CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. M. POIARES MADURO
présentées le 20 février 2008 [1]

1. «Manger la banane par les deux bouts», ainsi pourrait être métaphoriquement présenté l'affrontement qui a mis aux prises les protagonistes américain et européen de ce qu'il est coutume d'appeler la «guerre de la banane». Celle-ci a déjà donné lieu à d'innombrables épisodes contentieux. Cette affaire, qui soulève le problème des victimes collatérales de cette guerre, n'en est qu'un avatar de plus. Ce n'est pourtant pas qu'elle soit sans intérêt juridique, bien au contraire. Elle invite la Cour à trancher des questions inédites et d'une portée juridique considérable.

2. L'affaire dont la Cour est saisie est née de deux pourvois, l'un formé par Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA et Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (ci-après, conjointement, «FIAMM») contre l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 14 décembre 2005, FIAMM et FIAMM Technologies/Conseil et Commission [2], l'autre intenté par Giorgio Fedon & Figli SpA et Fedon America, Inc. (ci-après, conjointement, «FEDON») à l'encontre de l'arrêt dudit Tribunal rendu le même jour, Fedon & Figli e.a./Conseil et Commission (ci-après, ensemble, les «arrêts attaqués») [3]. Par ces arrêts, le Tribunal a rejeté les recours de FIAMM et FEDON tendant à obtenir réparation du préjudice qu'elles auraient subi en raison d'une surtaxe douanière imposée par les États-Unis sur les importations d'accumulateurs stationnaires et d'étuis à lunette en provenance de divers États membres en rétorsion à l'inexécution par la Communauté européenne de la décision par laquelle l'organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (ci-après l'«ORD») avait constaté l'incompatibilité du régime communautaire d'importation des bananes avec les accords OMC.

3. Les moyens soulevés par les demanderesses à l'appui des présents pourvois invitent la Cour à se prononcer d'une part, sur l'incidence d'une décision de l'ORD ayant constaté l'incompatibilité de la réglementation communautaire avec les accords OMC sur l'invocabilité des règles de l'OMC et d'autre part, sur le principe et les conditions d'une responsabilité sans faute de la Communauté.

1 — Langue originale: le français.

2 — T-69/00 (Rec. p. II-5393, ci-après l'«arrêt Fiamm»).

3 — T-135/01, ci-après l'«arrêt Fedon».

I — Cadre juridique et factuel

A — *Les faits à l'origine du litige*

4. L'affaire a pour origine un différend entre la Communauté européenne et les États-Unis relatif au régime communautaire d'importation des bananes mis en place par le règlement (CEE) nº 404/93 du Conseil, du 13 février 1993, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane [4]. Sur plaintes déposées par plusieurs membres de l'OMC, dont les États-Unis, l'ORD a, le 25 septembre 1997, constaté que ledit régime des échanges avec les États tiers, en ce qu'il comportait des dispositions préférentielles au profit des bananes originaires des États ACP, était incompatible avec les accords OMC et recommandé à la Communauté de procéder à une mise en conformité avant l'expiration d'un délai raisonnable fixé au 1er janvier 1999.

5. À cet effet, les institutions ont amendé, avec effet au 1er janvier 1999, le régime des échanges de bananes avec les États tiers par règlement (CE) nº 1637/98 du Conseil, du 20 juillet 1998, complété par le règlement (CE) nº 2362/98 de la Commission, du 28 octobre 1998. Estimant que ce nouveau régime d'importation des bananes maintenait les éléments illégaux du régime précédent, les États-Unis ont, le 19 avril 1999, obtenu de l'ORD l'autorisation de prélever sur les importations originaires de la Communauté des droits de douane à concurrence d'un montant annuel d'échanges de 191,4 millions d'USD, correspondant au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages qu'ils ont subis. En conséquence, les autorités américaines ont appliqué, à partir du 19 avril 1999, un droit ad valorem de 100 % à l'importation de produits originaires de la Communauté dont elles ont établi la liste. Parmi ces produits, figuraient les accumulateurs stationnaires et les étuis à lunettes qu'exportaient respectivement les entreprises italiennes FIAMM et FEDON.

6. À la suite de négociations menées avec toutes les parties intéressées, la Communauté a adopté des modifications à la nouvelle organisation commune du marché de la banane par le règlement (CE) nº 216/2001 du Conseil, du 29 janvier 2001. Puis, le 11 avril 2001, elle a conclu avec les États-Unis un mémorandum d'accord définissant les moyens propres à régler le différend les opposant. Dans cette perspective, la Commission des Communautés européennes a, par le règlement (CE) nº 896/2001, du 7 mai 2001, défini les modalités d'application du nouveau régime communautaire d'importation des bananes introduit par le règlement nº 216/2001. Les États-Unis ont alors suspendu l'application de leur surtaxe douanière avec effet au 30 juin 2001.

7. Par requêtes déposées au greffe du Tribunal respectivement le 23 mars 2000 et le 18 juin 2001, FIAMM et FEDON ont, sur le fondement des articles 235 CE et 288, deuxième alinéa, CE, demandé réparation du préjudice résulté de la majoration des droits à l'importation prélevés, du 19 avril 1999 au 30 juin 2001, par les autorités américaines

4 — JO L 47, p. 1.

sur leurs produits, conformément à l'autorisation donnée par l'ORD à la suite de la constatation de l'incompatibilité avec les accords OMC du régime communautaire d'importation des bananes.

B — *Les arrêts attaqués*

8. Au soutien de leurs conclusions en indemnité, les requérantes s'étaient essentiellement fondées sur le comportement illicite des organes de la Communauté. Elles avaient fait valoir que le fait, pour le Conseil de l'Union européenne et la Commission, de ne pas avoir, dans le délai de quinze mois imparti par l'ORD, mis en conformité le régime communautaire d'importation des bananes avec les obligations incombant à la Communauté au titre des accords OMC, alors que l'incompatibilité dudit régime avec les règles de l'OMC avait été constatée par l'ORD, constituait une illégalité de nature à engager la responsabilité extracontractuelle de la Communauté. Elles avaient précisé que si les accords OMC devaient ne pas être regardés comme produisant un effet direct, ce qui ferait obstacle à la mise en évidence de cette illégalité, un tel caractère devrait être reconnu à la décision de l'ORD ayant condamné la Communauté.

9. En réponse, le Tribunal observa d'emblée que l'examen de la légalité du comportement des institutions communautaires suppose préalablement résolue la question de l'invocabilité des règles de l'OMC, c'est-à-dire la question de savoir «si les accords OMC engendrent pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice en vue de contester la validité d'une réglementation communautaire, dans l'hypothèse où l'ORD a déclaré que tant celle-ci que la réglementation subséquente adoptée par la Communauté, en vue notamment de se conformer aux règles de l'OMC en cause, étaient incompatibles avec ces dernières» [5]. Il rappela à cet égard la jurisprudence constante selon laquelle les accords OMC ne figurent pas, en principe, compte tenu de leur nature et de leur économie, au nombre des normes au regard desquelles le juge communautaire contrôle la légalité de l'action des institutions communautaires et en déduisit que la violation éventuelle des règles de l'OMC n'est pas, en principe, susceptible d'engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté. Pareille illégalité ne peut être exceptionnellement reprochée aux institutions défenderesses que dans deux cas. Or ceux-ci ne trouvaient pas application en l'espèce: nonobstant l'intervention d'une constatation d'incompatibilité émanant de l'ORD, les règles de l'OMC ne constituaient ni en raison d'obligations particulières auxquelles la Communauté aurait entendu donner exécution ni en raison d'un renvoi exprès à des dispositions précises des accords OMC, des normes au regard desquelles la légalité du comportement des institutions pouvait être appréciée.

10. En premier lieu en effet, la Communauté n'a pas entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC [6] en prenant l'engagement, après l'adoption de la décision de l'ORD du 25 septembre 1997, de se conformer aux règles de l'OMC. Il en est ainsi, selon le Tribunal, car il ne résulte pas

5 — Arrêts précités, Fiamm (point 108), et Fedon (point 101).

6 — Au sens de la jurisprudence Nakajima/Conseil (arrêt du 7 mai 1991, C-69/89, Rec. p. I-2069).

du mécanisme de règlement des différends (ci-après le «MRD») une obligation particulière à la charge du membre de l'OMC de se conformer, dans un délai déterminé, à la décision de l'ORD. Le MRD, en ce qu'il ouvre au membre de l'OMC impliqué plusieurs modalités de mise œuvre d'une décision de l'ORD retenant l'incompatibilité d'une mesure avec les règles de l'OMC, réserve en tout état de cause une place importante à la négociation entre les membres de l'OMC parties à un différend, même après l'expiration du délai imparti pour mettre en conformité avec les règles de l'OMC la mesure déclarée incompatible. Il en résulte qu'un contrôle par le juge communautaire de la légalité du comportement des institutions défenderesses au regard des règles de l'OMC aurait pour effet de fragiliser la position des organes législatif et exécutif communautaires dans la recherche d'une solution négociée du différend; en outre, lui imposer d'écarter l'application des règles communautaires, en cas de contrariété avérée, priverait lesdits organes de la possibilité d'une solution négociée. D'ailleurs, relève le Tribunal, par les modifications successives du régime communautaire d'importation des bananes, le Conseil et la Commission n'ont, de fait, pas entendu donner exécution à une obligation particulière découlant des règles de l'OMC au regard desquelles l'ORD avait constaté l'incompatibilité dudit régime; ils ont cherché à concilier le respect à la fois des engagements souscrits dans le cadre de l'OMC et de ceux assumés vis-à-vis des autres signataires de la quatrième convention de Lomé, mais aussi la sauvegarde des objectifs de l'Organisation commune de marché (OCM) dans le secteur de la banane (ci-après «OCM bananes»). Et en définitive, c'est une solution négociée avec les États-Unis qui a permis de mettre un terme au différend.

11. En second lieu, la réglementation communautaire relative au régime d'importation des bananes ne contient, dans aucune de ses modifications successives, de référence expresse à des dispositions précises des accords OMC et ne peut donc être considérée comme y renvoyant expressément et, partant, comme conférant aux justiciables le droit de s'en prévaloir [7].

12. Le Tribunal en conclut que les requérantes ne sauraient alléguer, aux fins de leur demande indemnitaire, que le comportement reproché au Conseil et à la Commission est contraire aux règles de l'OMC. L'illégalité dudit comportement ne pouvant être établie, l'une des trois conditions de l'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté pour comportement illicite de ses organes fait défaut.

13. À titre subsidiaire, les requérantes faisaient valoir que les conditions d'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté pour les dommages causés par le comportement même non illicite de ses organes étaient en tout état de cause réunies, à savoir la réalité du préjudice subi, un lien de causalité entre celui-ci et le comportement des institutions et le caractère anormal et spécial de ce préjudice. Le Tribunal convient que, «lorsque […] l'illégalité du comportement imputé aux institutions communautaires n'est pas établie, il n'en résulte pas que les entreprises devant, en tant que catégorie d'opérateurs économiques, supporter une part disproportionnée des charges résultant d'une restriction de l'accès à des marchés d'exportation ne peuvent en aucun cas obtenir une compensation en

7 — Au sens de la jurisprudence Fediol/Commission (arrêt du 22 juin 1989, 70/87, Rec. p. 1781).

engageant la responsabilité non contractuelle de la Communauté» [8]. Et il reconnaît l'existence, en tant que principe général commun aux droits des États membres, d'une responsabilité non contractuelle de la Communauté en l'absence de comportement illicite de ses organes dont l'engagement est subordonné à la réunion des conditions indiquées par les requérantes car, observe-t-il, «les droits nationaux de la responsabilité non contractuelle permettent aux particuliers, bien qu'à des degrés variables, dans des domaines spécifiques et selon des modalités différentes, d'obtenir en justice l'indemnisation de certains dommages, même en l'absence d'action illicite de l'auteur du dommage» [9].

14. Vérifiant la satisfaction de ces conditions en l'espèce, le Tribunal juge établi le caractère réel et certain du préjudice allégué par les demanderesses. Il relève également l'existence d'un lien suffisamment direct de cause à effet entre le comportement des institutions communautaires et le dommage. Certes, les États-Unis ont simplement été autorisés par l'ORD à adopter des mesures de rétorsion et tant l'établissement de la liste des produits frappés que la fixation du taux de majoration des droits à l'importation relevaient de leur choix discrétionnaire. Il reste que, sans la constatation préalable par l'ORD de l'incompatibilité du régime communautaire d'importation des bananes avec les règles de l'OMC, les États-Unis n'auraient pu ni solliciter ni obtenir de l'ORD une telle autorisation. C'est, en effet, en fonction du montant du préjudice subi par l'économie américaine du fait du maintien en vigueur du régime communautaire d'importation des bananes jugé incompatible avec les règles de l'OMC que l'ORD a déterminé le montant d'échanges à concurrence duquel l'administration américaine a été autorisée à suspendre ses concessions tarifaires à l'égard de la Communauté. Il s'ensuit que le comportement des institutions défenderesses a nécessairement induit l'adoption de la mesure de rétorsion par l'administration américaine dans le respect des procédures instituées par le MRD et acceptées par la Communauté. Ce comportement doit donc être regardé comme la cause déterminante du préjudice subi par les requérantes à la suite de l'instauration de la surtaxe douanière américaine.

15. Il restait aux requérantes à démontrer l'anormalité et la spécialité du préjudice qu'elles avaient subi. Elles alléguaient à cet effet être victimes d'une discrimination par rapport aux autres entreprises européennes exportatrices dont les produits ne figuraient pas sur la liste établie par les autorités américaines, voire, pour FIAMM, également d'une discrimination par rapport aux autres entreprises frappées par la surtaxe douanière, dans la mesure où elle supportait à elle seule 6 % du montant total des mesures de rétorsion. Et l'intérêt au maintien des règles de l'OCM bananes ne pouvait être considéré comme un objectif d'intérêt général d'une importance susceptible de justifier de telles conséquences négatives. Elles ajoutaient enfin que l'éventualité de surtaxes introduites par des États tiers en raison d'un contentieux survenu dans un secteur entièrement différent de leur domaine d'activité ne pouvait être considéré comme un risque normal pour un opérateur. Mais le Tribunal refuse de reconnaître au préjudice subi par les requérantes un caractère anormal car il n'a pas dépassé les limites des risques économiques inhérents à leur activité exportatrice. En effet, la suspension des concessions tarifaires, qui est une mesure prévue par les accords OMC, ne saurait être regardée comme étrangère aux

8 — Arrêts Fiamm (point 157) et Fedon (point 150).
9 — Arrêts Fiamm (point 159) et Fedon (point 152).

aléas normaux du commerce international en l'état actuel de son organisation. Cette vicissitude doit donc être obligatoirement supportée par tout opérateur qui décide de commercialiser sa production sur le marché de l'un des membres de l'OMC. Dès lors, tout droit à indemnité du chef d'une responsabilité sans faute doit être exclu en l'espèce.

II — Analyse des pourvois

16. C'est contre ces deux décisions, l'arrêt Fiamm et l'arrêt Fedon, rendues le 14 décembre 2005, que respectivement FIAMM et FEDON se sont pourvues devant la Cour. À l'appui de leurs recours, les demanderesses au pourvoi soulèvent des moyens identiques. Elles allèguent d'abord un défaut de motivation tiré du fait que les arrêts attaqués ne répondraient pas à un de leurs arguments principaux relatif à l'invocabilité de la décision adoptée par l'ORD pour établir, aux fins de l'action en indemnité, l'illégalité du comportement adopté par la Communauté. Elles soulèvent également une erreur de droit qui entacherait le raisonnement suivi par le Tribunal pour conclure à l'absence de caractère anormal du préjudice. Elles réclament enfin un dédommagement équitable pour la durée déraisonnable qu'aurait revêtue la procédure suivie en première instance. Il y a par ailleurs lieu de noter que le Conseil et le Royaume d'Espagne, qui concluent aux rejets des pourvois principaux, ont également formé des pourvois incidents par lesquels ils demandent l'annulation des arrêts attaqués, aux motifs que le Tribunal aurait à tort consacré l'existence d'une responsabilité de la Communauté pour acte licite, jugé qu'elle était susceptible de s'appliquer dans une hypothèse d'omission d'exercice d'un pouvoir normatif de nature discrétionnaire et reconnu une causalité directe entre le comportement des institutions et le dommage.

17. L'examen du bien-fondé de ces différents moyens me conduira d'abord à rechercher si et à quelles conditions une décision de l'ORD constatant l'incompatibilité de la réglementation communautaire avec le droit de l'OMC peut être invoquée dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle de la Communauté fondée sur l'illicéité du comportement de ses institutions. Il m'amènera ensuite à considérer le principe et les conditions d'une responsabilité sans faute de la Communauté. Il me poussera enfin à évaluer le caractère raisonnable de la durée de la procédure en cause devant le Tribunal de première instance.

A — *L'invocabilité d'une décision de l'ORD à l'appui d'une action en responsabilité extracontractuelle de la Communauté pour faute*

18. Par leur premier moyen, les deux requérantes invoquent formellement un défaut de motivation des arrêts attaqués, le Tribunal n'ayant pas répondu à leur argumentation selon laquelle une décision de l'ORD condamnant la Communauté constitue une autre exception que celles des hypothèses Nakajima et Fediol à la non-invocabilité de principe des accords OMC, permettant aux justiciables de s'en prévaloir pour établir, aux fins de reconnaissance de la responsabilité de la Communauté, l'illégalité de son

comportement. Le Tribunal se serait borné à vérifier l'applicabilité en l'espèce des deux exceptions à l'absence d'effet direct des accords OMC dégagées dans les arrêts Fediol et Nakajima.

19. Ce moyen pourrait être aisément rejeté, au motif que loin d'avoir constitué l'essentiel de leur argumentation relative à l'illégalité du comportement de la Communauté, cette thèse n'a été évoquée que de manière très incidente devant le Tribunal, dans une note de bas de page de son mémoire en requête par FEDON et dans seulement deux des 177 points que comporte sa requête par FIAMM. Or, «l'obligation pour le Tribunal de motiver ses décisions ne saurait être interprétée comme impliquant qu'il soit tenu de répondre dans le détail à chaque argument invoqué par une partie» [10], ni qu'il lui faille «fournir un exposé qui suivrait exhaustivement et un par un tous les raisonnements articulés par les parties au litige» [11]. Bien plus, le Tribunal a implicitement rejeté la thèse des requérantes, puisqu'il n'a évalué l'éventuelle incidence d'une décision de l'ORD qu'au regard de l'applicabilité des deux exceptions traditionnelles à l'absence d'effet direct des règles de l'OMC [12].

20. Mais c'est en réalité, sous couvert d'un vice formel d'insuffisance de motivation, le bien-fondé même de ce raisonnement du Tribunal qu'elles mettent en cause, selon lequel l'incidence d'une décision de condamnation de l'ORD ne peut être examinée et évaluée que dans le cadre du contrôle de la réunion des conditions d'application des deux exceptions traditionnelles au principe de non-invocabilité du droit de l'OMC. Selon les demanderesses au pourvoi, en dehors des exceptions issues des solutions Fediol et Nakajima, une décision de l'ORD ayant constaté l'incompatibilité du droit communautaire avec les règles de l'OMC devrait pouvoir être invoquée pour établir l'illégalité du comportement de la Communauté dans les circonstances cumulatives suivantes: l'illégalité consisterait dans l'inexécution par la Communauté de ladite décision de l'ORD dans le délai raisonnable imparti pour s'y conformer; elle serait invoquée dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle; ce recours en indemnité viserait à obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'adoption, par des partenaires commerciaux de la Communauté, de mesures de rétorsion autorisées par l'ORD consécutivement à ladite inexécution.

21. Afin d'évaluer la pertinence de l'argumentation des requérantes sur ce point, il m'apparaît indispensable d'effectuer un retour sur la jurisprudence de la Cour relative à l'invocabilité des accords internationaux en général et du droit de l'OMC en particulier. Seul le rappel de sa portée, des motifs qui la sous-tendent permettra de déterminer s'il convient de l'appliquer en refusant aux requérantes, aux fins du recours en indemnité et dans les circonstances spécifiques des espèces en cause, la possibilité de se prévaloir de la décision de l'ORD de condamnation de la Communauté.

10 — Arrêts du 11 septembre 2003, Belgique/Commission (C-197/99 P, Rec. p. I-8461, point 81), et du 11 janvier 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commission (C-404/04 P, point 90).

11 — Arrêt de la Cour du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123).

12 — Voir arrêts Fiamm (point 113) et Fedon (point 108).

1. La jurisprudence de la Cour relative à l'invocabilité des accords internationaux.

22. La jurisprudence communautaire sur la portée contentieuse du droit de l'OMC a été et demeure vivement critiquée. La contestation vient, me semble-t-il, au moins en partie de ce qu'elle est souvent mal comprise. Peut-être l'exposé de ses solutions qui va suivre permettra-t-il de dissiper certains malentendus.

23. Lesdites solutions ne sont que l'application au cas particulier des accords OMC de celles dégagées par la Cour relative à l'invocabilité dans l'ordre juridique communautaire des accords internationaux en général. Rappelons d'emblée que les accords régulièrement conclus par la Communauté avec des Etats tiers ou des organisations internationales «lient les institutions et les Etats membres», selon les termes mêmes de l'article 300, paragraphe 7 CE. Cette formulation constitue à la fois un rappel de la force obligatoire de l'accord au regard du droit international et l'énoncé de la force contraignante de ces accords en droit communautaire. La Cour en a logiquement déduit que les stipulations d'un tel accord [13], tout comme celles des actes unilatéraux adoptés par les organes institués par un accord externe liant les Communautés [14] «forment partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci, de l'ordre juridique communautaire». En d'autres termes, les accords externes adoptés en conformité avec le droit communautaire [15] et qui lient, partant, les Communautés constituent une source de la légalité communautaire. La Cour en a expressément déduit leur primauté sur les actes de droit dérivé [16] et la reconnaissance de sa compétence de principe pour connaître d'une question de validité d'un acte communautaire au regard d'un accord externe liant les Communautés [17].

24. Dès lors, peut sembler contradictoire la jurisprudence constante relative au droit de l'OMC, selon laquelle «les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires» [18]. Comment, en effet, un accord international peut-il à la fois constituer une norme de l'ordre juridique communautaire et ne pas être un paramètre de contrôle de la légalité des actes communautaires?

13 — Voir arrêts du 30 avril 1974, Haegeman (181/73, Rec. p. 449, point 5); du 30 septembre 1987, Demirel (12/86, Rec. p. 3719, point 7); avis 1/91, du 14 décembre 1991 (Rec. p. I-6079, point 37), et arrêt du 16 juin 1998, Racke (C-162/96, Rec. p. I-3655, point 41). Pour les accords OMC, voir en particulier, arrêts du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA (C-344/04, Rec. p. I-403, point 36); du 30 mai 2006, Commission/Irlande (C-459/03, Rec. p. I-4635, point 82), et du 11 septembre 2007, Merck Genéricos Produtos Farmacêuticos (C-431/05, Rec. p. I-7001, point 31).

14 — Voir arrêts du 14 novembre 1989, Grèce/Commission (30/88, Rec. p. 3711, point 13); du 20 septembre 1990, Sevince (C-192/89, Rec. p. I-3461, point 9), et du 21 janvier 1993, Deutsche Shell (C-188/91, Rec. p. I-363, point 17).

15 — Pour un rappel de cette condition, voir mes conclusions du 16 janvier 2008 dans l'affaire Kadi/Conseil et Commission (C-402/05 P, encore pendante devant la Cour, point 23).

16 — Voir encore récemment, arrêt du 1er avril 2004, Bellio F.lli (C-286/02, Rec. p. I-3465, point 33). À propos des accords GATT ou OMC, voir arrêt de la Cour du 10 septembre 1996, Commission/Allemagne (C-61/94, Rec. p. I-3989, point 52), et arrêt IATA et ELFAA, précité (point 35).

17 — Voir arrêt du 12 décembre 1972, International Fruit Company e.a. (21/72 à 24/72, Rec. p. 1219, points 6 et 7).

18 — Arrêts du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil (C-149/96, Rec. p. I-8395, point 47); du 9 janvier 2003, Petrotub et Republica (C-76/00 P, Rec. p. I-79, point 53); du 30 septembre 2003, Biret International/Conseil (C-93/02 P, Rec. p. I-10497, point 52); du 1er mars 2005, Van Parys (C-377/02, Rec. p. I-1465, point 39), et du 27 septembre 2007, Ikea Wholesale (C-351/04, Rec. p. I-7723, point 29), ainsi que arrêts du Tribunal du 20 mars 2001, Cordis/Commission (T-18/99, Rec. p. II-913, point 50), et du 3 février 2005, Chiquita Brands e.a./Commission (T-19/01, Rec. p. II-315, point 114).

a) La condition posée à l'invocabilité des accords internationaux

25. Mais c'est que, pour pouvoir servir de norme de référence à l'aune de laquelle apprécier la légalité d'un acte communautaire et, plus généralement, pour que l'application des stipulations d'un traité puisse être utilement réclamée au juge, encore faut-il que l'accord international soit susceptible d'une application juridictionnelle. Encore faut-il, en d'autres termes, qu'il soit invocable en justice, c'est-à-dire «de nature à engendrer pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice» [19], c'est-à-dire encore d'«effet direct» [20].

26. Cette condition d'effet direct, on avait pu la croire liée, et limitée, à la procédure préjudicielle en appréciation de validité dans le cadre de laquelle elle avait été initialement posée. Dans l'arrêt International Fruit Company e.a., précité, la Cour avait expressément jugé la condition d'effet direct requise «dans le cas où l'invalidité est invoquée devant la juridiction nationale» [21]. Cette formulation ne fut pas sans contribuer à une confusion entre les questions de l'invocabilité des accords internationaux et de l'effet direct du droit communautaire [22], elle explique sans doute certains des malentendus. Pourtant les deux notions d'effet direct des accords internationaux et d'effet direct du droit communautaire diffèrent.

i) La notion d'effet direct d'un accord international

27. Les deux notions d'effet direct des accords internationaux et d'effet direct du droit communautaire sont appréciées différemment. On sait qu'il résulte de l'objet et de l'économie du traité fondateur de la Communauté que le droit communautaire dans son ensemble possède une aptitude à produire un effet direct, aptitude confirmée lorsque la norme communautaire en cause est claire, précise et inconditionnelle [23]. Rien de tel pour les accords internationaux liant les Communautés. Ils peuvent se voir reconnaître un effet direct par les parties signataires de l'accord qui en auraient ainsi convenu, comme elles peuvent convenir du contraire. En effet, «conformément aux principes du droit international, les institutions communautaires, qui sont compétentes pour négocier et conclure un accord avec des pays tiers, sont libres de convenir avec ceux-ci des effets que les dispositions de l'accord doivent produire dans l'ordre interne des parties contractantes» [24]. Si l'accord ne règle pas explicitement cette question, il revient au juge de chaque partie contractante de le

19 — Arrêt International Fruit Company e.a., précité (point 8); voir aussi dans le même sens, arrêt du 14 décembre 2000, Dior e.a. (C-300/98 et C-392/98, Rec. p. I-11307, point 44); arrêts du Tribunal précités, Cordis/Commission (point 46), et Chiquita Brands e.a./Commission (point 114).

20 — Arrêt Dior e.a., précité (point 45).

21 — Arrêt International Fruit Company e.a., précité (point 8).

22 — Comme l'a rappelé notamment Rideau, J., «Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», *Revue générale du droit international public,* 1990, p. 289, spécialement p. 357).

23 — Voir arrêt du 5 février 1963, van Gend & Loos (26/62, Rec. p. 1).

24 — Arrêt Portugal/Conseil, précité (point 34); voir déjà, arrêt du 26 octobre 1982, Kupferberg (104/81, Rec. p. 3641, point 17).

faire [25]. Il résulte alors de la jurisprudence de la Cour qu'un accord international n'est d'effet direct dans l'ordre juridique communautaire qu'à la double condition que les termes, la nature et l'économie de celui-ci ne fassent pas obstacle à son invocabilité et que les stipulations invoquées apparaissent, à la lumière tant de l'objet et du but de l'accord que de son contexte, suffisamment précises et inconditionnelles, c'est-à-dire comportent une obligation claire et précise non subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'un acte ultérieur [26].

ii) La portée de la condition d'effet direct des accords internationaux

28. Les deux notions diffèrent également par leur portée. Il ressort en effet de l'arrêt Allemagne/Conseil [27] que l'effet direct d'un accord international conditionne son invocabilité non pas seulement devant le juge national, mais aussi devant le juge communautaire, que cette condition vaut, autrement dit, quelle que soit la nature du recours au soutien duquel est allégué un moyen tiré de la violation d'un accord international. Il ressort aussi dudit arrêt qu'elle vaut quelle que soit la qualité du requérant, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'un requérant privilégié.

29. C'est ainsi que s'agissant des accords OMC, le juge communautaire a refusé leur invocabilité aussi bien dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité [28] que d'un recours en annulation [29] ou d'un recours en indemnité [30]. Il a refusé de connaître du moyen tiré de la violation du droit de l'OMC, qu'il ait été soulevé par un particulier ou par un État membre.

30. Bien que l'attribution d'une telle portée à l'effet direct des accords internationaux ait été souvent critiquée par une partie de la doctrine, elle est pleinement justifiée. En tant que gardien de l'ordre juridique communautaire, la Cour doit, dans l'hypothèse où une règle issue de l'ordre juridique international est invoquée, définir ses effets de manière globale et uniforme, valable pour l'ensemble de l'ordre juridique communautaire. On perçoit dès lors aisément que la condition d'effet direct d'un accord international soit requise quels que soient le type de recours et la qualité du requérant, que le litige ait été porté devant le juge national ou devant le juge communautaire [31].

25 — Ibidem.

26 — Voir arrêt du 29 avril 1982, Pabst & Richarz (17/81, Rec. p. 1331, point 27); arrêts précités, Kupferberg (points 22 et 23), Demirel (point 14), ainsi que les conclusions de l'avocat général Darmon, dans cette même affaire, qui synthétisent l'ensemble de la jurisprudence sur ce point (point 18); arrêts précités, Racke (point 31), Dior e.a. (point 42), IATA et ELFAA (point 39); voir aussi conclusions de M[me] l'avocat général Kokott dans l'affaire Intertanko e.a. (C-308/06, pendante devant la Cour, point 48).

27 — Arrêt du 5 octobre 1994 (C-280/93, Rec. p. I-4973, points 103 à 112).

28 — Voir arrêt Van Parys, précité; voir déjà, à propos du GATT, arrêt International Fruit Company e.a., précité.

29 — Voir arrêt Portugal/Conseil, précité.

30 — Voir, par exemple, arrêt Cordis/Commission, précité (points 44 à 60).

31 — Comme certains membres de la doctrine (voir Kovar, R., «Les accords liant les Communautés européennes et l'ordre juridique communautaire», *RMC* 1974, p. 352, spécialement p. 358-359) ou de la Cour (Joliet, R., *Le droit institutionnel des Communautés européennes — Les institutions — Les sources — Les rapports entre ordres juridiques,* Liège, 1983, spécialement p. 256-257) l'avaient de manière prémonitoire parfaitement compris.

31. Les deux conditions d'effet direct des accords internationaux et d'effet direct du droit communautaire se distinguant ainsi nettement, tant par leur notion que par leur portée, sans doute serait-il judicieux à l'avenir, pour éviter toute malencontreuse confusion, d'user de termes différents pour les désigner et, partant, de ne plus parler que de l'invocabilité des accords internationaux.

iii) L'invocabilité du droit de l'OMC

32. Appliquant cette grille d'analyse au GATT, la Cour avait jugé que la grande souplesse de ses dispositions et le principe de négociations entreprises sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels qui le sous-tend faisaient obstacle à son invocabilité [32]. Dit autrement, il ne résultait pas de l'esprit, de l'économie et des termes de l'Accord une obligation de leur reconnaître un effet direct [33]. On sait que la Cour est parvenue à la même conclusion pour ce qui est des accords OMC [34], alors même que d'aucuns pensaient qu'il devait en aller différemment, étant donné le mécanisme renforcé de règlement des différends que ces accords ont mis en place. Pour dénier au droit de l'OMC dans son ensemble un effet direct, la Cour s'est basée sur les deux considérations suivantes.

33. Premièrement, malgré la judiciarisation du système de règlement des différends, l'accord laisse encore une large place à la négociation entre parties, même en cas d'inexécution par le membre concerné des décisions et recommandations de l'ORD. En conséquence, imposer aux organes juridictionnels l'obligation d'écarter l'application des règles internes incompatibles avec les stipulations de l'accord priveraient les organes communautaires de cette possibilité de solutions négociées.

34. Deuxièmement, certains partenaires commerciaux de la Communauté refusent toute invocabilité à l'Accord. Il faut laisser la même latitude aux organes législatifs et exécutifs de la Communauté, sous peine d'aboutir à un déséquilibre dans l'application des règles de l'OMC, alors que celui-ci est fondé sur un principe de réciprocité et d'avantages mutuels.

35. En somme, il découle de ces considérations que les accords OMC doivent être interprétés comme laissant une marge de liberté politique aux institutions communautaires dans le cadre de l'OMC que la reconnaissance d'un effet direct auxdits accords serait de nature à compromettre. Et la Cour estime qu'elle ne saurait, dans ce domaine, empiéter sur les prérogatives du politique sans porter atteinte à l'équilibre institutionnel.

32 — Voir arrêt International Fruit Company e.a., précité.
33 — Voir arrêt Allemagne/Conseil, précité (point 110).
34 — Dans l'arrêt Portugal/Conseil, précité.

36. La pertinence de cette argumentation a été, on le sait, intensément discutée en doctrine [35] et quelquefois contestée par les avocats généraux [36]. Elle a pu sembler en contradiction avec des raisonnements antérieurement développés par la Cour relatifs à l'effet direct de tel ou tel accord international [37]. La solution, qui en a été déduite, d'absence d'effet direct du droit de l'OMC n'en a pas moins été réaffirmée depuis avec une constance inébranlable par la jurisprudence.

37. Mais que le droit de l'OMC ne soit pas juridictionnellement invocable ne signifie pas qu'il ne fait pas partie de l'ordre juridique communautaire. De ce point de vue, la formulation utilisée par la Cour dans l'arrêt Portugal/Conseil, précité, est sans doute malheureuse. Elle laisse accroire qu'un accord international ne fait pas partie du bloc de la légalité communautaire, alors qu'il ne s'agit que d'une question de justiciabilité de ladite norme, de compétence du juge pour en connaître. Mais c'est du reste ce que en vérité, bien que maladroitement, la Cour a voulu dire. Elle refuse en effet de faire figurer les accords OMC parmi les normes au regard desquelles elle contrôle la légalité des actes communautaires parce que, étant donné les caractères des règles de l'OMC, on ne saurait «admettre que la tâche d'assurer la conformité du droit communautaire avec ces règles incombe directement au juge communautaire» [38]. Il ne faut donc pas comprendre cette jurisprudence comme niant la qualité de source du droit communautaire des règles de l'OMC mais comme affectant leur portée contentieuse. Sinon comment comprendre que la privation de portée contentieuse ne soit que partielle? Ce n'est en effet que dans la mesure où l'application juridictionnelle du droit de l'OMC porterait atteinte à la liberté politique des institutions communautaires dans l'enceinte de l'OMC que ledit droit ne saurait être utilement invoqué devant la Cour de justice.

b) Les tempéraments au principe de non-invocabilité des règles de l'OMC

38. La jurisprudence communautaire a ménagé un certain nombre de tempéraments au principe de non-invocabilité du droit de l'OMC, qui ne sont rendus possibles que parce que le droit de l'OMC constitue une norme de l'ordre juridique communautaire.

35 — Parmi une littérature très abondante, on relèvera notamment, Eeckhout, P., «The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems», *CMLR* 1997, p. 11; Kuijper, P. J., et Bronckers, M., «WTO law in the European Court of justice», *CMLR* 2005, p. 1313; Peers, S., «Fundamental Right or political Whim? WTO Law and the European Court of Justice», dans G. de Burca/Scott, *The EU and WTO*, 2001, p. 111.

36 — Voir notamment conclusions de l'avocat général Saggio dans l'affaire Portugal/Conseil, précitée, et conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Hermès (arrêt du 16 juin 1998, C-53/96, Rec. p. I-3603, points 28 à 37).

37 — Il suffit de comparer ce raisonnement avec l'analyse menée par la Cour dans l'arrêt Kupferberg à propos d'un autre accord international (précité, points 17 à 22).

38 — Arrêts précités Portugal/Conseil (points 46 et 47) et Van Parys (point 53).

Et ce sont les considérations mêmes qui justifient le refus de principe de l'invocabilité des règles de l'OMC qui les fondent. Ces tempéraments sont de trois types.

39. En premier lieu, les actes communautaires [39] comme les mesures nationales [40] doivent faire l'objet d'une interprétation conforme au droit de l'OMC. Pareille obligation ne saurait en effet altérer les possibilités de négociation des institutions en cas de différend avec leurs partenaires de l'OMC. C'est évident quand cette obligation porte sur le droit national. C'est également vrai quand elle s'applique aux actes communautaires. L'interprétation conforme ne s'impose en effet que dans toute la mesure du possible. Est ainsi ménagée la possibilité pour les institutions, par l'adoption ou le maintien d'un acte clairement contraire au droit de l'OMC, de préférer la voie d'une solution négociée.

40. En deuxième lieu, les accords peuvent également servir de base à la condamnation d'un État membre en manquement [41]. Cette solution se comprend elle aussi aisément. L'absence d'acte communautaire contraire au droit de l'OMC révèle la volonté des institutions de s'y conformer. Dès lors, un État membre ne saurait unilatéralement se soustraire aux obligations qui en découlent. Et sa condamnation n'obère en rien la possibilité pour les institutions de s'écarter dans l'avenir de la règle de l'OMC, fondement de la condamnation au prix d'une solution négociée.

41. En dernier lieu, le moyen tiré de la violation du droit de l'OMC est recevable, y compris lorsqu'il est soulevé au soutien de la contestation de la légalité d'un acte communautaire, dans deux cas [42]: soit dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC [43], soit dans l'occurrence où l'acte communautaire, en renvoyant expressément à des dispositions précises des accords OMC, a conféré aux justiciables le droit de s'en prévaloir [44]. Dès lors, en effet, que les accords OMC n'obligent pas, ni explicitement ni interprétés à la lumière de leur objet et de leur but, les parties signataires à leur reconnaître un effet direct dans leurs ordres juridiques, il appartient à chacune d'entre elles de déterminer librement les moyens de droit propres à assurer leur exécution de bonne foi dans son ordre juridique [45], c'est-à-dire de décider si elle entend conférer aux justiciables le droit de se prévaloir de ses stipulations. Les deux cas susmentionnés constituent l'expression d'une telle volonté de la Communauté. Par là même, elle fait savoir qu'elle entend se conformer au droit de l'OMC, se privant ainsi volontairement de la marge de manœuvre dans l'application des règles de l'OMC dont jouissent certaines des parties contractantes qui refusent tout effet direct auxdites règles.

39 — Voir arrêts, Commission/Allemagne, précité (point 52); du 7 juin 2007, Řízení Letového Provozu (C-335/05, Rec. p. I-4307, point 16); et Merck Genéricos Produtos Farmacêuticos, précité (point 35).

40 — Voir arrêts précités Hermès (point 28), et Dior e.a. (point 47).

41 — Voir arrêt Commission/Allemagne, précité.

42 — Rappelés notamment par l'arrêt Portugal/Conseil, précité (point 49).

43 — C'est l'hypothèse Nakajima. Pour une application, voir arrêt du 9 janvier 2003, Petrotub et Republica, précité (points 52 à 56).

44 — C'est l'hypothèse Fediol.

45 — Voir arrêt Portugal/Conseil, précité (point 35).

2. L'incidence d'une décision de l'ORD de condamnation de la Communauté

42. C'est dans le cadre dessiné par cette jurisprudence que se situe l'argumentation des requérantes. Elles invitent la Cour à déterminer si et dans quelle mesure une décision de l'ORD constatant l'incompatibilité d'une réglementation communautaire avec une stipulation des accords OMC est aussi de nature à infléchir le refus de principe de l'invocabilité desdits accords, excluant par conséquent tout contrôle de la compatibilité du droit communautaire dérivé au regard de ces accords. À cette fin, elles insistent sur le caractère contraignant de la décision de l'ORD pour soutenir qu'elles doivent pouvoir l'invoquer et se plaindre de son inexécution, alors même que les accords OMC ne sont eux-mêmes pas invocables. Ainsi présentée, l'argumentation est incontestablement maladroite. Comme le Conseil l'a à juste titre rétorqué, une décision de l'ORD ne saurait produire des effets plus étendus que les règles de l'OMC dont elle a constaté la violation. La question à laquelle la Cour est invitée à répondre est donc plus exactement de savoir si, pour reprendre les termes du Tribunal dans les arrêts attaqués, «les accords OMC engendrent pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice en vue de contester la validité d'une réglementation communautaire dans l'hypothèse où l'ORD a déclaré que tant celle-ci que la réglementation subséquente adoptée par la Communauté, en vue notamment de se conformer aux règles de l'OMC en cause, sont incompatibles avec ces dernières» [46].

43. Les demanderesses au pourvoi reprochent au Tribunal d'avoir, dans les arrêts attaqués, répondu par la négative. Pourtant, en statuant de la sorte, le juge de première instance s'est borné à suivre l'orientation jurisprudentielle antérieure. La Cour avait, en effet, déjà laissé entendre qu'il ne saurait y avoir d'invocabilité d'une décision de l'ORD indépendamment de l'invocabilité des règles de l'OMC [47]. Certes, la question de savoir si une décision de l'ORD de condamnation de la Communauté serait susceptible d'infléchir le principe de non-invocabilité du droit de l'OMC demeurait en suspens. Et, il est vrai, la Cour avait sur ce point semblé, dans un premier temps, ouvrir la porte, ayant reproché au Tribunal d'avoir laissé sans réponse un argument selon lequel les effets juridiques à l'égard de la Communauté européenne d'une décision de l'ORD «étaient de nature à remettre en cause son appréciation quant à l'absence d'effet direct des règles de l'OMC et à justifier l'exercice par le juge communautaire du contrôle de la légalité des directives […] au regard de ces règles, dans le cadre de l'action en indemnité introduite par la requérante» [48]. Mais la porte fut vite refermée, le juge communautaire jugeant qu'il ne pouvait être fait état de l'incompatibilité d'un acte communautaire avec le droit de l'OMC, même constatée par une décision de l'ORD, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité [49] ou à l'appui d'un recours en indemnité [50], nonobstant l'absence d'effet direct des règles de l'OMC, que dans le cadre étroit délimité par les solutions Nakajima et Fediol.

46 — Arrêts Fiamm (point 108) et Fedon (point 101).

47 — La Cour a, en effet, déjà précisé que le fait, pour un justiciable, d'invoquer la méconnaissance du caractère obligatoire, pour la Communauté, d'une décision de l'ORD revient à alléguer la violation de l'effet obligatoire de l'accord OMC, ce qui n'est possible qu'en cas d'effet direct de cet accord (voir arrêt de la Cour du 14 octobre 1999, Atlanta/Communauté européenne, C-104/97 P, Rec. p. I-6983, points 17 à 23).

48 — Voir Arrêt Biret International/Conseil, précité (point 57).

49 — Voir arrêt Van Parys, précité.

50 — Voir arrêt du Tribunal Chiquita Brands e.a./Commission, précité.

44. FIAMM et FEDON n'ignorent pas cette jurisprudence. Elles insistent néanmoins sur les particularités de leur cas au regard des espèces antérieures pour revendiquer une solution différente. Dans cette optique, elles font valoir que la Cour est appelée à se prononcer sur la possibilité d'invoquer une décision de l'ORD après l'expiration du délai raisonnable prévu pour s'y conformer afin d'obtenir la réparation de dommages effectivement subis à la suite de mesures de rétorsion. Il s'agirait donc d'un cas inédit, dans la mesure où l'arrêt Van Parys a traité de l'invocabilité d'une décision de l'ORD aux fins d'apprécier, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la validité d'un acte communautaire; inédit également dès lors que, dans l'affaire Chiquita Brands e.a., précitée, il était certes également question d'une demande d'indemnisation du préjudice subi du fait d'une violation persistante de règles de l'OMC pourtant constatée par l'ORD mais la requérante s'était bornée à réclamer l'application de l'exception Nakajima.

45. L'appréciation du bien-fondé de l'argumentation des demanderesses requiert de revenir aux fondements du principe même de non-invocabilité du droit de l'OMC. Rappelons à nouveau que, au vu de leur nature et de leur économie, les accords OMC se sont vus dans leur ensemble refuser en principe toute invocabilité et qu'il ne saurait y avoir place pour une application contentieuse des règles de l'OMC que dans la mesure où cela n'affecterait ni les possibilités de négociation que les accords OMC ménagent aux parties signataires même en cas de différend, ni à la réciprocité et à l'équilibre dans l'application des engagements contractés au titre de l'OMC; c'est-à-dire en somme que dans la mesure où cela ne restreindrait pas la liberté politique que la nature et l'économie des accords OMC laissent aux parties contractantes au regard de l'application des stipulations desdits accords. Il convient donc de déterminer si, dans le contexte particulier des affaires en cause, la possibilité reconnue aux requérantes de se prévaloir de la décision de l'ORD pour établir l'illégalité du comportement de la Communauté en vue d'obtenir réparation du préjudice subi du fait de la surtaxe douanière imposée par les États-Unis en rétorsion à l'inexécution par la Communauté de la décision de l'ORD porterait atteinte à la liberté politique des organes législatifs et exécutifs communautaires dans le cadre de l'OMC.

46. Dans cette perspective, la première interrogation porte sur la persistance d'une telle liberté politique dans les circonstances spécifiques des espèces en cause. La réponse serait assurément positive, au cas où le délai raisonnable pour exécuter la décision de l'ORD n'était pas encore expiré. La Cour a déjà précisé que «le juge communautaire ne saurait, sous peine de priver d'effet l'octroi d'un délai raisonnable pour se conformer aux recommandations ou décisions de l'ORD, prévu dans le cadre du système de règlement des différends mis en place par les accords OMC, exercer un contrôle de la légalité des actes communautaires en cause, en particulier dans le cadre d'un recours en indemnité introduit au titre de l'article 178 du traité» [51]. Mais précisément, comme FIAMM et FEDON le soulignent à juste titre, le délai raisonnable qui avait été consenti à la Communauté pour se conformer à la décision de l'ORD était venu à expiration le 1er janvier 1999 et, par la décision du 19 avril 1999, l'ORD avait constaté qu'audit 1er janvier l'incompatibilité de la réglementation communautaire avec les règles de l'OMC subsistait. Dès lors, prétendent-elles,

51 — Arrêt Biret International/Conseil, précité (point 62).

à partir du moment où aucune compensation satisfaisante n'avait été convenue dans les vingt jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable était venu à expiration, comme possibilité en est laissée par l'article 22, paragraphe 2 du MRD, la Communauté ne pouvait plus recourir à des solutions négociées. Elle n'avait plus d'autre choix que de se conformer à la décision de l'ORD ou de s'exposer à des mesures de rétorsion en refusant de le faire. Le débat porte en définitive, on le voit, sur la force contraignante de la décision de l'ORD: est-ce que le MRD impose la mise en œuvre intégrale des décisions et recommandations de l'ORD?

47. Disons-le tout net, je ne partage pas l'analyse des demanderesses au pourvoi sur ce point [52]. Certes, l'article 22, paragraphe 1 du MRD privilégie la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords OMC et, aux termes de l'article 3, paragraphe 7, le MRD a habituellement pour objectif premier, en l'absence d'une solution mutuellement convenue entre les parties et compatible avec les accords visés, le retrait des mesures dont l'incompatibilité a été constatée. Mais on ne saurait pour autant en conclure que, pour reprendre la formule jurisprudentielle [53], le MRD détermine les moyens propres à assurer l'exécution de bonne foi dans l'ordre juridique interne des parties contractantes de la décision de l'ORD et, partant, des règles de l'OMC dont celle-ci a constaté la violation. La Communauté conserve la liberté de faire le choix politique de s'exposer dans un premier temps à des mesures de rétorsion qui auront été autorisées par l'ORD sur le fondement de l'article 22, paragraphe 2 du MRD. En outre, ainsi que la Cour l'a déjà relevé [54] et que le Tribunal l'a rappelé dans les arrêts attaqués [55], même à l'expiration du délai imparti pour mettre en conformité la mesure déclarée incompatible avec les règles de l'OMC et même après l'autorisation et l'adoption de mesures de rétorsion, une place importante reste réservée en tout état de cause à la négociation entre les parties au différend. L'article 22, paragraphe 8, du MRD souligne ainsi le caractère temporaire de la suspension de concessions et en limite la durée «jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée ou que le membre devant mettre en œuvre les recommandations ou les décisions ait trouvé une solution à l'annulation ou à la réduction d'avantages ou qu'une solution mutuellement satisfaisante soit intervenue», sous la seule réserve, formulée par l'article 3, paragraphe 5 du MRD, que ladite solution soit compatible avec les accords OMC. Du reste, par les modifications successives du régime communautaire d'importation des bananes dont l'incompatibilité avec les règles de l'OMC avait été constatée, le Conseil et la Commission n'ont pas cherché à éliminer les dispositions jugées contraires; ils se sont efforcés à la fois de tenir compte des constatations de l'ORD, de respecter les engagements assumés vis-à-vis des autres signataires de la quatrième convention de Lomé et de sauvegarder les objectifs de l'OCM bananes; et c'est par la voie de la conclusion, le 19 avril 2001, d'un accord avec les États-Unis qu'il a finalement été mis fin au différend. Il pourrait, il est vrai, être objecté que la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD ne saurait être éludée et que semblable solution négociée constitue encore une forme d'exé-

52 — Même si elles trouvent appui dans les conclusions de certains avocats généraux (voir conclusions de l'avocat général Alber dans l'affaire Biret International/Conseil, précitée, et conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire Van Parys, précitée).

53 — Voir arrêt Portugal/Conseil, précité (point 41).

54 — Voir arrêt Van Parys, précité (points 42 à 51). Voir aussi arrêt du Tribunal, Chiquita Brands e.a./Commission, précité (point 164).

55 — Voir arrêts Fiamm (points 125 à 129) et Fedon (points 118 à 123).

cution de la décision de l'ORD [56]. Cependant, que l'on envisage la possibilité pérenne d'une solution négociée au différend comme une liberté limitée au choix des modalités de mise en œuvre des décisions de l'ORD ou comme la liberté de privilégier une alternative à l'exécution de ladite décision, liberté il subsiste.

48. Dès lors, est-ce que l'invocabilité des règles de l'OMC dont la violation a été constatée par la décision de l'ORD aux fins d'engagement de la responsabilité pour faute de la Communauté serait de nature à fragiliser la liberté politique dont la Communauté dispose en tout état de cause dans le cadre juridique de l'OMC? Autrement dit, est-ce que l'établissement par le juge communautaire, à l'occasion d'un recours en indemnité, de l'illégalité du comportement de la Communauté que la reconnaissance de pareille invocabilité permettrait, restreindrait ladite liberté? Les demanderesses au pourvoi reprochent au Tribunal de l'avoir affirmé [57]. Elles font valoir que la constatation de l'illégalité ne tend pas à obtenir, comme dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité qu'illustre l'affaire Van Parys ou dans le cadre d'un recours en annulation, que la mesure communautaire contraire au droit de l'OMC soit déclarée invalide ou annulée; décision juridictionnelle qui serait sans doute de nature à affecter la possibilité pour les organes législatifs et exécutifs de la Communauté de rechercher une solution négociée, puisqu'elle obligerait les institutions à retrancher la mesure déclarée invalide ou annulée de l'ordre juridique de l'Union. La mise en évidence de l'illégalité ne viserait, en l'espèce, qu'à satisfaire à l'une des trois conditions auxquelles la responsabilité extracontractuelle de la Communauté pour faute est subordonnée, elle n'aurait aucune incidence sur l'efficacité de la mesure communautaire reconnue incompatible avec les accords OMC.

49. Là encore, l'argumentation des requérantes ne me convainc pas. Certes l'illégalité, mise en évidence par le juge communautaire dans le cadre d'un recours en indemnité, de la réglementation communautaire dont l'incompatibilité avec le droit de l'OMC a été constatée par l'ORD ne conduit formellement ni à son annulation ni à son invalidation. Ladite réglementation demeure donc partie intégrante de l'ordre juridique et reste théoriquement applicable. Le constat de l'illégalité fait par le juge communautaire n'en a pas moins autorité de chose jugée. Dès lors, les organes politiques de la Communauté ne sauraient laisser perdurer ladite illégalité, sauf à méconnaître le principe d'une communauté de droit. Obligation leur incomberait d'éliminer cette illégalité en procédant à l'abrogation ou au retrait de la réglementation en cause. Il leur deviendrait dès lors impossible, comme ils l'ont fait en l'espèce par les dernières modifications normatives du régime communautaire d'importation des bananes, de rechercher une solution négociée qui leur permettrait d'équilibrer au mieux les différents intérêts en jeu. Leur marge de manœuvre politique serait donc incontestablement mise en cause.

50. Par ailleurs, la reconnaissance d'une responsabilité pour faute de la Communauté offrirait la possibilité à toutes les entreprises touchées soit par la mesure communautaire incompatible avec les règles de l'OMC elle-même, soit par des mesures de rétorsion

56 — Voir en ce sens conclusions de l'avocat général Alber dans l'affaire Biret International/Conseil, précitée (points 74 à 88), et conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire Van Parys, précitée (points 56 et 57).

57 — Voir arrêts Fiamm (points 130 à 135) et Fedon (points 123 à 128).

d'obtenir, sur recours, réparation de l'intégralité des préjudices qu'elles ont subis. La perspective d'une telle charge financière serait, elle aussi, de nature à contraindre les organes politiques de la Communauté à éliminer la mesure communautaire jugée incompatible avec les règles de l'OMC et donc à restreindre la liberté de comportement que leur laisse le cadre juridique de l'OMC.

B — *La responsabilité sans faute de la Communauté*

51. Les demanderesses au pourvoi objectent enfin que la reconnaissance de la possibilité d'invoquer la décision de l'ORD aux fins de réparation du préjudice subi du fait des mesures de rétorsion adoptées suite à l'inexécution de ladite décision n'aurait plus aucune incidence sur la liberté politique des organes de la Communauté dès lors qu'en l'espèce, la demande d'indemnisation a été présentée après la résolution du différend commercial dans l'affaire Fedon ou, du moins, examinée postérieurement dans l'affaire Fiamm. La consécration du principe d'une responsabilité pour comportement illicite de la Communauté qui ne se serait pas conformée dans le délai raisonnable imparti à une décision de l'ORD constituerait cependant une épée de Damoclès qui pèserait à l'avenir sur la liberté des organes politiques de la Communauté dans l'enceinte de l'OMC.

52. Il résulte des considérations qui précèdent qu'on ne peut que confirmer le refus du Tribunal de contrôler dans le cadre de l'action en indemnité, hors des exceptions Fediol et Nakajima, la légalité du comportement des institutions défenderesses au regard des règles de l'OMC dont la méconnaissance par la Communauté avait été constatée par l'ORD.

53. Les demanderesses au pourvoi font grief au Tribunal d'avoir retenu une acception erronée du préjudice anormal, qui l'a conduit à en nier à tort l'existence en l'espèce. En défense, si le Conseil, la Commission et le royaume d'Espagne partagent l'analyse du Tribunal sur l'absence de caractère anormal du préjudice subi par les requérantes et se félicitent donc du dispositif des arrêts attaqués rejetant toute responsabilité sans faute de la Communauté, il reprochent au juge de première instance d'avoir consacré le principe même d'une responsabilité pour acte licite, de l'avoir reconnu applicable dans les affaires en cause, de l'avoir assortie de conditions insuffisamment restrictives et d'avoir à tort reconnu que certaines d'entre elles, en particulier celle relative au lien de causalité directe, étaient satisfaites. Aussi suggèrent-ils à la Cour de procéder à des substitutions de motifs des arrêts attaqués, voire, pour ce qui est du Conseil et du gouvernement espagnol qui ont formé à cet effet des pourvois incidents, d'annuler partiellement les arrêts attaqués. J'évaluerai la pertinence de l'argumentation des différentes parties en examinant successivement la question du principe d'une responsabilité sans faute de la Communauté, celle de son champ d'application, enfin celle des ses conditions d'engagement.

1. Le principe de la responsabilité sans faute de la Communauté

54. Le Conseil, la Commission et le Royaume d'Espagne contestent l'existence, affirmée par le Tribunal sans motivation suffisante selon eux, d'un principe de responsabilité de la Communauté en l'absence de comportement illicite de ses organes en tant que principe général commun aux droits des États membres. Bien moins de la moitié des États membres auraient consacré un tel principe dans leurs ordres juridiques et leur nombre se limiterait même à deux quand l'acte générateur du préjudice est un acte législatif. Il est vrai que le Tribunal, sans souci excessif de démonstration, s'est borné à fonder le principe de la responsabilité de la Communauté en l'absence de comportement illicite de ses organes sur l'affirmation que «les droits nationaux de la responsabilité non contractuelle permettent aux particuliers, bien qu'à des degrés variables, dans des domaines spécifiques et selon des modalités différentes, d'obtenir en justice l'indemnisation de certains dommages, même en l'absence d'action illicite de l'auteur du dommage» [58]. Or, l'article 288, deuxième alinéa, CE requiert que la réparation par la Communauté des dommages causés par ses institutions obéisse aux «principes généraux communs aux droit des États membres».

55. Mais doit-on lire l'article 288, deuxième alinéa, CE comme n'autorisant la réception en droit communautaire d'une solution en matière de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique que si elle est partagée par tous les États membres? La découverte d'un «principe général commun au droit des États membres» ne saurait-elle procéder que d'une superposition quasi mécanique du droit de chaque État membre pour n'en garder que les éléments qui se recouvrent exactement? Je ne le pense pas. Semblable logique mathématique du plus petit dénominateur commun conduirait à la mise en place d'un régime de responsabilité de la Communauté où les chances des victimes d'un préjudice imputable aux institutions d'obtenir réparation seraient singulièrement réduites [59]. Si la Cour doit bien sûr s'inspirer des dispositifs les plus caractéristiques des systèmes de droit interne, il lui faut avant tout veiller à retenir une solution qui soit adaptée aux besoins et traits spécifiques de l'ordre juridique communautaire. Dit autrement, il incombe à la Cour de s'inspirer des traditions juridiques des États membres pour trouver une réponse aux questions juridiques analogues qui se posent en droit communautaire, qui soit à la fois respectueuse des traditions juridiques des États membres et adaptée au contexte propre de l'ordre juridique communautaire. Dans cette optique, même une solution minoritaire peut être privilégiée, dès lors qu'elle répond

58 — Arrêts Fiamm (point 159) et Fedon (point 152). Pour la reprise de cette solution et de motifs identiques, voir arrêt du Tribunal du 10 mai 2006, Galileo International Technology e.a./Commission (T-279/03, Rec. p. II-1291, points 144 à 147).

59 — De même, l'avocat général Roemer rejetait l'application du «principe de la limite inférieure» qui résulterait du choix de ne retenir que des règles existant dans tous les États membres (conclusions dans l'affaire Zuckerfabrik Schöppenstedt/Conseil, arrêt du 2 décembre 1971, 5/71, Rec. p. 975, spécialement p. 991). Il soulignait que ce qui importe, «c'est non pas la concordance des ordres juridiques de tous les États membres, non plus qu'un genre de scrutin suivi de la constatation d'une majorité mais [...] l'étude pondérée de droit comparé» (conclusions dans l'affaire Werhahn Hansamühle e.a./Conseil et Commission, 63/72 à 69/72, arrêt du 13 novembre 1973, Rec. p. 1253, spécialement p. 1258). Il évoquait même la possibilité de s'inspirer de «la réglementation nationale la plus judicieusement élaborée ('überlegenst')» (conclusions dans l'affaire 5/71, précitée, voir spécialement p. 991), «d'établir quel ordre juridique se présente comme étant le meilleur» (conclusions dans les affaires 63/72 à 69/72, précitées, spécialement p. 1258). De mon point de vue cependant, il s'agit non de rechercher la meilleure solution juridique mais de dégager celle qui apparaîtra comme étant la plus appropriée au contexte et aux besoins de l'ordre juridique communautaire.

le mieux aux exigences du système communautaire. Qu'il suffise, pour s'en convaincre, de rappeler l'exemple du «Vertrauensschutzprinzip» consacré en droit communautaire alors que seul le droit allemand le connaissait. Dès lors, le fait que seuls les droits espagnol et français prévoiraient une responsabilité de la puissance publique du fait d'un acte législatif licite ne saurait constituer un obstacle à sa reconnaissance en droit communautaire.

56. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si une telle solution satisferait au mieux les besoins spécifiques de l'ordre juridique communautaire. Cela ne veut pas dire que le principe de responsabilité de la puissance publique du fait d'un acte législatif licite devrait être consacré dans l'ordre juridique communautaire dès lors qu'il apparaîtrait comme la meilleure solution juridique, devant comme telle être adoptée dans l'ordre juridique communautaire. Sa consécration en droit communautaire ne saurait être que le résultat d'une comparaison des dispositifs retenus en la matière par les différents systèmes juridiques nationaux à l'effet de dégager une solution la mieux adaptée possible aux exigences propres de l'ordre juridique communautaire [60].

57. Or, tel me semble bien être le cas. La consécration d'un principe de responsabilité sans faute de la Communauté permettrait, dans un souci de justice, de compenser la rigueur des conditions d'engagement de la responsabilité pour faute de la Communauté liée, en particulier, à l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit protégeant les particuliers [61] pour donner aux victimes d'un préjudice particulièrement grave subi du fait du comportement des institutions communautaires la possibilité d'obtenir réparation. L'adéquation d'une telle solution explique sans doute que la Cour n'ait jamais écarté la possibilité de la consacrer [62]. En outre, quoique cette solution juridique ne se rencontre que dans certains ordres juridiques nationaux, la préoccupation qu'elle exprime et la protection des intérêts juridiques qu'elle garantit sont prises en compte également dans d'autres ordres juridiques même si, comme on le verra [63], via des mécanismes juridiques différents.

58. Dans le contexte particulier des cas de l'espèce, ladite solution apparaît encore plus adaptée. Faute d'invocabilité des règles de l'OMC, les justiciables qui auraient à se plaindre d'un comportement des institutions de la Communauté contraire aux accords OMC ne peuvent en effet, on l'a vu, en invoquer l'illégalité. Tant la voie du recours en annulation que celles du renvoi préjudiciel

60 — Pour une illustration de cette méthode au regard du droit de grève, qui vise à confronter une solution reçue dans les droits nationaux aux exigences propres à l'ordre juridique communautaire, voir mes conclusions dans l'affaire International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union (arrêt du 11 décembre 2007, C-438/05, Rec. p. I-10779, point 60).

61 — Voir arrêt du 4 juillet 2000, Bergaderm et Goupil/Commission, (C-352/98 P, Rec. p. I-5291, points 41 et 42).

62 — Voir arrêts du 13 juin 1972, Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit et Grands Moulins de Paris/Commission (9/71 et 11/71, Rec. p. 391, point 46); du 31 mars 1977, Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac e.a./Conseil et Commission (54/76 à 60/76, Rec. p. 645, point 19); du 6 décembre 1984, Biovilac/CEE (59/83, Rec. p. 4057, point 29); du 24 juin 1986, Développement et Clemessy/Commission (267/82, Rec. p. 1907, point 33); du 15 juin 2000, Dorsch Consult/Conseil et Commission (C-237/98 P, Rec. p. I-4549, point 18); arrêts du Tribunal du 6 décembre 2001, Area Cova e.a./Conseil et Commission (T-196/99, Rec. p. II-3597, point 171); du 20 février 2002, Förde-Reederei/Conseil et Commission (T-170/00, Rec. p. II-515, point 56); du 10 avril 2003, Travelex Global and Financial Services et Interpayment Services/Commission (T-195/00, Rec. p. II-1677, point 161); du 2 juillet 2003, Hameico Stuttgart e.a./Conseil et Commission (T-99/98, Rec. p. II-2195, point 60), et du 10 février 2004, Afrikanische Frucht-Compagnie/Conseil et Commission (T-64/01 et T-65/01, Rec. p. II-521, points 150 et 151).

63 — Voir infra, point 63 des présentes conclusions.

en appréciation de validité ou du recours en indemnité fondé sur la faute leur sont par conséquent fermées. À défaut de consécration du principe d'une responsabilité sans faute de la Communauté, même ceux qui auraient subi, du fait de cette illégalité, un préjudice particulièrement grave se verraient privés de toute protection juridictionnelle. Dans le même ordre d'idées, on notera que la consécration par le Conseil d'État français d'une responsabilité sans faute du fait des lois est souvent présentée comme une compensation à l'impossibilité pour le juge administratif français à s'ériger, par l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité, en juge de la loi.

59. Par ailleurs, la réception d'un principe de responsabilité sans faute servirait également les exigences d'une bonne gouvernance. Elle contraindrait le pouvoir politique, lorsqu'il envisage de maintenir une réglementation communautaire malgré l'expiration du délai raisonnable imparti pour se conformer à une décision de l'ORD qui l'a jugée incompatible avec les règles de l'OMC, de mieux évaluer les coûts qui pourraient en résulter pour les citoyens de l'Union et de les mettre en balance avec les avantages pour le ou les secteurs économiques concernés du maintien de la réglementation communautaire. Il y aurait non pas réduction du pouvoir discrétionnaire des institutions dans le cadre de l'OMC mais garantie d'un exercice avisé dudit pouvoir discrétionnaire.

60. Enfin, la reconnaissance d'un principe de responsabilité sans faute conduirait à laisser à l'ordre juridique communautaire la maîtrise de la répartition interne des conséquences de la liberté de comportement des institutions dans le cadre de l'OMC. Ce ne serait plus aux partenaires commerciaux de choisir discrétionnairement, par l'adoption de mesures de rétorsion, sur quelle catégorie d'opérateurs économiques communautaires doit peser le coût de ladite liberté, ce serait à la Communauté de décider si ce coût doit être uniquement supporté par les entreprises frappées par les mesures de rétorsion ou s'il doit être réparti sur l'ensemble de la société.

61. Pour les raisons que je viens d'indiquer, les affaires en cause me paraissent donc offrir l'occasion, voire me semblent imposer de faire franchir à la jurisprudence de la Cour un pas supplémentaire. Il s'agit, en consacrant un principe de responsabilité sans faute de la Communauté, de faire passer ladite jurisprudence du stade de l'éventuel à celui de l'établi, du temps des incertitudes à celui des solutions [64].

62. La consécration d'un principe de responsabilité sans faute de la Communauté pourrait être inspirée de l'idée d'égalité des citoyens devant les charges publiques sur laquelle le droit administratif français a fondé la responsabilité du fait des lois. Le raisonnement peut être sommairement présenté de la manière suivante: toute activité publique

64 — Pour reprendre une formule empruntée à Picod, F., et Coutron, L., «La responsabilité de la Communauté européenne du fait de son activité administrative», dans Auby, J.-B., et Dutheil de la Rochère, J., *Droit administratif européen,* Bruylant 2007, p. 171, voir spécialement p. 204 à 208.

étant présumée profiter à la collectivité toute entière, il est normal que les citoyens doivent supporter sans compensation les charges qui en résultent; mais si, dans l'intérêt général, les pouvoirs publics infligent un préjudice particulièrement lourd à certains individus qu'ils soient seuls à subir, il en résulte une charge qui ne leur incombe pas normalement qui doit donner lieu à indemnisation; celle-ci supportée par la collectivité par le truchement de l'impôt rétablit l'égalité rompue.

63. Cette idée n'est pas très éloignée de la «Sonderopfertheorie» du droit allemand, selon laquelle les individus qui, du fait d'une intervention publique licite, subissent un «sacrifice spécial», c'est-à-dire un préjudice équivalent à une expropriation, doivent obtenir réparation. Ainsi présentée, la responsabilité sans faute de la Communauté pourrait également trouver un fondement dans le droit de propriété qui, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux États membres, est protégé dans l'ordre juridique communautaire en tant que principe général du droit. Elle traduirait l'idée qu'il ne saurait y avoir d'atteinte équivalente à une expropriation résultant d'une intervention, même licite, du pouvoir normatif communautaire sans indemnisation [65].

65 — Voir déjà pour une telle intuition, conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn dans l'affaire Biovilac/CEE, précitée, voir spécialement p. 4091. Du reste, on retrouve cette idée, d'une manière ou d'une autre, dans la plupart des ordres juridiques (voir Amaral, M. L., *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, 1998, p. 474 et suiv.).

2. Le champ d'application de la responsabilité sans faute de la Communauté

64. Quant au champ d'application d'un tel principe de responsabilité sans faute, la Commission, notamment, reproche au Tribunal que, après avoir reconnu qu'il ne saurait jouer que «dans des domaines spécifiques» [66], il n'ait pas cru devoir préciser de quels domaines il s'agissait. Mais cela n'était pas nécessaire aux fins de résolution des affaires en cause. Il lui suffisait de s'assurer que la responsabilité sans faute était susceptible de s'appliquer dans lesdites affaires comme il l'a, implicitement puisqu'il en a vérifié la réunion des conditions d'application, reconnu. Mais c'est ce que tant la Commission que le Conseil lui font également grief. Il convient donc de faire à cet égard les observations suivantes.

65. En premier lieu, contrairement à la présentation que tendent à en faire tant la Commission que le Conseil, il ne s'agit pas tant d'un principe de responsabilité du fait d'un acte licite que le Tribunal a consacré, à juste titre selon nous, dans les arrêts attaqués. Il s'agit plus largement d'une responsabilité objective, même sans faute. Autrement dit, la responsabilité est encourue indépendamment de l'exigence d'une faute à l'origine du préjudice dont il reviendrait au requérant d'établir l'existence. Elle peut même couvrir des hypothèses d'actes illégaux mais qui ne seraient pas constitutifs d'une violation suffisamment caractérisée.

66 — Arrêts Fiamm (point 159) et Fedon (point 152).

66. En deuxième lieu, à la différence du Conseil, je ne vois pas pourquoi ce régime de responsabilité objective ne pourrait pas s'appliquer également à des hypothèses d'omission normative. Le parallèle établi par le Conseil avec la carence visée par l'article 232 CE est sans pertinence s'agissant d'une responsabilité sans faute. En tout état de cause, ce n'est pas un défaut d'action normative qui est en cause dans les présentes affaires. Tant le Conseil que la Commission ont pris, dans le délai raisonnable imparti, plusieurs initiatives (adaptation du régime communautaire d'importation des bananes, négociations), du reste soulignées par le Conseil lui-même dans son mémoire, mais ces initiatives se sont avérées impropres à assurer une exécution correcte de la décision de l'ORD.

67. En troisième lieu, il n'y a aucune raison valable de limiter, comme le soutient la Commission, la responsabilité sans faute de la Communauté aux seules hypothèses où, à l'origine du préjudice, il y aurait un acte non législatif. L'article 288, deuxième alinéa, CE impose l'obligation pour la Communauté de réparer les «dommages causés par ses institutions», sans distinguer selon la nature, administrative ou législative, de leur activité. En outre, un préjudice particulièrement lourd peut, dans l'intérêt général, être infligé à certains opérateurs tant par le pouvoir législatif que par le pouvoir exécutif. Du reste, en l'espèce, l'adaptation jugée insuffisante du régime communautaire d'importation des bananes a été le fait tant d'un règlement de base du Conseil que d'un règlement d'exécution de la Commission. Enfin et accessoirement, pareille limitation me semble peu appropriée compte tenu de l'insuffisante distinction des actes législatifs et des actes administratifs en l'état actuel du droit communautaire. Seul en définitive un préjudice né de l'application d'une disposition de droit originaire ne saurait donner lieu à réparation [67].

68. En dernier lieu, dans le contexte particulier du respect des accords OMC qui est celui des affaires en cause, seuls pourraient se prévaloir de ce régime de responsabilité sans faute pour réclamer réparation d'un préjudice particulièrement lourd que leur auraient causé, dans l'intérêt général, les institutions communautaires les citoyens de l'Union. Il ne serait, en effet, ni exigible du pouvoir politique ni possible pour le pouvoir politique, aux fins d'exercice de sa liberté de comportement dans le cadre de l'OMC, d'évaluer également les coûts pour les opérateurs des pays tiers des choix faits. Dans le contexte des compétences communautaires exercées par les institutions dans le domaine de la politique commerciale externe, l'idée de rupture de l'égalité devant les charges publiques ne saurait donc se concevoir qu'entre citoyens de l'Union. On ne saurait dès lors valablement arguer, à l'instar du Conseil, que la reconnaissance d'une responsabilité sans faute dans le contexte de l'application du droit de l'OMC méconnaîtrait le principe de réciprocité, dans la mesure où les principaux partenaires commerciaux de la Communauté ne connaissent pas une telle responsabilité.

69. Ainsi posé, fondé et délimité, la fonction du principe de la responsabilité sans faute de la Communauté apparaît clairement. Il ne s'agit aucunement de contraindre les institutions communautaires à se conformer aux

67 — Voir arrêt du Tribunal du 29 janvier 1998, Dubois et Fils/Conseil et Commission (T-113/96, Rec. p. II-125, points 40 à 48).

règles de l'OMC en restreignant leur liberté politique. Il s'agit uniquement de garantir que les coûts résultant des choix politiques faits n'affectent pas l'égalité des citoyens de l'Union devant les charges publiques.

70. Les préventions du Conseil et de la Commission à l'encontre de la consécration d'un principe de responsabilité sans faute de la Communauté sont compréhensibles. Il ne faudrait pas, par l'effet de l'aménagement d'un mécanisme de responsabilité trop généreux, faire peser sur l'exercice de l'activité législative et administrative une menace susceptible d'inhiber l'exercice même de cette activité. Mais pour légitime qu'elle soit, cette préoccupation ne saurait faire obstacle à la reconnaissance d'un principe de responsabilité sans faute de la Communauté. Sa prise en compte ainsi que sa mise en balance avec le souci d'une répartition équilibrée des charges publiques doivent se refléter dans la portée donnée et les conditions posées à cette responsabilité.

3. Les conditions de la responsabilité sans faute de la Communauté

71. Le Conseil et la Commission contestent d'abord le bien-fondé des appréciations du Tribunal relatives à la satisfaction des conditions inhérentes à tout mécanisme de responsabilité, qui ne sont donc pas propres au régime de responsabilité sans faute. Ils allèguent une méconnaissance de la notion de préjudice réel et certain et des règles relatives à la charge de la preuve. Mais le Tribunal a pu à bon droit constater que les défendeurs ne contestaient pas la réalité du préjudice commercial subi par les requérantes du fait du renchérissement de leurs produits causés par la surtaxe douanière mais qu'ils leur reprochaient uniquement de ne pas avoir su y pallier par des mesures adéquates. Et il s'est fondé sur les statistiques produites par la Commission qui révèlent une baisse du volume total des importations d'accumulateurs et d'étuis à lunettes aux États-Unis durant la période d'application de ladite surtaxe pour considérer la réalité du préjudice établie [68].

72. Les défendeurs font également plus sérieusement grief au Tribunal d'avoir méconnu l'exigence selon laquelle le préjudice doit découler d'une manière suffisamment directe du comportement de l'institution concernée [69]. Il n'existerait en effet aucun automatisme entre l'inexécution par la Communauté de la décision de condamnation de l'ORD et l'institution de la surtaxe douanière, le comportement discrétionnaire des autorités américaines ayant rompu le lien de cause à effet entre le comportement des institutions communautaires et le préjudice invoqué. D'une part, ces dernières ont refusé les compensations qui leur avaient été offertes par la Communauté en application de l'article 22, paragraphes 1 et 2 du MRD. D'autre part, elles ont librement choisi de solliciter de l'ORD l'autorisation d'adopter des mesures de rétorsion, d'utiliser l'autorisation obtenue et ont, dans cette optique, discrétionnairement établi la liste des produits frappés et le

68 — Voir arrêts Fiamm (points 166 à 170) et Fedon (points 159 à 162).

69 — Voir arrêt de la Cour du 4 octobre 1979, Dumortier e.a./Conseil (64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 et 45/79, Rec. p. 3091, point 21). Voir aussi, arrêt du Tribunal du 24 octobre 2000, Fresh Marine/Commission (T-178/98, Rec. p. II-3331, point 118).

montant des droits. Il est vrai que les États-Unis n'étaient nullement tenus de réagir comme ils l'ont fait à l'inexécution par la Communauté de la décision de l'ORD dans le délai raisonnable imparti. Il n'empêche que la réaction des autorités américaines constitue l'une des options ouvertes par le MRD en cas d'inexécution d'une décision ou d'une recommandation de l'ORD et était donc prévisible. Comme le Tribunal l'a pertinemment relevé, «le retrait des concessions à l'égard de la Communauté prenant la forme de la surtaxe douanière à l'importation est à regarder comme une conséquence découlant objectivement, selon le déroulement normal et prévisible du système de règlement des différends de l'OMC accepté par la Communauté, du maintien en vigueur par les institutions défenderesses d'un régime d'importation des bananes incompatible avec les accords OMC» [70]. Dès lors, loin de rompre la chaîne de causalité entre le comportement de la Communauté et le préjudice allégué, les initiatives prises par les autorités américaines apparaissent plutôt comme des maillons de ladite chaîne. C'est donc à bon droit que le Tribunal a considéré le comportement de la Communauté comme la «cause déterminante» [71] du préjudice subi par les requérantes.

73. Venons en à présent aux conditions spécifiques au régime de responsabilité sans faute. Selon les demanderesses au pourvoi, le Tribunal aurait retenu et appliqué une notion erronée de préjudice anormal. À l'inverse, les défendeurs, tout en adhérant à la conception du préjudice anormal développée par le Tribunal, estiment insuffisantes les conditions d'engagement de la responsabilité sans faute qu'il a énoncées et demandent donc à la Cour de compléter les motifs des arrêts attaqués en y ajoutant une exigence supplémentaire tenant à l'absence d'intérêt tout à fait général poursuivi par le comportement des institutions générateur du préjudice.

74. L'appréciation du mérite respectif de ces différentes allégations requiert de préciser quelles doivent être les conditions auxquelles subordonner la responsabilité sans faute de la Communauté. Elles me paraissent devoir être dictées par les fondements mêmes sur lesquels repose ce régime de responsabilité. Comme je me suis efforcé de le mettre en évidence, le principe de responsabilité sans faute peut être basé à la fois sur l'idée de rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques et sur la protection due au droit fondamental de propriété. Dès lors, les seuls préjudices auxquels la responsabilité sans faute ouvre droit à réparation sont ceux qui présentent un caractère à la fois anormal et spécial.

75. De même qu'ils bénéficient des avantages qui en découlent, tous les individus doivent, en effet, supporter sans compensation les inconvénients ordinaires qui résultent de l'organisation de la vie en société et de l'intervention à cette fin des pouvoirs publics. Il s'agit en quelque sorte de charges publiques qui doivent être regardées comme incombant normalement aux intéressés. Même si ces charges ne pèsent pas de façon uniforme sur tous les citoyens, le juge n'est pas en mesure de rétablir une égalité parfaite. Ce serait lui confier une tâche démesurée et inappropriée. Même asymétriques, les charges publiques doivent donc, en principe, être regardées comme incombant normalement aux individus et comme n'ouvrant par conséquent pas droit à réparation. Il en va

70 — Arrêts Fiamm (point 183) et Fedon (point 177).
71 — Arrêts Fiamm (point 185) et Fedon (point 179).

cependant autrement, quand l'intervention publique occasionne un préjudice anormal et spécial.

76. Un préjudice doit être qualifié d'anormal lorsqu'il apparaît tel en raison à la fois des conditions de sa survenance et de ses caractères intrinsèques. Le préjudice anormal, c'est d'abord celui qui dépasse les limites des risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné, c'est-à-dire qui découle de la réalisation d'un risque que la victime ne pouvait raisonnablement prévoir, contre lequel elle ne pouvait s'assurer. Mais cela ne suffit pas. Encore faut-il qu'il revête un caractère grave. Sinon la charge ne saurait être considérée comme anormale; sinon le préjudice ne saurait confiner à une expropriation que la protection due au droit propriété ne saurait laisser sans indemnisation. Cela ne veut pas dire que le préjudice doit équivaloir à une privation totale et définitive de la propriété. Il doit néanmoins entraîner une atteinte d'une gravité suffisante aux attributs du droit de propriété (usus, fructus et abusus). Faut-il encore y insister, que cette atteinte au droit de propriété soit légale ou illégale est indifférent lorsqu'on se situe dans le cadre d'une responsabilité qui n'est pas fondée sur la faute.

77. En revanche, dans un régime de responsabilité fondé sur l'égalité devant les charges publiques, même si le préjudice peut être qualifié d'anormal dans le sens que je viens de définir, il ne saurait ouvrir droit à réparation s'il ne présente également un caractère spécial. Tel n'est le cas que s'il ne touche qu'un petit nombre d'individus ou, plus précisément, que s'il affecte une catégorie particulière d'opérateurs économiques de façon disproportionnée par rapport aux autres opérateurs. Ce n'est en effet que dans cette hypothèse que l'égalité devant les charges publiques serait rompue.

78. Ainsi énoncées et définies, les conditions d'anormalité et de spécialité du préjudice sont suffisamment restrictives pour que, contrairement à ce que soutient la Commission, l'applicabilité de ce régime de responsabilité sans faute dans les affaires en cause n'affecte pas la liberté politique des institutions dans l'enceinte de l'OMC, qui a conduit la Cour à conclure au principe de non-invocabilité des règles de l'OMC. Le nombre des victimes à même de pouvoir se plaindre d'un préjudice qui satisfasse à ces exigences sera, en tout état de cause, toujours très limité, si bien que le poids pour le budget de l'Union d'une éventuelle indemnisation ne sera jamais de nature à contraindre le comportement des organes politiques communautaires dans le cadre de l'OMC.

79. Devrait-on subordonner l'engagement de la responsabilité sans faute de la Communauté à la réunion d'une condition supplémentaire liée à l'absence d'un intérêt économique général qui aurait été poursuivi par l'acte ou le comportement à l'origine du dommage? C'est ce que tant le Conseil que la Commission exigent et reprochent au Tribunal de ne pas avoir fait dans les arrêts attaqués. Ils peuvent à cet effet s'appuyer sur certaines décisions du juge communautaire qui, se départissant de la ligne jurisprudentielle générale, ont ajouté cette exigence [72].

72 — Voir arrêt Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit et Grands Moulins de Paris/Commission, précité (points 45 et 46); arrêts du Tribunal précités, Förde-Reederei/Conseil et Commission (point 56), et Afrikanische Frucht-Compagnie/Conseil et Commission (point 151).

Autrement dit, si l'acte ou le comportement générateur du préjudice a été adopté dans l'intérêt de la collectivité toute entière et non en vue de favoriser certains intérêts, toute réparation serait exclue. Il n'y a à mon avis pas lieu de retenir cette condition supplémentaire requise par une orientation jurisprudentielle minoritaire. Elle ne me paraît pas opportune car l'égalité devant les charges publiques et la protection due au droit de propriété commandent que les opérateurs qui ont subi un préjudice anormal et spécial obtiennent une indemnisation, même si la mesure génératrice dudit préjudice se justifiait par un intérêt économique général. Elle ne me paraît pas non plus nécessaire, les conditions d'anormalité et de spécialité du préjudice étant suffisamment restrictives pour que la crainte d'une éventuelle responsabilité n'affecte la liberté d'action du politique dans la poursuite d'un intérêt économique général.

80. Les conditions qui viennent ainsi d'être précisées sont celles que la jurisprudence majoritaire, tout en réservant la consécration de la responsabilité sans faute de la Communauté, a énoncées et définies comme devant en tout état de cause être réunies. La Cour a ainsi expressément subordonné la responsabilité sans faute de la Communauté à la réalisation d'un préjudice anormal et spécial [73]. Elle a également rejeté l'existence d'une responsabilité sans faute parce que le préjudice invoqué n'était que le résultat du risque commercial normal encouru par l'opérateur économique dans le secteur concerné [74] ou encore parce que le dommage allégué ne dépassait pas «les limites des risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné» [75]. De même le Tribunal, dans les arrêts attaqués, a subordonné la responsabilité sans faute de la Communauté à l'exigence d'un préjudice anormal et spécial qu'il a défini de façon suivante: «un préjudice est, d'une part, anormal lorsqu'il dépasse les limites des risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné et, d'autre part, spécial lorsqu'il affecte une catégorie particulière d'opérateurs économiques d'une façon disproportionnée par rapport aux autres opérateurs» [76]. En statuant de la sorte, il s'est situé dans la jurisprudence constante qu'il a développée [77].

81. Mais FIAMM et FEDON ne mettent en cause ni l'exigence d'anormalité et de spécialité du préjudice ni la définition qu'en ont donnée les arrêts attaqués. Ils invoquent la signification juridiquement erronée de la définition du préjudice anormal que le Tribunal a retenue et appliquée. Le Tribunal a en effet jugé que le préjudice subi par les requérantes n'avait pas dépassé les limites des risques économiques inhérents à leur activité exportatrice, dès lors que l'éventualité de mesures de rétorsion, étant prévue par le MRD, ne peut être regardée comme étrangère aux aléas normaux du commerce international en l'état actuel de son organisation, si bien que les conséquences préjudiciables qui pourraient en résulter doivent être obligatoirement supportées par tout opérateur qui décide de commercialiser sa production sur le marché de l'un des membres de l'OMC. Autrement dit, parce que juridiquement prévues par l'instrument qui réglemente le commerce international, les

73 — Voir arrêt Dorsch Consult/Conseil et Commission, précité (points 18 et 53).

74 — Voir arrêt Développement et Clemessy/Commission, précité (point 33).

75 — Arrêt Biovilac/CEE, précité (points 28 et 29).

76 — Arrêts Fiamm (point 202) et Fedon (point 191).

77 — Voir auparavant notamment, arrêts du Tribunal, précités, Afrikanische Frucht-Compagnie/Conseil et Commission (points 150 et 151); voir par la suite, Galileo International Technology e.a./Commission (points 147 et 148).

mesures de rétorsion sont forcément prévisibles par n'importe quelle entreprise exportatrice. C'est un risque inhérent à l'activité exportatrice.

82. En statuant de la sorte, le Tribunal a, comme l'allèguent à juste titre les demanderesses au pourvoi, méconnu que l'anormalité du préjudice se mesure par rapport aux risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné, c'est-à-dire que le préjudice revêt un caractère anormal [78], dès qu'il n'apparaît pas comme la réalisation d'un risque inhérent aux activités dans le secteur concerné. Tel est le cas en l'absence de tout lien entre l'acte ou le comportement générateur du préjudice et le secteur économique dont relève l'activité des entreprises victimes dudit préjudice. En l'absence de pareil lien, on ne peut, en effet, considérer le préjudice comme la réalisation d'un risque commercial normal contre lequel un opérateur avisé aurait pu et dû s'assurer. C'est en ce sens qu'est orientée la jurisprudence. Ont ainsi été considérés comme normaux: le préjudice subi par une compagnie de transport maritime à la suite de la modification du régime transitoire d'exemption fiscale des produits soumis à accise et vendus sur les navires lors de traversées entre les États membres [79]; le préjudice subi par un producteur d'aliments de base pour porcelets et volailles fabriqués à partir du lactosérum, à la suite de l'entrée en vigueur de certains règlements communautaires relatifs à la vente de lait en poudre destiné à l'alimentation des porcs et volailles [80].

78 — S'il présente par ailleurs également une gravité suffisante.

79 — Voir arrêt Förde-Reederei/Conseil et Commission, précité (points 58 à 60).

80 — Voir arrêt Biovilac/CEE, précité (points 27 à 30).

83. Or en l'espèce, il n'existe aucun lien entre l'adoption et le maintien de la réglementation relative au régime d'importation communautaire des bananes et le préjudice subi à la suite de mesures de rétorsion par les exportateurs communautaires d'étuis à lunettes et d'accumulateurs industriels. Ce préjudice ne pouvait donc être considéré comme normal pour ces opérateurs, d'autant que, en vertu de l'article 22, paragraphe 3 du MRD, les mesures de rétorsion doivent prioritairement porter sur le même secteur que celui dans lequel a été constatée une violation du droit de l'OMC. Pour ce motif, les arrêts attaqués doivent être annulés comme étant entachés d'une erreur de droit. Il appartiendra au Tribunal, après avoir réclamé aux requérantes les informations nécessaires, d'apprécier si le préjudice invoqué présente également un caractère anormal en ce qu'il constituerait une atteinte d'une gravité suffisante aux attributs du droit de propriété et de statuer sur la spécialité dudit préjudice.

C — *La durée déraisonnable de la procédure*

84. Les demanderesses au pourvoi sollicitent enfin l'octroi d'un dédommagement équitable eu égard à la durée déraisonnable de la procédure en première instance. La demande de FEDON pourra être aisément écartée, sur le fondement de l'article 112, point c), du règlement de procédure de la Cour, pour irrecevabilité, étant dépourvue d'une quelconque motivation.

85. Reste la demande émanant de FIAMM qui, relevant que le Tribunal a mis près de cinq ans et neuf mois pour statuer dans son affaire, allègue une violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable, composante du droit à un procès équitable consacré par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et garanti dans l'ordre juridique communautaire en tant que principe général du droit. La demanderesse au pourvoi s'appuie à cet effet sur l'arrêt Baustahlgewebe [81], dans lequel la Cour a reconnu l'applicabilité dudit droit aux instances devant le Tribunal et, en conséquence, a accepté de connaître sur pourvoi d'un moyen relatif à l'irrégularité de la procédure suivie devant le Tribunal tenant à sa durée prétendument déraisonnable. Elle estime le délai de jugement excessif, compte tenu de la clarté des questions de fait, de la circonstance que le comportement d'aucune des parties n'avait contribué à allonger la procédure et du fait que le Tribunal n'avait pas eu à faire face à des situations exceptionnelles. De cette irrégularité de procédure aurait résulté une atteinte à ses intérêts, dans la mesure où, suite aux emprunts contractés pour s'acquitter des surtaxes douanières, elle serait désormais lourdement endettée et contrainte de négocier la cession de la majorité du capital à un fonds d'investissement en échange de la reprise de la dette contractée auprès des banques.

86. En défense, la Commission plaide, là aussi, en premier lieu l'irrecevabilité du moyen et, à cet effet, fait notamment valoir que l'irrégularité de procédure alléguée n'aurait eu aucune incidence sur la solution du litige. Mais l'article 58 du Statut de la Cour n'exige pas que l'irrégularité de procédure devant le Tribunal revête une telle portée pour qu'elle puisse être soulevée, il requiert simplement qu'elle ait porté «atteinte aux intérêts de la requérante». Or, tel semble bien être le cas, la longueur du délai de jugement ayant contribué à alourdir le poids de la dette de la demanderesse. Et si, s'agissant de l'irrégularité de la procédure tirée du délai excessif de jugement par le Tribunal, la condition d'atteinte aux intérêts de la requérante a parfois été interprétée comme requérant que ladite irrégularité ait eu une incidence sur la solution du litige, c'était en tout état de cause uniquement dans la mesure où le moyen tiré de ladite irrégularité était soulevé à l'appui de conclusions aux fins d'annulation de l'arrêt du Tribunal [82]. Or en l'espèce, ce moyen n'est invoqué qu'aux fins d'obtention d'un dédommagement équitable.

87. En revanche, les conclusions aux fins d'obtention d'un dédommagement équitable doivent être analysées comme la réclamation de la réparation du préjudice né du délai déraisonnable de la procédure devant le Tribunal. C'est d'ailleurs également comme une demande indemnitaire que s'analysait la revendication de la requérante dans l'affaire Baustahlgewebe visant à une réduction du montant de l'amende infligée par la Commission et confirmée par le Tribunal, demande fondée sur le délai déraisonnable de jugement de l'affaire par le Tribunal [83]. Et si «pour des raisons d'économie de procédure et afin de garantir un remède immédiat et effectif

81 — Arrêt du 17 décembre 1998 (C-185/95 P, Rec. p. I-8417).

82 — Voir arrêt Baustahlgewebe/Commission, précité (point 49); ordonnance du 13 décembre 2000, SGA/Commission (C-39/00 P, Rec. p. I-11201, point 46).

83 — Voir l'analyse de l'avocat général Léger dans ses conclusions dans l'affaire Baustahlgewebe/Commission, précitée (points 46 à 76).

contre une telle irrégularité de procédure» [84], la Cour a néanmoins accueilli les conclusions de la requérante et a accepté de déduire de la peine le montant de la réparation, il suffit de constater qu'en tout état de cause une telle logique de compensation n'est pas possible en l'espèce.

88. Les conclusions aux fins d'obtention d'un dédommagement équitable devaient donc être présentées à la Cour de justice [85] dans le cadre d'un recours en responsabilité extracontractuelle fondé sur les articles 235 CE et 288 CE qui doit être dirigé contre la ou les institutions dont le comportement a été à l'origine du préjudice. En effet, ainsi que la Cour l'a dit pour droit, «il est de l'intérêt d'une bonne administration de la justice, lorsque la responsabilité de la Communauté est engagée par le fait d'une de ses institutions, qu'elle soit représentée devant la Cour par la ou les institutions à qui le fait générateur du préjudice est reproché» [86]. Or, comme la Commission le fait à juste titre observer, la présente procédure a pour parties défenderesses le Conseil et la Commission, alors que le délai excessif de la procédure dont il est fait grief est imputable au Tribunal qui fait partie de l'institution Cour de justice. Tant ratione materiæ que ratione personæ, la demande de dédommagement équitable doit donc être déclarée irrecevable.

84 — Arrêt Baustahlgewebe/Commission, précité (point 48).

85 — Sur la compétence de la Cour et non du Tribunal pour connaître d'une telle action, je me rallie aux arguments présentés par l'avocat général Léger (conclusions dans l'affaire Baustahlgewebe/Commission, précitée, points 66 à 71).

86 — Voir arrêt Werhahn Hansamühle e.a./Conseil et Commission, précité (point 7).

III — Conclusion

89. Au vu de l'ensemble des motifs que je viens d'exposer, je suggère à la Cour:

— d'annuler les arrêts du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 14 décembre 2005, FIAMM et FIAMM Technologies/Conseil et Commission (T-69/01), et Fedon & Figli e.a./Conseil et Commission (T-135/01)

comme étant entachés d'une erreur de droit consistant en une interprétation erronée de la notion de préjudice anormal et de renvoyer les affaires devant le Tribunal, et

— de juger irrecevables les conclusions de Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), et Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies Inc. (FIAMM Technologies) ainsi que de Giorgio Fedon & Figli SpA et Fedon America Inc. visant à l'obtention d'un dédommagement équitable.