 - C. BERTRAND, « La responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives communautaires », RDP, 1994, p. 1507.

¹²⁰⁹ Le même type de condition existe, en effet, en droit français (intérêt légitime), en droit italien (droit subjectif), mais également en Allemagne, au Danemark, en Grèce, aux Pays-Bas ou au Portugal.

¹²¹⁰ D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 498.

¹²¹¹ Pour les détails de l'influence de la « *Schutznormtheorie* » sur la formulation du principe selon lequel la norme violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, voir J.-N. BILLARD, « L'exigence de transgression d'une norme protectrice des particuliers - principe énigmatique du droit de la responsabilité extra-contractuelle des Communautés européennes », in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 632 et s.

¹²¹² Voir F. SCHOCKWEILER, G. WIVENES et J.-M. GODART, « Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », RTDE, 1990, p. 45.

B - Le dommage allégué doit avoir « un lien de causalité direct »¹²¹³ avec la violation du droit communautaire commise par l'Etat membre

534 - A l'occasion de son arrêt « Francovich », le juge de Luxembourg précise que l'engagement de la responsabilité de l'Etat membre pour violation du droit communautaire exige « l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées »¹²¹⁴. Bien que la vérification de l'existence de ce lien soit de la compétence du juge interne, la Cour s'efforce de préciser les caractéristiques devant être revêtues par le lien de causalité. En résulte alors une sorte de définition communautaire du lien de causalité, très proche de celle des Etats membres (1), s'accompagnant d'une appréciation des causes éventuelles d'atténuation ou d'exonération de responsabilité, cette fois-ci assez stricte comparée aux systèmes mis en place dans la plupart des Etats membres (2).

1. La reprise par la Cour de la définition classique du lien de causalité

535 - De manière tout à fait naturelle, il ne saurait y avoir d'engagement de la responsabilité d'un Etat membre en l'absence d'un lien de causalité entre le dommage et le comportement de l'organe en cause. Il s'avère alors indispensable de vérifier l'existence de ce lien. Au nom du principe de l'autonomie procédurale et institutionnelle, cette tâche appartient normalement au juge national¹²¹⁵. La Cour n'exige aucunement qu'un arrêt en constatation de manquement soit préalablement rendu¹²¹⁶, néanmoins par le biais de sa jurisprudence, elle en est venue à poser certaines exigences auxquelles le juge interne doit se soumettre à l'occasion de la vérification de l'existence du lien de causalité.

536 - Le juge de Luxembourg a ainsi spécifié la nature que doit revêtir le lien de causalité. Il affirme que les juridictions nationales doivent « vérifier s'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par

¹²¹³ Selon la formule employée par la CJCE. Voir, par ex. : CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., points 51 et 66 - CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, préc., point 25 - CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, préc., point 21 - CJCE, 17 octobre 1996, *Denkavit*, aff. C-283/94, C-291/94 et C-292/94, Rec. CJCE, p. I-5063, point 48 - CJCE, 2 avril 1998, *Norbrook Laboratories*, aff. C-127/95, Rec. CJCE, p. I-1531, point 107 - CJCE, 24 septembre 1998, *Brinkmann Tabakfabriken*, aff. C-319/96, Rec. CJCE, p. I-5255, point 29 - CJCE, 15 juin 1999, *Rechberger*, aff. C-140/97, Rec. CJCE, p. I-3499, point 72.

¹²¹⁴ CJCE, 19 novembre 1991, préc., point 40.

¹²¹⁵ Voir, par ex. : CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 66 - CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, préc., point 30.

¹²¹⁶ A ce sujet, voir *supra*, § n° 494 et s.

les personnes lésées »¹²¹⁷. Par cette formule, il semble que la Cour fasse un choix parmi les divers critères permettant d'apprécier le rapport causal entre le fait dommageable et le préjudice. Il rejette sans conteste les théories dites de l'équivalence des conditions¹²¹⁸ et de la cause la plus proche¹²¹⁹, pour appliquer celle de la causalité adéquate. Selon cette dernière, toutes les conditions du dommage n'ont pas la même valeur causale, le dommage étant imputé « à celui des faits dont on peut estimer, d'après l'expérience que l'on a du cours normal des choses, qu'il avait une vocation particulière à le provoquer »¹²²⁰. Par conséquent, le dommage doit être la conséquence normale du fait imputé à l'Etat et le comportement illicite de l'Etat, la cause déterminante du dommage.

537 - Il appartient donc au requérant de démontrer que l'acte ou l'omission des autorités nationales a joué un rôle déterminant dans la réalisation du dommage. Une telle condition apparaît comme classique de la responsabilité¹²²¹. Le juge communautaire ne fait que reformuler un principe déjà présent dans la plupart des systèmes nationaux de la responsabilité administrative que ce soit la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, le Luxembourg, le Danemark, le Portugal ou encore la Grèce¹²²². Il est alors possible de se demander, à l'image de D. Simon, « au nom de quoi le droit communautaire serait fondé à imposer au juge interne une limitation de cette nature, qui n'est en rien justifiée par le souci

¹²¹⁷ Voir, notamment : CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., points 51 et 66 - CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, préc., point 25 - CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, préc., point 21 - CJCE, 17 octobre 1996, *Denkavit*, préc., point 48 - CJCE, 2 avril 1998, *Norbrook Laboratories*, préc., point 107 - CJCE, 24 septembre 1998, *Brinkmann Tabakfabriken*, préc., point 29 - CJCE, 15 juin 1999, *Rechberger*, préc., point 72. Ici, il convient de noter que ce point n'était pas précisé dans l'arrêt « Francovich », lequel se contentait de mentionner, parmi les conditions d'un droit à réparation, l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc., point 40).

¹²¹⁸ Selon les termes de J.-M. FAVRET, cette théorie « attribue la même valeur causale à tous les événements ayant concouru à la réalisation du dommage ; tous ces événements sont réputés se valoir de sorte que l'on doit considérer que le préjudice n'aurait pas pu se produire en l'absence de l'un des événements de la série » (cf. *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, op. cit., p. 152).

¹²¹⁹ Cette théorie conduit à considérer que la cause déterminante du dommage est celle se situant au plus près dans le temps de la réalisation du dommage. Simple d'application, elle peut se révéler sources de graves injustices. Comme l'a écrit P. VIALLE, « dans certaines espèces, l'ultime élément n'apparaît aux yeux de l'observateur que comme la légère dépression qui a fait éclater un orage dont les lourds nuages s'étaient accumulés depuis longtemps. Et, bien vite, la conclusion s'impose souvent : il n'est pas juste de faire porter le poids des responsabilités au dernier fait, dont la gravité ou le caractère dangereux est bien inférieur à ceux qui l'ont précédé » (cf. « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », RDP, 1974, p. 1281).

¹²²⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1245.

¹²²¹ Selon les termes de M. l'avocat général TESAURO, dans ses concl. rendues le 28 novembre 1995, sur l'affaire « Brasserie du pêcheur » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), il s'agit de « l'élément canonique de la responsabilité aquilienne » (cf. Rec. CJCE, p. I-1029, point 97),

¹²²² Pour une présentation du mécanisme de vérification de l'existence du lien de causalité dans ces différents Etats, voir C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, op. cit., p. 387 et s.

de protection juridictionnelle »¹²²³. Une justification de ce comportement peut être trouvée dans la volonté du juge communautaire de poursuivre ici son travail d'alignement des conditions de mise en oeuvre de la responsabilité des Etats membres sur le régime applicable à la Communauté, lequel est prévu à l'article 288 (ex-article 215) du traité CE. Dans l'hypothèse d'une violation des normes communautaires par la Communauté, le juge de Luxembourg considère en effet que le lien de causalité prévu par l'article 288 CE doit être direct¹²²⁴. De plus, il convient de ne pas être trop sévère avec la Cour de justice dans le sens où, bien qu'elle se prononce elle-même sur le caractère que doit revêtir le lien de causalité pour être constitué, rien n'empêche les Etats membres d'utiliser leurs règles juridiques internes dans le cas où celles-ci seraient moins restrictives¹²²⁵. Ainsi par exemple, le droit communautaire ne semble pas pouvoir s'opposer à ce que le juge interne français autorise, comme il le fait en droit national, la réparation des préjudices « par ricochet »¹²²⁶, malgré le fait que le juge de Luxembourg ait tendance à refuser l'indemnisation de tels préjudices.

538 - En matière de définition du lien de causalité, la Cour se contente donc de reprendre les principes en vigueur dans la plupart des Etats membres. Le constat ne sera pas identique en ce qui concerne les causes d'atténuation ou d'exonération de la responsabilité, dans la mesure où son intervention apparaît, d'une part, comme largement plus consistante et se trouve être, d'autre part, beaucoup plus sévère eu égard notamment aux règles présentes en droit administratif français.

2. La position stricte de la Cour quant à la possibilité pour l'Etat d'invoquer une rupture du lien de causalité

539 - Dans tout régime de responsabilité, il est possible pour la personne ou l'organe incriminé de tenter d'atténuer ou d'exclure l'engagement de sa responsabilité en démontrant que le fait qui lui est reproché n'est pas la seule cause, ni la cause déterminante du dommage. Trois types de faits sont ainsi susceptibles de rompre le lien de causalité entre le préjudice et

¹²²³ D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 498.

¹²²⁴ Voir, par ex. : CJCE, 15 janvier 1987, *Groupement Agricole d'Exploitation en Commun (GAEC) de la Ségaude*, aff. n° 53/84, Rec. CJCE, p. 123 - TPI, ordonnance, 21 mars 1997, *Antonissen*, aff. T-179/96R, Rec. CJCE, p. II-425.

¹²²⁵ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 66.

¹²²⁶ Ces préjudices « par ricochet » (ou « réfléchis ») atteignent les personnes unies par des liens divers (pas nécessairement de droit) aux victimes immédiates. Leur droit à indemnisation est reconnu dès lors que leur dommage est certain. Voir, par ex. : CE, Ass., 3 mars 1978, *Veuve Muësser*, Rec. CE, p. 116 ; AJDA, 1978, p. 210, chron. M. Nauwealaers et O. Dutheillet de Lamothe ; CJEG, 1978, p. 123, note M. Le Galcher-Baron ; JCP, 1978, G, n° 18986, concl. P. Dondoux, à propos d'une personne vivant, depuis plusieurs années, en concubinage et ayant eu avec son compagnon « une liaison suffisamment stable et continue pour lui donner vocation à obtenir réparation du préjudice que lui cause le décès de son compagnon ».

le fait générateur : la faute de la victime, le fait du tiers et la force majeure. En matière de responsabilité des Etats membres du fait de la violation du droit communautaire, ces causes étrangères font l'objet d'une interprétation par la Cour de justice afin, non seulement, d'aiguiller le juge interne dans son appréciation de l'existence du lien de causalité, mais aussi, de permettre une mise en œuvre homogène du régime de responsabilité dans le plus grand nombre d'Etats membres.

540 - Concernant tout d'abord la faute de la victime, il est nécessaire de préciser dès à présent que, pour le juge communautaire, cette éventualité recèle une particularité, dans le sens où les conséquences d'une telle faute devront être examinées par le juge interne dans le cadre de l'évaluation du montant matériel de la réparation, et non dans celui de l'ouverture du droit à réparation. La Cour affirme en effet que, « *pour déterminer le préjudice indemnisable, le juge national peut vérifier si la personne lésée a fait preuve d'une diligence raisonnable pour éviter le préjudice ou en limiter la portée et si, notamment, elle a utilisé en temps utile toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition* »¹²²⁷. Il convient d'ajouter que seul un comportement antérieur au dommage est susceptible de rompre le lien de causalité puisque, comme le souligne M. l'avocat général Léger¹²²⁸, un comportement négligent postérieur à la production du dommage ou le défaut d'avoir utilisé d'autres voies de recours après la production du dommage sont étrangers à l'existence d'un lien de causalité du fait de la préexistence du dommage. Ainsi, le lien de causalité entre l'acte ou l'omission illicite et le dommage subi peut être totalement ou partiellement rompu par le comportement fautif de la victime¹²²⁹.

Par cette formule, la Cour procède à la réaffirmation d'une règle énoncée dans le cadre de la responsabilité de la Communauté régie par l'article 215 (article 288 après renumérotation) du traité CE, puisque dans un arrêt « Mulder »¹²³⁰ en date du 19 mai 1992, le juge énonçait que « *selon un principe commun aux systèmes juridiques des Etats membres, la personne lésée, au risque de devoir supporter elle-même le dommage, doit faire preuve d'une diligence raisonnable pour limiter la portée du préjudice* ». Cette exigence de diligence

¹²²⁷ Voir, notamment : CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 84 - CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, préc., point 72.

¹²²⁸ Concl. en date du 20 juin 1995, rendues sur l'arrêt « Hedley Lomas » (cf. CJCE, 23 mai 1996, préc.), Rec. CJCE, p. I-2556, point 192.

¹²²⁹ C'est le cas en France où le droit prévoit que si le dommage apparaît comme procédant exclusivement du comportement de la victime, le défendeur est exonéré de toute responsabilité, tandis que si la victime a seulement contribué à sa réalisation, concurremment avec le fait du défendeur, la responsabilité de ce dernier n'est engagée que dans la proportion où son fait a causé le dommage. Pour plus de précision, voir supra, § n° 216.

¹²³⁰ CJCE, 19 mai 1992, *Mulder c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-104/89 et C-37/90, Rec. CJCE, p. I-3061, point 33.

raisonnable s'explique aisément dans la mesure où la victime du dommage causé par un organe étatique se trouve être le « *bénéficiaire conditionnel d'une faveur* (la réparation intégrale) *s'il le mérite par sa conduite* »¹²³¹. De plus, comme le remarque H. Muscat¹²³², l'exigence apparaît comme « *un moyen de concilier les intérêts de l'Etat avec le principe selon lequel il ne peut être interdit aux juges nationaux d'apprécier la compatibilité d'un acte interne avec une disposition communautaire quand bien même celle-ci n'a pas été invoquée dans un certain délai par le justiciable* »¹²³³. Néanmoins, il convient d'accueillir cette position de la Cour avec prudence¹²³⁴ dans la mesure où il en résulte pour les particuliers une véritable « *obligation de connaissance de l'environnement juridico-économique* »¹²³⁵. Or, dans le contexte actuel de multiplication des textes communautaires intervenant dans les domaines les plus divers, une telle obligation n'est pas toujours évidente, même s'il appartient au juge interne d'apprécier objectivement le comportement de la victime, de comparer son attitude avec celle standard qu'aurait du avoir tout justiciable placé dans la même situation que le requérant.

541 - Dans la formulation de son exigence relative à la diligence de la victime, la Cour de justice fournit au juge interne une piste d'appréciation, puisqu'elle lui conseille de vérifier « *si, notamment, (la personne lésée) a utilisé en temps utile toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition* »¹²³⁶. Une telle affirmation soulève une question délicate dans la mesure où le juge communautaire a soigneusement évité de définir les recours concernés. Ainsi, il est important de cerner l'articulation de l'action en responsabilité avec les autres recours nationaux et notamment avec le recours en annulation. Selon M. l'avocat général Tesouro, le recours en responsabilité se présente « *comme la dernière ressource laissée au particulier, c'est-à-dire, la voie à utiliser lorsqu'il ne lui est plus possible de parvenir autrement à un résultat utile* »¹²³⁷. Dès lors, il semble que l'action en annulation, permettant

¹²³¹ J. MOREAU, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 7, 1957, p. 244.

¹²³² H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris, éd. L'Harmattan, 2001, p. 76.

¹²³³ Pour une affirmation du principe, voir : CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, Rec. CJCE, p. I-4599.

¹²³⁴ A l'image de D. SIMON, exprimant les plus grandes réserves à l'égard de cette exigence de diligence en raison, non seulement, de l'ingérence qu'elle constitue dans un domaine réservé au droit national et dans lequel le juge interne dispose des moyens suffisants pour y pourvoir, mais aussi, du fait qu'elle ne puisse pas réellement être justifiée par le souci de protéger les droits garantis par le droit communautaire (cf. « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 499).

¹²³⁵ F. FINES, *Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté économique européenne*, op. cit., p. 407.

¹²³⁶ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 84.

¹²³⁷ Concl. rendues le 28 novembre 1995, sur l'affaire « Brasserie du pêcheur » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), Rec. CJCE, p. 1029, point 104.

de neutraliser les effets de l'acte illégal, soit le préluce indispensable à toute demande d'indemnisation.

Néanmoins, il convient de fortement nuancer ce principe dans le sens où celui-ci ne s'imposera que dans certaines hypothèses de violation du droit communautaire, comme dans certains Etats membres. En effet, comme le souligne G. Vandersanden¹²³⁸, il s'avère tout d'abord impossible d'exiger de la victime l'exercice d'un recours préalable en annulation lorsque le dommage résulte de l'absence de transposition d'une directive, puisque dans ce cas précis, il n'existe par définition aucun acte dont l'annulation puisse être requise. Ensuite, les possibilités pour un particulier de contester les actes législatifs pris en violation du droit communautaire sont extrêmement rares et relèvent, dans la majorité des cas, d'une décision rendue par une juridiction constitutionnelle, privant ainsi le juge national saisi du litige de la mission qui lui incombe d'établir la responsabilité de l'Etat. Enfin, l'obligation d'un épuisement préalable des voies de droit interne constituerait, pour la majorité de la doctrine, un obstacle sérieux à la pleine efficacité du droit communautaire¹²³⁹.

542 - Concernant les deux autres causes d'exonération reconnues dans la plupart des Etats membres que sont le fait du tiers et la force majeure, la Cour de justice adopte une position beaucoup plus stricte. En effet, elle ne procède pas, comme nous venons de le voir en ce qui concerne la faute de la victime, à une analyse des éléments pouvant permettre de conclure à l'existence d'une rupture du lien de causalité. Ici, le juge communautaire affirme expressément à l'occasion d'un arrêt « Rechberger »¹²⁴⁰ rendu le 15 juin 1999, qu'il est impossible pour l'Etat de s'exonérer ou d'atténuer sa responsabilité en invoquant le fait du tiers comme la force majeure. En l'espèce, il s'agissait de la transposition incorrecte par l'Etat autrichien de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990¹²⁴¹ concernant les voyages, vacances et circuits à forfait. Tout en reconnaissant que l'existence du lien de causalité relève

¹²³⁸ G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, op. cit., p. 44.

¹²³⁹ G. VANDERSANDEN invoque à cet égard l'arrêt « Simmenthal » (cf. CJCE, 9 mars 1978, aff. n° 106/77, Rec. CJCE, p. 609), dans lequel la Cour de justice a considéré qu'en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, était incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition nationale qui pouvait diminuer l'efficacité du droit communautaire. Selon lui, la même logique est applicable au contentieux de la responsabilité (cf. *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, op. cit., p. 45).

F. FINES estime, quant à elle, que l'obligation d'exercice préalable de voie de recours en annulation réduit considérablement la substance du droit à réparation (cf. « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », art. préc., p. 69).

¹²⁴⁰ CJCE, 15 juin 1999, *Rechberger*, aff. C-140/97, Rec. CJCE, p. I-3499 ; Europe, 1999, comm. n° 280, obs. D. Simon.

¹²⁴¹ JOCE, n° L. 158, 23 juin 1990, p. 59. A noter que dans un arrêt « Dillenkofer » (cf. CJCE, 8 octobre 1996, préc.), la Cour avait déjà refusé de reconnaître la rupture du lien de causalité alors que le gouvernement allemand invoquait le fait d'un tiers.

de l'appréciation des juridictions nationales, le juge de Luxembourg considère que l'engagement de la responsabilité de l'Etat ne saurait être écarté en raison de comportements imprudents de la part de l'organisateur de voyages ou de la survenance d'événements exceptionnels ou imprévisibles.

Le seul regret pouvant être formulé ici reste, comme le souligne D. Simon¹²⁴², que la Cour ait fondé sa solution uniquement sur des considérations relatives au système de la garantie prévu par la directive, alors qu'elle aurait pu également être justifiée par des considérations tirées du fondement même de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire. En effet, la véritable cause de la responsabilité de l'Etat réside, soit dans l'absence de transposition, soit dans la transposition incorrecte d'une directive. Dès lors, ce fait générateur est totalement autonome par rapport aux éventuels comportements de tiers comme à des circonstances exceptionnelles, permettant d'affirmer que « *l'Etat n'est pas responsable en qualité de débiteur de l'obligation d'indemniser les dommages résultant de l'insolvabilité de l'organisateur de voyages, mais en qualité d'autorité de transposition de la directive, qui n'a pas rempli de façon régulière les obligations découlant de l'article 249 (ex-article 189) du traité CE (...)* »¹²⁴³.

543 - Par référence aux principes généraux communs aux systèmes juridiques des Etats membres, la Cour de justice fixe ainsi elle-même, au travers de sa jurisprudence, les deux premières conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire relatives à la norme violée et au lien de causalité. A cela, le juge communautaire ajoute une troisième et dernière condition touchant à la violation de la norme communautaire et inspirée cette fois-ci exclusivement du régime applicable en matière de responsabilité extra-contractuelle de la Communauté¹²⁴⁴ : la violation de la règle communautaire doit être « suffisamment caractérisée ».

¹²⁴² Note sous, CJCE, 15 juin 1999, *Rechberger*, Europe, 1999, comm. n° 280.

¹²⁴³ Note sous, CJCE, 15 juin 1999, *Rechberger*, Europe, 1999, comm. n° 280.

¹²⁴⁴ Voir CJCE, 25 mai 1978, *HNL*, aff. jtes n° 836/76, n° 94/76, n° 4/77, n° 15/77 et n° 40/77, Rec. CJCE, p. 1209, pour l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée d'une « règle supérieure de droit protégeant les particuliers ».

§ 2 : L'ajout d'une condition inspirée du régime de responsabilité extra-contractuelle de la Communauté : l'exigence d'une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire

544 - Tout dommage subi par un particulier, du fait d'une violation par un Etat membre de dispositions communautaires lui reconnaissant des droits, ne pourra être réparé que si cette violation peut être qualifiée de « suffisamment caractérisée ». Ainsi, la notion de « violation suffisamment caractérisée » de la norme communautaire apparaît comme « l'élément central dans la mise en œuvre du régime de responsabilité »¹²⁴⁵ (A). Dès lors que la violation n'apparaît pas comme choquante et/ou peut être excusée, il n'y a pas lieu selon la Cour d'indemniser la victime. L'examen de cette condition d'engagement relative à la violation permet également de s'interroger sur la nature du régime de responsabilité créé par la Cour à partir de son arrêt « Francovich »¹²⁴⁶. En effet, les termes « suffisamment caractérisée », qualifiant la violation, évoquent *a priori* une certaine gravité nécessaire. Dès lors, il semble possible de les rapprocher de la notion de faute présente dans la plupart des systèmes juridiques des Etats membres. Néanmoins, cette notion est définie de manière très différente selon les droits internes. On admet, en effet généralement, qu'il existe deux conceptions de la faute : l'une objective et l'autre subjective. Dans la conception objective, la faute « est constituée par le seul fait de violer la règle de droit »¹²⁴⁷. Elle se rapproche ainsi de l'illégalité, c'est la faute non-intentionnelle que l'on commet sans en avoir conscience. *A contrario*, dans la conception subjective, la faute intègre un élément psychologique et moral de culpabilité. Elle se définit alors, selon les termes de L. Duguit, comme « une violation consciente de la règle de droit par une volonté libre »¹²⁴⁸.

Par souci d'harmonisation, il semble alors que la Cour de justice ait voulu construire un régime de responsabilité déterminé par la violation elle-même et non par un quelconque élément intentionnel, régime que certains auteurs qualifient ainsi de responsabilité pour

¹²⁴⁵ Selon les termes de P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 135.

¹²⁴⁶ CJCE, 19 novembre 1991, préc.

¹²⁴⁷ L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », RFDA, 1996, p. 586.

¹²⁴⁸ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, cité par J.-M. FAVRET in, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 83.

« faute objective »¹²⁴⁹, sous-entendu pour faute appréciée de manière objective (B), sans considération indispensable d'une volonté de réaliser un manquement au droit communautaire.

A - Une condition vue comme l'élément central dans la mise en œuvre du régime de responsabilité

545 - Obstacle principal à l'engagement de la responsabilité des Etats membres, la condition d'une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire se doit d'être précisément définie. Selon la jurisprudence de la Cour, son appréciation est liée à l'étendue des pouvoirs normatifs détenus par l'auteur de la violation dommageable (1). Il appartient donc au juge national, compétent pour vérifier la gravité de la violation, de s'interroger d'abord sur l'importance des pouvoirs de l'organe étatique en cause, avant de statuer sur le degré de la violation. Néanmoins, l'exigence d'une application effective du droit communautaire, comme la volonté d'éviter toute impunité des Etats membres, font que le juge national n'exerce pas sa compétence en toute indépendance. En effet, le juge communautaire s'estime devoir intervenir tant en ce qui concerne la définition de la « violation suffisamment caractérisée », qu'à ce qui se rapporte à sa méthode d'appréciation, à tel point que le juge interne semble agir « *sous liberté contrôlée* »¹²⁵⁰ (2).

1. *La « violation suffisamment caractérisée » : une notion liée à l'étendue des pouvoirs normatifs de l'Etat membre*

546 - A la lecture de l'arrêt de principe « Francovich », on ne trouve aucune référence à l'exigence d'une violation particulière¹²⁵¹, le juge communautaire se contentant simplement

¹²⁴⁹ Pour une utilisation de cette notion, voir notamment : D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 498 - F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », art. préc., p. 90 et s. - S. GROSSRIEDER-TISSOT, *Faute et illégalité dans la responsabilité publique*, Thèse, Nancy 2, 1999, p. 370 - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 167 - Y. ITO, *La responsabilité de l'Etat membre en cas de violation du droit communautaire*, Thèse, Paris 2, 1996, p. 204 - C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, op. cit., p. 355.

¹²⁵⁰ Termes employés par P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 143.

¹²⁵¹ CJCE, 19 novembre 1991, préc., points 39 et 40. Le juge se contente en effet de préciser que, lorsqu'un « Etat membre méconnaît l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 189, 3^e alinéa, du traité, de prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive, la pleine efficacité de cette norme de droit communautaire impose un droit à réparation dès lors que trois conditions sont réunies », à savoir que « le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit des particuliers », « que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive », et enfin qu'il existe « un

de préciser que les conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres doivent dépendre de « *la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé* »¹²⁵². Il faudra attendre l'arrêt « *Brasserie du pêcheur-Factortame III* »¹²⁵³ pour que la Cour évoque, pour la première fois cette condition d'une « violation suffisamment caractérisée ». Une telle affirmation trouve son origine directe dans un parallèle entre le régime de responsabilité des Etats membres (et plus particulièrement du législateur) et celui des institutions communautaires, lequel est prévu à l'article 215 alinéa 2 (article 288 après renumérotation) du traité CE. Pour la Cour, il est en effet possible de trouver des points communs entre la situation de l'Etat membre, disposant d'un large pouvoir d'appréciation pour mettre en œuvre le droit communautaire, et celle des institutions communautaires, auteurs d'actes nécessaires à la mise en œuvre des politiques communautaires, puisque dans les deux cas, il existe une latitude d'action conséquente. En l'espèce, elle constate que les législateurs allemand et britannique, à qui ont reproché de violer des dispositions du traité, étaient confrontés à « *des situations comportant des choix comparables à ceux opérés par les institutions communautaires lors de l'adoption d'actes normatifs relevant d'une politique communautaire* »¹²⁵⁴. Dès lors, « *les conditions dans lesquelles (la) responsabilité (de l'Etat membre) peut être engagée doivent être, en principe, les mêmes que celles dont dépend la responsabilité de la Communauté dans une situation comparable* »¹²⁵⁵. Or, en application des

lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées ».

¹²⁵² CJCE, 19 novembre 1991, préc., point 38. Selon L. GOFFIN, il semble qu'il faille comprendre par cette formule que les conditions de la responsabilité de l'Etat membre résultent de la nature de l'obligation violée, dans la mesure où en l'espèce, le juge déduit les trois conditions d'engagement de la méconnaissance par l'Etat italien de l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive (cf. « A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire », art. préc., p. 533).

¹²⁵³ CJCE, 5 mars 1996, préc.

¹²⁵⁴ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 50. Ici, il est important de souligner qu'un tel raisonnement constitue une évolution majeure par rapport à l'arrêt « *Francovich* » (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc.), dans lequel la Cour ne s'était livrée à aucune référence à la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté, et ce, malgré la proposition appuyée de M. l'avocat général MISCHO, dans ses conclusions en faveur d'une transposition en droit interne des conditions d'indemnisation élaborées par la Cour, pour la responsabilité des institutions communautaires.

¹²⁵⁵ *Idem*, point 47. Ici, on remarquera que la Cour a veillé à instituer une réserve à cet alignement avec le régime de l'art. 215 al 2, par la présence des termes « en principe » et « dans une situation comparable ». Une telle solution a très naturellement servi de point d'appui aux critiques de ceux, à l'image de M. l'avocat LEGER, pour qui un tel rapprochement n'est guère possible et relève même de « l'illogisme » en raison d'une différence radicale de fondements entre le régime applicable à la Communauté et celui applicable aux Etats membres, comme de difficultés sur le plan technique et politique. Sur ce point, voir notamment : concl. LEGER sur l'affaire « *Hedley Lomas* » (cf. CJCE, 23 mai 1996, préc.), rendues le 20 juin 1995, Rec. CJCE, p. I-2553 - F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », art. préc., p. 83 - L. GOFFIN, « A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire », art. préc., p. 548 - S. ABOUDRAR-RAVANEL, « Responsabilité et primauté, ou la question de l'efficacité de l'outil. A propos du principe de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres pour violation du droit communautaire », RMC, 1999, p. 553.

dispositions de l'article 288 (ex-article 215) du traité CE, la jurisprudence considère que « *s'agissant d'un acte normatif impliquant des choix de politique économique, la responsabilité de la Communauté pour le préjudice que des particuliers auraient subi par l'effet de cet acte, ne sauraient être engagée (...) qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers* »¹²⁵⁶. Ainsi, après avoir littéralement rappelé la règle générale de l'arrêt « Francovich », à savoir que les conditions de la responsabilité dépendent de la nature de la violation du droit communautaire, la Cour reprend les trois conditions d'engagement de la responsabilité, habituellement appliquées aux actes fautifs de nature communautaire, à savoir que la règle de droit violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation doit être « suffisamment caractérisée » et enfin qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation et le dommage¹²⁵⁷.

Une telle consécration d'un « *standard commun de responsabilité* »¹²⁵⁸, établi à partir de l'alignement du régime des Etats membres sur celui de la Communauté (et non l'inverse), s'explique selon la Cour, non seulement, par le fait que le régime de responsabilité des institutions communautaires prévu à l'article 288 (ex-article 215) du traité CE renvoie « *en matière de responsabilité extra-contractuelle de la Communauté, aux principes généraux communs aux droits des Etats membres* », mais encore par le fait que « *la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la*

Pour un avis contraire, voir : F. SCHOCKWEILER, G. WIVENES et J.-M. GODART, « Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », art. préc., p. 27 - L. DUBOUIIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 591 - O. DUBOS, « Le principe de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire (à propos des récents arrêts de la Cour de justice relatifs à la responsabilité du législateur) », RAE, 1997, p. 216.

Indépendamment de ce débat doctrinal, cette position nuancée de la Cour a permis « une uniformité relative des conditions » (cf. F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », art. préc.), par un rejet de l'application aux Etats membres des conditions requises en matière de responsabilité de la Communauté et correspondant à la violation suffisamment caractérisée d'une « règle supérieure de droit protégeant les particuliers » (cf. CJCE, 25 mai 1978, *HNL*, préc.), comme à un préjudice anormal et spécial (cf. CJCE, 4 octobre 1979, *Ireks-Arkady c/ Conseil et Commission*, aff. n° 238/78, Rec. CJCE, p. 2955). Pour une critique de ces conditions comme étant trop excessives pour être exigées dans le cadre de la responsabilité des Etats membres, voir : G. TESAURO, concl. sous CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, Rec. CJCE, p. I-1029, point 93 - L. DUBOUIIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 594 - D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 489.

¹²⁵⁶ Voir, notamment : CJCE, 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, aff. n° 5/71, Rec. CJCE, p. 975, point 11 - CJCE, 13 juin 1972, *Compagnie d'approvisionnement*, aff. n° 9/71 et n° 11/71, Rec. CJCE, p. 402.

¹²⁵⁷ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 51.

¹²⁵⁸ Selon l'expression employée par F. FINES, in « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », art. préc., p. 82.

nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage »¹²⁵⁹. A cela, M. l'avocat général Tesauro ajoute, dans ses conclusions¹²⁶⁰, que l'idée de Communauté de droit implique nécessairement l'affirmation d'un régime unique.

547 - Partant du régime applicable aux institutions communautaires¹²⁶¹, la Cour opère donc une distinction selon que les autorités publiques disposent ou non d'un large pouvoir d'appréciation pour agir dans un domaine régi par le droit communautaire, faisant du critère de la marge d'appréciation « *le discriminant opératoire au sein du régime de responsabilité* »¹²⁶² ou encore le « *pivot* »¹²⁶³ du raisonnement qui conduit à la mise en œuvre de la responsabilité. Dans le premier cas, la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que s'il est possible d'établir que celui-ci a commis une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire. Dans le second cas, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'autorité nationale est tenue par une obligation de résultat, de comportement ou d'abstention réduisant considérablement sa marge d'appréciation au point de parler d'une compétence liée¹²⁶⁴, toute violation de la règle communautaire serait susceptible d'engager la

¹²⁵⁹ CJCE, 5 mars 1996, préc., point 42. Ce dernier élément apparaît d'autant plus important que, depuis la solution consacrée par l'arrêt « Francovich » (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc.), on assistait à une protection des droits des particuliers assez inégale selon que l'atteinte dommageable avait été causée par la Communauté ou un Etat membre. En effet, les critères d'engagement de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté (violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit communautaire, existence d'un préjudice anormal et spécial, lien de causalité) étaient, non seulement, très précisément définis, mais ils faisaient en plus l'objet d'une appréciation rigoureuse par la jurisprudence communautaire (voir à ce sujet, F. FINES, *Etude de la responsabilité extra contractuelle de la Communauté économique européenne, op. cit.*). Comme le remarque G. TESAURO, l'idée phare était que, « comme le pouvoir législatif en général, l'exercice du pouvoir normatif des institutions communautaires ne peut ni ne doit être compromis par le risque de subir des actions en dommages-intérêts chaque fois qu'il s'agit d'instituer des mesures allant dans le sens de l'intérêt général, mais susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers » (cf. « Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire », RMUE, 1996, p. 25),

¹²⁶⁰ Concl. rendues le 28 novembre 1995, sur l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), Rec. CJCE, p. I-1029, points 62 à 69, et notamment points 67 et 68 : « Dans une communauté de droit, ayant pour ambition que les actes et les comportements de l'ensemble des protagonistes du système soient soumis, sans privilège aucun, au contrôle juridictionnel, l'exigence d'une protection effective des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier, à égalité de situation, selon qu'un Etat membre ou la Communauté est à l'origine du dommage ».

¹²⁶¹ Comme le précise O. DUBOS, s'il faut avouer « que ce critère du pouvoir d'appréciation n'était pas, du moins à notre connaissance, explicitement présent dans la motivation des arrêts statuant sur la responsabilité de la Communauté, il ne s'agit pas pour autant d'une idée toute à fait nouvelle dans le droit communautaire » (cf. « Le principe de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire », art. préc., p. 217). Ainsi, dans un arrêt « Atlanta », rendu le 9 novembre 1995, la Cour estime que, pour décider de l'octroi de mesures provisoires à l'encontre d'un acte national exécutant correctement un règlement communautaire supposé invalide, « la juridiction nationale doit tenir compte de l'étendue de la marge d'appréciation qui doit, au regard de la jurisprudence de la Cour, être reconnue aux institutions communautaires selon les secteurs concernés » (aff. C-465/93, Rec. CJCE, p. I-3761, point 37). A noter cependant, qu'en l'espèce, la Cour se place ici sur le terrain de la licéité et non de la responsabilité.

¹²⁶² D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 495.

¹²⁶³ A. RIGAUX, « L'arrêt Brasserie du pêcheur-Factortame III : le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, p. 1.

¹²⁶⁴ On peut citer ici l'exemple de l'arrêt « Francovich » (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc.), illustrant parfaitement cette idée de compétence liée, dans le sens où il appartenait au législateur italien de transposer une directive communautaire et que sa responsabilité fut engagée du seul fait de son inaction.

responsabilité de l'Etat, à condition bien entendu que les autres conditions soient remplies¹²⁶⁵. N. Dantenol-Cor associe ainsi cette hypothèse à « l'engagement d'une responsabilité pour simple illégalité, dont la preuve serait facilitée par la constatation de la carence ou de la violation étatique »¹²⁶⁶.

548 - Au lendemain des arrêts « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹²⁶⁷, le critère d'engagement de la responsabilité résidait donc dans l'étendue du pouvoir normatif dont disposait l'Etat membre incriminé pour agir dans un domaine régi par le droit communautaire. Il semblait alors acquis que la « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire était une condition indispensable en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité de l'Etat législateur, dans la mesure où les deux affaires concernaient respectivement les législateurs allemand et britannique. Mais qu'en était-il du pouvoir exécutif ? La réponse la plus naturelle était que par opposition¹²⁶⁸, les autorités administratives étaient, quant à elles, uniquement soumises au régime issu de l'arrêt « Francovich »¹²⁶⁹, c'est-à-dire sans condition liée au caractère de la violation, puisque qu'elles ne disposaient, la plupart du temps, que d'une compétence liée. Dès lors, une simple infraction était susceptible d'engager leur responsabilité. Or, la volonté de la Cour de justice n'était absolument pas de créer une telle distinction, dans la mesure où l'objectif de protection des droits des particuliers comme de primauté du droit communautaire, commande l'affirmation d'un principe de responsabilité opposable à l'Etat dans son unité¹²⁷⁰.

Ainsi, après avoir brouillé les cartes sur une courte période¹²⁷¹ et fait couler beaucoup d'encre¹²⁷², le juge communautaire vint clarifier la situation en énonçant, dans un arrêt

¹²⁶⁵ On verra plus loin qu'un tel résultat n'est pas voulu par la Cour de justice et que celle-ci s'efforcera, dans la jurisprudence ultérieure à l'arrêt « Brasserie du pêcheur », à préciser les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat membre en cas de violation du droit communautaire, à la suite de l'utilisation d'un pouvoir d'appréciation minimale (cf. infra, § n° 554 et s.).

¹²⁶⁶ N. DANTONEL-COR, « La violation de la norme communautaire et la responsabilité extra contractuelle de l'Etat », RTDE, 1998, p. 79.

¹²⁶⁷ CJCE, 5 mars 1996, préc.

¹²⁶⁸ Pour plus de détails sur cette théorie de deux régimes distincts, voir P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 139.

¹²⁶⁹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402, point 36 et 40, concl. Mischo ; LPA, 4 août 1993, n° 93, p. 32, note T. Larzul ; AJDA, 1992, p. 143, note P. Le Mire ; JCP, 1992, G, II, n° 21783, note A. Barav ; D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives », Europe, 1991, chron., p. 1 ; RFDA, 1992, p. 1, note L. Dubouis ; Dr. adm., 1991, n° 537 ; JDI, 1992, p. 426, note Constantinesco ; J.-M. AUBY, « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », Dr. adm., 1992, doct., p. 1 ; RJDA, décembre 1991, p. 831, note Kessedjean ; F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 27 ; RMUE, 1991, p. 4, note Mattera ; RMUE, 1992, p. 187, note Carnolutti.

¹²⁷⁰ Sur ce point, voir *supra*, § n° 510 et s.

¹²⁷¹ Voir CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, préc., En l'espèce, était en cause une décision du gouvernement britannique refusant des licences d'exportation d'animaux de boucherie vivants vers l'Espagne, au motif que ces derniers auraient subi dans les abattoirs de cet Etat un traitement contraire à la directive du Conseil du 8

« Dillenkofer », que « (...) dans l'hypothèse où l'Etat membre en cause, au moment où il a commis l'infraction, n'était pas confronté à des choix normatifs, et disposait d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voir inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée »¹²⁷³. En l'espèce, il s'agissait d'un défaut de transposition d'une directive dans le délai imparti. La violation est alors automatiquement constituée, l'Etat membre n'ayant aucune marge de manœuvre au regard de son obligation de transposition dans les délais requis.

Par souci de cohérence, la Cour tranche donc en faveur d'un régime unique quelle que soit la marge d'appréciation dont dispose l'autorité nationale¹²⁷⁴. La « violation suffisamment caractérisée » d'une norme de droit communautaire est une condition exigée dans toutes les hypothèses, elle apparaît comme « le critère universel qui unifie les conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres », « la pierre de touche de la responsabilité »¹²⁷⁵. Le juge considère toutefois que lorsque les obligations incombant à l'autorité incriminée étaient clairement fixées, toute violation constitue *ipso facto* une « violation suffisamment caractérisée »¹²⁷⁶. Il faut distinguer le cas où la « violation suffisamment caractérisée » devra

novembre 1974 (cf. JOCE, L. 316, 26 novembre 1974, p. 10), laquelle prescrivait l'étourdissement des animaux avant l'abattage. L'Etat britannique n'étant pas confronté à des choix normatifs, le juge aurait donc dû logiquement en déduire que la simple infraction au droit communautaire entraînait la responsabilité. Or, après avoir constaté qu'au moment où il a commis l'infraction, le Royaume-Uni « n'était pas confronté à des choix normatifs et disposait d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voir inexistante », la Cour décide d'appliquer la solution correspondant à l'existence d'une marge d'appréciation, et de conclure que la simple illégalité « peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée ».

¹²⁷² Pour des réactions très perplexes et critiques sur le raisonnement de la Cour dans l'affaire « Hedley Lomas », voir notamment : N. DANTONEL-COR, « La violation de la norme communautaire et la responsabilité extra contractuelle de l'Etat », art. préc., p. 81 - A. RIGAUX, obs. sous cette espèce, Europe, 1996, comm. n° 272 - O. DUBOS, « Le principe de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire », art. préc., p. 218 - D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », AJDA, 1996, p. 496.

¹²⁷³ CJCE, 8 octobre 1996, *E. Dillenkofer*, Rec. CJCE, p. I-4845, point 25.

¹²⁷⁴ Selon la Cour, il est alors possible de se livrer à une relecture de l'arrêt « Francovich » (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc.) de manière rétroactive, dans la mesure où l'affaire concernait, comme dans l'arrêt « Dillenkofer », la non transposition de la directive du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait. Elle indique ainsi que « les conditions qui ont été dégagées dans ces différents arrêts sont les mêmes puisque la condition d'une violation suffisamment caractérisée, dont il n'a certes pas été fait mention dans l'arrêt « Francovich » était néanmoins inhérente aux circonstances de l'affaire » (cf. CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, préc., point 23). Ainsi, il semble que la Cour n'ait véritablement jamais voulu instaurer deux régimes distincts selon la marge d'appréciation de l'Etat membre : l'un déclenché par une « violation suffisamment caractérisée » et l'autre par une simple violation.

¹²⁷⁵ A. RIGAUX et D. SIMON, obs. sous CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, Europe, 1996, comm. n° 450.

¹²⁷⁶ Certains auteurs développent néanmoins quelques critiques sur la formule retenue par la Cour dans l'arrêt « Dillenkofer ». Ainsi, pour A. RIGAUX, dire que la simple infraction au droit communautaire « peut suffire » à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée est en soit une tournure ambiguë dans le sens où « il eut été plus exact de dire que toute illégalité est *ipso facto* constitutive d'une violation suffisamment caractérisée » (cf. obs. préc.). Tandis que pour L. GOFFIN, il aurait été plus judicieux de se contenter de dire que la simple infraction suffit sans plus de précision, dans la mesure où on dénote une certaine contradiction entre les termes « simple » et « suffisamment caractérisée » (cf. « A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire », art. préc., p. 534).

être démontrée par le requérant, de celui où une telle violation sera présumée¹²⁷⁷. Le critère de la marge d'appréciation redevient ainsi à ce stade le pivot du régime. S'il ne commande plus les conditions d'engagement de la responsabilité, il conditionne encore l'appréciation de l'existence d'une violation suffisamment caractérisée.

549 - La notion de « violation suffisamment caractérisée » nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'Etat membre est donc liée à la marge d'appréciation dont disposait l'auteur de l'acte incompatible avec le droit communautaire. Reste à déterminer avec précision, et au cas par cas, l'étendue de cette marge d'appréciation. Une telle mission revient au juge national. Néanmoins, au vu des nombreuses indications que lui adresse la Cour de justice, il semble exercer cette évaluation de la marge d'appréciation de l'auteur de l'acte « *sous liberté contrôlée* ».

2. Une condition appréciée « sous liberté contrôlée »¹²⁷⁸ par le juge national

550 - Selon le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres, il appartient aux juridictions nationales de vérifier si les conditions de la responsabilité pour violation du droit communautaire sont réunies¹²⁷⁹. C'est donc au juge national, saisi d'une action en responsabilité, qu'il revient d'apprécier la gravité de la

¹²⁷⁷ A ce sujet, nous sommes tentés de dire, comme F. MARIATTE, que « le serpent se mord la queue » (cf. obs. sur TPI, 23 octobre 2001, *Dieckmann*, Europe, 2001, comm. n° 360), dans la mesure où une telle distinction va également être appliquée au régime de responsabilité de la Communauté, par mimétisme avec celui des Etats membres. Ainsi, après s'être appuyée sur le régime de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté pour définir les conditions de la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire, la Cour s'appuie sur le régime de la responsabilité des Etats membres pour redéfinir les conditions d'engagement de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté.

Pour l'affirmation, concernant la Communauté, de la nécessité d'une « violation suffisamment caractérisée » et ce, quel que soit le caractère normatif ou administratif de l'acte à l'origine de la violation, voir notamment : CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil*, aff. C-352/98 P, Rec. CJCE, p. I-5310 ; Europe, 2000, comm. n° 300, note M. Pietri - TPICE, 12 juillet 2001, *Comafrika*, aff. jtes T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 et T-225/99, Europe, 2001, comm. n° 299, note D. Ritleng - TPICE, 23 octobre 2001, *Dieckmann*, préc. - CJCE, 10 décembre 2002, *Commission c/ Camar et Tico*, aff. C-312/00 P, AJDA, 2003, p. 1038, obs. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert - TPICE, 10 février 2004, *Afrikanische Frucht-Compagnie*, aff. jtes T-64/01 et T-65/01, Europe, comm. n° 99, obs. E. Meisse.

Il convient néanmoins d'être prudent, dans la mesure où quelques incertitudes pèsent encore sur le régime de la responsabilité des Communautés. En effet, le juge communautaire a récemment encore décidé que la condition d'une « violation suffisamment caractérisée » ne valait que pour l'hypothèse d'un acte normatif (cf. TPICE, 26 février 2003, *CEVA Santé animale SA*, aff. T-344 et T-345/00, Europe, 2003, n° 121), comme il a refusé d'accorder un droit à réparation du fait de l'absence de préjudice anormal et spécial, critère totalement absent en ce qui concerne les Etats membres (cf. TPICE, 6 mars 2003, *Banan-Kompaniet*, aff. T-57/00 - même date, *Dole Fresh Fruit international*, aff. T-56/00, Europe, 2003, comm. n° 159, note D. Ritleng).

¹²⁷⁸ Termes employés par P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 143.

¹²⁷⁹ Voir, par ex. : CJCE, 18 janvier 2001, *Svenska staten*, aff. C-150/99, Rec. CJCE, p. I-493 ; Europe, 2001, comm. n° 85, obs. D. Simon - CJCE, 28 juin 2001, *G. Larsy*, aff. C-118/00, Rec. CJCE, p. I-5063 ; Europe, 2001, comm. n° 246, obs. Y. Gautier.

violation, non sans avoir au préalable évalué la liberté d'action dont disposait l'autorité en cause¹²⁸⁰. Toutefois, eu égard à la « communautarisation »¹²⁸¹ des conditions d'engagement de la responsabilité, la Cour a estimé devoir intervenir non seulement pour prévenir toute disparité majeure entre les Etats membres, mais aussi « *pour éviter une appréciation trop restrictive de cette condition par les juridictions nationales, ce qui aboutirait à une quasi-impunité de l'Etat* »¹²⁸². Dès lors, s'inspirant du régime de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté¹²⁸³, le juge de Luxembourg se livre, tout d'abord, à une définition sommaire de la notion de « violation suffisamment caractérisée », en énonçant que « *le critère décisif pour considérer qu'une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la méconnaissance manifeste et grave (...) des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation* »¹²⁸⁴.

Afin d'aiguiller le juge national, la Cour poursuit en lui fournissant ensuite une méthode constituée par « *un faisceau d'indices (conduisant à) prendre en considération une série d'éléments de nature à établir l'évidence et la gravité de l'infraction* »¹²⁸⁵. Ainsi, « *parmi les éléments que la juridiction compétente peut être amenée à prendre en considération, il y'a lieu de relever 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* »¹²⁸⁶. Soucieux de ne pas confier au juge national une tâche trop difficile en lui octroyant un pouvoir d'appréciation très étendu¹²⁸⁷, et conscient que certains de

¹²⁸⁰ Sur les difficultés liées à la mesure de l'étendue du pouvoir normatif, voir C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre, op. cit.*, p. 329 et s.

¹²⁸¹ Selon l'expression de D. SIMON, in « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc.

¹²⁸² P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire, op. cit.*, p. 141.

¹²⁸³ CJCE, 25 mai 1978, *HNL*, préc., points 5 et 6 : « (...) dans un contexte normatif caractérisé par l'existence d'un large pouvoir d'appréciation, indispensable à la mise en œuvre d'une politique communautaire, la responsabilité de la Communauté ne peut être engagée que si l'institution concernée a méconnu de manière manifeste et grave les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs ».

¹²⁸⁴ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, Rec. CJCE, p. I-1029, point 55. Voir aussi, CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, préc., point 25.

¹²⁸⁵ D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 496.

¹²⁸⁶ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 56. A noter que, du fait de la formule « parmi les éléments que la juridiction compétente peut être amenée à prendre en considération », cette liste n'est en aucun cas exhaustive.

¹²⁸⁷ A cela, il faut ajouter que la Cour était certainement consciente du danger représenté par la mise en œuvre et l'application concrète d'une condition communautaire d'engagement de la responsabilité par le juge national et selon le droit interne. Ici se situe en effet, comme le souligne G. VANDERSANDEN, « un des points les plus

ces éléments se caractérisent par leur subjectivité¹²⁸⁸, le juge de Luxembourg s'est enfin empressé de rajouter qu'en « *tout état de cause, une violation du droit communautaire est manifestement caractérisée lorsqu'elle a perduré malgré le prononcé d'un arrêt constatant le manquement reproché, d'un arrêt préjudiciel ou d'une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière, desquels résulte le caractère infractionnel du comportement en cause* »¹²⁸⁹. Dès lors, s'il se trouve confronté à de telles hypothèses, le juge national est tenu de constater l'existence d'un droit à réparation, ce qui conduit D. Simon à conclure que la Cour se livre ici à de véritables « *indications contraignantes* »¹²⁹⁰. A cela, s'ajoute le principe énoncé précédemment selon lequel, en cas de violation du droit communautaire par une autorité nationale disposant d'une marge d'appréciation réduite, toute infraction est considérée comme une « violation suffisamment caractérisée ». Ici, il est important de souligner que si tel est le cas tout naturellement dans l'hypothèse de la non transposition d'une directive¹²⁹¹, la Cour reconnaît également que la transposition incorrecte ou incomplète d'une directive¹²⁹² peut constituer *ipso facto* une « violation suffisamment caractérisée » eu égard au pouvoir d'appréciation minimale de l'autorité en cause.

déliçats et les plus sensibles du système de la responsabilité des Etats membres. Un système qui est articulé entre les principes dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes, d'une part, et la pratique assurée par le juge interne, sur la base des dispositions et procédures nationales, d'autre part » (cf. *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire, op. cit.*, p. 20).

¹²⁸⁸ Concernant la possible influence de ces éléments, quant à l'admission d'une responsabilité pour faute des Etats membres, voir *infra*, § n° 558 et s.

¹²⁸⁹ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 57. A noter qu'en aucun cas cela n'induit que la réparation du dommage soit subordonnée à l'existence d'une constatation préalable par la Cour d'un manquement au droit communautaire imputable à l'Etat en cause (sur ce point, voir *supra*, § n° 494 et s.). Le prononcé d'une condamnation en manquement à l'encontre de l'Etat a uniquement pour conséquence de faciliter l'appréciation de la violation, dans le sens où celle-ci sera automatiquement considérée comme « suffisamment caractérisée ».

¹²⁹⁰ « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 496.

¹²⁹¹ Ce fut le cas notamment dans les affaires « Francovich » (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc.) et « Dillenkofer » (cf. CJCE, 8 octobre 1996, préc.). Dans cette dernière, la Cour a en effet jugé que « (...) lorsque, comme dans l'affaire Francovich, un Etat membre, en violation de l'article 249 (ex-article 189) troisième alinéa du traité, ne prend aucune des mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive, dans le délai que celle-ci a imparti, cet Etat membre méconnaît, de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs (...) l'absence de toute mesure de transposition d'une directive pour atteindre le résultat prescrit par celle-ci dans le délai imparti à cet effet constitue en elle-même une violation caractérisée du droit communautaire » (cf. Rec. CJCE, p. I-4845, points 26 et 29).

¹²⁹² Voir par ex. : CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, préc., à propos de la violation par le Royaume-Uni, de l'article 34 du traité CE, interdisant les restrictions quantitatives à des mesures d'effet équivalent à l'exportation - CJCE, 15 juin 1999, *Rechberger*, préc., s'agissant de la transposition incorrecte par l'Etat autrichien de la directive du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait - CJCE, 2 avril 1998, *Norbrook Laboratories*, aff. C-127/95, Rec. CJCE, p. I-1531, relative à la transposition incorrecte par le gouvernement du Royaume-Uni de la directive 81/851/CEE du Conseil, du 28 septembre 1981, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux médicaments vétérinaires (cf. JOCE, L. 317, p. 1), et de la directive 81/852/CEE du Conseil, du 28 septembre 1981, relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant les normes et protocoles analytiques, toxico-pharmacologiques et cliniques en matière d'essais de médicaments vétérinaires (cf. JOCE, L. 317, p. 16).

551 - Au moyen de la notion de « violation suffisamment caractérisée », la Cour se livre donc à l'énonciation d'orientations d'ordre général, comme particulier, censées guider le juge national. Mais, le juge communautaire adopte quelques fois une attitude encore plus attentatoire à l'autonomie procédurale des Etats membres dans le sens où, « *dès lors qu'il dispose des éléments nécessaires pour apprécier si les faits de l'espèce doivent être qualifiés de violation suffisamment caractérisée du droit communautaire* »¹²⁹³, la Cour va jusqu'à substituer purement et simplement son appréciation à celle du juge national. Tel fut le cas dans les affaires « British Telecom »¹²⁹⁴ et « Denkavit »¹²⁹⁵, où la Cour s'est prononcée sur l'existence d'une « violation suffisamment caractérisée » à la lumière des possibles difficultés d'interprétation de la norme communautaire auxquelles avaient pu être confrontés les Etats incriminés. On retrouve ici un des éléments du faisceau d'indices précédemment énoncé, à savoir le « *degré de clarté et de précision de la règle violée* »¹²⁹⁶. Le même constat peut être fait à la lecture de l'arrêt « Brasserie du pêcheur »¹²⁹⁷, dans lequel le juge de Luxembourg se prononce en fonction du « *caractère excusable ou inexcusable de l'éventuelle erreur de droit* ». A la décharge du juge communautaire, il ne faut cependant pas omettre de préciser que dans certaines espèces, celui-ci s'est prononcé suite à une question préjudicielle du juge national portant précisément sur l'existence ou non d'une « violation suffisamment caractérisée »¹²⁹⁸. Un tel comportement ne peut que réjouir certains auteurs¹²⁹⁹ qui voyaient

¹²⁹³ CJCE, 26 mars 1996, *British Telecom.*, aff. C-392/93, Rec. CJCE, p. I-1631, point 41 ; AJDA, 1997, p. 344, note H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues.

¹²⁹⁴ Ici, la Cour a considéré, conformément à l'avis de M. l'avocat général TESAURO, que le texte de la directive en cause « était imprécis et supportait raisonnablement, outre l'interprétation donnée par la Cour dans le présent arrêt, l'interprétation qu'en a donné, de bonne foi, le Royaume-Uni en se fondant sur des arguments non dénués de toute pertinence (...). Pareille interprétation, qui était également partagée par d'autres Etats membres, n'était pas manifestement contraire au texte de la directive ni à l'objectif qu'elle poursuit » (cf. Rec. CJCE, p. I-1631, point 43). A cela s'ajoutait en l'espèce, l'attitude de la Commission, laquelle avait émis un avis favorable sur la législation nationale.

¹²⁹⁵ CJCE, 17 octobre 1996, préc. En l'espèce, le juge communautaire constate que « s'agissant de la condition relative à l'écoulement du délai de participation à la date de l'octroi de l'avantage fiscal (...) l'interprétation retenue par la République fédérale d'Allemagne a été adoptée par la quasi-totalité des autres Etats membres ayant fait usage de la faculté de dérogation » (cf. Rec. CJCE, p. I-5063, point 51). Dans ces conditions, et compte tenu du fait que cette affaire était la première portant sur ces points de la directive, la Cour ne pouvait que conclure à l'absence de « violation suffisamment caractérisée ».

¹²⁹⁶ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, Rec. CJCE, p. I-1029, point 56, concl. G. Tesaro ; A. RIGAUX, « L'arrêt Brasserie du pêcheur-Factortame III : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, chron., p. 1 ; RFDA, 1996, p. 583, note L. Dubouis.

¹²⁹⁷ *Idem*, points 53 et 59. Ici, la Cour de justice distingue deux problèmes. Elle considère, tout d'abord, que les éléments d'appréciation dont disposait le législateur allemand pour trancher la question de savoir si l'interdiction d'utiliser des additifs dans la fabrication de la bière était contraire à l'art. 30 (art. 28 après renumérotation) du traité, n'étaient pas assez « concluants » au moment des faits. Elle précise ensuite que, par rapport aux dispositions relatives à la dénomination du produit, la violation de l'art. 30 pouvait « difficilement être considérée comme une erreur excusable », dès lors que l'incompatibilité d'une telle réglementation avec l'art. 30 apparaissait comme manifeste à la lumière de la jurisprudence antérieure de la Cour, notamment de l'arrêt « Cassis de Dijon » (cf. CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. n° 120/78, Rec. CJCE, p. 649).

¹²⁹⁸ CJCE, 18 janvier 2001, *Svenska staten*, préc.

¹²⁹⁹ Voir notamment, A. RIGAUX et D. SIMON appelant le juge communautaire à prendre ses responsabilités et à statuer directement sur l'existence d'une « violation suffisamment caractérisée » lorsque c'est précisément

d'un très mauvais œil la tendance de la Cour à, sans y être invitée, substituer son appréciation à celle du juge national, et dans le même temps, à renvoyer la question de l'appréciation de la gravité de la violation au juge national alors qu'elle était expressément saisie pour réponse¹³⁰⁰.

552 - La condition d'une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire par l'Etat membre fait ainsi l'objet d'une surveillance étroite par le juge communautaire, qui non seulement la définit de manière implicite mais encore l'apprécie en fonction des circonstances de l'espèce. Une telle communautarisation de cette condition témoigne du rôle central de la Cour de justice dans la mise en œuvre du régime de responsabilité. Mais son influence ne s'arrête pas là, dans le sens où, c'est encore à partir de l'exigence d'une « violation suffisamment caractérisée », que l'on peut tenter de définir le caractère du régime. Par l'étude de la jurisprudence de la Cour, il est possible d'affirmer que l'obligation de réparer est déterminée par la violation du droit communautaire et non par une intention de nuire de l'auteur de la mesure nationale, ce qui fait dire à certains membres de la doctrine que la responsabilité des Etats membres est organisée autour d'un régime pour « faute objective ».

B - Une condition source d'un régime de responsabilité des Etats membres pour « faute objective »¹³⁰¹ ?

553 - Au vu des conditions posées par la Cour pour permettre l'engagement de la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire, il ressort que l'élément déclencheur du droit à réparation réside dans la « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire. Il est alors indispensable de se pencher sur cette notion afin de comprendre ce qu'elle renferme ainsi que les éléments nécessaires à son appréciation. Un tel examen va permettre de découvrir la nature du régime créé par la Cour qui semble être un régime de responsabilité pour « faute objective », c'est-à-dire déclenché

l'objet de la question préjudicielle, et ce au nom de l'unité d'interprétation des conditions d'engagement de la responsabilité (cf. obs. sous, CJCE, 4 juillet 2000, *S. Haim*, aff. C-424/97, Europe, 2000, comm. n° 289).

¹³⁰⁰ Voir, par ex. : CJCE, 1^{er} juin 1999, *K. Konle*, aff. C-302/97, Europe, 1999, comm. n° 281, obs. D. Simon - CJCE, 4 juillet 2000, *S. Haim*, préc.

¹³⁰¹ Selon l'expression employée, notamment, par : D. SIMON, in « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 498 - F. FINES, in « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », RTDE, 1997, p. 90 et s. - O. GOHIN, in « La responsabilité de l'Etat en tant que législateur », RIDC, 1998, p. 608 - S. GROSSRIEDER-TISSOT, in *Faute et illégalité dans la responsabilité publique*, op. cit., p. 370 - P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 167 - Y. ITO, in *La responsabilité de l'Etat membre en cas de violation du droit communautaire*, op. cit., p. 204 - C. WEISSE-MARCHAL, in *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, Thèse, Metz, 1996, p. 355.

par une violation du droit communautaire, violation appréciée de manière totalement indépendante de tout élément intentionnel. Une telle affirmation se justifie par le fait que le juge de Luxembourg refuse, non seulement, l'engagement systématique de la responsabilité des Etats membres pour simple illégalité (1), mais qu'il rejette, en plus, tout engagement de la responsabilité des Etats membres pour faute subjective (2).

1. *Le refus d'un régime de responsabilité systématique des Etats membres pour simple illégalité*

554 - Selon la Cour, l'engagement de la responsabilité des Etats membres nécessite que l'organe étatique incriminé soit l'auteur d'une « violation suffisamment caractérisée » de la norme communautaire. Le critère décisif pour considérer qu'une violation est suffisamment caractérisée « *est celui de la méconnaissance manifeste et grave (par l'Etat) des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation* »¹³⁰². Dès lors, comme le fait remarquer F. Fines¹³⁰³, « *une gradation doit être établie selon le degré de méconnaissance des limites d'un tel pouvoir, et seul le dépassement d'un certain seuil doit conduire à une indemnisation* ». Dans le cas où la violation ne serait pas considérée comme suffisamment manifeste et grave, le juge national peut en effet conclure au refus d'engager la responsabilité de l'Etat, et par-là même, au rejet de la demande en réparation présentée par le particulier lésé.

555 - Dès lors, il ne semble pas possible d'affirmer que la Cour ait voulu créer un régime de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire dont le déclencheur serait la simple illégalité¹³⁰⁴. Comme l'a montré M. l'avocat général Tesauro, un manquement au droit communautaire ne suffit pas pour engager la responsabilité de l'Etat¹³⁰⁵. L'obligation de réparation découle d'une « violation suffisamment caractérisée » et non de la simple méconnaissance du droit communautaire. Distinguant de la sorte illégalité et responsabilité, il apparaît que la Cour distingue également illégalité et fait générateur de la

¹³⁰² CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 55.

¹³⁰³ F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », art. préc., p. 94.

¹³⁰⁴ En cela, les conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres fixées par la Cour rejoignent sensiblement les règles en vigueur dans le système français, puisque selon le Conseil d'Etat, si toute illégalité est constitutive d'une faute (cf. CE, sect., 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. CE, p. 78), toute faute n'entraîne néanmoins pas une indemnisation. Pour une proposition de mise en œuvre d'un tel principe au cas de violation du droit communautaire par l'Etat, et ce quel que soit l'organe à l'origine du dommage, voir *infra*, § n° 726 et s.

¹³⁰⁵ Concl. rendues le 28 novembre 1995, sous CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, Rec. CJCE, p. I- 1106 et s.

responsabilité¹³⁰⁶. En effet, si toute violation du droit communautaire n'entraîne pas *ipso facto* la responsabilité de l'Etat membre, une « violation suffisamment caractérisée » entraîne, en revanche systématiquement¹³⁰⁷, une telle responsabilité.

Ici, il convient néanmoins d'être précis : une telle distinction entre illégalité et responsabilité (ou fait générateur) n'a de sens que dans l'hypothèse où l'Etat membre, auteur de la violation caractérisée dispose d'une large marge d'appréciation pour agir dans le domaine régi par le droit communautaire¹³⁰⁸. Dans ce cas, la responsabilité n'est engagée qu'en cas d'utilisation illégale et caractérisée de son pouvoir d'appréciation, c'est-à-dire d'utilisation manifeste et grave. Toute illégalité n'est donc pas fautive puisque la méconnaissance du droit communautaire doit être inexcusable. *A contrario*, dans les hypothèses qui « ne laissent pas aux Etats membres de marges d'appréciation considérables (types obligations de résultat, de comportement ou d'abstention), la responsabilité et l'obligation de réparer devront être reconnues du seul fait de la violation du droit communautaire qui attribue au particulier un droit précis et susceptible d'être déterminé dans son objet sans que d'autres éléments puissent entrer en ligne de compte »¹³⁰⁹. Il y a donc confusion totale entre illégalité et responsabilité¹³¹⁰, toute violation du droit communautaire entraînant *ipso facto* la responsabilité de l'Etat membre¹³¹¹.

556 - Se faisant l'écho de M. l'avocat général Tesauro selon lequel rien n'implique que « toute violation du droit communautaire qui affecte la sphère patrimoniale d'un sujet titulaire d'une situation juridique fondée sur la disposition de droit communautaire violée comporte en elle-même et de façon automatique un droit à réparation »¹³¹², le juge de Luxembourg refuse donc le principe d'une responsabilité illimitée de l'Etat membre. En posant ainsi des limites à la responsabilité de l'Etat normateur, la Cour se montre très

¹³⁰⁶ Pour une argumentation précise sur ce point, voir : S. GROSSRIEDER-TISSOT, *Faute et illégalité dans la responsabilité publique*, op. cit., p. 156 et s. - F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, Coll. Nouvelle bib. de thèses, Vol. 21, 2003, p. 736.

¹³⁰⁷ Sous réserve, bien entendu, de la réunion des autres conditions d'engagement, à savoir l'atteinte à une règle de droits protégeant les particuliers et l'existence d'un lien de causalité direct entre la violation et le dommage allégué.

¹³⁰⁸ On retrouve ici le critère de l'étendue du pouvoir normatif, critère constituant l'élément décisif dans l'appréciation du degré de gravité de la violation. Pour une analyse détaillée de ce critère, voir *supra*, § n° 546 et s.

¹³⁰⁹ Concl. de M. l'avocat général TESAURO, rendues le 28 novembre 1995, sous l'affaire « Brasserie du pêcheur » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), Rec. CJCE, p. I-1109.

¹³¹⁰ Toujours à la double condition que la règle de droit communautaire violée confère des droits aux particuliers et qu'il existe un lien de causalité directe entre violation et dommage.

¹³¹¹ D. SIMON considère alors que, dans cette hypothèse, « l'élément intentionnel doit être exclu de la qualification du fait générateur au profit d'une notion de faute objective ou plus simplement d'une substitution de l'illégalité à la faute ». (cf. « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 498).

¹³¹² Concl. rendues le 28 novembre 1995, sous CJCE, 26 mars 1996, *British Telecom*, (cf. CJCE, 26 mars 1996, préc.), Rec. CJCE, p. I-1651.

pragmatique, dans le sens où elle accepte de tenir compte des nombreuses difficultés auxquelles sont confrontés les Etats membres dans leur mise en œuvre du droit communautaire, tant au niveau de la compréhension des normes communautaires¹³¹³ que de leur nombre sans cesse croissant¹³¹⁴. Certains y verront le signe évident d'une sensibilité de la Cour « *aux intérêts de l'Etat, ne craignant pas de laisser certaines victimes non indemnisées* »¹³¹⁵. On objectera néanmoins ici que, dans la plupart des droits nationaux, la responsabilité publique revêt une nature spécifique, en ce qu'elle tente de concilier au mieux les intérêts de l'Etat et ceux des particuliers¹³¹⁶. La responsabilité de l'Etat en droit communautaire n'échappe pas à cette recherche d'équilibre, dans le sens où les organes étatiques - et tout particulièrement le législateur - ont la lourde tâche d'assurer eux aussi le meilleur compromis possible entre la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire et la continuité de l'action de l'Etat.

557 - Le régime de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire n'est donc pas un régime déclenché systématiquement par une simple illégalité. Une telle règle ne vaut que dans l'hypothèse où les organes de l'Etat membre, auteurs de la violation dommageable, ne disposaient que d'une marge de manœuvre extrêmement réduite pour mettre en œuvre le droit communautaire. Mais au vu de la jurisprudence de la Cour, le régime fixé par le juge de Luxembourg est encore moins un régime de responsabilité pour faute subjective.

¹³¹³ Le droit communautaire ne se distingue en effet pas toujours par sa limpidité. Pour des exemples très parlants de quelques dispositions communautaires extrêmement opaques, voir J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, Paris, Pédone, 2000, p. 375. L'auteur cite, à ce propos, M. Delors pour qui, à l'époque où il présidait la Commission européenne, le droit communautaire était « un monument d'hermétisme, connu seulement des spécialistes ».

A l'inverse, O. DUBOS émet quelques critiques sur la possibilité pour les Etats de se retrancher derrière le manque de clarté et de précision de la norme violée, car « dans la plupart des cas, ils ne sont certes pas auteurs de l'acte au sens strict, mais ils ont participé à sa confection et à son adoption en tant que membres du Conseil » (cf. « Le principe de responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire », art. préc., p. 220).

¹³¹⁴ A ce sujet voir par exemple, B. OPPETIT, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », D., 1990, chron., p. 73. L'auteur évoque notamment le « gigantisme du corpus des règles communautaires européennes », ainsi que le « vertige qui s'empare du lecteur, même épisodique, des diverses éditions quotidiennes du *Journal officiel des Communautés européennes* devant, outre leur nombre considérable, la substance et les domaines d'intervention des normes communautaires : aucun secteur ne leur échappe (...) ».

¹³¹⁵ F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », art. préc., p. 94.

¹³¹⁶ La 1^{ère} partie de notre étude a d'ailleurs largement été consacrée à la nécessité de respecter cet objectif dans le cadre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière, même si la pratique tend à démonter une attention sensible aux intérêts de l'Etat (cf. *supra*, § n° 40 et s).

2. Le refus d'un régime de responsabilité des Etats membres pour faute subjective

558 - Comme l'a très justement remarqué M. l'avocat général Léger, « l'arrêt *Francovich* ne cite ni le mot *faute* ni le mot *risque*. Que recouvre alors la notion de violation du droit communautaire qu'il utilise ? »¹³¹⁷. Il semblerait logique de subordonner la réparation à l'existence d'une faute dans la mesure où cette condition fait partie de tous les ordres juridiques nationaux. Néanmoins, il convient de préciser immédiatement ici, que le terme de faute n'a pas la même acception dans tous les systèmes juridiques. On admet, en effet généralement, qu'il existe deux conceptions de la faute. La première est une conception objective dans laquelle la faute se rapproche de l'illégalité dans le sens où elle est commise sans en avoir conscience. La faute est alors « constituée par le seul fait de violer la règle de droit »¹³¹⁸. La seconde est une conception subjective puisque la faute intègre un élément psychologique et moral de culpabilité. Elle se définit alors, selon les termes de L. Duguit, comme « une violation consciente de la règle de droit par une volonté libre »¹³¹⁹ et s'accompagne naturellement d'un jugement moral porté sur le comportement de son auteur. Dans cette hypothèse, la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que dans le cas d'une illégalité fautive décelée par la recherche de sa culpabilité.

559 - Une question préjudicielle de la Cour fédérale de justice allemande va donner l'occasion au juge communautaire de préciser sa position concernant la notion de faute. Le juge allemand souhaitait savoir si, dans le cadre de la législation nationale qu'il applique, le juge national peut subordonner la réparation du préjudice à l'existence d'une faute intentionnelle ou d'une négligence dans le chef de l'organe étatique auquel le manquement est imputable. Cette formulation se référerait donc clairement à une conception subjective de la faute. La Cour de justice va répondre en affirmant que « l'obligation de réparer les dommages causés aux particuliers ne saurait être subordonnée à une condition tirée de la notion de faute allant au-delà de la violation suffisamment caractérisée du droit communautaire (sous peine) (...) de remettre en cause le droit à réparation qui trouve son fondement dans l'ordre juridique communautaire »¹³²⁰. Ainsi, le juge communautaire ne

¹³¹⁷ Concl. rendues le 20 juin 1995, sur CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, Rec. CJCE, p. I-2590, point 152.

¹³¹⁸ L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 586.

¹³¹⁹ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, cité par J.-M. FAVRET in, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 83.

¹³²⁰ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 79.

subordonne pas la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire à la condition de faute, même si « *la faute semble en tout état de cause au centre du raisonnement du juge quant à l'existence de principe d'une responsabilité communautaire* »¹³²¹. Le juge national reste libre d'appliquer un autre régime de responsabilité à partir du moment où les conditions applicables aux cas de violation du droit communautaire ne sont pas plus strictes que celles intéressant des violations de même nature en droit interne¹³²². Mais dans le cas où l'Etat souhaite utiliser la notion de faute, il lui appartient de ne pas en retenir une conception plus stricte que la notion de « violation suffisamment caractérisée ».

560 - La question est alors de savoir à quoi peut être assimilée la notion de « violation suffisamment caractérisée ». Peut-elle correspondre à la conception subjective de la faute ou doit-elle obligatoirement s'apparenter à la conception objective ? Pour la Cour, « *certaines éléments objectifs et subjectifs qui, dans le cadre d'un système juridique national peuvent être rattachés à la notion de faute, sont aussi pertinents pour apprécier si une violation du droit communautaire est ou non caractérisée* »¹³²³. On peut alors être tenté de croire que le juge national est incité à subordonner l'engagement de la responsabilité de l'Etat à l'existence d'une faute subjective, c'est-à-dire d'une violation délibérée et consciente de la règle de droit communautaire. En effet, il est utile de rappeler ici que, parmi les indices livrés au juge national par la Cour pour harmoniser au mieux l'appréciation de la gravité de la violation, on trouve notamment « *le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis* » et « *le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit* »¹³²⁴. Le juge communautaire invite donc les Etats à rechercher si l'auteur de la violation était de bonne foi. Ne doit-on pas y voir ici la référence à la conception subjective de la faute ?

Comme une partie importante de la doctrine, nous ne le pensons pas, dans la mesure où la bonne foi de l'Etat est à rechercher grâce à des critères objectifs. Le juge national doit alors se contenter d'« *établir si au moment des faits, (les autorités nationales) auraient dû normalement savoir qu'elles violaient le droit communautaire* »¹³²⁵. La preuve du caractère intentionnel pourra ainsi, selon la Cour¹³²⁶, être décelée soit en raison de l'existence d'un arrêt en constatation de manquement, d'un arrêt préjudiciel ou d'une jurisprudence bien établie condamnant les agissements en cause, soit en raison d'indications de la Commission éclairant

¹³²¹ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, op. cit., p. 737.

¹³²² Expression du principe d'équivalence affirmé par la Cour. Pour une analyse détaillée de ce principe, voir *infra*, § n° 566 et s.

¹³²³ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 78.

¹³²⁴ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 56.

¹³²⁵ C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, op. cit., p. 356.

¹³²⁶ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 57.

la disposition communautaire imprécise ou enfin en raison de la clarté des dispositions communautaires. De plus, selon une démonstration faite par M. l'avocat général Tesaur¹³²⁷, il apparaît que la faute subjective, même dans le cas où elle serait décelée, n'est jamais envisagée comme une condition d'engagement de la responsabilité de l'Etat membre. En effet, dans l'hypothèse où l'obligation incombant à l'Etat consiste en une obligation de résultat, « *la violation, c'est-à-dire en définitive le fait illicite, est constituée à partir du moment où l'Etat n'a pas réussi à atteindre le résultat* », la référence à la faute subjective est inutile. Tandis que dans l'hypothèse où l'Etat se trouve confronté à une obligation de moyen, « *la violation de l'obligation de diligence consiste exactement dans un comportement négligent, donc dans une conduite fautive, avec cette conséquence que la faute n'est plus une composante subjective du comportement, mais l'objet du fait illicite* ».

561 - L'exigence communautaire d'une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit peut donc recevoir une traduction en terme de faute, à condition que celle-ci soit appréhendée par le droit national de manière objective¹³²⁸, c'est-à-dire détachée de la recherche systématique d'un élément intentionnel source d'un jugement porté sur le comportement de l'Etat. S'appuyant sur le fait que la « violation suffisamment caractérisée » s'analyse comme une méconnaissance manifeste et grave de la règle de droit communautaire, certains auteurs ont tenté de pousser un peu plus loin le raisonnement en s'interrogeant sur l'éventualité pour le juge national (notamment le juge administratif français) de pouvoir exiger une faute lourde de l'Etat membre¹³²⁹. Il nous semble cependant impossible d'adhérer à une telle opinion¹³³⁰. En effet, une telle solution ferait tout d'abord irrémédiablement entrer dans la définition de la gravité de la violation un élément intentionnel, chose que le juge

¹³²⁷ Concl. rendues le 28 novembre 1995, sur CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, Rec. CJCE, p. I-1029, points 86 et s.

¹³²⁸ Position adoptée par de nombreux auteurs. Voir, notamment : D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 498 - F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », art. préc., p. 90 et s. - S. GROSSRIEDER-TISSOT, *Faute et illégalité dans la responsabilité publique*, op. cit., p. 370 - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 167 - Y. ITO, *La responsabilité de l'Etat membre en cas de violation du droit communautaire*, op. cit., p. 204 - C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, op. cit., p. 355.

¹³²⁹ Voir, par ex. : G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 53 - N. DANTONEL-COR, « La violation de la norme communautaire et la responsabilité extra contractuelle de l'Etat », RTDE, 1998, p. 90 - L. GOFFIN, « A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire », CDE, 1997, p. 540 - G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », RFDA, 1997, p. 1032 - C. BERTRAND, « La responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives communautaires », RDP, 1994, p. 1522.

¹³³⁰ Du même avis, voir C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, p. 347 et s.

communautaire rejette expressément. S'il peut en effet constituer un indice servant à déceler une « violation suffisamment caractérisée », la présence d'un tel élément n'est absolument pas obligatoire. Ensuite, il nous semble que la notion de « violation suffisamment caractérisée » proposée par la Cour de justice soit plus souple que celle de faute lourde. La raison en est que, dans l'hypothèse d'une violation du droit communautaire, l'existence d'une faute d'une certaine gravité sera toujours exigée. Seul les conditions de son constat pourront alors varier en fonction de la marge de manœuvre de l'Etat. A l'inverse, s'agissant de la faute lourde en droit français de la responsabilité, son existence n'est recherchée que dans certains cas le plus souvent liés aux secteurs d'activité de la puissance publique.

562 - Le droit communautaire refuse donc que les droits nationaux subordonnent l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire, à la condition d'une faute se présentant comme une composante subjective. L'obligation de réparer est ainsi déterminée par la violation du droit communautaire et non par l'intention de l'auteur de la mesure nationale illicite¹³³¹. Néanmoins, malgré cette affirmation, il demeure complexe pour la Cour d'utiliser de manière expresse la notion de « faute »¹³³². Une telle réticence s'explique aisément par la diversité d'interprétations que recouvre cette notion selon les droits des Etats membres, mais aussi par la connotation souvent négative attachée à ce terme en tant qu'il comporte un jugement de valeur.

563 - Les conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire tendent ainsi de plus en plus à se communautariser. Il n'y a plus de distinction rigide entre le principe de responsabilité, issu des règles du droit communautaire, et les modalités de sa mise en oeuvre régies par le droit national. Les

¹³³¹ L'illustration de cette solution est faite, immédiatement après son énoncé, à l'occasion même de l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), par le rejet des restrictions posées par les droits allemand et britannique et fondées sur la nécessité d'un comportement déterminé du législateur ou de l'administration. En l'espèce, le droit anglais subordonnait la responsabilité de la Couronne à la preuve d'un abus de pouvoir dans l'exercice d'une fonction publique (*misfeasance in public office*). Pour la Cour, une telle règle ne peut être opposée à l'exercice du droit à réparation sous peine de rendre pratiquement impossible l'obtention de l'indemnisation et de porter ainsi atteinte au principe de non-discrimination. De même, est incompatible avec les exigences du droit communautaire, la règle classique du droit allemand de la responsabilité sur laquelle portait la question préjudicielle, selon laquelle la réparation du préjudice est conditionnée par l'existence d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave de la part de l'organe de l'Etat auquel le manquement est imputable.

¹³³² Ici, il est une nouvelle fois possible d'effectuer un rapprochement avec les conditions d'engagement dégagées par la Cour concernant la responsabilité de la Communauté, dans la mesure où, après avoir employé sans hésitation le terme de « faute » pour qualifier les comportements des institutions communautaires de nature à engager leur responsabilité (cf. CJCE, 14 juillet 1967, *Kampffmeyer*, aff. jtes n° 5/66, n° 7/66 et n° 13/66 à n° 24/66, Rec. CJCE, p. 347), la Cour s'est attachée, à partir des années 1970 (cf. CJCE, 28 avril 1971, *Lütticke c/ Commission*, aff. n° 4/69, Rec. CJCE, p. 325), à ne plus l'utiliser pour lui préférer le terme « d'illégalité du comportement », même dans les cas où le comportement en cause pouvait assurément être qualifié de fautif (cf. CJCE, 14 mai 1975, *CNTA*, aff. n° 74/74, Rec. CJCE, p. 533).

conditions d'engagement sont appréciées par le juge national mais leurs définitions font l'objet d'un encadrement opéré par le droit communautaire. L'interventionnisme de la Cour prend ainsi de telles proportions qu'il est possible de se demander ce qu'est devenu l'objectif de maintien de l'équilibre fragile entre l'autonomie procédurale des Etats et les exigences concernant l'efficacité du droit communautaire. A l'heure actuelle, il semble que l'autonomie procédurale des Etats membres - seul bastion ayant survécu face au fondement communautaire du principe de responsabilité et à la communautarisation des conditions de sa mise en œuvre - fasse quelque peu les frais de la mise en œuvre du régime de responsabilité pour violation du droit communautaire.

SECTION 2^{nde} : Une autonomie procédurale des Etats membres en forte régression

564 - L'existence de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres dans la mise en œuvre du principe de responsabilité pour violation du droit communautaire a été explicitement reconnue par la Cour à l'occasion de son arrêt « Francovich »¹³³³. En effet, si le principe d'un droit à réparation découle directement des exigences communautaires¹³³⁴, ce sont bien les règles procédurales du droit interne qui trouvent à s'appliquer. Néanmoins, le juge national ne dispose pas d'une liberté totale dans l'utilisation de ces règles, dans la mesure où le juge de Luxembourg n'hésite pas à intervenir pour fixer un cadre à la mise en œuvre de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire.

Ainsi, afin de garantir l'application uniforme et effective du droit communautaire, la Cour de justice accompagne doublement l'action du juge interne. Elle fixe, d'une part, un standard minimal de protection (§ 1) devant impérativement être respecté par les règles nationales applicables afin de garantir les droits des particuliers et s'immisce, d'autre part, dans les principes relatifs à l'évaluation de la réparation à allouer au justiciable lésé par une violation du droit communautaire (§ 2).

¹³³³ CJCE, 19 novembre 1991, préc., point 42. La Cour précise en effet que « c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé (...) en l'absence d'une réglementation communautaire, c'est à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre qu'il appartient de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ».

A noter que la reconnaissance de ce principe est issue, à l'origine, d'un arrêt de la Cour de justice, en date du 15 décembre 1971, *International Fruit Compagny* (aff. jtes n° 51/71 à n° 54/71, Rec. CJCE, p. 1107).

¹³³⁴ A ce sujet, voir *supra*, § n° 442 et s., pour une analyse détaillée du fondement de l'obligation de réparation pesant sur les Etats membres en cas de violation du droit communautaire.

§ 1 : L'exigence communautaire d'un standard minimal de protection des droits des particuliers

565 - Reconnaître l'autonomie procédurale des Etats membres dans la mise en œuvre du régime de responsabilité pour violation du droit communautaire peut sembler délicat, dans le sens où les conditions de protection juridictionnelle des droits que les particuliers tirent des règles communautaires peuvent varier d'un Etat à un autre. Soucieuse d'éviter de telles disparités, la Cour de justice se livre à un encadrement de l'application des droits procéduraux nationaux. Dès lors, l'autonomie apparaît fort réduite puisque l'utilisation des règles procédurales nationales n'est possible que sous réserve du respect de deux principes communautaires, d'abord consacrés dans le cadre de la répétition de l'indu, puis transposés en matière de droit à réparation. Il s'agit, d'une part, du principe d'équivalence¹³³⁵ (A), et d'autre part, du principe d'effectivité (B).

A - Le respect du principe d'équivalence

566 - Selon les termes employés par A. Barav, il est possible de définir le principe d'équivalence comme une interdiction faite au juge interne « *d'appliquer aux actions fondées sur la violation du droit communautaire des règles plus strictes que celles applicables aux*

¹³³⁵ Ici, il convient de préciser que ce principe revêt diverses appellations selon qu'il est employé par différents membres de la doctrine. On trouve le terme de principe de parité ou de non-discrimination (cf. F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur », art. préc., p. 71 - L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 583 - C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, op. cit., p. 237 - D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 235), d'équivalence (cf. P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres », RTDE, 2002, p. 75 - J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 260 - F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, op. cit., p. 799) ou encore d'égalité de traitement (cf. P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 163 - C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 333 - G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, op. cit., p. 47). Il semble que, quelle que soit la terminologie employée, ce principe ait une signification quasi-identique. Néanmoins, pour une opinion en faveur d'une définition un peu différente du principe d'équivalence par rapport à l'exigence de non-discrimination, voir F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, op. cit., p. 799. Nous choisissons ici d'employer l'expression de « principe d'équivalence », puisqu'il semble que ce soit celle retenue par la Cour. Voir par ex., CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, Rec. CJCE, p. I-4025.

recours purement nationaux ayant le même objet »¹³³⁶. Dégagé par la Cour à l'occasion de sa jurisprudence en matière d'effet direct des directives¹³³⁷, ce principe va être très fréquemment employé à propos de l'autonomie des Etats membres en matière de restitution de taxes indûment versées. Il signifie alors que les modalités de restitution des sommes indûment perçues en violation du droit communautaire ne doivent pas être plus strictes que celles qui s'appliquent à la restitution de sommes irrégulièrement perçues en violation du droit interne. Ainsi, dans un arrêt « Salumi », la Cour décide qu'est incompatible avec le droit communautaire, « *une réglementation nationale spéciale relative à la perception des taxes et redevances communautaires qui limiterait les pouvoirs accordés à l'administration nationale pour assurer la perception de ces taxes, par comparaison avec les pouvoirs accordés à cette administration s'agissant de taxes ou redevances nationales du même type* »¹³³⁸.

567 - En affirmant dans son arrêt « Francovich » que « *les conditions de fond et de forme, fixées par les diverses législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne (...)* »¹³³⁹, la Cour ne fait que reprendre un principe ancien en l'appliquant, cette fois-ci, en matière de responsabilité des Etats membres. Une telle assimilation va ainsi lui permettre de répondre au juge anglais, à propos de la règle de l'allocation de dommages et intérêts « exemplaires » (*exemplary damages*), que si le droit anglais prévoit une telle possibilité pour sanctionner le caractère oppressif, arbitraire ou inconstitutionnel du comportement de l'autorité publique, l'octroi de tels dommages ne saurait être exclu lorsque l'action en responsabilité est fondée sur le droit communautaire¹³⁴⁰.

568 - Une analyse précise de la signification et de l'appréciation du principe d'équivalence permet de mesurer toute l'étendue de la protection que la Cour entend conférer au droit communautaire. En effet, concernant en premier lieu, les incidences de la règle de parité, le juge de Luxembourg ne se contente pas d'interdire toute discrimination au détriment

¹³³⁶ Selon la définition donnée par A. BARAV, in « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 17.

¹³³⁷ Voir, par ex. : CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. n° 33/76, Rec. CJCE, p. 1989 - CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. n° 45/76, Rec. CJCE, p. 2043 - CJCE, 27 février 1980, *Just*, aff. n° 68/79, Rec. CJCE, p. 501.

¹³³⁸ CJCE, 27 mars 1980, *Salumi*, aff. jtes n° 66/79, n° 127/79 et n° 128/79, Rec. CJCE, p. 1237. La Cour ajoute que « l'application de la législation nationale doit se faire de façon non discriminatoire par rapport aux procédures visant à faire trancher des litiges de même type, mais purement nationaux ». Pour d'autres exemples, voir : CJCE, 6 mai 1982, *Fromme*, aff. n° 54/81, Rec. CJCE, p. 1449 - CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. n° 199/82, Rec. CJCE, p. 3595 - CJCE, 25 février 1988, *Raiffeissen*, aff. n° 199/76, Rec. CJCE, p. 1169 - CJCE, 24 mars 1988, *Commission c/ Italie*, aff. n° 104/86, Rec. CJCE, p. 1799 - CJCE, 14 juillet 1988, *Jeunehomme c/ EGI*, aff. jtes n° 123/87 et n° 330/87, Rec. CJCE, p. 4517 - CJCE, 19 juin 1992, *Commission c/ Espagne*, aff. C-96/91, Rec. CJCE, p. I-3789.

¹³³⁹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, préc., point 43.

¹³⁴⁰ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 89.

des droits de nature communautaire. Il impose, pour les recours intéressant les violations du droit communautaire, la mise en œuvre par le juge national de règles procédurales au moins comparables à celles applicables aux recours internes ayant le même objet¹³⁴¹. Dans le cas où une règle interne ne répondrait pas à ce principe, il appartient au juge national de l'écartier du procès. La Cour fixe ainsi uniquement un seuil de protection en dessous duquel il ne faut pas descendre. Dès lors, le principe d'équivalence apparaît en réalité comme « *un principe à sens unique, en faveur des droits communautaires* »¹³⁴².

En second lieu, la finalité affichée par la Cour d'atteindre une certaine effectivité du droit communautaire apparaît également au travers de la procédure de vérification du principe d'équivalence. Une telle vérification ne peut se faire que par le biais d'une comparaison entre les modalités procédurales internes applicables aux recours intéressant la protection des droits issus des règles communautaires et celles applicables aux recours internes ayant le même objet. Comme le remarque P. Girerd¹³⁴³, il s'avère évident que ce sont les juridictions nationales qui disposent des connaissances procédurales internes nécessaires à une telle appréciation¹³⁴⁴ et la Cour reconnaît de manière expresse qu'« *il appartient en principe aux juridictions nationales de vérifier si les modalités procédurales destinées à assurer, en droit interne, la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire sont conformes au principe de l'équivalence (...)* »¹³⁴⁵. Néanmoins, cela n'empêche pas une intervention ponctuelle de juge communautaire, lequel va formuler certaines observations de nature à guider les juridictions nationales dans leur appréciation. Ainsi, la Cour précise que le juge national doit se livrer à une double démarche : déterminer, dans un premier temps, les critères permettant d'identifier le « recours similaire de nature interne »¹³⁴⁶, puis vérifier, dans un second temps, si les modalités qui le régissent s'avèrent

¹³⁴¹ C'est en cela que F. BERROD considère que le principe de non-discrimination et le principe d'équivalence ne recouvrent pas la même notion (cf. *La systématique des voies de droit communautaire, op. cit.*, p. 799).

¹³⁴² C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre, op. cit.*, p. 239. L'auteur nuance néanmoins ses propos en précisant qu'une telle position de la Cour peut présenter un certain avantage pour les Etats membres, dans le sens où « forcé d'améliorer les modalités de leurs recours en justice pour assurer la préservation des droits communautaires, les Etats membres seront peut-être amenés à soumettre la protection des droits nationaux aux mêmes règles afin d'éviter une dualité de sanction ». Il s'agit alors ici de « l'effet de contagion » du droit communautaire évoqué par J.-Cl. BONICHOT, in « Le droit communautaire et le droit administratif français », AJDA, 1996, n° spécial, p. 15.

¹³⁴³ P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres », art. préc., p. 78.

¹³⁴⁴ CJCE, 16 mai 2000, *Shirley Preston e. a.*, aff. C-78/98, Rec. CJCE, p. I-3201.

¹³⁴⁵ CJCE, 1^{er} décembre 1998, *B. S. Levez et T. H. Jennings Ltd.*, aff. C-326/96, Rec. CJCE, p. I-7835, point 39.

¹³⁴⁶ A ce titre, la Cour précise que le juge national « doit vérifier la similitude des recours concernés sous l'angle de leur objet, de leur cause et de leurs éléments essentiels » (cf. CJCE, 16 mai 2000, *Shirley Preston*, préc., point 57).

plus favorables que celles s'appliquant aux recours fondés sur la violation du droit communautaire¹³⁴⁷.

569 - L'obligation pour le juge national, désireux d'appliquer son droit interne, de vérifier au préalable l'adéquation de celui-ci avec le principe communautaire d'équivalence, participe donc à la réalisation d'une protection effective des droits que les particuliers tirent des règles communautaires. Néanmoins, ce principe n'est pas suffisant pour garantir une égalité de protection à tous les ressortissants de la Communauté, victimes de violations du droit communautaire, dans la mesure où les régimes nationaux régissant la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique diffèrent, notamment en ce qui concerne les conditions d'engagement d'une telle responsabilité¹³⁴⁸. Le principe d'équivalence doit ainsi nécessairement être complété. Il le sera par le principe d'effectivité.

B - Le respect du principe d'effectivité

570 - De la même manière que le principe d'équivalence, le principe d'effectivité a d'abord été consacré hors du droit de la responsabilité, dans le cadre de l'action en répétition de l'indû. Il signifie alors que les modalités d'organisation procédurale du recours fixées par le droit national ne doivent avoir pour effet de « rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention du remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire »¹³⁴⁹. La Cour condamne ainsi, dans une affaire « Barra »¹³⁵⁰, la technique de la validation législative d'une taxe antérieurement jugée illicite au regard du droit communautaire, dans la mesure où une telle validation avait pour effet de priver les assujettis du droit à remboursement qu'ils tiraient du droit communautaire. Elle précise également, dans un arrêt « Deville »¹³⁵¹, qu'il est interdit de réduire spécifiquement les possibilités d'agir en répétition, notamment en fixant un délai de forclusion qui rendrait pratiquement impossible la restitution des taxes irrégulièrement perçues. Il s'agit alors ici de l'application d'un principe

¹³⁴⁷ Ici, il appartient alors au juge national d'analyser la disposition litigieuse « en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités devant les diverses instances nationales » (cf. CJCE, 1^{er} décembre 1998, *B. S. Levez et T. H. Jennings Ltd.*, préc., point 44).

¹³⁴⁸ De plus, dans ses conclusions rendues le 28 novembre 1995, dans l'affaire « Brasserie du pêcheur-Factortame III » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), M. l'avocat général TESAURO soulignait que la mise en œuvre du principe d'équivalence « peut parfois se révéler dénuée de toute utilité », spécialement dans « les cas visés en l'espèce, dans lesquels le droit national ne prévoit aucune réglementation en la matière, étant donné qu'il s'agit d'une voie de droit qui n'est pas admise dans les ordres juridiques nationaux en question » (cf. Rec. CJCE, p. I-1029, point 108).

¹³⁴⁹ Voir, par ex. : CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, préc. - CJCE, 25 février 1988, *SA Les fils de Jules Bianco*, aff. jtes n° 331/85, n° 376/85 et n° 378/85, Rec. CJCE, p. 1099 ; JDI, 1989, p. 395, note D. Simon - CJCE, 24 mars 1988, *Commission c/ Italie*, préc.

¹³⁵⁰ CJCE, 2 février 1988, *Barra*, aff. n° 309/85, Rec. CJCE, p. 355 ; JDI, 1989, p. 398, note D. Simon.

¹³⁵¹ CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. n° 240/87, Rec. CJCE, p. 3513 ; JDI, 1989, p. 395, note D. Simon.

très général selon lequel le droit national doit assurer la réalisation effective et la protection de tout droit conféré par les règles communautaires. Toute atteinte au principe d'effectivité aurait automatiquement pour effet de nuire « à l'existence même du droit à réparation, lequel découle directement des exigences de primauté du droit communautaire »¹³⁵².

571 - Transposé dans le contentieux de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire, ce principe impose au juge national d'écarter les restrictions de forme ou de fond, rencontrées dans son ordre juridique, qui seraient susceptibles de « rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice par les particuliers du droit à réparation tel que garanti par le droit communautaire »¹³⁵³. Il semble commander ainsi, le cas échéant, de passer outre au principe de non-responsabilité qui pourrait résulter du droit national. La considération de ce principe a, par exemple, conduit la Cour à répondre au juge allemand qu'il lui appartient d'écarter la condition imposée par son droit interne, en cas de violation par une loi de dispositions nationales d'un rang supérieur, subordonnant la réparation au fait que l'acte ou l'omission du législateur vise une situation individuelle. A cela, elle ajoute que l'exclusion totale au titre du dommage réparable du manque à gagner ne peut être admise en cas de violation du droit communautaire, une telle exclusion dans le cadre de litiges d'ordre économique ou commercial étant de nature à rendre en fait impossible la réparation du dommage¹³⁵⁴. Le juge communautaire fera le même constat à propos de la condition imposée en principe par le droit anglais d'apporter la preuve d'un abus de pouvoir dans l'exercice d'une fonction publique (*misfeasance in public office*), « lequel abus est inconcevable dans le chef du législateur »¹³⁵⁵.

572 - Au vu de la relative imprécision de la formule consacrant le principe d'effectivité, le juge de Luxembourg se devait d'éclairer le juge national sur la méthode permettant de vérifier la conformité des modalités procédurales internes. Il le fit dans son arrêt « Peterbroeck », en précisant que le juge national se doit de replacer l'étude des dispositions

¹³⁵² Selon les termes employés par D. SIMON, in « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », AJDA, 1993, p. 240.

¹³⁵³ CJCE, 19 novembre 1991, *Franovich*, préc., point 43. Pour une réaffirmation de cette formule devenue rituelle, voir notamment : CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 68 - CJCE, 23 mai 1993, *Hedley Lomas*, Rec. CJCE, p. I-2556, point 32 - CJCE, 10 juillet 1997, *Bonifaci et Berto*, aff. jtes C-94/95 et C-95/95, Rec. CJCE, p. I-3969, point 49 - même date, *Maso et Gazzetta*, aff. C-373/95, Rec. CJCE, p. I-4051, point 37 - CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, préc., point 27 - CJCE, 22 avril 1997, *Eunice Sutton*, aff. C-66/95, Rec. CJCE, p. I-2163, point 33.

¹³⁵⁴ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, Rec. CJCE, p. I-1029, points 86 et 87.

¹³⁵⁵ *Idem*, point 73.

concernées dans un contexte global¹³⁵⁶, en s'appuyant notamment « *sur les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure* »¹³⁵⁷. Or, sur le modèle de ce qui se passe pour le principe d'équivalence, il arrive que la Cour procède elle-même à des analyses tellement précises du contenu des règles nationales que la marge d'appréciation du juge interne en devient quasi-inexistante. Comme le remarque P. Girerd¹³⁵⁸, un tel phénomène est particulièrement flagrant dans les décisions où le dispositif énonce soit que « *le droit communautaire s'oppose à l'application d'une règle de droit national* »¹³⁵⁹, soit que « *le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales (...)* »¹³⁶⁰. Le juge communautaire peut même aller jusqu'à se prononcer directement sur la compatibilité entre une règle procédurale interne et le principe d'effectivité. Ainsi, dans un arrêt « *Palmisani* »¹³⁶¹, la Cour énonce qu'en « *ce qui concerne la compatibilité d'une condition de délai telle que celle prévue par le décret législatif avec le principe de l'effectivité du droit communautaire, il y a lieu de constater que la fixation de délais de recours raisonnables à peine de forclusion satisfait, en principe, à cette exigence (...)* ». On peut y voir ici une illustration des propos tenus par M. l'avocat général Tesauro quant au fait que le principe d'effectivité comporte au moins deux conséquences : « *la première est que la protection juridictionnelle, lorsqu'il s'agit de droits que le particulier tire de dispositions communautaires, doit atteindre de toute façon un niveau approprié ; la seconde est que le contrôle de ce niveau incombe à la Cour* »¹³⁶².

573 - S'appuyant sur les formules employées par la Cour de justice dans ses arrêts, P. Girerd démontre alors que le juge communautaire exerce un contrôle bien plus poussé lorsqu'il s'agit de vérifier la compatibilité des règles procédurales internes avec le principe d'effectivité qu'avec celui d'équivalence¹³⁶³. On peut y voir ici l'expression d'une certaine

¹³⁵⁶ CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, Rec. CJCE, p. I-4599, point 14. La Cour considère en effet que « chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales ».

¹³⁵⁷ *Idem*.

¹³⁵⁸ P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres ? », art. préc., p. 80.

¹³⁵⁹ CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, préc.

¹³⁶⁰ CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel et Van Veen*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, Rec. CJCE, p. I-4705.

¹³⁶¹ CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, préc., point 28.

¹³⁶² Concl. rendues, le 28 novembre 1995, dans l'affaire « Brasserie du pêcheur-Factortame III » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), Rec. CJCE, p. I-1029, point 108.

¹³⁶³ P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres ? », art. préc., p. 81. L'auteur remarque ainsi, qu'à l'occasion d'un arrêt « *Levez* » (cf. CJCE, 1^{er} décembre 1998, préc.), la Cour conclut son examen d'une règle nationale au regard du principe d'équivalence par la formule : « le droit communautaire s'oppose à l'application d'une règle de droit

prééminence du principe d'effectivité. En effet, malgré la consécration du caractère cumulatif des deux limites assignées à l'autonomie procédurale des Etats membres¹³⁶⁴, il est impossible d'affirmer qu'une législation nationale, conforme au principe d'équivalence, garantit automatiquement aux justiciables un niveau de protection tel qu'il satisfait au principe d'effectivité. En effet, il se peut que certaines règles du droit national soient insuffisantes pour garantir la primauté et la pleine efficacité des normes communautaires, et par-là, pour assurer une protection adéquate des droits que les particuliers tirent des normes communautaires. Il appartient alors au juge national d'adapter sa législation en conséquence. L'existence d'une égalité de traitement entre les recours « internes » et les recours « communautaires » n'est donc pas le gage automatique de l'effectivité des règles procédurales internes, d'où une possible supériorité du principe d'effectivité¹³⁶⁵.

574 - Par la fixation d'un standard minimal de protection limitant l'autonomie procédurale des Etats membres, la Cour tend ainsi à garantir au mieux l'effectivité du droit communautaire. Les voies de droit internes sont en effet repensées par le juge du Luxembourg afin de pallier un éventuel vide juridique. Cette volonté de parvenir à l'application uniforme des règles communautaires pousse également la Cour à aiguiller le juge national en ce qui concerne l'appréciation de l'étendue de la réparation à accorder à un particulier subissant un dommage du fait de la violation du droit communautaire par un Etat membre.

§ 2 : L'intervention de la Cour concernant l'étendue de la réparation

575 - Tout en rappelant le principe de l'application des règles procédurales nationales en cas d'absence de dispositions communautaires, la Cour s'efforce, au fil de sa jurisprudence, d'apporter des précisions afin de guider le juge interne dans son appréciation de l'étendue de la réparation. L'objectif à terme reste toujours de garantir au mieux

national », mais prend soin de rajouter qu'« il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si tel est le cas ». Tandis que s'agissant de la conformité au principe d'effectivité, le juge va beaucoup plus loin dans son contrôle du juge national puisqu'il affirme uniquement que « le droit communautaire s'oppose à l'application d'une règle de droit national qui (...) ».

¹³⁶⁴ La formulation initiale de ces deux principes sera contenue dans les arrêts « Rewe » et « Comet » (cf. CJCE, 16 décembre 1976, 2 espèces, préc.), avant que la jurisprudence ne vienne, dans un arrêt « Just » (cf. CJCE, 27 février 1980, préc.), consacrer une formule reprise par la Cour dans son arrêt « Francovich » (cf. CJCE, 19 novembre 1991, préc., point 43) de nature à placer le respect des principes d'équivalence et d'effectivité sur un strict plan d'égalité. Quant à la consécration du caractère cumulatif de ces deux principes, celle-ci viendra à l'occasion d'une affaire « San Giorgio » (cf. CJCE, 9 novembre 1983, préc., point 18).

¹³⁶⁵ A tel point que P. GIRERD en vient même à s'interroger sur la possibilité de reconnaître, à l'avenir, le principe d'équivalence comme un principe général du droit communautaire (cf. « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres ? », art. préc., p. 86).

l'effectivité du droit communautaire et, par ricochet, la protection des droits des particuliers. Ainsi, comme le souligne le professeur Dubouis, le juge communautaire va s'efforcer de fournir « *une indication directrice générale* »¹³⁶⁶ portant sur l'étendue de la réparation. Une telle intervention est décelable, non seulement en ce qui concerne l'étendue matérielle de la réparation (A), mais également au sujet de l'étendue dans le temps de l'obligation de réparer (B).

A - Les indications communautaires quant à l'étendue matérielle de la réparation

576 - La Cour admet que la réparation peut varier selon la nature du préjudice (2), c'est-à-dire qu'elle peut notamment revêtir deux formes distinctes. Elle peut ainsi être, soit pécuniaire, soit directement en nature. Néanmoins, quelle que soit sa forme et dans tous les cas, la réparation doit répondre à une exigence capitale : elle doit être adéquate au préjudice subi (1).

1. *La réparation doit être adéquate au préjudice subi*

577 - Dans son arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III », la Cour indique que « *la réparation des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire doit être adéquate au préjudice subi* »¹³⁶⁷. Elle poursuit en précisant que l'adjectif « adéquate » signifie « *de nature à assurer une protection effective de leurs droits* »¹³⁶⁸. Un tel principe découle directement du fondement de la responsabilité des Etats membres¹³⁶⁹, à savoir l'efficacité du droit communautaire requise du fait de sa primauté sur le droit national, et la protection effective des droits qu'il confère aux particuliers. Il appartient donc au juge national, conformément aux règles procédurales de son ordre juridique, de fixer les critères permettant une réparation adéquate du préjudice subi par le particulier, et ce, tout en garantissant le respect des principes d'équivalence et d'effectivité¹³⁷⁰. Ainsi, conformément

¹³⁶⁶ L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », RFDA, 1996, p. 595.

¹³⁶⁷ CJCE, 5 mars 1996, Rec. CJCE, p. I-1029, point 82, concl. G. Tesaro. Voir aussi : A. RIGAUX, « L'arrêt Brasserie du pêcheur-Factortame III : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, chron., p. 1 - L. DUBOUIS, note sous cet arrêt, RFDA, 1996, p. 583.

¹³⁶⁸ *Idem*.

¹³⁶⁹ Pour une étude détaillée de ce sujet, voir *supra*, § n° 442 et s.

¹³⁷⁰ La Cour rappelle en effet, qu'en « l'absence de dispositions communautaires en ce domaine, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de fixer les critères permettant de déterminer l'étendue de la réparation, étant entendu qu'ils ne peuvent être moins favorables que ceux concernant des réclamations semblables fondées sur le droit interne et que, en aucun cas, ils ne sauraient être aménagés de manière à rendre

au principe de non-discrimination, la Cour considère par exemple que l'allocation de dommages et intérêts exemplaires (*exemplary damages*) prévue par le droit anglais ne saurait être exclue dans le cadre d'une réclamation ou action fondée sur le droit communautaire, dès lors que de telles indemnités sont allouées dans un litige purement national¹³⁷¹.

578 - L'utilisation par le juge communautaire de la formule « réparation adéquate » a fait naître une interrogation quant à la possibilité d'y voir une référence indirecte à la notion de réparation intégrale du préjudice. Pour certains, à l'image de M. l'avocat général Van Gerven, l'absence de référence directe à cette notion par la Cour parle d'elle-même. Une indemnité adéquate ne doit pas nécessairement s'identifier à une réparation de l'intégralité du dommage, elle ne doit pas « *correspondre exactement au préjudice subi* »¹³⁷². La définition d'une limitation maximale d'indemnisation au niveau national n'est alors pas incompatible avec le droit communautaire « *à condition toutefois, que cette limitation soit fixée à un niveau suffisamment élevé pour ne pas priver la sanction de son caractère effectif, proportionnel et dissuasif* »¹³⁷³.

Cette prise de position est à l'heure actuelle contestée par la majorité de la doctrine¹³⁷⁴, s'appuyant notamment sur la solution énoncée par la Cour à l'occasion de son arrêt « Marshall II ». Dans cette affaire, contrairement à l'avis de son avocat général M. Van Gerven, le juge communautaire affirme, en effet, que « *lorsque, en cas de licenciement discriminatoire, une réparation pécuniaire, est la mesure retenue pour rétablir ladite égalité, une telle réparation, doit être intégrale et ne saurait être limitée, a priori, quant à son montant* »¹³⁷⁵. La présence du terme « *a priori* » démontre que la Cour reconnaît tout de même au juge national la possibilité de limiter la réparation du préjudice, à condition qu'une telle réserve ne soit pas constituée par une exclusion totale¹³⁷⁶. Comme le souligne C. Weisse-

en pratique impossible ou excessivement difficile la réparation » (cf. CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 83). Pour une analyse de ces deux principes, voir *supra*, § n° 565 et s.

¹³⁷¹ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 89.

¹³⁷² Concl. de M. l'avocat général VAN GERVEN, rendues le 26 janvier 1993, sur l'affaire « Marshall II » (cf. CJCE, 2 août 1993, aff. C-271/91), Rec. CJCE, p. I-4367, point 17.

¹³⁷³ *Idem*.

¹³⁷⁴ Voir, notamment : L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 595 - C. WEISSE-MARSCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en oeuvre*, op. cit., p. 403 - du même auteur, « Quelle réparation pour les dommages causés aux particuliers par la violation d'une directive communautaire dépourvue d'effet direct ? », RFDA, 2000, p. 403 - H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris, éd. L'Harmattan, 2001, p. 74 - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 173.

¹³⁷⁵ CJCE, 2 août 1993, préc., Rec. CJCE, p. I-4367 ; Europe, 1993, n° 10, p. 1, chron. D. Simon et A. Rigaux.

¹³⁷⁶ En l'espèce, la limitation de l'indemnisation par la fixation d'un plafond et le refus d'octroyer des intérêts moratoires n'étaient pas, selon la Cour, de nature à satisfaire aux exigences du droit communautaire.

Marchal¹³⁷⁷, il était ici difficile pour la Cour d'imposer le principe de la restitution intégrale sans prévoir de dérogations, alors que certaines directives du Conseil fixent une limite maximale d'indemnisation. Une éventuelle dérogation se retrouve dans le fait que, pour statuer sur l'étendue de la réparation, le juge de Luxembourg autorise le juge national à vérifier si la victime a fait preuve d'une diligence raisonnable pour éviter le préjudice ou en limiter la portée, et notamment si elle a utilisé en temps utile toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition¹³⁷⁸.

579 - Dans sa jurisprudence postérieure à l'arrêt « Marshall II », la Cour fournit quelques utiles indications, comme autant d'arguments en faveur d'une réparation intégrale du préjudice. En effet, dès son arrêt « Brasserie du pêcheur », et ce malgré une allusion à la réparation « adéquate », le juge communautaire considère qu'en aucun cas le juge national (et plus particulièrement en l'espèce le juge allemand) ne peut exclure totalement au titre du dommage le manque à gagner (*lucrum cessans*) subi par les requérants en cas de violation du droit communautaire. Celui-ci doit alors être indemnisé au même titre que le dommage causé aux biens (*damnum emergens*), dans la mesure où « spécialement à propos de litige d'ordre économique ou commercial, une telle exclusion du manque à gagner (serait) de nature à rendre en fait impossible la réparation du dommage »¹³⁷⁹. Dès lors, certains avocats généraux n'hésitent plus à intégrer le principe de la *restitutio in integrum* dans leurs conclusions. Tel est le cas de M. l'avocat général Léger qui, partageant l'avis de M. l'avocat général Tesaurò¹³⁸⁰, affirme qu'« en cas de responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire, la réparation du préjudice subi par la victime doit être intégrale. Le principe de la *restitutio in integrum* permet seul de reconstituer le patrimoine de la victime dans l'état où il se serait trouvé si le droit communautaire n'avait jamais été violé »¹³⁸¹.

Ici, il est intéressant de souligner que, dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté, la Cour a eu l'occasion d'affirmer, eu égard aux principes généraux communs aux systèmes juridiques des Etats membres, la nécessité d'une réparation

¹³⁷⁷ C. WEISSE-MARSCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principe et mise en oeuvre*, op. cit., p. 402.

¹³⁷⁸ Voir, notamment : CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc. - CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, aff. jtes C-179/94, C-188/94 à C-190/94, Rec. CJCE, p. I-4845, point 72. Pour une analyse précise de cette possibilité accordée à l'Etat membre de faire valoir une faute de la victime, voir *supra*, § n° 540 et s.

¹³⁷⁹ CJCE, 2 août 1993, *Marshall II*, préc., point 87.

¹³⁸⁰ Dans ses conclusions, en date du 28 novembre 1995, et rendues sur l'affaire « Brasserie du pêcheur-Factortame III » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), M. l'avocat général TESAURÒ considère en effet qu'il « est tout à fait clair que la réparation du préjudice ne saurait être purement symbolique, mais doit correspondre au préjudice subi. C'est une exigence liée à la raison d'être même de l'action en responsabilité qui consiste précisément à assurer le rétablissement de la situation patrimoniale de la personne lésée » (cf. Rec. CJCE, p. I-1029, point 118).

¹³⁸¹ Concl. du 20 juin 1995, rendues sur l'affaire « Hedley Lomas » (cf. CJCE, 23 mai 1996, préc.), Rec. CJCE, p. I-2553, point 186.

intégrale du préjudice. En effet, dans un arrêt « Mulder », le juge communautaire déclare expressément que « le montant des indemnités dues par la Communauté doit correspondre aux dommages causés par celle-ci »¹³⁸². Or, nous avons vu précédemment que pour déterminer les conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres, le juge communautaire s'était livré à un étroit rapprochement entre le régime de la Communauté et celui des Etats membres¹³⁸³. On ne voit alors pas pourquoi il en serait différemment concernant les modalités de fixation de l'étendue matérielle du préjudice.

580 - Il nous semble donc difficile de ne pas interpréter l'exigence communautaire, d'une réparation de nature à assurer une protection effective des droits que les particuliers tirent des règles communautaires, autrement que comme un principe de réparation intégrale. Néanmoins, une telle exigence n'a de sens qu'en ce qui concerne le préjudice financier constitué par un dommage aux biens matériels, dans la mesure où le principe de la *restitutio in integrum* suppose qu'il soit possible de mesurer le dommage subi. En effet, une fois le dommage évalué, il est assez aisé de faire correspondre le montant de l'indemnisation avec le montant de la perte pécuniaire estimée. *A contrario*, s'agissant des préjudices moraux, « qui n'ont pas de valeur pécuniaire objective, tout dépend de la subjectivité des juges »¹³⁸⁴. La réparation adéquate du préjudice pourra alors consister en l'allocation d'un euro symbolique, tout comme en l'octroi d'une somme plus substantielle. Il appartiendra alors en propre au juge national d'apprécier le seuil à partir duquel le préjudice moral sera considéré comme réparé.

581 - Cherchant à optimiser la protection des victimes, la Cour de justice rejette donc les limitations du préjudice réparable touchant aux chefs mêmes du dommage. Le manque à gagner comme le préjudice moral méritent une indemnisation au même titre que les dommages matériels. Mais l'encadrement opéré par le juge communautaire ne s'arrête pas là, dans la mesure où, conformément à l'avis de M. l'avocat général Tesauo¹³⁸⁵, la Cour semble également refuser les limitations du préjudice réparable lorsque celles-ci se fondent sur les

¹³⁸² CJCE, 19 mai 1992, *Mulder*, aff. jtes C-104/89 et C-37/90, Rec. CJCE, p. I-3061, point 34.

¹³⁸³ Voir *supra*, § n° 524 et s.

¹³⁸⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1261.

¹³⁸⁵ Dans ses conclusions, rendues le 28 novembre 1995, dans l'affaire « Brasserie du pêcheur » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), M. l'avocat général TESAURO affirme en effet que « (...) des conditions relatives à la nature du dommage, qui sont par ailleurs susceptibles de conduire à la négation même du droit à réparation, ne trouvent aucun fondement ni raison lorsque le dommage allégué est lié non pas à une activité licite mais à une activité illicite » (cf. Rec. CJCE, p. I-1029, point 95). Pour un avis contraire, voir les conclusions de M. l'avocat général LEGER, rendues le 20 juin 1995, dans l'affaire « Hedley Lomas » (cf. CJCE, 23 mai 1996, préc.), Rec. CJCE, p. I-2556, point 178 : « Par définition, la loi vise un nombre étendu de destinataires. C'est pourquoi le droit communautaire ne saurait s'opposer à ce qu'un Etat membre exige, pour que sa responsabilité puisse être mise en cause, que le préjudice soit spécial, ne concerne qu'un nombre restreint de victimes, et qu'il soit anormal, par exemple, en dépassant les risques normaux inhérents aux activités d'entrepreneur dans le secteur concerné ».

caractères du préjudice. Ainsi, la condition d'un préjudice anormal et spécial, requise dans certains systèmes internes pour la mise en œuvre de la responsabilité sans faute de la puissance publique¹³⁸⁶, n'est pas évoquée par le juge communautaire¹³⁸⁷. Celui-ci va même, en ce qui concerne la condition de spécialité, jusqu'à affirmer son rejet de manière expresse¹³⁸⁸. Dès lors, il apparaît que cette exigence de gravité et de spécialité du préjudice n'est pas utilisable par les juges nationaux pour tenter de restreindre les cas de mise en œuvre de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire, dans la mesure où l'unique hypothèse pour laquelle les règles internes peuvent s'appliquer à la place des principes communautaires, est celle où les premières sont plus à même de protéger les droits des particuliers que les secondes¹³⁸⁹. En matière de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire, le préjudice doit donc uniquement revêtir les caractères traditionnellement exigés, à savoir être direct¹³⁹⁰, réel et certain. De plus, le dommage futur, à condition qu'il soit suffisamment prévisible et la perte d'une chance, semblent faire partie des préjudices indemnisables¹³⁹¹.

582 - En l'absence de règles communautaires, il appartient ainsi au juge national d'apprécier l'étendue matérielle de la réparation du dommage subi par le particulier du fait de la violation par l'Etat du droit communautaire, sous réserve de l'octroi d'une réparation adéquate, entendue dans la plupart des cas, comme intégrale. Mais l'interventionnisme de la Cour ne s'arrête pas là, dans le sens où le juge de Luxembourg guide également le juge national quant à la forme de la réparation à accorder, forme qui peut varier en fonction de la nature du préjudice subi.

¹³⁸⁶ Pour une étude approfondie de cette double exigence en droit administratif français, voir *supra*, § n° 171 et s. et § n° 384 et s.

¹³⁸⁷ Une telle condition était par contre expressément requise en matière de responsabilité de la Communauté pour violation du droit communautaire (cf. CJCE, 25 mai 1978, *HNL*, aff. n° 836/76, n° 94/76, n° 4/77, n° 15/77, et n° 40/77, Rec. CJCE, p. 1209), avant qu'une évolution dans un sens plus souple ne se fasse sentir (cf. CJCE, 19 mai 1992, *Mulder*, préc.). Néanmoins, il semble qu'il faille, à l'heure actuelle, rester très prudent sur la position du juge communautaire à ce sujet, dans la mesure où le tribunal de première instance des Communautés européennes vient de faire resurgir une telle condition tenant aux caractères du préjudice, dans deux espèces en date du 6 mars 2003 (cf. TPICE, *Banan-Kompaniet*, aff. T-57/00 - même date, *Dole Fresh Fruit international*, aff. T-56/00, Europe, 2003, comm. n° 159, note D. Ritleng).

¹³⁸⁸ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 71. En l'espèce, la Cour précise que la condition de spécialité du dommage, imposée par le droit allemand, rend en pratique impossible ou excessivement difficile la réparation effective des dommages résultant de la violation du droit communautaire.

¹³⁸⁹ Sur l'impossibilité, pour le juge interne français, d'exiger l'existence d'un préjudice anormal et spécial au sens de la responsabilité sans faute, pour les cas de violations par l'Etat du droit communautaire, voir *infra*, § n° 688 et s.

¹³⁹⁰ Pour une analyse détaillée de la nécessité d'un lien de causalité direct entre le dommage allégué et la violation du droit communautaire, voir *supra*, § n° 534 et s.

¹³⁹¹ CJCE, 5 mai 1983, *Pizziole*, aff. n° 785/79, Rec. CJCE, p. 1343, points 15 et 16.

2. La réparation peut varier selon la nature du préjudice subi

583 - En se penchant sur la nature du préjudice subi, il est possible de faire une distinction entre deux modes de réparation du dommage. Dans les cas où le particulier subit un préjudice financier du fait de la transposition incorrecte d'une directive, la Cour de justice incite le juge national à allouer, le plus souvent possible, une somme d'argent couvrant l'intégralité de la perte pécuniaire estimée. C'est le principe de la réparation intégrale qui s'applique, à moins que le droit communautaire n'en décide autrement, en fixant lui-même une limite maximale au montant de l'indemnisation, montant qui peut ainsi être inférieur au montant réel du préjudice. Il faut également préciser qu'à l'inverse, si le droit national prévoit une réparation plus généreuse du dommage subi, comme nous l'avons vu précédemment dans le cadre du droit anglais avec les dommages et intérêts exemplaires¹³⁹², il appartient au juge national d'appliquer ces règles de droit interne aux litiges portant sur la responsabilité de l'Etat membre pour violation du droit communautaire, et ce, nonobstant l'éventuel montant de la réparation fixée par la directive.

584 - Il en va différemment dans les cas où le préjudice subi par le particulier est dû à un défaut de transposition par un Etat membre d'une directive attribuant des droits à caractère pécuniaire. Conformément à la solution retenue par la Cour dans trois arrêts rendus le 10 juillet 1997¹³⁹³, il apparaît possible de remédier aux conséquences dommageables subies par les bénéficiaires de la directive non transposée par une simple application rétroactive et complète des mesures d'exécution de cette directive. Ici, la réparation se fera donc en nature par le rétablissement de l'intéressé dans ses droits, par son remplacement dans la situation où il serait si l'acte dommageable ne s'était pas produit.

Néanmoins, il convient de préciser que le juge de Luxembourg fixe des conditions à la possibilité d'une réparation en nature en cas de violation d'une directive. En effet, après avoir affirmé que « *l'application rétroactive et complète des mesures d'exécution de la directive permet de remédier aux conséquences dommageables de la transposition tardive de celle-ci* », la Cour précise que ceci vaut « *à la condition que la directive ait été régulièrement transposée* », puis ajoute qu'« *il appartient au juge national de veiller à ce que la réparation du préjudice subi par les bénéficiaires soit adéquate. Une application rétroactive, régulière et*

¹³⁹² CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 89.

¹³⁹³ CJCE, 10 juillet 1997, *Danila Bonifaci e. a. et Wanda Berto* (1^{ère} espèce), aff. jtes C-94/95 et C-95/95, Rec. CJCE, p. I-3969 - même date, *Rosalba Palmisani* (2nde espèce), aff. C-261/95, Rec. CJCE, p. I-4025 - même date, *Frederica Maso e.a. et Graziano Gazzetta* (3^{ème} espèce), aff. C-373/95, Rec. CJCE, p. I-4051. Pour une confirmation, voir CJCE, 25 février 1999, *Annalisa Carbonari e. a.*, aff. C-131/97, Rec. CJCE, p. I-1103.

*complète des mesures d'exécution de la directive suffira à cette fin (...) »*¹³⁹⁴. Ainsi, il se dégage de cette formule l'exigence de la réunion de trois conditions¹³⁹⁵ afin d'autoriser une réparation en nature : tout d'abord, les mesures d'exécution nationales doivent être valides, ensuite, l'application rétroactive de la directive doit être complète et enfin, une telle application doit conduire à la réparation adéquate du préjudice subi.

Cette dernière condition a permis à la Cour de nuancer quelque peu l'efficacité de la réparation en nature. En effet, il est possible que le préjudice subi par le particulier du fait de la non-transposition d'une directive ne se limite pas à la privation des droits que lui confère la directive, mais s'accompagne en plus d'autres dommages et notamment de dommages financiers. Ici, l'application rétroactive de la directive n'est pas synonyme de réparation adéquate dans la mesure où elle ne peut permettre à elle seule de rétablir le justiciable dans la situation exacte où il serait si l'acte dommageable ne s'était pas produit. Dès lors, la Cour estime que l'application rétroactive et complète des mesures d'exécution d'une directive suffit aux fins de réparation « *sauf si les bénéficiaires établissent l'existence de pertes complémentaires qu'ils auraient subies du fait qu'ils n'ont pu bénéficier en temps voulu des avantages pécuniaires garantis par la directive (...) »*¹³⁹⁶. En pareil cas, peut s'ajouter à l'octroi des droits conférés par la directive, l'allocation d'une indemnisation spécifique permettant de réparer intégralement le préjudice subi. Il appartiendra alors au juge national d'apprécier l'étendue du préjudice causé aux particuliers afin de déterminer si la simple application rétroactive de la directive suffit ou non à faire disparaître les conséquences dommageables de la violation du droit communautaire.

585 - Par le biais d'indications générales adressées au juge national, le juge communautaire s'immisce ainsi dans un domaine laissé traditionnellement à la compétence des tribunaux nationaux, à savoir l'évaluation de l'étendue matérielle de la réparation à laquelle peut prétendre le justiciable victime d'une violation du droit communautaire par un Etat membre. Mais son interventionnisme ne se limite pas à ce domaine puisqu'il est également possible de déceler, dans la jurisprudence de la Cour, des indications destinées au juge national et portant, cette fois, sur l'évaluation de l'étendue dans le temps de l'obligation de réparer.

¹³⁹⁴ CJCE, 10 juillet 1997, *Danila Bonifaci e. a. et Wanda Berto*, préc., point 54 - même date, *Rosalba Palmisani*, préc., point 35 - même date, *Frederica Maso e.a. et Graziano Gazzetta*, préc., point 41.

¹³⁹⁵ Pour une analyse détaillée de ces trois conditions, voir C. WEISSE-MARCHAL, « Quelle réparation pour les dommages causés aux particuliers par la violation d'une directive communautaire dépourvue d'effet direct ? », art. préc., p. 404 et s.

¹³⁹⁶ CJCE, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani*, préc., point 35.

B - Les indications communautaires quant à l'étendue dans le temps de l'obligation de réparer

586 - Au travers des questions préjudicielles lui étant adressées, la Cour de justice va être amenée à statuer à propos de deux problèmes importants, le premier ayant trait au moment où naît l'obligation de réparer (1), le second portant sur la possibilité ou non pour le juge national de limiter dans le temps les effets de cette obligation (2).

1. *Le moment où naît l'obligation de réparer*

587 - C'est une question préjudicielle posée par le juge allemand à l'occasion de l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III » qui va donner l'opportunité à la Cour de venir préciser le moment où naît l'obligation de réparer à la charge de l'Etat auteur d'une violation du droit communautaire. Souhaitant savoir si le dommage réparable s'étend aux préjudices subis antérieurement au prononcé d'un arrêt de la Cour constatant l'existence d'un manquement, le juge de Luxembourg répond alors au Bundesgerichtshof que « *l'obligation pour les Etats membres de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables ne saurait être limitée aux seuls dommages subis postérieurement au prononcé d'un arrêt de la Cour constatant le manquement reproché* »¹³⁹⁷. L'existence d'un tel arrêt « *est un élément certes déterminant, mais pas indispensable* »¹³⁹⁸ pour considérer qu'il y a lieu à réparation. Toute autre solution serait, selon la Cour, contraire au principe d'effectivité du droit communautaire, puisque subordonner la réparation du dommage à l'exigence d'une condamnation préalable en constatation de manquement « *exclurait tout droit à réparation tant que le manquement présumé n'a pas fait l'objet d'un recours introduit par la Commission en vertu de l'article 169 (article 226 après renumérotation) du traité et d'une condamnation par la Cour (...)* »¹³⁹⁹.

Ainsi, l'obligation de réparer existe avant même la constatation d'un manquement par la Cour. Un arrêt en constatation de manquement ne peut avoir d'incidence sur l'évaluation

¹³⁹⁷ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 95. Pour une réaffirmation, voir CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, préc., point 28 : « (...) on ne saurait subordonner la réparation du dommage à l'exigence d'une constatation préalable par la Cour d'un manquement au droit communautaire imputable à l'Etat, ni à l'existence d'une faute intentionnelle ou de négligence dans le chef de l'organe étatique auquel le manquement est imputable ».

¹³⁹⁸ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 93.

¹³⁹⁹ Idem, point 95. Voir aussi, CJCE, 14 décembre 1982, *Waterkeyn*, aff. jtes n° 314/81 à n° 316/81 et n° 83/82, Rec. CJCE, p. 4337, point 16, concernant l'impossibilité de subordonner la protection des droits conférés aux particuliers, par des dispositions communautaires d'effet direct, à l'appréciation, par la Commission, de l'opportunité de déclencher une action en manquement.

dans le temps de la réparation du dommage subi, pas plus qu'il ne peut servir de fondement à l'action en responsabilité¹⁴⁰⁰. La seule interaction possible entre la procédure en constatation de manquement et l'action en responsabilité concerne, selon la Cour, la preuve de la réunion des conditions d'engagement de la responsabilité et notamment de la « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire. En effet, dans un arrêt « Commission c/ Italie »¹⁴⁰¹, elle affirme que « *même au cas où le manquement aurait été éliminé postérieurement au délai déterminé par la Commission (...) la poursuite de l'action conserve un intérêt et (...) cet intérêt peut consister à établir la base d'une responsabilité qu'un Etat membre peut encourir, en conséquence de ses manquements, à l'égard notamment des particuliers* ». La constatation préalable du manquement peut donc contribuer à établir l'existence et l'intensité de la violation commise par l'Etat membre¹⁴⁰².

588 - L'obligation de réparation n'apparaît donc pas suite au prononcé d'un arrêt en constatation de manquement, mais bien dès la réunion des conditions communautaires ouvrant l'action en responsabilité à l'encontre de l'Etat¹⁴⁰³. La Cour indique en effet, dans son arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III », que « *le droit à réparation existe sur le fondement du droit communautaire dès lors que les conditions indiquées (...) sont remplies* »¹⁴⁰⁴. Il reste donc à savoir à partir de quand ces conditions sont remplies. En cas de non-transposition d'une directive, la solution est assez simple dans la mesure où l'obligation de réparation ne peut naître qu'à l'expiration du délai de transposition. C'est à ce moment précis que sera constitué le fait générateur du dommage source de responsabilité. Il en va différemment des autres cas de violation du droit communautaire puisqu'il semble en effet plus difficile de déterminer, face à une mauvaise transposition comme à une transposition incomplète d'une directive, le moment où la « violation suffisamment caractérisée » s'est produite. Afin de faciliter cette identification, il est possible de reprendre le raisonnement développé par M. l'avocat général Tesouro dans ses conclusions relatives à l'arrêt « Brasserie

¹⁴⁰⁰ Sur ce point, voir *supra*, § n° 494 et s.

¹⁴⁰¹ CJCE, 20 février 1986, *Commission c/ Italie*, aff. n° 309/84, Rec. CJCE, p. 599. Jurisprudence inaugurée par : CJCE, 7 février 1973, *Commission c/ Italie*, aff. n° 39/72, Rec. CJCE, p. 101. Voir aussi : CJCE, 5 juin 1986, *Commission c/ Italie*, aff. n° 103/84, Rec. CJCE, p. 1759 - CJCE, 18 janvier 1990, *Commission c/ Grèce*, aff. C-287/87, Rec. CJCE, p. I-125 - CJCE, 30 mai 1991, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-361/88, Rec. CJCE, p. I-2567.

¹⁴⁰² Illustrant cette affirmation, M. l'avocat général LEGER affirmait ainsi dans ses conclusions, rendues le 20 juin 1995, à propos de l'affaire « Hedley Lomas » (cf. CJCE, 23 mai 1996, préc.), que « l'existence d'un arrêt en manquement n'est pas une condition nécessaire à l'action en responsabilité », mais par contre, « elle peut être une condition suffisante car elle devrait permettre d'engager plus facilement la responsabilité de l'Etat » (cf. Rec. CJCE, p. I-2556).

¹⁴⁰³ C'est à dire l'existence de droits à l'égard des particuliers, la violation suffisamment caractérisée de ces droits et un lien de causalité direct entre le dommage et la violation. Pour une analyse détaillée de ces trois conditions, voir *supra*, § n° 523 et s.

¹⁴⁰⁴ CJCE, 5 mars 1996, préc., point 92.

du pêcheur-Factortame III »¹⁴⁰⁵. Celui-ci propose en effet une distinction fondée sur le degré de clarté du droit communautaire et le degré de certitude dont disposent les Etats membres à l'égard du droit communautaire.

Ainsi, dans l'hypothèse où la disposition enfreinte est claire et précise ou a déjà été clarifiée par la jurisprudence, l'obligation de réparation naît au moment où l'acte ou l'omission de l'Etat membre en cause s'est produit¹⁴⁰⁶. Ici, l'obligation de réparation naît en même temps que le fait générateur du dommage. Il en va autrement de l'hypothèse où il existe « *une situation juridique incertaine* » au moment où survient l'acte ou l'omission de l'Etat membre. Dans ce cas, « *ce n'est qu'après l'intervention clarificatrice du juge national ou communautaire que l'Etat défaillant pourra être tenu de réparer le dommage (...) s'il n'a pas mis fin à la violation dans des délais raisonnables et seulement par rapport aux dommages intervenus après cette intervention* »¹⁴⁰⁷. Un Etat ayant par exemple mal transposé en toute bonne foi une directive, n'est pas tenu de réparer les dommages éventuels qu'il a pu causer¹⁴⁰⁸, tant que la clarification n'est pas intervenue puisque avant celle-ci, la violation ne peut être considérée comme « suffisamment caractérisée ». Une telle position est compréhensible dans la mesure où la violation ne devient dommageable qu'au moment où la situation a été clarifiée par le juge¹⁴⁰⁹. C'est précisément à ce même moment que les conditions communautaires d'engagement de la responsabilité seront considérées comme remplies et que naîtra le droit à réparation.

589 - S'il est ainsi possible de déterminer avec plus ou moins de précision le moment où survient le fait générateur du dommage en cas de non-transposition d'une directive comme en cas de transposition erronée, reste l'hypothèse d'un Etat membre ayant pris des mesures

¹⁴⁰⁵ Concl. rendues le 28 novembre 1995, Rec. CJCE, p. I-1029, point 112.

¹⁴⁰⁶ Voir par ex., l'affaire « Factortame » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), concernant la législation britannique relative au régime d'immatriculation des bateaux de pêche. En l'espèce, la jurisprudence de la Cour de justice, tout comme la doctrine, ne laissent aucun doute sur le caractère illicite du point de vue communautaire de cette législation.

¹⁴⁰⁷ G. TESAURO, concl. préc.

¹⁴⁰⁸ Voir, par ex. CJCE, 26 mars 1996, *British Telecom.*, aff. C-392/93, Rec. CJCE, p. I-1631.

¹⁴⁰⁹ Pour une illustration, voir l'affaire « Brasserie du pêcheur » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), à propos de la compatibilité avec le droit communautaire de la loi fiscale allemande sur la bière (*Biersteuergesetz*) du 14 mars 1952. En l'espèce, la société requérante demandait réparation du préjudice subi par elle pendant la période allant de 1981 à 1987, c'est-à-dire à partir du moment où elle fut contrainte de stopper ses exportations de bières vers l'Allemagne. La Cour procède alors à une distinction entre les dispositions de la loi réservant la dénomination « *Bier* » aux seules bières brassées avec les ingrédients formellement prescrits par la loi de pureté et celles interdisant la commercialisation des bières contenant des additifs.

Pour le premier cas, la Cour affirme que l'obligation de réparation naît dès l'année 1981, puisque à cette époque la jurisprudence « *Cassis de Dijon* » était déjà intervenue pour préciser l'incompatibilité d'une telle interdiction avec les exigences communautaires. Quant au second cas, le juge de Luxembourg décide que la situation n'a été claire que depuis un arrêt « *Commission c/ Allemagne* » en date du 12 mars 1987 (aff. n° 178/84, Rec. CJCE, p. 1227). Dès lors, l'obligation de réparation suite à l'interdiction de commercialisation des bières ne débute qu'après cet arrêt.

contraires à une directive communautaire, et ce avant la fin du délai de transposition. Est-il déjà soumis à une obligation de réparer ? Le fait générateur du dommage est-il constitué dès l'édiction des mesures erronées ou faut-il attendre la fin du délai de transposition pour voir la directive produire des effets de droit ? *A priori*, l'obligation de réparation pesant sur l'Etat membre ne devrait naître qu'à la fin du délai de transposition, dans la mesure où la Cour décide habituellement que ce n'est qu'au terme de la période de transposition et en cas de défaillance de l'Etat membre, qu'une directive peut avoir des effets à l'égard des particuliers¹⁴¹⁰. Jusqu'à cette date, les Etats membres conservent leur liberté d'action¹⁴¹¹, aucune obligation de réparation n'est donc susceptible de peser sur eux. C'est uniquement si le manquement perdure au-delà du délai de transposition que l'Etat pourra être contraint à verser une indemnisation au justiciable lésé. Néanmoins, répondant à une question préjudicielle du Conseil d'Etat belge sur ce point, le juge de Luxembourg va considérer dans un arrêt « Inter-Environnement Wallonie »¹⁴¹², que les articles 5 alinéa 2 et 189 alinéa 3 du traité CE (articles 10 alinéa 2 et 249 alinéa 3 après renumérotation) ainsi que la directive 91/156/CEE, imposent que pendant le délai de transposition fixé par la directive pour la mettre en œuvre, l'Etat membre destinataire de celle-ci s'abstienne de « *prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive* ». La Cour considère ainsi que les directives produisent des effets juridiques à l'égard des Etats membres destinataires dès le moment de leur notification¹⁴¹³.

Il s'agit cependant de ne pas exagérer l'apport de cette solution. Elle ne constitue pas une remise en cause totale de la jurisprudence antérieure¹⁴¹⁴. En effet, si les Etats membres ne peuvent toujours pas se voir reprocher leur absence de transposition d'une directive tant que le délai préfixé n'est pas échu, il est désormais permis au juge national de sanctionner l'incompatibilité avec une directive de dispositions internes prises avant l'expiration du délai de transposition, à condition que ces dispositions soient « *de nature à compromettre*

¹⁴¹⁰ CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. n° 148/78, Rec. CJCE, p. 1629. Voir également, CJCE, 3 mars 1994, *Vaneetveld*, aff. C-316/93, Rec. CJCE, p. I-763.

¹⁴¹¹ Il est utile de rappeler ici que, selon l'art. 249 al. 3 (ex-art. 189 alinéa 3) du traité CE, la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. De plus, on peut penser que le délai de transposition est institué pour donner aux autorités nationales le temps de réfléchir aux objectifs fixés par la directive pour ensuite prendre les mesures adéquates. Faut-il pour autant aller jusqu'à leur permettre de prendre des mesures erronées sans conséquences contentieuses ? Il nous semble que non, dans la mesure où le délai servant en quelque sorte de temps de réflexion, il doit permettre aux Etats membres d'éviter les erreurs de transposition, au moins en ce qui concerne les dispositions communautaires claires et précises.

¹⁴¹² CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL et région Wallonne*, aff. C-129/96, Rec. CJCE, p. I-7411, points 45 et 50 ; AJDA, 1998, p. 320, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues, et p. 451, note O. Couvert-Castera ; Europe, 1998, comm. n° 42, obs. A. Rigaux. Voir également, l'analyse de cet arrêt faite par P. CASSIA, in « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », RFDA, 2002, p. 22 et s.

¹⁴¹³ *Idem*, point 41.

¹⁴¹⁴ CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, préc.

sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive ». Ici encore, la Cour n'hésite pas à donner certaines indications au juge national afin d'apprécier au mieux cette condition, et d'empêcher, autant que faire se peut, la poursuite globale de l'application des dispositions nationales en cause au-delà de la date d'expiration du délai de transposition de la directive¹⁴¹⁵. L'avancée opérée par le juge communautaire est donc sérieuse, mais encore faut-il que le juge national accepte de consacrer cette solution dans son ordre juridique interne afin qu'elle produise toutes ses conséquences. C'est chose faite en France, depuis un arrêt « France Nature Environnement »¹⁴¹⁶ en date du 10 janvier 2001, puisque le Conseil d'Etat y affirme que « *les autorités nationales ne peuvent légalement prendre, ainsi que l'a précisé la Cour de justice des Communautés européennes par un arrêt rendu le 18 décembre 1997, pendant le délai imparti par la directive, des mesures de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive* ».

590 - La Cour de justice renseigne donc le juge national en ce qui concerne l'appréciation du moment où naît l'obligation de réparation à la charge de l'Etat membre auteur d'une violation du droit communautaire préjudiciable à un particulier. Il en va de même à propos des effets dans le temps de cette obligation.

2. La limitation dans le temps des effets de l'obligation de réparer

591 - En raison des incidences en droit interne d'une reconnaissance de la responsabilité de l'Etat-législateur¹⁴¹⁷ et des éventuelles conséquences financières pour les Etats membres, la possibilité d'une limitation de l'effet rétroactif de la jurisprudence « Francovich » a été évoquée. En effet, à l'occasion de l'affaire « Brasserie du pêcheur »¹⁴¹⁸, le gouvernement allemand sollicitait de la Cour la possibilité de limiter le dommage réparable, à la charge éventuellement de la République fédérale d'Allemagne, aux seuls dommages survenus après le prononcé de l'arrêt dans l'espèce en cause, et ce pour autant que les victimes n'avaient pas engagé auparavant une action en justice ou une réclamation

¹⁴¹⁵ La Cour précise notamment que « dans cette appréciation, la juridiction nationale devra, en particulier, examiner si les dispositions en cause se présentent comme une transposition complète de la directive, ainsi que les effets concrets de l'application de ces dispositions non conformes à la directive et de leur durée dans le temps ».

¹⁴¹⁶ CE, 10 janvier 2001, *France Nature Environnement*, Rec. CE, p. 9 ; RFDA, 2001, p. 536 ; Europe, 2001, comm. n° 152, note D. Simon. Pour une réaffirmation récente, voir CE, 13 octobre 2003, *Mutuelle générale des employés et cadres*, RTDE, 2004, p. 336, obs. D. Ritleng.

¹⁴¹⁷ Notamment dans les pays où une telle responsabilité n'existe pas ou, comme la France, dans lequel la responsabilité du législateur n'est possible que sur le fondement non fautif de la rupture d'égalité devant les charges publiques.

¹⁴¹⁸ CJCE, 5 mars 1996, préc.

équivalente. Dans un premier temps, le juge communautaire va estimer qu'il appartient au juge national de se prononcer sur cette question et que ce dernier peut, pour se faire, prendre notamment en considération, selon les conditions de fond et de forme fixées par sa législation en matière de réparation des dommages, « *les exigences du principe de sécurité juridique* »¹⁴¹⁹. Puis, dans un second temps, la Cour s'empresse de limiter cette liberté du juge interne en réaffirmant la nécessité de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité, avant de conclure de manière catégorique en ces termes : « *compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu, pour la Cour, de limiter les effets dans le temps du présent arrêt* »¹⁴²⁰.

Le juge de Luxembourg refuse donc ici de limiter l'effet rétroactif du jugement dans la mesure où aucune raison ne l'y oblige¹⁴²¹. Néanmoins, comme le remarque G. Vandersanden¹⁴²², la Cour ne va pas jusqu'à imposer au juge national de faire rétroagir, avant la date du prononcé de l'arrêt, l'obligation de réparation à la charge du gouvernement allemand. Elle lui laisse en effet le soin de se prononcer sur ce point au vu des conséquences financières que pourrait engendrer la réparation du préjudice subi. Il est alors permis au juge national d'opposer des limitations à l'obligation de réparation pesant sur l'Etat membre dans la mesure où celles-ci découleraient des règles nationales.

592 - La position du juge communautaire, quant à la limitation dans le temps de l'obligation de réparation, va être réaffirmée et complétée quelques temps plus tard dans une décision « *Palmisani* »¹⁴²³, rendue à propos du délai de prescription de l'action en responsabilité. En l'espèce, le législateur italien prévoyait que, dans l'hypothèse où un acte interne incompatible avec le droit communautaire causait un préjudice à un particulier, l'action en réparation devait être engagée dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur du décret, alors que dans le cadre du régime italien de droit commun de la responsabilité extra contractuelle, l'action en réparation se prescrivait par cinq ans. La Cour rappelle alors que le droit communautaire n'interdit pas d'opposer aux justiciables l'échéance de délais de recours à condition, d'une part, que ces délais ne rendent pas particulièrement difficile ni pratiquement impossible la protection des particuliers, et d'autre part, qu'ils soient

¹⁴¹⁹ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, préc., point 98.

¹⁴²⁰ *Idem*, point 100.

¹⁴²¹ Ici, on peut relever que la Cour adopte une position contraire en ce qui concerne la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté, puisqu'elle a autorisé la limitation des effets dans le temps de sa jurisprudence relative aux montants compensatoires monétaires. Voir, par ex. : CJCE, 15 octobre 1980, *Société Coopérative La Providence de Champagne*, aff. n° 4/79, Rec. CJCE, p. 2823 - même date, *Roquette*, aff. n° 145/79, Rec. CJCE, p. 2917 - même date, *Maiseries de Beauce*, aff. n° 109/79, Rec. CJCE, p. 2883.

¹⁴²² G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, op. cit., p. 57.

¹⁴²³ CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, préc.

applicables aux réclamations semblables de nature interne¹⁴²⁴. La vérification du respect de cette double exigence revient encore ici naturellement au juge national.

593 - La Cour de justice se livre ainsi à une intervention poussée dans la sphère de compétence du juge interne, dans la mesure où, non seulement, elle encadre la mise en œuvre des règles procédurales internes par les exigences d'équivalence et d'efficacité, mais encore elle guide le juge national dans son appréciation de l'étendue de la réparation due, par l'Etat membre auteur d'une violation du droit communautaire, au particulier subissant un dommage de ce fait.

594 - La mise en œuvre du régime de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire est une matière essentiellement régie par la jurisprudence de la Cour de justice. Le renvoi au droit national des Etats membres, opéré dans le cadre du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, apparaît très réduit dans la mesure où les conditions internes de fond ne sont applicables que si elles sont plus favorables que celles prévues par le droit communautaire et les conditions internes de forme sont utilisables uniquement si elles respectent les exigences d'équivalence et d'effectivité.

Cette large intervention de la Cour dans la sphère de compétence du juge interne s'explique aisément par la volonté du juge de Luxembourg d'assurer l'uniformité d'application, ainsi que l'effectivité du droit communautaire. L'objectif prioritaire étant la protection des droits des particuliers face aux violations commises par les Etats membres, la Cour s'efforce alors de guider le juge national afin qu'il ne soit pas prisonnier des contraintes de son droit interne¹⁴²⁵. Une telle coopération est louable. Néanmoins, poussée aussi loin, elle réveille une crainte énoncée par N. Dantonel-Cor qui s'interroge sur le possible remplacement du principe d'autonomie des Etats membres par celui de « *l'immixtion procédurale* »¹⁴²⁶ de la Cour. Sans compter qu'une telle déresponsabilisation du juge national peut s'avérer dangereuse pour la protection effective que l'individu est en droit de revendiquer, dans la mesure où la Cour ne pourra pas être indéfiniment sollicitée par les juridictions des Etats

¹⁴²⁴ Pour un examen approfondi de ces deux conditions, voir *supra*, § n° 565 et s.

¹⁴²⁵ Une illustration de cette volonté se retrouve dans la couverture de l'ouvrage de G. VANDERSANDEN et M. DONY, laquelle représente une main tendue (cf. *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997). Comme le remarque F. BERROD, on peut interpréter cette image comme symbolisant, non seulement, la « main du juge communautaire tendue vers le juge national pour que la protection du justiciable soit effective », mais aussi la « main du juge national donnée au juge communautaire pour que la mise en œuvre de la responsabilité soit une réalité de tous les procès » (cf. *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bib. de thèses, Vol. 21, 2003, p. 901).

¹⁴²⁶ N. DANTONEL-COR, « La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire », RTDE, 1995, p. 495.

membres afin d'indiquer le sens de tel ou tel critère. Comme le souligne F. Berrod, « *une gestion efficace du recours en responsabilité par le juge national ne peut exister qu'au prix d'une internalisation des règles communautaires* »¹⁴²⁷.

¹⁴²⁷ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, *op. cit.*, p. 894.

CONCLUSION DU TITRE 1^{er}

595 - Le régime de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire est fortement marqué par l’empreinte du juge de Luxembourg. C’est tout d’abord à la Cour de justice, et à elle seule, que l’on doit l’énoncé du principe selon lequel les Etats membres sont tenus de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables, ainsi que l’affirmation des conditions d’engagement de la responsabilité. Puis, c’est à une étroite collaboration entre le juge communautaire et le juge national que l’on doit l’affirmation des règles relatives à la mise en œuvre du régime et notamment la détermination de l’étendue de la réparation à octroyer au justiciable lésé. Il semble alors impossible, pour le juge interne, d’échapper aux recommandations de la Cour puisque l’interventionnisme de celle-ci tend même à faire quelque peu disparaître le principe de l’autonomie procédurale des Etats membres.

596 - Il appartient néanmoins au seul juge interne de statuer sur les requêtes relatives à l’indemnisation des préjudices subis suite à une violation du droit communautaire issu d’une action normative. L’examen de la jurisprudence administrative française, depuis l’énoncé par la Cour du principe de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire jusqu’à aujourd’hui, fait apparaître une ligne de conduite quelque peu contestable. L’objectif de la Cour de justice était de créer un régime de responsabilité conciliant primauté du droit communautaire et latitude d’action des Etats membres afin de permettre, à chaque ordre juridique interne, d’assimiler au mieux la nouvelle obligation pesant sur les Etats, à savoir celle de réparer les « *dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* »¹⁴²⁸. Or, l’interprétation faite par le juge administratif français du principe de responsabilité semble différer quelque peu de celle du juge de Luxembourg. En effet, s’il semble avoir surmonté ses réticences en ce qui concerne la mise en cause de la responsabilité de l’Etat du fait d’un acte administratif in conventionnel, le Conseil d’Etat continue encore à l’heure actuelle de refuser toute idée d’une responsabilité du fait d’une loi contraire au droit communautaire. Le régime de responsabilité, créé par la Cour de justice, est ainsi orienté par le juge administratif vers une surprotection du législateur.

¹⁴²⁸ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, préc., point 37.

TITRE 2nd

UN REGIME DE RESPONSABILITE ORIENTE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF FRANÇAIS VERS LA SURPROTECTION DU LEGISLATEUR

597 - Suivant les prescriptions de la Cour de justice, il appartient à chaque Etat membre, de mettre en œuvre le principe de responsabilité pour violation du droit communautaire, en utilisant ses propres modalités procédurales avec pour objectif d'assurer au mieux, « *la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »¹⁴²⁹. L'autonomie procédurale reconnue ainsi aux Etats membres se révèle toutefois de faible importance comparée à l'exigence d'application en droit interne d'un régime de responsabilité. Mais surtout, la transposition des conditions jurisprudentielles de mise en œuvre du principe de responsabilité peut être source de conflit du fait de l'identité propre à chaque ordre juridique. En effet, détaillant les modalités de son principe de responsabilité pour violation du droit communautaire, la Cour de justice précise que celui-ci vaut, quelle que soit la forme de la violation (action ou omission), comme l'organe étatique à l'origine du manquement (administration ou législateur)¹⁴³⁰. De plus, elle ajoute que la responsabilité de l'Etat ne sera engagée qu'à partir du moment où le dommage subi par l'administré sera issu d'une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire¹⁴³¹.

¹⁴²⁹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402, point 42, concl. Mischo ; LPA, 4 août 1993, n° 93, p. 32, note T. Larzul ; AJDA, 1992, p. 143, note P. Le Mire ; JCP, 1992, G, II, n° 21783, note A. Barav ; D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives », *Europe*, 1991, chron., p. 1 ; RFDA, 1992, p. 1, note L. Dubouis ; Dr. adm., 1991, n° 537 ; JDI, 1992, p. 426, note Constantinesco ; J.-M. AUBY, « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », Dr. adm., 1992, doct., p. 1 ; RJDA, décembre 1991, p. 831, note Kessedjean ; F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 27 ; RMUE, 1991, p. 4, note Mattera ; RMUE, 1992, p. 187, note Carnolutti.

¹⁴³⁰ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, aff. C-46/93, Rec. CJCE, p. I-1029, point 32, concl. G. Tesaurò ; A. RIGAUX, « L'arrêt Brasserie du pêcheur-Factortame III : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », *Europe*, mai 1996, chron., p. 1 ; RFDA, 1996, p. 583, note L. Dubouis.

¹⁴³¹ *Idem*, point 47.

598 - Or, en droit français, il est impossible de reconnaître une faute du législateur. Le Parlement exprime la volonté générale, il ne peut donc mal faire¹⁴³². Comment l'ordre juridique va-t-il réussir à concilier cette obligation de réparation, gage d'effectivité du droit communautaire, avec une autorité du législateur encore très présente ? A l'heure actuelle, on constate une certaine réaction de défense de la part du Conseil d'Etat, lequel refuse toujours de mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat du fait d'une loi inconstitutionnelle. Pour ce faire, il utilise divers moyens procéduraux et règles juridiques afin d'éviter d'imputer le dommage au législateur, restreignant alors considérablement la mise en œuvre du principe de responsabilité posé par la Cour de justice (Chapitre 1^{er}). Un tel objectif de protection du législateur semble assez critiquable. En effet, l'autorité de la loi ayant manifestement évolué depuis 1958, il nous paraît indispensable que le juge administratif accepte, très prochainement en droit interne, un régime de responsabilité pour faute de l'Etat législateur (Chapitre 2nd).

¹⁴³² A ce sujet, voir *supra*, § n° 5 et s. et § n° 100 et s.

CHAPITRE 1^{er}

LA RESTRICTION DANS LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE RESPONSABILITE

599 - La reconnaissance par le juge administratif, d'une possible responsabilité de l'Etat du fait de la violation des normes communautaires va être le fruit d'une lente évolution. Celle-ci va s'affirmer parallèlement à la jurisprudence sur le contrôle de conventionnalité des lois. Tant que le Conseil d'Etat s'estimait incompétent pour connaître d'un recours dirigé contre un acte administratif, pris conformément à la loi postérieure et méconnaissant un engagement international¹⁴³³, les cas d'engagement de la responsabilité de l'Etat, du fait des conséquences d'une violation du droit communautaire, apparaissaient limités dans la mesure où seule une loi antérieure contraire pouvait être reconnue comme source de dommage. Puis, intervient le bouleversement issu de l'arrêt « Nicolo »¹⁴³⁴, à partir duquel il est admis que les traités internationaux l'emportent désormais sur les lois nationales avec lesquelles ils sont incompatibles, alors même que ces lois sont postérieures. Au-delà de l'extension par le juge administratif de sa compétence pour exercer le contrôle de conventionnalité, cette décision va ouvrir des perspectives en matière de responsabilité. Il appartiendra aux autorités administratives de concilier leur mission de mise en œuvre des textes de loi avec leur obligation de respecter la nouvelle hiérarchie des normes issue de l'article 55 de la Constitution, sous peine de voir engager la responsabilité de l'Etat.

Néanmoins, la jurisprudence compte peu de cas d'engagement de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire. Il est important de ne pas oublier que derrière l'idée de responsabilité se cache l'existence d'un acte administratif pris sur le fondement d'un texte de loi contraire à une norme communautaire. Ainsi, il est possible de déceler une

¹⁴³³ CE, sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, Rec. CE, p. 149 ; AJDA, 1968, p. 235, concl. N. Questiaux ; D., 1968, p. 285, note M. L. ; RGDIP, 1968, p. 1128, note C. Rousseau ; RTDE, 1968, p. 388, concl. et note C. Constantinidès-Mégret.

¹⁴³⁴ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. CE, p. 190, concl. P. Frydman ; AJDA, 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste, et p. 788, note D. Simon ; D., 1990, p. 135, note P. Sabourin ; JCP, 1989, G, n° 21371, concl. ; LPA, 11 décembre 1989, p. 11, note G. Lebreton ; RFDA, 1989, p. 813, concl., et note B. Genevois ; RFDA, 1990, p. 267, obs. D. Ruzié ; RMC, 1990, p. 389, note J.-F. Lachaume ; RTDE, 1989, p. 771, concl. et note G. Isaac. Voir également la transposition de cette solution, en ce qui concerne les règlements communautaires (cf. CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. CE, p. 250 ; AJDA, 1990, p. 863, chron. E. Honorat et R. Schwartz ; LPA, 12 octobre 1990, p. 15, concl. M. Laroque ; RFDA, 1991, p. 172, note. L. Dubouis), et les directives (cf. CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France*, Rec. CE, p. 80, concl. Laroque).

certaine réticence du juge à s'immiscer de manière régulière dans l'application des textes de loi, sachant que la sanction du contrôle de conventionnalité touche directement la loi puisque celle-ci se voit écartée par le juge dans le cadre du litige dont il est saisi. Dès lors, il apparaît que l'abandon progressif, par le juge administratif, de la protection dont bénéficiait l'administration jusque dans les années 1980 (Section 1^{ère}), ne sert surtout en réalité qu'à mieux protéger le législateur (Section 2^{nde}).

SECTION 1^{ère} : L'abandon de la protection de l'administration

600 - Hostile à toute idée de faute de l'Etat du fait d'une violation du droit communautaire par l'administration (§ 1), la juridiction administrative va peu à peu modifier sa jurisprudence. En effet, les juridictions du fond, dès les années 1980, puis ensuite le Conseil d'Etat lui-même, vont accepter de reconnaître que les services de l'Etat peuvent commettre une illégalité dans leur interprétation comme leur application des règles communautaires et donc qu'un tel comportement engage la responsabilité pour faute de l'Etat en cas de dommage causé à un particulier (§ 2).

§ 1 : D'un refus d'envisager une faute de l'administration

601 - L'examen de la jurisprudence administrative permet de distinguer deux hypothèses dans lesquelles le juge a refusé d'engager la responsabilité pour faute de l'Etat du fait de décisions administratives contraires au droit communautaire. La première concerne le cas où la décision administrative incriminée n'était pas considérée comme une violation du droit communautaire (A), la seconde, plus étonnante, est celle dans laquelle le juge décidait que la violation constatée ne constituait pas une illégalité fautive (B).

A - La décision administrative incriminée ne constitue pas une violation du droit communautaire

602 - L'engagement de la responsabilité pour faute de l'administration n'est possible qu'à la condition que celle-ci ait adopté un comportement irrégulier, c'est-à-dire pour ce qui nous concerne, ait pris des mesures contraires à la légalité. Ainsi, un particulier victime d'un dommage du fait d'une décision administrative peut tenter de faire reconnaître par le juge administratif la responsabilité pour faute des services de l'Etat, en invoquant l'irrégularité de la mesure. Une telle irrégularité est appréciée à partir des diverses sources de la légalité dont

font évidemment partie les traités constitutifs de l'ordre communautaire et les normes communautaires dérivées. *A contrario*, dans l'hypothèse où l'administration n'a fait qu'appliquer correctement les dispositions communautaires, aucune faute ne peut être retenue à son encontre.

603 - Exerçant sa mission de « *juge communautaire de droit commun* »¹⁴³⁵, le juge administratif a ainsi été amené à illustrer ces solutions en vérifiant si le comportement de l'administration n'était pas contraire au droit communautaire et, par-là, constitutif d'une irrégularité fautive. Malgré la volonté du juge de se prononcer en faveur du droit des particuliers à obtenir réparation de leur dommage, on trouve dans la jurisprudence des décisions ayant conclu à l'absence de violation du droit communautaire. Ceci s'explique aisément par la constante hésitation du juge entre le sort des administrés et celui des services de l'Etat. La volonté d'indemnisation des préjudices ne doit pas pour autant conduire à la paralysie de l'activité de l'Etat, objet de multiples actions en justice.

604 - Un premier exemple est constitué par l'arrêt « Société Les fils de Henri Ramel »¹⁴³⁶, rendu par le Conseil d'Etat le 7 décembre 1979. Cette décision s'inscrit dans le cadre de la « guerre du vin »¹⁴³⁷ ayant opposé, en 1975, la France à son partenaire européen l'Italie. En l'espèce, les faits étaient les suivants : eu égard à l'ampleur du mouvement de protestation provoqué chez les viticulteurs du midi par la mévente des récoltes de 1973 et 1974, et pour éviter les désordres qu'était susceptible de provoquer le déchargement, dans le port de Sète, de navires transportant du vin destiné aux consommateurs français, le préfet de l'Hérault avait décidé, le 17 mars 1975, d'interdire l'accès de ce port aux navires citernes de toutes nationalités et de toutes provenances. C'est ainsi que le navire italien « Unione », transportant 5165 hectolitres de vin appartenant à la société « Les fils de Henri Ramel », s'était vu refuser l'entrée du port par les autorités maritimes et avait dû retourner à Gênes quelques jours plus tard sans avoir pu procéder au déchargement du vin. La société avait alors introduit un recours en indemnité devant le tribunal administratif de Montpellier, en faisant valoir notamment que la décision préfectorale était contraire aux dispositions de l'article 30 (article 28 après renumérotation) du traité de Rome, relatives à la libre circulation des marchandises et prohibant les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes

¹⁴³⁵ Selon les termes employés par D. SIMON in, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 489.

¹⁴³⁶ CE, 7 décembre 1979, *Société « Les fils de Henri Ramel »*, Rec. CE, p. 456 ; D., 1980, p. 303, concl. B. Genevois ; JCP, 1981, G, n° 19500, note B. Pacteau.

¹⁴³⁷ Selon l'expression employée par B. PACTEAU dans sa note, préc.

mesures d'effet équivalent entre les Etats membres de la Communauté¹⁴³⁸. Par jugement du 30 mars 1978, le tribunal de première instance avait rejeté cette demande.

En appel, le Conseil d'Etat a considéré que « *les restrictions apportées par le préfet de l'Hérault à l'usage normal du port de Sète étaient justifiées par les nécessités de l'ordre public* », et que, « *bien qu'elles aient eu pour effet de faire obstacle à des livraisons de vin qui, pour certaines d'entre elles, provenaient d'Etats membres de la Communauté économique européenne, ces restrictions sont au nombre de celles qui, en raison de leur objet, sont expressément autorisées par les stipulations claires de l'article 36 du traité instituant la Communauté* ». Cet article 36 prévoit en effet l'éventualité de restrictions, voire d'interdictions d'importations ou d'exportations, dans le cas où celles-ci seraient « *justifiées par des raisons de moralité publique, de sécurité publique, d'ordre public, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux (...)* ». Ainsi, la Haute juridiction va conclure que la « *décision du préfet de l'Hérault n'est pas illégale et, par suite, ne saurait présenter le caractère d'une faute du service public* ».

Ici, nous pouvons remarquer que, pour rejeter l'existence d'une violation du droit communautaire, le Conseil d'Etat se livre, non seulement à un contrôle de conformité de la décision litigieuse à l'article 36 du traité de Rome, mais s'attache également au préalable, à dégager par lui-même la portée de cette disposition par application de la théorie dite de « l'acte clair »¹⁴³⁹. Or, selon l'avis de B. Pacteau, le juge administratif se livre ici à une interprétation très large de l'exception de l'article 36 dans le but éventuel de masquer le caractère protectionniste des décisions du préfet. En effet selon cet auteur, cette disposition avait jusqu'à présent « *été conçue et appliquée afin de permettre le refus de circulation à des biens qui par leur nature ou leurs caractéristiques troublaient les intérêts visés par elle ; on songeait plus précisément en matière d'ordre public à des écrits de nature séditionnaire* »¹⁴⁴⁰. Dès lors, il est possible d'émettre certains doutes quant au rejet catégorique de toute violation du droit communautaire susceptible de constituer une illégalité et donc une faute¹⁴⁴¹.

605 - Un second exemple de refus de considérer une décision administrative comme illégale en tant que violant le droit communautaire peut être fourni par l'arrêt « Ministre de la

¹⁴³⁸ Ces principes communautaires de libre circulation des marchandises avaient déjà servi antérieurement à la condamnation du gouvernement français pour des entraves apportées aux importations de vins italiens par l'instauration d'une taxation spéciale. Voir, CJCE, 20 avril 1978, *Société « Les commissionnaires réunis » et société « Les fils de Henri Ramel »*, aff. n° 80/77 et n° 91/77, Rec. CJCE, p. 927, concl. Warner.

¹⁴³⁹ Pour une analyse de l'utilisation de cette théorie par le juge administratif, et les indices de son éventuel retour, voir *infra*, § n° 668.

¹⁴⁴⁰ Note sous CE, 7 décembre 1979, *Société « Les fils de Henri Ramel »*, JCP, 1981, G, n° 19500.

¹⁴⁴¹ CE, sect., 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. CE, p. 78.

Culture c/ consorts Genty », rendu par le Conseil d'Etat le 7 octobre 1987¹⁴⁴². En l'espèce, le directeur des musées de France avait annoncé publiquement, avant le début d'une vente aux enchères d'une jarre en porcelaine d'origine chinoise d'époque Yuan appartenant aux consorts Genty, que cet objet ne pourrait pas être exporté hors du territoire national, précisément en raison de sa qualité de trésor national ayant une évidente valeur artistique et historique au sens de l'article 1^{er} de la loi du 23 juin 1941. Estimant que cette décision leur avait causé préjudice du fait du retrait par certains acheteurs de leurs offres d'achat ou de leur renonciation à participer aux enchères, les propriétaires de l'objet ont mis en cause la responsabilité de l'Etat. Ils ont invoqué notamment une violation des dispositions des articles 30 et 34 du traité de Rome, relatives à la libre circulation des marchandises. Or pour la Haute juridiction, la décision prise sur le fondement des dispositions de la loi du 23 juin 1941 n'était en aucun cas contraire au droit communautaire dans la mesure où le traité de Rome autorise « *les restrictions à l'exportation justifiées, comme en l'espèce, par la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique* ».

606 - Dans ces deux espèces, le juge administratif se prononce donc en faveur d'une absence de violation du droit communautaire. L'administration ne peut en aucun cas être l'objet d'une responsabilité pour faute dès lors qu'aucune illégalité n'est constatée. Néanmoins, la solution retenue par le juge dans ces affaires diffère quelque peu. En effet, après avoir rejeté la faute, le Conseil d'Etat se penche sur la possibilité d'engager la responsabilité sans faute de l'Etat sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques mais n'accepte l'application de ce régime que dans l'affaire « Société Les fils de Henri Ramel ». Dans cette espèce, la Haute juridiction considère en effet que « *les dommages qu'ont pu subir les propriétaires des cargaisons, du fait de l'impossibilité dans laquelle ils se sont trouvés d'en prendre livraison dans le port de Sète, ne sauraient être regardés comme une charge leur incombant normalement* », ni même comme « *la réalisation d'un risque auquel ils se seraient sciemment exposés* ». Le juge administratif décide donc que l'Etat doit, même en l'absence de toute faute, réparer les dommages ainsi causés à la société requérante, dès lors que ces dommages présentent « *un caractère de spécialité qui justifie leur réparation* ».

A contrario dans la seconde espèce, le Conseil d'Etat rejette l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat au motif que « *eu égard à l'objectif poursuivi par le législateur, les actes ou décisions de l'administration en matière d'interdiction d'exportation des œuvres présentant un intérêt national d'histoire ou d'art, ne peuvent ouvrir droit à*

¹⁴⁴² CE, 7 octobre 1987, *Ministre de la Culture c/ consorts Genty*, Rec. CE, p. 304.

indemnisation que s'ils sont entachés d'illégalité ». Ici, le juge administratif illustre une nouvelle fois sa jurisprudence classique selon laquelle l'existence d'un intérêt général prééminent poursuivi par le législateur fait disparaître toute rupture d'égalité devant les charges publiques et donc toute raison d'être du droit à réparation par la mise en œuvre de la responsabilité sans faute¹⁴⁴³.

607 - Il arrive ainsi au juge administratif de refuser tout naturellement d'engager la responsabilité pour faute de l'administration, lorsqu'il constate qu'aucune de ses décisions ne constitue une violation du droit communautaire. Mais il est des cas où le juge se livre à un raisonnement beaucoup plus étonnant, dans le sens où il maintient son rejet de la faute alors que la violation du droit communautaire a été expressément constatée par la Cour de justice des Communautés européennes.

B - La violation constatée du droit communautaire ne constitue pas une illégalité fautive

608 - Par certaines décisions antérieures au bouleversement opéré par l'arrêt « Nicolo »¹⁴⁴⁴, le juge administratif a eu l'occasion d'exprimer sa réticence à tirer, en droit interne, toutes les conséquences d'une condamnation de la France pour manquement par la Cour de justice des Communautés européennes. Pour lui, l'existence d'un manquement constaté n'est pas forcément synonyme d'une illégalité et donc d'une faute de l'Etat. L'illustration de ce raisonnement peut se faire par l'analyse de deux arrêts : l'arrêt « Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar », d'une part (1), et l'arrêt « Société international Sales and Import Corporation BV », d'autre part (2).

1. La solution de l'arrêt « Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar »

609 - Au travers de cette affaire¹⁴⁴⁵, le Conseil d'Etat s'est reconnu un véritable pouvoir autonome de décision en ce qui concerne la détermination des conséquences, en droit interne, d'une condamnation de la France pour manquement par la Cour de justice des Communautés européennes. A l'origine de cette espèce, la société Alivar, entreprise italienne de l'industrie agro-alimentaire, avait passé, le 20 juin 1975, trois contrats de livraison portant

¹⁴⁴³ Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voir *supra*, § n° 312.

¹⁴⁴⁴ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

¹⁴⁴⁵ CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, Rec. CE, p. 128 ; JCP, 1985, G, II, n° 20423, note J.-F. Davignon ; AJDA, 1984, p. 396, note B. Genevois ; D., 1986, IR, p. 24, note F. Moderne et P. Bon ; RTDE, 1984, p. 341, concl. Denoix de Saint Marc et note MRB ; Gaz. Pal., 1984, I, p. 329, concl.

sur 2400 tonnes de pommes de terre destinées à la fabrication de « pommes chips », avec la société coopérative française Santerco. D'après ces contrats, les livraisons en Italie devaient s'échelonner entre le 1^{er} février et le 30 mars 1976. Mais, pour tenter de remédier à la pénurie de pommes de terre sur le marché intérieur et pour freiner la hausse des cours qui s'ensuivait, le gouvernement français avait, à l'automne 1975, pris la décision de réduire - pour ne pas dire empêcher - les exportations et ce, non seulement à l'égard des Etats tiers mais aussi vis-à-vis des pays membres de la Communauté économique européenne. Le 25 octobre, paraissait en effet au Journal Officiel, sous le sceau du Ministre du Commerce extérieur, un « avis aux exportateurs ». Les exportations de pommes de terre à destination de tous pays, devaient désormais faire l'objet d'une déclaration auprès de la Direction générale des douanes, elle-même chargée de délivrer un récépissé comportant le visa du Fonds d'Orientation et de Régulation des Marchés Agricoles (FORMA). En fait, il s'agissait d'un véritable régime d'autorisation préalable, puisqu'il suffisait que le FORMA refuse le visa pour que l'exportateur soit dans l'impossibilité de déposer sa déclaration à la douane et que l'administration fasse alors obstacle à l'exportation. De fait, la société Santerco ne put jamais obtenir le récépissé revêtu du précieux visa et ne fut donc pas en mesure d'honorer les obligations auxquelles elle avait souscrit. La société Alivar se vit alors contrainte de s'approvisionner à la hâte sur des marchés extérieurs en payant plus cher un produit de moindre qualité.

610 - Afin d'obtenir réparation de son préjudice, la société requérante se tourna alors vers l'Etat. Son recours gracieux ayant été implicitement rejeté, elle saisit le tribunal administratif de Paris, lequel dans un jugement du 23 avril 1980, fit largement droit à ses conclusions. Le tribunal estima, en effet, qu'en prenant une mesure qui avait eu pour conséquence d'empêcher l'exportation de pommes de terre, l'Etat français avait « manqué » aux obligations du traité de Rome et, ainsi, commis une illégalité génératrice du préjudice invoqué par la société Alivar. Cette solution se justifiait d'autant plus que, dans l'intervalle, suite au recours introduit par la Commission des Communautés européennes en application de l'article 169 (article 226 après renumérotation) du traité de Rome, la Cour de justice avait, par un arrêt du 16 mars 1977¹⁴⁴⁶, considéré que « *la République française, en subordonnant cette exportation à la présentation d'une déclaration préalablement visée par (le FORMA), a manqué à l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 34 du traité instituant la Communauté économique européenne* ». On sait en effet que l'article 34 interdit les

¹⁴⁴⁶ CJCE, 16 mars 1977, *Commission c/ France*, aff. n° 68/76, Rec. CJCE, p. 515.

restrictions quantitatives à l'exportation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent entre les Etats membres.

611 - Sur appel interjeté par le Ministre du Commerce extérieur, le Conseil d'Etat confirma le droit à réparation de la société Alivar tout en tenant un raisonnement quelque peu différent. En effet, si la Haute juridiction accepte d'octroyer à la société requérante un montant de dommages et intérêts identique à celui qu'avait accordé le tribunal administratif de Paris, c'est uniquement sur le fondement d'une responsabilité sans faute de l'Etat, et ce contrairement à la solution proposée par son commissaire du gouvernement¹⁴⁴⁷. Certes, ce dernier reconnaissait au juge administratif « *une autonomie totale pour rechercher si (le manquement aux obligations du traité constaté par la Cour de justice) constitue une illégalité, si cette illégalité est fautive et si elle entraîne droit à réparation au profit de la victime* ». De plus, il précisait qu'il était de « *la compétence exclusive (du Conseil d'Etat) de tirer, des éléments juridiques fixés par la Cour de justice pour déterminer la portée des dispositions du droit communautaire, les conséquences (qu'il estimait) devoir en tirer pour apprécier l'existence, la nature, et l'étendue des droits de la société Alivar à l'égard de l'Etat français* ». Néanmoins, M. Denoix de Saint Marc concluait en affirmant « *qu'il appartient de relever que l'avis aux importateurs (...) qui méconnaît l'article 34 du traité de Rome est illégal (...) que cette illégalité est, en droit français, constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat* ».

Or, l'Assemblée du contentieux n'a pas complètement entériné ces conclusions dans la mesure où celle-ci se borne uniquement à confirmer la pleine compétence du juge administratif en ce qui concerne la définition des conséquences à tirer d'un arrêt en manquement. Ainsi, la motivation de sa décision ne fait que très discrètement référence à l'arrêt de la Cour de justice. Comme le remarque B. Genevois¹⁴⁴⁸, « *si l'arrêt de la Cour de justice du 16 mars 1977 est mentionné dans le premier considérant, le Conseil d'Etat ne s'appuie pas directement sur lui pour fonder un droit à réparation au profit de la société Alivar* ». Et surtout, la Haute juridiction se garde bien de qualifier le manquement de l'Etat français d'illégal et encore moins de fautif. Pour justifier sa solution, le Conseil d'Etat précise que les actes litigieux « *ont été pris pour des motifs d'intérêt général tirés de l'état de pénurie du marché de la pomme de terre en France à la fin de 1975 et au début de 1976* » et estime que l'existence d'un « *préjudice anormal et spécial* » était établi en l'espèce. Dès lors,

¹⁴⁴⁷ Concl. DENOIX DE SAINT MARC sur CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, Gaz. Pal., 1984, I, p. 329.

¹⁴⁴⁸ B. GENEVOIS, note sous CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, AJDA, 1984, p. 398.

« L'Etat français ne saurait être tenu à réparation envers (la société Alivar) que sur le fondement de la responsabilité sans faute ».

612 - Comme l'ont très justement fait observer G. Vandersanden et M. Dony, « cette décision du Conseil d'Etat a suscité beaucoup d'interrogations dans la doctrine, car elle a retenu une responsabilité sans faute alors même qu'il y avait violation du droit communautaire »¹⁴⁴⁹, et que cette violation avait déjà été constatée par la Cour de justice. Eu égard à la jurisprudence à l'époque de cette affaire, il était en effet possible de déceler plusieurs indices en faveur de la reconnaissance de la responsabilité pour faute de l'Etat. D'une part, le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur la légalité d'un avis aux importateurs¹⁴⁵⁰. Il s'agissait plus précisément d'un avis par lequel le Ministre du Commerce extérieur avait, sous le prétexte d'information statistique, soumis à l'obligation d'un visa préalable, l'importation de certains types de chaussures en provenance des Etats membres de la Communauté. Or, dans cette affaire, la Haute juridiction avait estimé que ce visa était une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative et constituait ainsi une violation des articles 30 à 36 du traité de Rome. D'autre part, tant les dispositions du traité de Rome¹⁴⁵¹, que la jurisprudence communautaire¹⁴⁵², avaient clairement défini les obligations pesant sur les Etats membres en cas de condamnation en manquement. Dès lors, en excluant l'illégalité de la décision ministérielle, le Conseil d'Etat paraissait retenir ici une conception assez restrictive de ces obligations¹⁴⁵³.

613 - Le raisonnement du Conseil d'Etat donne ainsi l'impression que celui-ci s'est placé dans une optique quelque peu protectionniste¹⁴⁵⁴ en refusant de faire coïncider les notions de manquement et d'illégalité. Néanmoins, par souci d'équité, il a accepté

¹⁴⁴⁹ G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 257.

¹⁴⁵⁰ CE, 18 décembre 1981, *Syndicat national du commerce de la chaussure et autres*, Rec. CE, p. 475.

¹⁴⁵¹ Voir l'art. 228 (ex-art. 171) du traité CE, selon lequel : « Si la Cour de justice reconnaît qu'un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet Etat est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt ».

¹⁴⁵² Voir, notamment : CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ Etat belge*, aff. n° 6/60, Rec. CJCE, p. 1127, concl. M. Lagrange - CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c/ République italienne*, aff. n° 48/71, Rec. CJCE, p. 529 - CJCE, 14 décembre 1982, *Procureur de la République et Comité national de défense contre l'alcoolisme c/ Alex Warterkeyn et autres*, aff. jtes n° 314/81 à n° 316/81 et n° 83/82, Rec. CJCE, p. 4337. Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voir *supra*, § n° 464 et s.

¹⁴⁵³ Un tel comportement pouvait déjà être décelé, dans un arrêt « ONIC », rendu par la Haute juridiction administrative, le 9 mai 1980, intéressant les obligations pesant sur le juge national à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de justice sur renvoi préjudiciel (cf. AJDA, 1980, p. 535, concl. B. Genevois et note Jordan).

¹⁴⁵⁴ M. DEGUERGUE ira même jusqu'à qualifier la décision « Alivar » de « prototype de la politique jurisprudentielle de la Haute Assemblée qui n'a pas voulu censurer, par la reconnaissance d'une illégalité fautive, une décision de l'Etat français contraire aux normes communautaires » (cf. « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », AJDA, 1995, n° spécial, p. 225).

l'engagement de la responsabilité de l'Etat sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Or, ceci reflète une autre curiosité de la solution dans la mesure où selon une jurisprudence constante, certes quelque peu paradoxale¹⁴⁵⁵, il était impossible à l'époque de voir reconnaître la responsabilité sans faute de l'Etat du fait de mesures économiques. En effet, le juge administratif considérait classiquement que la matière économique renfermait en elle-même un caractère discriminatoire faisant ainsi disparaître toute rupture d'égalité¹⁴⁵⁶. A cela s'ajoutait le fait que le risque faisait partie de la vie économique et ne pouvait donc pas faire l'objet d'une couverture automatique¹⁴⁵⁷.

Par l'arrêt « Alivar », la Haute juridiction autorise alors la réparation du préjudice subi par la société du fait de mesures économiques. Mais un tel changement n'est pas dénué de contraintes puisque le régime de responsabilité sans faute subordonne l'indemnisation à l'existence d'un préjudice anormal et spécial. On peut relever ici, qu'en choisissant le régime de responsabilité sans faute plutôt que pour faute, le juge administratif se réserve une compétence bien plus étendue dans le sens où, comme le remarque B. Genevois¹⁴⁵⁸, « *la référence à un régime de responsabilité sans faute lui (permet) de mieux déterminer, cas par cas, les hypothèses où une indemnité doit être allouée aux opérateurs économiques, alors que la mise en jeu de la responsabilité pour faute simple (donne) moins de liberté au juge* » puisqu'il existe « *un enchaînement logique conduisant à assimiler d'abord le manquement aux obligations communautaires à une illégalité, puis l'illégalité à une faute* ». Ici, l'auteur fait directement référence à l'arrêt « Ville de Paris c/ Driancourt »¹⁴⁵⁹ consacrant la disparition de la notion d'erreur d'appréciation non fautive.

614 - Soucieux d'affirmer son indépendance à l'égard de la Cour de justice, la Haute juridiction n'a donc pas hésité à rendre une décision quelque peu incohérente par rapport au

¹⁴⁵⁵ Le paradoxe vient du fait que la théorie d'ensemble de la responsabilité du fait des lois avait été élaborée à l'occasion d'une mesure d'intervention économique de la puissance publique : CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. CE, p. 25 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque. Voir *supra*, § n° 44 et s.

¹⁴⁵⁶ Voir, par ex. : CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, Rec. CE, p. 359 ; D., 1950, jurispr., note Blaevoet - CE, 13 février 1952, *Costa*, Rec. CE, p. 104 - CE, 26 décembre 1951, *Etablissements Porfin*, Rec. CE, p. 623 - CE, 31 mai 1961, *Compagnie française des cuirs*, Rec. CE, p. 358 - CE, 23 décembre 1988, *Michel Martin et Soc. Michel Martin*, Rec. CE, p. 470.

¹⁴⁵⁷ Voir, notamment : CE, 26 mai 1965, *Ministre des Travaux publics, des Transports et du Tourisme c/ Epoux Tebaldini*, Rec. CE, p. 304, concl. G. Braibant ; AJDA, 1965, p. 376, et p. 340, chron. M. Puybasset et J.-P. Puissochet - CE, sect., 2 juin 1972, *Société des bateaux de la côte d'Emeraude dite « Les Vedettes blanches »*, Rec. CE, p. 414 ; AJDA, 1972, p. 357, et p. 347, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes ; D., 1974, jurispr., p. 260, concl. M. Rougevin-Baville ; JCP, 1972, G, II., n° 17150 ; RDP, 1973, p. 497, note M. Waline.

¹⁴⁵⁸ B. GENEVOIS, note sous CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, préc., p. 399.

¹⁴⁵⁹ CE, sect., 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, préc.

système national de responsabilité¹⁴⁶⁰. En effet, la lecture de la décision appelle deux interprétations différentes, mais tout aussi critiquable l'une que l'autre. On peut considérer, d'une part, que le Conseil d'Etat a admis que la décision illégale n'était pas fautive puisque légitimée par des motifs d'intérêt général. Dans ce cas, non seulement le juge administratif rompt avec l'équation classique de l'arrêt « Ville de Paris c/ Driancourt »¹⁴⁶¹, selon laquelle toute illégalité est fautive¹⁴⁶², mais encore il affirme son refus de tirer les conséquences en droit interne de l'arrêt en manquement rendu par la Cour de justice. Mais on peut également envisager que, par l'allusion aux motifs d'intérêt général, le Conseil d'Etat a implicitement reconnu l'illégalité de la décision, d'où l'étonnement de voir appliquer le régime de responsabilité sans faute.

615 - La solution contenue dans l'arrêt « Alivar » restera une solution d'espèce puisque dès 1992¹⁴⁶³ le Conseil d'Etat mettra fin à ces errements. Néanmoins, il est possible,

¹⁴⁶⁰ Pour un avis contraire, et défendant le raisonnement tenu par le Conseil d'Etat, voir notamment : J. MOREAU, « L'influence du développement de la construction européenne sur le droit français de la responsabilité de la puissance publique », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 409 - C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, p. 397 et s. Pour cette dernière, la solution retenue par la Haute juridiction n'exprime pas une volonté de contredire le juge de Luxembourg, en refusant de considérer les effets d'un arrêt en manquement en droit interne. Le juge administratif a seulement voulu réaffirmer qu'un arrêt en manquement n'est pas obligatoirement synonyme d'illégalité en droit interne, et donc de faute.

¹⁴⁶¹ CE, sect., 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, préc.

¹⁴⁶² Ici, il est important de souligner qu'avant 1973, cette idée a été quelque peu discutée en doctrine. En effet, si de nombreux auteurs, tels TEISSIER et DUGUIT soutenaient que toute illégalité était constitutive d'une faute du service public (cf. M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 171, 1994, p. 186), d'autres comme P. DUEZ, estimaient que toute faute ne constituait pas nécessairement une illégalité. S'appuyant sur la jurisprudence administrative et notamment quatre arrêts rendus entre 1921 et 1925 (cf. CE, 4 novembre 1921, *Monpillié*, Rec. CE, p. 903 - CE, 17 juin 1921, *Demoiselle Duplan*, Rec. CE, p. 594 - CE, 1^{er} décembre 1922, *Grellet*, Rec. CE, p. 900 - CE, 23 janvier 1925, *Anduran*, Rec. CE, p. 82 ; DP, 1925.II.43, concl. Josse), P. DUEZ a en effet élaboré une théorie selon laquelle seules les illégalités les plus graves pouvaient entraîner la responsabilité de l'administration, c'est-à-dire celles constituées par la violation de la chose jugée, la violation de la loi, le détournement de pouvoir et d'incompétence *ratione materiae* de l'auteur de l'illégalité (cf. *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, Paris, Dalloz, 1938, p. 57). Malgré la prudence de cet auteur, lequel indiquant que la classification qu'il proposait n'avait « qu'une pure valeur doctrinale d'attente » (cf. *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat, op. cit.*, p. 43), d'autres membres de la doctrine vont se rallier à cette théorie, tel L. DELBEZ (cf. « De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité », RDP, 1932, p. 441 et s.). A ce sujet, nous pensons, comme le fait valoir J.-Cl. HENIN (cf. *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Thèse, Nantes, 1969, p. 168 et s., et p. 318 et s.), que la théorie de DUEZ repose sur un présupposé inexact. En effet, même si la question n'est pas encore à l'heure actuelle définitivement tranchée, eu égard à l'aspect contradictoire de certains arrêts (cf. par ex. : CE, 19 juin 1981, *Mme Carliez*, AJDA, 1982, p. 103, concl. B. Genevois, dans lequel le juge laisse penser que l'idée d'une dissociation entre illégalité et responsabilité n'est pas totalement abandonnée lorsqu'il s'agit d'une irrégularité externe), le juge administratif semble considérer que toute illégalité est fautive. Néanmoins, cela ne veut pas pour autant dire que toute faute débouche nécessairement sur l'engagement de la responsabilité de l'Etat. Pour cela, il faut encore démontrer l'existence d'un préjudice certain et direct.

¹⁴⁶³ CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, Rec. CE, p. 78 ; RFDA, 1992, p. 425, note L. Dubouis ; AJDA, 1992, p. 210, concl. M. Laroque, et p. 329, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; RDP, 1992, p. 1505, concl. ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : *ad augusta per augusta* », Europe, 1992, n° 4, p. 1 ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives

entre temps, de trouver un second exemple illustrant la réticence du juge administratif à tirer, en droit interne, toutes les conséquences d'une condamnation de la France pour manquement par la Cour de justice des Communautés européennes et ce, grâce à l'analyse de la solution de l'arrêt « Société international Sales and Import Corporation BV ».

2. La solution de l'arrêt « Société international Sales and Import Corporation BV »

616 - Afin de décider de l'absence de contrariété entre la loi en cause et les dispositions communautaires, le Conseil d'Etat se livre, dans cette affaire jugée le 13 décembre 1985¹⁴⁶⁴, à une appréciation très restrictive de la portée d'un arrêt en manquement de la Cour de justice. En l'espèce, les faits étaient les suivants. : l'article 37 du traité de Rome et les textes pris pour son application, parmi lesquels le règlement adopté le 21 avril 1970 et la directive du 19 décembre 1972 fixant les principes généraux d'une harmonisation progressive des impôts frappant les tabacs manufacturés, avait supprimé le monopole de la culture du tabac et substitué, aux interventions nationales, des mesures communautaires à la production de soutien des tabacs. Tirant les conséquences de ces dispositions, le législateur français, dans un texte en date du 24 mai 1976 portant aménagement du monopole des tabacs manufacturés, avait réservé à l'Etat l'importation et la commercialisation en gros des tabacs manufacturés originaires ou en provenance des Etats n'appartenant pas à la Communauté économique européenne, ainsi que la fabrication et la vente au détail des tabacs manufacturés. De plus, un décret du 31 décembre 1976, pris pour l'application de la loi du 24 mai 1976 et relatif au régime économique et fiscal dans les départements français des tabacs manufacturés, disposait, dans son article 6, que les prix de vente au détail sont fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances.

617 - Important du tabac des Pays-Bas en France, la société « International Sales and Import Corporation », filiale de la société Rothmans International spécialisée dans l'importation, avait sollicité le Ministre délégué à l'Economie et aux Finances afin d'obtenir une augmentation des prix de détail des produits tabagiques d'environ 5,5 %. Par décision du 27 juillet 1977, celui-ci lui a opposé un refus fondé sur des impératifs de lutte contre l'inflation. La société requérante a alors introduit deux requêtes, l'une visant à l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision, l'autre étant un recours de pleine juridiction afin de

communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », RTDE, 1992, p. 265 ; R. KOVAR, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », D., 1992, chron., p. 207.

¹⁴⁶⁴ CE, sect., 13 décembre 1985, *Société International Sales and Import Corporation BV*, Rec. CE, p. 386 ; AJDA, 1986, p. 174, concl. M. Laroque ; RTDE, 1988, p. 100, note P. Soler-Couteaux.

solliciter la condamnation de l'Etat à lui verser une indemnité. A l'appui de son premier recours, la société fait notamment valoir que, par un arrêt en date du 21 juin 1983¹⁴⁶⁵, la Cour de justice de Luxembourg a entendu censurer le principe même de l'attribution à l'autorité réglementaire du pouvoir de fixation des prix de vente au détail des tabacs manufacturés. Celle-ci avait en effet décidé que « *la République française, en fixant le prix de vente au détail des tabacs manufacturés à un niveau différent de celui déterminé par les fabricants ou importateurs, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CEE* ».

618 - Après avoir joint les deux requêtes, le Conseil d'Etat relève qu'en fondant sa décision sur des motifs d'intérêt général afférents à la lutte contre l'inflation et la hausse des prix, le Ministre n'a pas fait un usage des pouvoirs qu'il tient des dispositions législatives et réglementaires qui sont contraires aux dispositions des articles 30 et 37 du traité CE, et n'a pas méconnu les objectifs énoncés par la directive du Conseil du 19 décembre 1972. Pour ce faire, il indique que le gouvernement s'est uniquement « *borné à tirer les conséquences des principes posés par le législateur* » et donc que les arguments développés par la société requérante à l'encontre du décret litigieux tendent « *en réalité à faire apprécier la conformité de la loi précitée du 24 mai 1976 au traité de la Communauté économique européenne et à la directive du Conseil des communautés de 1972 et (que le recours) ne saurait dès lors, être accueilli* ». De plus, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement¹⁴⁶⁶, la Haute juridiction rappelle que le refus opposé par le Ministre de l'Economie et des Finances s'appuie sur des motifs d'intérêt général afférents à la lutte contre l'inflation et la hausse des prix et que, par son arrêt en manquement rendu le 21 juin 1983, la juridiction européenne avait certes censuré le régime des prix, mais elle avait également implicitement réservé la validité des mesures nationales prises au titre de la lutte contre l'inflation.

619 - Un tel raisonnement en faveur du rejet de l'illégalité de la décision ministérielle peut partiellement s'expliquer dans la mesure où, à l'époque, le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt « *Nicolo* »¹⁴⁶⁷ n'était pas encore intervenu. Ainsi, le Conseil d'Etat ne fait qu'appliquer la jurisprudence traditionnelle empêchant tout contrôle de validité d'une loi postérieure par rapport aux dispositions du traité de Rome¹⁴⁶⁸. L'application de la théorie dite

¹⁴⁶⁵ CJCE, 21 juin 1983, *Commission c/ République française*, aff. n° 90/82, Rec. CJCE, p. 2011, concl. Mancini.

¹⁴⁶⁶ Concl. LAROQUE sur CE, sect., 13 décembre 1985, *Société International Sales and Import Corporation BV*, AJDA, 1986, p. 174.

¹⁴⁶⁷ CE, Ass., 20 octobre 1989, préc.

¹⁴⁶⁸ Voir, notamment : CE, 8 juillet 1966, *Nguyen Kin Hai*, Rec. CE, p. 457 - CE, sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, préc. - CE, Ass., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail*, Rec. CE, p. 384 ; AJDA, 1980, p. 39.

de « l'écran législatif » lui permet d'échapper à la mise en cause de la loi. Le fait que la Cour de justice ait antérieurement condamné la France pour l'instauration d'un régime de fixation des prix par l'autorité réglementaire n'est donc pas réellement pris en compte par le juge. Son commissaire du gouvernement va même jusqu'à affirmer que « *l'arrêt de la Cour a eu en l'espèce nécessairement une portée indicative et (...) son exécution n'entraîne en tout état de cause (...) aucune obligation juridique* »¹⁴⁶⁹. Une telle position peut surprendre dans la mesure où, comme le souligne P. Soler-Couteaux¹⁴⁷⁰, « *la mise en œuvre des principes dégagés par la Cour de Luxembourg n'aurait pas abouti à paralyser l'application de la loi française* ». En effet, la décision ministérielle incriminée était en l'espèce justifiée par la lutte contre l'inflation, or une telle réserve était expressément prévue par la juridiction communautaire. La critique de cette solution ne vient donc pas du refus de faire prévaloir le traité sur la loi, solution non reconnue à l'époque, mais bien du fait que le Conseil d'Etat refuse de faire produire tout effet juridique à l'arrêt en manquement de la Cour de justice, alors que le contexte s'y prêtait et que la jurisprudence communautaire n'avait pas manqué de rappeler les obligations pesant sur un Etat membre condamné.

620 - Pour la Haute juridiction administrative, l'indemnisation sur le fondement de la faute est donc exclue puisqu'« *aucune illégalité (n'a) été relevée dans la décision attaquée* ». Mais la société requérante ne se verra pas reconnaître d'avantage de droits en invoquant les règles de la responsabilité sans faute de l'Etat dans la mesure où le juge énonce que « *des mesures de blocage des prix, établies dans un but d'intérêt général, sur le fondement des dispositions législatives et réglementaires sus-rappelées, ne sauraient ouvrir droit à réparation en l'absence d'une faute imputable à l'Etat* ». Il s'agit ici de la réaffirmation d'une jurisprudence classique en matière de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁴⁷¹. Le requérant invoquant un dommage, survenu du fait de mesures économiques relatives à la réglementation des prix, est considéré comme n'ayant pas pu subir un préjudice anormal et spécial - conditions indispensables à l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat - puisque le propre de ces mesures est de créer une inégalité.

¹⁴⁶⁹ Concl. LAROQUE sous CE, sect., 13 décembre 1985, *Société International Sales and Import Corporation BV*, préc., p. 175.

¹⁴⁷⁰ Note sous CE, sect., 13 décembre 1985, *Société International Sales and Import Corporation BV*, RTDE, 1988, p. 104.

¹⁴⁷¹ Voir, par ex. : CE, sect., 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, Rec. CE, p. 10 - CE, 15 juillet 1949, *Ville D'Elbeuf c/ Etat français*, préc. - CE, 13 février 1952, *Sieurs Costa*, préc. Pour une étude détaillée de cette jurisprudence, voir *supra*, § n° 299 et s.

621 - Cette réticence du Conseil d'Etat à admettre le caractère fautif du comportement de l'administration en cas de violation du droit communautaire va disparaître peu à peu. Ainsi, avant même l'arrêt « Francovich »¹⁴⁷² rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, et selon lequel « *les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* », la juridiction administrative va modifier son raisonnement et admettre progressivement, à partir des années 1980, que l'Etat puisse être condamné pour faute à réparer le dommage subi par des particuliers du fait d'une violation du droit communautaire.

§ 2 : A l'admission d'une responsabilité pour illégalité fautive

622 - Amorcée par les juridictions administratives du fond (A), cette évolution vers la reconnaissance d'une faute de l'administration, et donc de l'engagement de la responsabilité de l'Etat en cas de manquement au droit communautaire, va ensuite être confirmée par le Conseil d'Etat (B).

A - Une évolution amorcée par les juridictions du fond

623 - L'admission d'une responsabilité pour faute de l'Etat, du fait d'un comportement de l'administration apparaissant comme contraire au droit communautaire, peut tout d'abord être décelée au travers du contentieux relatif à l'importation de vins italiens. En effet, la guerre vini-viticole déclenchée dès la mise en œuvre de l'organisation commune du marché du vin entre les viticulteurs français et italiens a donné lieu à quelques décisions riches en enseignement de la part des juridictions du fond.

Le premier jugement, rendu par le tribunal administratif de Strasbourg dans l'affaire « Société Tresch-Alsacaves »¹⁴⁷³, traduit une certaine réticence de la juridiction face au droit communautaire. En l'espèce, la société requérante importait des vins en provenance d'Italie qui avaient fait l'objet de mesures d'analyse systématiques de la part des autorités douanières françaises. Ces pratiques avaient eu pour résultat d'immobiliser les vins de tables pendant plusieurs mois et d'en retarder d'autant la mise en consommation. Saisie par la Commission d'un recours en constatation de manquement, la Cour de justice des Communautés européennes avait déclaré que les opérations de dédouanement constituaient des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives contraires à l'article 30 du traité de

¹⁴⁷² CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, préc.

¹⁴⁷³ TA Strasbourg, 5 juin 1984, *Société Tresch-Alsacaves*, Common Market Law Reports, 1986, p. 625, avec le texte français et la traduction anglaise du jugement.

Rome¹⁴⁷⁴. Au préalable, le juge de Luxembourg avait ordonné des mesures provisoires enjoignant aux autorités françaises, non seulement, de ne pas dépasser un délai de vingt et un jours dans la mise sur le marché des produits concernés, mais encore, de ne procéder qu'à des vérifications par sondages sans caractère systématique¹⁴⁷⁵. Se fondant sur cette double intervention communautaire, la société requérante avait alors introduit, devant le tribunal administratif de Strasbourg, un recours en indemnité sur la base de l'illégalité des mesures prises et de la faute imputable aux autorités douanières.

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Raymond rejetait expressément l'argument tiré de la violation de l'article 30 du traité de Rome, au motif que le droit communautaire n'interdisait pas les mesures de vérification et qu'aucun détournement de pouvoir ne pouvait être établi. Il excluait par ailleurs la pertinence de l'arrêt de la Cour de justice, en lui déniait toute autorité de chose jugée faute d'identité de parties et de cause, mais accordait cependant une certaine portée à la solution de la Cour. Il estimait en effet que le délai de vingt et un jours devait être considéré comme un délai raisonnable et concluait, sur ce fondement, à l'illégalité du comportement de l'administration et à l'existence d'un droit à réparation au profit de la société requérante.

Le tribunal administratif va suivre ces conclusions même s'il omet, pour sa part, toute référence, y compris dans les visas de son jugement, à l'arrêt de la Cour constatant le manquement de la République française. Il estime ainsi que le règlement communautaire, portant organisation commune de marché dans le secteur du vin, confiait aux autorités nationales la responsabilité d'assurer le respect de la réglementation commune, et que l'administration était donc en droit de procéder aux contrôles litigieux, lesquels n'avaient pas été conçus à seule fin d'apporter des restrictions aux importations ou au transit des vins en provenance d'Italie. Toutefois, en dépassant sensiblement le délai raisonnable de vingt et un jours pour les opérations de dédouanement, sans apporter de justifications particulières à ce dépassement, l'Etat avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de la société Tresch-Alsacaves, laquelle avait dû, en raison de l'inertie du service des douanes, exposer des frais d'immobilisation et payer des intérêts de retard à ses fournisseurs. Ainsi pour le tribunal administratif, la faute ne vient pas du fait que la procédure mise en œuvre pour contrôler les vins serait contraire au traité de Rome, mais simplement du fait du retard pris lors de ces opérations de contrôle.

¹⁴⁷⁴ CJCE, 22 mars 1983, *Commission c/ France*, aff. n° 42/82, Rec. CJCE, p. 1013.

¹⁴⁷⁵ CJCE, ordonnance, 4 mars 1982, Rec. CJCE, p. 841.

624 - A l'occasion de faits similaires toujours liés à la guerre vini-viticole franco-italienne, le tribunal administratif de Dijon prend, quelques temps plus tard, le contre-pied de cette solution en reconnaissant cette fois-ci, dans une affaire « Société vinicole Berard »¹⁴⁷⁶, que le comportement de l'administration constitue une violation du traité de Rome. Selon le tribunal, « *les contrôles effectués avaient pour objet non d'assurer le respect des dispositions communautaires dans le secteur viti-vinicole mais de faire obstacle, pour une période déterminée, à l'importation de vin en provenance d'Italie* ». Le juge administratif ajoute que ces agissements sont « *contraires à l'article 30 du traité de Rome* » et donc « *révélateurs d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat envers la société vinicole Bérard à raison du préjudice qu'elle a subi du fait des retards nés des opérations irrégulières effectuées par le service des douanes dont la durée ne pouvait excéder un délai raisonnable qu'il y a lieu de fixer, dans les circonstances de l'espèce, à trois semaines* ». Il affirme enfin qu'il n'existe « *aucun motif tiré de l'intérêt général* » invocable « *pour justifier les pratiques des services douaniers* »¹⁴⁷⁷. Ici, contrairement à l'espèce précédente, l'allusion, dans la rédaction du jugement, aux « *agissements irréguliers* » suggère l'existence d'un détournement de procédure puisque, comme le relève J. Moreau¹⁴⁷⁸, « *les contrôles et examens œnologiques ne constituent pas la mise en œuvre de deux règlements communautaires, mais bien plutôt la volonté de mettre un frein aux importations de produits en provenance d'autres pays de la CEE* ».

625 - Un nouvel épisode du feuilleton juridictionnel consacré à la guerre du vin va marquer une évolution encore plus sensible du raisonnement des juges du fond en faveur d'une faute des services de l'Etat du fait des contrôles opérés par les services des douanes. En effet, par une décision « SA Duault » rendue le 20 juin 1991¹⁴⁷⁹, la Cour administrative d'appel de Nantes estime que « *s'il incombait à l'administration des douanes de procéder à un contrôle des documents d'accompagnement des vins importés d'Italie et de soumettre ces produits à des examens œnologiques, de telle sorte que puisse être assuré le respect de la réglementation communautaire en matière vini-viticole, ainsi que la protection des intérêts des consommateurs et de la santé des personnes contre les opérations de fraude et pratiques insalubres, il ne lui appartenait pas moins d'effectuer ces formalités dans des délais normaux*

¹⁴⁷⁶ TA Dijon, 15 avril 1986, *Société vinicole Berard*, Rec. CE, p. 311 ; RTDE, 1988, p. 109, note P. Soler-Couteaux.

¹⁴⁷⁷ Pour une admission de l'existence de tels motifs rendant, par voie de conséquence, l'action administrative légale, voir CE, 7 décembre 1979, *Société « Les fils de Henri Ramel »*, préc.

¹⁴⁷⁸ J. MOREAU, « L'influence du développement de la construction européenne sur le droit français de la responsabilité de la puissance publique », art. préc. p. 414.

¹⁴⁷⁹ CAA Nantes, 20 juin 1991, *SA Duault c/ Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget*, AJDA, 1992, p. 172, et p. 127, chron. J.-P. Jouguelet et J.-F. Gipoulon ; Europe, 1992, n° 86.

compatibles avec la règle de la libre circulation des marchandises entre pays membres de la Communauté ». Or, comme tel n'avait pas été le cas, et « *en l'absence d'un fait social expressément invoqué par l'Etat français pouvant permettre de les regarder comme procédant des motifs d'intérêt général, ces pratiques caractérisent une faute dans l'organisation du service des douanes qui engage la responsabilité de l'Etat envers la société Duault* ».

Ici, on ne peut que se féliciter de la solution adoptée par la Cour administrative d'appel, dans la mesure où la décision vise expressément l'arrêt en manquement de la Cour de justice qui avait condamné la France, dans un contexte analogue, pour des délais abusifs de dédouanement de vins importés d'Italie. A cela s'ajoute le fait que la Cour administrative considère qu'un délai excédant trois semaines est constitutif d'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative incompatible avec l'article 30 du traité de Rome. On sera cependant plus critique à l'égard de la référence indirecte à l'arrêt « Alivar »¹⁴⁸⁰. En effet, comme le remarque G. Vandersanden¹⁴⁸¹, en évoquant l'absence de motifs d'intérêt général justifiant la décision, le juge administratif semble donc considérer que la responsabilité sans faute pourrait s'appliquer lorsque les mesures prises pour l'exécution de la réglementation communautaire reposent sur des motifs d'intérêt général.

626 - En dehors de cette jurisprudence sur la « guerre du vin », on trouve également quelques décisions des juridictions du fond ayant reconnu, sans aucune hésitation, un droit à réparation aux victimes de violations des règles communautaires par l'admission de la responsabilité pour faute de l'Etat. A cet égard, deux espèces peuvent retenir notre attention.

Nous pouvons, d'une part, nous référer au jugement rendu le 12 novembre 1985 par le tribunal administratif de Pau dans l'affaire « Steinhauser »¹⁴⁸². Ecarté d'une procédure d'adjudication publique pour l'exposition d'œuvres d'art dans un bâtiment appartenant à la ville de Biarritz sur le fondement d'un cahier des charges exigeant la nationalité française, M. Steinhauser, artiste peintre de nationalité allemande, avait introduit un recours en annulation contre la décision du maire et demandé l'octroi de dommages et intérêts pour violation de l'article 52 (article 43 après renumérotation) du traité de Rome. Saisie par le juge national d'une question préjudicielle, la Cour de justice avait déclaré que l'article 52 s'opposait à l'exigence de la nationalité française en vue de participer à la procédure d'adjudication¹⁴⁸³.

¹⁴⁸⁰ CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, préc. Pour une analyse détaillée de cette affaire, voir *supra*, § n° 609 et s.

¹⁴⁸¹ G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé, op. cit.*, p. 263.

¹⁴⁸² TA Pau, 12 novembre 1985, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, Rec. CE, T, p. 514.

¹⁴⁸³ CJCE, 18 juin 1985, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, aff. n° 197/84, Rec. CJCE, p. 1819.

Tirant les conséquences de cet arrêt, la juridiction de renvoi a alors annulé les adjudications litigieuses comme étant incompatibles avec le droit communautaire et a considéré que cette illégalité était constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de la ville de Biarritz.

Est significatif, d'autre part, l'arrêt « *Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget c/ Société Lefebvre et autres* », rendu par la Cour administrative de Nancy, le 9 juillet 1991¹⁴⁸⁴. En l'espèce, étaient en cause plusieurs décisions par lesquelles le Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget, avait refusé à diverses sociétés, des licences d'importation de bananes en provenance de Belgique. Celui-ci se fondait sur le protocole n° 4 relatif aux bananes, annexé à la troisième convention ACP/CEE et signé à Lomé le 8 décembre 1984, ayant pour objet de fixer la situation des Etats ACP par rapport aux membres de la Communauté économique européenne et de définir les objectifs pour améliorer les conditions de production et de commercialisation des bananes produites dans les Etats ACP en les faisant bénéficier de certains avantages. Or, pour la Cour administrative, « *ledit protocole n'est pas applicable aux bananes provenant des Etats ACP entrées dans la communauté économique européenne* », et qui sont ainsi « *soumises au principe de libre circulation des marchandises résultant de l'article 30 du traité de Rome* ». Elle affirme ainsi que les décisions ministérielles en cause « *ont fait obstacle à l'application des articles 30 et 33 du traité instituant la communauté économique européenne, qui interdisent les restrictions quantitatives à l'importation au-delà de la période de transition* », et décide que « *ces agissements sont constitutifs d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat envers les sociétés requérantes à raison du préjudice subi du fait des pertes commerciales et des frais supplémentaires* ».

627 - Les juridictions du fond n'ont donc pas hésité à reconnaître très tôt, même avant l'arrêt « *Francovich* »¹⁴⁸⁵, la possibilité d'une responsabilité pour faute de l'Etat du fait d'un comportement de ses services apparaissant comme contraire au droit communautaire. Une telle solution va ensuite être confirmée par le Conseil d'Etat.

¹⁴⁸⁴ CAA Nancy, 9 juillet 1991, *Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget c/ Société Lefebvre et autres*, Rec. CE, T, p. 1188. Pour une réaffirmation récente, voir TA Paris, 7 mai 2004, *Association France nature environnement*, Europe 2004, comm. n° 248, note E. Saulnier ; AJDA, 2004, p. 1878 : « il est constant que l'autorité administrative a, à de nombreuses reprises depuis 1981, pris des arrêtés (...) incompatibles avec les objectifs définis par la directive (79/409/CEE du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages) ou refusé de prendre des arrêtés compatibles avec lesdits objectifs ; de tels agissements sont constitutifs d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat ».

¹⁴⁸⁵ CJCE, 19 novembre 1991, préc.

B - Une évolution confirmée par le Conseil d'Etat

628 - D'abord indirectement évoquée en matière de renseignements complets ou erronés dans l'arrêt « M. Aubin » (1), l'admission d'une responsabilité pour faute de l'Etat, du fait de la violation du droit communautaire par l'administration, se voit ensuite affirmée par le Conseil d'Etat à l'occasion de son arrêt « Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France » relatif à la célèbre jurisprudence des tabacs (2).

1. *La solution de l'arrêt « M. Aubin »*

629 - Par cet arrêt rendu le 20 janvier 1988¹⁴⁸⁶, le Conseil d'Etat illustre l'hypothèse de la responsabilité pour faute de l'administration du fait d'un comportement irrégulier, plus exactement pour renseignements erronés faisant perdre au requérant les droits qu'il tient d'un règlement communautaire. En l'espèce, les faits étaient les suivants : le sieur Aubin, de nationalité française, était domicilié en Belgique et travaillait en France, lorsqu'il fut licencié pour raison économique le 28 février 1975. Il s'enquit alors de ses droits à une allocation de chômage auprès de la direction départementale du travail et de l'emploi des Yvelines. L'inspecteur du travail lui fit savoir, par lettre du 12 mars 1975, qu'il devait d'abord s'inscrire comme demandeur au lieu de son domicile, en Belgique, et que les indemnités de chômage lui seraient versées par les services compétents de l'Etat belge, selon les modalités fixées par le règlement du Conseil des Communautés européennes du 14 juin 1971¹⁴⁸⁷. M. Aubin suivit ces conseils mais l'Office national de l'emploi de Belgique estima qu'il ne remplissait pas les conditions prévues par l'arrêté royal belge du 20 décembre 1963 relatif à l'emploi et au chômage, dans la mesure où il n'avait pas exercé une activité salariée en Belgique, à raison d'une journée au moins au cours des dix-huit mois précédant son licenciement. M. Aubin s'adressa alors à l'UNEDIC et à l'ASSEDIC des Yvelines. Tous deux vont lui opposer à leur tour un refus au motif qu'il n'était pas inscrit comme demandeur d'emploi en France.

C'est ce que confirmera, dans un arrêt du 23 mai 1982¹⁴⁸⁸, la Cour de justice, interrogée par la Cour de cassation française sur l'interprétation du règlement du Conseil du 14 juin 1971. Le juge de Luxembourg considère en effet que s'étant inscrit comme demandeur d'emploi en Belgique, M. Aubin ne pouvait prétendre qu'au bénéfice des

¹⁴⁸⁶ CE, 20 juin 1988, *M. Aubin*, Rec. CE, p. 20 ; AJDA, 1988, p. 419, note X. Prétot ; JCP, 1989, G, II, n° 21169, note F. Moderne ; RTDE, 1989, p. 686, note V. Constantinesco.

¹⁴⁸⁷ Règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent dans la Communauté (cf. JOCE, L. 149, 5 juillet 1971, p. 2).

¹⁴⁸⁸ CJCE, 27 mai 1982, *Aubin*, aff. n° 227/81, Rec. CJCE, p. 1991.

prestations de chômage prévues par la législation belge et précise qu'aucune disposition du droit communautaire ne permettait d'assimiler l'inscription d'un travailleur migrant comme demandeur d'emploi en Belgique, à une inscription en la même qualité à l'association nationale pour l'emploi en France. La Cour souligne également que le règlement offrait un choix au travailleur pour s'inscrire comme demandeur d'emploi, soit dans son Etat de résidence, soit dans l'Etat de son dernier emploi.

Suite à cette réponse de la juridiction communautaire, la Chambre sociale de la Cour de cassation décida de rejeter le recours de M. Aubin, incitant alors celui-ci à rechercher la responsabilité de l'Etat français en réparation du préjudice qu'il avait subi du fait des renseignements erronés donnés par les services du travail et de l'emploi du département des Yvelines devant la juridiction administrative. Dans un jugement en date du 20 avril 1984¹⁴⁸⁹, le tribunal administratif de Versailles refusa de lui accorder une indemnité réparatrice. En appel, le Conseil d'Etat va accueillir sa demande en se montrant *a priori* assez sévère à l'égard de l'administration.

630 - La Haute juridiction reproche en effet aux services du travail et de l'emploi des Yvelines de ne pas avoir fait savoir au requérant qu'il avait le choix entre le régime des prestations de chômage de l'Etat de son dernier emploi (la France) et le régime des prestations de l'Etat de sa résidence (la Belgique). Dès lors, en l'incitant à s'inscrire prioritairement comme demandeur d'emploi en Belgique, l'administration française avait ainsi « *commis une faute qui a fait perdre à l'intéressé les droits qu'il avait d'obtenir en France des indemnités de chômage* ». Le Conseil d'Etat condamne en conséquence l'Etat à payer au requérant des dommages et intérêts équivalents au montant des indemnités de chômage auxquelles il pouvait prétendre en vertu de la réglementation applicable à ces indemnités, dans la limite du montant des prétentions du sieur Aubin devant le tribunal administratif de Versailles. Ici, la responsabilité pour faute de l'Etat est engagée, « *la faute consistant précisément dans l'inexactitude ou le caractère incomplet des renseignements fournis* »¹⁴⁹⁰.

631 - Si cette décision est incontestablement en partie guidée par un souci d'équité, il est tout de même possible d'émettre, avec F. Moderne¹⁴⁹¹, quelques réticences à propos du raisonnement tenu par le Conseil d'Etat. On peut, en effet, hésiter à qualifier de fautif le comportement de l'administration. Certes, en invitant le sieur Aubin à s'inscrire comme

¹⁴⁸⁹ TA Versailles, 20 avril 1984, *M. Aubin*, Rec. CE, T, p. 736.

¹⁴⁹⁰ Selon les termes employés par F. MODERNE dans sa note sous CE, 20 juin 1988, *M. Aubin*, JCP, 1989, G, II, n° 21169.

¹⁴⁹¹ *Idem*.

demandeur d'emploi en Belgique, ceux-ci avaient adopté une interprétation du règlement communautaire qui n'était pas la bonne. Néanmoins, il convient de relever que la rédaction de la disposition concernée n'était pas d'une évidente clarté, obligeant même la Cour de cassation à choisir la voie de la question préjudicielle à la Cour de justice. L'interprétation claire et précise des dispositions communautaires en cause n'était ainsi énoncée que depuis l'arrêt rendu par le juge de Luxembourg le 23 mai 1982. Mais, la lettre de l'inspecteur du travail donnant au requérant les informations demandées datait du 12 mars 1975, soit près de six ans avant l'interprétation autorisée de la Cour de justice. Dès lors, « *ne pas deviner quelle serait cette interprétation, est-ce vraiment une faute de service ?* ». Ici, l'explication de la relative sévérité du Conseil d'Etat s'explique peut être par le fait qu'il « *n'a sans doute pas voulu faire supporter par le seul requérant, au surplus déjà victime d'une mesure de licenciement, le poids des conséquences dommageables de l'erreur commise par les services de travail et de l'emploi* »¹⁴⁹².

632 - Quelques temps plus tard, à l'occasion de sa décision « Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France », le Conseil d'Etat va admettre, cette fois sans ambiguïté, la possibilité d'engager la responsabilité pour faute de l'administration du fait de la violation du droit communautaire.

2. La solution de l'arrêt « Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France »

633 - Cette décision¹⁴⁹³ revêt une importance considérable dans la jurisprudence administrative, dans la mesure où elle constitue la première affaire de responsabilité tranchée par le Conseil d'Etat depuis le revirement de l'arrêt « Nicolo »¹⁴⁹⁴. Bien que les faits apparaissent quelque peu complexes¹⁴⁹⁵, il convient néanmoins de les rappeler en détail afin de comprendre toute la portée de la solution. Au cœur de l'affaire, se trouvait la directive du

¹⁴⁹² F. MODERNE, note sous CE, 20 juin 1988, M. Aubin, préc.

¹⁴⁹³ CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, Rec. CE, p. 78 ; RFDA, 1992, p. 425, note L. Dubouis ; AJDA, 1992, p. 210, concl. M. Laroque, et p. 329, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; RDP, 1992, p. 1505, concl. ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : *ad augusta per augusta* », Europe, 1992, n° 4, p. 1 ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », RTDE, 1992, p. 265 ; R. KOVAR, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », D., 1992, chron., p. 207.

¹⁴⁹⁴ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. CE, p. 190, concl. P. Frydman ; AJDA, 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste, et p. 788, note D. Simon ; D., 1990, p. 135, note P. Sabourin ; JCP, 1989, G, n° 21371, concl. ; LPA, 11 décembre 1989, p. 11, note G. Lebreton ; RFDA, 1989, p. 813, concl., et note B. Genevois ; RFDA, 1990, p. 267, obs. D. Ruzié ; RMC, 1990, p. 389, note J.-F. Lachaume ; RTDE, 1989, p. 771, concl. et note G. Isaac.

¹⁴⁹⁵ Le contexte est identique à celui de l'arrêt « Société international Sales and Import Corporation BV » (cf. CE, sect., 13 décembre 1985, préc.). Pour une étude de cet arrêt, voir *supra*, § n° 616 et s.

Conseil du 19 décembre 1972 fixant les principes généraux d'une harmonisation progressive des impôts frappant les tabacs manufacturés, qui aménageait un régime des prix et invitait les Etats à instaurer un régime de liberté des prix, sous réserve de l'application éventuelle de la législation nationale de contrôle des prix ou de respect de prix imposés. Dans le but de transposer cette directive, le législateur français avait voté, le 24 mai 1976, une loi portant aménagement du monopole des tabacs manufacturés, loi qui réservait à l'Etat non seulement l'importation et la commercialisation en gros de tabacs manufacturés originaires ou en provenance des Etats n'appartenant pas à la Communauté économique européenne, mais encore et surtout la fabrication et la vente au détail des tabacs manufacturés. Ainsi, était maintenu le monopole de la vente au détail au profit de l'administration puisque, selon l'article 6 de cette loi, le prix de détail des produits tabagiques devait être identique sur l'ensemble du territoire français. Pour ce faire, la loi française laissait intact le pouvoir du Ministre de l'Economie et des Finances de fixer, dans le cadre d'un régime spécifique, le prix de vente au détail des produits du tabac. En effet, le décret d'application de la loi du 24 mai 1976, intervenu le 31 décembre de la même année, prévoyait dans son article 10 que les prix de vente au détail des tabacs étaient fixés par arrêté du Ministre. Sur ce fondement, le Ministre de l'Economie prit alors entre 1983 et 1987 plusieurs décisions individuelles bloquant les prix des tabacs importés, entraînant ainsi le mécontentement des fabricants et fournisseurs de tabacs à l'Etat français. Ceux-ci considéraient en effet que le prix fixé de manière autoritaire par le Ministre était trop bas, calculé en fonction de la situation du seul marché français et ne leur permettait pas de répercuter la hausse des coûts de production ni les fluctuations des cours des monnaies.

634 - Dans ce litige, les textes internes semblaient en totale contradiction avec la directive communautaire, dans le sens où celle-ci prévoyait la libre détermination des prix de vente au détail du tabac par les fabricants et les importateurs. Un tel constat n'échappa d'ailleurs pas à la Cour de justice puisque, saisi par la commission dans le cadre de la procédure en manquement, le juge de Luxembourg dit en effet pour droit, dans un arrêt en date du 21 juin 1983¹⁴⁹⁶, que les autorités françaises avaient manqué à leurs obligations communautaires en fixant le prix de vente au détail des tabacs importés à un niveau différent de celui souhaité par les fabricants et les importateurs de la Communauté. Puis, face au refus de la France de prendre les mesures nécessaires à l'exécution de cet arrêt, la Cour prononce à son encontre un nouvel arrêt en manquement¹⁴⁹⁷. Fort de ces solutions, les fabricants de tabac

¹⁴⁹⁶ CJCE, 21 juin 1983, *Commission c/ France*, préc.

¹⁴⁹⁷ CJCE, 13 juillet 1988, *Commission c/ France*, aff. n° 169/87, Rec. CJCE, p. 4093.

de la Communauté européenne avaient alors introduit de nouveaux recours afin d'obtenir, d'une part, l'annulation pour excès de pouvoir des décisions ministérielles refusant une augmentation du prix du tabac et, d'autre part, la réparation du préjudice financier subi en raison du refus du ministre de fixer les prix de vente au niveau demandé. Suite au rejet de leurs demandes par le tribunal administratif de Paris, les requérants ont saisi le Conseil d'Etat.

635 - Statuant en appel le 28 février 1992, la Haute juridiction va ainsi rendre deux arrêts, chacun traitant d'un contentieux différent. En premier lieu, dans une espèce « SA Rothmans International et SA Philip Morris France »¹⁴⁹⁸, le Conseil d'Etat règle la question de la légalité des décisions ministérielles implicites de refus d'augmentation du prix du tabac. Il annule ces dernières, après avoir reconnu pour la première fois la primauté des directives communautaires sur la loi interne même postérieure¹⁴⁹⁹. Puis en second lieu, dans une décision « Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France »¹⁵⁰⁰, celui-ci se penche sur le problème nous concernant directement, à savoir la possible responsabilité de l'Etat du fait de la violation de la directive du 19 décembre 1972. Dans cette espèce, tirant les conséquences de l'arrêt « Nicolo » sur le plan de la responsabilité, la Haute juridiction va admettre la responsabilité de l'Etat du fait de l'illégalité des décisions ministérielles. En effet, après avoir visé l'article 55 de la Constitution, constaté que la loi était incompatible avec la directive et précisé que le décret pris sur le fondement de cette loi était lui-même dépourvu de base légale, le Conseil d'Etat affirme de façon assez lapidaire que « *contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif de Paris, les décisions ministérielles prises en application du décret du 31 décembre 1976 et refusant (...) de fixer le prix des tabacs manufacturés aux niveaux demandés par les sociétés requérantes sont illégales ; que cette illégalité est de nature à engager la responsabilité de l'Etat* ».

636 - Suivant scrupuleusement sur ce point les conclusions de son commissaire du gouvernement¹⁵⁰¹, le Conseil d'Etat indique ainsi clairement que le fait générateur du dommage réside dans les décisions ministérielles de refus d'augmentation des prix des tabacs

¹⁴⁹⁸ CE, Ass., *SA Rothmans International et SA Philip Morris France*, Rec. CE, p. 78 ; RFDA, 1992, p. 425, note L. Dubouis ; AJDA, 1992, p. 210, concl. M. Laroque, et p. 329, chron. C. Maugüé et R. Schwartz ; RDP, 1992, p. 1505, concl. ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : *ad augusta per augusta* », Europe, 1992, n° 4, p. 1 ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », RTDE, 1992, p. 265 ; R. KOVAR, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », D., 1992, chron., p. 207.

¹⁴⁹⁹ Jusqu'alors, le juge administratif avait, en effet, uniquement reconnu la primauté sur la loi interne même postérieure du droit communautaire originaire (cf. CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.), ainsi que des règlements (cf. CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. CE, p. 250 ; AJDA, 1990, p. 863, chron. E. Honorat et R. Schwartz ; LPA, 12 octobre 1990, p. 15, concl. M. Laroque ; RFDA, 1991, p. 172, note. L. Dubouis).

¹⁵⁰⁰ CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, préc.

¹⁵⁰¹ AJDA, 1992, p. 210.

manufacturés, prises en application du décret dépourvu de base légale. Néanmoins, le juge se détache quelque peu de ces conclusions en ce qui concerne le fondement de la responsabilité de l'Etat. En effet, alors que le commissaire du gouvernement Laroque invite expressément le juge administratif à considérer que les décisions prises par le Ministre sont illégales et que « *cette illégalité est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat sur le terrain de la faute* », la Haute juridiction ne fait pas directement référence à la faute dans le corps de sa décision. Néanmoins, ce silence n'a pas réellement grande importance dans la mesure où le Conseil d'Etat a quand même reconnu implicitement que la méconnaissance d'une directive communautaire constitue une illégalité. Ainsi, il ne fait aucun doute que la responsabilité de l'Etat est ici engagée du fait de la faute de l'administration¹⁵⁰², puisque selon une solution affirmée en droit français depuis 1973 toute illégalité est fautive¹⁵⁰³. Quant à l'intensité de la faute, s'agissant ici d'une activité ordinaire de l'administration, la responsabilité de l'Etat est engagée très naturellement sur le fondement de la faute simple¹⁵⁰⁴.

637 - L'évolution de la jurisprudence administrative permet donc d'affirmer que le juge a progressivement abandonné sa volonté de protection envers l'administration, afin de reconnaître actuellement que ses actes engagent la responsabilité pour faute de l'Etat, dans le cas où ils violeraient le droit communautaire¹⁵⁰⁵. Néanmoins, il convient de ne pas se réjouir trop vite de cette avancée significative, dans le sens où celle-ci pourrait être organisée dans un but bien précis, à savoir une meilleure protection du législateur. Par la mise en cause du pouvoir exécutif, le juge administratif éviterait ainsi de se pencher sur le cas du pouvoir législatif et de ses éventuelles violations du droit communautaire et éluderait, par voie de conséquence, la question de son éventuelle responsabilité.

¹⁵⁰² Cette position, exprimée par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions, donnera d'ailleurs lieu à de nombreuses critiques de la part de la majeure partie de la doctrine, qui considère que le fait générateur du dommage résidait, en l'espèce, directement dans la loi du 24 mai 1976 jugée incompatible avec la directive communautaire, et non dans l'acte administratif qui en découlait. Ces auteurs accusent alors M. LAROQUE d'avoir construit un raisonnement artificiel dans l'unique but d'éviter de se pencher sur la question de l'éventuelle responsabilité du législateur.

Pour une analyse détaillée de ces critiques, et la démonstration que celles-ci paraissent véritablement fondées, voir *infra*, § n° 645 et s.

¹⁵⁰³ CE, sect., 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, préc. Pour la critique d'une telle automaticité et la démonstration de l'idée selon laquelle toute illégalité n'est pas nécessairement fautive, voir la théorie de P. DUEZ, *supra*, § n° 614.

¹⁵⁰⁴ Pour une réaffirmation de cette solution, voir : CAA Paris, 25 juillet 1996, *Société Boer Mor Sea Food Ireland Limited*, Rec. CE, p. 600 - CE, 30 janvier 1995, *Fourrures Maurice*, Rec. CE, p. 55.

¹⁵⁰⁵ Pour une réaffirmation récente, voir TA Rennes, 2 mai 2001, *Société Suez Lyonnaise des Eaux*, Europe, 2001, comm. n° 247, obs. P. Cassia ; AJDA, 2001, p. 593, concl. J.-F. Coënt. En l'espèce, le tribunal administratif engage la responsabilité pour faute de l'Etat au motif que l'art. 5 de la directive du Conseil du 12 décembre 1991, relative à la protection des eaux contre la pollution des nitrates à partir de sources agricoles, a fait l'objet d'une transposition tardive.

SECTION 2^{nde} : Pour une meilleure protection du législateur

638 - Soucieux de préserver le statut privilégié de la norme législative en tant que manifestation de la volonté générale, le juge administratif tend à utiliser des raisonnements quelque peu critiquables afin d'éviter tout constat de la violation du droit communautaire, source d'un éventuel débat sur l'engagement de la responsabilité du législateur. Ainsi, il lui arrive de se livrer à la relocalisation du fait générateur du dommage dans un acte administratif (§ 1), comme de s'auto-limiter¹⁵⁰⁶ dans son contrôle opéré en matière de conventionnalité (§ 2).

§ 1 : La « relocalisation »¹⁵⁰⁷ du fait générateur du dommage dans un acte administratif

639 - Développé par le commissaire du gouvernement Laroque à l'occasion de l'affaire vue précédemment, portant sur la fixation des prix des tabacs manufacturés (A), un tel raisonnement peut manifestement apparaître comme un mécanisme au service de la loi (B), évitant alors toute mise en cause de la responsabilité de son auteur.

A - Un raisonnement créé par le commissaire du gouvernement Laroque à l'occasion de l'affaire du prix des tabacs manufacturés

640 - Dans sa décision « Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France »¹⁵⁰⁸ intéressant la compatibilité de la loi du 24 mai 1976 avec la directive du 19 décembre 1972 et, par voie de conséquence, la responsabilité de l'Etat du fait de la violation de cette dernière, le Conseil d'Etat adopte une solution conforme aux conclusions de son commissaire du gouvernement¹⁵⁰⁹. Répondant aux sociétés requérantes qui contestaient les décisions ministérielles prises en application d'un décret de 1976, précisant les conditions de fixation du prix unique des tabacs décidé par la loi du 24 mai 1976 et leur refusant des

¹⁵⁰⁶ Ici, la notion doit être entendue selon les termes employés par Y. GALLAND, comme la volonté du juge d'éviter le plus possible d'empiéter sur les prérogatives des autres pouvoirs (cf. « L'autolimitation du juge administratif face aux directives communautaires », AJDA, 2002, p. 725).

¹⁵⁰⁷ Sur le modèle de D. SIMON, lequel parle de « délocalisation de l'imputation du fait générateur de la responsabilité » (cf. « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », AJDA, 1993, p. 241).

¹⁵⁰⁸ CE, Ass., 28 février 1992, préc. Pour une analyse détaillée des faits de l'espèce, voir *supra*, § n° 633 et s.

¹⁵⁰⁹ M. LAROQUE, in AJDA, 1992, jurisp., p. 210.

augmentations du prix de vente au détail, il considère que « *les décisions ministérielles prises en application du décret du 31 décembre 1976 (...) sont illégales ; que cette illégalité est de nature à engager la responsabilité de l'Etat* ». Ainsi, la Haute juridiction refuse en l'espèce de s'engager sur le terrain délicat de la responsabilité de l'Etat législateur, alors que « *la tentation (était) certainement grande* »¹⁵¹⁰ dans la mesure où c'était les dispositions de la loi de 1976 qui étaient incompatibles avec la directive.

641 - Pour le commissaire du gouvernement Laroque, la mise en jeu de la responsabilité de l'administration se justifie par le fait que c'est « *l'acte réglementaire illégal lui-même, qui s'est interposé entre la loi et l'administré, qui est le fait générateur direct du préjudice de ce dernier* »¹⁵¹¹. Une telle affirmation peut surprendre dans le sens où la décision administrative peut s'analyser comme découlant de la loi, néanmoins M. Laroque prend soin de justifier sa position par un raisonnement détaillé. Le point de départ de sa démonstration se situe au niveau des conséquences pour le juge administratif de l'arrêt « *Nicolo* »¹⁵¹². Le commissaire du gouvernement estime que dans cette affaire, le Conseil d'Etat n'a pas posé le principe d'un contrôle de légalité du juge sur la loi, qui pourrait aboutir à une censure de celle-ci, mais a en réalité révisé ou rétabli la hiérarchie des normes juridiques en faisant prévaloir, en cas de discordance entre une norme internationale et une norme nationale future législative, la norme internationale. Depuis 1989, le juge administratif est ainsi appelé à se prononcer, non sur la validité d'une loi, mais uniquement sur son opposabilité ou son application à une situation donnée¹⁵¹³.

642 - Le commissaire du gouvernement poursuit en affirmant que l'obligation ainsi créée « *d'écarter l'application d'une loi qui ne serait pas compatible avec un traité international et, au besoin aujourd'hui avec le droit communautaire dérivé (...) ne s'impose pas seulement au juge lors de l'examen d'un litige, mais au pouvoir exécutif, c'est-à-dire à l'autorité administrative* »¹⁵¹⁴. De ce fait, l'autorité administrative qui se voit attribuer,

¹⁵¹⁰ Selon la formule du commissaire du gouvernement LAROQUE dans ses conclusions, préc.

¹⁵¹¹ Concl. préc., p. 220.

¹⁵¹² CE, Ass., 20 octobre 1989, préc.

¹⁵¹³ Du même avis, voir C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 276 et s. Selon l'auteur, lorsque « le juge vérifie si une loi est compatible ou non avec une stipulation du droit conventionnel, il se contente d'un constat objectif visant à établir, en dehors de tout jugement porté sur les normes elles-mêmes, si celles-ci peuvent coexister ». Pour un avis contraire, voir R. CHAPUS selon lequel, depuis l'arrêt « *Nicolo* », le juge administratif « a accepté d'être juge de la conformité des lois au principe constitutionnel de l'article 55, - étant entendu qu'une loi qui méconnaît un traité est nécessairement une loi qui enfreint le principe posé par l'article 55 » (cf. *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 157). Pour une étude de cette dernière position que nous partageons, voir *infra*, § n° 706 et s.

¹⁵¹⁴ M. LAROQUE, concl. sur CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, préc., p. 220.

comme en l'espèce, par le législateur un pouvoir réglementaire qui n'est pas compatible avec une norme internationale « *ne peut légalement en user dès lors qu'elle doit, d'elle-même, faire prévaloir la norme internationale sur la loi interne* »¹⁵¹⁵. L'application de la loi incompatible par l'administration constitue donc le fait générateur direct du dommage, dans le sens où il lui appartenait de faire prévaloir le droit communautaire sur le texte interne contraire¹⁵¹⁶. En ne le faisant pas, le pouvoir exécutif engage donc sa responsabilité pour non-respect de la « *nouvelle hiérarchie des normes juridiques* »¹⁵¹⁷ issue de la jurisprudence de 1989, autant dire pour illégalité fautive. Par ce raisonnement, le commissaire du gouvernement Laroque démontre ainsi que l'illégalité de la décision administrative ne procède pas directement de la loi incompatible mais bien du comportement de l'autorité administrative, qui n'a pas écarté l'application d'une loi contraire au droit communautaire¹⁵¹⁸. La loi quant à elle, bien qu'illicite, se trouvait placée hors du champ de la responsabilité puisqu'elle se contentait de reconnaître au ministre un pouvoir de fixation des prix et que le dommage venait de l'usage de ce pouvoir.

643 - Suivant son commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat a alors décidé que les dispositions de l'article 6 de la loi du 24 mai 1976 permettaient au gouvernement de fixer les prix des tabacs importés dans des conditions non prévues par l'article 5-1 de la directive du 19 décembre 1972 et étaient alors incompatibles avec les objectifs de cette dernière. Il en conclut que le décret du 31 décembre 1976 pris sur le fondement de la loi, dont il y a lieu d'écarter l'application, était lui-même dépourvu de base juridique et engageait la responsabilité de l'Etat du fait de l'illégalité des décisions ministérielles. Par cette décision, le Conseil d'Etat se rallie ici implicitement à la position de la Cour de justice selon laquelle, la primauté du droit communautaire impose à toutes les autorités nationales, chacune dans la sphère de ses compétences, d'écarter les dispositions nationales - fussent-elles législatives - qui font obstacle à la pleine efficacité du droit communautaire¹⁵¹⁹.

644 - Malgré le long raisonnement ainsi développé par le commissaire du gouvernement Laroque pour justifier l'engagement de la responsabilité de l'autorité

¹⁵¹⁵ M. LAROQUE, concl. sur CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, préc., p. 220.

¹⁵¹⁶ Pour une réaffirmation de cette obligation, voir CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, RFDA, 2000, p. 1167. En l'espèce, le Conseil d'Etat rappelle que « l'exercice du pouvoir réglementaire comporte l'obligation de prendre, dans un délai raisonnable, les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle ».

¹⁵¹⁷ M. LAROQUE, concl. préc., p. 221.

¹⁵¹⁸ Du même avis, voir C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 265 et s.

¹⁵¹⁹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. n° 106/77, Rec. CJCE, p. 629 ; AJDA, 1978, p. 323, note J. Boulouis.

administrative, la solution proposée semble néanmoins critiquable dans la mesure où, comme le souligne le professeur D. Simon¹⁵²⁰, « on sent très bien ce que peut avoir d'artificielle une telle construction », car « quelle que soit la subtilité du montage juridique opéré » par le juge administratif, il est clair que la violation du droit communautaire est d'abord imputable au législateur.

B - Un raisonnement au service de la loi ?

645 - L'arrêt « Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France » possède un double mérite puisqu'il reconnaît, d'une part, la primauté des directives communautaires sur les lois internes contraires et accepte, d'autre part, l'engagement de la responsabilité pour faute de l'Etat du fait du non-respect de cette primauté. Néanmoins, il est possible d'émettre une forte réserve quant au raisonnement du commissaire du gouvernement Laroque suivi par le Conseil d'Etat et retenant comme fait générateur du dommage subi par les sociétés requérantes, un acte administratif. En réalité, la violation du droit communautaire était imputable au législateur, auteur de la loi du 24 mai 1976 et ayant mal transposé la directive du 19 décembre 1972. Dès lors, même si la loi incriminée se bornait à renvoyer à un décret la détermination des conditions dans lesquelles le prix des tabacs doit être fixé, elle instituait nécessairement un régime de prix spécifique, ce qui avait été condamné par la Cour de justice¹⁵²¹. Ainsi, c'est le principe même d'un régime législatif de prix spécifique des tabacs qui n'était pas compatible avec la directive communautaire¹⁵²².

Une telle « acrobatie délocalisation de l'imputation de la responsabilité »¹⁵²³ va entraîner de nombreuses critiques au sein de la doctrine. Les termes ne manquent pas aux auteurs pour exprimer leur indignation, lesquels dénoncent tour à tour une démarche conduisant « à minimiser quelque peu artificiellement le rôle du législateur »¹⁵²⁴, une « construction artificielle »¹⁵²⁵, un « montage juridique »¹⁵²⁶, une « hypocrisie juridique »¹⁵²⁷,

¹⁵²⁰ D. SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ? », RTDE, 1992, p. 281.

¹⁵²¹ Voir : CJCE, 21 juin 1983, *Commission c/ France*, préc. - CJCE, 13 juillet 1988, *Commission c/ France*, préc.

¹⁵²² Ce constat avait d'ailleurs été fait par le commissaire du gouvernement LAROQUE elle-même dans ses conclusions (cf. AJDA, 1992, jurispr., p. 216).

¹⁵²³ D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 241.

¹⁵²⁴ L. DUBOIS, note sous CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France* (1^{ère} espèce) et *Société Arizona Tobacco Products et Société anonyme Philip Morris France* (2^{ème} espèce), RFDA, 1992, p. 430.

¹⁵²⁵ D. SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ? », art. préc., p. 281.

¹⁵²⁶ *Idem*.

un « *raisonnement acrobatique* »¹⁵²⁸, une « *habile et providentielle délocalisation* »¹⁵²⁹, un « *tour de passe-passe* »¹⁵³⁰ ou encore un « *acte administratif qui change de nature comme par magie* »¹⁵³¹. Pour le professeur L. Dubouis¹⁵³², cette situation paradoxale d'engagement de la responsabilité de l'administration et non du législateur consacre ce qu'il appelle « *la théorie du règlement-écran* ». L'auteur remarque ainsi que « *jadis, la loi faisait écran entre la règle communautaire et l'acte administratif, préservant ce dernier de la censure du juge (or) aujourd'hui, c'est l'acte administratif qui s'interpose entre la norme communautaire et la loi française, évitant que se pose le problème de la responsabilité de l'Etat législateur* ».

646 - Il apparaît alors qu'en rendant sa décision, le Conseil d'Etat était en partie guidé par un souci d'esquiver la question de la responsabilité de l'Etat législateur¹⁵³³. Le commissaire du gouvernement Laroque avait d'ailleurs d'elle-même balayé cette hypothèse, en affirmant dans ses conclusions que, s'il existait effectivement une possibilité d'utiliser les règles de la responsabilité sans faute fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques, en allant très au-delà des limites de la jurisprudence « La Fleurette »¹⁵³⁴, « *cela nous a paru vous engager dans une voie tout à fait différente et plus hasardeuse que celle où pourrait normalement vous conduire la novation apportée par votre décision Nicolo* »¹⁵³⁵. Un tel mécanisme d'évitement de la mise en cause directe du texte de loi avait d'ailleurs reçu l'aval de l'avocat général Tesauro par rapport aux exigences communautaires¹⁵³⁶.

¹⁵²⁷ D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : *ad augusta per augusta* », Europe, avril 1992, p. 4.

¹⁵²⁸ G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 264.

¹⁵²⁹ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Paris, Pedone, 2000, p. 293.

¹⁵³⁰ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris, éd. L'Harmattan, 2001, p. 286.

¹⁵³¹ N. DANTONEL-COR, « La violation de la norme communautaire et la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat », RTDE, 1998, p. 88.

¹⁵³² L. DUBOUIS, note sous CE, Ass., 28 février 1992, SA *Rothmans International France et SA Philip Morris France* (1^{ère} espèce) et *Société Arizona Tobacco Products et Société anonyme Philip Morris France* (2nde espèce), préc., p. 430.

¹⁵³³ Du même avis, voir : M. DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », AJDA, 1995, n° spécial, p. 226 - H. CALVET, « Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire », AJDA, 1996, n° spécial, p. 95.

¹⁵³⁴ Pour une analyse détaillée et critique de cette option, voir *infra*, § n° 692 et s.

¹⁵³⁵ Concl. préc., p. 220.

¹⁵³⁶ Dans ses conclusions, présentées le 28 novembre 1995, sur l'affaire « Brasserie du pêcheur-Factortame III » (cf. CJCE, 5 mars 1996, aff. C-46/93, Rec. CJCE, p. I-1029, points 42 et 43), celui-ci considérait en effet qu'il « est assurément possible de faire valoir la responsabilité de l'administration publique du fait que celle-ci a pris des mesures préjudiciables en exécution d'une loi tenue pour incompatible avec le droit communautaire, ou en tout cas du fait qu'elle a appliqué une telle loi. C'est dans cette voie, par exemple, que semble s'être engagé le Conseil d'Etat français, en retenant la responsabilité de l'Etat pour faute de l'autorité administrative, du moins lorsque celle-ci a fait un usage d'un pouvoir discrétionnaire qui lui a été attribué par une loi interne contraire au droit communautaire. Certes, dans des cas de ce genre, l'origine de la responsabilité réside quand même dans un comportement illicite imputable au législateur, c'est-à-dire dans une loi incompatible avec le droit

647 - Il semble ici que le fait de détacher artificiellement le législateur de toute responsabilité repose sur une vision quelque peu utopique de la réalité de la vie administrative, dans la mesure où cela sous-entend que toutes les autorités susceptibles d'édicter des actes administratifs ont une parfaite connaissance de l'existence et du contenu de toutes les directives communautaires en vigueur. Or, il est évident qu'imposer à chaque agent de vérifier la conformité aux normes communautaires des décisions qu'il doit appliquer, serait non seulement très difficile du fait du manque de clarté de certaines normes, mais encore source de paralysie de l'action administrative¹⁵³⁷. Bien entendu, cet argument n'est pas irréfutable puisque étant uniquement d'ordre pratique, il cède devant le principe de « *Nemo censetur ignorare legem* ». Néanmoins, il apparaît paradoxal de stigmatiser ainsi la faute des agents administratifs, sans leur donner les moyens de pouvoir appliquer dans les meilleures conditions possibles, le principe de primauté du droit communautaire.

648 - La théorie du « règlement-écran » fait également ressortir une autre incohérence de la décision « Arizona Tobacco » en rapport avec la conduite à tenir par l'autorité administrative. Eu égard à la position du Conseil d'Etat relative à l'invocabilité des directives dans l'ordre juridique national, l'administration apparaît en effet « prise dans un piège »¹⁵³⁸. D'une part, dans son arrêt « Arizona Tobacco », la Haute juridiction fait obligation à l'administration de ne pas appliquer la loi contraire à l'objectif d'une directive et, d'autre part, depuis le fameux arrêt « Cohn-Bendit »¹⁵³⁹, le juge administratif refuse toujours « l'invocabilité de substitution »¹⁵⁴⁰ d'une directive communautaire, du moins en ce qui concerne les actes administratifs individuels¹⁵⁴¹. Dans ces conditions, comme le relève T. Dal

communautaire. Toutefois, c'est bien entendu au droit national qu'il appartient d'établir si l'imputation à l'administration est un expédient « indispensable » de nature procédurale et/ou substantielle, pour engager la responsabilité du législateur, ou bien la façon correcte de procéder. Ce que le droit communautaire exige, pour ce qui importe en l'espèce, c'est que soient en tout cas prévus les instruments nécessaires pour que le particulier puisse demander, et éventuellement obtenir, la réparation des dommages subis à la suite de violations du droit communautaire ».

¹⁵³⁷ Tel est ainsi l'avis du professeur D. SIMON, lorsqu'il écrit : « on voit mal comment aurait pu être mis en cause un quelconque acte administratif faisant écran, sauf à paralyser l'action administrative en exigeant de tous les agents des services fiscaux qu'ils évaluent systématiquement la validité de leurs actes au regard de la légalité communautaire » (cf. « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 242).

¹⁵³⁸ Selon l'expression de P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 244.

¹⁵³⁹ CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn Bendit*, Rec. CE, p. 524 ; D., 1979, juris., p. 155, concl. B. Genevois, et note B. Pacteau ; RTDE, 1979, p. 157, concl. ; Europe, 1979, comm. n° 294, note R. Bieber ; RMC, 1979, p. 104, note J. Boulouis ; RTDE, 1979, p. 169, note L. Dubouis ; AJDA, 1979, p. 27, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau ; JDI, 1979, p. 589, note B. Goldman ; CDE, 1979, p. 267, note G. Isaac ; JCP, 1979, G, II, n° 19158, note R. Kovar ; Gaz. Pal., 1979, I, p. 212, note D. Ruzié.

¹⁵⁴⁰ Selon l'expression de Mrs Y. GALMOT et J.-Cl. BONICHOT, in « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », RFDA, 1988, p. 10.

¹⁵⁴¹ Lorsqu'il s'agit pour l'administration, d'exercer son pouvoir réglementaire, l'obligation pour elle consistant à appliquer les dispositions communautaires après avoir écarté celles du droit national, ne pose pas de difficultés.

Farra¹⁵⁴², l'administration soucieuse de ne pas engager sa responsabilité se trouve enfermée dans un dilemme : « *en vertu de la jurisprudence Société Arizona Tobacco Products, elle ne pourra pas faire application de la loi contraire à l'objectif d'une directive, mais en vertu des limites inhérentes à l'invocabilité d'exclusion, elle ne pourra pas non plus faire une application directe des dispositions de la directive, qui ne s'intègrent pas en tant que telles dans la hiérarchie des normes* ». La situation délicate de l'administration est en plus renforcée par le fait qu'elle ne dispose pas de moyens légaux lui permettant d'obliger directement le parlement à légiférer. La jurisprudence « Alitalia »¹⁵⁴³, imposant au pouvoir réglementaire de ne pas laisser subsister des dispositions incompatibles avec une directive après l'expiration du délai de transposition, trouve ici ses limites. Il n'est pas possible de l'étendre au cas de normes législatives incompatibles même si une récente décision vient de créer une nouvelle obligation à la charge de l'autorité administrative, à savoir celle de mettre en œuvre une procédure tendant à l'abrogation ou à la modification d'une loi contraire à un texte communautaire¹⁵⁴⁴.

La solution adoptée par le Conseil d'Etat apparaît ainsi assez sévère. La recherche systématique de la responsabilité de l'autorité administrative ne nous semble pas être une réponse adéquate au problème de la violation du droit communautaire du fait de l'application d'une loi incompatible. Cette situation ne semble pouvoir être réellement résolue que par un élargissement de la responsabilité de l'Etat législateur. Comme l'écrit T. Dal Farra¹⁵⁴⁵, « *plutôt que d'exiger implicitement de l'administration qu'elle écarte d'elle-même la loi*

A ce sujet, voir : CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn Bendit*, préc. - CE, Ass., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et Rassemblements des opposants à la chasse*, rec. CE, p. 379 ; RFDA, 2000, p. 664, note L. Favoreu et p. 668, note B. G. ; D., 2000, p. 272, note G. Toulemonde ; LPA, 7 mars 2000, n° 47, p. 16, note A. Roblot ; Rev. Dr. rur., 2001, p. 225, chron. P. Astié ; AJDA, 2000, p. 120, chron. M. Guyomar et P. Collin - CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, RFDA, 2001, p. 980. S'agissant de l'adoption de mesures individuelles, le juge administratif se refuse toujours à reconnaître la même obligation à la charge de l'administration, malgré les prémisses d'une évolution implicite vers une invocabilité de substitution. A ce sujet, voir notamment : CE, 6 février 1998, *Tête*, Rec. CE, p. 30 ; RFDA, 1998, p. 410, concl. H. Savoie ; AJDA, 1998, p. 403, chron. F. Raynaud et P. Fombeur - CE, sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*, Rec. CE, p. 201 ; RFDA, 1998, p. 613, concl. H. Savoie.

¹⁵⁴² T. DAL FARRA, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité », RTDE, 1992, p. 661.

¹⁵⁴³ CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, Rec. CE, p. 44 ; RFDA, 1989, p. 391, concl. Chahid-Nourai, et note Beaud et Boulouis ; AJDA, 1989, p. 387, note Fouquet.

¹⁵⁴⁴ CE, Ass., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, préc. En l'espèce, le juge administratif était saisi d'un recours pour excès de pouvoir, dirigé contre la décision implicite de refus du Premier ministre, d'engager la procédure de délégalisation prévue à l'art. 37 al. 2 de la Constitution, en vue de modifier par décret les dispositions de la loi du 15 juillet 1994 de manière à les mettre en conformité avec les objectifs de la directive de 1979, relative à la protection des oiseaux sauvages. Se prononçant en faveur de la recevabilité du recours, malgré la tentation de qualifier la décision en cause d'acte de gouvernement, le Conseil d'Etat contraint ainsi l'administration, par l'intermédiaire du Premier ministre, à abroger les actes qui émaneraient du pouvoir législatif, dans la mesure où ceux-ci seraient contraires au droit communautaire.

¹⁵⁴⁵ T. DAL FARRA, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité », art. préc., p. 662-663.

contraire à l'objectif, il nous paraîtrait préférable de rétablir le principe selon lequel l'administration doit toujours appliquer la loi (...). Ensuite, si la loi est contraire à l'objectif de la directive, la responsabilité de l'Etat doit être engagée, mais il ne pourra s'agir que d'une responsabilité du fait du législateur, qui a maintenu dans l'ordre juridique une disposition contraire à une norme internationale, alors qu'il avait le pouvoir de faire évoluer cette situation pour mettre fin à l'illégalité de l'action administrative ».

649 - Le raisonnement développé par le commissaire du gouvernement Laroque et repris par le Conseil d'Etat peut subir une dernière série de critiques dans la mesure où ce mécanisme d'évitement de la mise en jeu de la responsabilité du législateur comporte des limites. En effet, la théorie du « règlement-écran » n'est pas une solution universelle. Tout d'abord, il ressort clairement des conclusions Laroque que cette théorie n'a vocation à s'appliquer que dans une hypothèse bien particulière qui est celle où l'autorité administrative dispose, en vertu de la loi, d'un pouvoir discrétionnaire¹⁵⁴⁶. Or, il se peut que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire « Arizona Tobacco », l'administration dispose non pas d'une faculté dont elle peut ne pas user en vue de respecter la norme supérieure de droit communautaire¹⁵⁴⁷, mais exerce une compétence liée. Dans une telle situation, nous pensons que le juge administratif ne peut donc plus faire l'économie d'un débat sur la responsabilité du législateur. A l'inverse, le commissaire du gouvernement Bernault¹⁵⁴⁸ est d'avis que la faute réside dans l'application par l'administration d'un texte législatif inapplicable et que donc, « peu importe (...) que la loi soit permissive ou impérative, puisque l'illégalité consiste, non à en avoir fait telle ou telle application, mais à avoir cherché à la mettre en œuvre ». Une telle construction comporte néanmoins, pour nous, un caractère un peu artificiel¹⁵⁴⁹ et ne fait que mettre en évidence les autres limites de la solution « Arizona Tobacco ».

¹⁵⁴⁶ Le commissaire du gouvernement affirme, en effet, que « la tentation est certainement grande, en l'espèce, de rattacher l'illégalité à laquelle les requérantes imputent leur préjudice au fait du législateur : vous estimez en effet que, lorsque le vice, dont paraît atteint l'acte administratif, n'est en réalité que la simple conséquence d'une stricte application d'une disposition législative, c'est la loi et elle seule qui est en cause (...) » (cf. concl. sur CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, préc., p. 219).

¹⁵⁴⁷ Pour un avis contraire, voir H. MUSCAT, pour qui « dans les circonstances de l'espèce (Arizona Tobacco), l'administration exerçait une compétence qui ne laissait qu'une très faible marge d'appréciation : dans la mesure où le principe de la fixation des prix du tabac résultait de la loi, elle n'avait que la possibilité d'aménager ce dispositif, mais pouvait difficilement passer outre » (cf. *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 181).

¹⁵⁴⁸ Concl. sur CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, Dr. fisc., 1992, n° 1665, p. 1426.

¹⁵⁴⁹ Sur ce point, voir notamment : D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 242 - N. DANTONEL-COR, « La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire », RTDE, 1995, p. 502 - G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », RFDA, 1997, p. 1035.

En effet, que va-t-il se passer alors dans le cas où aucun acte administratif ne viendrait s'interposer entre la loi et la norme communautaire ?¹⁵⁵⁰ La question de l'éventuelle responsabilité de l'Etat législateur ne pourrait semble-t-il plus être évitée. On pourrait certes imaginer, comme le remarque D. Simon, la possibilité de saisir l'administration d'une demande d'indemnisation et de déférer au juge la décision explicite ou implicite de refus, laquelle devrait être considérée comme illégale et engageant la responsabilité de l'Etat, mais « *on mesure immédiatement le caractère artificiel d'un tel montage juridique* »¹⁵⁵¹.

Enfin, reste l'hypothèse encore plus poussée dans laquelle aucune loi n'est intervenue pour transposer la directive. Nous savons qu'en vertu de la jurisprudence « Tallagrand »¹⁵⁵², le Conseil d'Etat refuse d'engager la responsabilité du gouvernement pour ne pas avoir déposé au Parlement un projet de loi permettant la transposition, au motif que la décision de déposer ou de ne pas déposer un projet de loi est un acte de gouvernement insusceptible de recours contentieux. Or, il est difficilement concevable que l'illégalité résultant d'une transposition incorrecte soit sanctionnée, tandis que celle résultant du défaut de transposition ne le serait pas. Ainsi, pour satisfaire aux exigences du droit communautaire, il semble qu'un nouveau cas de responsabilité s'impose : celui de la carence du législateur, puisqu'en l'état du droit interne, il n'existe qu'une responsabilité du fait de l'application de la loi¹⁵⁵³.

650 - La décision rendue par le Conseil d'Etat dans l'affaire des tabacs a ainsi fait l'objet de nombreuses et vives critiques, la majorité de la doctrine¹⁵⁵⁴ lui reprochant d'avoir suivi le raisonnement de son commissaire du gouvernement dans le but inavoué d'éviter le

¹⁵⁵⁰ Les juridictions administratives n'acceptent, en effet, à l'heure actuelle que d'examiner la conventionnalité de la loi lorsque la légalité d'un acte administratif procédant de celle-ci est contestée (voir, par ex. CE, 24 mai 1995, *Brunet*, req. n° 131990), même si le Conseil d'Etat semble avoir atténué cette position en ne requérant plus forcément l'existence d'un acte administratif décisoire. Plus précisément, la Haute juridiction semble suggérer que le recours contre un acte administratif non décisoire peut être recevable, dès lors que l'acte en cause « méconnaît le sens et la portée » des dispositions qu'il se propose d'explicitier ou « contrevient aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques ». Sur ce point, voir notamment : CE, 18 juin 1993, *IFOP*, Rec. CE, p. 178 - CE, sect., 2 juin 1999, *Meyet*, Rec. CE, p. 160 ; AJDA, 1999, p. 560, chron., F. Raynaud et P. Fombeur ; Dr. adm., 1999, n° 198 ; JCP, 2000, G, I, n° 123, chron. J. Petit et C. Boiteau ; LPA, 1999, n° 113, concl. J.-Cl. Bonichot ; RDP, 2000, p. 371, note C. Guettier, et p. 563, note G. Desmoulin ; RFDA, 1999, p. 873 - CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, RFDA, 2002, p. 723, concl. S. Boissard ; AJDA, 2002, p. 586, chron. F. Donnat et D. Casas.

¹⁵⁵¹ D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 242.

¹⁵⁵² CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec. CE, p. 607.

¹⁵⁵³ Le juge administratif semble peu à peu aller dans le sens d'une telle solution. Voir CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, AJDA, 1992, p. 768, obs. X. Prétot, s'agissant de la responsabilité de l'Etat du fait de la situation illicite résultant de la carence du législateur. L'annulation de cette décision par le Conseil d'Etat ne paraît pas remettre en cause le principe de l'arrêt, puisque la décision de la Haute juridiction s'appuie uniquement sur une question de procédure, à savoir l'irrecevabilité de la demande d'indemnité (cf. CE, 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, AJDA, 1996, p. 1045). Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voir *infra*, § n° 712 et s.

¹⁵⁵⁴ Pour un avis contraire, appuyant le raisonnement du commissaire du gouvernement LAROQUE, voir C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, p. 257 s.

problème de la mise en jeu de la responsabilité du législateur. Une telle critique peut être corroborée par le fait, qu'au-delà de cette solution d'espèce, le juge administratif semble avoir une tendance à s'autolimiter dans le cadre du contrôle de conventionnalité des lois.

§ 2 : L'autolimitation du juge dans le contrôle opéré en matière de conventionnalité

651 - Saisi dans le cadre de l'article 55 de la Constitution, le juge administratif se trouve compétent pour exercer le contrôle de conventionnalité. Or, au vu de la jurisprudence, il apparaît de plus en plus que celui-ci « *fait montre d'une conception minimaliste du contrôle de juridicité opéré, qui contraste sensiblement avec le contrôle normalement mis en œuvre en matière de légalité* »¹⁵⁵⁵. Son contrôle est ainsi devenu minimal (A), allant même dans quelques hypothèses jusqu'à être éludé (B).

A - Un contrôle minimal

652 - La conception minimaliste du juge administratif dans le contrôle de juridicité qu'il lui appartient d'exercer transparaît, d'une part, dans son refus de considérer le changement dans la situation de fait comme une source d'inconventionnalité d'une loi (1) et, d'autre part, dans le fait qu'il n'exige qu'un simple rapport de compatibilité avec le droit communautaire (2).

1. *Le refus de considérer le changement dans la situation de fait comme source d'inconventionnalité d'une loi*

653 - Dans le cadre du contrôle de légalité, le juge administratif admet depuis longtemps que l'appréciation qu'il peut faire de la régularité de l'acte contesté au regard d'une norme supérieure n'est pas immuable. En effet, même si le contrôle de légalité est le plus souvent opéré à la date d'édition de l'acte incriminé, il est toujours possible de réapprécier le litige, dès lors que le requérant pourra se prévaloir d'un changement dans la situation de fait ou de droit. De plus, au nom du principe de mutabilité, l'administration est tenue d'abroger, sur demande d'un administré, un règlement devenu illégal par suite d'un

¹⁵⁵⁵ D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en question de la jurisprudence Nicolo ? », RFDA, 2003, p. 881.

changement dans les circonstances de droit comme de fait¹⁵⁵⁶. Il appartient ainsi au juge administratif de se placer à la date du changement présumé afin de vérifier la réalisation de cette obligation¹⁵⁵⁷. Comme le souligne D. Bailleul¹⁵⁵⁸, l'avantage principal d'une telle solution est « *de permettre au juge d'assurer pleinement sa mission de gardien de la légalité en adaptant son contrôle à l'évolution du contexte juridique et social qui ne peut manquer de se produire (...)* ».

654 - Face à cette jurisprudence, une question peut immédiatement venir à l'esprit, celle de savoir si cette solution ne doit pas être logiquement transposée au cas particulier des lois dont l'administration doit aujourd'hui apprécier la conventionnalité avant de les mettre en œuvre, dans la mesure où celles-ci présentent d'indéniables similitudes avec les règlements. Approuvé par le juge judiciaire¹⁵⁵⁹, ce raisonnement va être accueilli plus modérément par la juridiction administrative. S'agissant du changement dans les circonstances de droit, la solution ne pose pas de véritable problème, puisqu'un tel changement « *résulte d'une situation juridique nouvelle créée par l'intervention d'un texte de valeur juridique supérieure à celui adopté ultérieurement* »¹⁵⁶⁰. Le juge administratif n'a alors aucun mal à apprécier la légalité d'un acte administratif à la lumière des circonstances de droit modifiées par l'entrée en vigueur d'un acte communautaire. Ainsi dès 1987, dans un arrêt « Danielou »¹⁵⁶¹, le Conseil d'Etat considérait que l'intervention d'un règlement communautaire nouveau « *modifiait les circonstances de droit prévalant lors de l'intervention de l'arrêté interministériel contesté* », et donc de la loi qui en était le support.

655 - A l'inverse, dans l'hypothèse d'un changement des circonstances de fait, la position du Conseil d'Etat apparaît beaucoup plus réservée. Celle-ci fait l'objet d'un arrêt « Meyet » rendu le 2 juin 1999¹⁵⁶². En l'espèce, le requérant, en sa qualité d'électeur,

¹⁵⁵⁶ CE, 10 janvier 1930, *Despujol*, Rec. CE, p. 30. Pour une réaffirmation, voir par ex. : CE, Ass., 10 janvier 1964, *Ministre de l'Agriculture c/ sieur Simmonet*, Rec. CE, p. 19 ; RDP, 1964, p. 182, concl. G. Braibant ; AJDA, 1964, p. 150, chron. J. Fourré et M. Puybasset - CE, 26 avril 1985, *Entreprises maritimes Léon Vincent*, Rec. CE, p. 125 - CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, préc.

¹⁵⁵⁷ CE, Ass., 22 janvier 1982, 2 espèces, *Butin et Ah Won*, Rec. CE, p. 27 et p. 33 ; AJDA, 1982, p. 440, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre ; D., 1983, IR, p. 235, note P. Delvolvé ; JCP, 1983, G, II, n° 19968, note J. Barthélémy ; RDP, 1982, p. 816, note R. Drago, et p. 822, concl., A Bacquet ; Rev. adm., 1982, p. 387, note B. Pacteau. En l'espèce, étendant la jurisprudence « Despujol » (cf. CE, 10 janvier 1930, préc.), du terrain de l'abrogation des actes administratifs à celui de l'exception d'illégalité, le Conseil d'Etat affirme « qu'il convenait de rechercher, non seulement si un règlement avait été légalement pris, mais encore s'il était resté légalement en vigueur à la date à laquelle il en avait été fait application ».

¹⁵⁵⁸ D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en question de la jurisprudence Nicolo ? », art. préc., p. 877.

¹⁵⁵⁹ Cass. crim., 4 septembre 2001, *Amaury*, JCP, 2001, G, II, n° 10623, concl. D. Commaret et note A. Lepage.

¹⁵⁶⁰ CE, 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques*, Rec. CE, p. 17.

¹⁵⁶¹ CE, 11 décembre 1987, *Danielou*, Rec. CE, p. 409.

¹⁵⁶² CE, sect., 2 juin 1999, *Meyet*, préc.

demandait l'annulation de différents actes pris par le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission des sondages au cours de la période de campagne précédant les élections au Parlement européen qui avaient eu lieu le 13 juin 1999. Il critiquait la légalité de ces actes en tant qu'ils rappelaient l'interdiction faite par l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977, relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, de diffuser, dans la semaine qui précède le scrutin, tout sondage d'opinion ayant un rapport direct ou indirect avec l'élection. Selon M. Meyet, cette interdiction était contraire à l'article 10 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, affirmant le droit à la liberté d'expression. Le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de se prononcer favorablement sur la compatibilité de l'article 11 de la loi de 1977 avec l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁵⁶³. Or, aucune novation juridique n'était intervenue depuis lors. Aussi, le requérant s'était efforcé de soutenir que cette compatibilité avait en réalité cessé aujourd'hui, du fait d'une évolution de la situation tenant à la diffusion des résultats de sondages par des chaînes de télévision ou de journaux étrangers ou encore sur Internet.

656 - La section du contentieux va écarter le moyen ainsi soulevé en recourant à un raisonnement original en deux temps. En premier lieu, le Conseil d'Etat opère une distinction entre l'incompatibilité qui pourrait exister dès l'origine et celle qui aurait pu survenir ultérieurement. Il affirme ainsi de façon explicite et définitive¹⁵⁶⁴ qu'il lui appartient de se livrer à un double contrôle en recherchant « *au regard des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution (...) non seulement si l'incompatibilité existait dès l'intervention de cette disposition législative mais aussi si elle est apparue postérieurement* ». En l'espèce, la section du contentieux va donc examiner la conventionnalité des dispositions de la loi du 19 juillet 1977, d'abord en se plaçant à la date de son intervention, puis en vérifiant si est intervenu depuis lors un changement qui ferait obstacle à l'application de la loi. Et c'est à ce stade que va intervenir le second volet du raisonnement puisque, concernant l'appréciation de la survenance éventuelle d'une incompatibilité, le juge administratif va ensuite faire une différence entre le changement dans la situation de droit et le changement dans la situation de fait. Rejoignant les conclusions de son commissaire du gouvernement¹⁵⁶⁵, le Conseil d'Etat affirme que seul le premier type

¹⁵⁶³ CE, Ass., 17 février 1995, *Meyet et autres*, Rec. CE, p. 78.

¹⁵⁶⁴ Un tel principe avait déjà été affirmé dans un arrêt « Danielou » (cf. CE, 11 décembre 1987, préc.), mais de façon plus indirecte.

¹⁵⁶⁵ Pour le commissaire du gouvernement J.-Cl. BONICHOT, la lecture de l'art. 55 de la Constitution permettait, en effet, de penser que l'inconventionnalité d'une loi ne pouvait résulter que de sa contrariété à un texte et non à des faits (cf. concl. sur CE, sect., 2 juin 1999, *Meyet*, LPA, 1999, n° 113).

de modification est susceptible de déboucher sur une incompatibilité dans la mesure où « *un changement dans la situation de fait (...), s'il peut conduire le législateur, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, à reconsidérer certaines modalités de la loi du 19 juillet 1977 ou même son principe, ne saurait avoir d'incidence sur la portée de la loi et sur l'obligation qu'a l'autorité administrative d'en assurer l'application* ».

657 - Cette solution du Conseil d'Etat en faveur d'un refus d'envisager le caractère inconstitutionnel d'une loi suite à un changement dans les circonstances de fait peut aisément se justifier. En effet, évaluer l'incidence du changement de la situation de fait sur la compatibilité entre une loi et un traité se rapproche beaucoup d'un contrôle de l'opportunité de la loi. Or, comme le relève F. Raynaud et P. Fombeur¹⁵⁶⁶, « *une loi, serait-elle obsolète, n'en reste pas moins applicable, et il revient au législateur, qui seul en a le pouvoir, de reconsidérer la pertinence des dispositions en cause du fait de l'évolution de la société* ». Il n'appartient ainsi, ni au juge administratif, ni à l'administration d'apprécier l'opportunité du maintien des lois nationales. Qui plus est, une solution contraire s'avérerait très compromettante pour la sécurité juridique, dans la mesure où un changement dans les circonstances de fait, à l'inverse d'un changement dans la situation de droit, « *apparaît généralement de façon progressive (...) il est très difficile à apprécier, et encore plus à dater* ». Ainsi, « *il serait dangereux que chaque administration devienne juge de la pertinence du maintien en vigueur des lois et cesse d'appliquer certaines d'entre elles en raison de modifications d'une situation de fait mouvante et diversement appréciable* »¹⁵⁶⁷.

658 - Néanmoins, il semble que le raisonnement du Conseil d'Etat puisse faire l'objet de quelques critiques. En premier lieu, en envisageant la solution uniquement du point de vue juridique, il est possible d'émettre des réserves sur le refus d'appliquer à la loi ce qui vaut pour les règlements, c'est-à-dire la possibilité de pouvoir contester sa compatibilité au droit communautaire, suite au changement dans la situation de fait. En effet, selon l'article 55 de la Constitution, les traités ont une autorité supérieure à la loi et ce, en toutes circonstances sans distinction portant sur les causes de l'inconstitutionnalité. Certes, la reconnaissance de l'illégalité d'un acte administratif n'a pas les mêmes conséquences que le constat de l'incompatibilité d'une loi avec une norme communautaire. Dans le premier cas, l'administration se voit dans l'obligation d'abroger l'acte réglementaire, le faisant alors

¹⁵⁶⁶ Chron. sous CE, sect. 2 juin 1999, *Meyet*, AJDA, 1999, p. 563.

¹⁵⁶⁷ *Idem*.

disparaître rétroactivement de l'ordre juridique¹⁵⁶⁸. Tandis que dans le second cas, la loi jugée inconstitutionnelle est seulement écartée au profit de la norme supérieure et redevient applicable dès que l'incompatibilité a disparu¹⁵⁶⁹. Or, comme D. Bailleul¹⁵⁷⁰, nous pensons qu'une telle différence suivant la nature réglementaire ou législative de l'acte « *ne justifie en rien la prise en considération par le juge dans son contrôle de certains éléments d'appréciation - en l'occurrence un changement de fait - dans un cas et non dans l'autre* ».

En second lieu, la distinction faite par le juge administratif entre l'incompatibilité de la loi qui peut exister dès l'origine et celle qui aurait pu survenir ultérieurement peut paraître superflue. En effet, eu égard aux effets de l'inconstitutionnalité, « *la seule question pertinente semble celle de la compatibilité entre la loi et le traité à la date de l'édition de l'acte attaqué, de façon à déterminer les normes au regard desquelles il convient d'en apprécier la légalité* »¹⁵⁷¹. A cela s'ajoute enfin le fait que l'intensité du contrôle puisse quelquefois dépendre des exigences de la norme supérieure dans le sens où « *celle-ci impose parfois l'adaptation de la norme inférieure aux circonstances de fait* »¹⁵⁷². Dans une telle hypothèse, cette adaptation devient alors une condition de la validité de cette norme par rapport à la norme supérieure.

659 - Ainsi, même si elle semble fondée en apparence, cette solution du Conseil d'Etat apparaît surtout comme l'expression de la volonté du juge administratif d'éviter toute substitution de son appréciation à celle du législateur quant à l'opportunité du maintien d'une loi. Certes, adopter une autre solution aurait peut être permis à l'administration de « *devenir juge de la pertinence du maintien en vigueur de la loi* » faisant ainsi « *courir le risque d'ouvrir la boîte de Pandore* »¹⁵⁷³. Néanmoins, il semble que les éléments ayant guidé la décision étaient plutôt le souci d'épargner la loi et d'éviter les inconvénients importants qu'aurait pu avoir une appréciation de la compatibilité évoluant au gré des changements dans la situation de fait.

660 - Par son refus de considérer le changement dans la situation de fait comme source de l'inconstitutionnalité d'une loi, le juge administratif exerce donc ici un contrôle minimal sur

¹⁵⁶⁸ CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, préc.

¹⁵⁶⁹ Selon F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, différents événements peuvent ainsi venir modifier, dans le temps, le rapport de compatibilité existant entre une loi et un traité, dans un sens ou dans un autre. Ces auteurs citent, par exemple, l'entrée en vigueur d'un traité postérieurement à l'édition de la loi ou la modification d'un traité, rendant de la sorte une loi incompatible (cf. chron. préc., p. 564).

¹⁵⁷⁰ D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en question de la jurisprudence Nicolo ? », art. préc., p. 878.

¹⁵⁷¹ F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, chron. préc., p. 564.

¹⁵⁷² *Idem*.

¹⁵⁷³ C. GUETTIER, note sous CE, sect., 2 juin 1999, *Meyet*, RDP, 2000, p. 373.

la loi, marquant « *sa déférence à l'égard du législateur* »¹⁵⁷⁴. Mais la retenue des tribunaux ne se résume pas à cette hypothèse. L'examen de la jurisprudence permet en effet de se rendre compte que par la vérification d'un rapport de compatibilité entre normes internes et internationales, le juge administratif se livre à un contrôle d'une intensité modérée.

2. L'exigence d'un simple rapport de compatibilité avec le droit communautaire

661 - En matière de contrôle de conventionnalité, l'examen de la jurisprudence permet de conclure que le Conseil d'Etat s'attache à vérifier l'existence d'un rapport de compatibilité entre les normes de droit national et celles de droit international. Un tel constat vaut aussi bien en ce qui concerne les normes issues du droit international classique¹⁵⁷⁵, que celles contenues dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁵⁷⁶ ou encore celles de droit communautaire¹⁵⁷⁷. S'agissant de ces dernières, il est intéressant de relever la formule issue de l'arrêt « *Nicolo* », dans la mesure où celle-ci exprime très clairement la position de Conseil d'Etat sur le contrôle de conventionnalité¹⁵⁷⁸, position réitérée de multiples fois après 1989¹⁵⁷⁹. En l'espèce, le juge administratif affirme que les règles définies par la loi en cause « *ne sont pas incompatibles avec les stipulations claires de l'article 227-1 du traité de Rome* »¹⁵⁸⁰. Ainsi, pour la Haute juridiction, la légalité d'une disposition nationale inférieure dépend du rapport de compatibilité que celle-ci entretient avec la norme communautaire supérieure. D'où la nécessité de définir ce que l'on entend par « compatibilité ». Pour

¹⁵⁷⁴ F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *chron. préc.*, p. 563.

¹⁵⁷⁵ CE, Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, Rec. CE, p. 368, concl. B. Stirn ; AJDA, 1991, p. 157 ; RFDA, 1990, p. 1065, concl., à propos de l'absence d'incompatibilité entre, d'une part, les lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979, relatives à l'interruption volontaire de grossesse, et, d'autre part, la convention européenne et le pacte (ONU) sur les droits civils et politiques.

¹⁵⁷⁶ Voir, par ex. : CE, 30 janvier 1981, *Jacquesson*, Rec. CE, p. 39, s'agissant de l'absence d'incompatibilité d'une disposition législative avec la Conv. EDH - CE, sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, Rec. CE, p. 300, à propos de la compatibilité d'une disposition législative avec les arts 10 et 14 de la Conv. EDH - CE, sect., 2 juin 1999, *Meyer*, préc., relatif à la compatibilité d'une disposition législative avec l'art. 10 de la Conv. EDH - CE, 17 mai 2002, *Hoffer*, req. n° 232359, concernant la compatibilité entre des dispositions législatives et l'art. 6 de la Conv. EDH.

¹⁵⁷⁷ Voir, notamment : CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc., s'agissant de l'absence d'incompatibilité entre la loi du 7 juillet 1977, relative à l'élection du Parlement européen, et une disposition du traité de Rome - CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, préc., relatif à l'incompatibilité entre une disposition législative et un règlement du conseil des Communautés - CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France*, préc., à propos de l'incompatibilité entre une disposition législative et une directive communautaire.

¹⁵⁷⁸ Pour un avis contraire, voir J.-P. MARKUS, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat », AJDA, 1999, p. 99 et s. Pour l'auteur, malgré quelques réticences au sein du Conseil d'Etat, celui-ci pratique, en réalité, le degré zéro de tolérance justifiant l'exercice d'un contrôle de conformité, et ce même s'il emploie le plus souvent, dans ses décisions, le qualificatif « compatible ». Le contrôle de compatibilité n'est alors exercé que de manière exceptionnelle dans le cas où la normativité de certaines stipulations internationales s'avère réduite ou au contraire absolue.

¹⁵⁷⁹ Voir, par ex. : CE, Ass., 6 février 1998, *M. Tête*, préc. - CE, sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et Rassemblements des opposants à la chasse*, préc.

¹⁵⁸⁰ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

s'acquitter de cette tâche, nous pouvons reprendre ici les termes du professeur Chapus selon lequel, bien que « *les conditions de reconnaissance de la compatibilité (ou de l'absence d'incompatibilité)* » peuvent être « *d'une détermination délicate (...) il est cependant aisé de poser en principe qu'il ne doit pas exister de différence ou de contrariété fondamentales entre les normes confrontées* »¹⁵⁸¹.

662 - Une telle exigence de compatibilité semble contenter une partie de la doctrine, eu égard au fait que, permettre la conciliation des contrariétés entre les normes « *assure au mieux la souplesse des articulations entre le droit national et le droit international (et, notamment, européen) et contribue ainsi aux chances de coexistence pacifique entre l'un et l'autre* »¹⁵⁸². En effet, par ce contrôle de compatibilité, le juge administratif écarte ainsi la règle de droit français si celle-ci ne « *se prête à aucune interprétation compatible avec la directive* », c'est-à-dire uniquement si la norme interne « *se révèle incompatible avec l'ensemble des interprétations qui peuvent raisonnablement être faites* »¹⁵⁸³ de la norme internationale. Par ce procédé, le juge évite donc de devoir choisir l'une des interprétations possibles de la norme communautaire en cause. Il n'écarte la norme de droit interne que s'il constate une contradiction manifeste, d'où la rareté des cas dans lesquels est constatée une incompatibilité entre le droit national et les normes découlant des directives¹⁵⁸⁴.

663 - Néanmoins, il apparaît intéressant de se demander si une telle jurisprudence est toujours justifiée ou si ce comportement du juge administratif n'est pas plutôt le signe d'une volonté d'autolimitation dans le contrôle des normes internes. En effet, comme le relève D. Bailleul, il semble que « *l'examen de juridicité exige (...) un rapport de conformité de la norme inférieure avec la norme supérieure, qui se différencie du simple rapport de compatibilité* »¹⁵⁸⁵. Exiger un tel rapport de conformité impliquerait ainsi que rien ne soit fait pour que la norme inférieure entre en contradiction, même minime, avec la norme supérieure et obligerait le juge administratif à affiner son contrôle afin de soumettre réellement le législateur et l'administration au respect de l'ordre juridique. Or, en refusant de choisir l'une des interprétations possibles des directives communautaires, le juge administratif souhaite préserver la marge de manœuvre conséquente du Parlement. Les adversaires d'une telle

¹⁵⁸¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1084.

¹⁵⁸² *Idem*, p. 1085.

¹⁵⁸³ Y. GALLAND, « L'autolimitation du juge administratif face aux directives communautaires », AJDA, 2002, p. 729.

¹⁵⁸⁴ Voir, par ex. : CE, 17 mars 1993, *Groupeement pour le développement de la coiffure*, Rec. CE, p. 68 - CE, 29 décembre 1997, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire*, préc.

¹⁵⁸⁵ D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en question de la jurisprudence Nicolo ? », art. préc., p. 881.

évolution vers une recherche de conformité, dont le juge administratif est le premier, s'appuient ainsi sur la décision « Interruption volontaire de grossesse » rendue le 15 janvier 1975 par le Conseil constitutionnel¹⁵⁸⁶, et dans laquelle il est affirmé que la supériorité des traités sur la loi présente « *un caractère à la fois relatif et contingent, tenant d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition* ».

Or, comme le rappelle B. Genevois¹⁵⁸⁷, non seulement l'évocation du caractère « relatif et contingent » n'a pas été reprise par la suite par le juge constitutionnel mais encore, la condition de réciprocité est sans objet pour le droit communautaire comme pour le droit issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁵⁸⁸. De plus, il apparaît que le Conseil constitutionnel recommande clairement au juge chargé du contrôle de conventionnalité d'exiger un rapport de stricte conformité entre les normes législatives et infra-législatives et les normes internationales. Pour preuve, nous pouvons évoquer une décision en date du 29 décembre 1989¹⁵⁸⁹, dans laquelle le juge constitutionnel affirme que « *dans le cadre de leurs compétences respectives, il incombe aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application des conventions internationales* », et que « *s'il revient au Conseil constitutionnel de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* ». Ainsi, comme le relève J.-M. Favret, dès lors que la Constitution elle-même reconnaît la supériorité des engagements internationaux sur la loi, « *nous ne voyons guère ce qui justifierait que l'on se contente d'un rapport de compatibilité dans le cadre du contrôle de conventionnalité, alors que l'on exige un rapport de conformité dans le cadre du contrôle de constitutionnalité* »¹⁵⁹⁰.

664 - A la décharge du juge administratif, il est cependant possible d'indiquer que l'exigence de conformité stricte n'est pas toujours concevable. Il peut en aller ainsi de la mise en œuvre des directives communautaires dans la mesure où l'article 249, alinéa 3 (ex-article

¹⁵⁸⁶ CC, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, Rec. CC, p. 19.

¹⁵⁸⁷ B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », Cahiers du CC, 1999, n° 7, p. 101.

¹⁵⁸⁸ CC, n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. CC, p. 29 ; AJDA, 1999, p. 230, note J.-E. Schoettl.

¹⁵⁸⁹ CC, n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, Rec. CC, p. 110, consid. n° 79 ; RJC, p. I-382.

¹⁵⁹⁰ J.-M. FAVRET, « Le rapport de compatibilité entre le droit national et le droit communautaire », AJDA, 2001, p. 728.

189 alinéa 3) du traité CE dispose que « *la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». La marge d'appréciation laissée aux Etats membres pour réaliser les objectifs définis peut alors justifier que le juge interne se contente d'un rapport de compatibilité entre la norme nationale et l'objectif de la directive. De l'exigence d'un contrôle plus poussé résulterait « *une disharmonie excessive, irréductible, interdisant toute conciliation* »¹⁵⁹¹. Cependant, cet argument semble quelque peu dépassé par la pratique, dans le sens où les institutions communautaires ont tendance à définir le résultat à atteindre de manière si précise, que la marge de manœuvre des Etats membres est considérablement réduite.

Mais surtout, certains exemples jurisprudentiels peuvent nous permettre de conclure que l'exigence d'un simple rapport de compatibilité masque quelquefois la volonté du juge de préserver l'applicabilité de la loi. Il en va ainsi de la décision « *Ligue pour la protection des oiseaux-Lorraine et autres* »¹⁵⁹² rendue le 22 juin 2001. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait à se prononcer sur la régularité de dispositions légales du Code rural au regard des objectifs d'une directive communautaire de réglementation de la chasse. Cette directive restreignait considérablement la possibilité de chasser les oiseaux la nuit, en interdisant notamment tous « *moyens, installations ou méthodes de capture ou de mise à mort massive ou non sélective et en particulier les sources lumineuses artificielles, miroirs, dispositifs pour éclairer les cibles, dispositifs de visée comportant un convertisseur d'image ou un amplificateur d'image pour tir de nuit* ». Or, l'article 28 de la loi du 26 juillet 2000 relative à la chasse, retranscrit à l'article L. 224-4-1 du Code rural, s'est borné à instituer « *le droit de chasser le gibier d'eau la nuit à partir de postes fixes (...) existants au 1^{er} janvier 2000 dans les départements où cette pratique est traditionnelle* », et ce sans reprendre les conditions restrictives énumérées par la directive. Ici, un examen de la conformité de la loi à la norme communautaire aurait sans aucun doute conduit le juge à écarter les dispositions nationales. Mais en l'espèce, le juge s'est contenté de déclarer que ces dernières n'étaient pas incompatibles avec les objectifs de la directive et a refusé d'annuler le décret en faisant application.

665 - Il est donc possible de mettre en doute la justification en droit d'un simple contrôle de compatibilité opéré par le juge administratif entre la loi et une norme

¹⁵⁹¹ J.-P. MARKUS, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat », art. préc., p. 107.

¹⁵⁹² CE, 22 juin 2001, *Ligue pour la protection des oiseaux-Lorraine et autres*, Rec. CE, T, p. 833 et p. 868. Pour un autre exemple, voir CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposopique et autres*, Rec. CE, p. 29 ; AJDA, 1999, p. 823, note R. Ricci.

communautaire dans le cadre du contrôle de conventionnalité. Une telle interrogation est d'autant plus légitime que lorsque le juge administratif met en œuvre le contrôle de légalité, il exige en principe la conformité d'un acte administratif avec la loi et que, lorsqu'il exerce un contrôle de conventionnalité d'un acte administratif, il exige là encore un rapport de stricte conformité entre ce dernier et la norme internationale¹⁵⁹³. Soumettre la loi à une obligation de conformité aux dispositions communautaires ne signifierait pas pour autant la disparition de toute marge de manœuvre du législateur national, quant au contenu de ses actes, puisque comme le relève le professeur Chapus, « dire que le rapport entre les deux normes doit être un rapport de conformité de la norme inférieure à celle qui lui est supérieure ne signifie aucunement que la première doit nécessairement être la copie conforme de la seconde »¹⁵⁹⁴.

666 - La tendance est ainsi au contrôle minimal du juge en matière de conventionnalité des lois. Mais le constat peut encore s'aggraver dans le sens où certaines décisions témoignent d'une absence pure et simple de réel contrôle.

B - Un contrôle éludé

667 - Témoignant d'une certaine volonté d'éviter un examen réel de la compatibilité de la loi avec une norme internationale, il arrive au juge administratif, non seulement de restreindre l'utilisation du mécanisme de la question préjudicielle en matière d'interprétation (1), mais aussi de recourir assez fréquemment à la technique de l'interprétation conforme (2).

1. *L'utilisation restreinte de la question préjudicielle en matière d'interprétation*

668 - Selon l'article 234 (ex-article 177) du traité de Rome, les juridictions suprêmes des Etats membres ont l'obligation de renvoyer, à titre préjudiciel, à la Cour de justice des Communautés européennes les questions portant sur l'interprétation du traité ou sur la validité et l'interprétation des actes de droit dérivé. S'agissant des autres juridictions dites inférieures, le renvoi est facultatif¹⁵⁹⁵. Celles-ci peuvent donc choisir d'interpréter elles-mêmes les dispositions du droit communautaire nécessaires au litige, sous le contrôle de la Cour suprême dont elles relèvent. De manière évidente, l'objectif de ce système est ainsi d'assurer l'unité

¹⁵⁹³ CE, ord., 1^{er} août 2002, *Association France Nature Environnement*, AJDA, 2002, p. 1140, note L. Fonbaustier, s'agissant de la non-conformité d'un arrêté avec une directive communautaire.

¹⁵⁹⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1011.

¹⁵⁹⁵ Voir, par ex. : CE, 1^{er} juin 1994, *Letierce*, Rec. CE, p. 278 ; AJDA, 1994, p. 633, concl. J. Arrighi de Casanova - CE, sect., avis, 4 février 2000, *Mouflin*, AJDA, 2000, p. 554, concl. G. Goulard ; RFDA, 2000, p. 468.

d'interprétation du droit communautaire. Néanmoins, les dispositions de l'article 234 ne signifient pas que le Conseil d'Etat doive renvoyer l'affaire à la Cour de justice de façon systématique¹⁵⁹⁶. Le juge administratif relève en effet qu'il n'y a lieu à renvoi préjudiciel que dans le cas où il existerait un doute sur le sens ou la portée d'une ou plusieurs clauses du traité applicables au litige principal et si, de la solution de cette difficulté, dépend l'issue du litige¹⁵⁹⁷. Selon la formule classique, il n'y a question préjudicielle qu'en cas de « *question soulevant une contestation sérieuse* »¹⁵⁹⁸.

669 - Tout l'intérêt de ce mécanisme réside dans le fait que l'appréciation du caractère sérieux de la difficulté susceptible de donner lieu à renvoi, est le privilège de la juridiction nationale qui en est saisie, laquelle peut alors tenter d'éluder la question préjudicielle en estimant que l'acte à interpréter est suffisamment clair alors qu'il ne l'est pas tellement¹⁵⁹⁹. Un tel comportement a ainsi pu être reproché au Conseil d'Etat en matière de droit communautaire¹⁶⁰⁰, avant de rentrer progressivement dans le rang à partir de l'arrêt « *Nicolo* », en renvoyant quasi-systématiquement au juge de Luxembourg les questions posant des difficultés réelles d'interprétation¹⁶⁰¹. Or, il apparaît que la situation n'est pas aussi « *normalisée* »¹⁶⁰² qu'on a pu le croire. En effet, il est possible de trouver quelques décisions récentes semblant marquer le retour de la théorie de l'acte clair.

Il en est ainsi de l'arrêt « *Tapie* » rendu par le Conseil d'Etat le 8 janvier 1997¹⁶⁰³. Il s'agissait pour la Haute juridiction administrative de statuer sur la légalité du décret du Premier ministre constatant l'inéligibilité de M. Tapie et mettant fin à son mandat de parlementaire européen. En l'espèce, un tel pouvoir était reconnu au Premier ministre du fait de l'acte annexé à la décision du Conseil des Communautés européennes du 20 septembre

¹⁵⁹⁶ Pour un avis contraire, voir C.-A. COLLIARD, « Le juge administratif français et le droit communautaire », *Le juge et le droit public, Mélanges Waline*, Paris, LGDJ, 1977, p. 188.

¹⁵⁹⁷ CE, Ass., 19 juin 1964, *Société des Pétroles Shell-Berre et autres*, RDP, 1964, p. 1018, concl. N. Questiaux.

¹⁵⁹⁸ Voir, par ex. : CE, sect., 10 juillet 1970, *Syndicat national du commerce extérieur des céréales (Synacomex)*, Rec. CE, p. 477 - CE, 15 février 1993, *Tawil-Albertini*, Rec. CE, p. 30.

¹⁵⁹⁹ A noter que sur ce point, le professeur WALINE ne partage pas l'avis de la majorité de la doctrine et considère qu'on a « fait un procès d'intention » au Conseil d'Etat, lequel n'avait pas fabriqué une attitude « pour les besoins de la cause, c'est-à-dire par ostracisme à l'égard de la CJCE » (cf. « La boîte de Pandore », *Au carrefour des droits, Mélanges L. Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 465).

¹⁶⁰⁰ Pour une étude de cette jurisprudence, voir D. BLANCHET, « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français du fait de la fonction juridictionnelle ? », RTDE, 2001, p. 403.

¹⁶⁰¹ Voir, notamment : CE, Ass., 26 octobre 1990, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires*, Rec. CE, p. 294 ; RFDA, 1991, p. 159, concl. O. Fouquet - CE, 13 décembre 1991, *SA Satam*, Rec. CE, p. 432 - CE, sect., 24 juin 1994, *Fédération française des sociétés d'assurance*, Rec. CE, p. 328 ; Dr. adm., 1994, comm. n° 419, obs. G. L. C. - CE, sect., 11 décembre 1998, *Association Greenpeace France*, Rec. CE, p. 469 ; RFDA, 1999, p. 250.

¹⁶⁰² Selon le terme employé par J.-Cl. BONICHOT, in « Le droit communautaire et le droit administratif français », AJDA, 1996, n° spécial, p. 15.

¹⁶⁰³ CE, 8 janvier 1997, *Tapie*, Rec. CE, p. 9 ; AJDA, 1997, p. 288, concl. J.-H. Stahl ; D., 1997, p. 259, note R. Ghevontian.

1976 qui dispose dans son article 7 alinéa 2 que « *jusqu'à l'entrée en vigueur d'une procédure électorale uniforme, et sous réserve des autres dispositions du présent acte, la procédure électorale est régie dans chaque Etat membre, par les dispositions nationales* ». Toute la question était donc de savoir ce qu'il fallait entendre par « procédure électorale ». Fallait-il adopter une conception restrictive c'est-à-dire l'assimiler uniquement à la sphère des opérations électorales ou était-il permis d'en faire une interprétation large englobant les règles relatives au droit de vote et au droit d'être élu, au mode de scrutin, aux modalités de la campagne électorale, à l'organisation du scrutin et aux opérations électorales elles-mêmes ? Pour le Conseil d'Etat, il n'existait aucun doute sérieux sur l'interprétation à donner à ces dispositions communautaires. Adoptant la conception large de la notion de « procédure électorale », le juge conclue alors au rejet du recours de l'ancien ministre en se dispensant, par la même occasion, de saisir la Cour de justice conformément à l'ex-article 177 du traité de Rome.

670 - Plus près de nous, on peut citer l'arrêt du Conseil d'Etat « Société Havas interactive » en date du 5 juin 2002¹⁶⁰⁴. En l'espèce, le juge administratif avait à examiner la compatibilité de dispositions législatives fiscales avec une directive communautaire, suite à un recours formé par une société contre la décision du fisc remettant en cause un crédit de taxe sur la valeur ajoutée qui lui avait été accordé. Cette décision du fisc était fondée sur le fait que la société avait appliqué, à tort, aux opérations portant sur les livres-cédéroms qu'elle commercialisait, le taux réduit de la taxe sur la valeur ajoutée applicable aux seuls livres.

L'article 278 bis du Code général des impôts, qui transposait la directive n° 77/388 du conseil des Communautés du 17 mai 1977 et servait de fondement légal à la décision administrative, prévoyait en effet que la TVA n'était perçue au taux réduit que pour « *les opérations d'achat, d'importation, d'acquisition intracommunautaire, de vente, de livraison, de commission, de courtage ou de façon portant sur les produits suivants : (...) 6° Livres, y compris leur location* ». Tandis que la directive, qui fixait la liste des livraisons de biens et des prestations de service pouvant bénéficier du taux réduit de TVA, incluait dans cette liste « *la fourniture de livres (y compris les brochures, dépliants et imprimés similaires, les albums, livres de dessin ou coloriage pour enfants, les partitions imprimées ou en manuscrit, les cartes et les relevés hydrographiques ou autres), les journaux et périodiques, à l'exclusion du matériel consacré entièrement ou d'une manière prédominante à la publicité* ».

Ici, apparaissait très clairement le caractère étendu de la liste établie par la directive qui ne se cantonnait pas aux seuls livres visés par le Code général des impôts et la nécessité

¹⁶⁰⁴ CE, 5 juin 2002, *Société Havas interactive*, req. n° 232392.

d'avoir recours à une question préjudicielle afin de surmonter les difficultés d'interprétation. Or, tout en admettant que le produit visé comportait un livre et un cédérom et contenait la reproduction d'œuvres d'art accompagnées de texte, le Conseil d'Etat va estimer qu'il ne pouvait donc bénéficier de la taxe réduite, « *sans qu'il y ait lieu de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle* ».

671 - Par cette persistance d'un recours délibéré à la théorie de l'acte clair, il est ainsi permis de penser que le juge administratif cherche à conclure à la compatibilité de la loi « *sans intrusion du juge communautaire* », l'objectif principal étant toujours la préservation de la volonté du législateur dans des domaines essentiels de la souveraineté de l'Etat¹⁶⁰⁵. Ce souci d'éviter la censure trop fréquente de la loi se reflète également dans le fait que le juge administratif utilise, de plus en plus fréquemment, la technique de l'interprétation conforme.

2. *Le recours croissant à la technique de l'interprétation conforme*

672 - Soucieux d'éviter qu'apparaisse un vide législatif suite à son obligation d'écarter la loi in conventionnelle pour la solution du litige, il arrive au juge administratif de procéder à une interprétation de la norme interne permettant de reconnaître sa compatibilité avec la norme internationale, et par-là son maintien effectif dans l'ordonnement juridique¹⁶⁰⁶. De prime abord, cette technique d'interprétation « neutralisante » ou « conforme »¹⁶⁰⁷ ne semble pas réellement critiquable dans la mesure où elle contribue à la « *coexistence pacifique* »¹⁶⁰⁸ entre le droit national et le droit international. Il est effet important pour le Conseil d'Etat que, par un tel procédé, puisse être toujours poursuivi l'objectif d'« *équilibre entre l'application scrupuleuse de nos engagements communautaires et la préservation de la cohérence de notre droit* »¹⁶⁰⁹. La Cour de justice a d'ailleurs elle-même invité les juges nationaux à avoir recours à la technique de l'interprétation conforme en affirmant, dans un arrêt « Von Colson et Kamann » rendu le 10 avril 1984¹⁶¹⁰, qu'il « *appartient à la juridiction nationale de donner à la loi prise pour l'application de la directive, dans toute la mesure où une marge*

¹⁶⁰⁵ D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en question de la jurisprudence Nicolo ? », art. préc., p. 883.

¹⁶⁰⁶ Une telle technique, qui évite de considérer la loi nationale comme incompatible avec le droit international, peut être comparée, dans une certaine mesure, aux strictes réserves d'interprétation auxquelles a recours le Conseil constitutionnel, à la différence près que l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat ne s'impose pas de la même manière que celle donnée par le juge constitutionnel en vertu de l'art. 62 de la Constitution.

¹⁶⁰⁷ D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en question de la jurisprudence Nicolo ? », art. préc., p. 883.

¹⁶⁰⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1085.

¹⁶⁰⁹ CONSEIL D'ETAT, *Rapport 1988*, Paris, La Documentation française, p. 21.

¹⁶¹⁰ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. n° 14/83, Rec. CJCE, p. 1891.

d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire ».

673 - Néanmoins, face à une certaine généralisation du recours à ce mécanisme, il est possible de s'interroger sur le bien-fondé de quelques-unes de ses utilisations par le juge administratif. A l'origine, le Conseil d'Etat avait fait sienne la jurisprudence de la Cour de justice dans un domaine particulier, à savoir le domaine fiscal¹⁶¹¹. Il lui arrivait ainsi, lorsqu'il était appelé à interpréter le Code général des impôts à la lumière des objectifs définis par des directives d'harmonisation, spécialement en matière de taxe sur la valeur ajoutée, de conférer un minimum d'effets à des directives non transposées, ou qui l'ont été de façon incomplète¹⁶¹². Or, à l'heure actuelle, il semble que cette technique d'interprétation s'étende à de nombreuses autres hypothèses et concerne, tant la confrontation de la loi avec le droit communautaire, que la confrontation de la loi avec le droit issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

674 - S'agissant du droit communautaire, l'illustration peut être faite par l'arrêt de section « Commune de Breil-sur-Roya » en date du 8 décembre 2000¹⁶¹³. Saisi en cassation, le Conseil d'Etat devait évaluer la compatibilité, avec la directive Habitats du 21 mai 1992, des dispositions de l'article L. 2122-21-9 du Code général des collectivités territoriales, ayant servi de base légale à plusieurs décisions de conseils municipaux, ordonnant la destruction des loups sur le territoire de leurs communes. Eu égard au droit communautaire, la protection du loup n'apparaissait pas absolue. En effet, si la Convention de Berne du 19 septembre 1979 inclue le loup dans la liste des espèces protégées, l'article 16 de la directive Habitats prévoit que les Etats membres peuvent réguler les populations « *à condition qu'il n'existe pas une autre solution satisfaisante et que la dérogation ne nuise pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle* ». L'article ajoute que ses prélèvements doivent s'appuyer sur des motifs légitimes

¹⁶¹¹ Pour l'adoption de la position de principe, voir CE, sect., 22 décembre 1989, *Ministre du Budget c/ Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, Rec. CE, p. 260 ; AJDA, 1990, p. 328, concl. D. Hagelsteen. Pour une réaffirmation, voir CAA Lyon, 26 novembre 1997, *Proner*, Rec. CE, T, p. 754 - TA Poitiers, 20 mai 1998, *SARL Les Faux*, RJF, 1999, n° 394 - CE, 29 juin 2001, *Société Banque Sud Améris*, RJF, 2001, n° 1217.

¹⁶¹² B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi », RFDA, 2002, p. 884.

¹⁶¹³ CE, sect., 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, Rec. CE, p. 581 ; AJDA, 2001, p. 775, note J.-M. Février. Pour un autre ex., voir CE, sect., 30 juillet 2003, *Association avenir de la langue française*, Europe, 2004, comm. n° 30, obs. P. Cassia et E. Saulnier ; Dr. adm., 2003, comm. n° 219, note M. Lombard ; AJDA, 2003, p. 2156, note J.-M. Pontier, dans lequel la Haute juridiction réitère l'obligation d'interprétation neutralisante incombant à l'administration pour « vider » les textes nationaux de leur contrariété au regard de règles communautaires.

qui sont limitativement énumérés¹⁶¹⁴. Le droit français pouvait donc prévoir la destruction du loup sans craindre d'être automatiquement incompatible avec la directive du 21 mai 1992. C'est ce que prévoient les dispositions de l'article L. 2122-21-9 du Code général des collectivités territoriales¹⁶¹⁵, autorisant les conseils municipaux à charger le maire « de prendre, à défaut des propriétaires ou des détenteurs du droit de chasse (...) toutes les mesures nécessaires à la destruction des animaux nuisibles (...) ainsi que les loups et sangliers remis sur le territoire », et « de requérir (...) les habitants avec armes et chiens propres à la chasse de ces animaux, à l'effet de détruire ces derniers, de surveiller et d'assurer l'exécution des mesures ci-dessus et d'en dresser procès verbal ». Néanmoins, on ne retrouve ici aucune des conditions restrictives prévues par le droit communautaire, d'où la possibilité de douter de la validité de la législation française. Or, ce n'est pas ce qu'a décidé la Haute juridiction, celle-ci ayant en effet estimé que, face à une pluralité d'interprétations possibles de la loi, il convenait de rechercher l'intention du législateur et de choisir le sens conforme au droit communautaire. Au final, repercutant cette obligation sur les autorités administratives nationales¹⁶¹⁶, le Conseil d'Etat a validé la possibilité même de contenir les populations de loups sur le fondement de la loi française, tout en censurant son application concrète par la Commune de Breil-sur-Roya comme contraire au droit communautaire¹⁶¹⁷.

675 - En ce qui concerne le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il est permis d'évoquer l'arrêt « Bitouzet » en date du 3 juillet 1998¹⁶¹⁸. En l'espèce, il s'agissait d'envisager la compatibilité des dispositions de l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme¹⁶¹⁹, issues de la loi du 15 juin 1943 de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme, avec les exigences contenues dans l'article

¹⁶¹⁴ Parmi ceux-ci figure la prévention « des dommages importants notamment aux cultures, à l'élevage, aux forêts, aux pêcheries, aux eaux et à d'autres formes de propriété » (cf. Art. 16 b).

¹⁶¹⁵ Formulation antérieure à la réforme intervenue par deux décrets en date du 25 mai 2001.

¹⁶¹⁶ Pour le Conseil d'Etat, il appartient en effet « aux autorités administratives nationales, sous le contrôle du juge, d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi en lui donnant, dans tous les cas où celle-ci se trouve dans le champ d'application d'une règle communautaire, une interprétation qui soit conforme au droit communautaire ».

¹⁶¹⁷ Comme le relève J.-M. FEVRIER, le conseil municipal aurait dû, tout d'abord, motiver de façon circonstanciée sa décision en faisant apparaître l'importance des dégâts occasionnés aux troupeaux pâturant sur le territoire communal, ensuite, montrer que les loups étaient effectivement responsables et que les mesures de prévention étaient restées inefficaces, et enfin, autoriser des opérations de destruction ayant simplement pour objectif de ramener les inconvénients de la présence du loup à un niveau supportable pour les éleveurs (cf. note sous CE, sect., 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, AJDA, 2001, p. 780).

¹⁶¹⁸ CE, sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, Rec. CE, p. 288, concl. R. Abraham ; AJDA, 1998, p. 570, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; CJEG, 1998, p. 441, concl. ; Dr. adm., 1998, n° 329 ; JCP, 1999, G, I, n° 128, chron. J. Petit ; RFDA, 1999, p. 841, note D. de Béchillon ; D., 2000, SC, p. 256, obs. P. Bon et D. de Béchillon. Sur cette espèce, voir également, *supra*, § n° 253.

¹⁶¹⁹ Cet art. énonce le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme, tout en l'accompagnant de deux exceptions rédigées en ces termes : « toutefois, une indemnité est due s'il résulte de ces servitudes une atteinte à des droits acquis ou une modification à l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain (...) ».

1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁶²⁰. Alors que la jurisprudence avait tendance à interpréter de façon parfois rigoureuse à l'égard des propriétaires le principe de non-indemnisation¹⁶²¹, le Conseil d'Etat va considérer en l'espèce que le principe posé par l'article L. 160-5 est compatible avec les stipulations de l'article premier dudit protocole¹⁶²².

Pour ce faire, la Haute juridiction va tout d'abord relever que les stipulations invoquées « *laissent au législateur une marge d'appréciation étendue, en particulier pour mener une politique d'urbanisme, tant pour choisir les modalités de mise en œuvre d'une telle politique que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre les objectifs poursuivis par la loi* ». Soucieux de relativiser la portée de la non-indemnisation des préjudices résultant de l'institution d'une servitude d'urbanisme en droit français, le juge précise ensuite que « (...) *l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme subordonne le principe qu'il édicte de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme à la condition que celles-ci aient été instituées légalement, aux fins de mener une politique d'urbanisme conforme à l'intérêt général et dans le respect des règles de compétence, de procédure et de forme prévues par la loi* ». Le Conseil d'Etat indique enfin que « (...) *cet article ne pose pas un principe général et absolu, mais l'assortit expressément de deux exceptions touchant aux droits acquis par les propriétaires et à la modification de l'état antérieur des lieux (...)* », de telle sorte, qu'il « (...) *ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire dont le bien est frappé d'une servitude prétende à une indemnisation dans le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que de son contenu, que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* ».

Une telle interprétation des dispositions de l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme, au regard de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, a ainsi permis au Conseil d'Etat de créer une troisième exception au principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme, même si l'indemnisation sur ce

¹⁶²⁰ Au terme de cet art., « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

¹⁶²¹ Voir, par ex. : CE, sect., 8 février 1963, *Ministre de la Construction c/ Consorts Leroy*, Rec. CE, p. 83 - CE, 13 juillet 1965, *Dame Veuve Baude et Dame Lachat*, Rec. CE, p. 471. A cela, il convient d'ajouter que les deux exceptions posées au principe de non-indemnisation apparaissent comme strictes et rares.

¹⁶²² Pour une réaffirmation de la compatibilité entre le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme et la Conv. EDH, voir notamment : CE, 7 avril 1999, *M. Marchesini et M. et Mme Goletto*, req. n° 142857 et n° 152462 - CE, 7 janvier 2000, *Sté Lady Jane, D.*, 2000, IR, p. 36 et SC p. 301, obs. H. Charles - CAA Paris, 29 janvier 2002, *SARL Puteaux Voltaire*, req. n° 98PA00010.

fondement apparaît dans les faits assez hypothétique¹⁶²³, dans la mesure où l'indemnisation est subordonnée à l'existence d'une disproportion manifeste entre la réglementation dont l'usage de la propriété fait l'objet et les exigences de l'intérêt général¹⁶²⁴. Mais surtout, pour ce qui nous intéresse, cet arrêt « réalise une performance autrement remarquable » car, comme le souligne D. de Béchillon, « il construit, par lui-même, les conditions d'une compatibilité de la loi et du traité là où elle était incertaine »¹⁶²⁵. A tel point que des commentateurs de cette décision, membres du Conseil d'Etat, ont invoqué sur le mode interrogatif « une décision en trompe-l'œil »¹⁶²⁶.

Poursuivant son « opération de déminage »¹⁶²⁷, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de reprendre tout récemment, dans un arrêt « M. Schiocchet »¹⁶²⁸, cette méthode d'interprétation à propos, cette fois-ci, du mécanisme de cession gratuite de terrains de l'article L. 332-6-1, 2° du Code de l'urbanisme. En l'espèce, la Haute juridiction se livre ainsi à une interprétation des dispositions nationales permettant de subordonner la délivrance d'un permis de construire à la cession gratuite de 10 % au plus de la superficie du terrain afin de les rendre compatibles avec l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits relatif au droit de propriété.

676 - Une telle technique d'interprétation conforme va également être utilisée dans d'autres domaines que le droit de l'urbanisme. On peut ainsi citer par exemple l'arrêt « Ekin »¹⁶²⁹ relatif au régime juridique des publications de provenance étrangère. En l'espèce, alors que le commissaire du gouvernement avait conclu à l'incompatibilité au regard des articles 10 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, des dispositions de l'article 14 modifié de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse conférant au Ministre de l'Intérieur un pouvoir d'interdiction, la section du contentieux s'est livrée à une définition du cadre dans lequel s'exerce le pouvoir du Ministre tout en le

¹⁶²³ Voir néanmoins, pour une application positive de cette troisième exception au principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme : CE, 2 juillet 1999, *Mme Valentini et a.*, BJD, 2000, n° 3, p. 199, concl. Martin-Laprade - TA Poitiers, 24 février 2000, *M. Jean Gestin*, préc. - CAA Bordeaux, 17 mai 2001, *Commune de Portet-sur-Garonne*, req. n° 97BX02097. Pour la solution inverse, voir, CAA Nantes, 26 mai 1999, *M. et Mme Fontaine*, req. n° 97NT02201 - CAA Bordeaux, 8 février 2001, *Sté pour l'équipement du littoral de St Cyprien*, req. n° 96BX00128.

¹⁶²⁴ A ce sujet, le Conseil d'Etat reprend ici les termes utilisés par la jurisprudence européenne, laquelle a toujours reconnu la nécessité d'un « juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la Communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » (cf. CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lonnroth*).

¹⁶²⁵ Note sous CE, sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, RFDA, 1999, p. 845.

¹⁶²⁶ R. RAYNAUD et P. FOMBEUR, chron. sous CE, sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, AJDA, 1998, p. 570.

¹⁶²⁷ Selon les termes employés par R. NOGUELLOU dans sa note sous CE, 11 février 2004, *M. Schiocchet*, Dr. adm., 2004, comm. n° 70.

¹⁶²⁸ CE, 11 février 2004, *M. Schiocchet*, préc.

¹⁶²⁹ CE, sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, Rec. CE, p. 300 ; RFDA, 1997, p. 1284, concl. M. Denis-Linton et note B. Pacteau.

soumettant à un entier contrôle. Ici, il est important de préciser qu'une telle interprétation n'a pas satisfait la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶³⁰. Une autre illustration de la théorie de l'interprétation neutralisante peut enfin être donnée par la décision « *Ministre de la Défense c/ Diop* » en date du 30 novembre 2001¹⁶³¹. En l'espèce, après une interprétation approfondie du texte législatif litigieux comme le préconisait le commissaire du gouvernement, le juge administratif a dû se résoudre à conclure à l'incompatibilité des dispositions de la loi du 26 décembre 1959, relative à la cristallisation des pensions concédées aux ressortissants des Etats de l'ex-Communauté, avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme interdisant les discriminations. La volonté de préserver l'applicabilité de la loi devait céder ici devant le risque de donner « *une interprétation qui aboutirait à une réécriture de la loi au lieu et place du législateur* »¹⁶³².

677 - Ainsi, il semble possible de déceler, au travers de la jurisprudence, une certaine volonté du juge administratif de protéger, non seulement l'auteur de la loi par l'utilisation de la théorie du « règlement-écran », mais encore l'applicabilité de la loi, du fait de la retenue dont il fait preuve lors du contrôle de conventionnalité.

678 - Bien que le juge administratif français ait admis le principe de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire avant même sa formulation par la Cour de justice dans son arrêt « *Francovich* »¹⁶³³, il apparaît que sa mise en œuvre reste assez limitée. En effet, pointer du doigt le comportement de l'administration, en tant qu'elle ne respecte pas toujours la hiérarchie des normes issue de l'article 55 de la Constitution, ne suffit pas à rendre compte de toutes les hypothèses réelles de violation du droit communautaire, dans le sens où derrière l'action des autorités administratives se cache quelquefois l'exercice d'une simple compétence liée. De plus, en toutes circonstances, la violation du droit communautaire trouve son origine dans le texte de loi que le juge aura l'obligation d'écarter pour déterminer la solution du litige. Or, le juge administratif ne semble pas encore être suffisamment prêt à tirer les conséquences de ces éléments sur le plan de la responsabilité, dans la mesure où il évite déjà de se livrer à un contrôle de conventionnalité des lois réel et précis.

¹⁶³⁰ CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France*, RTDH, 2002, p. 685, note de Fontbressin ; AJDA, 2002, p. 52, note F. Julien-Laferrrière ; LPA, 22 février 2002, note L. Pech.

¹⁶³¹ CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c/ Diop*, RFDA, 2002, p. 573, concl. J. Courtial.

¹⁶³² B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi », art. préc., p. 885.

¹⁶³³ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402, point 37 : « les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables ».

On peut y voir ici, selon que l'on penche pour une analyse plus ou moins critique, la volonté du juge, soit de réaffirmer sa déférence à l'égard du législateur, soit de garantir un respect absolu de la marge de manœuvre du Parlement en ce qui concerne les normes communautaires. Partisan de cette seconde analyse, J. Andriantsimbazovina affirme que « *la marge d'appréciation reconnue au profit du juge national par la Cour de justice dans la mise en œuvre de la jurisprudence Brasserie du pêcheur ne doit pas se muer en alibi d'immobilisme de la jurisprudence administrative. Retenons plutôt ici la volonté actuelle du Conseil d'Etat de ne pas bousculer l'ancienne cohérence du droit public face aux exigences de l'autorité de la jurisprudence communautaire* »¹⁶³⁴.

679 - Conscient du statut particulier dont dispose la loi dans l'ordre juridique interne, il nous semble toutefois indispensable de faire évoluer la vision du juge sur le thème de la responsabilité de l'Etat législateur. Le juge administratif ne pourra en effet pas indéfiniment lutter contre les conséquences de l'intégration européenne. Il lui faudra à terme envisager l'idée que le législateur, comme tout autre organe de l'Etat membre, doit répondre de ses manquements au droit communautaire dans le cas où ceux-ci auraient été source de dommage pour les particuliers¹⁶³⁵. Or, selon nous, un tel constat conduira nécessairement à la reconnaissance, en droit interne, d'un régime de responsabilité pour faute de l'Etat membre, et ce quel que soit l'organe à l'origine de la violation du droit communautaire.

¹⁶³⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 192, 1998, p. 289.

¹⁶³⁵ Le juge administratif ne semble néanmoins pas encore prêt, à l'image du Tribunal administratif de Paris, lequel vient, dans un arrêt récent, de décider qu'il ne relève pas de sa compétence d'engager la responsabilité du législateur pour violation du droit communautaire (cf. TA Paris, 7 mai 2004, *Association France nature environnement*, Europe, 2004, comm. n° 248, note E. Saulnier ; AJDA, 2004, p. 1878). Cette décision nous semble très critiquable dans la mesure où elle prend le contre pied de la décision « Société Jacques Dangeville », dans laquelle le Conseil d'Etat rejete la demande de condamnation de l'Etat législateur sur le fondement de l'exception de recours parallèle, et donc sur le terrain de la recevabilité (cf. CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, Rec. CE, p. 399 ; AJDA, 1996, p. 380, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; Dr. adm., 1997, comm. n° 108, obs. G. G. ; RFDA, 1996, p. 1275 ; RTDE, 1997, p. 171, concl. G. Goulard ; RFDA, 1997, p. 1056, concl. ; Europe, 1996, comm. n° 453, obs. D. Simon ; LPA, 24 octobre 1997, n° 128, p. 17 (1^{ère} partie) et LPA, 27 octobre 1997, n° 129, p. 9 (suite et fin), note P. Cassia ; RJF, 1996, p. 799, chron. S. Austry).

CHAPITRE 2nd

L'EVOLUTION INDISPENSABLE VERS UNE RESPONSABILITE POUR FAUTE DE L'ETAT LEGISLATEUR

680 - « La loi est un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation »¹⁶³⁶, affirmait E. Laferrière au XIX^{ème} siècle. Expression de la volonté générale, la loi a toujours bénéficié, dans la tradition juridique et politique française, d'un régime de faveur. Le souverain ne pouvant mal faire, c'est tout naturellement que l'irresponsabilité du législateur¹⁶³⁷ a été érigée en véritable dogme, lequel perdure encore actuellement, nonobstant les quelques rares cas d'application de la jurisprudence « La Fleurette » reconnue sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁶³⁸. Néanmoins, il est important de ne pas oublier que le caractère irréprochable de la loi n'est que le corollaire de son caractère incontestable. Or, depuis l'instauration du contrôle de constitutionnalité par les constituants de 1958, comme la reconnaissance, quelques temps plus tard par le juge administratif du contrôle de conventionnalité, la loi cesse d'être une norme incontestable.

A l'heure actuelle, rien ne s'oppose donc juridiquement *a priori* à ce que le Conseil d'Etat poursuive l'effort amorcé dans la mesure où, « dès lors qu'on admet que le législateur

¹⁶³⁶ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. 2, p. 183. Sur l'association entre la responsabilité du fait des lois et la souveraineté, voir également P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Paris, Dalloz, 1938, p. 201 et s.

¹⁶³⁷ Voir CE, 11 janvier 1938, Dûchatelet, Rec. CE, p. 7.

¹⁶³⁸ Il n'existe, à l'heure actuelle, que sept cas d'applications positives de la jurisprudence « La Fleurette » : CE, 21 janvier 1944, *Sieurs Caucheteux et Desmont*, Rec. CE, p. 22 - CE, sect., 25 janvier 1963, *Bovero*, Rec. CE, p. 53 ; AJDA, 1963, p. 94, chron. Gentot et Fourré ; JCP, 1963, G, II, n° 13326, note Vedel (s'agissant d'une ordonnance) - CE, sect., 18 décembre 1981, *Ministre de la Culture et de la Communication c/ Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière (CAPRI)*, Rec. CE, p. 478 ; AJDA, 1982, p. 261, concl. Stirn ; RDP, 1982, p. 1449 - CE, 25 mars 1991, *Ministre de la Culture c/ SCI « La Cardinale »*, Rec. CE, T, p. 1183 - CAA Marseille, 24 février 1998, *Ministre de la Culture et de la Communication, RFDA*, 1998, p. 1133, obs. Le Berre - CAA Marseille, 23 novembre 1999, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Peretti*, req. n° 97MA00827 (s'agissant d'une loi de validation) - CAA Bordeaux, 26 février 2004, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, req. n° 03BX01757 (statuant sur renvoi après cassation à la suite d'un arrêt de section du Conseil d'Etat, en date du 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a.*, Env., 2003, comm. n° 84, note Gillig ; Dr. env., 2003, n° 12, p. 176, note Deliancourt ; D., 2003, jurispr., p. 2527, note Guillard ; JCP, 2003, G, II, n° 10173, note Jobart ; JCP, 2003, A, n° 1896, note C. Broyelle ; RFDA, 2004, p. 144, concl. Lamy, et p. 151, note P. Bon ; RMC, 2004, p. 106, note F. Chaltiel ; RJE, 2004, n° 2, p. 189, note S. Juan). Voir également une décision toute récente rendue par le Conseil d'Etat le 29 décembre 2004, *Ministre de l'Ecologie et du Développement durable c/ M. Delagrange*, req. n° 266888.

peut mal faire, on admet nécessairement qu'il peut faire mal »¹⁶³⁹. Ainsi, l'idée de pouvoir engager la responsabilité de l'Etat législateur, qui plus est sur le fondement de la faute, ne doit plus heurter. Mais plus encore, il semble que, concernant les violations du droit communautaire, la reconnaissance d'une responsabilité pour faute du législateur apparaisse comme inévitable. En effet, seul un tel régime permettrait au droit français d'être totalement en conformité avec les exigences communautaires comme internes (Section 1^{ère}). Certes, franchir cette étape constituerait un bouleversement important puisque porteur d'une nouvelle vision de la loi. Néanmoins, il ne faut pas être trop effrayé par cette solution dans le sens où, construire un régime unique de responsabilité pour faute du fait de la violation du droit communautaire, applicable au pouvoir exécutif comme législatif, peut être sereinement envisageable par transposition de règles nationales existantes (Section 2^{nde}).

SECTION 1^{ère} : Une reconnaissance inévitable pour une mise en conformité avec les exigences communautaires comme internes

681 - Issues du traité CE, les exigences de primauté et d'effectivité du droit communautaire imposent aux Etats membres de nombreuses obligations de faire et de ne pas faire. Dès lors, il semble que le régime de responsabilité sans faute ait quelques difficultés à répondre parfaitement aux hypothèses de violation de ce droit. En effet, la mise en œuvre d'une responsabilité de l'Etat, fondée sur un régime totalement objectif, donc tourné exclusivement vers la victime, s'avère incapable de « *rendre compte du particularisme de la responsabilité pour violation du droit communautaire* »¹⁶⁴⁰ (§ 1). Face à la nécessité de trouver, en droit interne, un moyen efficace de réparer les préjudices issus de la violation du droit communautaire, il nous apparaît ainsi nécessaire d'admettre la reconnaissance d'un comportement fautif de l'Etat législateur (§ 2).

¹⁶³⁹ Selon les termes de D. SIMON, in « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », AJDA, 1993, p. 243.

¹⁶⁴⁰ Selon la formule employée par R. KOVAR, in « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », D., 1992, chron. p. 212.

§ 1 : L'incapacité du régime de responsabilité sans faute à rendre compte du particularisme de la responsabilité pour violation du droit communautaire

682 - Tel qu'appliqué à l'heure actuelle par le juge administratif, le régime de responsabilité sans faute du fait des lois, issu de l'arrêt « La Fleurette », ne permet pas de répondre de manière satisfaisante au cas d'un préjudice lié à la violation du droit communautaire. En effet, les conditions de mise en œuvre de ce régime (A) semblent totalement inadaptées aux hypothèses de violation du droit communautaire. D'une manière plus générale, il est même possible de se demander si ce n'est pas le principe d'une responsabilité objective qui entre en contradiction avec l'hypothèse de violation du droit communautaire (B).

A - L'inadaptation aux hypothèses de violation du droit communautaire des conditions de mise en œuvre du régime « La Fleurette »

683 - L'inadaptation du régime « La Fleurette » aux hypothèses de violation du droit communautaire transparaît autant dans les conditions liées à la volonté et à l'objectif poursuivi par le législateur (1), que dans les conditions relatives au caractère du préjudice (2).

1. *L'inadaptation des conditions liées à la volonté et à l'objectif poursuivi par le législateur*

684 - Selon les termes de l'arrêt « La Fleurette »¹⁶⁴¹, la mise en œuvre de la responsabilité législative n'est possible qu'à la condition que « rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permette de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement ». Le Conseil d'Etat pose ici une condition négative tenant exclusivement à la volonté du législateur. Une compensation pourra être accordée par le juge, au requérant invoquant un dommage du fait de la loi, qu'à la condition *sine qua non* que le législateur l'ait préalablement autorisée. Cette autorisation pourra être délivrée, soit de

¹⁶⁴¹ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. CE, p. 25 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque.

manière expresse par l'affirmation de l'existence d'un droit à réparation, soit de manière plus indirecte suite à l'interprétation du texte de loi ou de ses travaux préparatoires par le juge administratif¹⁶⁴².

685 - La justification d'un tel particularisme semble pouvoir être trouvée, selon E. Laferrière, dans le fait que : « *La loi est un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation. Le législateur peut seul apprécier, d'après la nature et la gravité du dommage, d'après les nécessités et les ressources de l'Etat, s'il doit accorder cette compensation* »¹⁶⁴³. A cela, s'ajoute le fait que, conformément à la règle de la séparation des pouvoirs, le juge ne peut pas contrôler le pouvoir législatif souverain et infaillible, sauf si le législateur l'a lui-même prévu. Néanmoins, cette possibilité pour le législateur d'écarter toute réparation peut être vivement critiquée. Ainsi, G. Morange considère l'arrêt « La Fleurette » comme « *une simple limitation sur le plan pratique d'une irresponsabilité maintenue dans son principe* »¹⁶⁴⁴. Il est en effet permis de douter de la qualification du régime « La Fleurette » comme véritable régime de responsabilité dans la mesure où « *un régime de responsabilité, digne de ce nom, suppose que l'auteur d'un dommage ne saurait, sur sa seule décision, se soustraire à toute obligation de réparation à l'égard de la victime* »¹⁶⁴⁵. En soumettant la responsabilité sans faute à la condition que le législateur n'ait pas voulu exclure cette responsabilité, le juge administratif lui a ainsi attribuée un champ d'application très limité. Avant toute chose, il sera d'abord nécessaire de s'assurer que le législateur veut être responsable, d'où le doute quant à l'existence d'une responsabilité du fait des lois dans le vrai sens du terme. En effet, il peut être difficile de prétendre que le législateur est responsable à partir du moment où il dispose de la faculté de se soustraire à sa responsabilité¹⁶⁴⁶.

Un tel régime de responsabilité étroitement dépendant des intentions du législateur paraît alors se placer directement en porte à faux avec les exigences résultant de la primauté du droit communautaire. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour

¹⁶⁴² Pour une étude détaillée de ces deux cas, voir *supra*, § n° 237 et s.

¹⁶⁴³ Cité par M. LAROQUE dans ses conclusions sur CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France* (1^{ère} espèce) et *SA Rothmans International et SA Philip Morris France* (2^{ème} espèce), AJDA, 1992, p. 219.

¹⁶⁴⁴ G. MORANGE, « L'irresponsabilité de l'Etat législateur », D., 1962, chron., p. 163.

¹⁶⁴⁵ *Idem*, p. 164.

¹⁶⁴⁶ Position adoptée par P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 215. Pour un avis contraire, voir C. BROYELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, p. 198, pour qui : « La notion de responsabilité reste, malgré tout, pertinente. (...) Dans les hypothèses où la volonté du législateur ne constitue pas un obstacle au principe de réparation, et si, le cas échéant, le préjudice subi par le requérant est anormal, l'Etat est condamné par le juge à allouer des indemnités que le législateur n'avait nullement prévu d'octroyer. En ce sens, il existe bien une obligation de réparer, extérieure à la volonté du législateur, provenant du juge, et de lui seul ».

droit, dans son arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹⁶⁴⁷, que « (...) la circonstance que le manquement reproché est, au regard des règles internes, imputable au législateur national n'est pas de nature à remettre en cause les exigences inhérentes à la protection des droits des particuliers qui se prévalent du droit communautaire et, en l'occurrence, le droit d'obtenir réparation du préjudice causé par ledit manquement devant les juridictions nationales ».

686 - L'incompatibilité se renforce encore du fait que le Conseil d'Etat considère qu'il y a lieu d'exclure toute perspective d'indemnisation dès lors que la loi est intervenue en matière économique¹⁶⁴⁸. Il s'agit ici d'une illustration de la jurisprudence selon laquelle, lorsqu'une mesure a été prise dans un intérêt particulièrement impérieux¹⁶⁴⁹, en tant qu'intérêt de la société entière ou de sa grande majorité, le juge en déduit que le législateur a entendu exclure toute indemnisation. La justification la plus fréquemment avancée est que la législation économique porte en elle un caractère volontairement discriminatoire, dans la mesure où elle doit permettre l'arbitrage entre des intérêts divergents, d'où le refus de reconnaître une responsabilité de l'Etat pour rupture du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques.

Compte tenu de la nature essentiellement économique de la Communauté européenne et du droit qui la régit, il n'est pas absurde de penser¹⁶⁵⁰ que les situations dans lesquelles l'Etat serait susceptible de causer un préjudice, du fait des lois incompatibles avec le droit communautaire, relèveront essentiellement du contentieux économique. Ainsi, l'exclusion traditionnelle du contentieux de la politique économique du champ d'application de la responsabilité de l'Etat législateur conduirait à l'exclusion de la grande majorité des cas où la responsabilité de l'Etat aurait à être engagée pour violation du droit communautaire. Or, un tel scénario heurterait nécessairement l'exigence communautaire d'accessibilité des voies de droit interne existantes permettant la garantie des droits des particuliers. Certes, la Cour de justice rappelle que le droit communautaire « n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue, du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles

¹⁶⁴⁷ CJCE, 5 mars 1996, aff. jtes, C-46/93 et C-48/93, Rec. CJCE, p. I-1029, point 35.

¹⁶⁴⁸ Voir *supra*, § n° 299 et s.

¹⁶⁴⁹ Ce que le professeur R. CHAPUS nomme « intérêt prééminent ». Pour une étude détaillée de cette jurisprudence, voir *supra*, § n° 312 et s.

¹⁶⁵⁰ Voir notamment : P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 218 - J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, Paris, Pédone, 2000, p. 302 - G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », RFDA, 1997, p. 1023.

établies par le droit national »¹⁶⁵¹. Mais, elle précise également que les restrictions rencontrées dans les ordres juridiques internes, en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique du fait de l'exercice de la fonction législative, doivent être écartées dès lors qu'elles sont « *de nature à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice par les particuliers du droit à réparation tel que garanti par le droit communautaire, pour les dommages résultant de la violation de celui-ci* »¹⁶⁵².

687 - Les conditions du régime « La Fleurette », relatives à la volonté du législateur et à l'objectif poursuivi par la loi, représentent donc une entrave à la mise en œuvre efficace d'une responsabilité de l'Etat législateur pour violation du droit communautaire. Il en va de même pour les conditions liées aux caractères du préjudice.

2. *L'inadaptation des conditions liées aux caractères du préjudice*

688 - La responsabilité sans faute de l'Etat législateur pour rupture d'égalité devant les charges publiques est également limitée par des exigences particulières relatives aux caractères du préjudice. Pour prétendre à une indemnisation, le requérant doit en effet se prévaloir d'un préjudice non seulement certain et direct, conditions classiques de tout régime de responsabilité, mais également anormal et spécial, ces deux dernières conditions apparaissant comme cumulatives¹⁶⁵³. Or, il est souvent reproché au Conseil d'Etat de vouloir « *paralyser, dans son application, le principe d'interprétation qu'il avait lui-même dégagé en 1938* »¹⁶⁵⁴. Selon le juge administratif, le préjudice apparaît en effet rarement spécial, c'est-à-dire touchant une minorité d'individus ou certaines personnes identifiables par leur appartenance à un sous-groupe de victimes, puisque la loi est un acte de portée générale et impersonnelle intéressant la collectivité toute entière. De plus, dans les cas où le caractère spécial est retenu, le préjudice doit encore remplir la condition d'anormalité, c'est-à-dire excéder les gênes et inconvénients ordinaires résultant de la vie en société. Ainsi, l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat permet de se rendre compte que le juge administratif se livre, d'une part, à une application très stricte des critères de spécialité et d'anormalité¹⁶⁵⁵, et

¹⁶⁵¹ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. n° 158/80, dite des « croisières du beurre », Rec. CJCE, p. 1838.

¹⁶⁵² CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 68.

¹⁶⁵³ La rédaction de certains arrêts indique clairement le caractère cumulatif des conditions d'anormalité et de spécialité. Voir, par ex. : CE, 8 avril 1994, *SA Etablissements Charbonneaux-Brabant*, Rec. CE, p. 187 - CE, 24 mai 1967, *C.A.P.I.A.*, Rec. CE, T, p. 927 ; AJDA, 1968, p. 45, obs. J. Moreau - CE, 15 novembre 2000, *Commune de Morschwiller-Le-Bas*, CJEG, 2001, p. 118, concl. A. Seban ; D., 2000, IR, p. 301 ; AJDA, 2001, jurispr., p. 207, note M. Cliquennois.

¹⁶⁵⁴ G. MORANGE, « L'irresponsabilité de l'Etat législateur », chron. préc., p. 165.

¹⁶⁵⁵ Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voir *supra*, § n° 384 et s.

d'autre part, à la construction, au moyen du caractère de certitude, d'une politique jurisprudentielle favorable à l'action étatique¹⁶⁵⁶, excluant de fait très souvent l'indemnisation.

689 - Il semble évident que les conditions d'anormalité et de spécialité du préjudice se heurtent aux exigences posées par le droit communautaire. La Cour de justice¹⁶⁵⁷ énonce en effet que, si c'est bien dans le « *cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé* » du fait de la violation du droit communautaire, il ne faut pas omettre que la marge de manœuvre du droit national est solidement encadrée par l'énoncé du principe d'effectivité¹⁶⁵⁸ selon lequel, le régime de responsabilité du fait de l'action normative ne peut être aménagé de manière « *à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice par les particuliers du droit à réparation tel que garanti par le droit communautaire* ». De plus, comme le relève H. Muscat¹⁶⁵⁹, la Cour de Luxembourg a implicitement condamné le recours à cette condition liée au préjudice. Elle fut amenée à se prononcer sur les conditions de responsabilité du législateur, prévues par le droit allemand, en cas de violation par une loi de dispositions nationales de rang supérieur. A cette occasion, le juge communautaire a considéré que la condition imposée dans une telle hypothèse par le droit allemand, lequel subordonne la réparation au fait que l'acte, ou l'omission du législateur, concerne une situation individuelle (condition que l'on peut rapprocher de celle de spécialité du préjudice), rendrait en pratique impossible ou excessivement difficile la réparation effective des dommages résultants de la violation du droit communautaire. La Cour justifie sa position en relevant que les tâches incombant au législateur national concernent en principe la collectivité nationale sans viser aucune personne ou catégorie de personnes qui puissent être considérées à titre individuel¹⁶⁶⁰.

Or, dans notre droit, la responsabilité de l'Etat législateur apparaît comme une responsabilité exceptionnelle, rarement mise en jeu¹⁶⁶¹ du fait précisément en partie de l'application conjuguée des deux critères cumulatifs d'anormalité et de spécialité du préjudice.

¹⁶⁵⁶ Voir *supra*, § n° 346 et s.

¹⁶⁵⁷ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 68.

¹⁶⁵⁸ Pour une étude détaillée de ce principe, voir *supra*, § n° 570 et s.

¹⁶⁵⁹ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris, éd. L'Harmattan, 2001, p. 279.

¹⁶⁶⁰ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 71.

¹⁶⁶¹ A tel point que le professeur R. CHAPUS n'hésite pas à l'envisager comme « un produit de luxe : on ne s'en sert pas tous les jours » (cf. *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1380).

690 - Le régime jurisprudentiel construit à partir de l'arrêt « La Fleurette » semble ainsi inadapté pour répondre à l'hypothèse de violation du droit communautaire, dans le sens où les conditions de mise en œuvre fixées par le juge administratif heurtent les exigences dégagées par la Cour de justice. Mais au-delà de ce régime particulier, il est possible d'affirmer que c'est le principe même d'une responsabilité objective qui apparaît inadapté pour répondre à tous les cas de préjudices liés à la violation par l'Etat de la norme communautaire.

B - L'inadaptation aux hypothèses de violation du droit communautaire d'un régime au fondement objectif

691 - La proposition d'un régime de responsabilité sur le modèle « La Fleurette » mais avec quelques aménagements (1), de même que le principe d'un régime objectif en tant que régime censé uniquement protéger la victime de la violation du droit communautaire (2), nous semblent inadaptés aux hypothèses de violation du droit communautaire par l'Etat législateur.

1. *L'inadaptation d'un régime « La Fleurette » aménagé*

692 - A l'occasion de l'affaire « Arizona Tobacco »¹⁶⁶², le Conseil d'Etat a réglé la question de la réparation d'un préjudice causé du fait de l'application d'une loi inconstitutionnelle par un acte réglementaire. Le juge administratif reconnaît de manière indirecte qu'il est permis, dans ce cas, d'engager la responsabilité de l'Etat du fait de la faute de ses services dans le sens où, comme le précise le commissaire du gouvernement Laroque¹⁶⁶³ dans ses conclusions, ceux-ci avaient pour obligation de respecter la nouvelle hiérarchie des normes telle que construite par l'article 55 de la Constitution. Néanmoins, restait en suspens la résolution du problème de l'indemnisation du préjudice causé par un acte administratif individuel pris en application d'une loi inconstitutionnelle, comme plus généralement l'hypothèse de dommages issus de l'exercice d'une compétence liée de l'administration aboutissant à mettre en œuvre une loi inconstitutionnelle. Pour tous ces cas où il semble difficile de ne pas faire remonter le fait générateur du préjudice aux dispositions de

¹⁶⁶² CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, Rec. CE, p. 78 ; RFDA, 1992, p. 425, note L. Dubouis ; AJDA, 1992, p. 210, concl. M. Laroque, et p. 329, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; RDP, 1992, p. 1505, concl. et note F. Fines ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : *ad augusta per augusta* », Europe, 1992, n° 4, p. 1 ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », RTDE, 1992, p. 265 ; R. KOVAR, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », D., 1992, chron., p. 207. Pour une étude détaillée de cette espèce, voir *supra*, § n° 633 et s. et § n° 640 et s.

¹⁶⁶³ AJDA, 1992, p. 220.

la loi inconstitutionnelle, certains auteurs ont alors développé l'idée d'admettre la responsabilité sans faute de l'Etat législateur. Néanmoins, tenant compte de l'inadaptation aux exigences communautaires des critères d'engagement issus de la jurisprudence « La Fleurette »¹⁶⁶⁴, le régime proposé s'écarte quelque peu de celui applicable aux cas de préjudices causés par une loi en droit interne.

693 - L'initiative de repenser le régime de responsabilité de l'Etat législateur afin de l'appliquer aux cas de préjudices causés du fait d'une loi inconstitutionnelle semble venir du commissaire du gouvernement Laroque qui, dans ses conclusions rendues dans l'affaire des tabacs, évoquait déjà la possibilité d'avoir recours à « *un nouveau régime de responsabilité sans faute de l'Etat législateur* »¹⁶⁶⁵. La proposition concrète est celle d'un régime ayant toujours pour fondement le principe de l'égalité devant les charges publiques, sans toutefois qu'aucune des limites posées par la jurisprudence « La Fleurette » tirées, soit de la nature de l'activité visée par le texte ou de son objet, soit de la volonté exprimée ou présumée du législateur, ne puisse jouer. Ainsi, l'objectif poursuivi par le législateur n'aurait plus à être pris en compte pour l'appréciation de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat. De plus, l'octroi d'une réparation ne pourrait plus être subordonné à une intention du législateur. Et enfin, la condition de spécialité du préjudice devrait être appréciée de manière très différente, « *dès lors qu'elle ne tiendrait plus au sacrifice imposé par la loi à des catégories bien délimitées de citoyens, pour satisfaire certains intérêts légitimes et très précis, mais aux droits qu'une partie plus ou moins grande de la population pourrait revendiquer, soit directement des normes internationales, soit indirectement du fait de la défaillance du législateur national à les inclure en droit interne, ou de l'insuffisance de leur transposition législative* »¹⁶⁶⁶.

Une telle responsabilité sans faute de l'Etat permettrait donc de concilier l'exigence de conformité avec le droit communautaire avec la prise en compte de la spécificité de la loi. Justifiant cette idée, comme celle de conserver l'égalité devant les charges publiques en tant que fondement du régime, M. Laroque rappelle en effet que, même si « *elle n'est plus aujourd'hui incontestable, de par son statut, la loi reste, même sous l'empire de la*

¹⁶⁶⁴ A ce sujet, voir *supra*, § n° 683 et s.

¹⁶⁶⁵ AJDA, 1992, p. 219. Néanmoins, ce n'est pas cette solution que le commissaire du gouvernement va préconiser en l'espèce, lui préférant celle de la mise en cause de l'administration pour non-respect de la nouvelle hiérarchie des normes. M. LAROQUE affirme en effet que « l'abandon d'une certaine tradition jurisprudentielle de la responsabilité sans faute du fait de la loi, et d'une évolution vers une responsabilité élargie de l'Etat législateur ne sont pas inconcevables, mais cela nous a paru vous engager dans une voie toute à fait différente et plus hasardeuse que celle où pourrait normalement vous conduire la novation apportée par votre décision Nicolo ».

¹⁶⁶⁶ AJDA, 1992, p. 219.

Constitution actuelle, la manifestation la plus élevée de la puissance publique. (...) la loi est dans ce cas, par principe, inspirée de considérations d'intérêt général telles que, si son application directe entraîne un préjudice susceptible d'ouvrir droit à réparation, ce ne peut être qu'à raison de la charge que pour l'intérêt public, elle fait peser, que ce soit à bon ou à mauvais escient (...) »¹⁶⁶⁷.

694 - Cette proposition va être reprise quasiment à l'identique par certains membres de la doctrine. Il en est ainsi tout d'abord de X. Prétot¹⁶⁶⁸ selon lequel la loi revêt toujours, même après 1958, le caractère d'un acte incontestable et irréprochable. Cet auteur rappelle à ce sujet que, d'une part, seul le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la conformité des lois à la Constitution - contrôle qui n'intervient pour l'essentiel qu'antérieurement à la promulgation de la loi - et que, d'autre part, le contrôle de conventionnalité exercé par le juge ordinaire conduit non à l'invalidité de la loi incompatible avec le traité, mais à son inapplication. De ce fait, X. Prétot estime que, si le droit de la responsabilité de la puissance publique du fait de l'exercice du pouvoir normatif est appelé à évoluer, notamment en raison de l'incidence de la jurisprudence de la Cour de justice, il n'appartient en revanche pas au juge ordinaire « *de remettre en cause un principe qui résulte, en définitive, de notre ordre constitutionnel que seul le pouvoir constituant est fondé, s'il l'entend ainsi, à modifier* »¹⁶⁶⁹. Relevant ensuite que la jurisprudence de la Cour de justice n'implique nullement que le droit national admette que l'inexécution des directives, y compris par le législateur, engage la responsabilité de l'Etat sur le terrain de la faute mais simplement qu'il ouvre au particulier une voie de droit lui permettant d'obtenir une indemnisation, l'auteur plaide pour la mise en œuvre d'une responsabilité sans faute de l'Etat. Ici, son approche apparaît moins éloignée du régime « La Fleurette » que celle du commissaire du gouvernement Laroque, dans la mesure où il n'envisage d'abandonner que les conditions tenant au caractère anormal et spécial du préjudice invoqué ou appelle à en faire une application plus souple.

Reprenant cette même idée d'une « *responsabilité élargie de l'Etat législateur* »¹⁶⁷⁰, F. Fines préconise, lorsque le dommage sera imputable uniquement au défaut du législateur lequel omettra, par exemple, de prendre les mesures de transposition d'une directive, « *d'envisager, sans réticence, l'instauration d'un régime de responsabilité*

¹⁶⁶⁷ AJDA, 1992, p. 219.

¹⁶⁶⁸ X. PRETOT, note sous CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, AJDA, 1992, p. 768.

¹⁶⁶⁹ *Idem*, p. 770.

¹⁶⁷⁰ Selon l'expression du commissaire du gouvernement M. LAROQUE, dans ses conclusions, préc., p. 220.

dual du législateur à partir d'un fondement unique : la rupture de l'égalité devant les charges publiques »¹⁶⁷¹.

695 - Cette prise de position en faveur d'une extension de la responsabilité sans faute de l'Etat législateur au cas de non-respect des normes communautaires peut séduire¹⁶⁷². Néanmoins, il nous semble que cette vision d'un double système de responsabilité du fait du législateur en fonction de la norme en cause soit quelque peu faussée. Nous pensons en effet, comme le relève H. Muscat¹⁶⁷³, que cette dualité ne peut être sans conséquence sur l'ensemble du régime de responsabilité et plus particulièrement du fait du principe d'égalité des citoyens devant la justice, comme du respect de l'exigence d'équivalence des voies de droit affirmée par la Cour de justice. De plus, envisager un régime de responsabilité du fait des lois en supprimant la condition liée à la volonté du législateur, revient en quelque sorte à faire perdre au système sa principale caractéristique et peut, à terme, faire naître un risque de discriminations à rebours nuisible pour la cohérence de l'ordre juridique interne¹⁶⁷⁴.

696 - Mais surtout, il est possible de douter de la capacité d'un tel régime objectif à répondre à tous les cas de violation du droit communautaire par le législateur. En effet, même en lui faisant subir quelques modifications afin de le rendre compatible avec les exigences communautaires, le régime objectif de responsabilité « du fait des lois » demeure, comme son nom l'indique, un régime de responsabilité « du fait de l'application de la loi »¹⁶⁷⁵. Ainsi, il ne paraît pas pouvoir répondre au cas de violation du droit communautaire due à la carence du législateur, entendue comme l'absence de transposition d'une directive, d'autant plus que le Conseil d'Etat se refuse d'examiner, par application de la théorie des actes de gouvernement, le recours intenté contre le refus du gouvernement de déposer un projet de loi¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷¹ Note sous CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco et SA Philip Morris France*, RDP, 1992, p. 1504.

¹⁶⁷² Une telle solution est ainsi prônée notamment par : T. LARZUL, in « La responsabilité de l'Etat du fait de la violation de ses obligations communautaires », LPA, 4 août 1993, p. 32 - O. LEONARD DE JUVIGNY, in « Responsabilité des Etats membres », *Répertoire Dalloz Droit communautaire*, 1997.

¹⁶⁷³ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 288.

¹⁶⁷⁴ Selon l'opinion énoncée par P. SENKOVIC, in *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 220.

¹⁶⁷⁵ A ce sujet, voir : H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne », RFDA, 1992, p. 640 - C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 49 et s. - D. DE BECHILLON, « L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat », RDP, 1991, p. 759. Selon ces auteurs, la responsabilité du fait des lois, au sens de l'arrêt « La Fleurette », est une responsabilité du fait de l'édition de la loi et non de son absence.

¹⁶⁷⁶ Voir par ex. : CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. CE, p. 607 - CE, 14 janvier 1987, *Association des ingénieurs des télécom.*, Rec. CE, p. 867.

Certes, nous sommes conscients que, dans le contexte communautaire, une carence législative n'est pas automatiquement synonyme d'inexistence législative. En effet, l'omission du législateur dans la transposition d'une directive ne signifie pas pour autant qu'aucune loi ne régit déjà la matière considérée¹⁶⁷⁷. Ainsi, comme le relève G. Alberton¹⁶⁷⁸, « même dans l'hypothèse où le législateur aurait omis d'appliquer le droit communautaire, la responsabilité du fait des lois aurait vocation à s'appliquer non du fait de sa carence - donc de son comportement - mais du fait de l'existence d'une loi, qui antérieure au droit communautaire, serait devenue inconvictionnelle - donc de la situation ainsi créée ». Néanmoins, cet argument ne met pas complètement fin au débat dans le sens où rien ne permet de garantir que l'hypothèse d'absence totale de loi antérieure régissant le domaine affecté par la non-transposition d'une directive ne se présente un jour ou l'autre. Or, un régime juridique doit être capable de répondre à tous les cas de figure et ne pas laisser en dehors de lui des hypothèses qui, même si elles se révèlent improbables, sont juridiquement susceptibles de se réaliser.

697 - La proposition d'appliquer, aux cas de violation du droit communautaire par l'Etat législateur, un régime de responsabilité calqué sur la solution issue de l'arrêt « La Fleurette », accompagné de quelques aménagements, paraît ainsi critiquable. Mais au-delà de cette possibilité, il semble que ce soit le principe même d'une mise en jeu de la responsabilité de l'Etat sur le fondement d'un régime objectif qui puisse être mis en doute quant à sa capacité à répondre à l'hypothèse qui nous concerne.

2. Le doute à propos de la capacité d'un régime objectif à protéger uniquement la victime de la violation du droit communautaire

698 - A côté des propositions d'appliquer au cas de la violation du droit communautaire par le législateur une sorte de régime « La Fleurette » aménagé, on trouve en doctrine une toute autre théorie qui, bien qu'aboutissant également à la promotion de la responsabilité sans faute, n'en est pas moins issue d'un raisonnement différent. Il s'agit de la solution énoncée par C. Broyelle suite à sa relecture de la jurisprudence « La Fleurette ». Selon cet auteur, il est possible de dégager une voie intermédiaire entre l'engagement

¹⁶⁷⁷ Y. GALMOT fait ainsi observer à ce sujet qu' « à notre époque, il est en effet impossible d'imaginer un domaine d'intervention communautaire dans lequel il n'existerait aucune législation ou réglementation que l'introduction du droit communautaire obligerait à modifier ou à adapter » (cf. « Directives et règlements en droit communautaire », CJEG, mars 1990, p. 77).

¹⁶⁷⁸ G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », art. préc., p. 1037.

systématique de la responsabilité de l'administration pour méconnaissance du droit conventionnel et ce, par substitution à la mise en cause de la loi, et la mise en œuvre d'un régime de responsabilité fondé sur une violation du droit conventionnel imputable au législateur. C. Broyelle propose d'envisager « *un régime objectif de responsabilité du fait de l'application d'une loi non conventionnelle (...) dans lequel le droit à réparation du requérant serait subordonné non pas à des conditions tenant au fait générateur du préjudice, mais à la seule survenance d'un préjudice « anormal » au regard du droit conventionnel, d'un préjudice contraire aux effets recherchés par le droit conventionnel* »¹⁶⁷⁹. Dès lors, ce régime « *viendrait cohabiter harmonieusement avec le régime classique issu de la jurisprudence La Fleurette. Les deux régimes se fonderaient sur le principe selon lequel la loi doit s'exécuter normalement, sans engendrer de préjudices anormaux, c'est-à-dire contraire aux effets recherchés. Ici, seulement, c'est au regard de la norme conventionnelle et non de la loi que s'apprécierait cette anormalité* »¹⁶⁸⁰. L'auteur n'exclue néanmoins pas totalement la possibilité de voir reconnaître un comportement fautif puisqu'elle précise que, « *dans le cas où l'administration se serait abstenue d'empêcher la réalisation du préjudice alors qu'elle aurait eu compétence pour le faire, le juge pourrait sanctionner une faute dans le fait administratif dommageable* ».

Ainsi, selon C. Broyelle, l'important pour accorder ou non une indemnisation n'est pas de se placer du côté de la nature du fait générateur du dommage. Il est préférable de se placer uniquement du côté du dommage lui-même en recherchant la survenance d'un dommage contraire, soit aux effets recherchés par la loi, soit aux effets recherchés par le droit conventionnel, selon que l'on se situe dans la sphère interne ou internationale. L'auteur justifie sa position en revenant à la condition essentielle, selon elle, du droit à réparation en matière de responsabilité objective. Citant P. Amselek, C. Broyelle fait alors valoir que la responsabilité sans faute est « *une responsabilité encourue indépendamment du fait qu'une faute (...) se trouve à l'origine du dommage (...), il n'est pas exclu, pour autant, qu'une faute ait été effectivement à l'origine du dommage ainsi réparé ; simplement, cette donnée est indifférente* »¹⁶⁸¹.

699 - Ici encore, cette théorie peut paraître séduisante, mais elle ne semble pas, à notre avis, répondre de manière totalement satisfaisante à l'hypothèse de violation du droit communautaire. Nous considérons en effet pour notre part que l'identification de l'auteur de

¹⁶⁷⁹ C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 295.

¹⁶⁸⁰ *Idem*, p. 296.

¹⁶⁸¹ P. AMSELEK, « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », *Mélanges Ch. Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 233, cité par C. BROUELLE, in *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 312, note n° 41.

la violation est un élément important dans la mise en oeuvre du régime de responsabilité et que le législateur doit désormais apprendre, tout comme l'a fait l'administration, à respecter autant que faire se peut les normes communautaires. Mais surtout, nous ne pensons pas que la responsabilité objective soit réellement un régime tourné uniquement vers la victime et la protection de ses droits. C. Broyelle opte pour l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire sur un fondement objectif dans la mesure où celui-ci permettra, selon elle, d'indemniser de manière équitable les requérants ayant subis un préjudice « anormal » sans considération de l'auteur du dommage donc sans risque de réticence liée à la mise en cause du législateur. A ce sujet, nous sommes conscients que la fonction principale de la responsabilité objective consiste, à première vue, à faciliter l'indemnisation de la victime¹⁶⁸², dans le sens où cette dernière doit uniquement démontrer l'existence du lien de causalité et le caractère anormal et spécial du préjudice. Néanmoins, nous pensons que la véritable raison d'être de la responsabilité sans faute est de n'entacher la personne publique d'aucune faute. Comme le fait remarquer le professeur Chapus¹⁶⁸³, le régime objectif permet ainsi la reconnaissance de la responsabilité de la personne publique « *sans aucun jugement de valeur sur les comportements dommageables, c'est-à-dire aucun blâme ou reproche* ». La responsabilité sans faute paraît alors receler une fonction cachée mise en évidence par A. Demichel selon lequel, « *au départ (la responsabilité pour faute), le service public est forcé de payer parce qu'il a mal fonctionné. Peu à peu, on arrive à ce que le service accepte de payer pour éviter d'avoir à bien fonctionner* »¹⁶⁸⁴.

A cela s'ajoute enfin le fait que la responsabilité de type objective peut avoir un certain caractère d' « immoralité ». Un tel caractère est évoqué, à l'époque des grandes controverses doctrinales sur le fondement de la responsabilité administrative, par M. Hauriou. Selon cet auteur, « *la théorie des risques a un côté immoral (...) si nous envisageons spécialement la responsabilité administrative, nous constatons que l'administration, devant être son propre assureur (...) a tout intérêt à conserver la théorie de la faute (...) elle pourra stimuler la diligence de ses agents de façon à ce qu'ils ne la mettent pas en faute, c'est-à-dire qu'elle pourra relever le niveau du service public, tandis que la théorie du risque ne pourra*

¹⁶⁸² G. DARCY affirme ainsi que le fait que toute violation du principe de l'égalité devant les charges publiques ouvre par elle-même, en l'absence de tout autre fondement, le droit à réparation « repose sur le sentiment qu'il serait choquant, inadmissible, de faire supporter par la victime des préjudices qui excèdent par leur gravité et leur particularité les inconvénients normaux de la vie en société » (cf. *La responsabilité de l'administration*, Paris, Dalloz, 1996, p. 98).

¹⁶⁸³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1335.

¹⁶⁸⁴ Cité par G. DARCY, in *La responsabilité de l'administration*, op. cit., p. 100.

que l'abaisser »¹⁶⁸⁵. Cette critique est reprise par un certain nombre d'auteurs tels P. Delvolve¹⁶⁸⁶, J.-M. Auby¹⁶⁸⁷ ou encore J.-F. Davignon¹⁶⁸⁸.

700 - La mise en œuvre d'une responsabilité sans faute de l'Etat apparaît ainsi inadaptée au cas de violation du droit communautaire dans le sens où, de par ses conditions d'engagement, le régime issu de l'arrêt « La Fleurette » ne répond pas au particularisme de la violation du droit communautaire¹⁶⁸⁹. Certaines tentatives d'aménagement de ce régime, envisageant notamment la suppression de la condition tenant à la volonté du législateur, n'y changeront rien. Surtout, il est possible de relever que, plus on s'efforce de retirer toutes les conditions faisant la particularité du régime objectif, plus on tend à terme vers un régime de responsabilité pour faute déguisée. Dès lors, il semble que la solution la plus adéquate soit l'acceptation d'un comportement fautif de l'Etat législateur pour violation du droit communautaire.

§ 2 : L'admission nécessaire d'un comportement fautif de l'Etat législateur

701 - La reconnaissance d'un comportement fautif de l'Etat législateur, en cas de violation du droit communautaire, paraît séduire, non seulement de nombreux auteurs, mais également certains tribunaux. Une telle solution s'impose ainsi en doctrine (A), comme elle fait son chemin en jurisprudence (B).

A - Une solution s'imposant en doctrine

702 - Selon de nombreux auteurs, il apparaît inévitable de reconnaître comme fautif le comportement de l'Etat législateur méconnaissant le droit communautaire. Mais ceux-ci ne

¹⁶⁸⁵ Note sous CE, 10 février 1905, *Tomaso Grecco*, S., 1905.3.113.

¹⁶⁸⁶ Pour cet auteur, le recours à la notion de faute « empêche (l'administration) de se livrer à des actes ou d'adopter des comportements répréhensibles » (cf. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 88, 1969, p. 342).

¹⁶⁸⁷ Voir la préface de la thèse de M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 136, 1980, p. 15 : « (on peut) voir dans l'existence d'une faute du service public une simple condition réductrice aboutissant à limiter pour des raisons pratiques les charges d'une responsabilité générale et absolue (et) ayant en outre l'avantage de « moraliser » l'administration en prenant du point de vue moral l'allure d'une sanction ».

¹⁶⁸⁸ Cf. *La responsabilité objective de la puissance publique*, Thèse, Lyon 2, 1976, p. 120.

¹⁶⁸⁹ Pour preuve, voir notamment les réactions très critiques de la doctrine suite à l'arrêt « Alivar », rendu par le Conseil d'Etat le 23 mars 1984 : JCP, 1985, G, II, n° 20423, note J.-F. Davignon ; AJDA, 1984, p. 396, note B. Genevois ; D., 1986, IR, p. 24, note F. Moderne et P. Bon ; RTDE, 1984, p. 341, concl. Denoix de Saint Marc et note MRB ; Gaz. Pal., 1984, I, p. 329, concl.

sont néanmoins pas tous d'accord quant au fondement de cette solution, certains invoquant les règles communautaires (1), d'autres préférant s'appuyer sur les règles internes (2).

1. *Le comportement de l'Etat législateur apparaît fautif sur le fondement des règles communautaires*

703 - A l'examen de certaines dispositions du traité CE, il est possible de dégager des obligations pesant sur les Etats membres afin de garantir au mieux la primauté et l'applicabilité du droit communautaire. C'est le cas notamment des articles 10 et 249 alinéa 3. Selon l'article 10 du traité CE, « *les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ». Quant à l'article 249 alinéa 3, énonçant que « *la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* », il pose une obligation plus particulière qui est celle, pour les Etats membres, d'atteindre le résultat fixé par la directive.

Dans la continuité de ces dispositions, la Cour de justice des Communautés européennes dégage alors à son tour un certain nombre d'obligations s'appliquant aux Etats membres. Le juge de Luxembourg énonce ainsi, d'une part, que la mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire est dévolue au juge national en tant qu'organe d'un Etat membre¹⁶⁹⁰. La Cour précise à cet effet que ce principe vaut notamment lorsque le droit est conféré par une directive puisqu'elle considère que l'obligation de permettre aux particuliers de faire valoir leurs droits par voie juridictionnelle est une obligation qui s'impose aux Etats membres¹⁶⁹¹. D'autre part, dans son arrêt « Francovich et Bonifaci »¹⁶⁹², le juge de Luxembourg énonce expressément l'obligation pour les Etats membres de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit

¹⁶⁹⁰ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. n° 106/77, Rec. CJCE, p. 629.

¹⁶⁹¹ Voir, par ex. : CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. n° 14/83, Rec. CJCE, p. 1907, point 18 - CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. n° 222/84, Rec. CJCE, p. 1682, point 19.

¹⁶⁹² CJCE, 19 novembre 1991, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402, point 42, concl. Mischo ; LPA, 4 août 1993, n° 93, p. 32, note T. Larzul ; AJDA, 1992, p. 143, note P. Le Mire ; JCP, 1992, G, II, n° 21783, note A. Barav ; D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives », *Europe*, 1991, chron., p. 1 ; RFDA, 1992, p. 1, note L. Dubouis ; *Dr. adm.*, 1991, n° 537 ; JDI, 1992, p. 426, note Constantinesco ; J.-M. AUBY, « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », *Dr. adm.*, 1992, doct., p. 1 ; RJDA, décembre 1991, p. 831, note Kessedjean ; F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTDE*, 1992, p. 27 ; *RMUE*, 1991, p. 4, note Mattera ; *RMUE*, 1992, p. 187, note Carnolutti.

communautaire qui leur sont imputables, et ajoute, à l'occasion de l'affaire « Brasserie du pêcheur-Factortame III »¹⁶⁹³, que ce principe vaut, quel que soit l'organe de l'Etat membre à l'origine du dommage, y compris donc le législateur.

704 - Dès lors, selon certains auteurs, l'inexécution d'une de ces obligations constitue nécessairement et directement un comportement fautif¹⁶⁹⁴. Il en est ainsi pour J.-M. Favret¹⁶⁹⁵, selon lequel la transposition incorrecte d'une directive (transposition partielle, sélective ou introduisant des exceptions ou dérogations non prévues par la directive), comme sa transposition tardive (après expiration du délai imparti), constitue un manquement de l'Etat à ses obligations communautaires. Dans de telles hypothèses, l'Etat membre viole indiscutablement les obligations qui pèsent sur lui en matière d'exécution des directives. Or, « *la violation d'une obligation constitue la définition même de la faute* »¹⁶⁹⁶. Le caractère fautif de la violation est en outre conforté, selon ce même auteur, par le fait que la marge de manœuvre de l'Etat est souvent limitée en ce qui concerne la transposition des directives. En effet, les institutions communautaires ont quelques fois tendance à définir le résultat à atteindre de manière si précise qu'il ne reste plus aux Etats membres la moindre marge de manœuvre pour le choix des moyens. Ceux-ci n'ont souvent plus qu'à « *recopier le contenu de la directive dans un acte interne* »¹⁶⁹⁷.

P. Senkovic, quant à elle, invoque le fait que la souveraineté et le pouvoir discrétionnaire du législateur n'ont pas la même portée dans le contexte communautaire, légitimant alors la reconnaissance d'un comportement fautif de la part de celui-ci. Son raisonnement s'appuie en effet sur l'idée que le pouvoir législatif du Parlement national est doublement limité : « *tout d'abord parce que des normes législatives importantes élaborées*

¹⁶⁹³ CJCE, 5 mars 1996, préc.

¹⁶⁹⁴ Pour un avis contraire, voir C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 318. L'auteur fait valoir que le principe communautaire de responsabilité des Etats membres du fait de la loi non conventionnelle n'implique aucunement l'idée de faute, mais permet seulement de compenser, sur le plan patrimonial, des droits individuels lésés. Voir également : M. ROUGEVIN-BAVILLE, *Répertoire Dalloz - droit de la responsabilité* - X. PRETOT, note sous, CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, préc.

¹⁶⁹⁵ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 308 et s. Du même avis, voir C. BERTRAND, « La responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives communautaires », RDP, 1994, p. 1521.

¹⁶⁹⁶ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 310. Une telle affirmation renvoie nécessairement à la définition de la faute donnée par M. PLANIOL selon lequel, la faute constitue « un manquement à une obligation préexistante » (cité par R. CHAPUS, in *Droit administratif général*, op. cit., p. 1294).

¹⁶⁹⁷ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 310. L'auteur ajoute néanmoins, à la décharge des institutions communautaires, que « les Etats membres ont eux-mêmes favorisé cette pratique (...) dans la mesure où ils ont été souvent demandeurs de directives très précises, à la fois pour des raisons de sécurité juridique évidentes, et parce que cela permettait d'éviter les éventuels « dérapages » des parlementaires nationaux au stade de la transposition ».

en dehors du Parlement entrent dans le système juridique (...) (ensuite) et de manière encore plus importante parce que le législateur ne peut pas les modifier librement »¹⁶⁹⁸.

Enfin, H. Muscat tend à reconnaître aux obligations communautaires un rôle encore plus déterminant. Selon cet auteur, l'acceptation de la primauté du droit communautaire doit être envisagée comme « une conséquence nécessaire, non pas des dispositions de l'article 55 de la Constitution française, mais de la jurisprudence de la Cour de justice »¹⁶⁹⁹. Elle justifie sa position en énonçant que, l'interprétation de l'article 55 de la Constitution faite par le juge interne suite à la décision « Nicolo », ne rend absolument pas compte de la spécificité du droit communautaire, mais tend à l'inverse à « une assimilation abusive du droit communautaire au droit international »¹⁷⁰⁰, autrement dit à « une banalisation »¹⁷⁰¹ des règles communautaires. Or, il semble que l'ordre juridique administratif ne soit pas prêt à une telle reconnaissance puisque, comme il l'avait déjà fait dans son arrêt « Nicolo » en ce qui concernait le contentieux de la légalité, le juge continue encore aujourd'hui à faire reposer le principe de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire sur le droit interne¹⁷⁰². Ainsi, dans son arrêt « Arizona Tobacco Products »¹⁷⁰³, si le Conseil d'Etat accepte la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat pour faute en cas de violation du droit communautaire, c'est uniquement sur le seul terrain du droit français et ce, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement, lesquelles rappelaient que c'est dans le cadre du droit de chaque Etat membre qu'il incombe de réparer les conséquences du préjudice causé par une violation du droit communautaire.

705 - Certains auteurs invoquent ainsi directement les règles communautaires afin de justifier la reconnaissance d'un comportement fautif du législateur entraînant la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire. Néanmoins, la majeure partie de la doctrine considère que le comportement de l'Etat législateur apparaît fautif sur le fondement des règles internes.

¹⁶⁹⁸ P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 216.

¹⁶⁹⁹ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 184.

¹⁷⁰⁰ *Idem*.

¹⁷⁰¹ Selon l'expression employée par D. SIMON, in « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : *ad augusta per angusta* », Europe, 1992, n° 4, p. 3.

¹⁷⁰² A noter toutefois que, dans son arrêt « Société Jacques Dangeville », en date du 1^{er} juillet 1992, la Cour administrative d'appel de Paris admet la recevabilité de la requête en considérant notamment « qu'il appartenait à l'Etat français en vertu des dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne et notamment son article 5, de prendre toutes les mesures propres à assurer l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu dudit traité et notamment d'effacer les conséquences illicites résultant d'une violation du droit communautaire, en assurant la réparation effective du préjudice qui en a résulté ».

¹⁷⁰³ CE, Ass., 28 février 1992, préc., p. 78.

2. Le comportement de l'Etat législateur apparaît fautif sur le fondement des règles internes

706 - Depuis très longtemps, existe dans notre droit, le principe selon lequel le législateur souverain est insusceptible de commettre une faute dans l'exercice de son activité. Justifiant une telle règle, L. Michoud affirmait ainsi à la fin du XIX^{ème} siècle qu'« *il est strictement vrai de dire que le législateur ne commet pas de faute au sens juridique du mot, parce que son droit est sans limite d'ordre constitutionnel ou légal* »¹⁷⁰⁴. Les idées de souveraineté et de faute apparaissaient véritablement « *antinomiques* »¹⁷⁰⁵. Mais ce constat d'une loi supérieure à tout, dressé par la doctrine au début du XX^{ème} siècle, est aujourd'hui dépassé dans la mesure où nous savons que la loi est limitée. En effet, si la loi a pu longtemps apparaître comme irréprochable c'est tout simplement parce qu'elle a longtemps été incontestable. Comme le relève le professeur D. Simon, « *le caractère irréprochable de la loi était le corollaire de son caractère incontestable* »¹⁷⁰⁶. Or, à l'heure actuelle, nous assistons à un phénomène de « *désacralisation de la fonction législative* »¹⁷⁰⁷ du fait de la soumission de la loi, non seulement au respect de la Constitution, mais également au respect des traités et de ses normes dérivées. L'extension du contrôle de constitutionnalité puis, quelques temps plus tard, l'apparition du contrôle de conventionnalité ont ainsi permis de reconnaître que l'activité du législateur n'est plus incontestable¹⁷⁰⁸.

707 - Relevant ce déclin de la souveraineté du Parlement et, par voie de conséquence, « *la transformation de la loi en une norme seconde* »¹⁷⁰⁹, une partie importante de la doctrine va alors développer l'idée selon laquelle « *les dommages résultant d'un comportement illicite de l'autorité législative doivent, dans un Etat de droit, être réparés* »¹⁷¹⁰. Sur la base de ce

¹⁷⁰⁴ Cité par L. DUBOUIS, in « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », RFDA, 1996, p. 587.

¹⁷⁰⁵ Selon l'expression de J.-F. BRUNET, in *De la responsabilité de l'Etat législateur*, Thèse, Paris, 1936, p. 33.

¹⁷⁰⁶ D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 242.

¹⁷⁰⁷ *Idem*.

¹⁷⁰⁸ Pour un avis contraire, voir notamment : X. PRETOT, note sous CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, préc., p. 770 - C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 236.

¹⁷⁰⁹ Selon les termes employés par O. GOHIN, in « La responsabilité de l'Etat en tant que législateur », RIDC, 1998, p. 606.

¹⁷¹⁰ D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 243. Dans le même esprit, L. DUBOUIS fait observer que le législateur national doit désormais « éviter le Charybde constitutionnel sans se fracasser sur le Scylla communautaire » (cf. « L'ouverture de la fonction publique communautaire aux ressortissants des autres Etats membres de la Communauté européenne, le législateur entre juge communautaire et juge constitutionnel », RFDA, 1991, p. 903).

raisonnement, les auteurs énoncent ainsi que la responsabilité de l'Etat législateur en cas de violation des normes internationales, et plus particulièrement des normes communautaires, doit nécessairement être reconnue sur un fondement fautif¹⁷¹¹. Pour ces auteurs, une telle affirmation se justifie par la lecture des dispositions de l'article 55 de la Constitution. Selon cet article, « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». C'est sur ce fondement que notre droit admet aujourd'hui très clairement que la loi est subordonnée aux traités communautaires comme à leurs normes dérivées¹⁷¹², et ce même si le texte législatif est postérieur¹⁷¹³ à la norme communautaire. De ce fait, il apparaît évident que la violation du droit communautaire par le législateur constitue une illégalité puisqu'il y a violation d'une norme de rang supérieur. Défendant cette idée, le professeur Chapus fait ainsi valoir qu'« *apprécier une loi comme n'étant pas compatible avec une norme qui lui est supérieure (et qu'elle devait respecter), c'est en faire ressortir l'irrégularité. En d'autres termes, c'est reconnaître que le législateur (et il ne faut pas hésiter devant la simplicité expressive du terme) a commis une faute* »¹⁷¹⁴. Toute absence de transposition ou toute transposition incorrecte d'une directive doit dès lors s'analyser comme un comportement fautif compte tenu de la hiérarchie des normes. Il existe en définitif une supra-légalité pouvant conduire à l'affirmation d'une responsabilité spécifique du législateur en cas de méconnaissance du droit communautaire. En effet, en portant atteinte au caractère incontestable de la loi, le contrôle de conventionnalité a nécessairement « *des*

¹⁷¹¹ Voir, notamment : R. CHAPUS, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1380 - D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : *ad augusta per angusta* », art. préc., - du même auteur, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ? », RTDE, 1992, p. 265 et « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc. - J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle, op. cit.*, p. 286 et s. - O. GOHIN, « La responsabilité de l'Etat en tant que législateur », art. préc., p. 608 - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire, op. cit.*, p. 234 et s. - H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen, op. cit.*, p. 288 et s. - J. WALINE, « La boîte de Pandore », *Au carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de L. Dubouis, Paris, Dalloz, 2002, p. 486 - G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », art. préc., p. 1017.

¹⁷¹² CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. CE, p. 250 (en ce qui concerne les règlements) et CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, préc. (quant aux directives).

¹⁷¹³ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. CE, p. 190, concl. P. Frydman ; AJDA, 1989, p. 756, chron. Honorat et Baptiste, et p. 788, note D. Simon ; RFDA, 1989, p. 824, note B. Genevois, p. 993, note L. Favoreu et p. 1000, note L. Dubouis ; RFDA, 1990, p. 267, obs. Ruzié.

¹⁷¹⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1380. Pour une reprise de cet argument, voir notamment : G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », art. préc., p. 1019 - J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle, op. cit.*, p. 324, ce dernier évoquant néanmoins la possibilité de retenir la notion plus objective d'infraction plutôt que celle de faute - S. ABOUDRAR-RAVANEL, « Responsabilité et primauté, ou la question de l'efficience de l'outil », RMC, 1999, p. 556.

*répercussions sur son caractère irréprochable, le premier constituant précisément le fondement du second »*¹⁷¹⁵.

708 - Toute la question reste de savoir si le juge administratif a ou non les moyens de constater cette violation de la norme communautaire supérieure par l'Etat législateur. Les partisans de la responsabilité pour faute répondent unanimement par l'affirmative en invoquant les conséquences en droit interne de l'arrêt « Nicolo ». Pour une partie importante de la doctrine, l'article 55 de la Constitution et l'arrêt « Nicolo » ont ainsi permis au juge administratif de devenir « *qu'il le veuille ou non, censeur de la loi* »¹⁷¹⁶ à l'égard des engagements internationaux de la France. En effet, malgré la position défendue par le Conseil constitutionnel dans sa célèbre décision « IVG »¹⁷¹⁷, il s'avère que le contrôle de conventionnalité opéré par le juge administratif ne consiste pas seulement à écarter, pour l'affaire, l'application de la loi. Comme le relève le professeur Chapus, le Conseil d'Etat « *a accepté d'être juge de la conformité des lois au principe constitutionnel de l'article 55, étant entendu qu'une loi qui méconnaît un traité est nécessairement une loi qui enfreint le principe posé par l'article 55* »¹⁷¹⁸. Ainsi, à partir de l'arrêt « Nicolo », il existe bel et bien un contrôle de constitutionnalité « indirecte » de la loi¹⁷¹⁹ exercé par le juge ordinaire, dans le sens où le

¹⁷¹⁵ G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », art. préc., p. 1037.

¹⁷¹⁶ Selon les termes de L. DUBOUIS, in « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 588. Un tel argument est directement tiré des conclusions rendues, sur l'arrêt « Nicolo », par le commissaire du gouvernement P. FRYDMAN, selon lequel « c'est en vain qu'on objecterait que cette décision (d'écarter l'application de la loi) n'aboutirait qu'à déclarer la loi inapplicable à une espèce et non véritablement à la censurer » (cf. JCP, 1989, G, II, n° 21371). Voir également : B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », RFDA, 2000, p. 724 - C. DEFFIGIER pour qui, « dès lors que le juge administratif apprécie la conventionnalité des lois, il en devient, bien qu'il s'en défende, censeur, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, tant dans le cadre du contentieux de la légalité, que du plein contentieux » (cf. note sous TA Paris, 11 octobre 2002, *Société Fipp*, AJDA, 2003, p. 955).

¹⁷¹⁷ CC, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, Rec. CC, p. 19. Selon le 5^{ème} considérant de cette décision, « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ». Il semble que le Conseil constitutionnel ait opté pour cette affirmation dans l'objectif de se déclarer incompétent pour exercer le contrôle de conventionnalité (sur ce point, voir D. DE BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », RFDA, 1998, p. 234).

¹⁷¹⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 157. Pour un avis contraire, voir L. FAVOREU, « L'interprétation de l'article 55 de la Constitution », RFDA, 1989, p. 997. Selon ce dernier, le contrôle de la supériorité du traité sur la loi n'est, ni un contrôle de constitutionnalité de la loi, ni un contrôle de validité.

¹⁷¹⁹ Opinion partagée par de nombreux auteurs. Voir, notamment : B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », art. préc., p. 722 et s., à qui l'on doit cette expression de « contrôle indirect de constitutionnalité » - L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, *La théorie générale de l'Etat*, Ed. de Boccart, 1930, p. 709 et s. - M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, p. 269 et s. - D. DE BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », art. préc., p. 234 et s. - R. RICCI, « Le Conseil d'Etat et la loi : vers la recevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité ? », LPA, 7 octobre 1999, n° 200, p. 14 et s. - O. GOHIN, « La responsabilité de l'Etat en tant que législateur », art. préc., p. 607 - du même auteur, « Le Conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », RFDA, 2000, p. 1184 - L. DUBOUIS, « L'arrêt Nicolo et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre

contrôle de conventionnalité permet de mettre à jour une violation par la loi des dispositions de l'article 55 de la Constitution. Il est permis d'affirmer, comme le fait J.-M. Favret, qu'« à chaque fois qu'il viole le droit communautaire, le législateur ajoute au délit d'inconventionnalité le délit, plus grave encore, d'inconstitutionnalité, puisque c'est la Constitution qui subordonne la loi aux traités internationaux »¹⁷²⁰.

709 - Cette vision du contrôle de conventionnalité n'est bien évidemment pas partagée par tous. Certains se refusent en effet à reconnaître au juge administratif la possibilité de porter un jugement sur la loi à laquelle il doit déférence. Il en est ainsi notamment du commissaire du gouvernement M. Laroque laquelle, dans ses conclusions sur l'affaire des tabacs¹⁷²¹, attire l'attention des membres du Conseil d'Etat sur les conséquences d'une incompatibilité entre un traité et une loi. Ainsi, selon le commissaire du gouvernement, la décision « Nicolo » n'a pas posé le principe d'un contrôle de légalité du juge sur la loi aboutissant à une censure de celle-ci. Elle a seulement « révisé ou rétabli la hiérarchie des normes juridiques conformément à l'article 55 de la Constitution, en faisant prévaloir en cas de discordance entre une norme internationale et une norme nationale, fût-elle législative, la norme internationale, en excluant le facteur temps »¹⁷²². Dès lors, poursuit M. Laroque, le juge est conduit à se prononcer non pas « sur la validité d'une loi postérieure à un traité international mais sur son opposabilité ou son applicabilité à une situation donnée ». Ce raisonnement est ainsi justifié par le fait que si la loi n'est plus aujourd'hui incontestable, « elle reste, même sous l'empire de la Constitution actuelle, la manifestation la plus élevée de la puissance publique »¹⁷²³.

juridique français », RFDA, 1989, p. 1002 - J. WALINE, « La boîte de Pandore », art. préc., p. 466 - D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Domat Droit public, 6^{ème} éd., 2001, p. 228 - J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 324 - D. DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. constit. et de science politique, t. 103, 2001, p. 302 - G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », art. préc., p. 1026 - D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en question de la jurisprudence *Nicolo* ? », RFDA, 2003, p. 884 et s. - O. CURTIL, « Le conseil d'Etat est presque le censeur de la loi au regard de la Constitution », RRJ, 2003, p. 2643 et s.

Ce contrôle doit nécessairement être qualifié d'indirect dans la mesure où le juge administratif s'applique à réaffirmer son incompétence pour apprécier la conformité de la loi aux principes constitutionnels. Voir, par ex. : CE, sect., 6 novembre 1936, 2 espèces, *Arrighi et Dame Coudert*, Sirey, 1937.3.33, note Mestre et concl. Latournerie - CE, Ass., 4 février 1949, *Chambre syndicale des agents généraux d'assurance de la Martinique*, Rec. CE, p. 49 - CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, RFDA, 1999, p. 357, concl. Maugüé et note de Béchillon et Terneyre.

¹⁷²⁰ *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 387.

¹⁷²¹ AJDA, 1992, p. 210 et s.

¹⁷²² *Idem*, p. 220.

¹⁷²³ *Ibidem*. Pour une opinion identique, voir X. PRETOT, note sous, CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, AJDA, 1992, p. 770.

De la même manière, C. Broyelle¹⁷²⁴ défend l'idée selon laquelle la doctrine n'a cessé, depuis l'arrêt « Nicolo », d'interpréter de manière erronée la position exprimée par le juge administratif. Selon cet auteur, le juge se considère comme dépositaire d'une « *constitution non-écrite* »¹⁷²⁵ dont il assure la pérennité. Celle-ci renferme des principes comme l'incontestabilité de la loi, la soumission de l'administration à la loi et la mission du juge en tant que garant de ce respect. Dès lors, en 1989, le juge administratif s'est uniquement contenté d'opérer le sacrifice nécessaire à la réalisation d'un compromis entre primauté des traités et principe d'incontestabilité de la loi. Ce serait à tort que certains ont analysé les conséquences de la décision « Nicolo » comme contenant en germe l'illégalité de la loi et l'idée d'un comportement fautif du législateur. Le juge administratif n'aurait absolument pas accepté de s'engager dans un contrôle de la validité de la loi¹⁷²⁶. Un tel jugement de validité n'existerait qu'à l'encontre des actes administratifs puisque ce sont eux et eux seuls qui se retrouvent confrontés à la norme conventionnelle, la loi étant quant à elle sortie du litige dès le constat de son inconventionnalité. Ainsi, selon C. Broyelle, « *le Conseil d'Etat s'est (uniquement) appliqué, à partir de 1989, à bâtir en faveur de la loi non conventionnelle un régime juridique dérogatoire, propre à conjurer une altération fatale de la norme législative : les traités prévalent sur les lois, mais les lois qui les méconnaissent ne sont pas illégales, elles sont seulement inapplicables* »¹⁷²⁷. Le contrôle de conventionnalité exercé par le juge administratif, du fait de l'habilitation de l'article 55 de la Constitution, consiste donc uniquement à comparer deux normes valables en droit : le traité et la loi.

710 - Une telle position peut légitimement se comprendre dans la mesure où, contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité engendrent *a priori*¹⁷²⁸ des effets non identiques en ce qui concerne le texte de loi visé. Alors qu'une loi inconstitutionnelle est annulée et disparaît de l'ordre juridique, une loi inconventionnelle se trouve seulement privée

¹⁷²⁴ C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 209 et s.

¹⁷²⁵ *Idem*, p. 229 et s.

¹⁷²⁶ *Ibidem*, p. 276. Selon l'auteur, « quand le juge vérifie si une loi est compatible ou non avec une stipulation du droit conventionnel, il se contente d'un constat objectif visant à établir, en dehors de tout jugement porté sur les normes elles-mêmes, si celles-ci peuvent coexister. Il confronte deux sources parallèles du droit, également valables en droit. En cas de contrariété, il accorde la primauté à la norme conventionnelle. Si la norme interne est seulement déclarée inapplicable, c'est parce que le juge n'a pas, au préalable, porté un jugement sur la loi elle-même ».

¹⁷²⁷ C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 236.

¹⁷²⁸ Pour une hypothèse où la décision d'inconventionnalité a néanmoins, *de facto*, une autorité absolue, voir : CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, AJDA, 1999, p. 823, note R. Ricci. En l'espèce, le Conseil d'Etat considère qu'en « ne prenant pas les mesures réglementaires destinées à permettre la mise en œuvre de l'article L. 601-4 du Code de la santé publique, le gouvernement s'est conformé, ainsi qu'il y était tenu, à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne, telle qu'elle découle de l'article 55 de la Constitution ». Ainsi, du fait du défaut de décret d'application, la loi n'est pas seulement privée de son application au cas d'espèce, mais elle est purement et simplement privée de toute forme d'application.

d'effet au cas d'espèce¹⁷²⁹ ouvrant ainsi la possibilité d'être de nouveau appliquée dans l'hypothèse d'une modification de la norme internationale de référence. Néanmoins, une telle différence peut également servir les intérêts des partisans d'une faute de l'Etat législateur. En effet, comme le fait remarquer L. Dubouis¹⁷³⁰, s'il appartient au juge administratif de ne pas appliquer les effets de la loi inconstitutionnelle dans la situation qui lui est soumise, il lui revient également tout naturellement de veiller à la compensation du préjudice qui a pu en résulter en autorisant l'engagement de la responsabilité de l'Etat législateur.

711 - S'appuyant sur les règles internes, une partie importante de la doctrine, à laquelle nous adhérons, plaide ainsi pour la reconnaissance d'un comportement fautif de l'Etat législateur dans l'hypothèse où celui-ci contrevient à une norme communautaire. Au vu de l'analyse de certaines décisions des tribunaux, il est possible de dire qu'une telle solution fait, lentement mais sûrement, son chemin en jurisprudence.

B - Une solution faisant son chemin en jurisprudence

712 - Inaugurée implicitement par la Cour administrative d'appel de Paris dans son arrêt « Société Jacques Dangeville » (1), la reconnaissance d'une possible responsabilité pour faute de l'Etat du fait de la violation, par le législateur, du droit communautaire va être réitérée dans la jurisprudence ultérieure (2).

1. *Une solution inaugurée par la Cour administrative d'appel de Paris dans son arrêt « Société Jacques Dangeville »*

713 - Très peu de temps après la solution rendue dans l'arrêt « Arizona Tobacco »¹⁷³¹, l'affaire « Société Dangeville »¹⁷³² va permettre au juge administratif d'être confronté, une nouvelle fois, à l'hypothèse d'une violation du droit communautaire par un organe étatique. L'origine de cette affaire résidait dans le fait que la société « Jacques Dangeville » avait acquitté, au titre de son activité de courtier en assurance, un montant de TVA de près de 130 000 francs, au titre de la période du 1^{er} janvier au 30 juin 1978, en application de l'article 256

¹⁷²⁹ Pour une réaffirmation récente, voir CE, sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire, Rassemblements des opposants à la chasse*, Rec. CE, p. 379.

¹⁷³⁰ L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 588.

¹⁷³¹ CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, préc.

¹⁷³² CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, Rec. CE, p. 558 ; Dr. fisc., 1992, n° 1665, p. 1420, concl. F. Bernault ; AJDA, 1992, note X. Prétot ; Europe, 1992, comm. n° 445, obs. D. S. ; JCP, 1993, G, I, n° 3645, obs. E. Picard.

du Code général des impôts, lequel soumettait à cette taxe « *les affaires faites en France (...)* lorsqu'elles relèvent d'une activité de nature industrielle ou commerciale, quels qu'en soient les buts et les résultats ». Or, la société Dangeville s'était aperçue que, compte tenu des dispositions de l'article 13-B-a de la 6^{ème} directive CEE du 17 mai 1977¹⁷³³, cette taxe n'aurait pas dû être versée à compter du 1^{er} janvier 1978¹⁷³⁴, date à laquelle les dispositions de la 6^{ème} directive devaient être transposées en droit interne.

Suite au rejet de sa réclamation préalable présentée devant l'administration fiscale, la société a engagé alors devant le juge de l'impôt une action tendant à ce que soit prononcé la décharge de l'imposition. Saisissant tour à tour le tribunal administratif de Paris puis le Conseil d'Etat, la société requérante alléguait de la violation, par les dispositions du Code général des impôts, des objectifs de la 6^{ème} directive. Confirmant le jugement de première instance¹⁷³⁵, le Conseil d'Etat, dans une décision du 19 mars 1986¹⁷³⁶, rejeta les conclusions de la société en se fondant sur la jurisprudence en vigueur à l'époque¹⁷³⁷ et en affirmant que « *quelles que soient, d'ailleurs, les précisions qu'elles contiennent à l'intention des Etats membres, les directives ne peuvent pas être invoquées par les ressortissants de ces Etats à l'appui d'un recours relatif à un litige fiscal* ».

Décidant alors d'emprunter une autre voie de droit, la société Dangeville avait demandé au Ministre du Budget de lui verser une indemnité en réparation « *du préjudice qu'elle avait subi en 1978 en raison du retard apporté par l'Etat français pour mettre la législation interne en harmonie avec les dispositions de la 6^{ème} directive* ». Devant le refus du Ministre de faire droit à cette demande, la société requérante saisit le tribunal administratif de Versailles d'une requête en dommages et intérêts. Par un jugement en date du 23 mai 1989, celui-ci rejeta la demande en réparation par une double motivation tirée, d'une part, de ce que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée pour faute, ni à raison de la loi, ni à raison de l'absence de dépôt d'un projet de loi¹⁷³⁸ et, d'autre part, de ce que le préjudice allégué ne présentait pas le caractère de spécialité qui aurait permis de faire jouer le régime de responsabilité du fait des lois issu de la jurisprudence « La Fleurette ». Cette décision s'explique aisément dans le contexte de l'époque puisque la jurisprudence était encore très

¹⁷³³ Celle-ci imposait précisément aux Etats membres d'exonérer « les opérations d'assurance et de réassurance, y compris les prestations de service afférentes à ces opérations effectuées par les courtiers et les intermédiaires d'assurance ».

¹⁷³⁴ La question avait, en effet, déjà été tranchée pour des faits identiques : CE, 17 mars 1983, *Groupement pour le développement de la coiffure*, Rec. CE, p. 68.

¹⁷³⁵ TA Paris, 8 juillet 1982, *SA Jacques Dangeville*, req. n° 15-378.

¹⁷³⁶ CE, 19 mars 1986, *SA Cabinet Jacques Dangeville*, Rec. CE, T, p. 465 ; RJF, 1986, n° 553 ; Dr. fisc., 1986, n° 1579.

¹⁷³⁷ CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, Rec. CE, p. 524.

¹⁷³⁸ La décision de saisir ou non le Parlement d'un projet de loi est un acte de gouvernement. Voir, notamment : CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, préc. - CE, 14 janvier 1987, *Association des ingénieurs des télécom.*, préc.

réservée sur les effets du droit communautaire en droit interne. En effet, seul l'arrêt « Alitalia »¹⁷³⁹ avait été rendu public le 3 février 1989, la décision « Nicolo »¹⁷⁴⁰ étant encore à venir.

714 - C'est à la suite de cette décision négative que le cabinet Dangeville décida de saisir la Cour administrative d'appel de Paris, laquelle va rendre l'arrêt qui nous intéresse ici. En l'espèce, la solution était très attendue dans la mesure où, contrairement à ce qui s'était passé dans l'affaire « Arizona Tobacco », il semblait très difficile pour le juge d'éluder la question de la responsabilité de l'Etat du fait d'une loi incompatible avec les objectifs d'une directive communautaire en rattachant le fait générateur du préjudice à un acte administratif¹⁷⁴¹, c'est-à-dire en faisant jouer la théorie du règlement-écran. En effet, le préjudice subi par la société Dangeville résultait directement de l'absence de modification de la loi fiscale incompatible avec la 6^{ème} directive CEE. Il n'existait pas de décret d'application mais seulement des actes individuels pris sur le fondement direct de la loi. Dès lors, comme le souligne D. Simon¹⁷⁴², « *on voit mal comment aurait pu être mis en cause un quelconque acte administratif faisant écran, sauf à paralyser l'action administrative en exigeant de tous les agents des services fiscaux qu'ils évaluent systématiquement la validité de leurs actes au regard de la légalité communautaire* ». Il incombait ainsi au juge de statuer sur la responsabilité du fait de la carence du législateur à modifier les dispositions du Code général des impôts.

715 - Or, un tel contexte ne va pas empêcher le commissaire du gouvernement F. Bernault de proposer, dans ses conclusions, de « *généraliser la thèse de l'innocence du législateur et de la culpabilité de l'administration* »¹⁷⁴³. Celui-ci estime en effet possible d'adapter la solution retenue dans l'arrêt « Arizona Tobacco Products » du 28 février 1992, au cas des actes administratifs individuels pris sur le fondement direct d'une loi incompatible avec une norme communautaire. Pour ce faire, il suffit selon lui de remplacer la théorie du « règlement-écran » par celle du « décret-écran » afin de « *charger le décret, et le décret seul,*

¹⁷³⁹ CE, Ass., 3 février 1989, *Alitalia*, Rec. CE, p. 44 ; RFDA, 1989, p. 391, concl. Chahid-Nourai et note O. Beaud et L. Dubouis ; AJDA, 1989, p. 387, note Fouquet ; RTDE, 1989, p. 509, note Vergès.

¹⁷⁴⁰ CE, Ass., 20 octobre 1989, préc.

¹⁷⁴¹ Exprimant sa relative désapprobation à propos de la solution retenue dans l'affaire des tabacs, D. SIMON remarque ainsi que l'affaire « Société Jacques Dangeville » s'est déroulée dans « un contexte où il était précisément impossible (pour la Cour administrative d'appel de Paris) de retenir la dérivation élégante opérée par le Conseil d'Etat dans l'affaire du prix des tabacs » (cf. « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », AJDA, 1993, p. 242).

¹⁷⁴² D. SIMON, Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 242.

¹⁷⁴³ Dr. fisc., 1992, n° 1665, p. 1426.

de la faute anti-communautaire »¹⁷⁴⁴. La décision individuelle directement prise sur le fondement d'une loi peut dès lors être illégale intrinsèquement en dehors de la loi sur laquelle elle se fonde dans la mesure où, bien qu'incompatible avec une directive communautaire, la loi n'est pas applicable car dépourvue de base légale¹⁷⁴⁵. Ainsi, pour le commissaire du gouvernement, la faute pouvait résider ici encore, comme en 1992, « dans l'application par l'administration d'un texte législatif inapplicable, peu importe le point d'insertion de cette application (décret, arrêté, mesure réglementaire ou individuelle) »¹⁷⁴⁶. Peu importe également que la loi soit permissive ou impérative, puisque l'illégalité consiste, non à en avoir fait telle ou telle application, mais à avoir cherché à la mettre en œuvre. Ainsi, la société Dangeville était fondée à invoquer la faute commise par l'Etat « à un niveau qu'il n'y a pas lieu d'identifier »¹⁷⁴⁷. Le commissaire du gouvernement assortit cependant cette solution d'une observation d'ordre terminologique. Il suggère en effet à la Cour administrative d'appel de ne pas employer, dans son arrêt, les termes de faute, d'illégalité ou d'irrégularité, mais le terme plus neutre « d'illicéité » ou de « situation illicite à réparer », dans la mesure où ce dernier a été consacré par la Cour de justice des Communautés européennes¹⁷⁴⁸.

716 - Dans son arrêt en date du 1^{er} juillet 1992, la Cour administrative d'appel de Paris va suivre, au moins en partie, les recommandations du commissaire du gouvernement Bernault. En premier lieu, la Cour constate l'incompatibilité des dispositions de l'article 256 du Code général des impôts, dans sa rédaction antérieure au 1^{er} janvier 1979, avec les objectifs fixés par la 6^{ème} directive. Puis, au terme d'une motivation d'une singulière sobriété, le juge conclut à la responsabilité de l'Etat en affirmant que la société Dangeville « est dès lors fondée à soutenir que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée en raison de la

¹⁷⁴⁴ Dr. fisc., 1992, n° 1665, p. 1426.

¹⁷⁴⁵ Pour une critique de cette solution, voir N. DANTONEL-COR, « La violation de la norme communautaire et la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat », RTDE, 1998, p. 89. Qualifiant cette théorie de « système de loi-exclusion », l'auteur fait en effet valoir que le législateur a ainsi « carte blanche pour appliquer illégalement le droit communautaire puisqu'il ne sera pratiquement jamais sanctionné », mettant alors en lumière « l'absence de cohérence entre l'ordre juridique administratif et l'ordre juridique communautaire ».

¹⁷⁴⁶ Concl. préc., p. 1426. Une telle argumentation fut en effet reprise par le commissaire du gouvernement G. GOULARD dans ses conclusions rendues, dans cette même affaire, suite au recours en cassation intenté devant le Conseil d'Etat à l'encontre de la décision de la Cour administrative d'appel de Paris. Ce dernier faisait ainsi valoir qu'il ne s'agissait pas, en l'espèce, « d'une véritable responsabilité pour faute du législateur, dans la mesure où l'existence d'une décision individuelle d'imposition permettait encore d'imputer la faute à l'autorité administrative » (cf. concl. sur, CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, RFDA, 1997, p. 1056, spé. 1059).

Voir également, S. AUSTRY, note sous, CE, Ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon* (1^{ère} espèce) et *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville* (2nd espèce), RJF, 1996, p. 803. Pour le maître des requêtes, « dans une telle hypothèse (le Conseil d'Etat) pourrait éluder tout aussi habilement que dans l'affaire Arizona Tobacco Products, la question de la faute du législateur, en identifiant cette faute dans la décision individuelle d'application de la loi incompatible ».

¹⁷⁴⁷ F. BERNAULT, concl. préc., p. 1427.

¹⁷⁴⁸ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, préc.

situation ainsi créée et à demander que l'Etat soit condamné à réparer le préjudice résultant pour elle de la situation illicite résultant de son assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée au titre de la période sus-indiquée ». En l'espèce, la Cour administrative d'appel apparaît prudente puisqu'elle s'abstient de se prononcer sur l'imputabilité de la responsabilité, préférant évoquer l'Etat dans son ensemble en reprenant la conception globalisante de la Cour de justice¹⁷⁴⁹, tout comme elle ne fait pas référence à la notion de faute, se contentant d'évoquer « *la situation illicite* » à l'origine du préjudice. La doctrine va ainsi s'opposer sur le sens à donner à cette motivation.

717 - Certains auteurs¹⁷⁵⁰ acceptent de reconnaître que la Cour administrative d'appel évoque ici implicitement l'engagement de la responsabilité pour faute de l'Etat, mais se refusent à rechercher une signification cachée au fait que le juge emploie uniquement la formulation d'Etat sans donner plus de précision sur l'auteur du dommage. Ils justifient leur position en invoquant la pluralité d'auteurs (le législateur, l'autorité fiscale, le juge de l'impôt) rendant impossible la désolidarisation de leurs faits et donc la mise en cause d'un organe particulier de l'Etat.

C. Broyelle, quant à elle, exprime une position très différente. Pour cette dernière, dans l'affaire « Dangeville », le juge administratif se livre en réalité à la mise en oeuvre d'un régime objectif de responsabilité, dans lequel la question de la nature fautive du fait générateur n'est pas à prendre en considération pour apprécier son déclenchement. La condition fondamentale d'engagement de la responsabilité publique réside ainsi « *dans la présence d'un préjudice anormal, dont l'anormalité est établie à l'issue de la simple constatation d'une non compatibilité de la loi avec la norme conventionnelle* »¹⁷⁵¹. L'auteur justifie sa position en faisant également valoir que le juge administratif ne porte aucune appréciation sur la loi, mais uniquement sur ses effets. Pour preuve, dans la motivation de la Cour administrative d'appel, « *l'épithète « illicite » ne vise pas la loi ; elle est accolée à la « situation » qui résulte de l'application de la loi* »¹⁷⁵².

718 - Mais pour une part importante de la doctrine¹⁷⁵³ à laquelle nous adhérons, il convient de considérer qu'en l'espèce, la Cour administrative d'appel s'est livrée, de manière

¹⁷⁴⁹ Pour une étude détaillée de cette notion d'Etat en droit communautaire, voir *supra*, § n° 505 et s.

¹⁷⁵⁰ Voir, par ex. : E. PICARD, note sous, CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, JCP, 1993, G, I, n° 3645 ; anonyme, obs. sous la même espèce, Dr. fisc., 1992, n° 1665, p. 1421.

¹⁷⁵¹ C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, op. cit., p. 304.

¹⁷⁵² *Idem*, p. 306.

¹⁷⁵³ Voir, notamment : D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 242 ; du même auteur, note sous, CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, Europe, 1992, comm. n° 445 - R. CHAPUS, *Droit administratif*

indirecte, à la reconnaissance de la responsabilité pour faute de l'Etat du fait de l'exercice de la fonction législative. Certes, le juge administratif n'emploie pas le terme de « faute » mais celui de « situation illicite ». Néanmoins, comme le rappelle le commissaire du gouvernement Goulard¹⁷⁵⁴ aux membres du Conseil d'Etat, « *il y a (...) plus de vingt ans que, confirmant un principe dont se réclamaient déjà beaucoup de vos arrêts, vous avez jugé que toute illégalité est fautive* »¹⁷⁵⁵, ajoutant au passage que « *la notion même de légalité (s'était) élargie pour inclure les actes internationaux et communautaires* », et que « *toute méconnaissance de ceux-ci (était) donc fautive* ». Dès lors, c'est donc bien une responsabilité pour faute que semble consacrer la Cour administrative d'appel. Concernant l'imputation de la responsabilité, il s'avère possible sans trop de difficulté de situer le fait générateur du préjudice dans le comportement du législateur, malgré le fait que le juge d'appel ait reconnu la responsabilité de « l'Etat » pris globalement, sans préciser l'organe de l'Etat à qui incombait la charge de l'illicéité. En effet, comme le relève J.-M. Favret¹⁷⁵⁶, n'ayant pu identifier d'acte administratif illégal au regard du droit communautaire s'interposant entre la loi incompatible et le préjudice invoqué, la Cour administrative d'appel s'est placée sur le terrain de la responsabilité de l'Etat dans son entier et a admis que cette responsabilité pouvait être mise en cause du fait de la carence de l'Etat qui n'avait pas transposé la directive. C'est bien « *le défaut de transposition*

général, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1381 - H. CALVET, « Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire », AJDA, 1996, p. 96 - J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 192, 1998, p. 288 - C. BERTRAND, « La responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives communautaires », art. préc., p. 1525 - L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 187, 1999, p. 462 - O. GOHIN, « La responsabilité de l'Etat en tant que législateur », art. préc., p. 608 - J. WALINE, « La boîte de Pandore », art. préc., p. 486 - K. MICHELET, « La loi inconventionnelle », RFDA, 2003, p. 29 - G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », RFDA, 1997, p. 1033 - P. DEMAYE, « Le juge administratif français et les directives communautaires : regards sur l'état de la jurisprudence administrative depuis l'arrêt Cohn-Bendit », LPA, 17 octobre 2000, n° 207, p. 10 - X. PRETOT, note sous, CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, préc., p. 770 - C. DEFFIGIER, note sous, TA Paris, 11 octobre 2002, *Société Fipp*, préc., p. 957 - H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris, éd. L'Harmattan, 2001, p. 292 - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 246 - J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, Paris, Pédone, 2000, p. 296 - Ch. DEBBASCH, *Droit administratif*, Paris, Economica, 6^{ème} éd., 2002, p. 610-611 - Y. GALMOT, in *Rapport public du Conseil d'Etat*, 1992, EDCE, p. 309 - M. DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », AJDA, 1995, n° spécial, p. 226 - R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire*, Thèse, Rennes 1, 1994, p. 499 et s. - C. WEISSE-MARCHAL, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, Thèse, Metz, 1996, p. 379 et s.

¹⁷⁵⁴ Concl. sur CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc., p. 1058.

¹⁷⁵⁵ Ici, le commissaire du gouvernement fait bien évidemment allusion à l'arrêt « *Ville de Paris c/ Driancourt* », rendu par le Conseil d'Etat, le 26 janvier 1973 (cf. *rec. CE*, p. 77 ; *AJDA*, 1973, p. 245, note P. Cabanes et D. Léger ; *Gaz. Pal.*, 1973, 2, p. 859, note J.-P. Rougeaux ; *Rev. adm.*, 1974, p. 29, note F. Moderne). Néanmoins, il est important de souligner que l'idée que toute faute constitue une illégalité n'est pas partagée par la totalité de la doctrine. Pour une critique de ce principe, voir notamment l'argumentation de P. DUEZ, *supra*, § n° 614.

¹⁷⁵⁶ *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 316.

de la 6^{ème} directive TVA par le législateur national qui a engagé la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire, et cela revient à admettre, au moins implicitement, que le législateur national peut engager sa responsabilité sur le fondement de la faute »¹⁷⁵⁷. A cela, nous pouvons ajouter en faveur de l'interprétation de cette décision « Dangeville » comme un premier pas vers la responsabilité pour faute, que même les auteurs farouchement opposés à la mise en cause de la loi au nom de son caractère incontestable et irréprochable, tel que X. Prétot, semblent se résoudre à reconnaître que la Cour administrative d'appel de Paris « conclut en réalité à la responsabilité de l'Etat pour faute dans l'exercice du pouvoir législatif »¹⁷⁵⁸. Mesurant son incapacité à reconnaître la responsabilité du législateur, la Cour administrative d'appel a ainsi voulu « *dédramatiser la situation* » en masquant, tout d'abord, la méconnaissance imputable au législateur « *parmi d'autres dysfonctionnements* », puis en visant une situation illicite plutôt qu'une faute, « *afin de gommer tout aspect culpabilisant de la condamnation de nature à porter atteinte à l'aura du législateur* »¹⁷⁵⁹.

719 - Dégagée implicitement dans l'arrêt « Société Jacques Dangeville » rendu par la Cour administrative d'appel de Paris, la possibilité d'une responsabilité pour faute de l'Etat législateur du fait de la violation du droit communautaire va être réitérée dans la jurisprudence ultérieure.

2. Une solution réitérée dans la jurisprudence ultérieure

720 - Très peu de temps après sa décision « Société Jacques Dangeville », la Cour administrative d'appel de Paris va réaffirmer sa position dans un arrêt « Société John Walker and Sons » en date du 12 novembre 1992¹⁷⁶⁰. En l'espèce, les sociétés requérantes estimaient avoir subi un préjudice consécutif à la perte de bénéfices qu'elles auraient pu retirer d'importations et de ventes d'alcools de céréales supérieures à celles qu'elles avaient effectivement réalisées, en raison de dispositions législatives du Code général des impôts déclarées incompatibles par le juge de Luxembourg avec l'article 95 (article 90 après renumérotation) du traité de Rome¹⁷⁶¹. La réparation ne sera finalement pas accordée, compte tenu de l'insuffisance de preuves quant au lien de causalité entre la situation litigieuse et les

¹⁷⁵⁷ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 316-317.

¹⁷⁵⁸ Note sous, CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, préc., p. 770.

¹⁷⁵⁹ Selon les termes employés par H. MUSCAT, in *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 292-293.

¹⁷⁶⁰ CAA Paris, 12 novembre 1992, *Société John Walker and Sons*, Rec. CE, p. 789 ; Dr. adm., 1993, n° 130 ; Europe, 1993, comm. n° 283, obs. D. S.

¹⁷⁶¹ CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ France*, aff. n° 168/78, Rec. CJCE, p. 347.

dommages invoqués, ayant eu pour conséquence de faire disparaître le caractère direct et certain exigé pour qu'un préjudice soit indemnisable. Néanmoins, cela n'efface pas le fait que le recours en responsabilité ait été au préalable déclaré recevable, et que la Cour administrative d'appel ait de nouveau fait référence à une « situation illicite » de nature à engager la responsabilité de « l'Etat », sans donner plus de précisions sur l'imputabilité de la faute.

721 - L'examen de la jurisprudence nous mène ensuite en 1996, date à laquelle la Haute assemblée du Conseil d'Etat a censuré l'arrêt « Société Jacques Dangeville » de la Cour administrative d'appel de Paris. Il nous semble important de nous attarder ici sur cette décision afin de bien comprendre sa portée et de savoir précisément ce qu'il advient, pour l'avenir, de la solution innovante dégagée par le juge d'appel. Saisi par le Ministre du Budget d'un recours en cassation, le Conseil d'Etat va, le 30 octobre 1996¹⁷⁶², rendre un arrêt très attendu mais décevant. En l'espèce, la Haute juridiction administrative va annuler l'arrêt de la Cour en faisant application du principe de la distinction des contentieux. Le considérant principal fait en effet valoir que, « *par décision du 19 mars 1986, le Conseil d'Etat a rejeté une demande de la société Dangeville tendant à la restitution de la taxe sur la valeur ajoutée que celle-ci avait acquittée au titre de la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1978, (...) que la requête de la société Dangeville sur laquelle a statué la cour par l'arrêt attaqué tendait à l'obtention d'une indemnité d'un montant égal à celui de la taxe ainsi supportée, (...) que cette requête avait ainsi en réalité le même objet que celle aux fins de restitution de la taxe rejetée par le Conseil d'Etat (...), que par suite en jugeant (cette seconde requête recevable), la Cour administrative d'appel de Paris (...) a commis une erreur de droit* ». Ici, le Conseil d'Etat a donc recours à sa jurisprudence traditionnelle fondée sur l'exception de recours parallèle ou de chose jugée¹⁷⁶³.

722 - Il existe donc, entre la Cour administrative d'appel de Paris et le Conseil d'Etat, une différence fondamentale d'approche de la question de la recevabilité de la requête. En

¹⁷⁶² CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, Rec. CE, p. 399 ; AJDA, 1996, p. 380, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; Dr. adm., 1997, comm. n° 108, obs. G. G. ; RFDA, 1996, p. 1275 ; RTDE, 1997, p. 171, concl. G. Goulard ; RFDA, 1997, p. 1056, concl. ; Europe, 1996, comm. n° 453, obs. D. Simon ; LPA, 24 octobre 1997, n° 128, p. 17 (1^{ère} partie) et LPA, 27 octobre 1997, n° 129, p. 9 (suite et fin), note P. Cassia ; RJF, 1996, p. 799, chron. S. Austray.

¹⁷⁶³ Voir la décision de principe : CE, 11 octobre 1978, *Delphin*, Rec. CE, p. 360 ; Dr. fisc., 1978, n° 499. A noter que, dans une affaire dont les faits étaient semblables à ceux de l'affaire « Société Jacques Dangeville », la Cour administrative d'appel de Paris va reconnaître, quelques temps plus tard, que la règle de la distinction des contentieux s'oppose à ce que, par une action en responsabilité, l'on recherche le même résultat que celui visé par l'action en restitution de la taxe intentée devant le juge fiscal (cf. CAA Paris, 19 décembre 1996, *SA Gras Savoye*, Europe, 1997, comm. n° 313, obs. D. Ritleng).

1992, le juge d'appel avait déjà relevé que la société requérante avait introduit devant elle une demande en réparation ayant le même objet que celle aux fins de restitution de la taxe indûment payée, laquelle avait été rejetée par le juge de l'impôt. Mais à l'époque, le commissaire du gouvernement F. Bernault avait proposé à la Cour d'accueillir l'action en responsabilité de la société « *à titre subsidiaire* » et sur une cause juridique nouvelle, directement issue des « *obligations que le Traité de Rome impose à l'Etat français* »¹⁷⁶⁴. Dans la mesure où l'espèce était entourée de circonstances très particulières, le juge d'appel va suivre son commissaire du gouvernement et admettre la recevabilité de la requête en se fondant notamment sur les dispositions de l'article 5 du traité CE¹⁷⁶⁵. En 1986, en effet, on se situait avant le bouleversement « *Nicolo* » et le juge de l'impôt avait tout naturellement rejeté la demande en réparation de la société Dangeville, au motif que « *les directives ne peuvent pas être invoquées par les ressortissants de ces Etats à l'appui d'un recours relatif à un litige fiscal* »¹⁷⁶⁶. Or, pour la Cour administrative d'appel, l'équité comme la règle communautaire en vertu de laquelle les Etats membres sont tenus d'effacer les violations du droit communautaire soit directement, soit, à défaut, en assurant la réparation des préjudices qu'ils ont causés, recommandait de passer outre la règle de l'exception de recours parallèle afin d'admettre la recevabilité de la requête¹⁷⁶⁷.

Pour le Conseil d'Etat, au contraire, ce n'est pas la règle de procédure obligeant à porter l'affaire devant le juge fiscal qui est à l'origine de l'échec de la demande du cabinet Dangeville, mais uniquement la jurisprudence en vigueur à l'époque. Or, il n'appartient pas à la société requérante de demander au juge de revenir sur la chose jugée, pas plus que le traité de Rome « *n'impose au juge national, lorsqu'il abandonne une jurisprudence qui ne donnait pas son plein effet au droit communautaire, de rouvrir les litiges qu'il a tranchés, sous l'empire de cette jurisprudence, par des décisions passées en force de chose jugée* »¹⁷⁶⁸. Ainsi, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement selon lequel, le juge d'appel a « *pris quelque liberté avec deux principes au caractère fondamental (...) à*

¹⁷⁶⁴ Concl. sur, CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, Dr. fisc., 1992, n° 1665, p. 1428.

¹⁷⁶⁵ La Cour administrative d'appel de Paris estime, en effet, « qu'il appartenait à l'Etat français en vertu des dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne et notamment son article 5, de prendre toutes les mesures propres à assurer l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu dudit traité et notamment d'effacer les conséquences illicites résultant d'une violation du droit communautaire, en assurant la réparation effective du préjudice qui en a résulté ».

¹⁷⁶⁶ CE, 19 mars 1986, *SA Cabinet Jacques Dangeville*, préc.

¹⁷⁶⁷ Le juge d'appel relève ainsi que « la circonstance qu'un contribuable se prétendant taxé sur le fondement d'une disposition législative incompatible avec les objectifs d'une directive communautaire ait d'abord déféré en vain l'imposition en cause au juge de l'impôt, lequel n'a pas admis la possibilité d'invoquer utilement cette incompatibilité, ne saurait par elle-même faire obstacle à ce que l'intéressé soit recevable à demander, sur le fondement des obligations résultant du traité précité, la réparation du préjudice découlant pour lui de l'absence de transposition en droit interne des objectifs de la directive ».

¹⁷⁶⁸ D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, chron. sous CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc., p. 984.

savoir l'autorité de la chose jugée et la distinction des contentieux »¹⁷⁶⁹, la Haute juridiction censure l'arrêt rendu en 1992.

723 - Cette censure du Conseil d'Etat, opérée sur une question de procédure, va faire couler beaucoup d'encre en doctrine. Certains auteurs ont décelé ici la volonté de la Haute juridiction d'effacer les conséquences innovantes de l'arrêt d'appel en se servant de ce problème d'irrecevabilité de la requête, dans le sens où le rejet de la demande n'était pas si évident que cela¹⁷⁷⁰. Ainsi, D. Simon va jusqu'à qualifier l'affaire « Société Dangeville » de « *marathon jurisprudentiel exemplaire (démontrant) que les ressources insondables de la procédure peuvent être un auxiliaire efficace du déni de justice* »¹⁷⁷¹. J.-M. Favret, quant à lui, évoque l'idée selon laquelle, très réticent à ébranler le statut de la loi, le Conseil d'Etat favorise ici un « *réflexe d'accommodement* » le conduisant « *à contourner la difficulté à chaque fois que les circonstances de l'affaire qu'il a à trancher le lui permettent* »¹⁷⁷². D'autres, à l'inverse, affirment y voir ici la simple mise en œuvre des règles classiques de procédure¹⁷⁷³. Sans trop s'attarder sur ce débat, il nous semble intéressant de relever néanmoins que la Cour européenne des droits de l'homme vient de se prononcer, il y a peu de temps, sur cette censure opérée par le Conseil d'Etat au nom de la violation d'une règle procédurale¹⁷⁷⁴. En l'occurrence, la France a fait l'objet d'une condamnation en violation de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel au motif que, devant l'absence de recours effectif devant le juge français, la société Dangeville a subi une atteinte à ses biens tenant à un droit de créance sur l'Etat, détenu du fait du paiement de la TVA, contrairement à la 6^{ème} directive

¹⁷⁶⁹ G. GOULARD, concl. sur CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc., p. 1059.

¹⁷⁷⁰ Voir, par ex. : P. CASSIA, note sous CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc., 1^{ère} partie, p. 25 - H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 293-294 - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 253-254.

¹⁷⁷¹ D. SIMON, note sous CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, Europe, 1996, comm. n° 453. L'auteur relève également que « la Haute juridiction administrative a préféré s'abstenir de trancher la question de principe qui lui était soumise, en se plaçant courageusement sur le terrain de la procédure ».

¹⁷⁷² J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 286 et s. L'auteur explique la solution rendue dans l'affaire « Arizona Tobacco Products » par ce même réflexe, conduisant le juge « à esquiver plus ou moins habilement la question de la responsabilité du législateur en cas d'infraction au droit communautaire ». Il rapproche, par ailleurs, directement ce réflexe d'accommodement d'un autre comportement du juge administratif consistant « à résister à toute évolution qui aurait pour effet d'ébranler le statut de la loi, y compris sur le terrain de la responsabilité » et qu'il nomme « réflexe conservateur ».

¹⁷⁷³ Voir, notamment : S. AUSTRY, chron. sous CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc., p. 803 - C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, p. 310 - D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, chron. sous CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc., p. 983 - G. G., obs. sous CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc.

¹⁷⁷⁴ CEDH, 16 avril 2002, *SA Jacques Dangeville c/ France*, Europe, 2002, comm. n° 269, obs. F. Berrod et comm. n° 309, obs. F. Berrod et V. Lechevallier ; RFDA, 2003, p. 953, note B. Dufourcq.

non transposée en France. Estimant qu'étant d'effet direct la directive devait pouvoir servir de fondement à l'action en responsabilité engagée par la société requérante, la Cour européenne énonce que le Conseil d'Etat ne pouvait pas se fonder sur le principe de distinction des contentieux pour faire disparaître un droit substantiel né de la 6^{ème} directive. Il convient tout de même de relativiser la portée de cette condamnation dans la mesure où, non seulement, la Cour précise qu'en l'espèce l'Etat est condamné puisque l'atteinte n'est justifiée par « aucune raison valable (...) au regard de l'intérêt général »¹⁷⁷⁵, mais surtout, le juge européen ne forme aucune obligation générale tendant à la reconnaissance d'un mécanisme de responsabilité en cas de violation du droit communautaire par le législateur.

724 - Malgré cette censure par le Conseil d'Etat de l'arrêt « Société Jacques Dangeville », il est néanmoins important de préciser, comme le relève une large part de la doctrine¹⁷⁷⁶, que statuant au regard d'une question de procédure, il ne semble pas que le Conseil d'Etat ait fondamentalement remis en cause la solution des juges d'appel concernant la responsabilité de l'Etat du fait de la fonction législative, d'autant plus que les conclusions du commissaire du gouvernement ont même tendance à aller dans ce sens¹⁷⁷⁷. Ainsi, à l'heure actuelle, la porte de la reconnaissance d'un régime de responsabilité pour faute de l'Etat du fait d'une violation du droit communautaire commise par le législateur apparaît encore ouverte. Et cette éventualité est encore plus envisageable depuis que le juge administratif semble avoir franchi le pas en matière de violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans un jugement « Société Fipp » en date du 11 octobre 2002¹⁷⁷⁸, le tribunal administratif de Paris a en effet admis que l'Etat législateur pouvait engager sa responsabilité pour faute pour méconnaissance du droit

¹⁷⁷⁵ CEDH, 16 avril 2002, *SA Jacques Dangeville c/ France*, préc., § 56.

¹⁷⁷⁶ Voir, notamment : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1381 - K. MICHELET, « La loi inconventionnelle », art. préc., p. 29 - G. G., obs. sous CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc. - L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, op. cit., p. 464-465 - D. SIMON, note sous CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc. - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 255 et s. - J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 296 - H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 294 - P. DEMAYE, « Le juge administratif français et les directives communautaires : regards sur l'état de la jurisprudence administrative depuis l'arrêt Cohn-Bendit », art. préc., p. 10 - D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, chron. sous CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc., p. 988 - Ch. DEBBASCH, *Droit administratif*, op. cit., p. 610-611 - S. AUSTRY, chron. sous CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc., p. 799.

¹⁷⁷⁷ Le commissaire du gouvernement G. GOULARD précise, en effet, que « sous réserve d'une question de recevabilité (...), l'application que la cour administrative d'appel de Paris a faite du principe de la responsabilité de la puissance publique pour méconnaissance des obligations résultant du droit communautaire est exacte en droit, tant du point du nécessaire respect de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que de la logique de votre propre jurisprudence » (cf. concl. sur CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, préc., p. 1057).

¹⁷⁷⁸ TA Paris, 11 octobre 2002, *Société Fipp*, AJDA, 2003, p. 955, note C. Deffigier.

européen. Les faits étaient ici quelque peu complexes mais il est important de retenir que le juge administratif va rechercher l'existence d'une faute due à la méconnaissance, par l'article 48 de la loi de finances rectificative pour 1999, de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au principe de non-discrimination et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, concernant le droit au respect des biens. En l'espèce, le juge considère que l'inconventionnalité n'est pas constituée dans la mesure où l'article 48 de la loi de finances rectificative n'opère pas une privation de biens sans indemnisation, pas plus qu'elle ne crée « *une différence de traitement sans rapport avec l'objectif de solidarité que le législateur entendait poursuivre* ». Néanmoins, la lecture *a contrario* de son raisonnement permet d'affirmer, comme le relève C. Deffigier¹⁷⁷⁹, que la méconnaissance des normes européennes par une loi « *n'entraîne pas seulement sa non-application en l'espèce, ou l'illégalité des normes en découlant qui seraient dépourvues de base légale, mais peut fonder l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait du législateur* ». Il ne reste donc plus qu'à attendre que le juge administratif adopte une solution identique en matière de violation du droit communautaire dans la mesure où, selon l'article 55 de la Constitution, le contrôle de conventionnalité s'opère en faveur de tous les actes internationaux quels qu'ils soient¹⁷⁸⁰.

725 - Dans les situations où le dommage résulterait d'une violation du droit communautaire par le législateur, le respect des exigences internes comme communautaires commande ainsi de faire évoluer le régime de responsabilité existant à l'heure actuelle. Il n'est en effet plus possible, aujourd'hui, de maintenir, dans cette hypothèse, le régime de responsabilité sans faute du fait des lois fondé sur la considération, désormais « *d'un autre âge* »¹⁷⁸¹, que le Parlement serait souverain et ne connaîtrait pas de limites à son action. D'autant plus que, comme le rappelle M. l'avocat général Léger, le principe de primauté « *ne commande pas seulement qu'une loi contraire au droit communautaire soit laissée inappliquée. Il commande aussi que les dommages, que son application passée a provoqués, soient réparés* »¹⁷⁸². Dès lors, il s'avère obligatoire d'organiser, en droit interne, un régime

¹⁷⁷⁹ C. DEFFIGIER, note sous TA Paris, 11 octobre 2002, *Société Fipp*, préc., p. 957.

¹⁷⁸⁰ Il nous est permis d'être résolument optimiste pour l'avenir dans la mesure où le tribunal administratif de Clermont-Ferrand vient de décider, dans un jugement en date du 23 septembre 2004, *SA Fontanille*, req. n° 0101282, que : « (...) aux termes de l'art. 55 C. (...); de l'art. 10 (ex-art. 5) du traité du 25 mars 1957 (...) l'Etat est susceptible d'engager sa responsabilité sur le fondement d'une faute du pouvoir législatif du fait de l'adoption de lois qui ne seraient pas compatibles avec les stipulations d'un traité ou accord international régulièrement ratifié ou approuvé ; que parmi ces obligations, se trouve celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire soit directement, soit, à défaut, en assurant la réparation effective des préjudices qui en ont résulté ».

¹⁷⁸¹ Selon les termes de L. DUBOIS, in « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 587.

¹⁷⁸² Concl. sur CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, Rec. CJCE, p. I-2553, point 104.

permettant la réparation des dommages issus de violations du droit communautaire perpétrées tant par le pouvoir réglementaire que par le législateur. La réalisation d'un tel objectif s'annonce de prime abord comme une « véritable révolution »¹⁷⁸³ juridique, dans le sens où un tel régime viendrait affecter encore un peu plus profondément le statut incontestable de la loi dans l'ordre juridique interne. Néanmoins, il nous semble qu'une telle reconnaissance pourrait être sereinement envisageable à l'aide de quelques transpositions et alliances de règles nationales existantes.

SECTION 2^{nde} : Une reconnaissance sereinement envisageable par transposition de règles nationales existantes

726 - Dans l'état actuel de la jurisprudence du Conseil d'Etat, nous nous trouvons face à un double paradoxe. D'une part, depuis la solution rendue dans l'affaire « Arizona Tobacco Products »¹⁷⁸⁴, l'illégalité résultant d'une transposition erronée d'une directive engage la responsabilité de l'Etat sur le terrain de la faute. A l'inverse, au vu du dénouement de l'affaire « Société Jacques Dangeville »¹⁷⁸⁵, l'illégalité résultant de l'absence totale de transposition d'une directive bénéficie encore de l'immunité, les juges du Palais-royal ne s'étant pas expressément prononcés sur ce point. Cette différence de situation, guère acceptable pour le requérant, est en plus non réellement justifiable juridiquement dans la mesure où « *on ne peut pas affirmer sérieusement qu'une mauvaise transposition est une situation plus grave qu'une carence totale* »¹⁷⁸⁶. Elle semble provenir directement du fondement retenu par le Conseil d'Etat pour retenir la responsabilité de l'Etat. En effet, dans l'arrêt « Arizona Tobacco Products », le juge administratif considère que la responsabilité de l'Etat est engagée du fait d'une décision administrative illégale en tant que contraire à une directive, donc du fait d'une violation de la hiérarchie des normes. Or, en cas d'absence totale de transposition, « *il est difficile d'admettre que le principe de légalité puisse être violé alors qu'aucune norme n'est intervenue* »¹⁷⁸⁷. Néanmoins, il est utile de rappeler que, dans la plupart des cas, une carence

¹⁷⁸³ Selon l'expression de D. SIMON, in « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », art. préc., p. 282.

¹⁷⁸⁴ CE, Ass., 28 février 1992, Rec. CE, p. 78 ; RFDA, 1992, p. 425, note L. Dubouis ; AJDA, 1992, p. 210, concl. M. Laroque, et p. 329, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; RDP, 1992, p. 1505, concl. et note F. Fines ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : *ad augusta per augusta* », Europe, 1992, n° 4, p. 1 ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », RTDE, 1992, p. 265 ; R. KOVAR, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », D., 1992, chron., p. 207.

¹⁷⁸⁵ CE, Ass., 30 octobre 1996, préc.

¹⁷⁸⁶ C. BERTRAND, « La responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives communautaires », RDP, 1994, p. 1526.

¹⁷⁸⁷ *Idem*.

du législateur ne signifie pas pour autant l'absence d'illégalité, dans la mesure où le domaine communautaire concerné est souvent régi par un texte législatif antérieur.

D'autre part, l'analyse de la jurisprudence fait également ressortir le fait que, pour l'instant, seules les violations du droit communautaire commises par le pouvoir réglementaire engagent la responsabilité de l'Etat, le législateur semblant quant à lui continuer de bénéficier d'une immunité. Or, comme l'a fait remarquer D. Simon, « *on ne voit pas la raison qui justifierait une distinction, sur le terrain de la réparation, entre une transposition irrégulière par un acte réglementaire et une transposition irrégulière par un acte législatif* »¹⁷⁸⁸. Une telle distinction semble d'autant plus inappropriée que le droit communautaire peut recevoir application en droit interne, autant par une mesure législative que par une mesure réglementaire, un tel choix découlant, non seulement des règles constitutionnelles, mais également de simples raisons d'opportunité.

727 - Il est ainsi vivement souhaitable que ce double paradoxe prenne fin rapidement, dans la mesure où, comme le précise M. l'avocat général Léger, une distinction entre deux régimes de responsabilité, fondée notamment sur l'auteur à l'origine du dommage, est « *étrangère au droit communautaire* »¹⁷⁸⁹. Selon nous, il semble tout à fait possible de permettre à l'avenir l'engagement de la responsabilité de l'Etat, quels que soient, non seulement, les hypothèses de violation du droit communautaire, mais encore les auteurs de ces violations. La mise en œuvre d'un tel régime de responsabilité pourra se faire par adaptation de certaines règles existantes en droit français et reposera sur un double principe déjà énoncé par la jurisprudence administrative : tout manquement à une obligation préexistante est constitutive d'une faute (§ 1), mais tout manquement à une obligation préexistante n'entraîne pas pour autant l'indemnisation du préjudice subi par le requérant (§ 2).

§ 1 : La mise en œuvre d'un régime de responsabilité découlant d'un « manquement à une obligation préexistante »

728 - Pour reprendre la classique définition de M. Planiol, la faute est « *un manquement à une obligation préexistante* »¹⁷⁹⁰. De là, il y a faute lorsqu'une personne publique ou privée ne s'est pas conduit comme elle aurait dû. Il apparaît donc que tout comportement de l'Etat membre en contradiction avec les obligations que lui impose le droit

¹⁷⁸⁸ « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », art. préc., p. 282.

¹⁷⁸⁹ Concl. sur CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, préc.

¹⁷⁹⁰ Cité par R. CHAPUS, in *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1294.

communautaire est constitutif d'un manquement et donc d'une faute. Aucune différence de sanction fondée sur l'acte à l'origine de la violation du droit communautaire ne paraît justifiable. L'application erronée ou incomplète des normes communautaires, comme la carence totale dans la mission de transposition des directives, doivent pouvoir engager la responsabilité de l'Etat membre. Or, si la première hypothèse semble être sur la voie de la reconnaissance, tant en ce qui concerne l'administration que le législateur, l'hypothèse d'une absence de transposition dans les délais souffre encore d'une immunité. Cet état de fait doit selon nous être prochainement appelé à disparaître. Pour ce faire, le juge administratif pourrait très facilement admettre la responsabilité de l'Etat membre pour carence dans l'exécution de ses obligations communautaires en transposant à l'administration (A), comme au législateur (B), le régime relatif à l'inexécution des lois par le pouvoir réglementaire.

A - Une transposition sans heurt du régime relatif à l'inexécution des lois par le pouvoir réglementaire à l'hypothèse d'inexécution des normes communautaires par l'administration

729 - L'ordre juridique communautaire fait peser sur l'administration nationale de nombreuses obligations de faire et de ne pas faire. Si la plupart d'entre elles font l'objet d'une sanction en cas de non-respect (1), une hypothèse reste curieusement l'objet d'une immunité. Il s'agit du cas de retard abusif dans la transposition d'une directive, considéré comme une absence de transposition. Or, il nous semble que l'adaptation à ce cas de figure du régime relatif à l'inexécution des lois par le pouvoir réglementaire permettrait assez facilement de sanctionner ce manquement en droit interne (2).

1. L'étendue des obligations sanctionnées pesant sur l'administration en matière communautaire

730 - L'article 249 (ex-article 189) du traité CE selon lequel, « *la directive lie tout Etat membre destinataire quant aux résultats à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* », fait peser de nombreuses obligations sur les autorités nationales. Il leur appartient en effet de respecter toutes les charges nécessaires afin d'atteindre le résultat défini par la directive. Cette obligation de résultat est, pour ce qui concerne l'administration, en grande partie délimitée par le Conseil d'Etat. L'administration est ainsi « *tenue d'édicter des dispositions soit identiques soit d'effet*

équivalent »¹⁷⁹¹ à celle de la directive qu'il s'agit de transposer. Les autorités demeurent donc libres de choisir entre une reproduction à l'identique ou une adaptation nationale des dispositions de la directive, mais elles ne peuvent s'en écarter d'avantage en les complétant comme en les restreignant, sous peine de méconnaître alors la portée de l'obligation de résultat. Cette conformité de l'acte national de transposition avec la directive s'impose non seulement sur le fond mais également sur la forme¹⁷⁹². Confronté à cette obligation de transposition, l'autorité administrative - lorsque c'est elle qui aura été désignée pour le faire¹⁷⁹³ - est alors libre de déterminer les moyens qu'il convient d'employer pour atteindre le résultat recherché. Elle peut donc procéder à une transposition par un seul et même texte national, l'échelonner dans le temps en adoptant plusieurs textes successifs ou encore « *se borner à définir avec une précision suffisante les principes qu'elle entend retenir pour atteindre le résultat exigé et renvoyer à des actes ultérieurs la fixation des modalités d'application de ces principes* »¹⁷⁹⁴. Ainsi, l'obligation de transposition pesant sur l'administration sur le fondement direct de l'article 249 du Traité CE « *se dédouble* ». Il s'agit « *non seulement (...) de transposer effectivement la directive mais encore de la transposer correctement* »¹⁷⁹⁵.

731 - Parallèlement à cette obligation d'adopter des actes conformes au droit communautaire, il est également imposé à l'administration d'annihiler le droit national contraire. Pour ce faire, il lui appartient de respecter à la fois une contrainte négative et une contrainte positive¹⁷⁹⁶. La contrainte négative réside tout simplement dans l'interdiction faite à l'administration d'appliquer des actes nationaux contraires aux exigences communautaires. Consacrée implicitement dans deux décisions similaires datant l'une de 1987¹⁷⁹⁷, l'autre de 1990¹⁷⁹⁸, une telle prohibition va être révélée au grand jour par l'affaire « Arizona Tobacco

¹⁷⁹¹ CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, Rec. CE, p. 512.

¹⁷⁹² En effet, toutes les dispositions d'une directive s'imposent à l'administration, même celles qui subordonneraient la validité des mesures nationales de transposition à un exposé des motifs contenu dans ces mesures (cf. CE, 9 juillet 1993, *Association Force ouvrière consommateurs et autres*, Rec. CE, p. 212), ou celles qui tendraient à instituer une procédure de consultation communautaire préalable à la transposition nationale (cf. CE, 11 mars 1994, *Union des transporteurs en commun des Bouches-du-Rhône*, Rec. CE, p. 116).

¹⁷⁹³ Il est important de rappeler ici que les autorités nationales conservent une compétence discrétionnaire pour déterminer l'autorité habilitée à transposer une directive.

¹⁷⁹⁴ CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, préc.

¹⁷⁹⁵ G. ALBERTON, « L'applicabilité des normes communautaires en droit interne : les autorités administratives françaises : obligations de faire et de ne pas faire », RFDA, 2002, p. 4.

¹⁷⁹⁶ Pour une étude détaillée sur ce point, voir G. ALBERTON, « L'applicabilité des normes communautaires en droit interne : les autorités administratives françaises : obligations de faire et de ne pas faire », art. préc., p. 10 et s.

¹⁷⁹⁷ CE, 11 décembre 1987, *Danielou*, Rec. CE, p. 409.

¹⁷⁹⁸ CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, préc.

Products »¹⁷⁹⁹, dans la mesure où le Conseil d'Etat y reconnaît la responsabilité de l'Etat du fait de l'application par l'administration des dispositions d'une loi inconstitutionnelle, puis réaffirmée récemment à propos des circulaires¹⁸⁰⁰.

Quant à la contrainte positive, elle consiste à abroger, donc à priver d'effets, tout acte national inconstitutionnel. Conséquence de la solution dégagée dans l'arrêt « Alitalia »¹⁸⁰¹, cette obligation d'abrogation ou de modification concerne à la fois les actes administratifs réglementaires et les actes administratifs non réglementaires, à la différence près que les premiers doivent être abrogés, que leur illégalité soit issue d'un changement de circonstances postérieure à leur édicton¹⁸⁰² ou qu'ils aient été illégaux dès leur édicton¹⁸⁰³, tandis que les seconds doivent être abrogés uniquement en cas d'illégalité suite à un changement de circonstances¹⁸⁰⁴.

Sur ce point, il convient d'ajouter le fait que le Conseil d'Etat a très récemment dégagé, dans un arrêt « Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse »¹⁸⁰⁵, une autre obligation pour l'administration permettant d'obtenir l'abrogation ou la modification d'une loi inconstitutionnelle. Une telle obligation devait nécessairement se faire par une voie détournée, puisque le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs interdit au juge administratif d'ordonner directement au législateur de se livrer à une telle abrogation. En l'espèce, il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision implicite de refus du Premier ministre d'engager la procédure de délégalisation prévue à l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, en vue de modifier par décret les dispositions de la loi du 15 juillet 1994, de manière à les mettre

¹⁷⁹⁹ CE, Ass., 28 février 1992, préc.

¹⁸⁰⁰ CE, 30 juillet 2003, *Association avenir de la langue française*, Dr. adm., 2003, comm. n° 219, note M. Lombard ; Europe, 2004, comm. n° 30, obs. E. Saulnier et P. Cassia ; AJDA, 2003, p. 2156, note J.-M. Pontier : « s'il appartient aux autorités administratives nationales, sous le contrôle du juge, d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi en donnant à celle-ci, dans tous les cas où elle se trouve dans le champ d'application d'une règle communautaire, une interprétation qui, dans la mesure où elle le permet, soit conforme au droit communautaire, et notamment aux objectifs fixés par les directives du Conseil, et s'il appartient le cas échéant, aux ministres, dans l'hypothèse où des dispositions législatives se révéleraient incompatibles avec des règles communautaires, de donner instruction à leurs services de n'en point faire application, les ministres ne peuvent en revanche trouver dans une telle incompatibilité un fondement juridique les habilitant à édicter des dispositions de caractère réglementaire qui se substitueraient à ces dispositions législatives ».

¹⁸⁰¹ CE, Ass., 3 février 1989, préc. En l'espèce, le Conseil d'Etat énonce que « l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ».

¹⁸⁰² Voir, par ex. : CE, Ass., 10 janvier 1964, *Simmonet*, Rec. CE, p. 19 - CE, 23 mars 1994, *Aymé Jouve*, Rec. CE, p. 156 - CE, 12 juin 1998, *Sarl Cie Téléphonique*, Dr. adm., 1998, comm. n° 331, obs. C.M.

¹⁸⁰³ Voir, notamment : CE, 12 mai 1976, *Leboucher et Tarandon*, Rec. CE, p. 246 - CE, sect., 30 janvier 1981, *Sté Afrique France Europe transaction*, Rec. CE, p. 32, concl. M.-D. Hagelsteen - CE, 1er mars 1989, *Syndicat CFDT des arsenaux du Val-de-Marne*, Dr. adm., 1989, n° 209 - CE, 2 mars 1992, *Sarl Rabreau*, Rec. CE, p. 102.

¹⁸⁰⁴ CE, sect., 30 novembre 1990, *Association Les Verts*, Rec. CE, p. 339.

¹⁸⁰⁵ CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, préc.

en conformité avec les objectifs de la directive de 1979 relative à la protection des oiseaux sauvages. Le Conseil d'Etat va tout d'abord affirmer qu'une telle « *décision se rattachait à l'exercice du pouvoir réglementaire et revêtait ainsi le caractère d'une décision administrative* », donc susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, avant de poursuivre en considérant qu'il incombe « *au Premier ministre (...) de tirer les conséquences de ce que les dispositions d'une loi sont incompatibles avec les objectifs d'une directive (...)* ». La Haute juridiction administrative énonce ainsi ici une obligation de résultat pour l'administration, par l'intermédiaire du Premier ministre, d'abroger les actes législatifs inconstitutionnels même si l'autorité conserve une liberté de choisir en ce qui concerne le moment et les moyens à utiliser pour parvenir à cette fin¹⁸⁰⁶.

732 - Soucieux de faire respecter de manière effective toutes ces obligations, le juge administratif a également prévu les sanctions de leur non-respect. En effet, en l'état actuel de la jurisprudence, des mesures administratives litigieuses prises pour la mise en application des normes communautaires peuvent, d'une part, faire l'objet d'une annulation¹⁸⁰⁷ et, d'autre part, engager la responsabilité de l'Etat sur le fondement de la faute¹⁸⁰⁸. Ce faisant, la transposition incomplète ou lacunaire sera sanctionnée. De la même manière, le refus d'abrogation d'un acte national contraire à une norme communautaire pourra être sanctionné à la fois sur le terrain de l'excès de pouvoir¹⁸⁰⁹, et sur celui du plein contentieux¹⁸¹⁰. Ainsi, il semble que le requérant, victime d'un préjudice du fait du non-respect par l'administration d'une de ces obligations, dispose de recours effectifs pour mettre fin à la situation litigieuse.

733 - La mise en application des normes communautaires fait ainsi peser de lourdes obligations sur les autorités administratives. Mais si le juge administratif s'efforce de faire respecter ces contraintes de manière effective, il reste néanmoins encore une hypothèse qu'il

¹⁸⁰⁶ Le Conseil d'Etat précise, en effet en l'espèce, que le Premier ministre « dispose pour ce faire d'un large pouvoir d'appréciation quant à la détermination de la date et de la procédure appropriées pour parvenir à cette fin ». Il lui appartient dès lors, sous réserve de satisfaire à son obligation de résultat, de choisir concrètement entre le dépôt d'un projet de loi modificatif ou abrogatif ou l'utilisation de la procédure constitutionnelle de délégalisation.

¹⁸⁰⁷ Voir, par ex. : CE, sect., 22 décembre 1978, *Syndicat viticoles des Hautes graves de Bordeaux*, Rec. CE, p. 526 - CE, 23 mars 1992, *Sté Klockner France*, Rec. CE, p. 133 - CE, 8 décembre 2000, *Eglise de scientologie de Paris*, Dr. adm., 2001, n° 72.

¹⁸⁰⁸ CE, Ass., 28 février 1992, *Arizona Tobacco Products*, préc.

¹⁸⁰⁹ CE, 21 février 1997, *Calbo*, Rec. CE, T, p. 1018. Dans cette espèce, la Haute juridiction administrative précise, en plus, que « l'annulation d'une décision administrative refusant d'abroger un texte illégal implique nécessairement l'édiction de mesures mettant fin à l'application des dispositions dont l'illégalité a été constatée ».

¹⁸¹⁰ CE, 5 mai 1986, *Fontanilles-Laurelli*, Rec. CE, p. 127.

se refuse à envisager. Il s'agit de la sanction d'une absence totale de transposition entendue comme un retard abusif¹⁸¹¹ dans cette opération.

2. Vers une solution concernant le cas de retard abusif constitutif d'une absence de transposition

734 - La non reconnaissance par le Conseil d'Etat de sanction applicable à l'autorité administrative en cas d'absence totale de sa part de tout acte de transposition d'une directive (constituée par un retard abusif), apparaît à l'heure actuelle difficilement compréhensible. En effet, dans cette hypothèse, il y a un manquement évident à l'obligation de résultat posée par le traité de Rome¹⁸¹². Il semblerait donc logique qu'un recours puisse être exercé contre l'administration dans le cas où celle-ci n'aurait pas satisfait à cette obligation, d'autant plus que, depuis 1978, le juge administratif considère que « *les autorités nationales sont tenues d'adapter la réglementation aux directives qui leur sont destinées* »¹⁸¹³. La situation semble d'autant plus critiquable que certains auteurs¹⁸¹⁴ font valoir que le recours aux règles jurisprudentielles nationales permettrait aisément de sanctionner la carence des autorités administratives dans la transposition des directives. Il en est ainsi du professeur D. Simon qui fut l'un des premiers à estimer qu'« *on pourrait rapprocher ce cas de figure de la jurisprudence des juridictions administratives françaises établissant un droit à réparation dans les hypothèses d'une carence de l'administration dans l'adoption des actes réglementaires d'exécution des lois* »¹⁸¹⁵.

Il semble en effet possible de faire un parallèle entre le cas où l'administration n'a pas édicté les mesures nécessaires à l'application d'un texte interne¹⁸¹⁶, de celui où

¹⁸¹¹ Pour une analyse détaillée de la notion de retard et du régime de responsabilité applicable, voir G. MARTIN, « La responsabilité de la puissance publique pour retard », LPA, 1^{er} septembre 1999, n° 174, p. 4 (1^{ère} partie), LPA, 3 septembre 1999, n° 176, p. 4 (2^{nde} partie) et LPA, 6 septembre 1999, n° 177, p. 7 (fin).

¹⁸¹² Obligation énoncée à l'article 249 (ex-article 189) du traité CE.

¹⁸¹³ CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, Rec. CE, p. 524 ; RTDE, 1979, p. 157, concl. B. Genevois et note L. Dubouis.

¹⁸¹⁴ Voir, notamment : D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres pour non-transposition des directives », Europe, 1991, n° 12, p. 1 - G. ALBERTON, « L'applicabilité des normes communautaires en droit interne : les autorités administratives françaises : obligations de faire et de ne pas faire », art. préc., p. 4 - S. GROSSRIEDER-TISSOT, *Faute et illégalité dans la responsabilité publique*, Thèse, Nancy 2, 1999, p. 150 et s. - J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 288 - P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 230 - H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 231 et s. - C. BERTRAND, « La responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives communautaires », art. préc., p. 1521.

¹⁸¹⁵ D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : *ad augusta per augusta* », Europe, 1992, n° 4, p. 3.

¹⁸¹⁶ A noter que cette obligation de prendre les mesures réglementaires nécessaires à l'application des lois cède devant l'exigence de respecter la hiérarchie des normes telle qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution.

l'administration n'a pas édicté les mesures nécessaires à la transposition d'une directive. Or, saisi d'une affaire dans laquelle l'administration avait manqué à son obligation de prendre les règlements d'application d'un décret, le Conseil d'Etat a considéré, dans un arrêt « Dame veuve Renard »¹⁸¹⁷, que cette abstention était « *constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat* ». Quelques années auparavant, la Haute juridiction avait déjà estimé que les autorités administratives ne peuvent légalement s'abstenir de prendre les mesures réglementaires nécessaires à l'application d'une ordonnance législative¹⁸¹⁸. C'est donc ce régime¹⁸¹⁹ que D. Simon propose d'appliquer très logiquement à la non transposition d'une directive communautaire, d'autant plus que cette analogie avait déjà été relevée par B. Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt « Cohn-Bendit »¹⁸²⁰.

735 - L'hypothèse d'une absence totale de mesures administratives de transposition d'une directive semble donc pouvoir être réglée par l'application de la jurisprudence « Dame veuve Renard ». Reste à déterminer de manière précise les sanctions susceptibles d'être infligées à l'administration. Il semble possible d'affirmer - toujours par parallélisme avec le régime applicable au cas de carence administrative s'agissant de l'application des lois nationales - que l'administration pourrait se voir sanctionner sur le double terrain de la légalité et de la responsabilité. D'une part, comme le précise G. Alberton¹⁸²¹, l'illégalité pourrait alors résulter du refus (exprès ou tacite) de prendre les mesures nécessaires à la transposition des directives, et l'annulation de ces décisions de refus pourrait même s'accompagner, en application de la loi du 8 février 1995, d'une injonction d'adopter les actes

Voir, CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, AJDA, 1999, p. 823, note R. Ricci. En l'espèce, le Conseil d'Etat considère que le refus du gouvernement, de prendre les mesures réglementaires destinées à l'application de l'article L. 601-4 du Code de la santé publique, est légal au motif que cette disposition législative était incompatible avec le droit communautaire.

¹⁸¹⁷ CE, Ass., 27 octobre 1964, *Dame Veuve Renard*, Rec. CE, p. 590, concl. Y. Galmot ; AJDA, 1964, p. 678, chron. M. Puybasset et J.-P. Puissochet ; D., 1965, p. 632, note J.-M. Auby. En l'espèce, un décret instituant un régime de retraites complémentaires pour certains agents de l'Etat prévoyait qu'un second décret déterminerait les modalités d'application. Or, aucun acte réglementaire postérieur n'était intervenu, ce qui causait un préjudice pour le requérant. Pour une réaffirmation de ce principe, voir par ex. : CE, 9 avril 1993, *Sté des auteurs des arts visuels*, Rec. CE, p. 107 - CE, 29 novembre 1999, *Polyclinique des Alpilles*, Rec. CE, p. 369 ; D., 2000, SC, p. 253, obs. P. Bon et D. de Béchillon - CE, 22 janvier 2003, *Association de loisirs cynégétiques en enclos*, Env., 2003, comm. n° 34, note L. Benoit.

¹⁸¹⁸ CE, 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec. CE, p. 475.

¹⁸¹⁹ Pour une étude détaillée de cette obligation d'exercer le pouvoir réglementaire, voir R. HANICOTTE, « Le juge face aux retards des textes d'application », RDP, 1986, p. 1667 - J.-M. BRETON, « L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois », RDP, 1993, p. 1750.

¹⁸²⁰ Concl. sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, préc., p. 157. Le commissaire du gouvernement affirme que la non transposition de la directive pertinente était, en l'espèce, constitutive d'une faute de nature à mettre en jeu la responsabilité de l'Etat par application de la jurisprudence « Dame Veuve Renard ».

¹⁸²¹ G. ALBERTON, « L'applicabilité des normes communautaires en droit interne : les autorités administratives françaises : obligations de faire et de ne pas faire », art. préc., p. 5.

concernés dans un délai déterminé¹⁸²², injonction éventuellement assortie d'une astreinte¹⁸²³. D'autre part, le retard considéré comme abusif dans la transposition des directives serait constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

736 - Malgré l'absence d'affirmation expresse de la part du Conseil d'Etat de la possibilité d'engager la responsabilité pour faute de l'Etat du fait d'un retard abusif de l'administration dans la transposition des directives, il est cependant possible de déceler dans la jurisprudence récente quelques signaux en faveur d'une prochaine reconnaissance de cette solution. Tout d'abord, dans un arrêt « Vassilikiotis » en date du 29 juin 2001¹⁸²⁴, le Conseil d'Etat va en effet rappeler l'obligation pour l'administration de prendre les règlements d'application d'une loi, loi qui en l'espèce était destinée à assurer l'application effective d'exigences communautaires. Ici, si le droit communautaire n'est qu'indirectement concerné, il est quand même possible de relier cette solution à l'admission de la sanction d'illégalité en cas de retard abusif dans la transposition. Ensuite, dans un jugement « Société Suez-Lyonnaise des eaux » rendu le 2 mai 2001¹⁸²⁵, le tribunal administratif de Rennes va accepter d'engager la responsabilité de l'Etat pour faute du fait du retard abusif de l'administration dans la transposition de la directive du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates. Reste à attendre la confirmation du Conseil d'Etat sur la question.

Enfin, s'agissant de l'appréciation du caractère abusif du retard, la Haute juridiction administrative vient de rejoindre récemment la position du juge communautaire, démontrant ainsi sa volonté d'avancer vers la reconnaissance d'une sanction en cas de carence dans la transposition d'une directive. En effet, dans le cas où la directive fixe elle-même le délai imparti pour sa transposition, la Cour de justice considère depuis toujours que ce délai est impératif et que donc l'inertie fautive commence à l'expiration de celui-ci¹⁸²⁶. Le juge

¹⁸²² Pour un exemple de prescription de prendre, dans un délai d'un an, les décrets d'application d'une loi, voir CE, 26 juillet 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, Rec. CE, p. 293.

¹⁸²³ Pour un exemple d'injonction de prendre, dans un délai de six mois, les décrets d'application d'une loi, injonction assortie d'une astreinte de 1 000 F par jour de retard, voir CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, RFDA, 2000, p. 1167.

¹⁸²⁴ CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, RFDA, 2001, p. 980. Saisi d'un litige concernant la reconnaissance mutuelle des diplômes préalable à la délivrance de la carte professionnelle de guide dans les musées, le Conseil d'Etat a considéré, en l'espèce, que « les autorités compétentes étaient tenues de prendre, dans un délai raisonnable, les mesures ministérielles prévues par un décret (pris lui-même sur le fondement d'une loi), afin de permettre l'attribution des cartes professionnelles aux ressortissants communautaires qui ne possédaient pas un diplôme français ». Pour un autre exemple, voir CE, 4 avril 2001, *Mme Larsen-Bocquet*, Europe, 2001, n° 197.

¹⁸²⁵ TA Rennes, 2 mai 2001, *Société Suez-Lyonnaise des eaux*, AJDA, 2001, p. 593, concl. J.-F. Coënt ; Europe, 2001, comm. n° 247, obs. P. Cassia.

¹⁸²⁶ CJCE, 26 février 1976, *Commission c/ Italie*, aff. n° 52/75, Rec. CJCE, p. 277. La position de la Cour s'explique aisément du fait que les Etats membres ont la possibilité de solliciter, avant que le délai imparti ne soit expiré, une prorogation éventuelle de celui-ci (cf. CJCE, 1^{er} mars 1983, *Commission c/ Belgique*, aff. n° 301/81, Rec. CJCE, p. 467).

national, quant à lui, énonce, depuis sa solution « Dame veuve Renard »¹⁸²⁷, qu'en matière de textes d'application des lois, l'autorité compétente doit s'acquitter de son obligation dans « un délai raisonnable » concrètement apprécié par elle et contrôlé par le juge. Or, dans un arrêt « France Nature environnement » rendu le 10 janvier 2001¹⁸²⁸, le Conseil d'Etat vient de juger que les délais figurant dans une directive sont absolument impératifs pour l'administration nationale. Il est donc établi aujourd'hui que le point de départ de la carence administrative à transposer une directive se trouve constitué par l'expiration du délai fixé au niveau communautaire¹⁸²⁹.

737 - La simple transposition du régime relatif à l'inexécution des lois par le pouvoir réglementaire permettra ainsi selon nous de sanctionner l'hypothèse d'inexécution des normes communautaires par l'administration. De plus, comme le relève L. Dubouis, « la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des particuliers à raison du dommage causé par la non transposition d'une directive constitue une excellente illustration de convergence facile à réaliser entre la jurisprudence administrative et celle de la Cour de justice »¹⁸³⁰. Toutefois, l'auteur prend soin de préciser que la jurisprudence « Dame veuve Renard » ne concernait que le défaut de transposition imputable au pouvoir exécutif, et que « la carence du législateur (demeure) la source de graves difficultés »¹⁸³¹. Néanmoins, il nous semble que ce régime peut être également transposable au cas d'inexécution des normes communautaires par le législateur.

B - Une transposition sans heurt du régime relatif à l'inexécution des lois par le pouvoir réglementaire à l'hypothèse d'inexécution des normes communautaires par le législateur

738 - Dans le cas où la transposition d'une directive reviendrait au législateur national, celui-ci se trouve dans une situation réglementée¹⁸³², il lui appartient de remplir une obligation de résultat constituant à prendre toutes les mesures nécessaires afin de permettre

¹⁸²⁷ CE, Ass., 27 octobre 1964, *Dame Veuve Renard*, préc.

¹⁸²⁸ CE, 10 janvier 2001, *France Nature Environnement*, RFDA, 2001, p. 536. En l'espèce, le Conseil d'Etat énonce ainsi que les autorités nationales doivent atteindre le résultat fixé par les directives « à l'issue du délai qui leur est imparti dans la directive ».

¹⁸²⁹ A noter qu'en cas d'absence de délai de transposition dans la directive, la règle du délai raisonnable, posée en droit interne, ne semble pas *a priori* engendrer de problème, dans la mesure où le juge communautaire accorde lui-même, dans cette hypothèse, un délai raisonnable (cf. CJCE, 8 février 1973, *Commission c/ Italie*, aff. n° 30/72, Rec. CJCE, p. 161).

¹⁸³⁰ L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », RFDA, 1992, p. 6.

¹⁸³¹ *Idem*.

¹⁸³² Cf. art. 249 (ex-art. 189) du traité CE.

l'application de la norme communautaire. Sa mission se rapproche dès lors assez de celle exercée par le pouvoir réglementaire (1), d'où l'éventualité de pouvoir engager la responsabilité de l'Etat législateur en cas de carence dans la transposition des directives sur le modèle de la jurisprudence « Dame veuve Renard »¹⁸³³. Une telle solution, outre le fait qu'elle permettrait une protection plus effective des droits des particuliers, aurait également le mérite de mettre fin à l'immunité que le législateur a tendance à organiser pour lui-même (2).

1. La mission du législateur peut s'apparenter à celle du pouvoir réglementaire

739 - Dans ses conclusions sur l'arrêt « Francovich », l'avocat général Mischo écrivait qu'« *en ce qui concerne la transposition des directives, le législateur se trouve dans une situation proche de celle de l'administration chargée de l'exécution d'une loi* »¹⁸³⁴. Nous pensons que cette mise en parallèle est pertinente dans la mesure où le législateur ne dispose pas de la même autorité dans le contexte communautaire et dans le contexte purement interne. En effet, dans le cadre communautaire, la souveraineté autant que le pouvoir discrétionnaire du législateur sont largement amoindris. Le Parlement se retrouve dépossédé d'une partie de ses prérogatives. Comme le relève P. Senkovic¹⁸³⁵, le « *pouvoir législatif est doublement limité. Tout d'abord parce que des normes législatives importantes élaborées en dehors du Parlement entrent dans le système juridique. De surcroît et de manière encore plus importante parce que le législateur ne peut pas les modifier librement* ». Ainsi, il apparaît que, dans la mise en œuvre du droit communautaire, le rôle du législateur se rapproche « *de celui de l'administration nationale agissant dans un cadre bien délimité et ne disposant pas d'une entière liberté de choix* »¹⁸³⁶.

740 - Dès lors, il nous semble possible d'appliquer, au cas d'inexécution d'une directive communautaire par le législateur, le régime de responsabilité pour faute encouru par le pouvoir réglementaire en cas d'inexécution d'une loi. Au vu de la démonstration avancée par J.-M. Favret¹⁸³⁷, on peut en effet affirmer qu'il existe certains points communs entre le législateur et le pouvoir réglementaire concernant les causes d'inexécution de leur obligation respective. Ainsi, le retard abusif constaté dans l'exécution des directives peut résulter,

¹⁸³³ CE, Ass., 27 octobre 1964, préc.

¹⁸³⁴ Concl. sur CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, Rec. CJCE, p. I-5402, point 47.

¹⁸³⁵ P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, op. cit., p. 216-217.

¹⁸³⁶ *Idem*, p. 223.

¹⁸³⁷ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 318 et s.

comme dans le cas de retard dans l'adoption des textes d'application des lois, d'impératifs soit techniques, soit politiques. S'agissant des causes techniques, l'auteur évoque en effet le fait que les lois, comme les directives, sont toujours plus nombreuses¹⁸³⁸ et souvent complexes¹⁸³⁹, d'où la difficulté de respecter les délais impartis pour transposer une directive comme pour adopter les textes réglementaires d'application d'une loi. Concernant les causes plus politiques, J.-M. Favret envisage l'éventualité que les autorités administratives puissent vouloir freiner, autant que possible, l'élaboration et l'adoption des textes d'application d'une loi votée par le Parlement sous la pression de l'opinion publique ou des représentants d'une profession¹⁸⁴⁰. Il y voit ici une possible ressemblance avec le cas des directives communautaires. Dans la plupart des cas, celles-ci sont en effet aujourd'hui adoptées à la majorité qualifiée par le Conseil. Dès lors, « *si un Etat membre a été minorisé dans la négociation et que l'acte a pu être adopté sans son accord, l'autorité nationale chargée de la transposition pourra manifester quelques réticences et retarder l'élaboration et l'adoption des mesures internes de transposition* »¹⁸⁴¹.

741 - En tout état de cause, il semble donc que l'hypothèse d'une inexécution d'une directive par le législateur national présente des similitudes avec celle d'une inexécution d'une loi interne par le pouvoir réglementaire, d'où la proposition d'appliquer à la première le régime de responsabilité pour faute existant à l'heure actuelle pour la seconde. Une telle solution aurait au moins le mérite de mettre fin à la tendance que manifeste aujourd'hui le législateur à organiser sa propre immunité.

¹⁸³⁸ On sait que près de 1 700 directives ont été adoptées depuis l'institution des Communautés.

¹⁸³⁹ Pour l'auteur, « une directive (...) reflète les compromis plus ou moins heureux entre les positions des nombreuses délégations représentées à la table des négociations. La volonté de recueillir l'accord d'un maximum d'Etats membres sur les dispositions d'un acte communautaire aboutie souvent à des rédactions maladroites, à des silences curieux ou à des contradictions flagrantes ». Ceci est encore plus vrai, à l'heure actuelle, dans la mesure où, depuis le 1^{er} mai 2004, l'Union européenne est constituée de 10 nouveaux Etats (25 au total).

¹⁸⁴⁰ A titre d'illustration, et reprenant l'exemple cité par M. GUIBAL (cf « Le retard des textes d'application des lois », RDP, 1974, p. 1039), l'auteur fait ainsi référence à la « Loi Faure » de novembre 1968, relative à l'enseignement supérieur qui, trois ans après sa promulgation, n'avait toujours pas reçu tous ses textes d'application (cf. *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 320).

¹⁸⁴¹ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra-contractuelle*, op. cit., p. 321.

2. Une solution à l'organisation de sa propre immunité par le législateur

742 - A l'heure actuelle, le juge administratif n'accepte d'examiner la conventionnalité d'une loi uniquement lorsque la légalité d'un acte administratif procédant de celle-ci est contestée¹⁸⁴². Certes, le Conseil d'Etat semble avoir quelque peu atténué ses exigences puisque, dans un arrêt « Meyet » rendu le 2 juin 1999¹⁸⁴³, il considère que le recours contre un acte administratif non décisoire peut être recevable dès lors que l'acte en cause « *méconnaît le sens et la portée* » des dispositions qu'il se propose d'explicitier ou « *contrevient aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques* ». Mais, comme le précise K. Michelet¹⁸⁴⁴, le juge administratif continue encore d'exiger la médiation d'un acte administratif pour que le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi soit recevable et que son application soit éventuellement neutralisée. L'assouplissement vient du fait que la nature de cet acte administratif est indifférente¹⁸⁴⁵.

743 - Cette règle, s'imposant à la fois dans le cadre du recours pour excès de pouvoir que dans celui du plein contentieux, s'explique aisément par le principe de l'obligation d'une décision administrative préalable. Néanmoins, une telle solution constitue de manière évidente une importante limite au contrôle de conventionnalité de la loi, et par-là à la reconnaissance de l'engagement de la responsabilité de l'Etat en cas de préjudice causé par une violation du droit communautaire. En effet, elle aboutit à la nécessité de faire une distinction entre deux sortes de dispositions législatives. On trouve d'une part, « *les dispositions législatives inconventionnelles imposant l'édiction de règlements d'application ou servant de base à un quelconque acte administratif* » et qui peuvent ainsi être éventuellement contrôlées, et d'autre part, « *celles ne nécessitant aucun règlement d'application, c'est-à-dire applicables en l'état* » dans la mesure où « *leur contestation se révèle impossible et leur mise en œuvre (...) quasi inévitable* »¹⁸⁴⁶. Il semble donc aisé pour les pouvoirs publics de contourner cette obligation de respecter les contraintes

¹⁸⁴² Voir, par ex. : CE, 6 février 1987, *Albert*, req. n° 80905 - CE, 24 mai 1995, *Brunet*, req. n° 131990.

¹⁸⁴³ CE, sect., 2 juin 1999, *Meyet*, Rec. CE, p. 160 ; AJDA, 1999, p. 560, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; LPA, juin 1999, n° 113, p. 11, concl. J.-Cl. Bonichot. Dans le même sens, voir également CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, RFDA, 2002, p. 723, concl. S. Boissard ; AJDA, 2002, p. 586, chron. F. Donnat et D. Casas - CE, sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Dr. adm., 2003, n° 73 ; AJDA, 2003, p. 487, chron. F. Donnat et D. Casas. Dans cette dernière espèce, le Conseil d'Etat déclare que l'interprétation par voie de circulaires ou d'instructions des lois et règlements par l'administration n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait faire grief, mais qu'en revanche « les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ».

¹⁸⁴⁴ K. MICHELET, « La loi inconventionnelle », art. préc., p. 30.

¹⁸⁴⁵ Il peut alors s'agir d'un règlement d'exécution de la loi, d'une décision administrative réglementaire ou individuelle, voire même d'un acte administratif ayant simplement la loi inconventionnelle pour base.

¹⁸⁴⁶ K. MICHELET, « La loi inconventionnelle », art. préc., p. 30.

communautaires en ayant recours à des dispositions législatives ne nécessitant aucun texte d'application, plutôt qu'à des actes administratifs susceptibles d'être sanctionnés par le juge. C'est justement ce que fit le législateur français fort embarrassé par certaines dispositions relatives à la chasse contenues dans la directive 79/409/CEE du 2 avril 1979, concernant la protection des oiseaux sauvages. Après plusieurs annulations par les juridictions du premier degré¹⁸⁴⁷ d'arrêtés préfectoraux et ministériels illégaux en raison de leur contrariété avec la directive telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes¹⁸⁴⁸, le législateur est intervenu à deux reprises édictant « *des textes de circonstances destinés à entraver la jurisprudence et la transposition d'une norme communautaire* »¹⁸⁴⁹. Par une loi dite « Lang » du 15 juillet 1994, puis ensuite par une loi du 3 juillet 1998¹⁸⁵⁰, il a en effet lui-même fixé les dates d'ouverture et de fermeture de la chasse échappant ainsi « *à la fois à la censure des juridictions administratives et - au moins un temps - à l'obligation de mettre le droit interne en conformité avec (...) les exigences communautaires* »¹⁸⁵¹.

La reconnaissance d'une responsabilité pour faute de l'Etat législateur en cas de transposition incorrecte, comme d'absence de transposition, apparaît donc s'imposer d'elle-même. L'utilisation du mécanisme issu de la jurisprudence « Dame veuve Renard » permettra de mettre fin à cette immunité du législateur en acceptant de le mettre en cause lorsqu'il n'a pas agi, et ce même dans le cas où aucune loi antérieure relative au domaine communautaire concerné n'existerait dans l'ordre juridique interne.

744 - Il semble ainsi que, par transposition de règles nationales existantes, le juge administratif puisse s'autoriser à reconnaître, à l'avenir, l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire, et ce peu importe l'acte à l'origine de la violation (action ou omission). Le régime français collerait dès lors fidèlement au modèle dégagé par la Cour de justice, dans la mesure où le juge communautaire précise que le principe de responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire est « *valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un Etat membre, et ce quel que soit l'organe de l'Etat membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du*

¹⁸⁴⁷ Pour une évocation de cette jurisprudence, voir G. CHAROLLOIS, « Le protecteur de la nature, le droit et le chasseur », D., 1999, chron. p. 389 et s.

¹⁸⁴⁸ CJCE, 19 janvier 1994, *Association pour la protection des animaux sauvages c/ Préfet du Maine-et-Loire*, aff. C/435-92, Rec. CJCE, p. I-67.

¹⁸⁴⁹ G. CHAROLLOIS, « Le protecteur de la nature, le droit et le chasseur », chron. préc., p. 391.

¹⁸⁵⁰ Respectivement : D., 1994, Lég., p. 376 et D., 1998, Lég., p. 266.

¹⁸⁵¹ K. MICHELET, « La loi inconventionnelle », art. préc., p. 30. Une telle volonté avait d'ailleurs été clairement exprimée au cours des débats parlementaires (cf. AN, rapp. L. Poniatoski, n° 974 10-06/98, p. 10).

manquement »¹⁸⁵². Toutefois, s'il est possible par application des règles du droit français, d'envisager la mise en œuvre d'un régime de responsabilité de l'Etat découlant directement d'un manquement à une obligation préexistante, il s'agit de ne pas omettre que le régime envisagé ne peut être qu'un régime spécifique dans lequel tout « *manquement à une obligation préexistante* »¹⁸⁵³ n'entraîne pas une indemnisation.

§ 2 : La mise en œuvre d'un régime spécifique de responsabilité dans lequel « tout manquement à une obligation préexistante » n'entraîne pas une indemnisation

745 - Toute violation du droit communautaire constitue une illégalité dans le sens où l'Etat membre n'a pas respecté les obligations pesant sur lui en vertu du traité de Rome, obligations s'imposant à lui selon les dispositions de l'article 55 de la Constitution. En droit français, depuis que la théorie de l'erreur d'appréciation a été abandonnée par une décision « Driancourt » du 26 janvier 1973¹⁸⁵⁴, le juge administratif considère que toute action administrative se situant hors des limites de la légalité constitue en elle-même une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique¹⁸⁵⁵. Ainsi, il semble apparaître que toute violation du droit communautaire est constitutive d'une faute. Or, il est important de rappeler ici que, par souci d'harmonisation et d'encadrement des conditions de mise en œuvre de la responsabilité des Etats membres, la Cour de justice des Communautés européennes a délibérément fait le choix de l'exigence d'une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire¹⁸⁵⁶. Se pose donc une question fondamentale : le droit administratif français a-t-il les moyens de s'adapter à ce standard minimum ? Va-t-on pouvoir maintenir le principe selon lequel toute illégalité est fautive tout en reproduisant le plus fidèlement possible le modèle communautaire axé sur le degré d'intensité de la violation ? Un tel défi ne nous paraît pas insurmontable dans la mesure où la solution issue de l'arrêt

¹⁸⁵² CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, aff. jtes, C-46/93 et C-48/93, Rec. CJCE, p. I-1029, point 32.

¹⁸⁵³ Selon la célèbre définition de la faute de M. PLAGNIOL, citée par R. CHAPUS, in *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1294.

¹⁸⁵⁴ CE, 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, préc. En l'espèce, il était question d'une erreur d'appréciation de l'autorité de police, laquelle avait ordonné, à tort, la fermeture d'un établissement considéré par les voisins comme portant atteinte au calme et au standing de l'avenue Victor-Hugo à Paris. Le Conseil d'Etat a estimé que « cette illégalité, à supposer même qu'elle soit imputable à une simple erreur d'appréciation, a constitué une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique ».

¹⁸⁵⁵ Pour une critique de ce principe par P. DUEZ et la démonstration que la jurisprudence n'est pas aussi définitive, voir *supra*, § n° 614.

¹⁸⁵⁶ Exigence posée pour la première fois dans l'affaire « *Brasserie du pêcheur-Factortame III* », préc., point 51. Pour une analyse détaillée sur ce point, voir *supra*, § n° 544 et s.

« Driancourt » ne signifie pas pour autant qu'il y ait toujours adéquation totale entre illégalité, faute et responsabilité¹⁸⁵⁷. En effet, certains vices de procédure ou de forme peuvent, s'ils entachent des décisions parfaitement justifiées au fond, ne pas être source de responsabilité¹⁸⁵⁸. De plus, l'engagement de la responsabilité est toujours subordonné à l'exigence que le préjudice invoqué soit certain et direct, comme à la condition que la victime n'ait pas subi un dommage prévisible. Or, ces deux conditions se retrouvent également dans la jurisprudence communautaire¹⁸⁵⁹. Enfin, et surtout, il arrive que le Conseil d'Etat exige la preuve d'une faute lourde, c'est-à-dire d'une certaine gravité, pour engager la responsabilité administrative.

Il nous semble ainsi que l'utilisation combinée de certaines solutions existantes en droit interne pourraient permettre la mise en œuvre d'un régime de responsabilité pour violation du droit communautaire. Un tel régime coïnciderait avec les exigences posées par la Cour de justice dans la mesure où le caractère de gravité de la violation du droit communautaire serait un élément important (A), tout en étant applicable à la fois à l'administration et au législateur, malgré la nécessité d'une réflexion autour du caractère approprié de la notion de faute (B).

¹⁸⁵⁷ Pour une justification de cette affirmation, voir notamment : R. CHAPUS selon lequel « l'équation « illégalité égale faute » ne signifie pas que la faute que constitue l'illégalité est invariablement de nature à engager la responsabilité » (cf *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, p. 1295) - J. MOREAU, « L'influence du développement de la construction européenne sur le droit français de la responsabilité de la puissance publique », *L'Europe et le droit*, Mélanges en hommage à J. Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, p. 409 et s. - Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 1998, t. 2, p. 262 - J.-Cl. HELIN, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Thèse, Nantes, 1969, p. 168 et s., et p. 318 et s.

¹⁸⁵⁸ Comme le précise Ch. DEBBASCH, « bien qu'illégal, la décision n'a causé aucun préjudice parce qu'identique à celle, légale, qui aurait dû être prise » (cf. *Institutions et droit administratifs*, *op. cit.*, p. 262). Voir, par ex. : CE, sect., 19 juin 1981, *Carliez*, Rec. CE, p. 274 ; AJDA, 1982, p. 103, concl. B. Genevois - CE, 20 mars 1985, *Epoux Ruby*, Rev. adm., 1986, p. 43, note B. Pacteau - CE, sect., 25 juin 1999, 2 espèces, *Sté d'eaux minérales d'Allevard et Hôtel Thermes du Parc*, Rec. CE, p. 215 ; D., 2000, SC, p. 253, obs. P. Bon et D. de Béchillon. Ici, cette jurisprudence semble alors appeler à une certaine prudence quant à l'affirmation que toute illégalité est fautive, prudence dont avait déjà fait preuve P. DUEZ bien avant le prononcé de l'arrêt « Driancourt » (sur la théorie développée par cet auteur, voir *supra*, § n° 614).

¹⁸⁵⁹ Dans son arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III » (cf. CJCE, 5 mars 1996, préc.), la Cour de justice énonce, en effet, que le droit à réparation est subordonné à l'exigence « qu'un Etat membre ait violé une norme communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers » et « qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation du droit communautaire et le préjudice subi par les particuliers » (point 51). Elle ajoute que la victime doit faire preuve « d'une diligence raisonnable pour éviter le préjudice ou en limiter la portée notamment en ayant utilisé en temps utile toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition » (point 84). Sur ces conditions, voir *supra*, § n° 524 et s.

A - La nécessité de déterminer le caractère de gravité de la violation du droit communautaire

746 - Afin de construire un régime de responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire, tenant compte, comme le précise la Cour de justice, de l'importance à accorder au caractère de gravité de la violation, il semblerait possible de s'inspirer en droit interne du régime applicable en matière de police administrative (1). Ainsi, le juge administratif mettrait en œuvre un régime axé sur la marge d'appréciation dont dispose l'Etat membre pour mettre en œuvre le droit communautaire (2).

1. *Un régime de responsabilité inspiré de celui applicable en matière de police administrative*

747 - Définissant les conditions de mise en œuvre du principe de responsabilité posé dans son arrêt « Francovich »¹⁸⁶⁰, la Cour de justice énonce que tout dommage subi par un particulier, du fait d'une violation par un Etat membre de dispositions communautaires lui reconnaissant des droits, ne pourra être réparé que si cette violation peut être qualifiée de « suffisamment caractérisée »¹⁸⁶¹. Toute la difficulté réside alors dans le fait de savoir à quoi correspond cette notion de « violation suffisamment caractérisée ». Après quelques évolutions en jurisprudence¹⁸⁶², le juge communautaire est venu, dans un arrêt « Dillenkofer »¹⁸⁶³, fixer définitivement son raisonnement. Par souci de cohérence, la Cour tranche alors en faveur d'un régime unique dans lequel la « violation suffisamment caractérisée » d'une norme de droit

¹⁸⁶⁰ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402, point 42, concl. Mischo ; LPA, 4 août 1993, n° 93, p. 32, note T. Larzul ; AJDA, 1992, p. 143, note P. Le Mire ; JCP, 1992, G, II, n° 21783, note A. Barav ; D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives », Europe, 1991, chron., p. 1 ; RFDA, 1992, p. 1, note L. Dubouis ; Dr. adm., 1991, n° 537 ; JDI, 1992, p. 426, note Constantinesco ; J.-M. AUBY, « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », Dr. adm., 1992, doct., p. 1 ; RJDA, décembre 1991, p. 831, note Kessedjean ; F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 27 ; RMUE, 1991, p. 4, note Mattera ; RMUE, 1992, p. 187, note Carnolutti.

¹⁸⁶¹ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc.

¹⁸⁶² Au lendemain de l'arrêt « Brasserie du pêcheur-Factortame III », la Cour opérait une distinction selon que les autorités publiques disposaient ou non d'un large pouvoir d'appréciation pour agir dans un domaine régi par le droit communautaire. Dans le premier cas, la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée que s'il était possible d'établir que celui-ci avait commis une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire. Dans le second cas, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'autorité nationale est tenue par une obligation de résultat, de comportement ou d'abstention réduisant considérablement sa marge d'appréciation au point de parler d'une compétence liée, toute violation de la règle communautaire était susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat. Pour un étude détaillée de ces évolutions voir *supra*, § n° 545 et s.

¹⁸⁶³ CJCE, 8 octobre 1996, *E. Dillenkofer*, aff. jtes C-178/94, C-179/94 et C-188/94 à C-190/94, Rec. CJCE, p. I-4845. En l'espèce, la Cour de justice énonce que « (...) dans l'hypothèse où l'Etat membre en cause, au moment où il a commis l'infraction, n'était pas confronté à des choix normatifs, et disposait d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée » (point 25).

communautaire est une condition toujours exigée. Néanmoins, la Cour introduit une distinction en ce qui concerne la démonstration de l'existence d'une telle violation. Ainsi, dans le cas où l'Etat membre ne respecte pas des obligations qui lui étaient clairement fixées, toute violation constitue *ipso facto* une « violation suffisamment caractérisée ». *A contrario*, dans l'hypothèse où l'autorité incriminée dispose d'une large marge d'appréciation pour mettre en œuvre le droit communautaire, la « violation suffisamment caractérisée » devra être démontrée par le requérant.

La Cour de justice fixe donc un régime de responsabilité dans lequel la notion de « violation suffisamment caractérisée » nécessaire à son engagement est très étroitement liée à la marge d'appréciation dont disposait l'auteur de l'acte incompatible avec le droit communautaire. Dès lors, comme le relève D. Simon¹⁸⁶⁴, il est erroné de conclure que le droit communautaire exige que toute violation donne lieu à réparation. Certes, le principe issu de l'arrêt « Francovich » impose que « toute violation du droit communautaire, quel qu'en soit l'auteur et la forme, ouvre le droit aux victimes d'un dommage d'introduire une action et de disposer d'une voie de recours effective en vue de réclamer une indemnisation ». Néanmoins, la jurisprudence de la Cour n'interdit pas que soient maintenues, dans le droit des Etats membres, « certaines règles relatives à la gradation des fautes de nature à engager la responsabilité de l'Etat, ou encore à la qualité des préjudices indemnifiables ».

748 - Un tel système de responsabilité, fondé sur l'idée d'établir une échelle parmi l'ensemble des fautes susceptibles d'engager la responsabilité des autorités nationales, n'est nullement étranger au droit français. En effet, le juge administratif distingue, à l'heure actuelle¹⁸⁶⁵, deux types de faute : il s'agit de la faute simple et de la faute lourde. D'une façon générale, comme l'expose le professeur R. Chapus¹⁸⁶⁶, l'exigence d'une faute lourde pour l'engagement de la responsabilité est liée à la difficulté d'exercice de certaines activités et se justifie par trois considérations complémentaires : d'abord la faute simple peut être excusable, ensuite la faute lourde est celle qui est le plus facilement reconnaissable, enfin il faut éviter le risque d'une gêne excessive pour l'activité administrative. De nos jours, il est possible de distinguer deux sortes d'hypothèses liées à l'exigence de cette faute qualifiée. Il s'agit, d'une part, de celle où la faute lourde est invariablement exigée pour mettre en œuvre la

¹⁸⁶⁴ D. SIMON, « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », AJDA, 1993, p. 243.

¹⁸⁶⁵ Jusqu'aux années 1960, le juge administratif allait même, dans certains cas, jusqu'à distinguer un troisième degré de gravité de la faute. Etait ainsi recherché la « faute manifeste et d'une particulière gravité » en ce qui concernait, par exemple, les services d'hospitalisation des malades mentaux, ou la « faute d'une exceptionnelle gravité » dans le cadre des services du recouvrement des créances publiques et de l'administration fiscale.

¹⁸⁶⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1304.

responsabilité administrative¹⁸⁶⁷, et d'autre part, de celle où la nécessité d'une faute lourde s'apprécie au cas par cas, la faute simple pouvant parfois suffire. Au sein de cette dernière hypothèse, on trouve le régime de responsabilité du fait des activités de police administrative. Pendant une longue période, la jurisprudence a eu l'air de faire la distinction entre la faute simple et la faute lourde selon le caractère de l'activité policière en cause. Ainsi, la faute simple¹⁸⁶⁸ s'appliquait aux mesures juridiques en tant que détermination des décisions à prendre en vue du maintien de l'ordre public. La faute lourde¹⁸⁶⁹ concernait, quant à elle, les opérations matérielles d'exécution, c'est-à-dire la mise en œuvre sur le terrain des mesures prescrites. Toutefois, la jurisprudence semble s'orienter vers une application beaucoup plus souple de cette distinction. En effet, on constate une tendance parallèle du juge administratif d'étendre, en matière d'activités matérielles, les exceptions à l'exigence de la faute lourde¹⁸⁷⁰, et de reconnaître une telle exigence dans le cas de certaines activités juridiques jugées complexes¹⁸⁷¹. Ainsi, à l'heure actuelle, tout est affaire d'espèce. Il appartient d'apprécier au cas par cas l'existence de difficultés sérieuses justifiant l'exigence d'une faute lourde.

749 - Au vu de ces éléments, il nous semble alors tout à fait possible de rapprocher, comme le fait G. Alberton¹⁸⁷², l'hypothèse de dommages nés de l'activité juridique policière avec celle de dommages issus de la violation du droit communautaire par un Etat membre. En effet, dans les deux cas, les préjudices surviennent du fait de l'exercice - ou de l'absence d'exercice - d'une activité normative. De plus, l'exigence en matière de police d'une faute qualifiée, dans les cas où la complexité de la situation le justifie, peut tout à fait être comparée à l'exigence du juge communautaire d'une « violation suffisamment caractérisée », démontrée par le requérant, dans le cas où l'Etat membre dispose d'une marge d'appréciation importante pour mettre en œuvre le droit communautaire. Ainsi, à partir du moment où le Conseil d'Etat acceptera d'engager la responsabilité du législateur pour faute, il lui sera ensuite facile de mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat pour les violations commises par le pouvoir

¹⁸⁶⁷ Tel est le cas, en ce qui concerne la responsabilité liée à l'activité du service pénitentiaire (cf. CE, sect., 3 octobre 1958, *Rakotoarivony*, Rec. CE, p. 470), et à la responsabilité du fait de la justice administrative (cf. CE, Ass., 29 décembre 1978, *Darmon*, Rec. CE, p. 542).

¹⁸⁶⁸ Voir, notamment : CE, sect., 25 mars 1966, *Sté « Les films Marceau »*, Rec. CE, p. 240 ; AJDA, 1966, p. 245, concl. J. Rigaud - CE, sect., 13 mai 1983, *Mme Lefebvre*, Rec. CE, p. 194 ; AJDA, 1983, p. 476, concl. M. Boyon.

¹⁸⁶⁹ Voir, par ex. : CE, sect., 4 mars 1932, *Ville de Versailles*, Rec. CE, p. 274 ; D., 1932.3.15, concl. C. Ettore - CE, 9 février 1966, *Ville du Touquet-Paris Plage*, Rec. CE, p. 91 ; AJDA, 1966, p. 439, note J. Moreau - CE, 26 juin 1985, *Mme Garagnon*, Rec. CE, p. 209 ; Rev. adm., 1987, p. 38, note J. Frayssinet.

¹⁸⁷⁰ CE, sect., 28 avril 1967, *Lafont*, Rec. CE, p. 182 ; AJDA, 1967, p. 272, chron. J.-P. Lecat et J. Massot ; D., 1967, p. 434, concl. J.-M. Galabert.

¹⁸⁷¹ CE, Ass., 20 octobre 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, AJDA, 1972, p. 625, concl. Guillaume ; RDP, 1973, p. 832, note Waline.

¹⁸⁷² G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », RFDA, 1997, p. 1032.

réglementaire comme le pouvoir législatif sur le modèle du régime applicable en matière de police administrative¹⁸⁷³.

750 - En s'inspirant du régime de responsabilité existant, à l'heure actuelle, en matière de police administrative, il nous semble alors possible d'envisager, pour l'avenir, la mise en œuvre d'un régime unique de responsabilité de l'Etat pour les violations du droit communautaire, lequel sera axé sur la marge d'appréciation dont dispose l'Etat membre pour mettre en œuvre le droit communautaire.

2. *Un régime de responsabilité axé sur la marge d'appréciation dont dispose l'Etat membre pour mettre en œuvre le droit communautaire*

751 - Le concept communautaire de « violation suffisamment caractérisée », nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'Etat membre, est une « *notion à géométrie variable, soumise à une importante dichotomie en fonction de la marge de manœuvre reconnue aux Etats* »¹⁸⁷⁴. Dès lors, il nous semble possible de reprendre ce critère de la marge d'appréciation accordée à l'Etat membre pour mettre en œuvre le droit communautaire dans le but d'envisager un régime national de responsabilité, applicable tant au pouvoir réglementaire qu'au législateur¹⁸⁷⁵. Il sera ainsi nécessaire de distinguer, d'une part, le cas d'une violation commise par un organe de l'Etat membre disposant d'une marge de manœuvre très réduite c'est-à-dire dans le cadre de l'exercice d'une compétence liée, et d'autre part, l'hypothèse d'une violation commise par un organe disposant d'une marge de liberté importante pour mettre en application les dispositions du droit communautaire.

Dans les hypothèses où l'Etat est tenu à une obligation de résultat, donc dispose d'une marge d'appréciation extrêmement réduite, la violation devra être considérée comme suffisamment fautive du fait même de l'existence d'une simple infraction au droit communautaire. Il s'agira notamment des cas de transposition tardive d'une directive ou de défaut de transposition. Ainsi, « *la responsabilité et l'obligation de réparer devront être reconnues du seul fait de la violation du droit communautaire qui attribue au particulier un*

¹⁸⁷³ Il ne nous semble toutefois impossible de conserver le terme de « faute lourde » dans ce futur régime de responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire. Pour une justification, voir *infra*, § n° 756 et s.

¹⁸⁷⁴ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris, éd. L'Harmattan, 2001, p. 68.

¹⁸⁷⁵ Envisageant cette solution, H. MUSCAT affirme que le critère de violation suffisamment caractérisée « par sa souplesse, par le respect de la marge de manœuvre des Etats qu'il conserve, ainsi que par le souci de ne faire supporter aux autorités nationales que la seule charge de responsabilité qui doit leur incomber au regard de la complexité du droit européen, nous paraît pouvoir servir de base constructive à une réflexion sur l'évolution du droit français » (cf. *idem*, p. 254).

droit précis et susceptible d'être déterminé dans son objet sans que d'autres éléments puissent entrer en ligne de compte »¹⁸⁷⁶. A l'inverse, dans les hypothèses où l'Etat dispose d'une large marge d'appréciation afin de mettre en œuvre le droit communautaire, la violation sera considérée comme une faute de nature à engager la responsabilité à partir du moment où sa gravité sera démontrée. La simple violation ne suffira plus à créer un droit à réparation pour le requérant. Le juge national pourra donc, le cas échéant, distinguer illégalité et fait générateur de responsabilité¹⁸⁷⁷ et considérer que la violation du droit communautaire n'implique pas la responsabilité de l'Etat membre. Ici, il s'agira surtout des cas de transpositions erronées ou incomplètes.

752 - La mise en oeuvre d'un tel régime pose alors une question importante qui est celle de savoir par quels moyens le requérant pourra démontrer l'existence de cette faute d'une gravité suffisante pour engager la responsabilité de l'Etat membre disposant d'une large marge de manœuvre. L'examen de la jurisprudence communautaire peut fournir quelques pistes de réponses. La Cour de justice donne au juge national une méthode d'appréciation de la gravité de la violation, laquelle est constituée par « *un faisceau d'indices (conduisant à) prendre en considération une série d'éléments de nature à établir l'évidence et la gravité de l'infraction* »¹⁸⁷⁸. Elle énonce ainsi que « *parmi les éléments que la juridiction compétente peut être amenée à prendre en considération, il y'a lieu de relever 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* »¹⁸⁷⁹.

753 - Dès lors, au vu de ces indications précises de la Cour de justice¹⁸⁸⁰, il nous semble possible de tenter une « *systématisation des critères d'appréciation de la gravité de la*

¹⁸⁷⁶ Concl. TESAURO sur CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, Rec. CJCE, p. I-1109.

¹⁸⁷⁷ A ce sujet, voir S. GROSSRIEDER-TISSOT, *Faute et illégalité dans la responsabilité publique*, Thèse, Nancy 2, 1999, p.150 et s.

¹⁸⁷⁸ D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », AJDA, 1996, p. 496.

¹⁸⁷⁹ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc. point 56. A noter que, du fait de la formule « parmi les éléments que la juridiction compétente peut être amenée à prendre en considération », cette liste n'est en aucun cas exhaustive.

¹⁸⁸⁰ Pour une étude détaillée de ce faisceau d'indices fourni par la Cour, voir *supra*, § n° 550 et s.

faute »¹⁸⁸¹. Saisi d'une demande d'indemnisation d'un préjudice causé par une violation du droit communautaire par un organe de l'Etat disposant d'un large pouvoir d'appréciation, le juge national pourra ainsi évaluer la gravité de la violation à l'aide de divers éléments. Certains lui permettront de considérer que la faute est à coup sûr de nature à engager la responsabilité de l'Etat, d'autres *a contrario* l'aideront à conclure aisément à l'absence de gravité nécessaire.

Parmi les « *circonstances aggravantes* »¹⁸⁸², c'est-à-dire constitutives d'une faute d'une gravité avérée, on pourrait ainsi trouver toutes les hypothèses dans lesquelles l'Etat membre savait ou aurait dû savoir qu'il violait le droit communautaire. Le juge national pourrait alors se référer directement à la position de la Cour de justice pour qui « *une violation du droit communautaire est manifestement caractérisée lorsqu'elle a perduré malgré le prononcé d'un arrêt constatant le manquement reproché, d'un arrêt préjudiciel ou d'une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière, desquels résulte le caractère infractionnel du comportement en cause* »¹⁸⁸³. A cela viendraient s'ajouter les hypothèses dans lesquelles le caractère intentionnel de la violation du droit communautaire par l'Etat membre serait évident¹⁸⁸⁴ comme celles dans lesquelles l'organe interne aurait méconnu une disposition claire.

A l'inverse, certains éléments pourraient permettre au juge administratif de conclure à l'absence de gravité suffisante, c'est-à-dire à l'existence d'une faute mais non de nature à engager la responsabilité de l'Etat. Ces « *circonstances atténuantes* »¹⁸⁸⁵ seraient constituées par toutes les difficultés d'interprétation de la norme violée que peuvent rencontrer les Etats. De telles difficultés peuvent avoir deux origines distinctes. D'une part, les Etats membres peuvent se heurter à des soucis d'interprétation des dispositions communautaires directement liés à leur propre ambiguïté non encore levée par la Cour de justice. En effet, il arrive que certaines dispositions communautaires soient parfois peu claires quant à leurs implications au

¹⁸⁸¹ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, op. cit., p. 356 et s. A noter que D. SIMON considère que « ces critères (fournis par le juge communautaire), pris isolément, sont manifestement contestables, d'autant qu'une jurisprudence constante de la Cour de justice a toujours refusé d'en faire des circonstances exonératoires ou atténuantes de la responsabilité de l'Etat dans le cadre du contentieux du manquement ». Mais, il ajoute que l'on peut tout de même admettre que « l'accumulation des indices dans un sens univoque » rend cette méthode du faisceau d'indices « opératoire » (cf. « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 496).

¹⁸⁸² Termes employés par J.-M. FAVRET, in *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, op. cit., p. 356.

¹⁸⁸³ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, préc., point 57.

¹⁸⁸⁴ Un tel élément sera, sans conteste, assez difficile à démontrer. Néanmoins, on a vu précédemment que, les directives communautaires étant aujourd'hui adoptées à la majorité qualifiée par le Conseil, il est possible pour un Etat membre, sans l'accord duquel la directive a été adoptée, de manifester quelques réticences et de retarder l'élaboration et l'adoption des mesures internes de transposition (voir *supra*, § n° 740 et s.).

¹⁸⁸⁵ Termes employés par J.-M. FAVRET, in *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, op. cit., p. 369 et s.

niveau interne et peuvent dès lors être transposées incorrectement sans qu'une méconnaissance du droit communautaire puisse être relevée avec évidence¹⁸⁸⁶. De plus, il est nécessaire d'ajouter que les autorités juridictionnelles ne sont pas obligées de procéder à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice¹⁸⁸⁷. D'autre part, les difficultés d'interprétation peuvent venir du fait que l'application du droit communautaire par les organes internes est conditionnée par les décisions de la Cour de justice comme les attitudes d'une institution communautaire. Or, il se peut qu'une jurisprudence incertaine ou nouvelle du juge de Luxembourg vienne contribuer à l'erreur d'interprétation commise par l'Etat membre, de la même manière qu'une prise de position ferme de la Commission¹⁸⁸⁸ comme du Conseil¹⁸⁸⁹ peut avoir joué un rôle influent dans le comportement national contraire au droit communautaire. Ainsi, comme le souligne M. l'avocat général Léger, « *il doit y avoir (...) place pour des fautes excusables : l'Etat membre ne peut pas être tenu pour responsable des maladresses ou de l'obscurité des textes communautaires dont seuls le Conseil ou la Commission sont comptables* »¹⁸⁹⁰. Ce à quoi J.-M. Favret ajoute que « *l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » ne peut s'appliquer que sous réserve que la loi soit aisément accessible et facilement compréhensible* »¹⁸⁹¹.

754 - Il semble donc que les violations du droit communautaire devraient pouvoir engager la responsabilité de l'Etat, par la mise en œuvre d'un régime pour faute, variable selon la marge d'appréciation dont disposait le pouvoir réglementaire comme législatif pour exécuter leurs obligations communautaires. Il est néanmoins nécessaire de vérifier si une telle solution est en adéquation avec la notion de faute telle qu'elle est connue à l'heure actuelle en droit administratif français.

¹⁸⁸⁶ Voir par exemple CJCE, 26 mars 1996, *British Telecommunications*, aff. C-392/93, Rec. CJCE, p. I-1631. Dans cette affaire, la Cour de justice fait observer que la disposition violée « pouvait supporter raisonnablement plusieurs interprétations » (point 43), de sorte qu'il n'était pas possible de considérer que la violation était « suffisamment caractérisée ». Dans le même ordre d'idées, voir CJCE, 17 octobre 1996, *Denkavit International*, aff. C-283/94, C-291/94 et C-292/94, Rec. CJCE, p. I-5063. En l'espèce, le juge communautaire avait constaté que « s'agissant de la condition relative à l'écoulement du délai de participation à la date de l'octroi de l'avantage fiscal, (...) l'interprétation retenue par la République fédérale d'Allemagne a été adoptée par la quasi-totalité des autres Etats membres ayant fait usage de la faculté de dérogation » (point 51).

¹⁸⁸⁷ Ce pouvoir discrétionnaire est cependant reconnu qu'aux juridictions du fond puisque l'alinéa 3 de l'art. 234 (ex-art. 177) du traité CE précise que « lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice ».

¹⁸⁸⁸ Voir, par ex. : CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. n° 43/75, Rec. CJCE, p. 455 - CJCE, 11 août 1995, *Rodgers BV*, aff. C-367/93 à C-377/93, Rec. CJCE, p. I-2229.

¹⁸⁸⁹ Voir CJCE, 17 octobre 1996, *Denkavit International*, préc., point 29.

¹⁸⁹⁰ Concl. sur CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, Rec. CJCE, p. I-2553.

¹⁸⁹¹ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, op. cit., p. 253.

B - La faute comme condition appropriée d'engagement de la responsabilité de l'Etat ?

755 - Si la mise en oeuvre d'un régime de responsabilité pour faute qualifiée nous paraît cohérente et compatible avec les exigences communautaires (1), certains auteurs s'interrogent sur la capacité de la notion de faute à répondre à toutes les hypothèses de violation du droit communautaire et proposent plutôt la création d'un système axé autour de l'illicéité (2).

1. *L'apparente cohérence d'un régime de responsabilité pour faute qualifiée*

756 - S'articulant autour de la marge d'appréciation reconnue à l'Etat membre pour mettre en oeuvre le droit communautaire¹⁸⁹², le régime de responsabilité proposé rompt avec l'idée préconçue selon laquelle toute illégalité est une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur. La condition ouvrant droit à une indemnisation du préjudice subi par le requérant est ici constituée par la présence d'une faute qualifiée. Elle se définit comme une faute ne correspondant pas automatiquement à une simple illégalité, dans le sens où certaines illégalités peuvent être excusées. Dès lors, la tentation pourrait être grande de conclure à l'éventuel élargissement des hypothèses de responsabilité pour faute lourde¹⁸⁹³, dans la mesure où nous avons procédé précédemment à un parallèle avec le régime de police administrative dans lequel l'exigence d'une faute lourde s'apprécie au cas par cas. A cela s'ajoute le fait que, selon la définition donnée par le professeur Chapus, « *la faute lourde est une faute plus grave que la faute simple* »¹⁸⁹⁴. Enfin, la condition communautaire de « violation suffisamment caractérisée » et la faute lourde semblent remplir les mêmes fonctions à savoir réduire l'irresponsabilité de la puissance publique¹⁸⁹⁵, tout en empêchant un

¹⁸⁹² Une telle distinction des conditions d'engagement de la responsabilité fondée sur la marge de manœuvre avait déjà été mise en avant, en ce qui concerne l'administration, par J.-Cl. HELIN, in *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Thèse, Nantes, 1969, p. 600 et s.

¹⁸⁹³ Pour une opinion en faveur de l'identification de la notion de « violation suffisamment caractérisée » à la faute lourde en droit interne, voir G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 53 - N. DANTONEL-COR, « La violation de la norme communautaire et la responsabilité extra contractuelle de l'Etat », RTDE, 1988, p. 90 - L. GOFFIN, « A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire », CDE, 1997, p. 540 - G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », art. préc., p. 1032 - C. BERTRAND, « La responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives communautaires », RDP, 1994, p. 1522.

¹⁸⁹⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1303.

¹⁸⁹⁵ Pour une démonstration de cette fonction, en ce qui concerne les services où l'irresponsabilité survivait traditionnellement (le fisc et la justice), pour les activités d'intérêt privé et pour les cas d'exonération par contrat et par la loi, voir L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, Economica, 1978, p. 135 et s.

trop large engagement de la responsabilité de l'Etat, en permettant au juge français de moduler son appréciation.

Toutefois, nous ne pensons pas que le régime de responsabilité envisagé soit une nouvelle hypothèse de responsabilité pour faute lourde. L'inverse serait d'ailleurs source d'une régression en droit administratif français dans la mesure où on assiste, depuis quelques temps, à un sensible déclin de l'utilisation de la faute lourde¹⁸⁹⁶. La notion de faute qualifiée, telle que nous l'envisageons, nous paraît en effet plus maléable que celle de faute lourde. La raison en est que, dans l'hypothèse d'une violation du droit communautaire, l'existence d'une faute d'une certaine gravité sera toujours exigée. Seul son constat pourra alors varier en fonction de la difficulté intrinsèque de l'action administrative liée à la marge de manœuvre de l'Etat. A l'inverse, s'agissant de la faute lourde en droit français de la responsabilité, son existence n'est recherchée que dans certains cas, le plus souvent liés aux secteurs d'activité de la puissance publique.

757 - Détaché de la notion de faute lourde, le régime de responsabilité pour faute qualifiée semble ainsi pouvoir être appliqué aux hypothèses de violation du droit communautaire commises, tant par le pouvoir réglementaire que par le législateur. Un tel constat est d'ailleurs renforcé par le fait, qu'à l'heure actuelle, la jurisprudence administrative opère le plus souvent une appréciation résolument objective de la notion de faute¹⁸⁹⁷. D'une fonction sanctionnatrice, la responsabilité est passée à la fonction de garantie des droits des particuliers. La constatation de la faute est alors indépendante de tout jugement de valeur porté sur le comportement de l'autorité administrative. Il s'agit seulement de savoir si une obligation préexistante a été violée, et non de rechercher un élément intentionnel. On ne voit donc pas pourquoi une telle faute ne pourrait pas être recherchée dans le comportement du législateur. Sans compter que l'utilisation de la notion de faute en matière de violation du

¹⁸⁹⁶ Depuis les années 1990, la jurisprudence administrative a ainsi renoncé à l'exigence d'une faute lourde en matière de responsabilité hospitalière (cf. CE, 10 avril 1992, *M. et Mme V.*, AJDA, 1992, p. 355, concl. Legal) comme dans le cadre des services de secours et de sauvetage (cf. CE, sect., 20 juin 1997, *Theux*, Rec. CE, p. 253, concl. Stahl, pour l'organisation et le fonctionnement des SAMU - CE, sect., 13 mars 1998, *M. Ameon*, CJEG, 1998, p. 197, concl. Touvet, pour les services de secours et de sauvetage en mer - CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannappes*, D., 1998, p. 535, note Lebreton, pour les services de lutte contre l'incendie).

¹⁸⁹⁷ A ce sujet, voir M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 171, 1994, p. 622 et s., pour une description de l'évolution de la notion de faute à travers les courants doctrinaux. Pour une affirmation de la reconnaissance d'une faute objective, voir également : L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 5, p. 88 et p. 98 - J.-F. DAVIGNON, *La responsabilité objective de la puissance publique*, Thèse, Lyon, 1976, p. 147 - M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 136, 1980, p. 166 et s. - L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », RFDA, 1996, p. 586 - G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », art. préc., p. 1025.

droit communautaire, permettrait de réaliser la conciliation de deux exigences propres à tout régime de responsabilité pour faute, à savoir « *une extension de la responsabilité dans l'intérêt de la victime, (et) le maintien d'une faute dans l'intérêt de l'administration* »¹⁸⁹⁸.

758 - La mise en œuvre d'un régime de responsabilité de l'Etat pour faute qualifiée, dont l'appréciation serait liée à la marge de manœuvre dont disposait l'organe incriminé, semble pouvoir répondre à toutes les hypothèses de violation du droit communautaire. Néanmoins, certains auteurs trouvent quelques inconvénients à utiliser une telle notion, proposant plutôt la reconnaissance d'un régime de responsabilité pour illicéité.

2. Vers une préférence pour la notion d'illicéité ?

759 - De nombreux auteurs s'accordent à dire qu'il est nécessaire de mettre en place un mécanisme de responsabilité de l'Etat législateur pour violation du droit communautaire calqué sur celui de la responsabilité pour faute. Néanmoins, beaucoup s'interrogent sur l'utilisation de la notion de faute¹⁸⁹⁹. Il en est ainsi d'H. Muscat selon laquelle un régime fondé sur la faute comporterait quelques inconvénients. Une telle solution risquerait, tout d'abord, d'entraîner une trop grande « *automaticité de la sanction pécuniaire (du fait de la) difficulté de la moduler au regard de la marge de manœuvre reconnue au législateur* »¹⁹⁰⁰. Il apparaît ensuite que le terme de faute renferme toujours un côté culpabilisant créant une certaine stigmatisation du comportement de l'organe étatique en cause. Son utilisation pourrait alors limiter la mise en cause de la responsabilité publique dans le sens où le juge français pourrait être amené « *à multiplier les hypothèses de règlement-écran afin de préserver l'irresponsabilité du législateur sur le fondement de la faute* »¹⁹⁰¹. Enfin, le lien de quasi-automaticité existant, en droit français, entre le constat d'une illégalité et l'existence

¹⁸⁹⁸ Selon les termes employés par G. SOULIER, in « Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », RDP, 1969, p. 1079. A cela s'ajoute le fait que la responsabilité objective peut posséder un certain caractère d'immoralité (sur ce point, cf. *supra*, § n° 699).

¹⁸⁹⁹ Voir, notamment : L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 585 - H. CALVET, « Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire », AJDA, 1996, p. 96 - D. SIMON, « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire », art. préc., p. 497 - E. PICARD, chron. de droit administratif, JCP, 1993, G, I, n° 3645.

¹⁹⁰⁰ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 288. Pour un avis contraire voir, G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », art. préc., p. 1029 et s.

¹⁹⁰¹ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 402.

d'une faute¹⁹⁰² pourrait se révéler inadapté à rendre compte de certaines méconnaissances du droit communautaire.

760 - A travers ce dernier argument, H. Muscat fait ici directement allusion au cas de méconnaissance de la légalité justifiée par l'intérêt général¹⁹⁰³. Selon cet auteur, « *la qualification de faute (reviendrait) à nier la possibilité pour l'Etat de poursuivre un intérêt général qui pourrait contredire les principes communautaires (...) et à refuser de lui reconnaître une liberté d'appréciation qui est nécessaire à l'expression de son autonomie de vue* »¹⁹⁰⁴. Mais il est important de souligner que le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des violations du droit communautaire commises dans ce contexte¹⁹⁰⁵. A chaque fois, il a rappelé que les décisions prises, sur le fondement de l'intérêt général, en violation de dispositions communautaires sont en quelque sorte légitimées. Il n'est pas possible de déceler une faute dans le comportement de l'Etat, d'où l'impossibilité pour le requérant d'obtenir réparation sur un terrain autre que celui de la rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁹⁰⁶. Dès lors, une telle solution ne nous semble pas porter directement atteinte à un éventuel régime de responsabilité pour faute. En effet, il suffirait simplement de considérer le cas d'une violation du droit communautaire commise pour des motifs d'intérêt général comme un cas à part, justifiant l'exclusion de la faute et la mise en œuvre du régime « La Fleurette »¹⁹⁰⁷. Toutefois, il convient de distinguer l'hypothèse d'une méconnaissance du droit communautaire pour des motifs d'intérêt général reconnus comme tel par le traité CE ou

¹⁹⁰² CE, 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. CE, p. 77 ; AJDA, 1973, p. 245, note P. Cabanes et D. Léger ; Gaz. Pal., 1973, 2, p. 859, note J.-P. Rougeaux ; Rev. adm., 1974, p. 29, note F. Moderne.

¹⁹⁰³ Sur le sens donné à cette notion, tant en droit interne qu'en droit communautaire, voir J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, op. cit., p. 379 et s. Pour l'auteur, l'existence de motifs d'intérêt général permet de réhabiliter l'acte national dommageable et constitue ainsi une « circonstance exonératoire de la responsabilité des Etats membres ».

¹⁹⁰⁴ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 401-402.

¹⁹⁰⁵ Voir, notamment : CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, Rec. CE, p. 128 - TA Dijon, 15 avril 1986, *Sté Vinicole Berard, a contrario*, Rec. CE, p. 311 ; RTDE, 1988, p. 109, note P. Soler-Couteaux - CAA Nantes, 20 juin 1991, *SA Duault c/ Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget*, AJDA, 1992, p. 172, et p. 127, chron. J.-P. Jouguelet et J.-F. Gipoulon ; Europe, 1992, n° 86. Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voir *supra*, § n° 609 et s. et § n° 623 et s.

¹⁹⁰⁶ Une telle solution ne semble pas porter atteinte aux droits des particuliers dans la mesure où le droit communautaire commande l'existence d'une voie de recours quelle qu'elle soit. Néanmoins, il serait nécessaire de veiller à ce que, l'appréciation faite par le juge administratif, des conditions d'engagement de la responsabilité sans faute - et notamment du préjudice anormal et spécial - ne conduise pas à une réduction considérable des possibilités d'indemnisation. Auquel cas, il y aura inadéquation avec l'exigence communautaire d'effectivité selon laquelle les règles de droit national ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice par les particuliers du droit à réparation tel que garanti par le droit communautaire (pour une analyse de cette exigence, voir *supra*, § n° 570 et s.).

¹⁹⁰⁷ Il serait néanmoins nécessaire de faire la distinction entre les motifs d'intérêt général reconnus par le traité CE ou la jurisprudence communautaire et ceux simplement invoqués par le juge interne.

la jurisprudence de la Cour¹⁹⁰⁸, de l'hypothèse d'une violation du droit communautaire commise au nom de l'intérêt général uniquement constaté par le juge interne. En effet, il nous semble que nier la faute dans le cas d'une violation du droit communautaire commise pour des motifs d'intérêt général, mais constatée par un arrêt en manquement, soit quelque peu critiquable¹⁹⁰⁹, d'autant plus que cela revient à rompre le principe selon lequel toute illégalité est fautive. Seule le cas d'une méconnaissance du droit communautaire pour des motifs d'intérêt général, reconnus par le traité CE ou la jurisprudence de la Cour de justice¹⁹¹⁰, pourrait ainsi faire disparaître l'illégalité et permettrait l'octroi d'une indemnisation sur le fondement d'une rupture d'égalité devant les charges publiques.

Envisageant les « *causes exonératoires de responsabilité de l'Etat membre pour violation du droit communautaire* »¹⁹¹¹, J.-M. Favret évoque, quant à lui, en plus de l'intérêt général, la notion d'ordre public. Là encore, le juge administratif a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'indemnisation des préjudices issus du non-respect de dispositions communautaires pour des motifs d'ordre public¹⁹¹². Dans ces affaires, son raisonnement n'a porté que sur l'examen de la responsabilité de l'Etat sur le terrain de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Ici, il s'agissait d'affaires relatives à des restrictions d'importations, d'exportations ou de transit. Or, l'article 30 (ex-article 36) du traité CE prévoit que de telles interdictions peuvent être justifiées « *par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé...* ». Ainsi, en cas de non-respect du droit communautaire pour des motifs d'ordre public, il n'y a ni faute ni illégalité, les dispositions communautaires prévoyant expressément la possibilité d'opposer

¹⁹⁰⁸ Pour une étude de la fonction dérogatoire au traité CE de la notion d'intérêt général lorsqu'elle est invoquée par les Etats membres, voir T. HAMONIAUX, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris, LGDJ, 2001, p. 97 et s.

¹⁹⁰⁹ A ce sujet, voir notre analyse de l'arrêt « Alivar », supra, § n° 609 et s. *A contrario*, pour une justification de cette solution, voir C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, p. 402.

¹⁹¹⁰ Voir par ex., concernant la possibilité de déroger à l'interdiction des restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent, CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92 : « L'art. 90-2 ne s'oppose pas au monopole d'importation d'électricité, dans la mesure où cette restriction à la concurrence est nécessaire pour permettre à cette entreprise d'assurer sa mission d'intérêt général ». Pour une illustration en droit français, voir CE, Ass., 8 avril 1998, *Sté Serc Fun Radio*, req. n° 161411, s'agissant de la possibilité de déroger au régime des libertés de circulation et de libre prestation de service pour des motifs d'intérêt général tirés de la protection du patrimoine culturel. En l'espèce, le juge administratif se livre à un contrôle de proportionnalité entre les lois du marché et l'objectif culturel afin de décider que des quotas linguistiques à la radio ne portent pas une atteinte disproportionnée à la libre circulation des marchandises et des services (dès lors que ces quotas ne sont pas justifiés par des considérations économiques).

¹⁹¹¹ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, op. cit., p. 380 et s.

¹⁹¹² Voir, notamment : CE, 7 décembre 1979, *Société « Les fils de Henri Ramel »*, Rec. CE, p. 456 ; D., 1980, p. 303, concl. B. Genevois ; JCP, 1981, G, II, n° 19500, note B. Pacteau - CE, 7 octobre 1987, *Ministre de la Culture c/ Consorts Genty*, Rec. CE, p. 304. Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, voir supra, § n° 602 et s.

ces motifs d'ordre public. Le recours au régime de responsabilité « La Fleurette » n'apparaît alors pas contestable.

761 - Sceptiques sur le caractère approprié de la notion de faute pour rendre compte de la violation du droit communautaire par les organes de l'Etat, certains auteurs vont alors proposer un régime de responsabilité fondé sur d'autres notions¹⁹¹³. Il en est ainsi, tout d'abord, de J.-M. Favret selon lequel il vaudrait mieux retenir la notion d'« infraction » plutôt que celle de faute. L'auteur justifie sa position en faisant valoir que l'infraction a « *l'avantage de correspondre à un vocabulaire banalisé dans le cadre des situations qui mettent en cause le droit communautaire. Chacun sait que la procédure en manquement d'Etat (...) est plus communément appelée procédure d'infraction* »¹⁹¹⁴.

On trouve ensuite l'opinion émise par N. Dantonel-Cor pour qui, engager la responsabilité de l'Etat pour faute constitue une conception nouvelle qui « *n'est pas pleinement satisfaisante ; elle nous paraît devoir être nuancée* »¹⁹¹⁵. L'auteur propose alors une nouvelle qualification du régime de responsabilité, tenant compte des particularités des normes, de la période d'intervention de la norme nationale contestée et du comportement de l'Etat. Dans tous les cas, il y aurait illégalité mais les conséquences, au plan de la responsabilité, pourront différer. La notion de faute serait la plupart du temps écartée « *pour être remplacée par des notions plus neutres et qui paraissent davantage convenir au contexte étudié* »¹⁹¹⁶. L'auteur distingue ainsi trois hypothèses.

La première concernerait le cas des normes nationales incompatibles avec la législation communautaire postérieure. Il s'agit des traités ou règlements pour lesquels aucune réglementation nationale complémentaire n'est nécessaire, puisqu'ils bénéficient de l'effet direct. N. Dantonel-Cor propose alors « *d'appliquer une théorie nouvelle, la responsabilité pour simple illégalité. (...) C'est l'acte illégal en lui-même qui engendre la responsabilité, non pour faute, mais pour illégalité. Tout jugement de valeur est alors écarté (...)* »¹⁹¹⁷. Ici, le manquement au droit communautaire constitue une illégalité, dans le sens où il s'agit de la

¹⁹¹³ Dans son ouvrage consacré à la responsabilité du fait des lois, C. BROUELLE justifie cette tendance par le fait que l'arsenal juridique que détient le juge à l'encontre de l'administration reconnue fautive (suspension ou annulation des décisions, injonction, astreinte) fait totalement défaut à l'égard de la loi. La faute apparaît ainsi selon l'auteur comme « une sanction platonique » (cf. *La responsabilité de l'Etat du fait des lois, op. cit.*, p. 281).

¹⁹¹⁴ J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle, op. cit.*, p. 324.

¹⁹¹⁵ N. DANTONEL-COR, « La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire », RTDE, 1995, p. 503. L'auteur considère notamment que le caractère trop subjectif de la faute lui confère un aspect péjoratif.

¹⁹¹⁶ *Idem.*

¹⁹¹⁷ N. DANTONEL-COR, « La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire », art. préc., p. 504.

violation d'une norme supérieure. L'auteur rapproche de cette hypothèse le cas de non-transposition des directives communautaires. « *Il s'agit d'une carence de la part de la personne publique, mais là encore, carence n'est pas synonyme de faute. On pourrait alors émettre l'hypothèse d'une responsabilité pour carence* »¹⁹¹⁸.

La seconde hypothèse intéresserait le cas d'une législation nationale contraire à un traité ou un règlement communautaire antérieur. Ici, « *il n'y a plus seulement illégalité mais erreur des autorités nationales qui se sont trompées en édictant une législation incorrecte* »¹⁹¹⁹. La solution consisterait donc en la mise en œuvre d'une responsabilité pour erreur, « *cette dernière notion se caractérisant par un jugement de valeur davantage marqué comparativement aux responsabilités pour carence et illégalité* »¹⁹²⁰. L'application de ce principe pourrait même être étendue aux directives transposées dans le domaine desquelles une réglementation nationale illégale est intervenue postérieurement.

Dans ces deux premiers cas, l'auteur insiste donc sur la nécessité d'objectiver au maximum la mise en jeu de la responsabilité, soulignant qu'on « *ne doit pas systématiquement se focaliser sur le comportement de l'Etat mais sur l'entorse dommageable à la légalité communautaire* »¹⁹²¹. Le troisième et dernier cas serait celui où « *le requérant serait capable de démontrer l'agissement volontaire, conscient et prémédité de l'Etat. Il en irait ainsi lorsque des jugements sont intervenus antérieurement condamnant ce dernier, par exemple dans le cas d'arrêts en manquement* »¹⁹²². Ici, on pourrait alors enfin parler de faute.

762 - Cette solution émise par N. Dantonel-Cor peut séduire, dans la mesure où elle permettrait une mise en œuvre plus aisée de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire du fait qu'aucun jugement de valeur réprobateur ne serait prononcé à l'encontre de l'auteur de l'acte en cause. Toutefois, il nous semble possible d'émettre quelques réserves à son sujet. Tout d'abord, il n'est pas certain que cumuler alternativement deux notions (illégalité et erreur) en fonction du contexte de la méconnaissance du droit communautaire sera source de clarté pour le droit de la responsabilité. Ensuite, comme le souligne H. Muscat¹⁹²³, il est possible de s'interroger sur le caractère véritablement objectif de la notion d'erreur dans la mesure où celle-ci ne peut être appréciée que par rapport à un comportement déterminé. Enfin, et surtout, nous ne voyons pas en quoi un jugement de valeur

¹⁹¹⁸ N. DANTONEL-COR, « La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire », art. préc., p. 504.

¹⁹¹⁹ *Idem*.

¹⁹²⁰ *Ibidem*, p. 505.

¹⁹²¹ *Ibidem*.

¹⁹²² *Ibidem*.

¹⁹²³ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 402-403.

s'imposerait moins vis-à-vis d'un Etat qui s'abstient de modifier une législation devenue incompatible avec une nouvelle disposition communautaire ou de transposer une directive, qu'à l'égard de celui qui adopte postérieurement une législation contraire. Dans tous les cas, l'Etat a manqué à une de ses obligations posées, soit par le droit communautaire¹⁹²⁴, soit par le droit interne¹⁹²⁵.

763 - Nous en venons alors tout naturellement à la solution la plus fréquemment énoncée en doctrine, qui est celle d'une responsabilité de l'Etat pour illicéité. Parmi les auteurs proposant d'adopter une objectivation de la responsabilité, résultant de la seule constatation de l'illégalité du droit interne par rapport au droit communautaire, nous trouvons le professeur L. Dubouis pour qui, dans l'hypothèse d'une violation du droit communautaire, « *il est préférable que la responsabilité de l'Etat demeure sur le terrain objectif de l'acte illicite* »¹⁹²⁶. De même, H. Calvet émet une proposition qui « *consisterait à admettre simplement que la situation illicite due à l'incompatibilité du droit français avec le droit communautaire crée un droit à réparation* »¹⁹²⁷. Quant à E. Picard, il se demande « *s'il est utile de qualifier (la violation du droit communautaire par l'Etat) de fautive, dès lors que la contradiction objective avec les prescriptions communautaires et l'atteinte au droit qu'elles ont conférée suffisent à entraîner cette responsabilité* »¹⁹²⁸. Enfin, selon le professeur J. Combacau, « *le mot faute, dans sa plus grande compréhension, ne désigne rien de plus en droit que l'illicéité, pourvu qu'elle soit imputable à son auteur* »¹⁹²⁹.

Justifiant cette solution, H. Muscat fait valoir, quant à elle, que le terme d'illicéité pourrait s'appliquer au cas de violation du droit communautaire par l'Etat dans la mesure où il recouvre « *les hypothèses dans lesquelles l'autorité publique agit contrairement au droit* », qu'elle se livre à « *une violation d'une obligation de comportement, comme celle d'une règle de droit* »¹⁹³⁰. Quelque peu perplexe sur le caractère totalement objectif de ce concept¹⁹³¹, l'auteur remarque que son utilisation permettrait de laisser une grande latitude au juge administratif dans sa mise en œuvre, comme il éviterait tout jugement réprobateur sur le

¹⁹²⁴ L'art. 249 (ex-art. 189) du traité CE fixe une obligation de résultat à l'Etat membre puisqu'il énonce que « la directive lie tout Etat membre destinataire quant aux résultats à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

¹⁹²⁵ Sur l'étendue de ces obligations, voir *supra*, § n° 731 et s.

¹⁹²⁶ L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », art. préc., p. 586.

¹⁹²⁷ H. CALVET, « Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire », art. préc., p. 95.

¹⁹²⁸ E. PICARD, *chron. préc.*, p. 48.

¹⁹²⁹ J. COMBACAU, « L'illicite et le fautif, La fin de la faute ? », *Revue Droits*, 1987, p. 1.

¹⁹³⁰ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, *op. cit.*, p. 403-404.

¹⁹³¹ H. MUSCAT précise en effet qu'en « matière de responsabilité, une appréciation est toujours portée sur les modalités de survenance du dommage et donc sur le comportement de son auteur, même si celui-ci est souplement apprécié », (cf. *idem*, p. 404).

comportement de l'organe étatique en cause. Elle propose alors la consécration d'un régime de responsabilité pour illicéité, variable selon les circonstances et la marge de manœuvre reconnue à l'organe en cause.

764 - Ainsi, pour ces auteurs, la solution réside dans l'instauration d'un régime de responsabilité de l'Etat, actionnable à la condition nécessaire qu'il y ait une illégalité manifeste du droit interne par rapport au droit communautaire¹⁹³². En portant sur des considérations uniquement objectives, un tel régime permettrait de faire disparaître les réticences des juges à admettre une responsabilité de l'Etat législateur. Il constituerait un bon moyen de concilier le respect de la légalité européenne, la marge de manœuvre accordée aux autorités nationales et la révérence due au législateur. Un tel concept semble avoir déjà séduit quelques membres des juridictions administratives. En effet, il est utile de rappeler que, dans son arrêt « Société Jacques Dangeville »¹⁹³³, la Cour administrative d'appel de Paris considère, en premier lieu, que parmi les obligations s'imposant à l'Etat du fait du droit communautaire, se trouve « *celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire soit directement, soit à défaut, en assurant la réparation effective des préjudices qui en ont résulté* ». Puis, en second lieu, le juge d'appel, suivant en cela les conclusions de son commissaire du gouvernement¹⁹³⁴, affirme qu'en l'espèce, la société Dangeville « *est dès lors fondée à soutenir que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée en raison de la situation ainsi créée et à demander que l'Etat soit condamné à réparer le préjudice résultant pour elle de la situation illicite résultant de son assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée au titre de la période sus-indiquée* ». Il convient toutefois d'être prudent dans la mesure où l'utilisation de cette notion de « situation illicite » semble ici étroitement liée aux circonstances de l'affaire, lesquelles rendaient très difficile « *l'imputation de la méconnaissance du droit communautaire à une administration déterminée tant étaient imbriquées les interventions administrative, juridictionnelle et même législative* »¹⁹³⁵. De plus, cette solution n'a pas été consacrée par le Conseil d'Etat statuant en cassation, puisqu'on

¹⁹³² Pour J. COMBACAU, « notion propre au droit, (l'illicéité) se prête bien à un constat objectif de non-conformité entre une conduite et son modèle, et n'interdit pour autant ni de définir ce dernier en des termes suffisamment indéterminés pour laisser au juge une grande latitude dans l'appréciation de la conduite qu'il requerrait dans une situation concrète, ni d'apprécier la conduite effective du sujet en tenant compte de ce qu'il pouvait réellement faire dans cette situation-là pour se conformer au modèle » (cf. « L'illicite et le fautif, La fin de la faute ? », art. préc., p. 4).

¹⁹³³ CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, Rec. CE, p. 558 ; Dr. fisc., 1992, n° 1665, p. 1420, concl. F. Bernault ; AJDA, 1992, note X. Prétot ; Europe, 1992, comm. n° 445, obs. D. S. ; JCP, 1993, G, I, n° 3645, obs. E. Picard.

¹⁹³⁴ Concl. F. BERNAULT, Dr. fiscal, 1992, p. 1427.

¹⁹³⁵ H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, op. cit., p. 404.

rappelle que la Haute juridiction a censuré la décision de la Cour administrative d'appel de Paris sur une question de procédure¹⁹³⁶.

765 - La consécration, en droit français, d'un régime de responsabilité fondée sur la notion de faute qualifiée ou d'une gravité suffisante (notion appréciée selon la marge de manœuvre dont dispose l'Etat membre pour mettre en œuvre le droit communautaire), nous apparaît ainsi comme la solution la plus adéquate pour répondre aux hypothèses de violation du droit communautaire. Les exigences communautaires comme internes sous-entendent en effet que tout organe étatique ayant violé une disposition communautaire s'est rendu coupable d'un manquement à une de ses obligations, donc d'une faute. Traduire les conséquences de ce manquement en droit interne semble tout à fait possible par la mise en œuvre d'un nouveau régime de responsabilité inspiré, en grande partie, par quelques règles juridiques existantes à l'heure actuelle. Sans compter que consacrer une telle solution comporterait de nombreux avantages. Elle faciliterait, d'une part, l'intégration du droit communautaire en ayant une approche assez réaliste des obligations internationales pesant sur les différents organes nationaux. Tout comme, elle permettrait, d'autre part, un solide respect de la réalité juridique et morale en tenant compte des hypothèses dans lesquelles la méconnaissance du droit communautaire, perpétrée par l'Etat, ne serait que la conséquence du manque de clarté d'un texte communautaire ou d'un revirement imprévisible de la Cour de justice. Du fait de l'évolution du statut de la loi, le juge interne deviendrait ainsi compétent pour engager la responsabilité de l'Etat législateur, tout en continuant de refuser de se livrer à l'annulation d'un texte de valeur législative.

Au regard du droit à réparation dont peuvent prétendre les particuliers, il est certes possible d'émettre quelques réticences à voir consacrer un régime de responsabilité dans lequel toute violation n'entraîne pas l'allocation d'une indemnisation. Néanmoins, même s'il s'appuie sur une faute qualifiée ou une illégalité manifeste, le régime de responsabilité proposé n'aura pas pour conséquences de restreindre considérablement le droit à réparation des requérants. En effet, les hypothèses d'exonération de l'Etat seront rares, puisque le rejet de la responsabilité ne se réalisera qu'en cas de cumul d'un large pouvoir d'appréciation détenu par l'organe en cause avec un manque de clarté des dispositions communautaires violées. Dans la majorité des autres cas, le requérant pourra obtenir réparation de son préjudice sur le fondement de la faute, ou plus rarement, lorsque l'Etat démontrera avoir agit

¹⁹³⁶ CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, Rec. CE, p. 399 ; AJDA, 1996, p. 380, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; Dr. adm., 1997, comm. n° 108, obs. G. G. ; RFDA, 1996, p. 1275 ; RTDE, 1997, p. 171, concl. G. Goulard ; RFDA, 1997, p. 1056, concl. ; Europe, 1996, comm. n° 453, obs. D. Simon ; LPA, 24 octobre 1997, n° 128, p. 17 (1^{ère} partie) et LPA, 27 octobre 1997, n° 129, p. 9 (suite et fin), note P. Cassia ; RJF, 1996, p. 799, chron. S. Austry.

pour des motifs d'intérêt général ou d'ordre public, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Enfin, dans le cas extrême où sa demande d'indemnisation sera refusée, le requérant ne sera pas pour autant dépourvu de recours, puisqu'il lui restera quand même l'annulation contentieuse.

CONCLUSION DU TITRE 2nd

766 - Employant une formule malicieuse, L. Dubouis constatait que « *sans doute notre droit administratif a-t-il une âme* », pour preuve « *les longs sanglots* » qu'il exhale « *chaque fois que la blessure du changement lui est infligée* »¹⁹³⁷. On peut être fortement tenté de le croire tant le juge administratif s'emploie à maintenir le législateur dans une certaine immunité, restreignant par voie de conséquence les hypothèses de mise en œuvre du principe de responsabilité pour violation du droit communautaire issu de la jurisprudence communautaire « *Francovich* »¹⁹³⁸. Or, il nous semble qu'une telle réticence n'a plus véritablement lieu d'être puisque, bien qu'exprimant toujours la volonté générale, la loi n'est cependant plus incontestable dans l'ordre juridique interne.

Dès lors, la question de l'éventuelle reconnaissance d'une responsabilité de l'Etat législateur en cas de manquement aux dispositions communautaires est légitimement en droit d'être posée. La réponse précise à ce problème doit venir de l'instauration, en droit français, d'un mécanisme de responsabilité pour faute de l'Etat. Fondé sur une notion de faute appréciée objectivement selon la marge de manœuvre laissée à la disposition de l'Etat membre pour appliquer le droit communautaire, un tel régime s'avérera ainsi applicable quelle que soit l'hypothèse de violation du droit communautaire, et quel que soit l'organe à l'origine d'une telle méconnaissance. Bouleversant quelque peu l'autorité accordée à la loi, cette solution semble néanmoins indispensable afin de permettre, non seulement, une indemnisation la plus large possible des préjudices subis, mais également, le respect de la primauté du droit communautaire reconnue dans la Constitution de 1958.

¹⁹³⁷ Cité par J. WALINE, in « La boîte de Pandore », *Au carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de L. Dubouis, Paris, Dalloz, 2002, p. 489.

¹⁹³⁸ CJCE, 19 novembre 1991, préc.

CONCLUSION DE LA 2nde PARTIE

767 - L'énoncé du principe selon lequel les Etats membres sont tenus de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui leur sont imputables, tout comme l'affirmation des conditions d'engagement de ce régime de responsabilité, ont été l'œuvre de la Cour de justice des Communautés européennes. Parallèlement, c'est à une étroite collaboration entre le juge communautaire et le juge national que l'on doit la détermination des règles relatives à la mise en œuvre du régime, et notamment la détermination de l'étendue de la réparation à octroyer au justiciable lésé. Conscient de la nécessité de consacrer un principe assimilable sans grande difficulté par la plupart des ordres juridiques des Etats membres, le juge de Luxembourg s'est ainsi efforcé de concilier au mieux primauté du droit communautaire et latitude d'action des Etats membres.

768 - Une telle précaution ne va toutefois pas empêcher le juge administratif français de ne mettre que partiellement en œuvre, en droit interne, ce régime de responsabilité. En effet, s'il accepte de reconnaître à l'heure actuelle qu'un acte administratif contraire au droit communautaire puisse engager la responsabilité de l'Etat sur le terrain de la faute, le Conseil d'Etat refuse toujours de réparer les dommages issus directement d'une loi inconstitutionnelle. Il use pour cela de l'invocation de règles juridiques mais il apparaît que ces arguments sont quelque peu dépassés, témoignant de sa volonté implicite de protéger le législateur en tant qu'organe exprimant la volonté générale. Or, aucun réel fondement juridique ne semble encore actuellement capable de légitimer une telle peur de consacrer un régime de responsabilité pour faute de l'Etat législateur.

L'hostilité quant à la consécration d'un tel régime vient très souvent d'une double crainte. Il s'agit, d'une part, de celle de créer un mécanisme d'engagement systématique de la responsabilité de l'Etat, dès lors que serait constatée l'inconstitutionnalité d'une loi, et d'autre part, de celle de rompre le principe selon lequel le juge ne peut s'ériger en censeur de la volonté législative puisqu'il n'est que « la bouche de la loi ». Ces deux arguments ne sont néanmoins pas réellement pertinents¹⁹³⁹. En effet, concernant le risque de systématisation de la responsabilité pour faute du législateur, il est bon de rappeler que le respect des exigences communautaires ne conduirait pas à la consécration, en droit interne, d'un régime de responsabilité fondée sur la simple illégalité fautive, mais à celle d'un régime laissant une

¹⁹³⁹ Pour une analyse de cette double crainte, voir G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », RFDA, 1997, p. 1028 et s.

marge de manœuvre au juge administratif, selon que l'organe étatique auteur de la violation disposait ou non d'un large pouvoir d'appréciation pour appliquer le droit communautaire. Quant à la crainte d'une atteinte à la séparation des pouvoirs, faisant du juge le censeur de la loi, il est utile de rappeler que, depuis 1958, la loi n'est plus une norme irréprochable et que, depuis 1989, le juge exerce déjà un contrôle sur l'œuvre du législateur.

769 - S'appuyant sur les dispositions de l'article 55 de la Constitution, le juge administratif semble ainsi tout à fait pouvoir adapter, en droit interne, le principe de responsabilité pour violation du droit communautaire posé par la Cour de justice¹⁹⁴⁰. Ce « *détour par la Constitution* »¹⁹⁴¹ écarterait alors la crainte de voir le juge interne totalement subordonné à la juridiction communautaire. Son entière autonomie serait d'ailleurs également préservée du fait que le moyen tiré de la méconnaissance du droit communautaire n'est pas, selon la jurisprudence¹⁹⁴², un moyen d'ordre public. Ce qui fait très justement dire au professeur R. Chapus que, « *compte tenu de la jurisprudence Nicolo* », la consécration d'une responsabilité pour faute de l'Etat législateur « *s'avère banale au regard du droit français. Et si elle se trouve satisfaisante à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, elle doit être considérée comme n'en procédant pas* »¹⁹⁴³.

¹⁹⁴⁰ Un tel raisonnement vient tout récemment d'être tenu par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand, dans un jugement en date du 23 septembre 2004, *SA Fontanille*, req. n° 0101282. En l'espèce, le juge administratif a décidé que : « (...) aux termes de l'art. 55 C. (...); de l'art. 10 (ex-art. 5) du traité du 25 mars 1957 (...) l'Etat est susceptible d'engager sa responsabilité sur le fondement d'une faute du pouvoir législatif du fait de l'adoption de lois qui ne seraient pas compatibles avec les stipulations d'un traité ou accord international régulièrement ratifié ou approuvé ; que parmi ces obligations, se trouve celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire soit directement, soit, à défaut, en assurant la réparation effective des préjudices qui en ont résulté ». L'affirmation d'une possible responsabilité pour faute de l'Etat législateur est donc ici sans ambiguïté. A noter que, poursuivant sa démonstration, le tribunal administratif prend appui sur la jurisprudence européenne en énonçant ensuite que « lorsqu'une violation du droit communautaire par un Etat membre de la communauté européenne est imputable au législateur national agissant dans un domaine où il dispose d'une large marge d'appréciation pour opérer des choix normatifs, les particuliers lésés ont droit à réparation dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de leur conférer des droits, que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les particuliers ». Finalement, le juge va rejeter la demande d'indemnisation présentée par la société requérante au motif que le texte communautaire invoqué ne créait pas de droits pour les particuliers.

¹⁹⁴¹ G. ALBERTON, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », art. préc., p. 1038.

¹⁹⁴² Voir, par ex. : CE, 11 janvier 1991, *SA Morgane*, Rec. CE, p. 9 - CE, 28 février 1996, *Mégel et Petit*, Europe, 1996, n° 273.

¹⁹⁴³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrétien, Domat droit public, t. 1, 15^{ème} éd., 2001, p. 1381.

CONCLUSION GENERALE

770 - L'étude de la responsabilité de l'Etat du fait de l'action normative en droit administratif français a permis de mettre en lumière les difficultés de mise en œuvre d'un tel régime, et ce principalement à travers l'examen jurisprudentiel de ses conditions d'application. S'agissant de la réparation des dommages subis par les particuliers du fait d'une action normative régulière, il apparaît, qu'après avoir créé de toutes pièces, à l'occasion de la décision « La Fleurette »¹⁹⁴⁴, un régime de responsabilité sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, le juge administratif lui a peu à peu fait prendre les traits d'un régime objectif autonome. Celui-ci se livre en effet à une utilisation stricte de son pouvoir d'appréciation des conditions d'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat, conditions liées non seulement au texte à l'origine du dommage, mais également au préjudice lequel doit pouvoir être qualifié d'« anormal et spécial ». La responsabilité de l'Etat du fait de l'action normative régulière apparaît ainsi, en pratique, sensiblement orientée vers la protection de la latitude d'action de la personne publique plutôt que vers une hypothétique conciliation entre cet objectif et celui de protection des droits des particuliers. La construction de ce régime singulier s'explique, en apparence, par le souci du juge administratif de ne pas remettre en cause l'autorité des actes exprimant la volonté générale, en même temps que par le soin d'éviter une dilapidation des deniers publics du fait d'une multiplication des recours en indemnisation.

Concernant la réparation des dommages subis par les particuliers du fait d'une action normative violant le droit communautaire, le constat s'imposant suite à cette étude se révèle encore plus mitigé. Dès son arrêt « Francovich » rendu en 1991¹⁹⁴⁵, la Cour de justice des Communautés européennes est venue poser le principe selon lequel les Etats membres sont tenus de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui leur sont imputables. Soucieux d'énoncer une règle assimilable avec

¹⁹⁴⁴ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. CE, p. 25 ; D., 1938.3.41 concl. Roujou et note L. Rolland ; RDP, 1938, p. 87, concl. et note G. Jèze ; S., 1938.3.25, concl. et note P. Laroque.

¹⁹⁴⁵ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402, point 37 ; LPA, 4 août 1993, n° 93, p. 32, note T. Larzul ; AJDA, 1992, p. 143, note P. Le Mire ; JCP, 1992, G, n° 21783, note A. Barav ; D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives », Europe, 1991, chron., p. 1 ; RFDA, 1992, p. 1, note L. Dubouis ; Dr. adm., 1991, n° 537 ; JDI, 1992, p. 426, note Constantinesco ; J.-M. AUBY, « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », Dr. adm., 1992, doct., p. 1 ; RJDA, décembre 1991, p. 831, note Kessedjean ; F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 27 ; RMUE, 1991, p. 4, note Mattera ; RMUE, 1992, p. 187, note Carnolutti.

facilité par la plupart des ordres juridiques des Etats membres, le juge de Luxembourg en a ensuite précisé les conditions d'engagement. Il appartient ainsi au juge national d'accorder une indemnisation dès la réunion de trois conditions¹⁹⁴⁶ : tout d'abord, que la norme de droit communautaire violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, ensuite, que le dommage allégué par le requérant ait un lien de causalité direct avec la violation et enfin, que la violation de la règle communautaire puisse être qualifiée de « suffisamment caractérisée ». Or, à l'heure actuelle, en droit interne français, le juge administratif ne se livre qu'à une application trop partielle du principe de responsabilité de l'Etat, lequel s'il est admis en cas de dommages issus d'un acte administratif inconstitutionnel¹⁹⁴⁷ et par contre totalement exclu dans l'hypothèse de dommages issus directement d'une loi contraire au droit communautaire¹⁹⁴⁸.

771 - Tentant de trouver une solution afin d'améliorer la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat et d'accroître parallèlement la protection des droits des particuliers, cette étude a permis de conclure à une proposition de réforme du régime existant, laquelle consiste en un système dual axé sur le cadre purement interne ou communautaire dans lequel a été prise la norme incriminée. Il semble, d'une part, important de respecter la tradition de la responsabilité sans faute pour l'indemnisation des dommages issus d'une action normative interne régulière, à condition toutefois de veiller à une utilisation plus harmonieuse de ses conditions d'engagement. S'agissant notamment de l'intérêt général poursuivi par la norme en cause, légitimant de nombreux refus d'indemnisation de dommages nés de l'application d'une loi, comme des caractères d'anormalité et de spécialité du préjudice, ceux-ci devront à l'avenir faire l'objet, sinon d'une définition, au moins d'une appréciation plus homogène.

D'autre part, il apparaît indispensable pour le juge administratif de faire rapidement preuve d'innovation en ce qui concerne le régime de responsabilité du fait d'une action normative violant le droit communautaire, en acceptant de reconnaître que, tout comme

¹⁹⁴⁶ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, aff. C-46/93, Rec. CJCE, p. I-1029, concl. G. Tesouro ; A. RIGAUD, « L'arrêt Brasserie du pêcheur-Factortame III : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, mai 1996, chron., p. 1 ; RFDA, 1996, p. 583, note L. Dubouis.

¹⁹⁴⁷ CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France*, Rec. CE, p. 80, concl. Laroque ; AJDA, 1992, p. 210, concl., et p. 329, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; JCP, 1992, G, n° 21859, note G. Teboul ; LPA, 10 avril 1992, p. 18, note T. Celerier ; RFDA, 1992, p. 425, note L. Dubouis ; RDP, 1992, p. 1505, concl. ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : ad augusta per augusta », Europe, 1992, n° 4, p. 1 ; D. SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », RTDE, 1992, p. 265 ; R. KOVAR, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », D., 1992, chron., p. 207.

¹⁹⁴⁸ CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, Rec. CE, p. 399 ; AJDA, 1996, p. 380, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; Dr. adm., 1997, comm. n° 108, obs. G. G. ; RFDA, 1996, p. 1275 ; RTDE, 1997, p. 171, concl. G. Goulard ; RFDA, 1997, p. 1056, concl. ; Europe, 1996, comm. n° 453, obs. D. Simon ; LPA, 24 octobre 1997, n° 128, p. 17 (1^{ère} partie), et LPA, 27 octobre 1997, n° 129, p. 9 (suite et fin), note P. Cassia ; RJF, 1996, p. 799, chron. S. Austry.

l'administration, le législateur peut être l'auteur d'un comportement fautif. Cette étude a permis de dégager les grandes lignes d'un mécanisme de responsabilité de l'Etat construit, non pas autour de la simple illégalité fautive, mais autour de la notion de faute appréciée objectivement selon la marge de manœuvre laissée à la disposition de l'Etat membre pour appliquer le droit communautaire. Un tel régime s'avérera ainsi applicable quelle que soit l'hypothèse de violation du droit communautaire, et quel que soit l'organe à l'origine d'une telle méconnaissance. Bouleversant quelque peu l'autorité accordée à la loi, la mise en cause du législateur semble, comme nous l'avons démontré, tout à fait possible. Bien qu'exprimant la volonté générale, la loi n'est tout d'abord plus incontestable devant le juge administratif, et ce en vertu des dispositions de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 instituant la primauté du droit communautaire. Ensuite, la transposition de règles juridiques internes existantes permettrait de mettre sereinement en œuvre un régime de responsabilité pour manquement à une obligation préexistante sans que celui-ci entraîne une indemnisation automatique.

772 - L'application d'un tel système dual aurait surtout le mérite de faire disparaître de lui-même un certain nombre d'incohérences présentes dans la mise en œuvre actuelle de la responsabilité de l'Etat du fait de l'action normative. En effet, il est légitime de s'interroger sur les réelles raisons poussant le juge administratif à une application aussi stricte du régime « La Fleurette ». Pourquoi y'a-t-il si peu d'espèces dans lesquelles une indemnisation des dommages issus d'une action normative régulière est effectivement accordée ? Il semble que le développement d'une telle jurisprudence sévère est directement lié au fait que le juge administratif se trouve, à l'heure actuelle, coincé entre deux obligations lui paraissant difficilement compatibles. Dans le cadre du droit interne, il lui appartient d'appliquer la loi. Par contre, dans le cadre du droit communautaire, il lui est demandé de la contrôler, mission que le juge administratif a encore du mal à accepter, et ce malgré l'affirmation tardive de la jurisprudence « Nicolo »¹⁹⁴⁹. Il peut ainsi être intéressant de se demander si, conscient qu'il sera tôt ou tard obligé de céder, en acceptant d'engager la responsabilité de l'Etat législateur auteur d'une violation préjudiciable du droit communautaire, le juge interne ne se protège-t-il pas en maintenant en droit interne sa déférence au législateur. Dès lors, il ne reste plus qu'à la Haute juridiction administrative à franchir le pas de la reconnaissance d'une responsabilité pour faute du législateur pour sans doute assister, par voie de conséquence, à une application

¹⁹⁴⁹ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. CE, p. 190, concl. P. Frydman ; AJDA, 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste, et p. 788, note D. Simon ; D., 1990, p. 135, note P. Sabourin ; JCP, 1989, G, n° 21371, concl. ; LPA, 11 décembre 1989, p. 11, note G. Lebreton ; RFDA, 1989, p. 813, concl., et note B. Genevois ; RFDA, 1990, p. 267, obs. D. Ruzié ; RMC, 1990, p. 389, note J.-F. Lachaume ; RTDE, 1989, p. 771, concl. et note G. Isaac.

beaucoup plus sereine de la jurisprudence « La Fleurette ». Le juge administratif n'aura en effet plus de raisons de maintenir sa très stricte jurisprudence relative à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière, à partir du moment où il aura pu constater que l'application d'un régime de responsabilité pour faute dans le cadre communautaire ne conduira pas de manière systématique à la remise en cause de l'autorité de la loi. D'autant plus que cette étude a tenté de démontrer que la mise en place de ce régime était assez aisément envisageable par transposition de règles nationales existantes.

773 - L'évolution proposée du régime de responsabilité du fait d'une action normative violant le droit communautaire aura probablement un autre impact non négligeable : celui d'améliorer, par effet dissuasif, l'image de la France au niveau de l'application de ce droit. A l'heure actuelle, en matière de transposition des directives dans le domaine du marché intérieur, la France apparaît comme le plus mauvais élève européen¹⁹⁵⁰. Le bilan est même assez alarmant quand on sait que notre pays est incapable d'atteindre les objectifs fixés par les conseils européens de Stockholm et de Barcelone, lesquels fixent respectivement une réduction à 1,5% du déficit de transposition et la « tolérance zéro » à l'encontre des directives accusant un retard de transposition de plus de deux ans. Nous sommes même très loin d'approcher ces objectifs puisque le déficit de transposition s'est aggravé et atteint, fin mai 2004, 4,1% (contre 3,3% l'an passé) et que le stock des directives ayant un retard de transposition supérieur à deux ans (neuf) ne diminue pas¹⁹⁵¹. De ce fait, en octobre 2003, la France faisait l'objet de 135 procédures d'infraction engagées par la Commission¹⁹⁵², seule l'Italie accusait un nombre plus élevé. Le 13 juillet 2004, la Commission européenne a d'ailleurs adressé à la France trois autres avertissements écrits lui demandant d'exécuter, sous peine d'amende, trois arrêts rendus par la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'environnement¹⁹⁵³. Parallèlement, la Commission a engagé deux autres procédures devant la Cour à propos de la gestion des déchets.

¹⁹⁵⁰ Pour un résumé des grandes lignes des conclusions développées par le député C. PHILIP dans son deuxième rapport d'information sur la transposition des directives européennes (rapport n° 1709), voir S. BRONDEL, « Transposition des directives : La France toujours en retard », AJDA, 2004, p. 1506.

¹⁹⁵¹ S. BRONDEL, « Transposition des directives : La France toujours en retard », art. préc.

¹⁹⁵² Pour un exemple de condamnation, voir CJCE, 26 juin 2003, *Commission c/ République française*, aff. C-233/00, AJDA, 2004, p. 543, note B. Delaunay. En l'espèce, la Cour a estimé que la France n'avait pas correctement transposé la directive du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, notamment en limitant l'accès aux seules informations ayant le caractère de document administratif et en permettant un refus de communication des documents portant atteinte, « de façon générale, aux secrets protégés par la loi ».

¹⁹⁵³ Dans la première affaire (11 septembre 2001, C-220/99), la Cour a jugé que la France n'avait pas désigné suffisamment de sites pour la protection des espèces et des habitats au titre de la directive européenne du 21 mai 1992 relative aux habitats naturels. Dans la seconde affaire, (26 juin 2003, préc.), il était reproché à la France d'avoir restreint excessivement l'accès des citoyens aux informations en matière d'environnement, prévu par la directive du 7 juin 1990. Il lui a également été signifié d'introduire, dans sa législation, une obligation de

Les raisons à l'origine de la plupart des retards constatés ne sont pas, de l'avis du député C. Philip, auteur d'un second rapport d'information sur la transposition des directives européennes¹⁹⁵⁴, des blocages de nature politique. Rendant compte de ce rapport, S. Brondel fait en effet remarquer que ceux-ci sont tout simplement imputables à trois obstacles administratifs : « *la multiplicité des intervenants, une absence de vigilance, et une approche imparfaite de ce qu'est une transposition, et, notamment, de ce qu'il ne s'agit pas d'une phase de renégociation* »¹⁹⁵⁵. Tentant de trouver des solutions, le député propose notamment, lorsque la transposition implique une intervention du Parlement, d'associer celui-ci en amont, au stade de la négociation, comme de réserver deux fois par an l'ordre du jour des assemblées pour qu'elles effectuent des transpositions.

La mise en place d'un réel régime de responsabilité de l'Etat législateur permettrait ainsi sans doute de limiter les cas de transposition erronée, incomplète ou tardive, lesquels sont dus, soit à de simples maladroites, soit au non respect par l'Etat de la marge de manœuvre réduite dont il dispose pour appliquer le droit communautaire.

774 - L'évolution du régime de responsabilité de l'Etat du fait de l'action normative, laquelle doit consister en un assouplissement de l'interprétation des conditions d'engagement du régime « La Fleurette » en même temps qu'un élargissement de la responsabilité pour faute du fait d'une norme violant le droit communautaire, semble assez bien s'inscrire dans la tendance actuelle en matière de réparation des dommages causés dans le cadre du droit administratif. En effet, il est possible de déceler, tant dans la jurisprudence communautaire qu'interne, un élan vers l'engagement de la responsabilité de l'Etat dans toujours plus d'hypothèses. Nous pouvons ainsi illustrer notre propos par deux exemples distincts. Le premier exemple concerne la reconnaissance, par la Cour de justice des Communautés européennes, d'une possible responsabilité de l'Etat du fait d'une violation du droit communautaire imputable à une juridiction suprême. Après avoir posé le principe tout en refusant en l'espèce l'engagement de la responsabilité¹⁹⁵⁶, le juge de Luxembourg vient de

motivation des décisions de refus de l'accès à ces informations. Enfin, dans la troisième affaire (12 juin 2003, C-130/01), la Cour a considéré que la France n'avait pas adopté de mesures satisfaisantes permettant de réduire le déversement de substances dangereuses dans le milieu aquatique (directive 76/464/CEE du 4 mai 1976).

¹⁹⁵⁴ Rapport n° 1709, préc.

¹⁹⁵⁵ S. BRONDEL, « Transposition des directives : La France toujours en retard », art. préc.

¹⁹⁵⁶ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, AJDA, 2003, p. 1748, obs. M.-C. M. ; JCP, 2003, A, n° 1943, note O. Dubos ; Europe, novembre 2003, p. 3, chron. par D. Simon ; Gaz. Pal., 3 et 4 mars 2004, n° 63-64, p. 2, note I. Pingel. Il s'agissait ici, d'une question préjudicielle posée à la Cour par une juridiction autrichienne, à propos du cas d'un professeur d'université s'étant vu refuser, par une décision définitive de la juridiction suprême administrative, le versement d'une indemnité spéciale d'ancienneté réservée par la réglementation autrichienne aux enseignants comptants plus de 15 ans d'ancienneté dans les universités de ce pays.

condamner l'Italie du fait de la jurisprudence de ses tribunaux nationaux¹⁹⁵⁷. Selon le concept d'unité de l'Etat, celui-ci est également juge et doit donc répondre devant les tribunaux en cas de décisions juridictionnelles irrégulières.

Quant au second exemple, il est constitué par l'hypothèse de la responsabilité sans faute de l'Etat du fait d'une disposition constitutionnelle. Dans un arrêt en date du 8 octobre 2003, la Cour administrative d'appel de Paris, suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement Mme Folscheid¹⁹⁵⁸, a admis « *qu'il appartient au juge administratif de connaître d'un litige qui tend à la condamnation de l'Etat à la réparation d'un préjudice dont l'origine est située par le requérant dans des dispositions législatives, même de nature constitutionnelle* ». En l'espèce, il s'agissait du cas d'une requérante laquelle, en application des dispositions de l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988 et de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999, n'avait pas été admise à participer aux scrutins organisés en Nouvelle-Calédonie les 8 novembre 1998 et 9 mai 1999, et qui demandait réparation sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, du préjudice causé du fait de cette exclusion du corps électoral. Toutefois en l'espèce, conformément à la mise en œuvre de la jurisprudence « La Fleurette », la discrimination subie par la requérante étant l'objet même de la disposition critiquée, et celle-ci ayant un objectif d'intérêt général prééminent, la demande d'indemnisation fut rejetée.

775 - Certes, l'extension du droit de la responsabilité de la puissance publique, qui plus est sur le terrain de la faute du fait de la construction communautaire, peut faire naître quelques craintes dans le sens où il est possible de rattacher, à l'action normative de l'Etat, de nombreuses hypothèses. Certains auteurs n'hésitent dès lors pas à exprimer le danger pour notre système juridique d'être « *pris dans un engrenage logique* » qui pourrait « *finir par le broyer* »¹⁹⁵⁹. Il en est ainsi notamment de O. Gohin, lequel envisage une sorte de « *scénario-catastrophe* » entraînant le droit public français « *dans une aventure contentieuse (...) dont il n'est pas certain (...) qu'il sortira indemne* »¹⁹⁶⁰. Selon cet auteur, si, par une révision de sa Constitution, l'Etat français cherchait à échapper à l'une de ses obligations communautaires, il n'est pas douteux que la Cour de Luxembourg retiendrait sa responsabilité en tant que constituant. La même idée pousse L. Dubouis à s'interroger sur le fait de savoir s'il faudra

¹⁹⁵⁷ CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00, AJDA, 2004, p. 317, obs. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert.

¹⁹⁵⁸ CAA Paris, 8 octobre 2003, *Mme Demaret*, AJDA, 2004, p. 277, concl. B. Folscheid.

¹⁹⁵⁹ Selon les termes de O. GOHIN, in « La responsabilité de l'Etat en tant que législateur », RIDC, 1998, n° 2, p. 610.

¹⁹⁶⁰ *Idem*.

« un jour pour le juge français admettre la faillibilité du pouvoir constituant après celle du pouvoir législatif »¹⁹⁶¹.

Un tel risque n'est cependant pas envisageable dans la mesure où la primauté de la norme constitutionnelle sur toute autre règle de l'ordre juridique, y compris donc le droit communautaire, est affirmée tant par le juge ordinaire que le Conseil constitutionnel. En effet, s'agissant du juge administratif, celui-ci a eu l'occasion, tout d'abord dans son arrêt « Koné »¹⁹⁶², puis plus explicitement dans son arrêt « Sarran et Levacher »¹⁹⁶³, de consacrer la suprématie de la Constitution sur les traités. Quant à la Cour de cassation, elle adopte la même position dans un arrêt « Fraisse »¹⁹⁶⁴. Enfin, très récemment, dans une décision « Loi pour la confiance dans l'économie numérique » ayant déjà suscité pas mal de réactions en doctrine, le Conseil constitutionnel est lui-même venu consacrer la primauté de la Constitution française sur le droit communautaire¹⁹⁶⁵. En l'espèce, s'appuyant sur l'article 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958¹⁹⁶⁶, le juge constitutionnel estime, en premier lieu, que lorsqu'une loi n'est que la transcription pure et simple d'une directive, il ne lui appartient pas d'en vérifier la constitutionnalité sous peine d'opérer un contrôle de constitutionnalité de la directive. Cette dernière « fait en quelque sorte écran entre la Constitution et la loi »¹⁹⁶⁷. A l'inverse, si la loi ne se borne pas à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et

¹⁹⁶¹ Cité par O. GOHIN, in « La responsabilité de l'Etat en tant que législateur », art. préc., p. 610.

¹⁹⁶² CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. CE, p. 255 ; AJDA, 1996, p. 722, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; D., 1996, p. 509, note F. Julien-Laferrière ; JCP, 1996, éd. G., n° 22720, note X. Prétot ; LPA, 1996, n° 153, note G. Pelissier et n° 156, note G. Guiheux ; RDP, 1996, p. 1751, note C. Braud ; RFDA, 1996, p. 870, concl. J.-M. Delarue ; RGDIP, 1997, p. 237, note D. Alland ; RTDH, 1997, p. 762, note C. Pierucci. En l'espèce, le juge énonce que les stipulations d'un traité relatives à l'extradition « doivent être interprétées » conformément au principe constitutionnel prohibant les extraditions demandées dans un but politique, et décide d'écarter l'application de ces stipulations du fait de leur contrariété avec la Constitution.

¹⁹⁶³ CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, AJDA, 1998, p. 962, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; D., 2000, p. 152, note E. Aubin ; Dr. adm., 1999, comm. n° 14, obs. C. M. ; RDP, 1999, p. 919, note J.-F. Flauss ; RFDA, 1998, p. 1081, concl. C. Maugué ; RTD civ., 1999, p. 232, chron., N. Molfessis. Ici, la Haute juridiction énonce, dans un considérant de principe, que « la suprématie conférée aux engagements internationaux » par l'article 55 de la Constitution « ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ».

¹⁹⁶⁴ Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, D., 2000, p. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; JCP, 2001, G, n° 10453, note A.-C. de Foucauld ; LPA, octobre 2000, n° 201, note B. de Lamy et P. Deumier ; LPA, décembre 2000, n° 246, note P. Jan ; RDP, 2000, p. 1037, note X. Prétot ; RTD civ., 2000, p. 672, chron. R. Libchaber.

¹⁹⁶⁵ CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, AJDA, 2004, p. 1216, obs. S. Brondel, p. 1385, obs. P. Cassia, p. 1497, obs. M. Verpeaux ; p. 1534, note J. Arrighi de Casanova, et p. 1537, note M. Gautier et F. Melleray ; D., 2004, p. 1739, note B. Mathieu ; LPA, 18 juin 2004, n° 122, p. 10, note J.-E. Schoettl ; Europe, août-septembre 2004, p. 6, note X. Magnon. Opinion partagée par la majorité des auteurs cités ci-dessus. Pour un avis différent, voir cependant la note de M. Gautier et F. Melleray, préc., p. 1538.

¹⁹⁶⁶ « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

¹⁹⁶⁷ Selon la formule de M. VERPEAUX, in « Révolution, constat et verrou », AJDA, 2004, p. 1497. Expriment sensiblement la même idée, M. GAUTIER et F. MELLERAY utilisent, quant à eux, le terme de « loi-miroir » de la directive pour qualifier la disposition législative se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive (note préc.).

précises d'une directive, le texte législatif peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité¹⁹⁶⁸. Puis, en second lieu, le Conseil ajoute que l'obligation de transposition cesse d'être constitutionnelle (même si elle reste communautaire), lorsque le droit communautaire dérivé heurte de front une disposition expresse et spécifique de notre « bloc de constitutionnalité ». Dès lors, puisqu'une disposition constitutionnelle expresse et contraire à une directive peut amener le Conseil constitutionnel à écarter la directive pour examiner la loi par rapport à la Constitution, « *un verrou est donc en place, dans les mains du constituant, qui peut contredire une directive* »¹⁹⁶⁹. La crainte d'une possible responsabilité pour faute du pouvoir constituant n'est pas plus d'actualité depuis l'adoption, le 29 octobre 2004, du « projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe ». En effet, bien que les dispositions de l'art. I-6 de ce traité, selon lesquelles « *la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celles-ci, priment le droit des Etats membres* » soient quelque peu ambiguës, la Constitution du 4 octobre 1958 conserve, dans l'ordre interne, une valeur juridique supérieure au droit communautaire¹⁹⁷⁰. Le Conseil constitutionnel vient de le rappeler tout récemment dans une décision rendue le 19 novembre 2004¹⁹⁷¹, suite à sa saisine sur le fondement de l'art. 54 C. En l'espèce, le juge constitutionnel énonce que la Constitution française devra être révisée préalablement à la ratification du projet de Constitution européenne puisque certaines dispositions « *affectent les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »¹⁹⁷². Toutefois, il considère que l'art. I-6 du projet ne nécessite aucune révision préalable dans la mesure où il ne contient qu'un simple rappel de la primauté du droit communautaire sur le droit national exprimée dans l'art. 88-1 C.

776 - Au terme de cette étude de la responsabilité de l'Etat du fait de l'action normative en droit administratif français, il est ainsi permis d'être optimiste quant à une évolution future et sereine du droit de la responsabilité de la puissance publique dans le sens

¹⁹⁶⁸ Pour une illustration, voir CC, n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, LPA, 7 juillet 2004, n° 135, p. 3, note J.-E. Schoettl ; AJDA, 2004, p. 1393, obs. S. Brondel.

¹⁹⁶⁹ M. VERPEAUX, « Révolution, constat et verrou », art. préc.

¹⁹⁷⁰ Pour une justification de ce point, voir P. CASSIA, « L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », JCP, 2004, A, n° 1764 - P. Y. MONJAL, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ? », RTDE, 2004, p. 442 et s. Selon ce dernier, il serait d'ailleurs nécessaire de remplacer le terme de « Constitution européenne » employé à tort, par celui plus conforme à la réalité juridique de « Constitution inter-étatique ».

¹⁹⁷¹ CC, n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JO, 24 novembre 2004, p. 19885.

¹⁹⁷² Le projet de Constitution européenne prévoit en effet notamment de transférer à l'UE certaines compétences régaliennes comme le contrôle aux frontières, ou encore d'instaurer une prise de décision au sein du Conseil des ministres européens à la majorité qualifiée et non plus à l'unanimité.

où nous l'avons envisagé. En effet, malgré les hésitations de la jurisprudence, et comme le souligne judicieusement le professeur R.-M. Chevallier¹⁹⁷³, « *la démarche d'un juge, fût-il administratif et eût-il l'autorité du Conseil d'Etat de France ne manque jamais de tenir compte, après un certain délai de réflexion peut-être, des réalités qui s'imposent au détriment des traditions, des habitudes ou mêmes des réticences* ».

¹⁹⁷³ *Les communautés européennes et le droit administratif français, Annales de la faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg*, LGDJ, 1972, p. 502, cité par P. CASSIA, in « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires. A propos des arrêts Dangeville et Revert et Badelon », LPA, 24 octobre 1997, n° 128, p. 19.

BIBLIOGRAPHIE

I - OUVRAGES GENERAUX

- BONNARD (R.)**, *Précis de Droit administratif*, Paris, Sirey, 1935, 598 p.
- CHAPUS (R.)**, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, t. 1, 1427 p.
- COMBACAU (J.) et SUR (S.)**, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 5^{ème} éd., 2001, 801 p.
- DEBBASCH (C.)**, *Droit administratif*, Paris, Economica, 6^{ème} éd., 2002, 883 p.
- DEBBASCH (C.) et RICCI (J.-Cl.)**, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2001, 1018 p.
- DE FORGES (J.-M.)**, *Droit administratif*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2002, 391 p.
- DE LAUBADERE (A.)**, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 1970, t. 1, 699 p.
- DINH (N.-Q.), DAILLIER (P.) et PELET (A.)**, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1999, 1455 p.
- DUEZ (P.) et DEBEYRE (G.)**, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952, mise à jour au 1^{er} septembre 1954, 984 p.
- DUPUIS (G.), GUEDON (M.-J.) et CHRETIEN (P.)**, *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2000, 642 p.
- DUPUY (P.-M.)**, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, 684 p.
- FAVOREU (L.) et PHILIP (L.)** : *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2003, 1039 p.
- FRIER (P.-L.)**, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 2^{nde} éd., 2003, 525 p.
- HAURIOU (M.)**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002, 1150 p.
- ISAAC (G.) et BLANQUET (M.)**, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 8^{ème} éd., 2001, 395 p.
- LAFERRIERE (E.)**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, LGDJ, 2^{nde} éd., 1989, t. 2, 675 p.
- LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-Cl.) et GAUDEMET (Y.)**, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 16^{ème} éd., 2001, t. 1, 918 p.

- LOMBARD (M.) et DUMOND (G.)**, *Droit administratif*, Paris, Cours Dalloz, 4^{ème} éd., 2001, 553 p.
- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003, 944 p.
- PACTEAU (B.)**, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2002, 473 p.
- PRIEUR (M.)**, *Droit de l'environnement*, Paris, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2004, 944 p.
- RIVERO (J.) et WALINE (J.)**, *Droit administratif*, Paris, Précis Dalloz, 19^{ème} éd., 2002, 503 p
- ROMI (R.)**, *Droit et administration de l'environnement*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 5^{ème} éd., 2004, 563 p.
- ROUSSEAU (D.)**, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 6^{ème} éd., 2001, 507 p.
- SOLER-COUTEAUX (P.)**, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Cours Dalloz, 3^{ème} éd., 2000, 666 p.
- STASSINOPOULOS (M.)**, *Traité des actes administratifs*, Paris, LGDJ, 1977, 315 p.
- VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.)**, *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 1992, t. 1, 716 p.
- WALINE (M.)**, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1936, 688 p.
- WALINE (M.)**, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 6^{ème} éd., 1952, 46 p.

II - OUVRAGES SPECIALISES, MONOGRAPHIES, THESES

A - Concernant le thème général de notre étude

- AGARD (J.)**, *Documents relatifs à la question des indemnités qui peuvent être mises à la charge de l'Etat par le juge à l'occasion de mesures législatives ou réglementaires préjudiciables*, Thèse, Toulouse, 1911, 99 p.
- BROYELLE (C.)**, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Mémoire de D.E.A. de Droit Public Interne, Paris 2, 1993, 51 p.
- BROYELLE (C.)**, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 236, 2003, 474 p.
- BRULLE (R.)**, *De la responsabilité à raison des actes législatifs*, Thèse, Bordeaux, 1914, 106 p.
- BRUNET (J.-F.)**, *De la responsabilité de l'Etat législateur*, Thèse, Paris, 1936, 165 p.
- CARRE DE MALBERG (R.)**, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984, rééd., 228 p.

- CHAPUS (R.)**, *Responsabilité publique et responsabilité privée : les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 8, 1957, 617 p.
- CORMIER (C.)**, *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 228, 2002, 502 p.
- DARCY (G.)**, *La responsabilité de l'administration*, Paris, Dalloz, 1996, 157 p.
- DEGUERGUE (M.)**, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 171, 1994, 884 p.
- DEMICHEL (A.)**, *Le droit administratif, essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978, 220 p.
- DESPAX (R.)**, *De la responsabilité de l'Etat en matière d'actes législatifs et réglementaires*, Thèse, Lille, 1909, 140 p.
- DESPRES (O.)**, *La responsabilité de l'Etat en matière de relations internationales devant les juridictions administratives depuis 1945*, Thèse, Paris 2, 1995, 375 p.
- DUBOIS (J.-P.)**, *La responsabilité administrative*, Paris, éd. La Découverte, 1996, 125 p.
- DUEZ (P.)**, *Les actes de gouvernement*, Paris, Sirey, 1935, 215 p.
- DUEZ (P.)**, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, Paris, Dalloz, 1938, 342 p.
- DUGUIT (L.)**, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, éd. Fontemoing, 1901, 623 p.
- GAUDEMET (Y.)**, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 108, 1972, 321 p.
- GIRAUD (E.)**, *De la responsabilité de l'Etat à raison des dommages naissant de la loi*, Thèse, Paris, 1917, 360 p.
- GUETTIER (C.)**, *La responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1996, 191 p.
- HELIN (J.-Cl.)**, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Thèse, Nantes, 1969, 618 p.
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.
- KOECHLIN (H.-F.)**, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'An VIII à 1873, étude de jurisprudence*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 12, 1954, 170 p.
- LEBIGOT (C.)**, *La responsabilité du fait des lois et ses récentes évolutions*, Mémoire de D.E.A. de Droit Public Economique, Université Paris Nord, 1995, 109 p.
- LE ROUX (P.)**, *Essai sur la responsabilité de l'Etat considéré comme puissance publique et notamment dans l'exercice du pouvoir législatif*, Thèse, Paris, 1909, 120 p.

- LOSCHAK (D.)**, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 107, 1972, 349 p.
- MATHIEU (B.)**, *La loi*, Paris, Dalloz, 1996, 137 p.
- MESTRE (A.)**, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 66, 1974, 312 p.
- MOREAU (J.)**, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 7, 1957, 263 p.
- PAILLET (M.)**, *La responsabilité administrative*, Paris, Dalloz, 1996, 287 p.
- PELLISSIER (G.)**, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, 143 p.
- REDOR (M.-J.)**, *De l'Etat légal à l'Etat de droit : L'évolution des conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, 389 p.
- ROUGEVIN-BAVILLE (M.)**, *La responsabilité administrative*, Paris, Hachette, 1992, 159 p.
- SENKOVIC (P.)**, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 490 p.
- SOUSSE (M.)**, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bib. Dr. Pub., t. 174, 1994, 541 p.
- TIRARD (P.)**, *De la responsabilité de la puissance publique. Essai d'une théorie générale*, Thèse, Paris, 1906, 262 p.

B - Concernant la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière

- BECANE (J.-Cl.) et COUDERC (M.)**, *La loi*, Paris, Dalloz, 1994, 301 p.
- BERNARD (P.)**, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 42, 1962, 286 p.
- BLACHER (P.)**, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale « La loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, Paris, PUF, 2001, 246 p.
- CONSEIL D'ETAT**, *Sur le principe d'égalité*, EDCE, 1996, 509 p.
- CONSEIL D'ETAT**, *L'intérêt général*, EDCE, 1999, 449 p.
- DAVIGNON (J.-F.)**, *La responsabilité objective de la puissance publique*, Thèse, Lyon 2, 1976, 416 p.
- DE BECHILLON (D.)**, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, 1996, 577 p.
- DELVOLVE (P.)**, *La responsabilité de la puissance publique du fait de ses actes réguliers*, Faculté de droit et des sciences économiques, Beyrouth, 1967, 644 p.

- DELVOLVE (P.)**, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 88, 1969, 467 p.
- FOULETIER (M.)**, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 229, 2003, 298 p.
- GOLIARD (F.)**, *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, Thèse, Paris 2, 1995, 389 p.
- GROS (A.)**, *Survivance de la raison d'Etat*, Paris, Dalloz, 1932, 390 p.
- HAMONIAUX (T.)**, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris, LGDJ, 2001, 179 p.
- HENRIOT (G.-C.)**, *Le dommage anormal (Contribution à l'étude d'une responsabilité de structure)*, Thèse, Paris Cujas, 1960, 76 p.
- LAMBERT (T.)**, *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Paris, Economica, 1999, 146 p.
- LINOTTE (D.)**, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse, Bordeaux 1, 1975, 451 p.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, 397 p.
- RANGEON (F.)**, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, 246 p.
- RIALS (S.)**, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 135, 1980, 564 p.
- TRUCHET (D.)**, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 125, 1977, 394 p.

C - Concernant la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative violant le droit communautaire

- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 192, 1998, 663 p.
- BERROD (F.)**, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bib. de thèses, Vol. 21, 2003, 1136 p.
- BLANQUET (M.)**, *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Int., t. 108, 1994, 502 p.
- DOKHAN (D.)**, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. constit. et de sc. politique., t. 103, 2001, 580 p.

- DUBOS (O.)**, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bib. de thèses, Vol. 4, 2001, 1015 p.
- FAVRET (J.-M.)**, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extra contractuelle*, Paris, Pédone, 2000, 427 p.
- FINES (F.)**, *Etude de la responsabilité extra contractuelle de la communauté économique européenne*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Int., t. 101, 1990, 501 p.
- GROSSRIEDER-TISSOT (S.)**, *Faute et illégalité dans la responsabilité publique*, Thèse, Nancy 2, 1999, 507 p.
- HAGUENAU (C.)**, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 619 p.
- HAMONIAUX (T.)** et **HAMON (F.)**, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris, LGDJ, 2001, 179 p.
- HELIN (J.-Cl.)**, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Thèse, Nantes, 1969, 618 p.
- ITO (Y.)**, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Thèse, Paris 2, 1996, 289 p.
- MEHDI (R.)**, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire*, Thèse, Rennes 1, 1994, 572 p.
- MUSCAT (H.)**, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris, éd. L'Harmattan, 2001, 512 p.
- PAILLET (M.)**, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 136, 1980, 434 p.
- PESCATORE (P.)**, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Presses universitaires de Liège, 2^{nde} éd., 1973, 355 p.
- POTVIN-SOLIS (L.)**, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. Pub., t. 187, 1999, 799 p.
- RICHER (L.)**, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, Economica, 1978, 183 p.
- VANDERSANDEN (G.)** et **DONY (M.)**, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Etudes de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 413 p.
- WEISSE-MARCHAL (C.)**, *Le droit communautaire et la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres : principes et mise en œuvre*, Thèse, Metz, 1996, 432 p.

III - ARTICLES DE REVUE

A - Articles relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière

1. Concernant la responsabilité administrative

AMSELEK (P.), « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études offert en l'honneur du professeur Ch. Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 234.

AUBY (J.-B.) et MOREAU (J.), « Responsabilité - Définitions. Principes. Orientation », J.-Cl. Administratif, fasc. 801.

BENOIT (F.-P.), « Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique », JCP, 1954, G, I, n° 1178.

BENOIT (F.-P.), « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », JCP, 1957, G, I, n° 1351.

BERLIA (G.), « Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit public français », RDP, 1951, p. 685.

BERTONI (P.), « L'évolution du droit de la responsabilité : limitation ou préservation de la souveraineté », LPA, 24 décembre 1993, n° 154, p. 11.

BLAEVOET (Ch.), « De l'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative », JCP, 1946, G, I, n° 560.

BLAEVOET (Ch.), « De l'inadaptation des théories de la faute et du risque comme fondements de la responsabilité des collectivités en droit public », JCP, 1958, G, I, n° 1406.

BONICHOT (J.-Cl.), « Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen », AJDA, 1999, n° spécial, p. 86.

DEBOUY (C.), « Le droit français de la responsabilité administrative : métamorphose ou permanence ? », CJEG, 1997, n° 536, p. 327.

DEGUERGUE (M.), « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », AJDA, 1995, p. 211.

DELBEZ (L.), « De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité », RDP, 1932, p. 441.

- DION LOYE (S.)**, « Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité », LPA, 29 juillet 1992, n° 91, p. 11.
- DOUMBIA (I.)**, « Les causes exonératoires de responsabilité de l'administration dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », RRJ, 2003, p. 343.
- EISENMANN (C.)**, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques. Le droit public et le droit privé de la responsabilité extra-contractuelle diffèrent-ils foncièrement ? », JCP, 1949, G, I, n° 742 (1^{ère} partie) et n° 751 (2^{nde} partie).
- FATÔME (E.)**, « Audaces et prudences en matière de responsabilité de la puissance publique », AJDA, 1996, n° spécial, p. 94.
- FOMBEUR (P.)**, « Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute », AJDA, 1999, n° spécial, p. 100.
- JEZE (G.)**, « La réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre », RDP, 1915, p. 34.
- LATOURNERIE (M.-A.)**, « Responsabilité publique et Constitution », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 353.
- LLORENS-FRAYSSSE (F.)**, « Le poids de la faute dans la responsabilité administrative », Revue Droits, 1987, n° 5, p. 65.
- MICHOUD (L.)**, « La responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », RDP, 1895, p. 273.
- MORAND (J.)**, « La responsabilité de l'Etat français pour les dommages subis par ses ressortissants à l'étranger », AJDA, 1970, p. 588 (1^{re} partie) et p. 660 (2^{nde} partie).
- MORANGE (G.)**, « La spécialité du préjudice indemnisable en droit administratif », D., 1953, chron., p. 165.
- MORANGE (G.)**, « La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative », D., 1953, chron., p. 27.
- MORANGE (G.)**, « Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie », D., 1956, chron., p. 117.
- PAILLET (M.)**, « Vers un renouveau des sources de la responsabilité administrative en droit français », in *Etudes offertes à J.-M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 259.
- SABETE (W.)**, « Quelle théorie de la science juridique ? Réflexion sur la représentation scientifique du droit public », RDP, 2000, p. 1291.
- SOULIER (G.)**, « Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », RDP, 1969, p. 1039.

- TAUGOURDEAU (J.-P.)**, « Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique », *AJDA*, 1974, p. 508.
- VENEZIA (J.-Cl.)**, « Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l'administration », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 207.
- VIALLE (P.)**, « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », *RDP*, 1974, p. 1243.
- VILLEY (V.-M.)**, « Esquisse historique sur le mot responsable », in *La responsabilité à travers les âges*, Paris, Economica, 1989, p. 75.
- VINCENT (F.)**, « Responsabilité sans faute », *J.-Cl. Administratif*, fasc. n° 824.

2. Concernant le principe d'égalité devant les charges publiques et l'équité

- AGOSTINI (E.)**, « L'équité », *D.*, 1978, chron., p. 7.
- BRAIBANT (G.)**, « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », in *Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 99.
- DEBARD (T.)**, « L'égalité des citoyens devant les charges publiques : fondement incertain de la responsabilité administrative », *D.*, 1987, chron., p. 157.
- GAUDEMET (P.-M.)**, « Réflexions sur le principe d'égalité devant les charges publiques. Grandeur et misères d'un principe », in *Mélanges en l'honneur de M. le professeur Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 337.
- GILLI (J.-P.)**, « La responsabilité d'équité de la puissance publique », *D.*, 1971, chron., p. 125.
- KRIEGEL (B.)**, « Parité et principe d'égalité », *EDCE*, 1996, n° 48, p. 375.
- LETOURNEUR (M.)**, « L'évolution récente de la jurisprudence administrative pour la protection des droits des citoyens », *RISA*, 1965, p. 24.
- LOCHAK (D.)**, « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative (à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation) », in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., PUF, 1993, p. 275.
- MIGNON (M.)**, « La socialisation du risque », *D.*, 1947, chron., p. 37.
- MIGNON (M.)**, « La socialisation généralisée de la réparation des conséquences dommageables de l'action administrative », *D.*, 1950, chron., p. 53.
- PUISOYE (J.)**, « Le principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct de la responsabilité de la puissance publique », *AJDA*, 1964, p. 140.
- ROMI (R.)**, « Sur les tendances modernes en matière de réparation », *LPA*, 30 juillet 1997, n° 91, p. 12.

ROUGEVIN-BAVILLE (M.), « Responsabilité sans faute », Encyclopédie Dalloz - Responsabilité de la puissance publique.

ROUGEVIN-BAVILLE (M.), « Irresponsabilité de la puissance publique », Encyclopédie Dalloz - responsabilité de la puissance publique, novembre 2002.

SAK (H.), « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », RRJ, 2003, p. 1679.

SAVATIER (R.), « Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ? », D., 1931, chron., p. 9.

3. Concernant la loi, la jurisprudence « La Fleurette » et ses développements

ALBERTINI (P.), « La codification et le Parlement », AJDA, 1997, p. 660.

BARTHELEMY (J.), « Note, à propos du projet de réglementation de l'emploi du blanc de céruse, sur la responsabilité pécuniaire de l'Etat à raison du préjudice causé à une catégorie de citoyens par une réforme législative », RDP, 1907, p. 92.

BOHBOT (C.), « Les battues administratives aux loups mises en échec par la Convention de Berne », RJE, 1998, n° 3, p. 391.

CAPITANT (H.), « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1935, t. 2, p. 204.

CATTA (E.), « Les techniques de la codification : de la cire au silicium... », AJDA, 1997, p. 647.

CHAUMONT (C.), « La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative », RDP, 1940, p. 200.

CHAVRIER (G.), « « Ne pas ranimer les passions » ou la validation contestable de l'article « anti-Perruche », JCP, 2003, éd. adm et CT, I, n° 1104.

CHEVALLIER (J.), « L'intérêt général dans l'Administration française », RISA, 1975, p. 325.

DARNANVILLE (H.-M.), « Responsabilité et dommages causés par les animaux sauvages », LPA, 19 avril 2000, n° 78, p. 4.

DUGUIT (L.), « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », RDP, 1910, p. 637.

FABRE (M.-H.), « La loi expression de la souveraineté », RDP, 1979, p. 341.

GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi », RFDA, 2002, p. 877.

- GOLIARD (F.)**, « Législation environnementale et responsabilité de l'Etat », RJE, 1998, n° 2, p. 187.
- GONOD (P.)**, « La simplification du droit par ordonnances (A propos de la loi n° 2003-591 habilitant le gouvernement à simplifier le droit) », AJDA, 2003, p. 1652.
- HOSTIOU (R.)**, « La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme », AJDA, 1993, n° spécial, p. 27.
- HOSTIOU (R.)**, « La responsabilité de l'Etat du fait des mesures de protection de l'environnement. Le contentieux des dommages consécutifs au développement des espèces animales protégées », in *L'effectivité du droit européen de l'environnement*, Paris, La documentation française, 2000, p. 151.
- JEGOUZO (Y.)**, « Le triomphe de la loi ? », AJDA, 2002, p. 377.
- JOURDAIN (P.)**, « Loi anti-Perruche : une loi démagogique », D., 2002, chron., p. 891.
- KAHN (J.)**, « L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois », EDCE, 1962, n° 16, p. 63.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.)**, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. III - L'indemnisation des accidents médicaux », D., 2002, chron., p. 1367.
- MALAURIE (P.)**, « Les enjeux de la codification », AJDA, 1997, p. 642.
- MARTIN (R.)**, « La responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 », Gaz. Pal., 2003, doct., p. 9.
- MORANGE (G.)**, « L'irresponsabilité de l'Etat législateur (Evolution et avenir) », D., 1962, chron., p. 163.
- MOYSAN (H.)**, « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », Dr. adm., 2002, n° 4, p. 6.
- ONDOUA (A.)**, « L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen », AJDA, 2003, p. 1368.
- PONTIER (J.-M.)**, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », D., 1998, chron., p. 327.
- PRIET (F.)**, « L'incompétence négative du législateur », RFDC, 1994, p. 59.
- REZENTHEL (R.)**, « Ports maritimes - Police et responsabilité », J.-Cl. Administratif, fasc. 408-60.
- ROBERT (J.-A.)** et **REGNIAULT (A.)**, « Les personnes atteintes de l'hépatite C sont-elles des victimes comme les autres ? », Médecine et droit, 2002, n° 52, p. 20.
- ROBINEAU (Y.)**, « A propos des limites d'une codification à droit constant », AJDA, 1997, p. 655.

ROMI (R.), « La responsabilité du fait des dommages causés par la protection des espèces », *Gaz. Pal.*, 2001, doct., p. 901.

SCELLE (G.), « A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Etude sur la responsabilité de l'Etat législateur », *RDP*, 1913, p. 637.

TRUCHET (D.), « Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer. A propos et autour de la responsabilité hospitalière », *RDSS*, 1993, n° 1, p. 1.

TRUCHET (D.), « La jurisprudence *Perruche* n'est plus », *AJDA*, 2002, p. 273.

4. Concernant la responsabilité du fait des mesures administratives régulières

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Quel avenir pour la jurisprudence Couitéas ? La responsabilité pour refus de concours de la force publique en question », *Dr. adm.*, octobre 1998, n° 10, p. 4.

B (R.), « Les occupations d'usines par les grévistes », *RDP*, 1943, p. 74.

CALBAIRAC (G.), « L'exécution des décisions de justice », *D.*, 1947, chron., p. 85.

DE ROCCA (F.), « Principe d'une indemnisation liée au refus de concours de la force publique », *Gaz. Pal.*, 1989, doct., p. 355.

FREJAVILLE (M.), « L'exécution des jugements d'expulsion », *Gaz. Pal.*, 1947, doct., p. 78.

GABOLDE (C.), « La responsabilité de l'Administration en cas de refus de prêter main-forte à l'expulsion de l'occupant sans titre d'un local d'habitation », *D.*, 1955, chron., p. 77.

JEANNEAU (B.), « Autour de l'arrêt Commune de Gavarnie : La responsabilité du fait des règlements légalement pris », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 374.

MARTEL (P.), « La responsabilité administrative du fait des fouilles archéologiques », *JCP*, 1993, G, I, n° 3706.

PEZ (T.), « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », *RFDA*, 2003, p. 218.

PICARD (E.), « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, n° spécial, p. 55.

PLANTEY (A.), « La responsabilité administrative du fait de la force publique », *EDCE*, 1973, n° 25, p. 71.

SOUBELET (P.), « L'inexécution des décisions d'expulsions locatives », *AJDA*, 1985, p. 726.

TOURDIAS (M.), « La réparation du préjudice causé par le refus de l'administration d'accorder le concours de la force publique à l'expulsion d'un locataire », JCP, 1961, G, I, n° 1610.

TREMEAU (J.), « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », AJDA, 2003, p. 653.

VIMBERT (C.), « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RDP, 1994, p. 693.

VINCENT (F.), « Responsabilité en matière de police », J.-Cl. Administratif, fasc. n° 912.

5. Concernant la responsabilité du fait des conventions internationales

AUVRET-FINCK (J.), « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin », RDP, 1995, p. 131.

CHAPUS (R.), « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », D., 1958, chron., p. 5.

OGIER-BERNAUD (V.), « Les avis du Conseil d'Etat relatifs aux conventions internationales en cours d'élaboration : un contrôle de constitutionnalité préventif méconnu », LPA, 22 juillet 2002, n° 145, p. 4.

VIRALLY (M.), « L'introuvable acte de gouvernement », RDP, 1952, p. 317.

VIRALLY (M.), « Le Conseil d'Etat et les traités internationaux », JCP, 1953, G, I, n° 1098.

B - Articles relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative violant le droit communautaire

1. Concernant divers principes de droit communautaire

BARAV (A.), « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la CJCE », CDE, 1981, p. 507.

CANDELA CASTILLO (J.) et **MONGIN (B.)**, « Quelques réflexions sur la première décision de la Commission demandant à la Cour de justice de prononcer une sanction pécuniaire au sens de l'article 171 du Traité à l'encontre de certains Etats membres pour violation du droit communautaire », RMUE, 1997, p. 9.

CARDON (M.), « Accord sur le traité établissant une constitution pour l'Europe », JCP, 2004, G, n° 385.

CONSTANTINESCO (L.-J.), « La spécificité du droit communautaire », RTDE, 1966, p. 1.

- CONSTANTINESCO (V.)**, « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration, Mélanges P. Pescatore*, 1987, p. 97.
- DE WITTE (B.)**, « Retour à *Costa*. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », RTDE, 1984, p. 425.
- DUBOUIS (L.)**, « A propos de deux principes généraux de droit communautaire, droit au contrôle juridictionnel effectif et motivation des décisions nationales qui portent atteinte à un droit conféré par la règle communautaire », RFDA, 1988, p. 691.
- EMMERT (F.)** et **PEREIRA DE AZEVEDO (M.)**, « Les jeux sont faits : rien ne va plus ou une nouvelle occasion perdue par la CJCE », RTDE, 1995, p. 11.
- HECQUARD-THERON (M.)**, « La notion d'Etat en droit communautaire », RTDE, 1990, p. 693.
- HUBEAU (F.)**, « La répétition de l'indu en droit communautaire », RTDE, 1981, p. 442.
- JACQUE (J.-P.)**, « Communauté européenne et convention européenne des droits de l'homme », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 325.
- LECOURT (R.)**, « Quel eut été le droit des communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 349.
- MANIN (P.)**, « De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales », AJDA, 1994, p. 259.
- MERTENS DE WILMARS (J.)**, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des Etats membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 391.
- MONJAL (P.-Y.)**, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ? », RTDE, 2004, p. 442.
- MUNOZ (R.)**, « Le contrôle de l'application du droit communautaire : plus qu'une amélioration, une réforme nécessaire », Europe, juin 2003, p. 3.
- OPPETIT (B.)**, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », D., 1990, chron., p. 73.
- SIMON (D.)** et **BARAV (A.)**, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales - les enjeux de l'affaire Factortame », RMC, 1990, p. 591.
- SIMON (D.)**, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 481.

2. *Concernant le principe communautaire de responsabilité des Etats membres et sa mise en oeuvre*

ABOUDRAR-RAVANEL (S.), « Responsabilité et primauté ou la question de l'efficience de l'outil. A propos du principe de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres pour violation du droit communautaire », RMC, 1999, p. 544.

AUBY (J.-B.), « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », Dr. adm., février 1992, p. 1.

BERTRAND (C.), « La responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives communautaires », RDP, 1994, p. 1507.

BILLARD (J.-N.), « L'exigence de transgression d'une norme protectrice des particuliers - principe énigmatique du droit de la responsabilité extra-contractuelle des Communautés européennes », in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 625.

BOTELLA (A.-S.), « La responsabilité du juge national », RTDE, 2004, p. 283.

BOULOUIS (J.), « Sur la responsabilité des Etats membres des Communautés européennes pour les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables (A propos de la jurisprudence « Brasserie du pêcheur ») », Gaz. Pal., 1996, doct., p. 1461.

DANTONEL-COR (N.), « La violation de la norme communautaire et la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat », RTDE, 1998, p. 75.

DUBOS (O.), « Le principe de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire (à propos de récents arrêts de la Cour de justice relatifs à la responsabilité du législateur) », RAE, 1997, p. 209.

DUBOUIS (L.), « L'ouverture de la fonction publique communautaire aux ressortissants des autres Etats membres de la Communauté européenne, le législateur entre juge communautaire et juge constitutionnel », RFDA, 1991, p. 903.

DUBOUIS (L.), « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », RFDA, 1996, p. 583.

FINES (F.), « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? (Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur) », RTDE, 1997, p. 71.

FUSS (E.-W.), « La responsabilité des Communautés européennes pour le comportement illégal de leurs organes », RTDE, 1981, p. 1.

- GALMOT (Y.)**, « Directives et règlements en droit communautaire », CJEG, mars 1990, p. 77.
- GIRERD (P.)**, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres ? », RTDE, 2002, p. 75.
- GOFFIN (L.)**, « A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire », CDE, 1997, p. 531.
- GOHIN (O.)**, « La responsabilité de l'Etat en tant que législateur », RIDC, 1998, p. 595.
- GROSSRIEDER-TISSOT (S.)**, « La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission », RTDE, 2001, p. 91.
- HUGLO (J.-G.)**, « Cour de Justice - responsabilité extra-contractuelle », J.-Cl. Europe, fasc. n° 370 et 371.
- LEONARD DE JUVIGNY (O.)**, « Responsabilité des Etats membres », *Répertoire Dalloz Droit communautaire*, 1997.
- MAHIEU (M.)**, « Illégalité et responsabilité en droit communautaire », in *Mélanges Roger O. Dalcq*, Edition Larcier, 1994, p. 387.
- MERTENS DE WILMARS (J.)**, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », CDE, 1981, p. 379.
- MONGIN (B.)**, « La responsabilité de l'Etat pour défaut de transposition d'une directive », *Revue Droit et Patrimoine*, 1993, n° 4, p. 60.
- PRETOT (X.)**, « Non transposition d'une directive et responsabilité de l'Etat », RJS, 1992, p. 21.
- RIGAUX (A.)**, « L'arrêt « Brasserie du Pêcheur-Factortame III » : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe, 1996, n° 5, p. 1.
- SCHOCKWEILER (F.)**, **WIVENES (G.)** et **GODART (J.-M.)**, « Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », RTDE, 1990, p. 27.
- SCHOCKWEILLER (F.)**, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE, 1992, p. 27.
- SIMON (D.)** et **BARAV (A.)**, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », RMC, 1987, p. 165.
- SIMON (D.)**, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives », Europe, décembre 1991, p. 1.

SIMON (D.), « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », *AJDA*, 1993, p. 235.

SIMON (D.), « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire. La jurisprudence Brasserie du Pêcheur, Factortame, British Telecom, Hedley Lomas... », *AJDA*, 1996, p. 489.

TESAURO (G.), « Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire », *RMUE*, 1996, n° 3, p. 15.

THEOPILE (D.), « La responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire », *Bulletin européen et international*, 1996, n° 3, p. 3.

WAELEBROECK (M.) et **SPELTDOORN (O.)**, « Responsabilité de la Communauté », *Répertoire Dalloz - Droit communautaire*.

WATHELET (M.) et **VAN RAEPENBUSCH (S.)**, « La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'Etat sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », *CDE*, 1997, p. 13.

WEISSE-MARCHAL (C.), « Quelle réparation pour les dommages causés aux particuliers par la violation d'une directive communautaire dépourvue d'effet direct ? », *RFDA*, 2000, p. 402.

3. Concernant le droit interne et le régime juridique de responsabilité

ALBERTON (G.), « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? », *RFDA*, 1997, p. 1017.

ALBERTON (G.), « L'applicabilité des normes communautaires en droit interne : les autorités administratives françaises : obligations de faire et de ne pas faire », *RFDA*, 2002, p. 1.

ALLAND (D.), « Réflexions sur le vif à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, *Sarran, Levacher et autres* du 30 octobre 1998 », *RFDA*, 1998, p. 1094.

AUBY (J.-M.), « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *JCP*, 1954, G, I, n° 1080.

BARAV (A.), « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 1.

BLANCHET (D.), « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français du fait de la fonction juridictionnelle ? », *RTDE*, 2001, p. 397.

- BONICHOT (J.-Cl.),** « Le droit communautaire et le droit administratif français », AJDA, 1996, n° spécial, p. 15.
- BOUYSSOU (F.),** « Respect du droit de propriété et droit de l'urbanisme », AJDA, 2003, p. 2135.
- BRETON (J.-M.),** « L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois. A propos de quelques décisions récentes du juge administratif », RDP, 1993, p. 1750.
- CALVET (H.),** « Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire », AJDA, 1996, n° spécial, p. 92.
- CALVO (J.),** « Les directives communautaires non transposées en droit national », LPA, 6 juillet 1998, n° 80, p. 4.
- CASSIA (P.),** « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », RFDA, 2002, p. 20.
- CHAROLLOIS (G.),** « Le protecteur de la nature, le droit et le chasseur », D., 1999, chron., p. 389.
- COMBACAU (J.),** « L'illicite et le fautif. La fin de la faute ? », Revue Droits, 1987, p. 1.
- COURTIAL (J.),** « La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne ? », AJDA, 2004, p. 423.
- DAL FARRA (T.),** « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité », RTDE, 1992, p. 631.
- DANTONEL-COR (N.),** « La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire », RTDE, 1995, p. 471.
- DE BECHILLON (D.),** « L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat », RDP, 1991, p. 759.
- DE MALAFOSSE (J.),** « La spirale des indemnisations », Env., 2003, n° 11, p. 3.
- DEMAYE (P.),** « Le juge administratif français et les directives communautaires : regards sur l'état de la jurisprudence administrative depuis l'arrêt *Cohn-Bendit* », LPA, 17 octobre 2000, n° 207, p. 4.
- DUBOUIS (L.),** « Les trois logiques de la jurisprudence *Sarran* », RFDA, 1999, p. 57.
- FAVRET (J.-M.),** « Le rapport de compatibilité entre le droit national et le droit communautaire », AJDA, 2001, p. 727.
- FLAUSS (J.-F.),** « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français », LPA, 9 janvier 1995, n° 4, p. 1 (1^{ère} partie) et LPA, 16 janvier 1995, n° 7, p. 4 (suite et fin).
- FUCHS (A.),** « La transposition des directives communautaires en France », JCP, 2003, éd. adm et CT, I, n° 1389.

GALLAND (Y.), « L'autolimitation du juge administratif face aux directives communautaires », *AJDA*, 2002, p. 725.

GALMOT (Y.) et BONICHOT (J.-Cl.), « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *RFDA*, 1988, p. 1.

GOHIN (O.), « La Constitution française et le droit d'origine externe », *RFDA*, 1999, p. 77.

GUIBAL (M.), « Le retard des textes d'application des lois », *RDP*, 1974, p. 1039.

HANICOTTE (R.), « Le juge face aux retards des textes d'application », *RDP*, 1986, p. 1667.

HERVOUËT (F.), « Les audaces calculées du Conseil d'Etat dans le domaine international », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 67.

KOVAR (R.), « Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'écran communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 341.

KOVAR (R.), « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », *D.*, 1992, chron., p. 207.

LABAYLE (H.), « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne », *RFDA*, 1992, p. 619.

LARZUL (T.), « La responsabilité de l'Etat du fait de ses obligations communautaires », *LPA*, 4 août 1993, n° 93, p. 32.

LE CHATELIER (G.), « Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *AJDA*, 1996, n° spécial, p. 97.

LECLERC (S.) et MONDESERT (X.), « Vers une responsabilité des collectivités territoriales en cas de violation du droit communautaire », *AJDA*, 2002, p. 201.

MARTIN (G.), « La responsabilité de la puissance publique pour retard », *LPA*, 1^{er} septembre 1999, n° 174, p. 4 (1^{ère} partie), *LPA*, 3 septembre 1999, n° 176, p. 4 (2nde partie) et *LPA*, 6 septembre 1999, n° 177, p. 7 (fin).

MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), « A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 octobre 1998, *Sarran et autres* : le point de vue du constitutionnaliste », *RFDA*, 1999, p. 67.

MOREAU (J.), « L'influence du développement de la construction européenne sur le droit français de la responsabilité de la puissance publique », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 409.

PONTHOREAU (M.-C.), « La question de la participation des collectivités territoriales françaises à l'élaboration nationale du droit communautaire », *AJDA*, 2004, p. 1125.

POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La faute lourde n'a pas disparu, elle ne disparaîtra pas », *LPA*, 3 juillet 2002, n° 132, p. 16.

RENOUX (T.), « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », D., 1991, chron., p. 169.

RICCI (J.-Cl.), « La Constitution, le traité et le juge », RRJ, 1999, p. 285.

RIDEAU (J.), « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », D., 1974, chron., p. 147.

SIMON (D.), « Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit : *ad augusta per angusta* », Europe, avril 1992, p. 1.

SIMON (D.), « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ? », RTDE, 1992, p. 265.

SIMON (D.), « L'arrêt *Sarran* : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », Europe, mars 1999, p. 4.

TUROT (J.), « Défaut de transposition d'une directive communautaire. Le choix des armes : la pique ou la masse ? 1^{ère} partie : Les angles morts de l'exception d'illégalité », RJF, 1992, p. 863.

TUROT (J.), « Manquement au droit communautaire. Le choix des armes : la pique ou la masse. 2^{ème} partie : Boires et déboires de l'action en réparation », RJF, 1992, p. 955.

WALINE (J.), « La boîte de Pandore », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 461.

4. Concernant les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois

BAILLEUL (D.), « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en question de la jurisprudence *Nicolo* ? », RFDA, 2003, p. 876.

BLAIZOT-HAZARD (C.), « Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hiérarchie des normes », RDP, 1992, p. 1293.

CASSIA (P.), « L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », JCP, 2004, A, n° 1764.

CASSIA (P.), « La Constitution européenne limite-t-elle le caractère souverain de la Constitution française ? », AJDA, 2004, p. 2185.

CURTIL (O.), « Le Conseil d'Etat est presque le censeur de la loi au regard de la Constitution », RRJ, 2003, p. 2643.

DE BECHILLON (D.), « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », RFDA, 1998, p. 225.

- DUBOUIS (L.)**, « L'arrêt *Nicolo* et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français », RFDA, 1989, p. 1000.
- FAVOREU (L.)**, « L'interprétation de l'article 55 de la Constitution », RFDA, 1989, p. 997.
- GENEVOIS (B.)**, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », Cahiers du CC, 1999, n° 7, p. 101.
- GENEVOIS (B.)**, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », RFDA, 2000, p. 715.
- GOHIN (O.)**, « Le Conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », RFDA, 2000, p. 1175.
- LACHAUME (J.-F.)**, « Une victoire de l'ordre juridique communautaire : l'arrêt *Nicolo* consacrant la supériorité des traités sur les lois postérieures », RMC, 1990, p. 384.
- MARKUS (J.-P.)**, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat », AJDA, 1999, p. 99.
- MICHELET (K.)**, « La loi inconstitutionnelle », RFDA, 2003, p. 23.
- MIGNON (M.)**, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », D., 1952, chron., p. 45.
- RICCI (R.)**, « Le Conseil d'Etat et la loi : vers la recevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité ? L'avènement inéluctable de la garantie juridictionnelle de la Constitution », LPA, 7 octobre 1999, n° 200, p. 11 (1^{ère} partie) et LPA, 8 octobre 1999, n° 201, p. 4 (suite et fin).
- TOUCHARD (J.-F.)**, « A propos de l'arrêt *Nicolo* », RDP, 1990, p. 801.

IV - CONCLUSIONS

A - Conclusions relatives à la mise en oeuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière

1. Concernant les règles de la responsabilité administrative

- BONICHOT (J.-Cl.)**, concl. sur CE sect., 28 juillet 1993, *Consorts Dubouloz*, RFDA, 1994, p. 36.
- FOMBEUR (P.)**, concl. sur CE, 26 février 2003, *M. Mekhantar*, AJDA, 2003, p. 1234.
- GALMOT (Y.)**, concl. sur CE, sect., 14 octobre 1966, *Sieur Marais*, D., 1966, jurispr., p. 636.
- LEGAL (H.)**, concl. sur CE, Ass., 9 avril 1993, *M. D.*, Rec. CE, p. 110.

ROMIEU (J.), concl. sur CE, 21 juin 1895, *Cames*, D. Sirey, 1897.3.33.

SOGNO (C.), concl. sur TA Grenoble, 21 février 2000, *M. Syord*, AJDA, 2000, p. 665.

2. Concernant la responsabilité du fait des lois

ABRAHAM (R.), concl. sur CE, sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, Rec. CE, p. 288.

DE SAINT GUILHEM (J.), « La rigueur du principe d'égalité de traitement devant le handicap : première application de la loi du 4 mars 2002 après l'arrêt *Perruche* », concl. sur CAA Paris, 13 juin 2002, *M. et Mme Maurice*, LPA, 7 octobre 2002, n° 200, p. 10.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), concl. sur CE, Ass., 1^{er} décembre 1961, *Lacombe*, D., 1962, jurispr., p. 89.

FOLSCHEID (B.), concl. sur CAA Paris, 8 octobre 2003, *Mme Demaret*, AJDA, 2004, p. 277.

FOURNIER (J.), concl. sur CE, 26 juin 1959, *Syndicat des ingénieurs-conseils*, RDP, 1959, p. 1004.

LAMY (F.), concl. sur CE, sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*, RFDA, 2004, p. 144.

MASSOT (J.), concl. sur CE, 7 mars 1980, *Association de défense des intérêts des étudiants de l'université Paris XIII et autres*, Gaz. Pal., 1980, jurispr., p. 582.

ROUJOU, concl. sur CE, Ass., 14 janvier 1938, (2 espèces), *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette » et Compagnie générale de la Grande Pêche*, D., 1938.3.41.

STIRN (B.), concl. sur CE, sect., 18 décembre 1981, *Ministre de la Culture et de la Communication c/ Cie d'aménagement et de promotion immobilière (C.A.P.R.I.)*, AJDA, 1982, p. 261.

THERY (J.-F.), concl. sur CE, sect., 11 mai 1979, *M. Boulenger*, AJDA, 1980, jurispr., p. 253.

3. Concernant la responsabilité du fait des mesures administratives

BACQUET, concl. sur CE, sect., 23 février 1979, *Association « Des amis des chemins de ronde »*, Rec. CE, p. 75.

BOYON (M.), « Responsabilité de l'Etat et activités professionnelles de transport aérien », concl. sur CE, 29 mai 1985, *Société « Trans-Union »*, RFDA, 1986, p. 240.

CHAUVAUX (D.), concl. sur CE, 6 avril 1998, *Union syndicale de la production audiovisuelle*, AJDA, 1998, p. 729.

CHAUVAUX (D.), « La responsabilité de l'Etat du fait des recommandations d'un organisme consultatif », concl. sur CE, 31 mars 2003, *Bergaderm*, RFDA, 2003, p. 1185.

DELVOLVE (P.), concl. sur CE, 28 octobre 1949, *Société des Ateliers du Cap Janet*, JCP, 1950, G, II, n° 5861.

HEUMANN, concl. sur CE, 26 octobre 1962, *Consorts Olivier*, RDP, 1963, p. 79.

KAHN, concl. sur CE, 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, Rec. CE, p. 60.

KAHN, concl. sur CE, sect., 23 novembre 1970, *E.D.F. c/ Farsat*, AJDA, 1971, p. 96.

MICHEL (J.), « Fouilles archéologiques : responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article 10 de la loi du 27 septembre 1941 », concl. sur TA Lille, 12 novembre 1998, *Société Logis 62 c/ Ministre de la Culture et préfet du Nord*, LPA, 14 octobre 1999, n° 205, p. 14.

ODENT (R.), concl. sur CE, 8 janvier 1943, (3 espèces), *André et autres, Société des Chaux et Ciments Valette-Vialard et Société d'Entreprises Léon Ballot et autres*, D., 1944, jurispr., p. 161.

ORDONNEAU, concl. sur CE, 29 juin 1962, *Société « Manufacture de Machines du Haut-Rhin »*, Rec. CE, p. 432.

RIVET, concl. sur CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, D., 1923.3.59.

ROUGEVIN-BAVILLE (M.), concl. sur CE, 20 juin 1973, *Commune de Châteauneuf-sur-Loire*, AJDA, 1973, jurispr., p. 545.

SCHRAMECK (O.), concl. sur CE, 15 juin 1987, *Société navale des Chargeurs Delmas-Vieljeux et autres*, RFDA, 1988, p. 508.

VINCENT (P.), *Le faible impact du principe de confiance légitime en droit administratif français*, concl. sur CAA Nancy, 17 juin 1999, *Ministre de l'Environnement c/ Entreprise Transports Freymuth*, RFDA, 2000, p. 254.

4. Concernant la responsabilité du fait des conventions internationales

BACHELIER (G.), « Le contrôle des conditions d'introduction en droit interne d'une convention internationale », concl. sur CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, RFDA, 1999, p. 315.

BERNARD (M.), concl. sur CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, RDP, 1966, p. 774.

BERTRAND, concl. sur CE, 16 mars 1966, *Cartel d'action morale et sociale et Union féminine civique et sociale*, JCP, 1967, G, II, n° 15057.

MASSOT (J.), concl. sur CE, sect., 29 octobre 1976, *Ministère des Affaires étrangères c/ dame Burgat, sieur Letourneur et dame Loiseau*, RDP, 1977, p. 213.

MASSOT (J.), « Le juge administratif français et les principes généraux du droit international », concl. sur CE, sect., 23 octobre 1987, *Société Nachfolger Navigation Company Ltd et autres*, RFDA, 1987, p. 963.

STAHL (J.-H.), « Le contrôle par voie d'exception de la ratification ou de l'approbation d'un traité ou d'un accord international », concl. sur CE, Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, RFDA, 2003, p. 1214.

B - Conclusions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative violant le droit communautaire

BERNAULT (F.), concl. sur CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, Dr. fisc., 1992, comm. n° 1665.

BOISSARD (S.), concl. sur CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, RFDA, 2002, p. 723.

BONICHOT (J.-Cl.), concl. sur CE, sect., 2 juin 1999, *Meyet*, LPA, juin 1999, n° 113.

CHAHID-NAURAIÏ (N.), concl. sur CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, RFDA, 1989, p. 391.

COËNT (J.-F.), concl. sur TA Rennes, 2 mai 2001, *Société Suez-Lyonnaise des eaux*, AJDA, 2001, p. 593.

COURTIAL (J.), concl. sur CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c/ Diop*, RFDA, 2002, p. 573.

DENOIX DE SAINT MARC (R.), concl. sur CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, RTDE, 1984, p. 341.

FRYDMAN (P.), concl. sur CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, JCP, 1989, G, II, n° 21371.

GALMOT (Y.), concl. sur CE, Ass., 27 octobre 1964, *Dame Veuve Renard*, Rec. CE, p. 590.

GENEVOIS (B.), concl. sur CE, 7 décembre 1979, *Société « Les fils de Henri Ramel »*, D., 1980, p. 303.

GENEVOIS (B.), concl. sur CE, 9 mai 1980, *ONIC*, AJDA, 1980, p. 535.

GENEVOIS (B.), concl. sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn Bendit*, D., 1979, jurispr., p. 155.

GENEVOIS (B.), concl. sur CE, sect., 19 juin 1981, *Carliez*, AJDA, 1982, p. 103.

GOULARD (G.), « La responsabilité de l'Etat du fait de la violation d'une directive communautaire : contentieux indemnitaires ou contentieux fiscaux ? », concl. sur CE, Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, RFDA, 1997, p. 1056.

- LAMY (F.)**, concl. sur CE, Ass., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblements des opposants à la chasse*, Rec. CE, p. 380.
- LAROQUE (M.)**, concl. sur CE, sect., 13 décembre 1985, *Société International Sales and Import Corporation*, AJDA, 1986, p. 174.
- LAROQUE (M.)**, concl. sur CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, LPA, 12 octobre 1990, p. 15.
- LAROQUE (M.)**, concl. sur CE, Ass., 28 février 1992, (2 espèces), *Société Rothmans International France et SA Philip Morris France et Société Arizona Tobacco Products et Philip Morris France*, AJDA, 1992, p. 210.
- LEGER (P.)**, concl. sur CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, Rec. CJCE, p. I-2553.
- LENZ (O.)**, concl. sur CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, Rec. CJCE, p. I-3325.
- MAUGÛE (C.)**, concl. sur CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, RFDA, 1998, p. 1081.
- MAUGÛE (C.)**, concl. sur CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, RFDA, 1999, p. 357.
- MAYRAS (H.)**, concl. sur CJCE, 8 février 1973, *Commission c/ Italie*, aff. n° 69/72, Rec. CJCE, p. I-117.
- MISCHO (J.)**, concl. sur CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, Rec. CJCE, p. I-5402.
- MISCHO (J.)**, concl. sur CJCE, 4 juillet 2000, *S. Haim*, Rec. CJCE, p. I-5126.
- QUESTIAUX (N.)**, concl. sur CE, sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, AJDA, 1968, p. 235.
- SAVOIE (H.)**, concl. sur CE, 6 février 1998, *Tête*, RFDA, 1998, p. 410.
- SAVOIE (H.)**, concl. sur CE, sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*, RFDA, 1998, p. 613.
- SENNERS (F.)**, concl. sur CE, Ass., 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres*, RFDA, 2002, p. 33.
- TESAURO (G.)**, concl. sur CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur-Factortame III*, aff. C-46/93, Rec. CJCE, p. I-1029.
- TESAURO (G.)**, concl. sur CJCE, 26 mars 1996, *British Telecommunications*, aff. C-392/93, Rec. CJCE, p. I-1631.
- VAN GERVEN**, concl. sur CJCE, 2 août 1993, *Marshall II*, Rec. CJCE, p. I-4367.

V - NOTES ET CHRONIQUES

A - Notes et chroniques relatives à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière

1. *Concernant les décisions des juridictions administratives inférieures*

- ARTUS (D.)**, note sous TA Paris, 9 décembre 1999, *M. Veysset et autres*, et sous TA Melun, 5 octobre 1999, *M. Fronteau et autres, M. Millet et autres, Association Lagaco c/ Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, AJDA, 2000, p. 745.
- BEURDELEY (L.)**, « Une nouvelle application de la responsabilité du fait des lois : les dommages causés à un riziculteur par une espèce sauvage protégée », note sous CAA Lyon, 1^{er} février 1994, *M. Plan*, LPA, 31 mai 1996, n° 66, p. 26.
- DELHOSTE (M.-F.)**, note sous CAA Marseille, 18 juin 1998, *Ministre de l'Environnement c/ M. Plan*, RJE, 2001, n° 2, p. 241.
- DE MALAFOSSE (J.)**, note sous CAA Lyon, Plénière, 16 février 1989, *Bente*, JCP, 1990, G, II, n° 21521.
- DE MALAFOSSE (J.)**, note sous CAA Lyon, Plénière, 1^{er} février 1994, *M. Plan*, JCP, 1994, G, II, n° 22281.
- DE MONTECLER (M.-C.)**, note sous CAA Paris, 13 juin 2002, *M. et Mme Maurice, D.*, 2002, jurispr., p. 2156.
- GODFRIN (P.)**, « La responsabilité de l'Etat du fait des conventions internationales est-elle un mythe ? », note sous CAA Paris, 16 juillet 1992, *Mme Yasmine Aga Khan* et CE, 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16, boulevard Flandrin*, RFDA, 1993, p. 156.
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.)**, « Much ado about nothing ? Retour sur le « dispositif anti-Perruche » dans la loi du 4 mars 2002 », note sous CAA Paris, 24 juin 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille c/ M. et Mme J.*, AJDA, 2003, p. 2049.
- HOSTIOU (R.)**, note sous CAA Nantes, 3 novembre 1999, *Association des Marais d'Olonne et autres, D.*, 2000, jurispr., p. 437.
- JARLIER-CLEMENT (C.)** et **CLEMENT (J.-N.)**, « La responsabilité de l'Etat du fait de la protection accordée à certaines espèces », note sous TA Nantes, 18 février 1997, *Association des marais des Olonnes c/ Ministre de l'Environnement*, LPA, 13 mars 1998, n° 31, p. 13.

JEGOUZOU (Y.), obs. sous CAA Nancy, 10 avril 2003, *Société Le Nid*, AJDA, 2003, p. 870.

JUAN (S.), note sous CAA Nancy, 10 avril 2003, *Société Le Nid*, LPA, 4 mai 2004, n° 89, p. 3.

LAVIALLE (C.), note sous CAA Lyon, 10 octobre 1990, *Roger Autard et autres*, JCP, 1991, G, II, n° 21761.

LE BERRE (H.), note sous CAA Marseille, 24 février 1998, *Ministre de la Culture et de la Communication*, RFDA, 1998, p. 1133.

ROMI (R.), note sous CAA Lyon, 1^{er} février 1994, *M. Plan*, D., 1994, jurispr., p. 442.

ROMI (R.), note sous TA Nantes, 18 février 1997, *Association des Marais des Olonnes c/ Ministre de l'Environnement*, D., 1998, jurispr., p. 403.

ROMI (R.), note sous CAA Nantes, 3 novembre 1999, *Association des Marais d'Olonne et autres*, Dr. env., 2000, n° 76, p. 17.

STRUILLOU (J.-F.), note sous TA Nantes, 18 février 1997, *Association des Marais des Olonnes c/ Ministre de l'Environnement*, RJE, 1998, n° 1, p. 95.

TROUILLY (P.), note sous CAA Nancy, 10 avril 2003, *Société Le Nid*, Env., 2003, comm. n° 70.

V. (P.), note sous CAA Nancy, 17 juin 1999, *Ministre de l'Environnement c/ Entreprise Transports Freymuth*, AJDA, 1999, p. 880.

2. Concernant les décisions du Conseil d'Etat

APPLETON (J.), note sous CE, Ass., 3 juin 1938, *Société La Cartonnerie et Imprimerie de Saint-Charles*, D., 1938.3.65.

AUBERT (F.), obs. sous CE, Ass., 5 mars 2003, *M. Aggoun*, AJDA, 2003, p. 470.

AUBY (J.-M.), note sous CE, 24 octobre 1973, *Secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre chargé de la jeunesse, des sports et des loisirs*, RDP, 1974, p. 1494-1510.

B. (G.), note sous CE, 22 janvier 1943, *Braut*, D., 1944.3.87.

BENOIT (L.), « Protection du loup et pouvoirs respectifs des particuliers, du maire et du préfet en ce qui concerne sa destruction », obs. sous CE, 30 juin 2003, 2 espèces, *Fédération régionale ovine du sud-est et autres*, Env., 2003, comm. n° 85.

BILLET (Ph.) et UNTERMAIER (J.), note sous CE, 29 juillet 1994, *Le Beuf*, RJE, 1995, n° 2, p. 337.

BLAEVOET (Ch.), note sous CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf c/ Etat français*, D., 1950, jurispr., p. 62.

- BLANC** (Ph.), note sous CE, 30 décembre 2002, *Mme de Rimontheil de Lombares*, AJDA, 2003, p. 902.
- BOILET** (D.) et **LAFaix** (J.-F.), note sous CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, RDP, 2003, p. 1481.
- BON** (P.), « Agents diplomatiques étrangers et responsabilité de l'Etat français », note sous CE, 1^{er} juin 1984, *Ministre des Relations extérieures c/ M. Tizon et Mme Millet*, RFDA, 1985, p. 117.
- BON** (P.), « Le riziculteur, les flamants roses, le législateur et le Conseil d'Etat. Les difficultés de la réparation des dommages imputés à la loi de 1976 sur les espèces protégées », note sous CE, 21 janvier 1998, *Ministre de l'Environnement c/ M. Plan*, RFDA, 1998, p. 565.
- BON** (P.), note sous CE, sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*, RFDA, 2004, p. 151.
- BON** (P.) et **TERNEYRE** (P.), note sous CE, 11 juillet 1990, *Sté Stambouli Frères, D.*, 1991, SC, p. 286.
- BON** (P.) et **TERNEYRE** (P.), note sous CE, avis, 15 octobre 1993, *Consorts Jezequel et Vallée, D.*, 1994, SC, p. 359.
- BON** (P.) et **TERNEYRE** (P.), note sous CE, 8 avril 1994, *SA Etablissements Charbonneaux-Brabant* et sous CE, 4 janvier 1995, *Société Etablissements Guillier, D.*, 1996, SC, p.50.
- BRILLIE** (M.), obs. sous CE, 26 février 2003, *M. Mekhantar*, AJDA, 2003, p. 472.
- BROYELLE** (C.), « La responsabilité du fait des lois : la réparation des seuls effets secondaires de l'application de la loi », note sous CE, 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*, JCP, 2003, éd. adm. et CT, n° 1896.
- CABANES** (P.) et **LEGER** (D.), note sous CE, Ass., 20 octobre 1972, *Ville de Paris c/ sieur Paul Marabout*, AJDA, 1972, p. 581.
- CARIUS** (M.), note sous CE, 22 février 2002, *Michel*, Dr. adm., 2002, comm. n° 7.
- CASSIA** (P.), note sous CE, 6 octobre 2000, *M. Le Pen*, Europe, 2001, comm. n° 51.
- CHALTIEL** (F.), « L'eupéanisation de la responsabilité administrative », note sous CE, 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*, RMC, 2004, p. 106.
- CHAUMONT** (C.), « La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative », note sous CE, Ass., 14 janvier, 2 espèces, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette et Compagnie générale de la Grande Pêche*, RDP, 1940, p. 200.

CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.-X.), note sous CE, sect., 14 février 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c/ Epoux Q.*, AJDA, 1997, p. 430.

CLIQUENNOIS (M.), note sous CE, 15 novembre 2000, *Commune de Morschwiller-le-Bas*, AJDA, 2001, p. 207.

DE BECHILLON (D.), « Le Conseil d'Etat, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme », note sous CE, sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, RFDA, 1999, p. 841.

DEBOUY (C.), « La responsabilité administrative du fait du refus de concours de la force publique au cas de réinstallation de l'occupant expulsé », note sous CE, 7 décembre 1984, *Compagnie immobilière de la région parisienne*, RFDA, 1985, p. 743.

DEGUERGUE (M.), note sous CE, 19 février 2003, *M. et Mme Maurice*, AJDA, 2003, p. 854.

DEHARBE (D.), note sous CE, 9 mai 2001, *Entreprise personnelle Transports Freymuth*, Env., 2002, comm. n° 11.

DEHAUSSY (J.), note sous CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'Energie radio-électrique*, JCP, 1967, G, II, n° 15000.

DELHOSTE (M.-F.), note sous CE, 31 mars 2003, *Bergaderm*, JCP, 2003, G, II, n° 10198.

DELIANCOURT (S.), note sous CE, sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*, Dr. env., 2003, comm. n° 112.

DE MALAFOSSE (J.), note sous CE, 21 janvier 1998, *Ministre de l'Environnement c/ M.Plan*, JCP, 1998, G, II, n° 10164.

DE SOTO (J.), note sous CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Equipement, du Logement et du Tourisme c/ sieur Navarra*, RDP, 1974, p. 930.

DONNAT (F.) et CASAS (D.), note sous CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, AJDA, 2002, p. 1005.

DONNAT (F.) et CASAS (D.), note sous CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, *M. et Mme Draon*, AJDA, 2003, p. 283.

DONNAT (F.) et CASAS (D.), note sous CE, Ass., 5 mars 2003, *M. Aggoun*, AJDA, 2003, p. 726.

DONNAT (F.) et CASAS (D.), note sous CE, sect., 31 mars 2003, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, AJDA, 2003, p. 935.

FAUPIN (H.), note sous CE, 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 Boulevard Flandrin*, JCP, 2000, G, II, n° 10387.

- FRANC** et **BOYON** (M.), note sous CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du Territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ sieur Navarra*, AJDA, 1974, p. 303.
- GALABERT** (J.-M.) et **GENTOT** (B.), note sous CE, 1^{er} juillet 1953, *Lacombe et autres*, AJDA, 1962, p. 24.
- GALABERT** (J.-M.) et **GENTOT** (B.), note sous CE, 16 novembre 1960, *Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques c/ Société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio*, AJDA, 1960, p. 191.
- GALABERT** (J.-M.) et **GENTOT** (B.), note sous CE, 29 juin 1962, *Société « Manufacture de machines du Haut-Rhin »*, AJDA, 1962, p. 555.
- GENTOT** (B.) et **FOURRE** (J.), note sous CE, 14 décembre 1962, *Sieur Jacques Doublet*, AJDA, 1963, p. 85.
- GENTOT** (B.) et **FOURRE** (J.), note sous CE, Ass., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, AJDA, 1963, p. 209.
- GILLI** (J.-P.), note sous CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ sieur Navarra*, D., 1974, jurispr., p. 480.
- GILLI** (J.-P.), note sous CE, 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ société Kerry*, AJDA, 2003, p. 342.
- GILLIG** (D.), note sous CE, sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région centre et autres*, Env., 2003, comm. n° 84.
- GROSIEUX** (P.), note sous CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres*, AJDA, 2003, p. 345.
- GUETTIER** (C.), note sous CE, sect., 19 février 2003, *Epoux Maurice*, RCA, 2003, comm. n° 208.
- HAURIOU** (M.), note sous CE, 10 février 1905, *Tomaso Grecco, S.*, 1905.3.113.
- HAURIOU** (M.), note sous CE, 29 avril 1921, *Société Premier et Henry, S.*, 1923.3.14.
- HOMONT** (A.), note sous CE, sect., 14 mars 1975, *Société civile immobilière de la Vallée de Chevreuse*, JCP, 1975, G, II, n° 18077.
- HUBAC** (S.) et **AZIBERT** (M.), note sous CE, 6 novembre 1985, *Société Condor-Flugdienst* - CE, 6 novembre 1985, *Ministre d'Etat, Ministre des Transports c/ Cie Touraine air transport et autres* - CE, 17 janvier 1986, *Ville de Paris c/ M. Duvinage* - CE, 15 novembre 1985, *Ministre des Transports c/ Société Europe aéro-service*, AJDA, 1986, p. 84.
- JEZE** (G.), note sous CE, Ass., 14 janvier 1938, 2 espèces, *Société des produits laitiers « La Fleurette »* et *Compagnie générale de la Grande pêche*, RDP, 1938, p. 87.
- JEZE** (G.), note sous CE, Ass., 21 janvier 1944, *Caucheteux et Desmont*, RDP, 1945, p. 366.

JUAN (S.), note sous CE, sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a.*, RJE, 2004, n° 2, p. 189.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), note sous CE, sect., 29 octobre 1976, *Dame Burgat et autres*, JCP, 1977, G, II, n° 18606.

LACHAUME (J.-F.), note sous CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'Energie radio-électrique*, D., 1966, jurispr., p. 582.

LAROQUE (P.), note sous CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, S., 1938.3.25.

LEVY-BRUHL (V.), « Le droit bute sur l'ours », note sous CE, 26 mai 1995, *Comité intervalléen pour la sauvegarde de l'ours et de la faune pyrénéenne dans leur environnement - Fédération départementale des chasseurs des Pyrénées-Atlantiques*, RJE, 1996, n° 4, p. 451.

LIET-VEAUX (G.), note sous CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Equipement, du Logement et du Tourisme c/ sieur Navarra*, JCP, 1974, G, II, n° 17752.

LOSCHAK (D.), « Un nouveau cas de responsabilité sans faute : l'impuissance de l'administration à faire respecter ses propres décisions », note sous CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ sieur Sastre*, JCP, 1972, G, I, n° 2446.

M. (T.), note sous CE, Ass., 10 février 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ consorts Chauche*, JCP, 1961, G, II, n° 12185.

MARIATTE (F.), note sous CE, sect., 28 juillet 2000, *Société Schering-Plough*, Europe, 2000, comm. n° 11.

MEGRET (J.), note sous CE, Ass., 7 mai 1971, *Ville de Bordeaux c/ sieur Sastre*, Gaz. Pal., 1972, jurispr., p. 172.

MIHURAT (J.), note sous CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, JCP, 1938, G, II, n° 677.

MODERNE (F.), note sous CE, 26 février 1975, *sieur Lemâtre*, JCP, 1976, G, II, n° 18376.

MODERNE (F.) et BON (P.), note sous CE, 9 décembre 1987, *Compagnie générale des goudrons et bitumes*, D., 1988, SC, p. 369.

MODERNE (F.) et BON (P.), note sous CE, 25 mars 1988, *Société anonyme Sapvin c/ Ministre des Relations extérieures*, D., 1989, SC, p. 120.

MOREAU (J.), note sous CE, 24 mai 1967, *Compagnie aérienne de publicité internationale et d'affrètements (C.A.P.I.A.)*, AJDA, 1968, p. 45.

MOREAU (J.), note sous CE, 11 mai 1984, *Port autonome de Marseille et Société navale des chargeurs Delmas-Vieljeux* - CE, sect., 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des*

- Transports chargé de la mer c/ Société Sealink U.K. limited* - CE, sect., 27 juillet 1984
Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation et Ministre de la Mer c/ M. Lebeaud, AJDA, 1984, p. 706.
- MOREAU (J.)**, obs. sous CE, 21 janvier 1983, *Ville de Bastia*, AJDA, 1983, p. 375.
- MOULIN (R.)**, note sous CE, 23 décembre 1988, *Michel Martin et Société Michel Martin*, D., 1989, jurispr., p. 267.
- NAUWELAERS (M.) et FABIUS (L.)**, note sous CE, sect., 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ dame Burgat, sieur Letourneur et dame Loiseau*, AJDA, 1977, p. 30.
- ONDOUA (A.)**, note sous CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, JCP, 2003, G, II, n° 10021.
- PACTEAU (B.)**, note sous CE, sect., 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ dame Burgat, sieur Letourneur et dame Loiseau*, Gaz. Pal., 1978, jurispr., p. 117.
- PACTEAU (B.)**, note sous CE, sect., 27 mai 1977, *SA Victor Delforge et Compagnie*, JCP, 1978, G, II, n° 18778.
- PACTEAU (B.)**, note sous CE, 7 décembre 1979, *Société « Les fils de Henri Ramel »*, JCP, 1981, G, II, n° 19500.
- PACTEAU (B.)**, note sous CE, 22 juin 1984, *Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Transports chargé de la mer c/ société Townsend car ferries limited*, JCP, 1985, G, II, n° 20444.
- PACTEAU (B.)**, note sous CE, 14 décembre 1984, *Rouillon*, RDP, 1985, p. 1397.
- PAILLET (M.)**, note sous CE, 21 janvier 1998, *Ministre de l'Environnement c/ M. Plan*, Dr. adm., 1998, n° 4, p. 26.
- PETIT (J.)**, « L'entrée en vigueur immédiate de la loi », note sous CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, *M. et Mme Draon*, RFDA, 2003, p. 339.
- POIRAT (F.)**, « A propos de la responsabilité de l'Etat du fait des traités et des règles coutumières », note sous CE, 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 Boulevard Flandrin*, RGDIP, 2000, n° 1, p. 263.
- PUISSOCHET (J.-P.) et LECAT (J.-P.)**, note sous CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, AJDA, 1966, p. 350.
- PUYBASSET (M.) et PUISSOCHET (J.-P.)**, chron. sous CE, 26 mai 1965, *Ministre des Travaux publics, des Transports et du Tourisme c/ Epoux Tebaldini*, AJDA, 1965, p. 340.
- RAYNAUD (F.) et FOMBEUR (P.)**, note sous CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, AJDA, 1999, p. 127.
- ROLLAND (L.)**, note sous CE, Ass., 14 janvier 1938, 2 espèces, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette » et Compagnie générale de la Grande Pêche*, D., 1938.3.41.

S. (V.), note sous CE, 22 décembre 1965, *Ministre des Finances et des Affaires économiques c/ sieur Orengo*, AJDA, 1966, p. 430.

SAULNIER (E.), note sous CE, 9 mai 2001, 2 espèces, *Entreprise personnelle de transports Freymuth et Sté Mosellane de tractions*, Europe, 2001, comm. n° 248 et 249.

TOUVET (L.) et STAHL (J.-H.), note sous CE, sect., 31 mars 1995, *M. Lavaud*, AJDA, 1995, p. 384.

VEDEL (G.), note sous CE, sect., 25 janvier 1963, *Ministre de l'Intérieur c/ sieur Bovero*, JCP, 1963, G, II, n° 13326.

VIER (C.-L.) et LAMOUREUX (F.), note sous CE, sect., 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ dame Burgat, sieur Letourneur et dame Loiseau*, D., 1978, jurispr., p. 76.

VIVIER (G.), note sous CE, 3 février 1950, *Société Imprimerie Oller* et CE, 28 octobre 1949, *Société des Ateliers du Cap Janet*, JCP, 1950, G, II, n° 5861.

WALINE (M.), « La police de la circulation sur les chemins de montagne. La responsabilité du fait d'un règlement légal », note sous CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, RDP, 1963, p. 1019.

WALINE (M.), « La compétence territoriale des tribunaux administratifs sur les actions en responsabilité », note sous CE, 26 octobre 1962, *Consorts Olivier* et CE, 26 avril 1963, *Laurent*, RDP, 1963, p. 759.

WALINE (M.), note sous CE, sect., 2 juin 1972, *Société des bateaux de la côte d'Emeraude*, RDP, 1973, p. 497.

3. Concernant les décisions du Conseil constitutionnel

BOULOUIS (J.), note sous CC, n° 85-198 DC, 13 décembre 1985, *Loi modifiant la Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, AJDA, 1986, p. 171.

LUCHAIRE (F.), note sous CC, n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, *Labbé et autres*, D., 1983, jurispr., p. 189.

LUCHAIRE (F.), note sous CC, n° 85-198 DC, 13 décembre 1985, *Loi modifiant la Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, D., 1986, jurispr., p. 345.

LUCHAIRE (F.), note sous CC, n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, *Etienne Dailly et autres*, D., 1990, jurispr., p. 209.

SCHOETTL (J.-E.), note sous CC, n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, AJDA, 1998, p. 705.

SCHOETTL (J.-E.), « Le législateur doit-il réparer les conséquences de la suppression d'un monopole professionnel ? », note sous CC, n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, LPA, 16 février 2001, n° 34, p. 13.

SCHOETTL (J.-E.), note sous CC, n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, AJDA, 2003, p. 1391.

TREMEAU (J.), note sous CC, n° 2000-440, 10 janvier 2001, *Dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, RFDC, 2001, n° 46, p. 354.

4. Concernant les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

BOUJEKA (A.), note sous CEDH, 28 octobre 1999, *Affaire Zielinski, Pradal, Gonzalez et autre c/ France*, LPA, 8 juin 2000, n° 114, p. 21.

COLLIN-DEMUMIEUX (M.), note sous CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c/ France*, D., 1996, jurispr., p. 357.

HUGON (C.), note sous CEDH, 30 octobre 1998, *F. E. c/ France*, RDP, 1999, p. 888.

5. Concernant les décisions de la juridiction judiciaire

JOURDAIN (P.), note sous Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, D., 2001, jurispr., p. 336.

MAZEAUD (D.), note sous Cass., Ass. plén., 6 juin 1997, *Fondation Saint-Marc c/ X...et autres*, D., 1998, SC, p. 204.

MAZEAUD (D.), note sous Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, D., 2001, jurispr., p. 332.

B - Notes et chroniques relatives à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative violant le droit communautaire

1. Concernant la jurisprudence française

ALLAND (D.), note sous CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, RGDIP, 1997, p. 237.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), note sous CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, AJDA, 2004, p. 1534.

AUBIN (E.), note sous CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, D., 2000, p. 152.

AUBY (J.-M.), note sous CE, Ass., 27 octobre 1964, *Dame Veuve Renard*, D., 1965, p. 632.

AUSTRY (S.), « Directives communautaires non transposées : articulation entre les conditions d'invocabilité et le droit à réparation devant le juge national », obs. sous CE, Ass., 30 octobre 1996, 2 espèces, *SA Cabinet Revert et Badelon et Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, RJF, 1996, p. 799.

BEAUD (O.) et BOULOUIS (J.), note sous CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, RFDA, 1989, p. 391.

BENOIT (L.), note sous CE, 22 janvier 2003, *Association de loisirs cynégétiques en enclos*, Env., 2003, comm. n° 34.

BON (P.) et DE BECHILLON (D.), obs. sous CE, 29 novembre 1999, *Polyclinique des Alpilles*, D., 2000, SC, p. 253.

BOULOUIS (J.), note sous CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn Bendit*, RMC 1979, p. 104.

BRONDEL (S.), obs. sous CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, AJDA, 2004, p. 1216.

BRONDEL (S.), obs. sous CC, n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques*, AJDA, 2004, p. 1393.

CABANES (P.) et LEGER (D.), note sous CE, 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, AJDA, 1973, p. 245.

CASSIA (P.), « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires. A propos des arrêts Dangeville et Revert et Badelon », note sous CE, Ass., 30 octobre 1996, 2 espèces, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville et SA Cabinet Revert et Badelon*, LPA, 24 octobre 1997, n° 128, p. 17 (1^{ère} partie) et LPA, 27 octobre 1997, n° 129, p. 9 (suite et fin).

CASSIA (P.), obs. sous TA Rennes, 2 mai 2001, *Société Suez Lyonnaise des Eaux*, Europe, 2001, comm. n° 247.

CASSIA (P.), note sous CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, Dr. adm., 2002, comm. n° 55.

CASSIA (P.), note sous CE, sect., 12 mai 2004, *Société Gillot*, Europe, juillet 2004, p. 11.

CASSIA (P.), obs. sous CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, AJDA, 2004, p. 1385.

CASSIA (P.) et SAULNIER (E.), obs. sous CE, 30 juillet 2003, *Association avenir de la langue française*, Europe, 2004, n° 30.

CELERIER (T.), note sous CE, Ass., 28 février 1992, 2 espèces, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France et Société Arizona Tobacco Products et Société anonyme Philip Morris France*, LPA, 10 avril 1992, n° 44, p. 18.

CONSTANTINESCO (V.), note sous CE, 20 juin 1988, *M. Aubin*, RTDE, 1989, p. 686.

- CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.-X.)**, note sous CE, Ass., 30 octobre 1996, 2 espèces, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville et SA Cabinet Revert et Badelon*, AJDA, 1996, p. 980.
- CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.-X.)**, note sous CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, AJDA, 1996, p. 722.
- DAVIGNON (J.-F.)**, note sous CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, JCP, 1985, G, II, n° 20423.
- DE BECHILLON (D.)**, note sous CE, sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, RFDA, 1999, p. 841.
- DE BECHILLON (D.) et TERNEYRE (Ph.)**, note sous CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, RFDA, 1999, p. 357.
- DEFFIGIER (C.)**, note sous TA Paris, 11 octobre 2002, *Société Fipp*, AJDA, 2003, p. 955.
- DEGUERGUE (M.)**, note sous CE, sect., 12 mai 2004, *Société Gillot*, AJDA, 2004, p. 1487.
- DELVOLVE (P.)**, note sous CE, Ass., 22 janvier 1982, 2 espèces, *Butin et Ah Won, D.*, 1983, IR, p. 235.
- DESMOULIN (G.)**, note sous CE, sect., 2 juin 1999, *Meyet*, RDP, 2000, p. 563.
- DONNAT (F.) et CASAS (D.)**, chron. sous CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, AJDA, 2002, p. 586.
- DONNAT (F.) et CASAS (D.)**, chron. sous CE, sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, AJDA, 2003, p. 487
- DUBOUIS (L.)**, note sous CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn Bendit*, RTDE, 1979, p. 169.
- DUBOUIS (L.)**, note sous CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, RFDA, 1991, p. 172.
- DUBOUIS (L.)**, « Directive communautaire et loi française : primauté de la directive et respect de l'interprétation que la Cour de justice a donnée de ses dispositions », note sous CE, Ass., 28 février 1992, 2 espèces, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France et Société Arizona Tobacco Products et Société anonyme Philip Morris France*, RFDA, 1992, p. 425.
- DUBOUIS (L.)**, « Le Conseil d'Etat assure-t-il pleinement la primauté de la directive sur la loi ? », note sous CE, sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire, Rassemblement des opposants à la chasse et Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France-Nature-Environnement*, RFDA, 2000, p. 409.
- DUBOUIS (L.)**, note sous CE, Ass., 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres*, RFDA, 2002, p. 33.

FAVOREU (L.), note sous CE, Ass., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblements des opposants à la chasse*, RFDA, 2000, p. 664.

FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), note sous CC, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, RDP, 1975, p. 185.

FEVRIER (J.-M.), note sous CE, sect., 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, AJDA, 2001, p. 775.

FINES (F.), note sous CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, RDP, 1992, p. 1480.

FLAUSS (J.-F.), note sous CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, RDP, 1999, p. 919.

FONBAUSTIER (L.), note sous CE, ordo., 1^{er} août 2002, *Association France Nature Environnement*, AJDA, 2002, p. 1140.

FOURRE (J.) et PUYBASSET (M.), chron. sous CE, Ass., 10 janvier 1964, *Ministre de l'Agriculture c/ sieur Simmonet*, AJDA, 1964, p. 150.

G. (G.), note sous CE, sect., 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, Dr. adm., 1997, comm. n° 108.

GAUTIER (M.) et MELLERAY (F.), note sous CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, AJDA, 2004, p. 1537.

GENEVOIS (B.), note sous CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, AJDA, 1984, p. 396.

GENEVOIS (B.), note sous CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFDA, 1989, p. 813.

GHEVONTIAN (R.), note sous CE, 8 janvier 1997, *Tapie, D.*, 1997, p. 259.

GUETTIER (C.), note sous CE, sect., 2 juin 1999, *M. Meyet*, RDP, 2000, p. 371.

GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), note sous CE, 28 juillet 2000, *M. Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket*, AJDA, 2000, p. 796.

HONORAT (E.) et BAPTISTE (E.), chron. sous CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, AJDA, 1989, p. 756.

HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.), chron. sous CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, AJDA, 1990, p. 863.

HUBAC (S.) et SCHOETTL (J.-E.), note sous CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar*, AJDA, 1985, p. 536.

ISAAC (G.), note sous CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn Bendit*, CDE, 1979, p. 267.

ISAAC (G.), note sous CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, RTDE, 1989, p. 787.

- JOUGUELET (J.-P.) et GIPOULON (J.-F.)**, note sous CAA Paris, 17 octobre 1991, *SA Hellot c/ Ministre de l'Agriculture* et sous CAA Nantes, 20 juin 1991, *SA Duault c/ Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget*, AJDA, 1992, p. 127.
- KOVAR (R.)**, note sous CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn Bendit*, JCP, 1979, G, II, n° 19158.
- LEBRETON (G.)**, note sous CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, LPA, 11 décembre 1989, p. 11.
- LECAT (J.-P.) et MASSOT (J.)**, chron. sous CE, sect., 28 avril 1967, *Lafont*, AJDA, 1967, p. 272.
- LE GALCHER-BARON (M.)**, note sous CE, Ass., 3 mars 1978, *Veuve Muësser*, CJEG, 1978, p. 123.
- LEPAGE (A.)**, note sous Cass. crim., 4 septembre 2001, *Amaury*, JCP, 2001, G, II, n° 10623.
- LOMBARD (M.)**, note sous CE, 30 juillet 2003, *Association avenir de la langue française*, Dr. adm., 2003, n° 219.
- MAGNON (X.)**, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », note sous CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Europe, août-septembre 2004, p. 6.
- MATHIEU (B.)**, note sous CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, D., 2004, p. 1739.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.)**, note sous Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, D., 2000, p. 865.
- MAUGÜE (C.)**, obs. sous CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, Dr. adm., 1999, comm. n° 14.
- MAUGÜE (C.) et SCHWARTZ (R.)**, note sous CE, Ass., 28 février 1992, 2 espèces, *Société Rothmans International France et SA Philip Morris France et Société Arizona Tobacco Products et Philip Morris France*, AJDA, 1992, p. 329.
- MICHEL (J.)**, note sous CAA Douai, 1^{er} juillet 2003, *Société anonyme Sogetra*, AJDA, 2004, p. 91.
- MILLET (J.-F.)**, note sous CAA Nantes, 29 décembre 2000, *SA Périmédical*, AJDA, 2001, p. 270.
- MODERNE (F.)**, note sous CE, 20 juin 1988, *M. Aubin*, JCP, 1989, G, II, n° 21169.
- MOLFESSIS (N.)**, chron. sous CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, RTD civ., 1999, p. 232.

NOGUELLOU (R.), note sous CE, 11 février 2004, *M. Schiocchet*, Dr. adm., 2004, comm. n° 70.

PACTEAU (B.), note sous CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn Bendit*, D., 1979, jurispr., p. 155.

PACTEAU (B.), note sous CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du Commerce extérieur c/ Société Alivar*, Rev. adm., 1984, p. 375.

PACTEAU (B.), note sous CE, 20 mars 1985, *Epoux Ruby*, Rev. adm., 1986, p. 43.

PACTEAU (B.), note sous CE, sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, RFDA, 1997, p. 1284.

PETIT (J.), chron. sous CE, sect., 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, JCP, 1999, G, I, n° 128.

PICARD (E.), obs. sous CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, JCP, 1993, G, I, n° 3645.

PONTIER (J.-M.), note sous CE, 30 juillet 2003, *Association avenir de la langue française*, AJDA, 2003, p. 2156.

PRETOT (X.), note sous CE, 20 janvier 1988, *M. Aubin*, AJDA, 1988, p. 419.

PRETOT (X.), note sous CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, AJDA, 1992, p. 768.

PRETOT (X.), note sous CC, n° 96-375 DC, 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, RDP, 1996, p. 1147.

PRETOT (X.), note sous Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, RDP, 2000, p. 1037.

PUYBASSET (M.) et PUISSOCHET (J.-P.), chron. sous CE, Ass., 27 octobre 1964, *Dame Veuve Renard*, AJDA, 1964, p. 678.

RAYNAUD (F.) et FOMBEUR (P.), note sous CE, 6 février 1998, *Tête*, AJDA, 1998, p. 403.

RAYNAUD (F.) et FOMBEUR (P.), chron. sous CE, sect. 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, AJDA, 1998, p. 570.

RAYNAUD (F.) et FOMBEUR (P.), chron. sur CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, AJDA, 1998, p. 962.

RAYNAUD (F.) et FOMBEUR (P.), note sous CE, sect., 2 juin 1999, *M. Meyet*, AJDA, 1999, p. 560.

RICCI (R.), note sous CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, AJDA, 1999, p. 823.

RIHAL (H.), « Les conditions d'indemnisation du préjudice né d'un arrêté de police instituant une déviation routière », note sous CE, 13 mai 1987, *M. Aldebert*, RFDA, 1988, p. 950.

- RITLENG (D.)**, note sous CAA Paris, 19 décembre 1996, *SA Gras Savoye*, Europe, 1997, comm. n° 313.
- RIVERO (J.)**, note sous CC, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, AJDA, 1975, p. 134.
- ROUSSEAU (C.)**, note sous CE, sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, RGDIP, 1968, p. 1128.
- RUZIE (D.)**, obs. sous CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFDA, 1990, p. 267.
- SABOURIN (P.)**, note sous CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, D., 1990, jurispr., p. 135.
- SAULNIER (E.)**, note sous TA Paris, 7 mai 2004, *Association France nature environnement*, Europe, 2004, comm. n° 248.
- SAULNIER (E.)**, note sous TA Paris, 7 mai 2004, *Association France nature environnement*, AJDA, 2004, p. 1878.
- SCHOETTL (J.-E.)**, chron. sous CC, n° 98-405 DC, 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, AJDA, 1999, p. 14.
- SCHOETTL (J.-E.)**, note sous CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, LPA, 18 juin 2004, n° 122, p. 10.
- SCHOETTL (J.-E.)**, note sous CC, n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, LPA, 7 juillet 2004, n° 135, p. 3.
- SIMON (D.)**, note sous CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, AJDA, 1989, p. 788.
- SIMON (D.)**, obs. sous CAA Paris, 1^{er} juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, Europe, 1992, comm. n° 445.
- SIMON (D.)**, obs. sous CAA Paris, 12 novembre 1992, *Société John Walker and Sons*, Europe, 1993, comm. n° 283.
- SIMON (D.)**, obs. sous CE, 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c/ SA Jacques Dangeville*, Europe, 1996, comm. n° 453.
- SIMON (D.)**, obs. sous CE, 10 janvier 2001, *France Nature Environnement*, Europe, 2001, comm. n° 152.
- SOLER-COUTEAUX (P.)**, note sous TA Dijon, 15 avril 1986, *Société vinicole Berard*, RTDE, 1988, p. 109.
- SOLER-COUTEAUX (P.)**, note sous CE, sect., 13 décembre 1985, *Société International Sales and Import Corporation BV*, RTDE, 1988, p. 100.
- TEBOUL (G.)**, note sous CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, JCP, 1992, G, II, n° 21859.

TOULEMONDE (G.), note sous CE, Ass., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblements des opposants à la chasse*, D., 2000, p. 272.

VERPEAUX (M.), obs. sous CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, AJDA, 2004, p. 1497.

WALINE (J.), note sous CE, Ass., 20 octobre 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, RDP, 1973, p. 832.

2. Concernant la jurisprudence communautaire

BARAV (A.), note sous CJCE, 19 novembre 1991, *Andréa Francovich c/ République italienne et Danila Bonifaci et a. c/ République italienne*, JCP, 1992, G, II, n° 21783.

BELORGEY (J.-M.), **GERVASONI (S.)** et **LAMBERT (C.)**, obs. sous CJCE, 26 novembre 2002, *First et Franex* et CJCE, 10 décembre 2002, *Commission c/ Camar et Tico*, AJDA, 2003, p. 1038.

BELORGEY (J.-M.), **GERVASONI (S.)** et **LAMBERT (C.)**, obs. sous CJCE, 25 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-278/01, AJDA, 2004, p. 315.

BELORGEY (J.-M.), **GERVASONI (S.)** et **LAMBERT (C.)**, obs. sous CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00, AJDA, 2004, p. 317.

BOULOUIS (J.), note sous CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, AJDA, 1978, p. 323.

CARNELUTTI (A.), « L'arrêt « Francovich Bonifaci ». L'obligation des Etats membres de réparer les dommages causés par les violations du droit communautaire », obs. sous CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, RMUE, 1992, n° 1, p. 187.

CHAVRIER (H.), **HONORAT (E.)** et **DE BERGUES (G.)**, note sous CJCE, 28 mars 1996, *British Telecom* - CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas* - CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, AJDA, 1997, p. 344.

CHAVRIER (H.), **LEGAL (H.)** et **DE BERGUES (G.)**, obs. sous CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL et région Wallonne*, AJDA, 1998, p. 320.

CONSTANTINESCO (V.), note sous CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, JDI, 1992, p. 426.

COUVERT-CASTERA (O.), note sous CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL et région Wallonne*, AJDA, 1998, p. 451.

DELAUNAY (B.), note sous CJCE, 26 juin 2003, *Commission c/ République française*, AJDA, 2004, p. 543.

- DUBOS (O.)**, note sous CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, JCP, 2003, adm et CT, II, n° 1943.
- DUBOUIS (L.)**, « La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », note sous CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, RFDA, 1992, p. 1.
- DUBOUIS (L.)**, « La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », note sous CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, RFDA, 1996, p. 583.
- DUBOUIS (L.)**, « La guerre de la fraise : l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire », note sous CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ République française*, RFDA, 1998, p. 120.
- GAUTIER (Y.)**, note sous CJCE, 28 juin 2001, *G. Larsy*, Europe, 2001, comm. n° 246.
- GAYET (M.-F.) et SIMON (D.)**, note sous CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, aff. n° 48/71, Rec. CJCE, p. 529.
- KESSEDJEAN (C.)**, note sous CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, RJDA, 1991, p. 831.
- LARZUL (T.)**, « La responsabilité de l'Etat du fait de la violation de ses obligations communautaires », note sous CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci c/ République italienne*, LPA, 4 août 1993, n° 93, p. 32.
- LE MIRE (P.)**, note sous CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci c/ République italienne*, AJDA, 1992, p. 145.
- M. (M.-C.)**, note sous CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, AJDA, 2004, p. 1748.
- MARIATTE (F.)**, note sous TPICE, 23 octobre 2001, *Dieckmann & Hansen GmbH c/ Commission*, Europe, 2001, comm. n° 360.
- MATTERA (A.)**, note sous CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6/90, RMUE, 1991, p. 4.
- MEISSE (E.)**, note sous TPICE, 10 février 2004, *Afrikanische Frucht-Compagnie*, Europe, 2004, comm. n° 99.
- MODERNE (F.)**, note sous CE, 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rev. adm., 1974, p. 29.
- PIETRI (M.)**, note sous CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil*, aff. C-352-98, Europe, 2000, comm. n° 300.
- RIGAUX (A.)**, note sous CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, Europe, 1996, comm. n° 272.

RIGAUX (A.), obs. sous CJCE, 10 juillet 1997, *Danila Bonifaci e.a. et Wanda Berto* - CJCE, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani* et CJCE, 10 juillet 1997, *Federica Maso et Graziano Gazzetta*, Europe, 1997, comm. n° 259.

RIGAUX (A.), obs. sous CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, Europe, 1998, comm. n° 42.

RIGAUX (A.) et **SIMON (D.)**, note sous CJCE, 8 octobre 1996, *E. Dillenkofer*, Europe, 1996, comm. n° 450.

RIGAUX (A.) et **SIMON (D.)**, note sous CJCE, 17 octobre 1996, *Denkavit international BV*, Europe, 1996, comm. n° 451.

RIGAUX (A.) et **SIMON (D.)**, obs. sous CJCE, 4 juillet 2000, *S. Haim*, Europe, 2000, comm. n° 289.

RITLENG (D.), note sous TPICE, 12 juillet 2001, *Comafrika*, Europe, 2001, comm. n° 299.

RITLENG (D.), note sous TPICE, 6 décembre 2001, *Area Cova et autres*, Europe, 2002, n° 2, p. 14.

RITLENG (D.), note sous TPICE, 6 mars 2003, *Banan-Kompaniet*, aff. T-57/00 et TPICE, 6 mars 2003, *Dole Fresh Fruit international*, aff. T-56/00, Europe, 2003, comm. n° 159.

ROUGEAUX (J.-P.), note sous CE, 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Gaz. Pal., 1973, 2, p. 859.

SIMON (D.), note sous CJCE, 2 février 1988, *Barra*, JDI, 1989, p. 398.

SIMON (D.), note sous CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, JDI, 1989, p. 395.

SIMON (D.), note sous CJCE, 15 juin 1999, *W. Rechberger*, Europe, 1999, comm. n° 280.

SIMON (D.), note sous CJCE, 1^{er} juin 1999, *K. Konle*, Europe, 1999, comm. n° 281.

SIMON (D.), note sous CJCE, 15 juin 1999, *U.-B. Andersson et S. Wakeras-Andersson*, Europe, 1999, comm. n° 282.

SIMON (D.), note sous CJCE, 18 janvier 2001, *Svenska staten*, Europe, 2001, comm. n° 85.

SIMON (D.), « La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », note sous CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, Europe, 2003, n° 11, p. 3.

SIMON (D.) et **RIGAUX (A.)**, « L'arrêt Marshall II et l'effet des directives : une solution d'espèce à une question de principe ? », note sous CJCE, 2 août 1993, *Marshall II*, Europe, 1993, n° 10, p. 1.

WAELEBROECK (M.), « La garantie du respect du droit communautaire par les Etats membres. Les actions au niveau national », note sous CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, CDE, 1985, p. 37.

3. Concernant la jurisprudence européenne

BERROD (F.), note sous CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c/ France*, Europe, 2002, comm. n° 269.

BERROD (F.) et **LECHEVALLIER (V.)**, note sous CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c/ France*, Europe, 2002, comm. n° 309.

DE FONTBRESSIN (P.), note sous CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France*, RTDH, 2002, p. 685.

DUFOURCQ (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme, arbitre du dialogue entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice des Communautés européennes ? », note sous CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c/ France*, RFDA, 2003, p. 953.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), note sous CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France*, AJDA, 2002, p. 52.

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A -

Abrogation : 731-732
Acte clair : 604, 668 à 670
Acte de gouvernement : 13, 129 à 139, 649
Aléa : 175, 307-308, 351, 422 à 426
Arbitrage : 10, 61, 118, 224, 333, 686
Astreinte : 735
Autonomie procédurale et institutionnelle des Etats membres : 472, 551, 564 à 593

- C -

Carence (du législateur) : 500, 547, 649, 696, 714, 726, 761
Causalité adéquate (théorie de la -) : 373, 377, 382, 536
Causes d'exonération : 215 à 218
-- Comportement de la victime : 216, 540-541
-- Fait d'un tiers : 216, 542
-- Force majeure : 216, 542
Changement dans les circonstances de droit : 653-654
Changement des circonstances de fait : 655 à 659
Chasse : 425, 664, 674, 743
Circonstances de guerre : 68, 293 à 297
Codification : 226 à 231
Comportement fautif du législateur : 701 à 724
Contrat : 7-8, 19, 223, 503
Contravention de grande voirie : 85
Contrôle de constitutionnalité : 106, 131-132, 258, 663, 680, 706, 708, 710, 775
Contrôle de conventionnalité : 30, 36, 599, 651 à 678, 680, 694, 706 à 710, 724, 743
Conv. EDH : 2, 247, 253-254, 321, 655, 661, 663, 673 à 675, 724
Coopération loyale : 453 à 458

- D -

Décision administrative préalable : 742-743
Décret-écran : 715
Délai de transposition : 588-589, 648
Deniers publics : 18, 310, 326, 426, 431, 433, 435, 770
Désacralisation (de la loi) : 37, 706
Distinction des contentieux : 721 à 723
Domaine économique : 299 à 311, 314, 333, 686

- E -

Effet direct du droit communautaire : 475, 489 à 492, 526 à 528, 566, 723
Egalité des citoyens devant les charges publiques : 151 à 160
Enrichissement sans cause : 19
Equité : 84, 88-89, 93, 102, 118, 143, 162 à 170, 185, 232-233, 248, 308, 613, 631, 722
Equivalence des conditions (théorie de l'-) : 373, 377, 536
Erreur : 761-762
Etat (définition communautaire) : 505 à 508
Exception de recours parallèle : 721 à 723

- F -

Faute appréciée objectivement : 553 à 562
Faute lourde : 75, 79, 89-90, 96, 194, 561, 748, 756-757
Faute qualifiée : 748-749, 755 à 758, 765
Faute simple : 613, 636, 748
Faute subjective : 558 à 562
Fonds d'indemnisation : 228, 246-247, 318

- I -

Illégalité : 547, 554 à 556, 558, 608 à 620
Illégalité fautive : 622 à 639
Illicéité : 715, 718, 759 à 764
Incorporation (d'une convention internationale dans l'ordre juridique interne) : 122 à 144
Infraction : 761
Injonction : 735
Intérêt général : 9-10, 18-19, 23 à 25, 47 à 69, 236, 252, 254, 284, 312 à 342, 412, 435, 611, 618, 624, 760, 765, 771
Intérêt général prééminent : 48, 67-68, 265-266, 273, 284, 286, 312, 317, 319, 321, 323-324, 331, 341-342, 607, 774
Intérêt pour agir : 530 à 532
Interprétation conforme : 477, 672 à 677
Invocabilité de substitution : 648
Invocabilité d'exclusion : 648
Irresponsabilité (du fait de conventions internationales) : 12 à 15
Irresponsabilité (du fait des lois) : 5 à 10

- L -

Légitimation : 47, 50, 55, 59, 72, 74 à 85, 88, 144
Lien de causalité : 534 à 542
Loi de validation : 263, 266, 302, 352
Loups : 318, 674

- M -

Marge d'appréciation de l'Etat membre : 547 à 550, 555, 747, 749, 751 à 754, 747, 749, 751, 753

- O -

Obligation de moyens : 80 à 85
Ordre public : 46-47, 57, 72, 75 à 79

- P -

Perte d'une chance : 351-352, 362-363, 581
Police administrative : 747 à 750
Politique jurisprudentielle : 200, 261 à 272, 280, 286, 342, 360 à 364, 688
Préjudice :
-- anormal : 174 à 176, 183, 185 à

187, 407 à 430, 688-689
-- certain : 346 à 364
-- direct : 366 à 382
-- futur : 348-349, 351, 361
-- par ricochet : 537
-- spécial : 177 à 179, 182, 386 à 405, 688-689

Prérogatives de puissance publique : 27, 51, 96, 193, 209, 233
Primauté du droit communautaire : 443 à 451, 503, 643, 704
Principe de confiance légitime : 307
Principe d'effectivité : 518, 570 à 573, 577, 591, 689
Principe d'équivalence : 518, 566 à 568, 577, 591, 695
Procédure en constatation de manquement : 464, 472, 494 à 496, 502, 535, 587, 611 à 613
Protection de la nature : 316 à 318, 338
Publication : 126, 130, 131, 133

- Q -

Question préjudicielle en interprétation : 668 à 670

- R -

Ratification : 12, 125, 129-131, 133, 454
Refus de concours de la force publique : 46, 72, 75-76, 89-90, 93, 97, 216, 221, 335, 383, 395, 403, 409, 414
Règlement d'application d'une loi : 734 à 736
Règlement-écran : 645, 648-649, 677, 714, 759
Relocalisation du fait générateur : 639 à 649
Remontée à la loi : 274 à 280
Renvoi préjudiciel : 463, 486, 668, 753
Réparation en nature : 584
Réparation intégrale : 203, 246-249, 540, 577 à 581
Responsabilité de l'Etat du fait d'une décision d'une juridiction suprême : 506, 774
Responsabilité de l'Etat du fait d'une disposition constitutionnelle : 774-775
Responsabilité internationale : 2, 515-516

Responsabilité objective : 1, 211, 286, 302, 323, 682 à 699

Retard abusif : 734 à 737

Risque accepté : 175, 307, 423 à 426, 613

Risque (théorie du -) : 17, 20 à 22, 151, 156, 699

- S -

Santé publique : 23, 25, 68, 315, 323

Sécurité juridique : 15, 228, 230, 268, 307, 572, 591, 657

Séparation des pouvoirs : 9, 33, 35, 685, 731, 768

Servitude d'urbanisme : 253, 675

Silence du texte de loi : 5, 8, 22, 25, 66, 108, 143, 205, 213, 260 à 285, 305-306, 329

Situation illégitime : 289 à 292, 296

Situation illicite : 715-716, 718, 720, 763-764

Socialisation : 1, 148, 188 à 231, 434

Sous-groupe de victimes : 182, 397 à 405, 688

Souveraineté : 9, 102 à 110, 680, 685, 704, 706-707, 739

- T -

Théorie de la causalité adéquate : voir *causalité adéquate*

Théorie de l'équivalence des conditions : voir *équivalence des conditions*

Travaux préparatoires : 25, 236, 254, 263, 265-266, 270, 282, 684

- U -

Uniformité du droit communautaire : 32, 448, 511-512, 594

Unité de l'Etat : 514 à 518

- V -

Violation par action : 482-483

Violation par omission : 485-486

Violation suffisamment caractérisée : 544 à 563, 745, 747, 749, 751, 756

Volonté générale : 9, 36, 103 à 117, 435, 598, 680, 768 à 771

TABLE DES MATIERES

Introduction générale.....	10
§ 1 : L'existence originelle d'une responsabilité déterminée par l'auteur de la norme.....	13
A - Tout acte de valeur législative est en principe intouchable.....	13
B - Toute convention internationale ne peut en principe donner lieu à aucune réclamation contre l'Etat	21
§ 2 : La reconnaissance d'une responsabilité spécifique	24
A - Les fondements juridiques rejetés	24
B - La construction jurisprudentielle autour du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques.....	29
§ 3 : La nécessité d'une réflexion autour d'une responsabilité complémentaire et inédite	37
A - Une réflexion induite par le droit communautaire	37
B - Une réflexion source d'une révolution juridique programmée	42
1^{ère} partie : La mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative régulière.....	48
Titre 1^{er} : Une responsabilité objective visant à la conciliation des prérogatives de l'Etat et des droits des particuliers	52
Chapitre 1^{er} : Le choix naturel d'une absence de faute de l'Etat	54
Section 1^{ère} : Une intervention étatique légitimée	55
§1 : Le texte impose une charge créée dans l'intérêt général	56
A. L'exclusion naturelle de la faute du fait de l'intérêt général	57
1. L'intérêt général : une notion contradictoire	57
2. L'intérêt général : une notion pilier	59
B. L'exclusion contestable de l'indemnisation du fait de l'intérêt général	62
1. L'intérêt général : une notion critiquée	62
2. L'intérêt général : une notion fonctionnelle	66
§2 : L'inaction est le résultat de circonstances légales	69
A. Une légalité aux fondements imprécis	71

1. Les motifs d'ordre public : justification du refus d'agir	71
2. L'obligation de moyens : justification de l'impuissance à faire respecter ses propres décisions	77
B. Une légalité aux conséquences mitigées	82
1. Un bénéfice apparent pour les administrés	82
2. Une protection sous-jacente de l'administration	88
Section 2^{nde} : <u>Une intervention étatique souveraine</u>	91
§1 : Le législateur ne peut mal faire	91
A. L'héritage de l'omnipotence de la loi	91
1. L'évolution du titulaire de la souveraineté	91
2. L'évolution de l'extension du champ de l'irresponsabilité	94
B. La survivance d'une supériorité du législateur	96
1. La fin du légicentrisme	96
2. Le maintien d'une place privilégiée de la loi	98
§2 : La convention internationale est régulièrement incorporée dans l'ordre juridique interne	101
A. L'incorporation obéit à des conditions précises	102
1. Une procédure réglementée	102
2. Une procédure contrôlée	104
B. L'incorporation induit une responsabilité calquée sur le régime de la responsabilité du fait des lois	109
1. Le chemin vers l'assimilation de la convention à la loi interne	109
2. Le chemin vers l'application justifiée du régime de responsabilité du fait des lois	111
Chapitre 2nd : Le choix apparent d'une protection des particuliers	114
Section 1^{ère} : <u>Une protection par l'application d'un régime juridique spécifique</u>	115
§1 : La justification de la responsabilité sans faute de l'Etat : égalité devant les charges publiques et équité	116
A. L'égalité devant les charges publiques comme fondement juridique	116
1. Un contenu et une valeur juridique précis	117
2. Un rôle discuté au sein du système de responsabilité	120
B. L'équité comme source d'inspiration officieuse	124

1. Un contenu difficile à cerner	124
2. Un rôle de guide dans le droit à réparation	126
§2 : Les critères : un préjudice anormal et spécial	129
A. Des notions d'appréciation subjective	130
1. L'appréciation de l'anormalité	131
2. L'appréciation de la spécialité	134
B. Des notions contingentes à celle de la rupture d'égalité	136
1. Le lien avec le principe d'égalité	136
2. Le préjudice anormal : véritable fondement de la responsabilité sans faute de l'Etat ?	139
Section 2^{nde} : <u>Une protection par l'affirmation d'une socialisation de la responsabilité</u>	142
§ 1 : Un recentrage manifeste autour de l'individu	143
A. La primauté de l'idée de réparation	143
1. Une responsabilité « affective »	144
2. Une responsabilité « prix à payer »	146
B. La protection du droit à réparation	148
1. La protection politique du juge administratif	148
2. La protection juridique du juge constitutionnel	150
§ 2 : Un recentrage délicat autour de l'individu	153
A. La nécessaire préservation de l'équilibre fragile entre Etat et particuliers	153
1. La possibilité pour la personne publique de bénéficier d'avantages par l'application du régime de responsabilité sans faute	154
2. La possibilité pour la personne publique d'opposer au requérant des causes d'exonération de sa responsabilité	156
B. La nécessaire délimitation du phénomène de socialisation	158
1. Vers une extension sans fin de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques ?	159
2. Vers une codification des règles de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques ?	161
Conclusion du titre 1 ^{er}	166

Titre 2nd : <u>Une responsabilité objective autonome orientée dans un souci de préservation de la latitude d'action de l'Etat</u>	168
Chapitre 1^{er} : La protection de l'Etat par l'appréciation des conditions liées au texte à l'origine du dommage	170
Section 1^{ère} : <u>Le rejet de la responsabilité sans faute par une appréciation rigoureuse des dispositions du texte ou de son silence</u>	171
§1 : L'exclusion de la responsabilité sans faute suite à l'examen du texte prévoyant expressément le règlement des conséquences d'un dommage	171
A. Le texte contient des modalités précises d'indemnisation	172
1. Une application exclusive des modalités d'indemnisation prévues par le texte	172
2. Une position plus sévère que dans d'autres domaines de la responsabilité administrative	176
B. Le texte rejette toute possibilité d'indemnisation	179
1. Un rejet justifié de la responsabilité sans faute	179
2. Un rejet contestable en vertu de la position du juge constitutionnel	183
§2 : L'exclusion de la responsabilité sans faute résultant de l'interprétation du silence de l'auteur du texte	186
A. L'interprétation comme élément d'une politique jurisprudentielle	186
1. La diversité des mécanismes de recherche de la volonté de l'auteur de l'acte	187
2. Le caractère fonctionnel de l'interprétation du silence du texte	192
B. L'interprétation comme facteur de protection des pouvoirs publics	195
1. L'utilisation du procédé de remontée à la loi	196
2. Vers un retour à une présomption de refus d'indemnisation ?	200
Section 2^{nde} : <u>Le rejet de la responsabilité sans faute par une appréciation stricte de l'intérêt à protéger</u>	203
§ 1 : L'exclusion de la responsabilité sans faute lorsque la nature de la mesure est de créer une inégalité	204
A. La mesure intervient du fait d'un contexte particulier	204
1. La mesure met fin à une situation illégitime	204
2. La mesure est prise en période de guerre	207

B. La mesure intervient dans le domaine économique	211
1. Un domaine conséquent	211
2. Une exclusion défendable	215
§ 2 : L'exclusion de la responsabilité sans faute lorsque l'objet de la mesure est de protéger un intérêt général	220
A. Une définition extensive de l'intérêt général exclusif de la responsabilité sans faute	221
1. La conception évolutive de la notion d'intérêt général	221
2. L'emploi contestable de la notion d'intérêt général	232
B. Une utilisation dangereuse de l'intérêt général exclusif de la responsabilité sans faute	235
1. Des justifications difficiles	235
2. Des solutions incertaines	240
Chapitre 2nd : La protection de l'Etat par l'appréciation des conditions liées au préjudice	244
Section 1^{ère} : <u>Le rejet de la responsabilité sans faute du fait de l'absence de préjudice</u>	245
§ 1 : Le préjudice n'est pas certain	245
A. L'imprécision du caractère de certitude	246
1. Le préjudice peut ne pas être actuel	246
2. Le préjudice peut correspondre à la perte d'une chance	247
B. Une appréciation fonctionnelle du caractère de certitude	249
1. L'absence de voies de recours utilisables : critère de certitude du préjudice issu de l'application d'une convention internationale	250
2. L'orientation de la politique jurisprudentielle du juge administratif au moyen du caractère de certitude	251
§ 2 : Le préjudice n'est pas direct	253
A. Une appréciation méthodique du caractère direct du préjudice	254
1. Le rôle déterminant du lien causal dans le domaine de la responsabilité sans faute	254
2. Les méthodes jurisprudentielles d'appréciation du lien causal	255
B. Une appréciation concrète du caractère direct du préjudice	256
1. Une vérification souple de l'existence du lien de causalité	257

2. L'absence de lien causal conduisant au refus d'indemnisation du préjudice se décide au cas par cas	259
Section 2^{nde} : <u>Le rejet de la responsabilité sans faute du fait de l'appréciation in concreto des caractères du préjudice indemnisable</u>	262
§1 : La difficile définition jurisprudentielle de la spécialité du préjudice	262
A. L'incertitude de l'interprétation du caractère de spécialité	263
1. Les indices d'une interprétation souple de la condition de spécialité	263
2. Le resserrement de la notion de spécialité	266
B. L'affinement de l'étendue du caractère de spécialité	269
1. La détermination d'un sous-groupe parmi les victimes	269
2. Une évolution jurisprudentielle favorable aux victimes ?	272
§2 : La difficile définition jurisprudentielle de l'anormalité du préjudice	275
A. L'incertitude des éléments constitutifs de la condition de gravité	275
1. La gravité appréciée en fonction de critères temporels	276
2. La gravité appréciée en fonction de critères financiers	281
B. L'opposition d'éléments excluant la gravité	285
1. L'existence d'un aléa à assumer	285
2. La normalité du fait générateur du dommage	289
Conclusion du titre 2 nd	292
Conclusion de la 1 ^{ère} partie	294
2^{nde} partie : <u>La mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait d'une action normative violant le droit communautaire</u>	296
Titre 1^{er} : <u>Un régime de responsabilité créé par la Cour de justice conciliant primauté du droit communautaire et latitude d'action des Etats membres</u>	300
Chapitre 1^{er} : <u>Un principe de responsabilité initié par le juge communautaire</u>	302
Section 1^{ère} : <u>La consécration d'un principe de responsabilité « inhérent au système du traité » CE</u>	303
§1 : Un principe de responsabilité reposant sur un double fondement	303
A. La primauté du droit communautaire sur le droit national des Etats membres comme fondement principal	304
1. Le traité créé un ordre juridique propre	304

2. La spécificité de l'ordre juridique communautaire crée des obligations à la charge des autorités nationales des Etats membres	306
B. L'obligation de coopération loyale (ex-article 5 traité CE) comme fondement « accessoire »	309
1. La référence directe à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE dans l'arrêt « Francovich »	310
2. L'abandon de la référence à l'article 10 (ex-article 5) du traité CE dans la jurisprudence postérieure	312
§2 : Un principe de responsabilité répondant à une double exigence : pleine efficacité des normes communautaires et protection des droits des particuliers	314
A. L'existence de moyens procéduraux	314
1. La protection de la pleine efficacité des normes communautaires issue des procédures prévues par le traité CE	315
2. La protection des droits des particuliers issue de la jurisprudence communautaire	318
B. L'affirmation indispensable d'un véritable principe de responsabilité des Etats membres	320
1. L'insuffisance des moyens procéduraux	320
2. L'aboutissement naturel par le principe de responsabilité issu de l'arrêt « Francovich »	324
Section 2nd : <u>La consécration d'un principe de responsabilité d'application générale</u> ...	327
§1 : La généralité des hypothèses de violation du droit communautaire	327
A. L'indifférence de la nature du comportement à l'origine de la violation	328
1. La violation par action	328
2. La violation par omission	330
B. L'indifférence de l'effet de la norme violée comme de l'existence d'un recours préalable en manquement	333
1. L'effet direct de la norme violée n'empêche pas l'action en responsabilité à l'encontre de l'Etat membre	333
2. L'absence d'un recours préalable en manquement n'empêche pas l'action en responsabilité à l'encontre de l'Etat membre	336
§2 : La généralité concernant l'auteur de la violation du droit communautaire	338
A. La violation du droit communautaire peut être le fait de différents organes relevant de l'Etat membre	339
1. Le cas spécifique de la violation commise par le législateur interne	339

2. La définition large de la notion d'Etat en droit communautaire	343
B. La charge de la responsabilité pèse toujours exclusivement sur l'Etat membre	346
1. La préservation de l'uniformité d'application du droit communautaire	346
2. L'évocation de la règle de droit international public selon laquelle, en matière de responsabilité, l'Etat est toujours considéré dans son unité	348
Chapitre 2nd : Une mise en œuvre du principe de responsabilité par les Etats membres sous l'influence du juge communautaire	354
Section 1^{ère} : <u>Une « communautarisation » des conditions d'engagement de la responsabilité des Etats membres</u>	355
§ 1 : La reprise des principes généraux communs aux droits des Etats membres relatifs à la norme violée et au lien de causalité	356
A. La norme de droit communautaire violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers	356
1. Le rejet d'une condition synonyme d'effet direct de la norme violée	357
2. La nécessité pour le justiciable de justifier d'un intérêt pour agir	359
B. Le dommage allégué doit avoir « un lien de causalité direct » avec la violation du droit communautaire commise par l'Etat membre	363
1. La reprise par la Cour de la définition classique du lien de causalité	363
2. La position stricte de la Cour quant à la possibilité pour l'Etat d'invoquer une rupture du lien de causalité	365
§ 2 : L'ajout d'une condition inspirée du régime de responsabilité extra-contractuelle de la Communauté : l'exigence d'une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit communautaire	370
A. Une condition vue comme l'élément central dans la mise en œuvre du régime de responsabilité	371
1. La « violation suffisamment caractérisée » : une notion liée à l'étendue des pouvoirs normatifs de l'Etat membre	371
2. Une condition appréciée sous « liberté contrôlée » par le juge national	377
B. Une condition source d'un régime de responsabilité des Etats membres pour « faute objective » ?	381
1. Le refus d'un régime de responsabilité systématique des Etats membres pour simple illégalité	382
2. Le refus d'un régime de responsabilité des Etats membres pour faute subjective	385

Section 2^{nde} : <u>Une autonomie procédurale des Etats membres en forte régression</u>	389
§ 1 : L'exigence communautaire d'un standard minimal de protection des droits des particuliers	390
A. Le respect du principe d'équivalence	390
B. Le respect du principe d'effectivité	393
§ 2 : L'intervention de la Cour concernant l'étendue de la réparation	396
A. Les indications communautaires quant à l'étendue matérielle de la réparation	397
1. La réparation doit être adéquate au préjudice subi	397
2. La réparation peut varier selon la nature du préjudice subi	402
B. Les indications communautaires quant à l'étendue dans le temps de l'obligation de réparer	404
1. Le moment où naît l'obligation de réparer	404
2. La limitation dans le temps des effets de l'obligation de réparer	408
Conclusion du titre 1 ^{er}	412
Titre 2nd : <u>Un régime de responsabilité orienté par le juge administratif français vers la surprotection du législateur</u>	414
Chapitre 1^{er} : La restriction dans la mise en œuvre du principe de responsabilité ..	416
Section 1^{ère} : <u>L'abandon de la protection de l'administration</u>	417
§ 1 : D'un refus d'envisager une faute de l'administration	417
A. La décision administrative incriminée ne constitue pas une violation du droit communautaire	417
B. La violation constatée du droit communautaire ne constitue pas une illégalité fautive	421
1. La solution de l'arrêt « Ministre du Commerce extérieur c/ société Alivar »	421
2. La solution de l'arrêt « Société international Sales and Import Corporation BV »	427
§ 2 : A l'admission d'une responsabilité pour illégalité fautive	430
A. Une évolution amorcée par les juridictions du fond	430
B. Une évolution confirmée par le Conseil d'Etat	435
1. La solution de l'arrêt « M. Aubin »	435

2. La solution de l'arrêt « Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France »	437
Section 2nd : <u>Pour une meilleure protection du législateur</u>	441
§ 1 : La « relocalisation » du fait générateur du dommage dans un acte administratif	441
A. Un raisonnement créé par le commissaire du gouvernement Laroque à l'occasion de l'affaire du prix des tabacs manufacturés	441
B. Un raisonnement au service de la loi ?	444
§ 2 : L'autolimitation du juge dans le contrôle opéré en matière de conventionnalité	450
A. Un contrôle minimal	450
1. Le refus de considérer le changement dans la situation de fait comme source d'inconventionnalité d'une loi	450
2. L'exigence d'un simple rapport de compatibilité avec le droit communautaire	455
B. Un contrôle éludé	459
1. L'utilisation restreinte de la question préjudicielle en matière d'interprétation	459
2. Le recours croissant à la technique de l'interprétation conforme	462
Chapitre 2nd : L'évolution indispensable vers une responsabilité pour faute de l'Etat législateur	470
Section 1^{ère} : <u>Une reconnaissance inévitable pour une mise en conformité avec les exigences communautaires comme internes</u>	471
§ 1 : L'incapacité du régime de responsabilité sans faute à rendre compte du particularisme de la responsabilité pour violation du droit communautaire	472
A. L'inadaptation aux hypothèses de violation du droit communautaire des conditions de mise en œuvre du régime « La Fleurette »	472
1. L'inadaptation des conditions liées à la volonté et à l'objectif poursuivi par le législateur	472
2. L'inadaptation des conditions liées aux caractères du préjudice	475
B. L'inadaptation aux hypothèses de violation du droit communautaire d'un régime au fondement objectif	477
1. L'inadaptation d'un régime « La Fleurette » aménagé	477
2. Le doute à propos de la capacité d'un régime objectif à protéger uniquement la victime de la violation du droit communautaire	481
§ 2 : L'admission nécessaire d'un comportement fautif de l'Etat législateur	484

A. Une solution s'imposant en doctrine	484
1. Le comportement de l'Etat législateur apparaît fautif sur le fondement des règles communautaires	485
2. Le comportement de l'Etat législateur apparaît fautif sur le fondement des règles internes	488
B. Une solution faisant son chemin en jurisprudence	493
1. Une solution inaugurée par la Cour administrative d'appel de Paris dans son arrêt « Société Jacques Dangeville »	493
2. Une solution réitérée dans la jurisprudence ultérieure	499
Section 2^{nde} : <u>Une reconnaissance sereinement envisageable par transposition de règles nationales existantes</u>	505
§ 1 : La mise en œuvre d'un régime de responsabilité découlant d'un « manquement à une obligation préexistante »	506
A. Une transposition sans heurt du régime relatif à l'inexécution des lois par le pouvoir réglementaire à l'hypothèse d'inexécution des normes communautaires par l'administration	507
1. L'étendue des obligations sanctionnées pesant sur l'administration en matière communautaire	507
2. Vers une solution concernant le cas de retard abusif constitutif d'une absence de transposition	511
B. Une transposition sans heurt du régime relatif à l'inexécution des lois par le pouvoir réglementaire à l'hypothèse d'inexécution des normes communautaires par le législateur	514
1. La mission du législateur peut s'apparenter à celle du pouvoir réglementaire	515
2. Une solution à l'organisation de sa propre immunité par le législateur	517
§ 2 : La mise en œuvre d'un régime spécifique de responsabilité dans lequel tout « manquement à une obligation préexistante » n'entraîne pas une indemnisation ...	519
A. La nécessité de déterminer le caractère de gravité de la violation du droit communautaire	521
1. Un régime de responsabilité inspiré de celui applicable en matière de police administrative	521
2. Un régime de responsabilité axé sur la marge d'appréciation dont dispose l'Etat membre pour mettre en œuvre le droit communautaire	524
B. La faute comme condition appropriée d'engagement de la responsabilité de l'Etat ?	528
1. L'apparente cohérence d'un régime de responsabilité	

pour faute qualifiée	528
2. Vers une préférence pour la notion d'illicéité ?	530
Conclusion du titre 2 nd	540
Conclusion de la 2 ^{nde} partie	542
Conclusion générale	544
Bibliographie	554
Index	598
Table des matières	602